

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2016

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2016.

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 afsagte kendelser 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	17
4.1. Lov om finansiel virksomhed	17
1) Kendelse af 15. april 2016 (J.nr. 2016-2353) Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	17
2) Kendelse af 23. juni 2016 (J.nr. 2015-8200). Sagen hjemvist til Finanstilsynet til fornyet behandling.....	31
3) Kendelse af 4. juli 2016 (J.nr. 2016-4038). K kunne ikke meddeles aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.....	71
4) Kendelse af 5. oktober 2016 (J.nr. 2016-7420) Klager anset som part og Finanstilsynets afgørelse derfor ændret således at klager blev meddelt aktindsigt.....	78
5) Kendelse af 23. november 2016 (J.nr. 2016-12037) Finanstilsynets afslag på aktindsigt omgjort, da ikke tale om fortrolige oplysninger opfattet af tilsynets tavshedspligt.....	91
6) Kendelse af 10. december 2016 (J.nr. 2016-13026). Klagen delvis afvist og tiltrådt at aktindsigt ikke var blevet meddelt.....	103
7) Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-4747). Klagers stemmeret tilknyttet kapitalandele i B (andelskasse) ophævet, idet klager modvirkede en fornuftig og forsvarlig forvaltning af andelskassen.	148
8) Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-4752). Pengeinstitut pålagt at sikre at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke deltager i bestyrelsens behandling af sag samt pålagt at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder.....	235
9) Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-6608).	

Bestyrelsesmedlemmer i B (andelskasse) pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år, da der er grund til at antage, at de ikke vil kunne varetage deres hverv på forsvarlig måde. Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....265

4.2. Selskabsloven.335

- 10) Kendelse af 29. marts 2016 (J.nr. 2015-6306).
Afgørelse om oversendelse af selskab til skifteretten med henblik på tvangsopløsning kunne ikke indbringes for ankenævnet, og tiltrådt, at selskabet ikke kunne genoptages.335
- 11) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-7661).
Omdannelse af selskab registreringsnægtet.344
- 12) Kendelse af 26. april 2016 (J.nr. 2015-12582).
Erhvervsstyrelsen skulle på den anførte baggrund indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B ApS i overensstemmelse med K A/S' anmodning herom.
.....356
- 13) Kendelse af 23. juni 2016 (2015-14493).
Sagen blev hjemvist til Erhvervsstyrelsens fornyede behandling med stillingtagen til klagers anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling under hensyntagen til blandt andet indholdet og egnetheden af de af klager påtænkte dagsordenspunkter for generalforsamlingen.366
- 14) Kendelse af 29. november 2016 (J.nr. 2016-4247).
Selskabets ledelse påbudt at søge et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, inddrevet straks inklusiv lovpligtige renter379

4.3. Årsregnskabsloven.405

- 15) Kendelse af 15. januar 2016 (J.nr. 2015-4228).
Afslag på anmodning om at kunne fremsende årsrapport som pdf-fil i stedet for på den ved bekendtgørelse fastlagte fremgangsmåde405
- 16) Kendelse af 8. februar 2016 (J.nr. 2015-8794).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.413
- 17) Kendelse af 18. februar 2016 (J.nr. 2015-11953).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.417
- 18) Kendelse af 4. juli 2016 (J.nr. 2015-14671).
Selskab påbudt at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/2015 samt pålagt at årsregnskabet revideres.423

19) Kendelse af 14. september 2016 (J.nr. 2016-657). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.	448
20) Kendelse af 29. november 2016 (J.nr. 2016-4118). Klagen afvist, da genstanden for ankenævnsbehandlingen ikke længere aktuel...	457
21) Kendelse af 7. december 2016 (J.nr. 2016-3274). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.	483
22) Kendelse af 7. december 2016 (J.nr. 2016-6774). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.	488
4.4. Revisorloven.....	493
23) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-7427). Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.	493
4.5. Forsikringsformidlingsloven	501
24) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-5189). Afslag på ansøgning om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling	501
4.6. Lov om værdipapirhandel.	516
25) Kendelse af 10. februar 2016 (J.nr. 2015-14231). Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	516
26) Kendelse af 14. april 2016 (J.nr. 2016-2340) Efter en konkret vurdering blev aktionær i børsnoteret selskab anset som part i forhold til fondsbørs' beslutning om sletning af selskabet fra handel og officiel notering	531
27) Kendelse af 26. april 2016 (2016-2441). K ikke anset som part og anmodning om aktindsigt blev ikke imødekommet. ...	575
28) Kendelse af 1. juli 2016 (J.nr. 2016-5267). K ikke meddelt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.....	582
29) Kendelse af 15. august 2016 (J.nr. 2016-2340). Ikke grundlag for at tilsidesætte de skøn som fondsbørsen har lagt til grund for fondsbørsens afgørelse om at imødekomme B A/S' anmodning om afnotering og sletning fra handel.	597

4.7. Hvidvaskloven.....	713
30) Kendelse af 25. februar 2016 (J.nr. 2016-6584). Tiltrædelse af påbud om, at klageren skal legitimere sine fysiske kunder.....	713
31) Kendelse af 17. marts 2016 (J.nr. 2015-9490). Revisionsvirksomhed meddelt en række påbud for manglende overholdelse af hvidvaskloven.	734
4.8. Lov om visse erhvervsdrivende fonde	749
32) Kendelse af 19. maj 2016 (J.nr. 2015-10819). Sag hjemvist til fondsmyndighedens stillingtagen til om betingelserne for at nægte registrering af anmeldt ændring af suppleant fondens bestyrelse er opfyldt.....	749
33) Kendelse af 8. juni 2016 (J.nr. 2015-12868). Anmodning om iværksættelse af granskning nægtet, ikke grundlag for at afsætte bestyrelsesmedlemmer af fonden og salg af datterselskaber ikke en disposition, som krævede fondsmyndighedens samtykke efter § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde.....	762
4.9. Forvaltningsloven og offentlighedsloven.....	796
34) Kendelse af 11. maj 2016 (2016-1732). Udtalelse fra myndigheds advokat undtaget fra aktindsigt og myndighed er ikke pligtig til at udarbejde oversigter, som ikke findes i forvejen over dokumenter på en sag.....	796
35) Kendelse af 11. maj 2016 (J.nr. 2015-14808). Korrespondance, udkast, notater mv. udvekslet mellem myndighed og dennes ad- vokat undtaget fra aktindsigt samt myndighed ikke pligtig til at udarbejde oversig- ter som ikke findes i forvejen over dokumenter på en sag.....	808
36) Kendelse af 29. september 2016 (J.nr. 2016-4768). Tredjemand meddelt aktindsigt i sagsakter vedrørende K efter reglerne i offentlig- hedsloven, da dokumenter havde mistet sin interne karakter og ikke kunne undta- ges fra aktindsigt.	832
5. SAGSSTATISIK	848

BILAG:

1. Lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer.
2. Lovforslag nr. 85 med bemærkninger.
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 2016 haft en tilgang på 50 klagesager og har i alt haft 71 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 60 sager. Heraf er 36 sager afsluttet ved kendelse og 24 sager på anden måde. Af de 36 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 29 sager, mens 6 sager førte til ankenævnets ændring/omgørelse af den påklagede afgørelse. Nævnet afviste 1 sag ved kendelse.

I 4 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 5,6 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 2016 af en formand, en næstformand og 24 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 2016 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Steen Mejer, næstformand

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

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
Statsaut. revisor	Kirsten Aaskov Mikkelsen
Revisor, Cand.merc.aud.	Finn Louis Meyer
Statsaut. revisor	Arne Nabe Poulsen
Statsaut. revisor	Gert Fisker Tomczyk (pr. 1.4.2016)

Med kendskab til erhvervsfondsforhold:

Advokat	Carsten Fode
Advokat	Sys Roving
Direktør	Jørgen Tandrup
Afdelingsleder	Knud T. Martens

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Konsulent	Cato Baldvinsson
Underdirektør	Malene Stadil
Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Underdirektør	Anders Holkmann Olsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:

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

Med kendskab til nationaløkonomi:

Professor	Peter Norman Sørensen
Lektor	Ingrid Henriksen

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Assistent	Daniel Munck Søe Jensen

Ankenævnets adresse:

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

Fra 1. januar 2017 er Erhvervsankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet

Nævnenes Hus

Toldboden 2

8800 Viborg

Tlf.: 72 40 56 00

E-mail: ean@naevneneshus.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 og lov nr. 665 af 8. juni 2017 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 og erhvervsfundsforhold samt nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold (bekendtgørelsens § 5).

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Ved udgangen af 2016 var antallet af sagkyndige medlemmer 24. 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). Udpe-

gelsen 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 styrelses afgørelser".

3.3. Indgivelse af klager.

Klage indgives skriftligt via e-mail til adressen ean@naevneneshus.dk eller pr. post til Erhvervsankenævnets sekretariat, Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg. 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 tredje-mand 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 2016.

Kendelserne er ordnet efter de enkelte love. Ved sammenligning med tidligere årgange 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

Kendelse af 15. april 2016 (J.nr. 2016-2353).

Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansielvirksomhed §§ 344, 354, og 355, forvaltningslovens § 9 samt offentlighedsloven §§ 7 og 35.

(Arne Nabe Poulsen, Piya Mukherjee og Steen Mejer deltaget)

Ved skrivelse af 17. marts 2016 har Finanstilsynet videresendt et brev af 8. marts 2016 med bilag fra Folketingets Ombudsmand. K har klaget til Ombudsmanden over en af Finanstilsynet truffet afgørelse, hvor der gives delvist afslag på en anmodning om aktindsigt. Ombudsmanden videresendte klagen til Finanstilsynet med anmodning om, at tilsynet skulle forholde sig til klagen og videresende den til Erhvervsankenævnet, hvis tilsynet fastholdt sin afgørelse. Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2016 hedder det:

”Aktindsigtsanmodning af 14. februar 2016

Finanstilsynet har modtaget din anmodning af 14. februar 2016 om aktindsigt i følgende:

- *”Som påtalepart, jf. FiL § 355 og Forvaltningslovens § 9, stk. 1, skal jeg bede om at blive bekendtgjort med alle denne sags dokumenter, herunder ”det brev fra Finanstilsynet, hvoraf det fremgår, at tilsynet ikke har bemærkninger til forligsløsningen ”, jf. det påtalegrundlag, som Tilsynet har benyttet sig af, nemlig Bs direktør ... brev til Fi-*

nanstilsynet, Att. Vicekontorchef ... og specialkonsulent ... 16. november 2012”

Finanstilsynet har forstået din anmodning således, at du anmoder om aktindsigt i henholdsvis den sag, der vedrører Finanstilsynets påtale af 10. december 2012 (J.nr. 5019-0103), samt de sager i Finanstilsynet, der vedrører aflønningsspørgsmålet.

Aflønningsspørgsmålet vedrører dels sagen vedrørende aflønningsaftalen mellem A og B [pensionselskab] (J.nr. 6663-0001) og dels det efterfølgende forlig (J.nr. 520-0023).

For så vidt angår sagen vedrørende aflønningsaftalen bemærkes, at du den 28. december 2012 har søgt om aktindsigt i Finanstilsynets behandling af denne sag. Denne aktindsigtsanmodning blev den 7. januar 2013 afvist af Finanstilsynet med henvisning til, at du ikke var part i sagen eller i øvrigt havde krav på aktindsigt efter offentlighedsloven. Erhvervsankenævnet har den 24. juni 2013 (EAN J.nr. 2013-0033521) stadfæstet Finanstilsynets afgørelse.

For så vidt angår den nuværende klage (J.nr. 570-0002), som du henviser til i dit brev, har Finanstilsynet vurderet, at denne sag ikke er omfattet af din anmodning om aktindsigt. Såfremt dette måtte bero på en misforståelse, er du velkommen til at rette henvendelse igen.

Afgørelse

På baggrund af din anmodning om aktindsigt i påtalesagen af 10. december 2012 (J.nr. 5019-0103) vedlægges i overensstemmelse med § 9, stk. 1, i forvaltningsloven, jf. § 355, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, alle sagens akter.

Finanstilsynet kan derimod ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt vedrørende Finanstilsynets behandling af forliget mellem A, B og en tredje part (J.nr. 520-0023).

Begrundelse

Aktindsigtsanmodning vedrørende påtale af 10. december 2012 (J.nr. 5019-0103)

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.

Efter § 355, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, anses en ansvarshavende aktuar, en revisor, en direktør eller andre ledende medarbejdere i en finansiel virksomhed, en finansiel holdingvirksomhed, en forsikringsholdingvirksomhed, en udenlandsk finansiel virksomhed eller en udenlandsk finansiel holdingvirksomhed, som part, hvis Finanstilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende.

Eftersom påtalen af 10. december 2012 er rettet mod dig i forbindelse med dit hverv som bestyrelsesmedlem i C [pensionselskab], har du partsstatus, jf. § 355, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed. Efter § 9, stk. 1, i forvaltningsloven, har du dermed ret til at få aktindsigt i påtalesagen af 10. december 2012. Finanstilsynets udleverer på denne baggrund samtlige sagens akter til dig. Der henvises i denne forbindelse til vedlagte aktliste.

Finanstilsynet kan oplyse, at afgørelsen om påtale blev truffet på baggrund af din anmeldelse af 13. november 2012 og Bs redegørelse af 16. november 2012. Denne redegørelse har du modtaget i forbindelse med partshøring over udkastet til afgørelse. Da dit høringssvar ikke indeholdt nye faktuelle oplysninger, blev der den 10. december 2012 truffet afgørelse om påtale på det foreliggende grundlag.

Endvidere bemærkes, at det af dig omtalte brev fra Finanstilsynet, hvoraf det fremgår, at Finanstilsynet ikke har bemærkninger til forligsløsningen, ikke er indgået i vurderingen af påtalesagen.

Aktindsigtsanmodning vedrørende forliget mellem A, B og en tredje part (J.nr. 520-0023)

Som beskrevet ovenfor følger det af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at man som part i en sag kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Efter § 355, stk.1, i lov om finansiel virksomhed anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, som part i forhold til Finanstilsynet. Dette modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der derudover anses som part.

I forhold til forligssagen kan du som tidligere bestyrelsesmedlem i C, ikke anses som part. Derfor skal din anmodning behandles efter lov om offentlighed i forvaltningen.

Det fremgår af § 7, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Ifølge § 35 i loven er forholdet til lovbestemt tavshedspligt imidlertid 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 er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om. Sagen om-

handler oplysninger, som er indhentet i forbindelse med Finanstilsynets tilsynsvirksomheder.

Finanstilsynets lovbestemte tavshedspligt medfører, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt efter § 7 i lov om offentlighed i forvaltningen.

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.

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 i part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

Det følger herefter af § 7, stk. 1, i lov om offentlighed i forvaltningen, sammenholdt med § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at du ikke har mulighed for at få den ønskede aktindsigt.

Finanstilsynet har vurderet, om der i medfør af meroffentlighedsprincippet, i offentlighedslovens § 14 er grundlag for at meddele dig oplysninger i videre omfang. Adgangen til meroffentlighed gælder imidlertid efter offentlighedslovens § 14, stk. 1, 2. pkt. ikke, såfremt dette vil være i strid med tavshedspligtreglerne.

Finanstilsynet har på den baggrund heller ikke fundet, at der kan meddeles dig meroffentlighed. ”

I Finanstilsynets skrivelse af 17. marts 2016, hvorved tilsynet fastholdt sin afgørelse og oversendte klagen fra K til Erhvervsankenævnet, har tilsynet udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

K er tidligere medlem af bestyrelsen i C, der er en pensionskasse under B. Erhvervsankenævnet har ved kendelse af 24. juni 2013 (Erhvervsankenævnets j.nr. 2013-0033521) stadfæstet Finanstilsynets afgørelse af 7. januar 2013 om afslag på Ks anmodning om aktindsigt i alle aktstykker med relation til aflønningssagen vedrørende tidligere direktør i B A.

K anmodede den 14. februar 2016 Finanstilsynets bestyrelsesformand om aktindsigt i dokumenter relateret til sagen om påtale for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, herunder ”det brev fra Finanstil-

synet, hvoraf det fremgår, at tilsynet ikke har bemærkninger til forligsløsningen”. Aktindsigtsanmodningen vedlægges som

Finanstilsynets bestyrelsesformand besvarede Ks henvendelse ved brev af 26. februar 2016. Finanstilsynets afgørelse om aktindsigt af samme dato var vedlagt brevet. Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2016 med bilag 1-8 vedlægges som

Som det fremgår af afgørelsen, forstod Finanstilsynet anmodningen således, at K anmodede om aktindsigt i

- sag vedrørende Finanstilsynets påtale af 10. december 2012 over for K (j.nr. 5019-0103) (påtaalen vedlægges som ...)
- sag vedrørende Finanstilsynet behandling af forlig mellem A, B og en tredje part (j.nr. 520-0023)

Finanstilsynet har imødekommet Ks anmodning, for så vidt angår Finanstilsynets påtale af 10. december 2012 (j.nr. 5019-0103) og har udleveret samtlige denne sags akter, jf. ...

Finanstilsynet har afvist anmodning om aktindsigt vedrørende Finanstilsynets behandling af forliget mellem tidligere direktør i B A, B og en tredje part (j.nr. 520-0023), jf.

Ks klage vedrører Finanstilsynets afslag på aktindsigt i forligssagen (j.nr. 520-0023). Der er ikke i forbindelse med klagen fremkommet nye faktuelle oplysninger, og der henvises på den baggrund til sagsfremstillingen i ...

2. Det retlige grundlag

Det følger af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at man som part i en sag kan forlange at blive gjort bekendt med en sags dokumenter.

Lov om finansiel virksomhed § 355 fastsætter, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser, og indeholder en fravigelse fra det almindelige partsbegreb. Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt.

Efter § 355, stk. 1, anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, som part i forhold til Finanstilsynet. Dette modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der herudover anses som part.

Det fremgår af § 7, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Ifølge § 35 i loven er forholdet til lovbestemt tavshedspligt imidlertid 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 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.

3. Finanstilsynets vurdering

Det følger af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at man som part i en sag kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Hvorvidt K er part i forhold til Finanstilsynets behandling af forlig indgået mellem A, B og en tredje part skal afgøres efter § 355 i lov om finansiel virksomhed. Det er Finanstilsynet vurdering, at K som tidligere bestyrelsesmedlem i C ikke er omfattet af partsbegrebet i § 355 i lov om finansiel virksomhed.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan meddeles aktindsigt i sagen efter offentlighedsloven, da sagen omhandler oplysninger, som er indhentet i forbindelse med Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og som dermed er underlagt Finanstilsynet særlige tavshedspligt.

K har til støtte for sin klage anført fire punkter.

For så vidt angår pkt. 1 og 4 henvises til vurderingen ovenfor og Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2016, jf. ...

Vedrørende pkt. 2 og 3 fastholdes det, at afgørelsen om påtale for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed blev truffet på baggrund af Ks egen anmeldelse af 13. november 2012 om overtrædelse af sin tavshedsforpligtelse og Bs redegørelse af 16. november 2012. Det forhold, at B i sin redegørelse henviser til en række dokumenter, fører ikke til, at disse dokumenter er indgået i Ks sag. Det omtalte brev indgik således ikke i vurderingen af, om K havde overtrådt § 117 i lov om finansiel virksomhed.

4. Konklusion

Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2016 om afslag på aktindsigt i sagen vedrørende Finanstilsynet behandling af forlig mellem A, B og en tredjepart fastholdes.

K har ved skrivelse af 29. marts 2016 bemærket:

”...

Jeg har klaget til Ombudsmanden over Finanstilsynets adfærd, herunder dets afslag på mit ønske om aktindsigt i den påtale Tilsynet har tildelt mig. Ombudsmanden har videresendt min klage til Erhvervsankenævnet. Det har givet mig frist til inden 1. april at kommentere Tilsynets begrundelse for dets afslag. Jeg savner de forvaltningsmæssige og juridiske ressourcer, der er Tilsynet til del, men skal bestræbe mig på at svare fyldestgørende, processuelt som substantielt.

1. Det enkeltvigtigste *processuelle* argument for at tildele mig aktindsigt i den påtale af 10. december 2012 (J.nr. 5019-0103), som Tilsynet gav fremgår af Forvaltningslovens § 9, stk 1: Som part i en sag kan man forlange sig gjort bekendt med sagens dokumenter, både de, som bruges og de, der henvises til. Påtalen fik jeg i mit virke som medlem af Cs bestyrelse valgt af medlemmerne for at have nævnt, at advokatfirmaet E havde udarbejdet et notat om aflønningen af den daværende direktør for B/C, A, som jeg foreslog, at bestyrelsen offentliggjorde. Som bekendt skal medlemmerne informeres om direktørens aflønning, jf. § 72d, stk. 2 i lov om finansiel virksomhed, FiL. Tilsynet mente, at jeg derved havde overtrådt FiL § 117. Det er nok en mindre påtale, men i en enhver sanktions-sag må retten til aktindsigt være ekstra imødekommende i forhold til en normal afgørelsessag.

2. Finanstilsynet har tidligere, jf. Erhvervsankenævnets sag (J.nr. 2013-0033521) og nu også her afgjort min ret til aktindsigt. Men i henhold til forvaltningsloven skal en myndighed ikke selv afgøre spørgsmålet om aktindsigt, når der foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om dets upartiskhed. Det skal de følgende punkter illustrere.

3. Det specifikke dokument jeg ønsker aktindsigt i er fra Finanstilsynets daværende underdirektør, ..., og dateret 28. august 2012. Det vides, fordi Tilsynets brev blev tilstillet Cs bestyrelse, herunder mig, jf. pkt. 10 nedenfor. Det blev i følge krav fra tilsynet kun fremlagt for bestyrelsen i fem minutter, hvorefter det blev inddraget og intet heri måtte noteres af bestyrelsesmedlemmerne ligesom dokumentet ikke indgår i Cs arkiv. En tilsynsvirksomhed, der mørklægger en sags dokumenter, rejser tvivl om ordentlighed i dets ageren generelt og ikke mindst specifikt, i min påtalsag.

4. Finanstilsynet forsikrer i sit afvisningsbrev om aktindsigt af 17. marts 2016 (J.nr. 5037-0003), at “det omtalte brev således ikke indgik i vurderingen af om jeg har overtrådt § 117 i lov om finansiel virksomhed.” Det har man alene Tilsynets ord for. Men med rækken af eksempler på “urent

trav”, som Tilsynet har gjort sig skyld i, jf. mine 10 punkter her, tillader jeg mig at tvivle herpå. I øvrigt, er Tilsynets udsagn om brevet af 28. august 2012 irrelevans for min påtale korrekt, må det netop være så meget desto mere mindre belastende for Tilsynet at give mig aktindsigt.

5. Finanstilsynet har løbende undladt at svare på mine henvendelser eller “svaret ved siden af” i denne aflønningssag, jf. pkt. 8. I henhold til Forvaltningsloven skal breve fra borgere besvares inden for 7 arbejdsdage. Med mere end 1½ års forsinket svar tillige med mange “ikke-svar” fra Tilsynet har det med stor margen dokumenteret manglende efterlevelse af Forvaltningsloven, også på dette punkt. Finanstilsynet/dets bestyrelse fandt det først opportunt at svare mig efter min klage til Ombudsmanden herom.

6. Den påtale Finanstilsynets gav mig var en ren ekspeditionssag, afgjort på forhånd. Det fremgår af, at Tilsynet i min påtalesag gav mig replikfrist til søndag 09. december 2012 kl. 24.00; men allerede mandag morgen 10. december 2012 kl. 10.30 modtog jeg påtalen. Det hører med til historien, at påtalen fandt sted midt i den afsluttende fase af valg til Cs bestyrelse, som jeg var opstillet til. Det har Tilsynet naturligvis vidst ligesom det ikke har været i tvivl om, at påtalen ville skade mit genvalg. Tilsynets hurtige påtaletildeling til mig sættes i relief af at Tilsynet behøvede mere end syv måneder før det tildelte Cs daværende formand, ..., en påtale for overtrædelse af FiL § 66 (Tegningsret), jf. pkt. 8. På det *substantielle* niveau påvises en sammenhæng mellem min påtale og aflønningen af daværende direktør for B/C, A på tre områder:

7. Påtalegrundlaget mod mig som Tilsynet får, er Cs brev af 16. november 2016. Det henviser direkte til Tilsynets brev af 28. august 2012. Dermed indgår brevet af 28. august 2012 fra Tilsynets underdirektør også i Tilsynets påtalegrundlag mod mig. Det altså ikke er mig, der forbinde min påtale med As aflønning, men C og Tilsynet. Og når Tilsynet bruger Cs brev som påtalegrundlag, konfirmeres dets indholds relevans for min påtale. Det bemærkes, at Tilsynet på intet tidspunkt og ved ingen lejlighed har taget afstand fra denne henvisning i sin påtale.

8. Den påtale Finanstilsynet har givet mig hænger jo direkte sammen med As aflønningssag, fordi det er jo er om dette emne jeg har brudt min tavshedspligt ifølge Tilsynet. En yderligere sammenhæng mellem mig og direktør A er Finanstilsynets helt forskellige tilsynspraksis over for os to. Min påtale er velkendt. Men As gentagne overtrædelser, jf. nedenfor, har aldrig kostet ham nogen sanktionering, overhovedet. Tværtimod yder Finanstilsynet i den periode jeg sad som næstformand/bestyrelsesmedlem i Cs bestyrelse direktør A en helt særlig beskyttelse. Ikke kun i nævnte

lønningssag, hvad jeg skal komme tilbage til, men også i andre sager, der er Tilsynet bekendt, idet jeg søgte dets assistance heri. Den ene sag handlede om, at direktør A gav mig en "mundkurv" på i forhold til andre Cs - kasse-bestyrelsesmedlemmer, hvilket jeg ikke respekterede, hvad han efterfølgende bebrejdede mig. Jeg spurgte da Tilsynet om jeg ikke havde lov hertil. Det gav mig medhold, men påtalte - mig bekendt - ikke direktørens lovstridige adfærd over for ham eller Cs bestyrelse. Det andet forhold var, at direktør A bevilgede et bestyrelsesmedlem et avisabonnement uden om bestyrelsen og således sikrede sig et afhængigt bestyrelsesmedlem. Der er tale om et lille beløb, men heller ikke denne overtrædelse reagerede Tilsynet på.

Den tredje sag var så direktørens aflønningssag, der falder i to dele. *Dels* de løbende lønstigninger, som C formand, ..., bevilger direktør A fra september 2010 til marts 2013 uden bestyrelsens og medlemmernes vidende. Bevillingen søgtes skjult i en post i Cs budget, hvor aflønning af den afgående og tiltrædende direktør (hhv. A og ...) var lagt sammen. Men hverken direktøren eller formanden ville - trods gentagne henvendelser fra min side - besvare spørgsmål om denne direktøraflønning. Selv da jeg meddelte, at jeg ville kontakte Finanstilsynet, hvis Cs bestyrelse ikke fik oplysninger om denne direktøraflønning, blev det ignoreret. Jeg sendte derpå Finanstilsynet en klage og et spørgsmål herom. For en ordens skyld noteres, at jeg i alle tre sager informerede Cs bestyrelse forud for mine henvendelser til Tilsynet. Samtidig med mit brev til Tilsynet modtager det en afværgeforespørgsel fra formandskabet i B om hvilken type aftrædelsesordning A kan få. Tilsynet vælger alene at reagere på spørgsmålet fra Bs formandskab og har således aldrig besvaret min henvendelse, jf. ovenfor punkt 5 om Tilsynets ignorering/forsinkede svar på henvendelser. Med disse løbende lønstigninger og en tiltænkt fratrædelsesbonus uden bestyrelsens vidende begås fire overtrædelser:

- Lønstigning/bonus sker uden om bestyrelsen i strid med Cs Vedtægter § 11, stk. 1, og
- uden orientering til medlemmerne i strid med FiL § 72d, stk. 2,
- bonus er en overtrædelse af Cs vedtagne lønpolitik og i strid med FiL § 71a (Variable lønbetingelser) og sker
- uden at mindst to bestyrelsesmedlemmer har påtegnet udgiftsbilag herom i strid med FiL § 66 og Cs Vedtægter § 14, stk. 2 (Tegningsreglerne).

Finanstilsynet afgør de fire strafbare handlinger med at udstede en påtale alene til formanden ... for alene overtrædelsen af tegningsreglerne. Direktør A, til fordel for hvem ulovlighederne begås og som med sin store indsigt i FiL som pensionskassedirektør i en årrække er i ond tro, sanktioneres overhovedet ikke af Tilsynet.

Dels det dokumenterede mandatsvig, som Tilsynet måske har medvirket til, jf. pkt. 10 men i hvert fald har været vidende om uden at påtale det eller videreformidle det til andre offentlige instanser (SKAT, Statsadvokaten, mv.) endsige stoppe A i at få de penge, der tilhører C til trods for mine gentagne henvendelser til Tilsynet herom. Mandatsviget opstår ved at Cs bestyrelse ulovligt afstår fra at modtage den compensation på kr. ca. 340.000,- for “utilstrækkelig rådgivning” fra advokatfirmaet D, som retteligt og udelukkende tilkommer C. Beløbet tilstilles i stedet direktør A, der på det tidspunkt allerede har fået maksimal fratrædelsesgodtgørelse på tre måneders løn fra C, jf. Cs Vedtægter. Alle disse forhold reagerer Tilsynet ikke på. Tilsynet erklærer, at det drejer som om et privatretligt forhold. Men hvorfor kræver Tilsynet så at blive orienteret om As endelige aftrædelses aflønning?

Finanstilsynet uens påtalepraksis over for mig i forhold til A demonstrerer, at Tilsynet ikke lever op til princippet om lighed for loven. Tværtimod. Tilsynet indkalder mig til et møde med en for mig ukendt dagsorden, ligesom Tilsynet nægter mig ret til bisidder. Mit indtryk af dette møde er, at jeg skal “trynes” til at tie. Jeg har ikke hørt at A er blevet indkaldt til “tryne”-møde i Tilsynet. Må jeg endelig minde om, at Tilsynet på intet tidspunkt informerer om den videre klageadgang, ligesom det – som sagt - heller ikke sender anmodninger om aktindsigt videre til en trindhøjere instans. Mens Tilsynet skærmer direktøren i dennes overtrædelser “glemmer” det, at tavshedspligten ikke gælder ikke, når der – som her - “i sagens natur er tale om et forhold, der skal bringes til tredjemands kundskab”. Og direktørløn skal Cs medlemmer orienteres om på generalforsamlingen, jf. FiL § 72d, stk. 2. Hermed påvist nok en klar sammenhæng mellem min påtale og direktør As aflønning.

9. Ved enhver lovovertredelse vil man undersøge motivet bag. Jeg arbejdede for at sikre medlemmerne information om direktørens aflønning og nævner et notat herom udarbejdet af advokatfirmaet E. Det får jeg en påtale for. Direktør A arbejdede modsat for at skjule disse oplysninger og begår dermed de ovennævnte overtrædelser af FiL § 66 og § 72d, stk. 2 og af Cs Vedtægter § 11, stk. 1 og § 14, stk. 2.

10. Brevet fra Finanstilsynet af 28. august 2012 er specielt. Ikke kun fordi det er mørkelagt af Tilsynet og omgærdet af et usædvanligt og uacceptabelt hemmelighedskræmmeri. Men også fordi det kom – uopfordret (?) – til Cs bestyrelse i en situation, hvor der var overvejende flertal for ikke at bevilge A en aftrædelsesløn grundet dennes svig mod bestyrelse og medlemmer. Med Tilsynets brev reduceredes/fjernedes kritikken af direktøren. Den indblanding er Tilsynet ikke interesseret i at få dokumenteret. Alene af den grund, at det ligger uden for dets kompetence at blan-

de sig i direktøraftlønninger. Dertil kom, at Tilsynet med dette brev lagde et uhørt pres på Cs bestyrelse for at tilgodese den svigagtige direktør.

Når Finanstilsynet undlader at sanktionere en svigagtig direktør krænkes retssikkerheden på flere punkter. Det undergraver bestyrelsens kontrolfunktion og legitimerer en direktørs og en formands tilbageholdelse af informationer over for en bestyrelse. Det skader pensionskassedemokratiet at det er "gratis" at fortie informationsforpligtelsen over for medlemmerne af direktørens forventede og faktiske lønninger. Det skader de retsprocedurer, som politisk er opstillet om, at Tilsynet skal anmelde (gentagne) overtrædelser af tegningsreglerne til statsadvokaten.

Som sagt savner jeg de forvaltningsmæssige og juridiske ressourcer, der er Tilsynet til del. Jeg tilsender derfor dette svar til Erhvervsankenævnet til

- Ombudsmanden for at få gennemført en undersøgelse af Finanstilsynets tiltalepraksis generelt og til

- Civilstyrelsen, kontoret for fri proces, for både at få afvist Tilsynets urimelige påtale af mig og for at få tilpligtet Tilsynet til at yde erstatning til C for det mistede mandatsvigbeløb, som Tilsynet har medvirket til/været medvidende om.

..."

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 herudover kan anses som part i forhold til Finanstilsynet.

Da K – som tidligere bestyrelsesmedlem i C – ikke er part i Finanstilsynets behandling af forliget mellem A, B og en tredje part (J.nr. 520-0023), og da K ikke

er omfattet af den udtømmende opregning over parter i øvrigt, kan han ikke anses som part, hvorfor der ikke kan meddeles aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lovbemærkningerne til § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

”Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, 1. pkt., begrænses pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedspligt med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller henviser til de almindelige tavshedspligtbestemmelser i straffeloven og forvaltningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedspligtbestemmelse i det enkelte tilfælde skal henregnes til de særlige tavshedspligtbestemmelser, vil bero på en fortolkning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmelsens ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedspligten er fastsat på baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« omfatter også tavshedspligtforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-retsakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedspligtforskrifter i andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedspligtbestemmelse, er, at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet akt-

indsigt efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er omfattet af en særlig tavshedspligtbestemmelse, vil myndigheden skulle meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedspligtbestemmelse den konsekvens, at forvaltningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroffentlighed, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der tilsigtes beskyttet ved tavshedspligten.”

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 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. ...”

Herefter, og da Finanstilsynets behandling af forliget mellem A, B og tredje part (J.nr. 520-0023) er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. lov om finansiell virksomhed § 344, og dermed tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1, tiltræder Erhvervsankenævnet, at K ikke er meddelt aktindsigt i tilsynets behandling af forliget efter reglerne i offentlighedsloven.

Da det, der er anført af K, ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder ankenævnet, at der alene er meddelt aktindsigt i det skete omfang.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2016.

Kendelse af 23. juni 2016 (J.nr. 2015-8200).

Sagen hjemvist til Finanstilsynet til fornyet behandling. Forsikringsprodukterne ”Uførepension” og ”Forsættelsesforsikring” anset som livsforsikringsprodukter, jf. forsikringsklasse IV i bilag i lov om finansiel virksomhed.

Lov om finansiel virksomhed § 19, stk. 1, og stk. 3, samt lovens bilag 7 og 8.

(Malene Stadil, Frank Cederbye, Cato Baldvinsson, Carsten Møllekilde og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. juli 2015 har K A/S [Forsikringsselskab] klaget over Finanstilsynets afgørelser af 8. juni 2015 og 10. juni 2015. Ved afgørelsen af 8. juni 2015 fastslog Finanstilsynet, at forsikringsprodukterne Uføreforsikring og Fortsættelsesforsikring er at betragte som livsforsikringsprodukter, jf. bilag 8, nr. IV, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet afslog i afgørelsen tillige at give K A/S tilladelse til i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed at udbyde de pågældende produkter gennem den i Norge etablerede filial. Ved afgørelsen af 10. juni 2015 meddelte tilsynet, at livsforsikringsprodukterne udbydes i strid med §§ 11 og 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed og påbød derfor selskabet at lovliggøre virksomhedsaktiviteterne i Norge.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 8. juni 2015 hedder det:

” ...

Finanstilsynets afgørelse vedrørende K A/Ss ansøgning om tilladelse i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, til at udbyde Uførepension og Fortsættelsesforsikring gennem K A/Ss norske filial.

Afgørelse

Finanstilsynet har på baggrund af de af selskabet angivne oplysninger om produkterne samt oplysninger fra de norske tilsynsmyndigheder vurderet, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring ikke kan anses for skadesforsikring, henset til produkternes uopsigelighed og retten til løbende månedlige ydelser i tilfælde af skade. Finanstilsynet finder således, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er at betragte som livsforsikringsprodukter, jf. bilag 8, nr. IV, i lov om finansiel virksomhed.

Det er Finanstilsynets vurdering, at undtagelsesbestemmelsen i § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, skal fortolkes i lyset af den øgede har-

monisering, som EU indfører med de kommende Solvens II regler, hvorfor der ikke i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, kan gives tilladelse til at K A/S gennem den i Norge etablerede filial udbyder Uførepension som tilvalg til barneforsikringen samt Fortsættelsesforsikring i samarbejde med A i Norge.

Sagsfremstilling

Med henvendelse af 4. september 2014 har K A/S ("K A/S") anmodet Finanstilsynet om dispensation i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, til gennem den i Norge etablerede filial at udbyde Uførepension som tilvalg til barneforsikringen i Norge.

På baggrund af det indsendte materiale om Uførepension, tilkendegav Finanstilsynet på det daværende foreliggende grundlag i mail af 12. november 2014, at produktet kunne betragtes som et skadesforsikringsprodukt efter danske regler, selvom produktet efter norske regler er et livsforsikringsprodukt. Finanstilsynet havde derfor ingen indvendinger mod, at K A/S udbød Uførepension i Norge.

I forlængelse af overstående modtog Finanstilsynet den 14. januar 2015 anmodning om tilladelse til også at tilbyde en fortsættelsesforsikring, der er en forsikring, som indebærer, at Uførepension fortsætter til den forsikredes 67. år uden fornyet helbredserklæring og med samme indhold som Uførepension. Når Uførepension som tilvalg til barneforsikringen ophører og der ikke er sket skade, overføres Uførepension for barn automatisk til Uførepension for voksne (Fortsættelsesforsikring). Finanstilsynet anmodede i den forbindelse om yderligere oplysninger om produktets indhold og vilkår.

K A/S redegjorde nærmere herfor i mailkorrespondance af 3. og 25. februar 2015 samt på møde i tilsynet den 17. februar 2015. Det fremgår heraf, at produktet består af en grunddækning "Barn og ungdom Ekstra", som indeholder erstatning ved tilkendelse af et varigt mén, økonomisk K A/S hed, merudgifter til pleje og tilsyn, hjælpemidler og ombygning af bolig, dagpenge ved sygehusophold, dødsfald samt mulighed for udvidelse vedrørende behandlingsudgifter og erhvervsevnetab (uførekapital). Alle disse dækninger er engangserstatninger.

Til produktet kan tilvælges dækningerne Uførepension og Fortsættelsesforsikring. Ved tilvalgt Uførepension sker der udbetaling i tilfælde af skade (indtrådt invaliditet) inden det fyldte 26. år med en løbende ydelse indtil det 67. år, og ved tilvalgt Fortsættelsesforsikring også i tilfælde af skade efter det fyldte 26. år. Retten til uførepension indtræder, når den forsikrede har været mindst 50 % uarbejdsdygtig i minimum sammenhængende 12 måneder efter det fyldte 18. år.

Uførepensionen/Fortsættelsesforsikring giver i modsætning til de øvrige dækninger i produktet ret til en løbende udbetaling, og er uopsigelig fra selskabets side, hvilket ikke tidligere fremgik af det indsendte materiale fra K A/S.

K A/S har anmodet om Finanstilsynets bekræftelse af, at Uførepension fortsat vil blive betragtet som skadesforsikring i Danmark samt en vurdering af, om Fortsættelsesforsikring også vil betragtes som et skadesforsikringsprodukt.

Såfremt Finanstilsynet måtte nå frem til, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring ikke betragtes som et skadesforsikringsprodukt, har K A/S endvidere oplyst, at selskabet ansøger om tilladelse efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, til gennem den i Norge etablerede filial, at tegne livsforsikring ved at udbyde Uførepension/Fortsættelsesforsikring som tilvalg til barneforsikringen i Norge i overensstemmelse med rets-anvendelsen i Norge, uanset dette som udgangspunkt ikke er tilladt i Danmark.

Finanstilsynet har på denne baggrund vurderet produktets karakteristika samt muligheden for at give tilladelse i henhold § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed.

I forbindelse med denne vurdering tog Finanstilsynets den 9. april 2015 kontakt til de norske tilsynsmyndigheder for at få bekræftet, at K A/Ss Uførepension og Fortsættelsesforsikring er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i den norske forsikringsvirksomhedslovens § 1-3, og således – på trods af, at der er tale om et livsforsikringsprodukt – kan udbydes fra et skadesforsikringsselskab.

De norske tilsynsmyndigheder har ved mails af 23. og 27. april samt 7. og 15. maj 2015 oplyst, at K A/Ss Uførepension er et produkt, som opfylder vilkåret i forsikringsvirksomhedslovens § 1-3. Det norske Finanstilsynet har dog oplyst, at de ved bedømmelsen heraf har lagt til grund, at Uførepension er et ét-årligt risikoprodukt som giver ret til udbetaling af uføreerstatning som engangsbeløb. Det er yderligere pr. telefon den 20. maj 2015 bekræftet af det norske Finanstilsynet, at det er en betingelse for at være omfattet af undtagelsen efter norsk ret, at K A/S har indgået samarbejdsaftale med et livsforsikringsselskab, hvorefter der ved indtrådt uføre tegnes en løbende uførepension i et livsforsikringsselskab. K A/S har indgået aftale med A Norge AS, hvor K A/S i tilfælde af indtrådt uføre indbetaler forsikringssummen, dvs. engangsbeløbet, til A i Norge, som herefter forestår de løbende udbetalinger. K A/S reassurer 100 %.

Det retlige grundlag

Det fremgår af § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbe-kendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015, at:

”Livsforsikringsvirksomhed må ikke i samme selskab forenes med anden forsikringsvirksomhed. Livsforsikringsselskaber kan dog udøve virksomhed inden for forsikringsklasserne 1 og 2, jf. bilag 7. Endvidere kan gen-forsikring af livsforsikring og anden forsikring udøves af samme sel-skab.”

Det følger af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, at:

”Finanstilsynet kan give tilladelse til, at et skadesforsikringsselskab, der gennem en filial driver virksomhed i et land indenfor Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med rets-anvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark.”

Det er kun i det pågældende andet land, at den tilladte udvidelse kan benyttes. Finanstilsynet kan ifølge denne bestemmelse give tilladelse til, at K A/S gennem den i Norge etablerede filial kan udbyde livsforsikringsprodukter, der i overensstemmelse med retsanvendelsen i Norge, uanset dette ikke er tilladt i Danmark.

Bestemmelsen blev indsat i 2007 og det fremgår af bemærkningerne, at Finanstilsynet af konkurrencemæssige hensyn gives hjemmel til at tillade, at danske skadesforsikringsselskaber, der driver virksomhed fra en filial i et EU/EØS-land, hvor national lovgivning tillader dette, også må drive livsforsikringsvirksomhed.

Forsikringsvirksomhed udøves i EU i overensstemmelse med de fælles EU-forsikringsdirektiver, som dog i praksis ikke er fortolket fuldstændig ensartet blandt medlemslandene med hensyn til afgrænsningen mellem liv- og skadesforsikring. Dette har haft som konsekvens, at danske skadesforsikringsselskabers udenlandske filialer ikke har kunnet udøve visse forsikringsformer, som ellers er tilladt for værtslandets skadesforsikringsselskaber.

Bestemmelsen blev indført i forlængelse af en konkret sag, hvor der blev givet afslag på, at et selskab fik overdraget gruppelivsbestanden fra et EØS-datterselskab, under henvisning til, at danske skadesforsikringsselskaber ikke må tegne livsforsikring, uanset at det pågældende produkt havde karakteristika, der mindede om et skadesforsikringsprodukt og på trods af, at dette var i overensstemmelse med retsanvendelsen i det land, hvor bestanden oprindeligt var tegnet.

Som et eksempel på hvilke situationer, der kan være omfattet af bestemmelsen, er i bemærkningerne angivet et skadesforsikringsselskab, der overtager livsforsikringer i form af rene risikoforsikringer af højst ét års varighed karakteriseret ved, at der ikke er opsparingsmidler knyttet til forsikringerne, og at ydelsen er en éngangsydelse, hvis forsikringsbegivenheden indtræder.

Et skadesforsikringsselskab, der får tilladelse i medfør af den foreslåede bestemmelse, må ikke markedsføre/sælge disse forsikringsformer aktivt i Danmark. Det vil dog ifølge bemærkningerne til bestemmelsen være i overensstemmelse med EU-direktiverne på forsikringsområdet, hvis det pågældende danske forsikringsselskab, der har fået tilladelse af Finanstilsynet, senere anmelder til Finanstilsynet, at selskabet ønsker at drive grænseoverskridende virksomhed fra den udenlandske filial ind i andre EU/EØS-lande, herunder eksempelvis i Danmark.

Ved livs- og skadesforsikringsvirksomhed forstås i Danmark virksomhed, der er omfattet af forsikringsklasserne i henholdsvis bilag 8 og 7, i lov om finansiel virksomhed.

Syge- og ulykkesforsikringer vil således i henhold til forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7 anses for skadesforsikring. Dog fremgår det af bilag 8, forsikringsklasse IV, at Permanent health insurance; dvs. sygeforsikring, som indgås for en lang periode og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden, anses for livsforsikring.

En mere overordnet definition af livs- og skadesforsikringsvirksomhed findes ikke i lovgivningen, men kan findes i den almindelige forsikringsret. Ved livsforsikring forstås herefter dels en forsikring, hvor forsikringssummen udbetales ved eller en bestemt tid efter en persons død, dels en forsikring, hvor summen eller renten udbetales i levende live, f.eks. ved opnåelse af en bestemt alder. En livsforsikring er således karakteriseret ved at have en lang løbetid og ved at selskabet som hovedregel ikke har mulighed for at ændre eller opsige aftalen i forsikringens løbetid.

Skadesforsikring indebærer derimod som hovedregel en kort løbetid af typisk ét års varighed, og skadesudbetalingen sker som engangserstatning baseret på et økonomisk tab i tilfælde af, at den forsikrede har lidt en skade.

I Norge kan visse forsikringstyper, der anses som livsforsikring, tegnes af skadeforsikringsselskaber, jf. forsikringsvirksomhetslovens § 1-3, hvorefter:

”Finanstilsynet kan tillate at skadeforsikringsselskaper overtar livsforsikringer i form av rene risikoforsikringer som etter avtalen er av høyst ett års varighet og gir rett til utbetaling av erstatning som engangsbeløp, eller som oppfyller andre produktkrav fastsatt i forskrift gitt av Kongen. Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om kollektive forsikringer (gruppeforsikringer) knyttet til dødelighetsrisiko eller til uføringsrisiko som omfattes av annet punktum.”

Med gennemførelsen af Solvens II-direktivet, vil der ske en harmonisering af EU-reglerne på forsikringsområdet, hvorefter det ikke vil være muligt for medlemsstaterne, at meddele forsikringsselskaber tilladelse til udøvelse af livsforsikringsvirksomhed og skadeforsikringsvirksomheds samtidigt, jf. direktivets artikel 73, stk. 1.

Finanstilsynets vurdering

Hovedreglen er, jf. § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at livsforsikring ikke kan forenes med anden forsikringsvirksomhed samt at skadeforsikringsselskaber alene kan udbyde forsikringer indenfor de klasser, der fremgår af bilag 7, i lov om finansiel virksomhed.

K A/S henviser til undtagelsen i § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter Finanstilsynet har mulighed for at give tilladelse til, at et skadesforsikringselskab, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for EU eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med rets-anvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark.

Bestemmelsen var oprindeligt tiltænkt anvendt i forhold til de såkaldte gruppelivsprodukter, som har en række karakteristika, der minder om et skadesforsikringsprodukt, bl.a. i forhold til løbetid, præmie og udbetalingsprofil.

Uførepension og Forsættelsesforsikring har i modsætning til gruppelivsprodukter karakteristika, som afviger fra typiske skadesforsikringsprodukter, idet produkterne ifølge de foreliggende oplysninger medfører løbende månedlige udbetalinger i tilfælde af skade, potentielt over en meget lang årrække (op til 48 år, da erstatning udbetales ved mindst 50 % uarbejdsdygtig i 12 måneder efter de fyldte 18. år, dvs. 19 og op til 67 år, hvor forsikringen ophører) samt er uopsigelige fra selskabets side.

Finanstilsynet finder ikke, at det samarbejde med A, som K A/S påtænker at etablere i forhold til produktet, således at A forestår de løbende udbetalinger, ændrer ved det faktum, at produktet er et livsforsikringsprodukt.

Som overfor beskrevet består barneforsikrings grunddækning af engangserstatninger på baggrund af et økonomisk tab og betragtes derved som skadesforsikring, jf. forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet finder, at tilvalgsdækningerne Uførepension og Forsættelsesforsikring er at anse for livsforsikringsprodukter, jf. bilag 8, forsikringsklasse IV, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har ved vurderingen for det første lagt vægt på produktets karakteristika, herunder især at Uførepension og Forsættelsesforsikring er uopsigelige fra K A/Ss side. Derudover sker der ved tilvalg af Uførepension og Forsættelsesforsikring udbetaling i tilfælde af skade med en løbende månedlig ydelse indtil det 67. år.

For det andet har Finanstilsynet lagt vægt på, at hensigten med gennemførelsen af Solvens II-direktivet er at harmonisere EU-reglerne på forsikringsområdet, hvorefter det fra 1. januar 2016 ikke vil være muligt for medlemsstaterne, at meddele forsikringselskaber tilladelse til udøvelse af livsforsikringsvirksomhed og skadesforsikringsvirksomhed samtidig, jf. direktivets artikel 73, stk. 1. Undtagelsen i § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, der som afvigelse fra hovedreglen i § 19, stk. 1, skal fortolkes indskrænkende, skal endvidere fortolkes i lyset af ønsket om øget harmonisering.

Der er på denne baggrund ikke belæg for at tillade en udvidet mulighed for skadesforsikringsselskaber, der driver forretning gennem en filial i et land inden for EU eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, til at udbyde produkter, som selskabet ikke ville kunne udbyde i Danmark, i tilfælde, hvor der er tale om produkter, hvis karakteristika i højere grad minder om livsforsikringsprodukter end om skadesforsikringsprodukter.

K A/S kan derfor ikke udbyde produktet efter §§ 11 og 19, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed, da K A/S har tilladelse som skadesforsikringsselskab, og alene kan tilbyde forsikringsydelser efter bilag 7, i lov om finansiell virksomhed. K A/S har dog mulighed for at udbyde produkterne ved at oprette et livsforsikringsselskab.

Konklusion

Finanstilsynet har på baggrund af de af selskabet angivne oplysninger om produkterne samt oplysninger fra de norske tilsynsmuligheder vurderet, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring ikke kan anses for skadesforsikring, henset til produkternes uopsigelighed og retten til løbende månedlige ydelser i tilfælde af skade. Finanstilsynet finder således at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er at betragte som livsforsikringsprodukter, jf. bilag 8, nr. IV, i lov om finansiell virksomhed.

Det er Finanstilsynets vurdering, at undtagelsesbestemmelsen i § 19, stk. 3, i lov om finansiell virksomhed, skal fortolkes i lyset af den øgede harmonisering, som EU indfører med de kommende Solvens II regler, hvorfor der ikke i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiell virksomhed, kan gives tilladelse til at K A/S gennem den i Norge etablerede filial udbyder Uførepension som tilvalg til barneforsikringen samt Fortsættelsesforsikring i samarbejde med A i Norge.
...”

Finanstilsynets afgørelse af 10. juni 2015 lyder således:

”Påbud om lovliggørelse af K A/S’ virksomhedsaktiviteter fra filial i Norge.

Finanstilsynet har ved afgørelse af 8. juni 2015 truffet beslutning om ikke at give tilladelse i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiell virksomhed, til at K A/S (”K A/S”), gennem sin i Norge etablerede filial kan udbyde livsforsikringsprodukterne Uførepension og Fortsættelsesforsikring.

K A/S har tilladelse som skadesforsikringsselskab og kan alene tilbyde forsikringsydelser efter bilag 7 i lov om finansiell virksomhed. K A/S kan derfor ikke udbyde livsforsikringsprodukterne Uførepension og Fortsættelsesforsikring, jf. §§ 11 og 19, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed.

Finanstilsynet finder, at K A/S udbyder livsforsikringsprodukter i strid med §§ 11 og 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og påbyder derfor K A/S at lovliggøre selskabets virksomhedsaktiviteter i Norge.

K A/S har i mail af 9. juni 2015 oplyst, at selskabet agter at etablere et livsforsikringsselskab, der udbyder produkterne Uførepension og Fortsættelsesforsikring. K A/S har i den forbindelse oplyst, at selskabet har solgt uførepensionsforsikringer i overensstemmelse med Finanstilsynets tilkendegivelse i mail af 12. november 2014 om at produktet kunne betragtes som skadesforsikringsprodukt og derfor ingen indvendinger havde mod, at K A/S udbød Uførepension i Norge. K A/S ønsker på den baggrund at fortsætte salget i Norge indtil etableringen af et livsforsikringsselskab er gennemført.

Finanstilsynet anmoder på denne baggrund K A/S om at indsende en plan for, hvorledes selskabet konkret påtænker at lovliggøre aktiviteterne hurtigst muligt. Planen skal være Finanstilsynet i hænde senest onsdag den 24. juni 2015 kl. 12.

...”

I klageskrivelse af 2. juli 2015 har K A/S anført:

” ...

Klagens hovedpunkter

1. Finanstilsynet har været uberettiget til at ophæve sin afgørelse af 12. november 2014, hvor Finanstilsynet traf beslutning om, at det Uførepensionsprodukt, som K A/S udbyder i Norge, er at anse som et skadeforsikringsprodukt.
2. Hvis Erhvervsankenævnet ikke mener, at Finanstilsynet er bundet af sin afgørelse af 12. november 2014, er det K A/Ss påstand, at K A/S har et retskrav på at modtage en dispensation efter FIL § 19 stk. 3, således at K A/S kan fortsætte med at tilbyde Uførepension i Norge i et samarbejde med et livselskab, og at dispensationen også skal meddeles for Fortsættelsesforsikringer i Norge, og i øvrigt på samme vilkår som gælder for norske skadeforsikringsselskaber. For Uføreforsikringer skal dispensationen gives for alle sådanne forsikringer tegnet efter den 12. november 2014.

Sagsfremstilling og argumentation

K A/S søgte den 4. september 2014 tilsynet om tilladelse til at tilbyde Uførepension som tilvalg til K A/Ss eksisterende forsikringsprodukt Barn og Ungdom Ekstra i Norge.

Uførepensionsproduktet indebærer, at skadelidte får månedlige udbetalinger tidligst ved det 19. år og senest til det 67. år i tilfælde af indtråd

”uføre”. Uførepension betragtes som livsforsikring af det norske Finanstilsyn. Det norske tilsyn godkender imidlertid, i medfør af den norske forsikringsvirksomhedslov § 1-3 andet led, at norske skadeforsikringsselskaber kan udbyde sådanne forsikringer, når det sker i et samarbejde med et livsforsikringsselskab. I det omfang, der sker en skade, skal skadeforsikringsselskabet udbetale skadebeløbet som en engangssum til det involverede livsselskab, der herefter administrerer skadebeløbet og udbetaler dette over en række løbende betalinger til skadelidte.

Det danske Finanstilsyn traf den 12. november 2014 afgørelse om, at Uførepension blev anset som et skadeforsikringsprodukt, og at K A/S derfor kunne tilbyde produktet i Norge, uanset den norske vurdering. K A/Ss norske filial påbegyndte herefter salget af Uførepensionsdækningen. Ordningen blev udbudt i samarbejde med A i Norge, således at K A/S i praksis håndterer disse forsikringer på samme måde som andre norske skadeforsikringsselskaber i Norge, der udbyder sådanne ordninger.

Den 14. januar 2015 søgte K A/S om tilladelse til også at tilbyde Fortsættelsesforsikring i Norge på linje med Uførepension. Fortsættelsesforsikringen er i princippet en videreførelse af Uførepensionen. Når Uførepensionsdækningen ophører ved det fyldte 26. år, bliver forsikringen overført til en Fortsættelsesforsikring til det 67. år, forudsat, at Uførepensionen ikke er under udbetaling. Ved overførsel til Fortsættelsesforsikring justeres præmien, men der kræves ikke fornyet helbredserklæring. Fortsættelsesforsikringen er indholdsmæssigt identisk med Uførepensionen men løber til det 67. år i stedet for det 26. år. På samme måde som ved Uførepensionen, indbetaler K A/S ved en skadebegivenhed en engangssum til det involverede livsforsikringsselskab, der herefter administrerer ordningen gennem rateudbetalinger til skadelidte.

Finanstilsynet har nu mere end 8 måneder efter sin afgørelse af 12. november 2014 og 5 måneder efter vores ansøgning om Fortsættelsesforsikring meddelt, at tilsynet anser begge produkter for livsforsikring, med den følge, at tilladelsen af 12. november 2014 til Uførepension tilbagekaldes, og at der ikke kan gives tilladelse til at udbyde Fortsættelsesforsikringen i Norge.

For så vidt angår tilbagekaldelsen af afgørelsen af 12. november 2014, anfører tilsynet, at der er kommet nye oplysninger frem om produktet. Dette mener vi ikke er korrekt. Finanstilsynet fik alle de nødvendige og relevante oplysninger i forbindelse med ansøgningen og har i øvrigt foretaget sine egne undersøgelser i den forbindelse. Alle relevante informationer forelå således, da tilsynet afgjorde, at der var tale om et skadeforsikringsprodukt.

Vi mener derfor ikke, at tilsynet på denne baggrund er berettiget til nu at tilbagekalde tilladelsen.

Som det fremgår af sagen, anmodede K A/S om, at Finanstilsynet, i det omfang produkterne blev anset som livsforsikring, alligevel gav mulig-

hed for, at K A/S kunne tilbyde produkterne i Norge i henhold til FIL § 19, stk. 3. Det har tilsynet afvist i sin afgørelse af 8. juni 2015.

Det er K A/Ss opfattelse, at FIL § 19, stk. 3, giver K A/S et retskrav på at få dispensation til i Norge at tegne de pågældende forsikringer, som er tilladt for norske skadeforsikringsvirksomheder.

Det følger af ordlyden af FIL § 19, stk. 3, at Finanstilsynet kan give tilladelse til, at et skadeforsikringsselskab, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for den Europæiske Union, eller i et land som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område,

”kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med retsanvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark”.

Det fremgår af bemærkningerne (L 20-06) til bestemmelsen, at

”det af konkurrencemæssige grunde foreslås at indsætte en bestemmelse, der giver Finanstilsynet hjemmel til at tillade, at danske skadeforsikringsselskaber, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der måtte være tilladt for skadeforsikringsselskaber i det pågældende land, uanset at den enkelte forsikringsform ikke er tilladt i Danmark.”

Efter den norske forsikringsvirksomhedslov § 1-3 andet led, kan det norske Finanstilsyn give tilladelse til,

”at skadeforsikringsselskaber overtar livsforsikringer i form av rene risikoforsikringer som etter avtalen er av høyest ett års varighet og gir rett til utbetaling av erstatning som engangsbeløp, eller som oppfyller andre produktkrav fastsatt i forskrift gitt av Kongen.”

Teksten *”[r]ene risikoforsikringer som etter avtalen er av høyest ett års varighet”* omfatter dødsfaldrisiko og forsikring mod erhvervsevnetab efter forskrift om inndelig i forsikringsklasser som grunnlag for konsensjonstildeling § 1 I. litra a) og c). Dette er produkter, som efter norsk ret betragtes som livsforsikring, men hvor blandt andet risiko- og præmieberegning samt udbetalingsmodel har klare lighedstræk med skadeforsikring.

Ifølge forarbejderne til forsikringsvirksomhedsloven (Proposisjon 134 (2009-2010)) indebærer kravet om, at dækningerne skal være et-årige, at der er tale om

”forsikringer, hvor årets nettopremie skal dekke årets risiko og ikke noe annet, for eksempel gruppelivsforsikringer”.

Det centrale her er, at præmien skal dække risikoen i det aktuelle år og ikke indeholder noget opsparingselement. Det fremgår videre af forar-

bejderne, at det er lagt til grund, at kravet om et-årige dækninger indebærer, at der kun kan foretages engangsudbetalinger. Videre fremgår det, at

”[e]t unntak fra dette kravet om engangsutbetalinger er imidlertid fastsatt i forskrift 30. juni 2006 nr 869 om forskrift til forsikringsvirksomhetsloven (livsforsikring) § 1-5. I henhold til denne bestemmelsen kan skadeforsikringsselskaper som har tillatelse til å overta livsforsikringer etter lovens § 1-3 annet ledd, overta forsikringer knyttet til uførerisiko hvor det er avtalt at det i en periode på inntil fire år skal utbetales årlig innskuddsfritak/premiefritak.”

Endvidere fremgår det af den nævnte forskrift § 1-5 første led, at

”Engangsbeløpet skal benyttes til dekning av engangspremie etter avtale med livsforsikringsselskap eller pensjonskasse, som gir rett til årlige uføreytelser inntil nådd opptjeningsalder.”

For god ordens skyld bemærkes, at den mulighed, som skadeselskaberne her har fået til at foretage udbetaling af Uførepension i indtil fem år (adgangen er udvidet fra fire til fem år efter at forarbejderne blev skrevet), ikke er blevet benyttet af de norske skadeselskaber, og heller ikke skal benyttes af K A/S i dette tilfælde.

Ved et dækningsberettiget forsikringstilfælde, vil K A/S beregne uføregrad og kapitalisere summen af månedlige pensionsudbetalinger til et engangsbeløb, som overføres til A, Norge. A vil forvalte engangsudbetalingen og foretage de månedlige pensionsudbetalinger til sikrede.

K A/Ss Uførepension er således en dækning, som er i overensstemmelse med retsanvendelsen i Norge. Produktet tilbydes af en række norske skadeforsikringsselskaber og er en del af sædvanlig markedsstandard i forsikringsmarkedet i Norge. K A/S kunne, hvis virksomheden i Norge var organiseret som selskab og ikke filial, have udbudt Uførepension og for den sags skyld Fortsættelsesforsikring på det norske marked i samarbejde med et livsforsikringsselskab.

Det norske Finanstilsyn har ifølge Finanstilsynets afgørelse af 8. juni 2015 (side 3) bekræftet over for tilsynet, at K A/Ss Uførepension er et produkt, som opfylder vilkårene i forsikringsvirksomhetsloven § 1-3.

Finanstilsynet skriver i sin afgørelse (på s. 6), at Uførepension og Fortsættelsesforsikring i modsætning til gruppelivsprodukter har karakteristika, som afviger fra typiske skadeforsikringsprodukter, idet produkterne medfører månedlige udbetalinger i tilfælde af skade, potentielt over en meget lang årrække, samt er uopsigelige fra selskabets side.

Det er her nødvendigt at sondre mellem den periode, hvor aftalen varetages af K A/S, og perioden efter et dækningsberettiget forsikringstilfælde, hvor aftalen varetages af livsforsikringsselskabet, i dette tilfælde A, Norge.

Mens forsikringen løber i K A/S, er der tale om en et-årig dækning med adgang til årlig regulering af præmien.

Udbetalingsperioden vil derimod være længerevarende. Ved en dækningsberettiget skade indbetaler K A/S den kapitaliserede erstatning til A, Norge, med henblik på udbetaling til skadelidte over den aftalte år-række. Det er derfor, at et tilbud om Uførepension fra et skadeselskab efter de norske regler kræver en samarbejdsaftale med et livsforsikrings-selskab, som tager over, når produktet ved en dækningsberettiget skade ændrer karakteristika fra et et-årigt produkt med lighedstræk med skade-forsikring til et langvarigt produkt med livproduktets karakteristika.

Som det fremgår af forarbejderne, jf. ovenfor, var tanken med FIL § 19 stk. 3, at sikre, at et dansk forsikringsselskab ikke skulle stilles ringere i konkurrencen inden for EU i forhold til nationale indregistrerede selska-ber. Det er lige netop dette Finanstilsynet gør ved at afvise at give di-spensation. K A/Ss situation passer fuldstændig ind i de situationer, der er omtalt i forarbejderne til § 19 stk. 3.

Tilsynet anfører i sin afgørelse af 8. juni 2015, at FIL § 19, stk. 3, i alt væsentligt vedrører gruppelivsforsikringer. Det er vi ikke enige i. Det er efter vores opfattelse alt for snævert og har ikke grundlag hverken i lov-teksten eller i forarbejderne.

Gruppelivsforsikringer er i bemærkningerne til lovforslaget alene nævnt som et eksempel på et tilfælde, der vil være omfattet af bestemmelsen:

...

Finanstilsynet anfører endvidere i sin afgørelse af 8. juni 2015, at FIL § 19, stk. 3, skal fortolkes indskrænkende i lyset af Solvens II direktivets krav om adskillelse mellem livsforsikrings- og skadeforsikringsvirksomhed jf. artikel 73 stk. 1.

Der er efter vores opfattelse ikke holdepunkter for en sådan fortolkning.

Tilsynet anfører, at Solvens II direktivet indebærer en harmonisering af EU-reglerne, hvorefter det ikke vil være muligt at meddele forsikrings-selskaber tilladelse til udøvelse af livsforsikringsvirksomhed og skade-forsikringsvirksomhed samtidig, jf. Solvens II direktivets artikel 73, stk. 1.

Vi mener ikke, at der er noget nyt i Solvens II direktivet i relation til ad-skillelsen mellem liv- og skadeforsikringsvirksomhed.

Princippet om adskillelse, der fremgår af FIL § 19, stk. 1, har været gæl-dende i årtier og var også gældende, da dispensationsadgangen i § 19, stk. 3, blev vedtaget. Artikel 73 stk. 1, synes heller ikke at have givet an-ledning til justering i FIL i forbindelse med direktivets implementering i dansk lovgivning, jf. lov nr. 308 af 28. marts 2015.

Tilsvarende har Solvens II direktivets regler ikke givet anledning til ændringer eller indskrænkende fortolkninger af de norske regler om adskillelse mellem liv og skade i forbindelse med implementeringen. Tværtimod har man i Norge lagt til grund, at Solvens II direktivet viderefører adskillelsesprincippet efter norsk ret uden ændringer, og at Solvens II således ikke er til hinder for, at man i Norge kan opretholde adgangen for skadeforsikringselskaber til at tilbyde bl.a. Uførepension og Fortsættelsesforsikring.

Således fremgår det af den nye finansforetakslov [Lov nr. 17 af 7. april 2015] § 2-14 (2), som træder i kraft den 1. januar 2016, at skadeforsikringselskaber med tilladelse til at overtage personforsikringer, som ikke er livsforsikringer, også kan overtage

”livsforsikringer i form av rene risikoforsikringer som etter avtalen er av høyest ett års varighet og gir rett til utbetaling av erstatning som engangsbeløp, eller som oppfyller andre produktkrav fastsatt i forskrift gitt av departementet.”

Dette svarer til ordlyden i den nugældende forsikringsvirksomhedslov § 1-3, og bestemmelsen indebærer efter forarbejderne en videreførelse af den nuværende implementering af adskillelsesprincippet. Uddrag af forarbejderne vedlægges.

De norske myndigheder opretholder således ordningen med, at norske skadeselskaber kan sælge et-årige livsprodukter, og salg af Uførepension og Fortsættelsesforsikring. Denne adgang kan udenlandske selskabers filialer selvsagt også anvende, forudsat, at det kan ske lovligt efter hjemlandets regler – i vores tilfælde FIL § 19 stk. 3.

Vi vil også gerne fremhæve, at hvis Solvens II reglerne pr. 1. januar 2016 skal have indflydelse på dispensationsadgangen i FIL § 19 stk. 3, så burde dette være kommet til udtryk i en ændring af reglen i forbindelse med Solvens II direktivets implementering i dansk ret. Det ses imidlertid ikke at være tilfældet. FIL § 19 stk. 3, henstår uændret, og dens formål er derfor gældende som oprindeligt fastlagt af Folketinget. For en god ordens skyld bemærkes endvidere, at Solvens II reglernes eventuelle indflydelse på fortolkningen af FIL § 19, stk. 3, under alle omstændigheder først kan få betydning for denne sag fra den 1. januar 2016.

K A/S har i tillid til tilsynets afgørelse fra november 2014 tegnet Uføreforsikring ind i K A/Ss norske filial af K A/S. Tilsynets afgørelse af 8. juni 2015 fjerner koncessionsgrundlaget. Finanstilsynet har dog i påbudet af 10. juni 2015 bedt K A/S om en plan for en lovliggørelse inden den 24. juni 2015, hvilket indebærer, at K A/S skal oplyse, hvornår K A/S kan indsende en ansøgning om godkendelse af et livsforsikringselskab. Det har vi gjort den 22. juni 2015 og er i dialog med tilsynet om implementeringen.

Tilsynets afgørelse efterlader ikke K A/S med andre muligheder end at søge en livskoncession, hvis salget af Uførepension skal fortsætte. Og

det ønsker K A/S, ligesom vi ønsker at kunne tilbyde den nævnte Fortsættelsesforsikring, idet vi ellers som dansk forsikringsselskab bliver stillet ulige i konkurrencen med andre norske skadeforsikringsselskaber på det norske marked. Hvis K A/S havde fået dispensation efter FIL § 19 stk. 3, ville et livsforsikringsselskab ikke være nødvendigt for at kunne håndtere de norske produkter.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 21. august 2015 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

K A/S rettede henvendelse til Finanstilsynet ved mail af 4. september 2014, hvortil var vedhæftet bl.a. et notat af 29. august 2014, der redegjorde for et produkt, Uførepension på barneforsikringsområdet i Norge (**”Uførepension”**), som K A/S ønskede at tegne som en tilvalgsdækning til K A/Ss eksisterende forsikringsprodukt Barn og Ungdom Ekstra i Norge.

Af mailen af 4. september 2014 fremgik, at Uførepension efter norsk ret kan tegnes af skadeforsikringsselskaber, jf. § 1-5 i den norske livsforsikringsforskrift, jf. § 1-3 i den norske forsikringsvirksomhedslov.

Med henvisning til at Finanstilsynet efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed kunne tillade, at danske forsikringsselskaber kunne udøve samme type virksomhed, som et andet EU/EØS-lands nationale forsikringsvirksomheder anmodede K A/S på den baggrund Finanstilsynet om, at tage kontakt til det norske Finanstilsyn med henblik på at fastlægge den nærmere proces for K A/Ss ansøgning om tilladelse til at tilbyde Uførepension som et tilvalg til barneforsikringen i Norge.

Det fremgik af notatet af 29. august 2014, at Uførepension dækker invaliditet/erhvervsevnetab som følge af ulykke og sygdom efter det 18. år og indtil det 26. år, og at forsikringen giver ret til løbende månedlige udbetalinger. Det fremgik ikke af notatet, at produktet er uopsigeligt fra selskabets side.

På baggrund af produktets beskrivelse i notat af 29. august 2014 meddelte Finanstilsynets ved mail af 12. november 2014, at Finanstilsynet betragtede Uførepension som et skadeforsikringsprodukt efter danske regler. Finanstilsynet havde derfor ikke nogen indvendinger mod, at K A/S udbød produktet.

Finanstilsynet kontaktede ved mail af 14. november 2014 det norske Finanstilsyn med notifikation om, at K A/S ønskede at tilbyde Uførepension i Norge.

Finanstilsynet og K A/S holdt den 3. december 2014 et møde vedrørende en anden sag, der omhandlede K A/Ss eventuelle overtagelse af porteføl-

je af nye og gamle "barnförsäkringar" i Sverige. Forud for mødet sendte K A/S en mail af 28. november 2014 til Finanstilsynet, hvoraf følgende fremgik:

"De elementer i "de gamle barnförsäkringar", som også er til stede i den norske sag [om Uførepension] er følgende:

- *Præmien forfalder og reguleres årligt. Fornyelsespræmien beregnes således på grundlag af forsikringsbeløb og præmietarif.*
- *Forsikringsselskabet kan ikke opsige aftalen (dog eventuelt efter norsk ret, hvis forsikringstager har forsømt sin oplysningspligt, herunder ved svig)*
- *Forsikringerne løber til sikrede når en vis alder - i Norge ophører forsikringen senest ved 26. år, i Sverige ved sikredes 25. år, men med ret til månedlige udbetalinger frem til en vis alder - i Norge frem til 67. år, i Sverige frem til 65. år - i i tilfælde af indtrådt uarbejdsdygtighed." (vores indsætning i skarpe parenteser)*

På mødet af 3. december 2014 anmodede Finanstilsynet K A/S om en sammenligningsoversigt over både de to svenske produkters og det norske Uføreprdukts indhold. Finanstilsynet modtog pr. mail den 8. december 2014 denne oversigt, hvoraf det fremgik, at den norske Uførepensionen var uopsigelig. Mailkorrespondancen af 28. november til 8. december 2014, inklusive vedhæftede dokument til mailen af 8. december 2014.

Finanstilsynet modtog den 14. januar 2015 mail fra K A/S med anmodning om tilladelse til også at udbyde en såkaldt Fortsættelsesforsikring i det norske marked. Det fremgår af mailen, at Fortsættelsespension er identisk med Uførepensionen, der ophører ved de 26. år, hvor Fortsættelsespensionen herefter gælder fra det 26.-67. år. Fortsættelsesforsikringen medfører, at Uførepension (barn) automatisk overføres til Uførepension for voksne uden afgivelse af nye helbredsoplysninger, såfremt der ikke er sket en skade inden det 26. år. I mailen anfører K A/S følgende:

"Jeg skal høre, om tilsynet er enig i, at der fortsat er tale om skadesforsikring efter dansk ret? Hvis tilsynet derimod skulle resolve, at der er tale om livsforsikring efter dansk ret, skal vi anmode om tilsynets tilladelse i henhold til FIL § 19, stk. 3."

På baggrund af anmodningen af 14. januar 2015 samt informationen modtaget ved mailkorrespondance af 28. november til 8. december 2014 anmodede Finanstilsynet ved mail af 23. januar 2015 om at modtage yderligere information og dokumentation fra selskabet om produktets indhold og vilkår, både for Uførepension og Fortsættelsesforsikringen (vedlægges mailkorrespondance af 14. januar 2015 til 25. februar 2015, som bl.a. indeholder Finanstilsynets mail af 23. januar 2015).

K A/S redegjorde nærmere for produkternes indhold og vilkår i mail af 3. februar 2015 samt mailkorrespondance af 23. januar til 25. februar 2015 samt på møde hos Finanstilsynet den 17. februar 2015. Det frem-

gik, at produktet består af en grunddækning "Barn og ungdom Ekstra", som indeholder erstatning ved tilkendelse af varigt mén, økonomisk K A/S hed, merudgifter til pleje og tilsyn, hjælpemidler og ombygning af bolig, dagpenge ved sygehusophold, dødsfald samt mulighed for udvidelse vedrørende behandlingsudgifter og erhvervsevnetab (uførekapital). Alle disse dækninger er engangserstatninger.

Til grunddækningsproduktet kan tilvælges dækningerne Uførepension og Fortsættelsesforsikring. Ved tilvalgt Uførepension sker der udbetaling i tilfælde af skade (indtrådt invaliditet) inden det fyldte 26. år med en løbende ydelse indtil det 67. år, og ved tilvalgt Fortsættelsesforsikring også i tilfælde af skade efter det fyldte 26.-67. år. Retten til Uførepension indtræder, når den forsikrede har været mindst 50 pct. uarbejdsdygtig i minimum sammenhængende 12 måneder efter det fyldte 18. år.

Det fremgik endvidere af den indsendte produktbeskrivelse, at forsikringen er uopsigelig fra selskabets side.

Det norske Finanstilsyn oplyste ved mails af 23. og 27. april samt 7. og 15. maj 2015, at K A/Ss Uførepension er et produkt, som opfylder vilkåret i forsikringsvirksomhedslovens § 1-3. Det norske Finanstilsynet oplyste, at de ved bedømmelsen heraf havde lagt til grund, at Uførepension var et ét-årigt risikoprodukt som gav ret til udbetaling af uføreerstatning som engangsbeløb. Det blev yderligere pr. telefon den 20. maj 2015 bekræftet af det norske Finanstilsyn, at det er en betingelse for at være omfattet af undtagelsen efter norsk ret, at K A/S har indgået samarbejdsaftale med et livsforsikringsselskab, hvorefter der ved indtrådt uføre tegnes en løbende uførepension i et livsforsikringsselskab. K A/S har indgået aftale med A Norge AS ("A"), hvor K A/S i tilfælde af indtrådt uføre indbetaler forsikringssummen, dvs. engangsbeløbet, til A, som herefter forestår de løbende udbetalinger. K A/S reassurer 100 %.

Finanstilsynet konstaterede på baggrund af de modtagne oplysninger, herunder at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er uopsigelige fra K A/Ss side, at produkterne måtte anses som livsforsikringsprodukter, jf. bilag ... til lov om finansiel virksomhed.

Produkterne må derfor kun tegnes i et livsforsikringsselskab, jf. § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

For at et skadesforsikringsselskab som K A/S skal kunne udbyde disse produkter gennem en filial i Norge, vil det kræve en tilladelse fra Finanstilsynet i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed.

Ved afgørelse af 8. juni 2015 meddelte Finanstilsynet, at der ikke kunne gives tilladelse til K A/S i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed.

Den 10. juni 2015 fremsendte Finanstilsynet i forlængelse heraf et påbud til K A/S om at lovliggøre aktiviteterne.

Finanstilsynet i Norge har ved brev af 19. juni 2014 til Finansdepartementet udtalt, at det gældende livsforsikringsdirektiv (direktiv 2002/83/EF af 5. november 2002) ikke er et totalharmoniseringsdirektiv, hvorimod et af hovedmålene med Solvens II-direktivet (direktiv 2009/138/EF) bl.a. at give forsikringsselskaberne ensartede regler inden for det indre marked (totalharmonisering). Hvis Solvens II-direktivet skulle anvendes uden nuværende national tilpasning i ny ”finansforetakslov” vil det ifølge Finanstilsynet i Norge medføre, at ingen af de norske skadesforsikringsselskaber, som i dag tilbyder ét-årige livsforsikringer uden opsparingselement, kan fortsætte med at tilbyde sådanne forsikringer.

Ved brev af 2. juli 2015 klagede K A/S til Erhvervsankenævnet over Finanstilsynets afgørelser af 8. og 10. juni 2015.

2. Afgørelsens retlige grundlag

I § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015 (”lov om finansiel virksomhed”), fastsættes udgangspunktet om kravet om opdeling af livs- og skadesforsikringsvirksomhed i to separate selskaber. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Livsforsikringsvirksomhed må ikke i samme selskab forenes med anden forsikringsvirksomhed. Livsforsikringsselskaber kan dog udøve virksomhed inden for forsikringsklasserne 1 og 2, jf. bilag 7. Endvidere kan genforsikring af livsforsikring og anden forsikring udøves af samme selskab.”

§ 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, der har følgende ordlyd, indeholder en undtagelse til udgangspunktet i § 19, stk. 1:

”Finanstilsynet kan give tilladelse til, at et skadesforsikringsselskab, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med rets-anvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark.”

Finanstilsynet kan ifølge § 19, stk. 3, give tilladelse til, at K A/S gennem den i Norge etablerede filial kan udbyde livsforsikringsprodukter, der er i overensstemmelse med retsanvendelsen i Norge, uanset dette ikke er tilladt i Danmark.

§ 19, stk. 3, blev indsat i lov om finansiel virksomhed ved lov nr. 108 af 7. februar 2007. Følgende fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen (L 20 af 4. oktober 2006):

”Forsikringsvirksomhed udøves i EU i overensstemmelse med de fælles EU-forsikringsdirektiver. Uanset at der således er et fælles grundlag, har det i praksis vist sig, at medlemslandene ikke har fortolket direktiverne fuldstændig ensartet med hensyn til afgrænsningen mellem liv- og

skadesforsikring. Dette har haft som konsekvens, at danske skadesforsikringsselskabers udenlandske filialer ikke har kunnet udøve visse forsikringsformer, som ellers er tilladt for værtslandets skadesforsikringsselskaber.

Af konkurrencemæssige grunde foreslås det derfor at indsætte en bestemmelse, der giver Finanstilsynet hjemmel til at tillade, at danske skadesforsikringsselskaber, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der måtte være tilladt for skadesforsikringsselskaber i det pågældende land, uanset at den enkelte forsikringsform ikke er tilladt i Danmark.

Som et eksempel kan nævnes et skadesforsikringsselskab, der overtager livsforsikringer i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed karakteriseret ved, at der ikke er opsparingsmidler knyttet til forsikringerne, og at ydelsen er en éngangsydelse, hvis forsikringsbegivenheden indtræder. Præmier for denne type livsforsikring beregnes på samme måde som skadesforsikring (såkaldt naturlig præmie). Et eksempel herpå er gruppelivsforsikringer.

Norge og Sverige har lovbestemmelser, der gør det muligt for skadesforsikringsselskaber at opnå tilladelse til at drive livsforsikringsvirksomhed i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed.

Et skadesforsikringsselskab, der får tilladelse i medfør af den foreslåede bestemmelse, må ikke markedsføre/sælge disse forsikringsformer aktivt i Danmark.

Det vil dog være i overensstemmelse med EU-direktiverne på forsikringsområdet, hvis det pågældende danske forsikringsselskab, der har fået den nævnte tilladelse af Finanstilsynet, senere anmelder til Finanstilsynet, at selskabet ønsker at drive grænseoverskridende virksomhed fra den udenlandske filial ind i andre EØS-lande, herunder eksempelvis i Danmark. Er en sådan notifikation foretaget, kan skadesforsikringsselskabet via filialen herefter markedsføre/sælge "disse forsikringsformer", som efter dansk rets-anvendelse hidtil ikke har kunnet sælges af et skadesforsikringsselskab i Danmark, aktivt i Danmark."

§ 19, stk. 3, i lov om finansiell virksomhed blev indført i forlængelse af en konkret sag (Finanstilsynets afgørelse af 27. april 2006), hvor der blev givet afslag på, at et selskab fik overdraget gruppelivsbestanden fra et EØS-datterselskab, under henvisning til at danske skadesforsikringsselskaber ikke må tegne livsforsikring, uanset at det pågældende produkt havde karakteristika, der mindede om et skadesforsikringsprodukt og på trods af, at dette var i overensstemmelse med retsanvendelsen i det land, hvor bestanden oprindeligt var tegnet. Resumé af afgørelsen, som findes på Finanstilsynets hjemmeside (...). Det ses bl.a. af eksemplet i bemærkningerne, at lovændringen havde til formål at gøre det muligt for Finanstilsynet at tillade, at sådanne gruppelivsforsikringer med skades-

forsikringskarakteristika kunne tegnes af danske skadesforsikringselskaber i andre EU/EØS-lande, såfremt det var i overensstemmelse med det pågældende lands nationale regulering.

Ved skades- og livsforsikringsvirksomhed forstås i Danmark virksomhed, der er omfattet af forsikringsklasserne i henholdsvis bilag 7 og 8 i lov om finansiel virksomhed.

Syge- og ulykkesforsikringer vil således i henhold til forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7 anses for skadesforsikring. Dog fremgår det af forsikringsklasse IV i bilag 8, at Permanent health insurance (langvarig sygeforsikring), dvs. sygeforsikring, som indgås for en lang periode, og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden, anses for livsforsikring.

En mere overordnet definition af livs- og skadesforsikringsvirksomhed findes ikke i lovgivningen. I Dansk Forsikringsret, 9. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2012, side 947 og 951 anføres følgende om forståelsen af livsforsikring:

”Ved livsforsikring forstås herefter dels en forsikring, hvor forsikringssummen i form af en kapital eller i form af en løbende ydelse udbetales ved eller en bestemt tid efter en persons død, og dels en forsikring, hvor summen eller renten udbetales i levende live, f.eks. ved opnåelse af en bestemt alder.

[...]

En livsforsikring er karakteriseret ved at have en lang løbetid og ved at selskabet som hovedregel ikke har mulighed for at ændre eller opsiges aftalen i forsikringens løbetid.”

Skadesforsikring indebærer derimod som hovedregel en kort løbetid af typisk ét års varighed, og skadesudbetalingen sker som engangsrestatning baseret på et økonomisk tab i tilfælde af, at den forsikrede har lidt en skade.

I Norge kan visse forsikringstyper, der anses som livsforsikring, tegnes af skadeforsikringsselskaber, jf. forsikringsvirksomhedslovens § 1-3, hvorefter:

”Finanstilsynet kan tillate at skadeforsikringsselskaper overtar livsforsikringer i form av rene risikoforsikringer som etter avtalen er av høyst ett års varighet og gir rett til utbetaling av erstatning som engangsbeløp, eller som oppfyller andre produktkrav fastsatt i forskrift gitt av Kongen. Kongen kan ved forskrift fastsette nærmere regler om kollektive forsikringer (gruppeforsikringer) knyttet til dødelighetsrisiko eller til uførerisiko som omfattes av annet punktum.”

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Vurderingen af om Uførepension og Fortsættelsesforsikring er livs- eller skadesforsikringsprodukter

Hovedreglen er, jf. § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at livsforsikring ikke kan forenes med anden forsikringsvirksomhed, samt at skadesforsikringselskaber alene kan udbyde forsikringer inden for de klasser, der fremgår af bilag 7 i lov om finansiel virksomhed.

I henvendelsen fra K A/S af 4. september 2014 til Finanstilsynet, vedrørende anmodning om tilladelse til at udbyde en såkaldt Uførepension i tilknytning til barneforsikringen i Norge, beskrives Uførepensionen som et produkt, der dækker invaliditet/erhvervsevnetab som følge af ulykke og sygdom, og som giver ret til løbende månedlige udbetalinger. Disse forhold er omfattet af forsikringsklasse nr. 1 og 2 i bilag 7 til lov om finansiel virksomhed om skadesforsikringsvirksomhed. Forsikringsklasse nr. 1 og 2 i bilag 7 til lov om finansiel virksomhed kan i Danmark tegnes både af livs- og skadesforsikringselskaber, jf. lovens § 19, stk. 1.

Såfremt sygeforsikringer indgås for en lang periode og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden klassificeres disse forsikringer dog under livsforsikringsvirksomhed, jf. forsikringsklasse IV i bilag 8 i lov om finansiel virksomhed, og denne forsikringsvirksomhed kan alene tegnes af livsforsikringsvirksomheder, jf. § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Det afgørende for om Uførepension og dermed også Fortsættelsesforsikring skal klassificeres som livs- eller skadesforsikring er dermed om forsikringen indgås for en lang periode og om den er uopsigelig fra K A/Ss side i hele perioden, jf. også angivelserne om sondringen mellem livs- og skadesforsikring i Dansk Forsikringsret, 9. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2012, side 947 og 951.

Det fremgår bl.a. af materialet modtaget ved mailkorrespondancen af 3. og 25. februar 2015, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring bl.a. vedrører sygdomsforsikring, og at forsikringen er uopsigelig fra K A/Ss side.

Uførepension og Fortsættelsesforsikring er derfor livsforsikringsprodukter, jf. forsikringsklasse IV i bilag 8 til lov om finansiel virksomhed.

Af K A/Ss klage af 2. juli 2015 ses ikke, at K A/S er uenig i vurderingen af, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring skal klassificeres som livsforsikringsprodukter.

3.2. Spørgsmålet om, hvorvidt K A/S kan støtte ret på Finanstilsynets vurdering i mail af 12. november 2014

I forhold til om Uførepension og Fortsættelsesforsikring skal klassificeres som et skades- eller livsforsikringsprodukt kan K A/S ikke støtte ret på Finanstilsynets vurdering af Uførepensionsproduktet, som blev meddelt K A/S i mail af 12. november 2014.

Vurderingen meddelt i mailen af 12. november 2014 blev foretaget af Finanstilsynet på baggrund af K A/Ss samlede beskrivelse i mail af 4. september 2014 af produktets karakteristika, hvoraf det ikke fremgik, at

det var uopsigeligt fra selskabets side. På baggrund af daværende foreliggende oplysninger finder Finanstilsynet fortsat, at Finanstilsynets vurdering i mailen af 12. november 2014 er korrekt.

Oplysningen, om at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er uopsigelige fra K A/Ss side, er set i sammenhæng med produkternes øvrige karakteristika (sygdomsforsikring) afgørende for, at Finanstilsynet vurderer, at der er tale om et livsforsikringsprodukt, og denne oplysning blev Finanstilsynet først bekendt med efter afsendelsen af mailen af 12. november 2014.

3.3. Tilladelse efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed

3.3.1. Baggrunden for forbuddet om at drive livs- og skadesvirksomhed i samme selskab, jf. § 19, stk. 1

Det klare udgangspunkt er, at livsforsikring ikke må forenes med anden forsikringsvirksomhed, samt at skadesforsikringsselskaber alene kan udbyde forsikringer inden for de klasser, der fremgår af bilag 7 i lov om finansiel virksomhed, jf. § 19, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Dette krav om opdeling af livs- og skadeforsikringsvirksomhed i adskilte selskaber har været gældende siden 1959, hvor det ved en lovændring blev fastlagt, at nye livsforsikringsselskaber ikke måtte forenes med anden forsikringsvirksomhed.

Behovet for et krav om adskillelse udspringer af grundlæggende forskelle i de risici, som er forbundet med de to forskellige typer forsikringer. Livsforsikring består som udgangspunkt overordnet af to elementer – en opsparingsdel og en forsikringsdel – og er derfor en langsigtet forretning, hvor kundeforholdene er uopsigelige og løber over mange år. Livsforsikringsvirksomhed kræver, at selskabet indretter sine investeringer og hele aktiv-siden, så der er midler til udbetaling af pension til kunderne langt ude i fremtiden, og tager højde for de langtrækkende og uopsigelige forpligtelser ved opgørelsen af hensættelserne. Skadesforsikring er langt mere kortsigtet, hvor selskabet typisk modtager præmieindbetalinger for et år ad gangen til dækning af forpligtelser, der normalt også kun løber et år ad gangen, og selskabet har derfor a priori anderledes strategier for forvaltningen af aktiverne.

Grundet forskellene i produktkarakteristika er livs- og skadesforsikringsvirksomhed på nogle områder underlagt forskellige regelsæt ligesom relevante kompetencekrav til bl.a. beregning og kontrol af hensættelser og en tilstrækkelig god styring af risiciene er forskellige.

Det følger bl.a. af § 20, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at livsforsikringsvirksomheder – i modsætning til skadesforsikringsvirksomhed – skal anmelde det tekniske grundlag m.v. (dvs. bl.a. livsforsikringsselskabernes grundlag for beregning af forsikringspræmier, tilbagekøbsværdier og fripolicer og regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat) skal anmeldes til Finanstilsynet. De anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne.

Finanstilsynet fører løbende tilsyn med, at livsforsikringselskaberne overholder disse krav om betryggende og rimelige forhold.

I henhold til § 108 i lov om finansiel virksomhed skal direktionen drage omsorg for, at et forsikringselskab råder over tilstrækkelig sagkundskab til beregning af hensættelserne. I livsforsikringselskaber stilles der, bl.a. på grund af kravene til det tekniske grundlag, derudover specifikt krav om, at bestyrelsen i selskabet skal ansætte en ansvarshavende aktuar, som skal varetage de nødvendige forsikringstekniske funktioner, herunder beregninger, undersøgelser og kontrol af overholdelsen af selskabets tekniske grundlag. For at kunne blive ansat som ansvarshavende aktuar skal en person opfylde en række objektive kriterier, herunder have indsigt i de særlige aktuarmæssige metoder, som finder anvendelse ved opgørelsen af de forsikringsmæssige hensættelser i livsforsikring.

3.3.2. Ordlyden og bemærkninger til § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed

I medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed kan Finanstilsynet give tilladelse til, at et skadesforsikringselskab, der gennem en filial driver virksomhed inden for EU, kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med retsanvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark.

K A/S har i klagen anført, at K A/S har et retskrav på at modtage en tilladelse efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed. Det følger dog allerede af bestemmelsens ordlyd, at en virksomhed ikke har et retskrav på en tilladelse efter § 19, stk. 3, jf. ordet ”kan”. Hvorvidt tilladelsen kan gives beror på en konkret vurdering i hver enkelt sag. I relation til den konkrete sag har Finanstilsynet fundet, at der bør anlægges en indskrænkende fortolkning af bestemmelsen og afvist at give tilladelse, jf. nærmere nedenfor.

§ 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed er en undtagelsesbestemmelse til udgangspunktet i bestemmelsen første stykke, hvorfor bestemmelsen som udgangspunkt bør fortolkes indskrænkende. Dette gælder særligt i det konkrete tilfælde, hvor en vid adgang for skadesforsikringselskaber til at tilbyde produkter, som har karakter af livsforsikring, vil stride mod den grundlæggende præmis om, at skadesforsikringselskaber ikke må tegne livsforsikringsprodukter.

I bemærkningerne til § 19, stk. 3, er anført at bestemmelsen er indsat med konkurrencemæssige grunde, således at Finanstilsynet kan give danske forsikringselskaber mulighed for at udøve virksomhed i andre EU/EØS-lande, som måtte være tilladt for skadesforsikringselskaber i det pågældende land, uanset at den pågældende forsikringsform ikke er tilladt i Danmark. I bemærkningerne nævnes et eksempel på et livsforsikringsprodukt, der vil være omfattet af undtagelsesbestemmelsen. Forsikringsprodukterne i eksemplet indeholder karakteristika, som gør produkterne sammenlignelige med skadesforsikringsprodukter, herunder at produkterne er af højst ét års varighed, at der er tale om engangsudbe-

talinger, og at præmierne beregnes på samme måde som skadesforsikring.

Det forekommer at være overflødigt, at angive eksemplet i bemærkningerne til § 19, stk. 3, såfremt lovgivers ønske havde været, at Finanstilsynet ikke blev tillagt et skøn ved vurderingen af, om der skal gives tilladelse i henhold til bestemmelsen. Endvidere må det formodes, at lovgiver ville have formuleret ordlyden af lovteksten anderledes, såfremt det havde været lovgivers hensigt – dvs. undladt at bruge ordet ”kan”. Finanstilsynet mener, at eksemplet, der nævnes i bemærkningerne til bestemmelsen, skal være vejledende for de hensyn, som Finanstilsynet skal tillægge vægt ved vurderingen af, om der skal gives tilladelse i henhold til bestemmelsen.

Finanstilsynet vurderer på baggrund af ovenstående, at Finanstilsynet er tillagt en skønsmæssig beføjelse til at vurdere om der skal gives tilladelse efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, og at Finanstilsynet i den forbindelse bl.a. skal lægge vægt på de konkurrencemæssige hensyn og de karakteristika, der nævnes i eksemplet i bemærkninger til § 19, stk. 3.

3.3.3. Produkternes uopsigelighed

Finanstilsynet mener, at det er af væsentlig betydning for vurderingen af om der bør gives tilladelse efter § 19, stk. 3, at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er uopsigelige.

I bemærkningerne til forarbejderne til § 19, stk. 3, angives det såvel i eksemplet som i henvisningen til lovbestemmelserne i Norge og Sverige, at der er tale om rene risikoforsikringer af højst et års varighed.

Som det fremgår af brevet fra Finanstilsynet i Norge til Finansdepartementet (bilag 12) så vil det kræve supplerende national regulering i Norge, såfremt de norske skadesforsikringselskaber, som i dag tilbyder ét-årige livsforsikringer uden opsparingselement, skal kunne fortsætte med at tilbyde sådanne forsikringer. Som nævnt ovenfor er solvens II-direktivet et totalharmoniseringsdirektiv. Således har Finanstilsynet i Norge også tilkendegivet, at de norske regler nok går længere i at tillade skade- og livsforsikringsvirksomhed i samme juridiske enhed end det, som i dag er tilladt i for eksempel Sverige og Danmark, hvorfor den norske gennemførelse og fortolkningen af separations-princippet kan blive udfordret af andre lande, herunder Danmark, som kan have en mere restriktiv tilgang til spørgsmålet.

K A/S henviser i klagen til, at mens forsikringen løber i K A/S, er der tale om en ét-årig dækning med adgang til årlig regulering af præmien, men forholder sig ikke i øvrigt til produktets uopsigelighed.

Finanstilsynet skal i relation til spørgsmålet om forsikringens varighed anføre, at det forhold, at K A/S har mulighed for at foretage justering af præmien ikke ændrer ved produktets uopsigelighed. Uopsigeligheden bortfalder således ikke fra selskabets side, uanset adgangen til årlig regu-

lering af præmien, hvorfor Finanstilsynet ikke finder, at der er tale om en ét-årig dækning. Det er alene kunden, der kan opsige forsikringen. Produktet er kendetegnet ved uopsigelighed fra selskabets side, og K A/S er derfor bundet i hele forsikringens løbetid, så længe forsikringstageren betaler sin præmie.

3.3.4. Hidtidig praksis efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed
Finanstilsynet har indtil nu givet tilladelse efter § 19, stk. 3, i to tilfælde, som vedrørte overdragelse af en forsikringsbestand af gruppelivsprodukter fra norsk datterselskab til moderselskabet samt tegning af gruppelivsforsikringer fra en norsk filial. Tilladelserne var begrundet i, at Finanstilsynet vurderede, at produkterne – uagtet at der også i disse sager var tale om livsforsikringsprodukter – havde klassiske skadesforsikringskarakteristika, f.eks. de såkaldte gruppelivsforsikringer, som netop kendetegnes ved at være ét-årige og i tilfælde af skade giver ret til en engangsudbetaling. De pågældende gruppelivsprodukter, der er givet tilladelse til, minder således om de gruppelivsprodukter, som oprindeligt var årsagen til indførelse af bestemmelsen i § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed.

Uførepension og Fortsættelsesforsikring afviger på centrale punkter fra de gruppelivsprodukter, der tidligere er givet tilladelse til efter § 19, stk. 3, til at udbyde i et skadesforsikringselskab, herunder særligt i forhold til at Uførepension og Fortsættelsesforsikring er uopsigelige, jf. nærmere om dette i afsnit 3.3.3 ovenfor.

En tilladelse efter § 19, stk. 3, som gives i forhold til produkter med centrale livsforsikringskarakteristika, vil således være en klar udvidelse af Finanstilsynets hidtidige praksis.

3.3.5. De bagvedliggende EU-direktiver

Finanstilsynet lægger i sin vurdering, af om der skal gives tilladelse efter § 19, stk. 3, vægt på, at det altovervejende udgangspunkt i de gældende danske regler er baseret på de gældende livsforsikringsdirektiver, hvorefter livs- og skadesforsikringsvirksomhed ikke kan udbydes i samme selskab.

Siden Rådets første livsdirektiv 79/267/EØF af 5. marts 1979 om samordning af de administrativt og ved lov fastsatte bestemmelser om adgang til og udøvelse af direkte livsforsikringsvirksomhed har EU-direktiverne indeholdt bestemmelser om adskillelse mellem livs- og skadesforsikringsvirksomhed (separations-princippet). Bestemmelserne videreføres ved artikel 73 i Solvens II-direktivet.

Den kommende tilsigtede totalharmonisering af EU-reglerne på området, som følge af vedtagelsen af Solvens II-direktivet, tilsiger endvidere, at en indskrænkende fortolkning af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed fastholdes. Det er i medfør af direktiverne således alene helt undtagelsesvist og i klart afgrænsede situationer, at et selskab vil kunne udøve livs- og skadesforsikringsvirksomhed i samme selskab.

3.3.5. Aftalen med A

K A/S har oplyst, at der er indgået en samarbejdsaftale med A, Norge, som skal varetage udbetalingerne af uføreydelsen i tilfælde af skade. K A/S sonderer derfor mellem den periode, hvor forsikringsaftalen varetages af K A/S og den periode, hvor aftalen varetages af livsforsikringsselskabet, dvs. udbetalingsperioden. K A/S anfører, at mens forsikringen løber i K A/S, er der tale om en ét-årig dækning. I tilfælde af en dækningsberettiget skade ændrer produktet således karakteristika fra et ét-årigt produkt med lighedstegn med skadesforsikring til et langvarigt livsprodukt, hvorfor der er indgået en samarbejdsaftale med A.

At der indgås en samarbejdsaftale med et livsforsikringsselskab om varetagelse af erstatningsudbetalingerne ændrer ikke ved Finanstilsynets opfattelse af, at der er tale om et livsforsikringsprodukt. En sådan administrationsaftale vurderes alene at være en foranstaltning, der sikrer håndtering af den løbende udbetaling af ydelser i tilfælde af, at skaden indtræder. Risikoen relateret til produktet påhviler til enhver tid K A/S, idet selskabet alene har indgået kontrakt med kunden.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at K A/S i forhold til de foreliggende aftaler om Uførepension og Fortsættelsesforsikringen bærer risikoen i hele produktets løbetid, herunder ligeledes i situationer, hvor den foreliggende aftale med A måtte bortfalde. Kunden har indgået aftalen med K A/S, og hvordan K A/S efterfølgende risikominimerer, er sagen uvedkommende. Finanstilsynet finder derfor, at det ikke kan tillægges vægt, at der indgås aftale med en livsforsikringsvirksomhed med mindre produktet specifikt udbydes i et decideret samarbejde, og at aftalen således kan siges at være indgået med begge parter. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at indgåelse af en aftale med et livsforsikringsselskab om håndtering af de løbende udbetalinger ikke kan tillægges vægt i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt der kan opnås tilladelse til at udbyde livsforsikringsprodukter i et skadesforsikringsselskab. Det afgørende er, at risikoen i form af forpligtelsen over for den forsikrede til enhver tid påhviler K A/S, som ikke har mulighed for at komme ud af aftalen med de pågældende kunder, da produktet netop er kendetegnet ved dets uopsigeligthed fra selskabet side.

4. Konklusion

Finanstilsynet har ved afgørelse af 8. juni 2015 givet afslag på K A/Ss ansøgning om tilladelse i medfør af § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, til at udbyde Uførepension og Fortsættelsesforsikring gennem K A/Ss norske filial, samt ved afgørelse af 10. juni 2015 påbudt K A/S at lovliggøre aktiviteterne.

Med henvisning til ovenstående bemærkninger fastholder Finanstilsynet disse afgørelser og gør derfor gældende, at klagen over Finanstilsynets afgørelser ikke tages til følge.”

I skrivelse af 15. september 2015 har K A/S yderligere anført:

”...

1. Finanstilsynets omgørelse af afgørelse af 12. november 2014

Ved brev af 4. september 2014 henvendte K A/S sig til Finanstilsynet med ønsket om at udbyde Uførepension som tilvalgsdækning til barnforsikringsproduktet i Norge, herunder om nødvendigt få Finanstilsynets tilladelse hertil i henhold til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed.

Finanstilsynet traf den 12. november 2014 afgørelse om, at Uførepension blev anset for et skadeforsikringsprodukt, og at K A/S derfor kunne tilbyde produktet i Norge, uden at skulle have tilladelse i henhold til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed.

K A/S har således som skadeforsikringsselskab fået Finanstilsynets tilladelse til at udbyde Uførepension, og K A/Ss norske filial har i tillid hertil tegnet Uførepension. Vi mener ikke, at Finanstilsynet har grundlag for, og dermed er berettiget til, at omgøre afgørelsen.

I sin udtalelse af 21. august 2015 anfører Finanstilsynet på side 2 og side 9, at det hverken fremgik af K A/Ss e-mail af 4. september 2014 eller af det til e-mailen vedhæftede notat af 29. august 2014, at Uførepension er uopsigeligt fra selskabets side. K A/S gør gældende, at Finanstilsynet fik alle de relevante og udførlige oplysninger om produktet i forbindelse med ansøgningen, herunder oplysninger om, at forsikringen løber fra tegning (fra barnet er 3 måneder til det 18. år) indtil sikredes 26. år, og at i tilfælde af indtrådte ”uføre” får skadelidte månedlige udbetalinger til 67. år, der udbetales af A, Norge. Det bemærkes, at K A/S ikke har tilbageholdt oplysninger, samt at Finanstilsynet fra begyndelsen har været bekendt med, at der til Uførepension knyttede sig en forpligtelse til at foretage løbende udbetalinger over en lang årrække ved forsikringsbegivenhedens indtræden.

Det er således K A/Ss vurdering, at Finanstilsynet havde forudsætningerne for at træffe sin afgørelse om at kategorisere Uførepension som et skadeforsikringsprodukt på et fuldt oplyst grundlag, og at K A/S ikke har tilbageholdt nogle oplysninger om produktet. Finanstilsynet havde rig mulighed for at søge yderligere oplysninger om produktet, såvel hos K A/S som de norske myndigheder, som man var i løbende dialog med, og Finanstilsynet burde have gjort dette inden man traf afgørelse, hvis man vurderede, at opsigelsesadgangen var af afgørende betydning for afgørelsen. Finanstilsynet er som offentlig myndighed undergivet officialprincippet, der indebærer, at tilsynet har pligt til at indhente alle relevante oplysninger i en sag, førend der træffes afgørelse.

2. Uførepension - et-årigt risikoprodukt – klasse 1 og 2 i bilag 7 i Lov om Finansiell Virksomhed

Finanstilsynet lægger i sin vurdering afgørende vægt på, at ”produktet er kendetegnet ved dets uopsigelighed fra selskabets side.” Dette gælder dog ikke fuldstændigt. K A/S kan opsigte forsikringen i overensstemmel-

se med den norske forsikringsaftalelov, som giver en vis adgang til opsigelse fra selskabets side. Dette adskiller sig ikke fra situationen for Gruppelivsforsikringer, idet opsigelsesadgangen for Gruppeliv reguleres på samme vis.

Det afgørende for produktets kategorisering er imidlertid ikke alene, om det er uopsigeligt, men også produktets risikoprofil. Finanstilsynet anfører således på side 9 i sin udtalelse af 21. august 2015, at "*behovet for et krav om adskillelse [af livs- og skadesforsikringsvirksomhed] udspringer af grundlæggende forskelle i de risici, som er forbundet med de to forskellige typer forsikringer*" (vores indsætning i skarpe parenteser). Det bemærkes i denne sammenhæng, at K A/Ss risiko på produktet kun har en et-årig horisont. Finanstilsynet henviser selv på side 4 i sin udtalelse af 21. august 2015 til oplysninger fra det norske Finanstilsyn, hvorefter "*det norske Finanstilsyn oplyste, at de ved bedømmelsen heraf havde lagt til grund, at Uførepension var et et-årigt risikoprodukt som gav ret til udbetaling af uføreerstatning som engangsbeløb.*"

Præmien fastsættes således for et år ad gangen på baggrund af næste års risikovurdering – på samme måde som ved de norske Gruppelivsforsikringer – og der er derfor reelt ingen forskel på norsk Gruppelivsforsikring og norsk Uførepension. Risikohorisonten er 1-årig uden opsparings-element, hvorfor produktet efter K A/Ss vurdering bør henføres til forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7 i Lov om Finansiell Virksomhed, der kan tegnes af både livsforsikringsvirksomheder og skadeforsikringsvirksomheder, og ikke klasse IV i bilag 8, som tilsynet nævner. De langsigtede livsforsikringer, som omfattes af forsikringsklasse IV i bilag 8 til Lov om Finansiell Virksomhed, er kontrakter som indgås for flere år ad gangen og med én risikovurdering over mange år, og ikke som for Uførepension og andre et-årige dækninger, hvor aftalen og risikoberegningerne løber over et år.

Ved en dækningsberettiget skade overtager A, Norge, risikoen, idet K A/S indbetaler den kapitaliserede erstatning i form af et engangsbeløb til A, Norge, som herefter bliver forsikringsgiver, og K A/Ss forpligtelse over for kunden ophører. Dette adskiller sig ikke fra udbetalinger i andre skadetilfælde, hvor dækningen udbetales som en sumudbetaling. Der er altså ikke kun tale om en administrationsaftale, som Finanstilsynet anfører på side 13 i sin udtalelse af 21. august 2015. Alle forsikringsdokumenter efter skadens indtræden (og indbetalingen af engangserstatningen fra K A/S til A, Norge), udarbejdes og formidles således alene af A, Norge til forsikringstager/forsikrede. K A/Ss samarbejdsaftale med A, Norge, vedlægges som bilag.

Det er derfor først på tidspunktet for uførets indtræden, hvor A, Norge, overtager risikoen og bliver forsikringsgiver, at produktet ændrer karakteristika fra at være et et-årigt risikoprodukt til et langvarigt produkt med livproduktets karakteristika. Forud for uførets indtræden er der derfor udelukkende tale om et et-årigt risikoprodukt med skadeproduktets karakteristika.

3. Tilladelse i henhold til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed

3.1 Kriterier for at opnå tilladelse

Selv, hvis Uførepension kategoriseres som et livsforsikringsprodukt, mener vi, henset til de konkrete omstændigheder, at vi har et retskrav på at få tilladelse efter § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed til at udbyde Uførepension i Norge gennem vores norske filial.

Det forhold, at ordet ”kan” anvendes i § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed, indebærer ikke et frit skøn for Finanstilsynet. Tilladelse bør gives, hvis det konkrete produkt, der danner grundlag for anmodningen om tilladelse svarer til det eksempel, som lovgiver har anført i forarbejderne, på bestemmelsens tiltænkte anvendelsesområde, eller hvis andre lignende produkter har opnået tilladelse i henhold til bestemmelsen. I bemærkningerne nævnes følgende eksempel:

”Som et eksempel kan nævnes et skadeforsikringsselskab, der overtager livsforsikringer i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed, karakteriseret ved, at der ikke er opsparingsmidler knyttet til forsikringerne, og at ydelsen er en éngangsydelse, hvis forsikringsbegivenheden indtræder. Præmier for denne type livsforsikring beregnes på samme måde som skadeforsikring (såkaldt naturlig præmie). Et eksempel herpå er gruppelivsforsikringer.”

Det er vores vurdering, at K A/Ss udbud af Uførepension i realiteten svarer til de rene risikoforsikringer, der omtales i eksemplet i forarbejderne til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed. For det første har Uførepension, som anført i afsnit 2 ovenfor, reelt en et-årig risikoprofil. For det andet er der ingen opsparingsmidler knyttet til forsikringen. For det tredje indebærer samarbejdet med A, Norge, at udbetalinger under en Uførepension for K A/S alene består i en engangsbetaling til A, Norge, der herefter foretager de løbende udbetalinger til den forsikrede. Risikoprofilen på Uførepension svarer således til risikoprofilen på de rene risikoforsikringer, der ifølge forarbejdernes eksempel skal kunne udbydes af danske skadeforsikringsselskaber i andre EU/EØS-medlemsstater på trods af, at de i formaliteten klassificeres som et livsforsikringsprodukt, fordi produkterne i realiteten har en risikoprofil svarende til et skadeforsikringsprodukt.

Opsigelsesvilkårene for Uførepension er som beskrevet i afsnit 2 ovenfor i øvrigt helt på linje med opsigelsesvilkårene for de Gruppelivsforsikringer, som K A/S har fået tilladelse til at tegne i Norge i henhold til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed og ud fra et ligebehandlingsprincip opfylder vi derfor kriterierne for at få tilladelse til ligeledes at udbyde Uførepension i Norge i henhold til bestemmelsen.

3.2 Sikring af K A/Ss norske filials adgang til at konkurrere med norske selskaber på lige vilkår

K A/Ss Uførepension er en dækning, som er i overensstemmelse med retsanvendelsen i Norge, og produktet tilbydes af en række norske skadeforsikringsselskaber og er en del af sædvanlig markedsstandard i forsikringsmarkedet i Norge. Det bemærkes i denne sammenhæng, at tanken med § 19, stk. 3 i Lov om Finansiell Virksomhed, netop var at sikre, at et dansk forsikringsselskab ikke stilles ringere i konkurrencen i EU/EØS i forhold til de nationale selskaber.

Der er ikke grundlag for en indskrænkende fortolkning af § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed, som følge af Solvens II-direktivet, således som Finanstilsynet anfører på side 13 i sin udtalelse af 21. august 2015. Principielt er det de samme regler om adskillelse i § 19, stk. 1, i Lov om Finansiell Virksomhed, der har været gældende i årtier, og således også var gældende, da dispensationsadgangen i § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed blev vedtaget i 2007. Hvis de kommende Solvens II-regler indebar en indskrænkende fortolkning af § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed måtte det have givet sig udtryk i en ændring af bestemmelsen, hvilket ikke er tilfældet. Artikel 73, stk. 1, i Solvens II-direktivet har ikke ført til nogen ny bestemmelse i Lov om Finansiell Virksomhed, hvilket må tages som udtryk for, at forholdet allerede har været tilstrækkeligt reguleret i dansk lovgivning. Der er derfor efter vores opfattelse ingen holdepunkter for Finanstilsynets fortolkning. Vi henviser til side 5 i vores klage.

Af afgørende betydning for, om der er grundlag for, at give dispensation efter § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed må være, hvorvidt produktet kan udbydes af et skadeforsikringsselskab efter de norske regler. Risiko af et års varighed må således forstås som i Norge. Ifølge forarbejderne til Forsikringsvirksomhedsloven (Proposisjon 134 (2009-2010 kap. 3.2)) indebærer kravet om, at dækningerne skal være et-årige, at der er tale om *”forsikringer hvor årets nettopremie skal dække årets risiko og ikke noe annet, for eksempel gruppelevsforsikringer”*.

Det centrale her er, at præmien skal dække risikoen i det aktuelle år og ikke indeholder noget opsparingselement. Vi henviser til side 3 og bilag 4 i vores klage.

Finanstilsynet anfører på side 12 i sin udtalelse af 21. august 2015, at Finanstilsynet i Norge skulle have tilkendegivet, at *”de norske regler nok går længere i at tillade skade- og livsforsikringsvirksomhed i samme juridiske enhed end det, som i dag er tilladt i for eksempel Sverige og Danmark, hvorfor den norske gennemførelse og fortolkningen af separations-princippet kan blive udfordret af andre lande, herunder Danmark, som kan have en mere restriktiv tilgang til spørgsmålet.”*

Finanstilsynet overser herved, at denne mulige bekymring er blevet forladt i det norske Finansdepartement og i det norske Storting. Som vi fremhævede i vores klage, har Norge netop vedtaget en ny lov om finansforetak og finanskonsern (lov nr. 17 af 7. april 2015), som viderefører ordningen med, at norske skadeforsikringsselskaber kan sælge et-årige livsforsikringsprodukter. Således har man i Norge lagt til grund, at

Solvens II-direktivet viderefører adskillelesprincippet efter norsk ret uden ændringer, og at Solvens II ikke er til hinder for, at man i Norge kan opretholde adgangen for skadeforsikringselskaber til at tilbyde bl.a. Uførepension og Fortsættelsesforsikring. I forsikringsvirksomhedsloven § 1-3, andet led, forudsætter tilladelse til salg af livsforsikring en særskilt koncession fra Finanstilsynet. I den nye Finansforetakslov er dette endda ændret i § 2-14 (2). Her fremgår det, at såfremt virksomheden har koncession til personforsikring, jf. de norske forsikringsklasser 1 og 2, vil virksomheden, medmindre andet er fastlagt i koncessionen, også have ret til at overtage livsforsikringer i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed.

Banklovskommissionen i Norge, der har forberedt den nye Forsikringsvirksomhedslov, skriver følgende i NOU 2011:8 Bind B på side 664 og 665:

"Forsikringsvirksomhedsloven § 1-3 annet ledd annet punktum forutsetter også at slike personforsikringer bare kan overtas av skadeforsikringsforetak etter særskilt tillatelse fra Finanstilsynet, jf. også forskrift av 18. september 1995 nr. 797 om inndeling i forsikringsklasser som grunnlag for konsesjonstildeling § 8. Banklovkommissionen mener at praktiske hensyn tilsier at lovens normalregel bør være at slike personforsikringer kan overtas av skadeforsikringsforetak når tillatelsen omfatter skadeforsikringsklassene 1 og 2, med mindre konsesjonsmyndigheten har gjort særskilt unntak i den enkelte konsesjon, jf. også utkastet § 2-15 tredje ledd."

Med den nye Finansforetakslov, der træder i kraft den 1. januar 2016, opretholder de norske myndigheder dermed ordningen med, at norske skadeforsikringselskaber kan udbyde et-årige livsforsikringsprodukter, herunder Uførepension og Fortsættelsesforsikring, uagtet de kommende Solvens II regler. Vi henviser til bilag 6 i vores klage.

Vi er selvfølgelig enige med Finanstilsynet i, at hvis K A/S drev egentlig livsforsikring, så ville der være en række krav til beregning og kontrol af teknisk grundlag, hensættelse af kapital, mv., som ville finde anvendelse. Disse krav er imidlertid irrelevante i forhold til den type produkt, som vi har at gøre med her, idet produktets risikoprofil, som nævnt ovenfor, ikke tilsvarede risikoprofilen for livsforsikringsprodukter. Det forhold, at man skulle indrette sig på samme måde som livsforsikringselskaberne, ses ikke at være indarbejdet i § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed, idet det ikke er den type virksomhed, som bestemmelsen er møntet på. Bestemmelsen tilsigter at give mulighed for, at danske skadeforsikringselskaber kan agere på lige vilkår med norske skadeforsikringselskaber på det norske marked.

4. Sammenfatning

Sammenfattende, er det K A/Ss opfattelse, at vi har fået Finanstilsynets bekræftelse på at være berettigede til at udbyde Uførepension i Norge, og den binder.

Hvis Erhvervsankenævnet alligevel skulle lægge til grund, at Finanstilsynet kan omgøre deres afgørelse af 12. november 2014, fordi der er tale om livsforsikringsvirksomhed (der ikke er omfattet af klasse 1 og 2 i bilag 7 i Lov om Finansiell Virksomhed) mener vi, at vi er berettigede til at få tilladelse efter § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed til at udbyde de pågældende forsikringer i Norge gennem vores norske filial, ligesom det er tilladt for norske skadeforsikringsvirksomheder. Det vil således ikke være i overensstemmelse med formålet med § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed, hvis vi ikke kan konkurrere på lige vilkår med norske selskaber på det norske marked.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 12. oktober 2015 bemærket:

”...

1. Vedrørende pkt. 1. Finanstilsynets omgørelse af afgørelse

K A/S anfører, at Finanstilsynet den 12. november 2014 traf afgørelse om, at Uførepensionen blev anset for et skadeforsikringsprodukt og at det kunne udbydes i Norge.

Som anført i Finanstilsynets udtalelse af 21. august 2015 var der alene tale om en vurdering af et produkt, foretaget på baggrund af K A/Ss samlede beskrivelse af produktet ved e-mail af 4. september 2014 om produktets karakteristika, hvoraf det ikke fremgik, at det var uopsigeligt fra selskabets side.

Finanstilsynet mener ikke, at K A/S (”K A/S”) ved selskabets brev af 15. september 2015 har godtgjort, at oplysninger om produktets uopsigelighed var Finanstilsynet bekendt, på tidspunktet hvor Finanstilsynet fremsendte sin vurdering af produktet ved e-mail af 12. november 2014.

2. Vedrørende pkt. 2. Uførepension – et et-årigt risikoprodukt i henhold til forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7 i lov om finansiell virksomhed

Det fremgår af K A/Ss bemærkninger, at produktet Uførepension bør henføres til forsikringsklasse 1 og 2 i bilag 7 i lov om finansiell virksomhed, da produktets præmie fastsættes for et år ad gangen på baggrund af næste års risikovurdering, og risikohorisonten derfor er 1-årig.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det faktum at præmien reguleres årligt, ikke ændrer ved K A/Ss mulighed for at komme ud af forsikringsaftalen med kunden, da forsikringsaftalen ikke fornyes årligt, som ellers er udgangspunktet ved skadeforsikring. Dertil kommer, at som anført i Finanstilsynets udtalelse af 21. august 2015, fremgår det af K A/Ss e-mail af 14. januar 2015, at Uførepensionen ophører ved det fyldte 26. år, hvor Fortsættelsespensionen herefter gælder fra det 26.-67. år, uanset at præmien kan justeres årligt. Finanstilsynet finder derfor fortsat, at der er

tale om en forsikring, som indgås for en lang periode og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden, og derfor er omfattet af klasse IV i bilag 8 til lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet skal samtidig bemærke, at samarbejdsaftalen med A Norge AS ("aftalen"), som er vedlagt som bilag 7 til K A/Ss skrivelse af 15. september 2015, ikke har været fremsendt tidligere. Det fremgår af aftalen, at K A/S udbyder Uførepension i samarbejde med A Norge AS, men at aftalen er opsigelig, jf. pkt. 15, og at K A/S reassurerer ved indtrådt skade, hvorfor risikoen til enhver tid påhviler K A/S. Det fremgår endvidere af samarbejdsaftalen, at K A/S også efter indtrådt skade bærer risikoen i forhold til f.eks. en "forhøyet uføregrad".

Det er på den baggrund Finanstilsynets vurdering, at kunden i hele forsikringstidens løbetid kan rette krav mod K A/S, bl.a. i tilfælde hvor invaliditetsgraden forhøjes efter skaden er indtrådt, hvorfor der ikke ses at være sket et reelt kreditorskifte i forbindelse med indtrådt skade på trods af den foreliggende samarbejdsaftale med A Norge AS.

K A/S anfører endvidere, at A Norge AS, overtager risikoen ved en dækningsberettiget skade, idet K A/S indbetaler et engangsbeløb til A Norge AS som herefter bliver forsikringsgiver, og K A/Ss forpligtelse over for kunden ophører. Finanstilsynet finder ikke, at det er i overensstemmelse med, at samarbejdsaftalen med A Norge AS kan opsiges, og at kunden udelukkende har indgået forsikringsaftale med K A/S, hvorfor K A/S alene har forpligtelsen over for kunden, herunder også ved indtrådt skade og i det tilfælde, at invaliditetsgraden ændrer sig. Det er på den baggrund Finanstilsynets opfattelse, at det ikke fremgår af det fremsendte materiale, at der reelt er tale om en delt risiko mellem K A/S og A Norge AS.

Finanstilsynet vurderer således fortsat ud fra det foreliggende grundlag, at der ikke er tale om et-årige forsikringsaftaler. Produkterne Uførepension og Fortsættelsesforsikringen er sygeforsikringer, som indgås for en lang periode og er uopsigelige fra selskabets side, og dermed er omfattet af forsikringsklasse IV i bilag 8 i lov om finansiel virksomhed, uanset at præmien fastsættes hvert år.

Såfremt forsikringerne skulle have karakter af gruppelivsforsikringer som anført af K A/S, ville det forudsætte, at forsikringerne i sig selv var et-årige aftaler, som fornys hvert år.

3. Vedrørende pkt. 3. Tilladelse i henhold til § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed

K A/S anfører endeligt i sin udtalelse af 15. september 2015, at Uførepensions opsigelsesvilkår svarer til de vilkår, som gælder for gruppelivsforsikringer, hvorfor K A/S mener at have retskrav på at få tilladelse efter § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, til at udbyde Uførepension i Norge, også henset til et konkurrencehensyn.

Som anført i Finanstilsynets udtalelse af 23. august 2015 afsnit 3.3.2. fremgår det af bemærkningerne til § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, at bestemmelsen er indsat af konkurrencemæssige grunde, således at Finanstilsynet kan give danske forsikringsselskaber mulighed for at udøve virksomhed i andre EU/EØS-lande, som måtte være tilladt for skadesforsikringsselskaber i det pågældende land, uanset at den pågældende forsikringsform ikke er tilladt i Danmark. Bemærkningerne opstiller endvidere et eksempel på livsforsikringsprodukter, som vil være omfattet af bestemmelsen. Det fremgår heraf, at produkter, der er sammenlignelige med skadesforsikringsprodukter, vil være omfattet, dvs. produkter af højst ét års varighed, hvor der er tale om engangsudbetalinger, og hvor præmierne beregnes på samme måde som skadesforsikring.

Som anført ovenfor anser Finanstilsynet ikke produkterne Uførepension og Fortsættelsesforsikringen, som havende karakter af gruppelevsforsikringer som anført af K A/S, da det ville forudsætte, at forsikringerne i sig selv var et-årige aftaler, som fornys hvert år, hvilket ikke er tilfældet, blot fordi præmien fastsættes årligt.

...”

I skrivelse af 10. november 2015 har K A/S heroverfor bemærket:

”...

1. Finanstilsynets omgørelse af afgørelse af 12. november 2014

Finanstilsynet anfører i sin udtalelse af 12. oktober 2015, at tilsynet den 12. november 2014 alene har ”vurderet” et produkt og ikke truffet en afgørelse om, at Uførepension blev anset for et skadeforsikringsprodukt og kunne udbydes i Norge.

Det er vi ikke enige i. K A/S henvendte sig ved brev af 4. september 2014 til Finanstilsynet for at få tilladelse til at udbyde Uførepension som tilvalgsdækning til barneforsikringsproduktet i Norge, herunder om nødvendigt at få dispensation i medfør af § 19, stk. 3, i Lov om Finansiel Virksomhed.

Forud for K A/Ss ansøgning havde Finanstilsynet telefonisk tilkendegivet, at udgangspunktet er, at al virksomhed ud af Danmark skal anmeldes fra det danske finanstilsyn til den udenlandske tilsynsmyndighed. På den baggrund bad vi tilsynet om ”at tage kontakt til det norske tilsyn med henblik på at fastlægge den nærmere proces for K A/Ss ansøgning om tilladelse til at tilbyde uførepension som et tilvalg til barneforsikringen i Norge.”

Ved e-mail af 12. november 2014 traf Finanstilsynet afgørelse om, at ”vi betragter produktet som et skadeforsikringsprodukt efter danske regler, men det fremgår jo tydeligt, at produktet efter norske regler er et livsforsikringsprodukt. Finanstilsynet har derfor ingen indvendinger mod, at K A/S udbyder produktet og vil kontakte Finanstilsynet i Norge”.

K A/S har således henvendt sig til Finanstilsynet som offentlig myndighed for at få tilladelse til at udbyde Uførepension i Norge, og Finanstilsynet har taget stilling til henvendelsen med en tilbagemelding om, at man ”ikke har indvendinger”, hvilket man efterfølgende har meddelt det norske tilsyn.

Afgørende for vurderingen af, om en myndighed har truffet en afgørelse, må være, hvor væsentlig myndighedens udtalelse har for den endelige fastlæggelse af en parts retsposition – her, om vi kan udbyde uførepension.

K A/S har således fået Finanstilsynets bekræftelse på at være berettiget til at udbyde Uførepension i Norge, og K A/Ss norske filial har i tillid hertil tegnet Uførepension. Vi mener ikke, at Finanstilsynet har grundlag for, og dermed er berettiget til, at omgøre afgørelsen.

Som anført i vores udtalelse af 15. september 2015 mener vi, at Finanstilsynet fik alle de relevante og udførlige oplysninger om produktet i forbindelse med ansøgningen, herunder oplysninger om, at forsikringen løber fra tegning (fra barnet er 3 måneder til det 18. år) indtil sikredes 26. år, og at i tilfælde af indtrådte ”uføre” får skadelidte månedlige udbetalinger til 67. år, der udbetales af A, Norge. Finanstilsynet har således fra begyndelsen været bekendt med, at der til Uførepension knyttede sig en forpligtelse til at foretage løbende udbetalinger over en lang årrække ved forsikringsbegivenhedens indtræden.

Det er således K A/Ss vurdering, at Finanstilsynet havde forudsætningerne for at træffe sin afgørelse om at kategorisere Uførepension som et skadesforsikringsprodukt på et fuldt oplyst grundlag, og at K A/S ikke har tilbageholdt nogle oplysninger om produktet. Finanstilsynet havde rig mulighed for at søge yderligere oplysninger om produktet, såvel hos K A/S som de norske myndigheder, som man var i løbende dialog med, og Finanstilsynet burde have gjort dette inden man traf afgørelse, hvis man vurderede, at opsigelsesadgangen var af afgørende betydning for afgørelsen. Finanstilsynet har som offentlig myndighed pligt til at indhente alle relevante oplysninger i en sag, førend der træffes afgørelse.

2. Uførepension - et-årigt risikoprodukt – klasse 1 og 2 i bilag 7 i Lov om Finansiell Virksomhed

Finanstilsynet har bemærket at ”*det faktum at præmien reguleres årligt, ikke ændrer ved K A/Ss mulighed for at komme ud af forsikringsaftalen med kunden, da forsikringsaftalen ikke fornyes årligt, som ellers er udgangspunktet ved skadeforsikring*”. Til dette skal vi bemærke, at K A/Ss Uførepension er en tillæggsdækning til barneforsikringsproduktet, og at aftalen, inklusiv uføredækningen, fornys årligt for et år ad gangen. Dette er tilfældet for K A/Ss norske forsikringsprodukter, hvad enten der er tale om skade- eller livsforsikringsprodukter. K A/S kan undlade at forny aftalen ved årligt hovedforfald, eller sige forsikringen op i overensstemmelse med den norske forsikringsaftalelov, som giver en vis adgang for selskabet til at undlade at forny eller sige forsikringen op. Dette er nær-

mere reguleret i forsikringsvilkårene, og adskiller sig ikke fra situationen for Gruppelivsforsikringer, idet adgangen til at undlade at forny eller sige forsikringen op, her reguleres på samme vis.

Uføredækningen ophører, som barneforsikringsproduktet i øvrigt, under alle omstændigheder ved det fyldte 26 år. Dette indebærer imidlertid ikke, at aftalen indgås for hele perioden frem til det fyldte 26 år. Aldersgrænsen er fastsat som en ramme for, hvornår aftalen under alle omstændigheder ophører, og hvornår en ny aftale ikke længere kan tegnes. Aftalen fornys hvert år i perioden frem til 26 år. Fortsættelsesforsikringen indebærer, at aftalen fortsætter med at løbe også efter det fyldte 26 år, men fortsat med årlige fornyelser, og en vis adgang til at undlade at forny eller sige dækningen op.

Når et skadetilfælde indtræder, overføres sagen til A. Det fremgår af samarbejdsaftalen med A, punkt 5, at A overtager rollen som forsikringsgiver fra det tidspunkt, hvor K A/S overfører engangsudbetalingen til A. I henhold til samarbejdsaftalen, udarbejdes og formidles forsikringsdokumenter, som omhandler uførepension i den fase, hvor A udbetaler pensionen, af A. Forsikringstager gøres i forsikringsbeviset opmærksom på, at alle relevante oplysninger overføres til det samarbejdende livsforsikringsselskab på overføringstidspunktet for udbetaling af erstatningen, når vilkårene for uførepension er opfyldt, dvs. når der opstår en dækningsberettiget skade. I sin udtalelse af 12. oktober 2015 tager Finanstilsynet spørgsmålet op, om ikke K A/S fortsat vil have risikoen for udbetaling af den løbende Uførepension, såfremt samarbejdsaftalen med A siges op. Retsgrundlaget for norske skadeforsikringsselskabers overtagelse af uførepensionsforsikring, er forskrift af 30. juni 2006 nr 869 til forsikringsvirksomhedsloven (livsforsikring) § 1-5 (se K A/Ss klage af 2. juli 2015, s. 3), hvorefter det aftalte engangsbeløb skal benyttes til dækning af engangspræmie efter aftale med et livsforsikringsselskab, som giver ret til årlige uføreydelser indtil den nåede optjeningsalder. Det er således en forudsætning for, at et skadeselskab skal kunne tilbyde uførepension, at der foreligger en aftale med et livsforsikringsselskab om udbetaling. Såfremt aftalen med livsforsikringsselskabet siges op, vil skadeselskabet måtte finde en ny livsforsikringspartner at samarbejde med, eller alternativt selv søge koncession til livsforsikringsvirksomhed. Skadeforsikringsselskabet har efter de norske regler ikke adgang til selv at stå for udbetalingen af de løbende ydelser. Det er således vores opfattelse, at K A/S ikke har noget forsikringsforhold til en skadelidt, når forsikringen og skadeudbetalingen er overført til A. K A/Ss forpligtelser i relation til uføredækningen ophører således på dette tidspunkt over for forsikringskunden.

Finanstilsynet anfører videre, at K A/S også efter en indtrådt skade bærer risikoen i forhold til eksempelvis en forhøjet uføregrad. Dette er en reassuranserisiko, som K A/S har påtaget sig som reassurandør over for A. Som reassurandør har K A/S risikoen over for A for justering af uføregraden. Dette er således et reassuranceansvar, og ikke et direkte ansvar overfor forsikringstager.

3. Tilladelse i henhold til § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed

Finanstilsynet argumenterer ikke længere for, at skadeselskaber i Norge ikke fremover har eller kan forventes at få adgang til at sælge og håndtere uførepensionsforsikringer i et samarbejde med et livsforsikringselskab. Vi betragter dette som udtryk for, at tilsynet ikke vil bestride, at norske skadesforsikringselskaber kan tilbyde uførepensionsforsikringer i Norge.

Finanstilsynet fremhæver korrekt, at tanken med FIL § 19 stk. 3, var at skabe grundlag for, at danske forsikringselskaber ikke konkurrencemæssigt blev stillet dårligere, fordi man i et medlemsland i EU eller i et EU-tilknyttet land (konkret her i Norge) havde valgt at organisere sig med en filial i stedet for gennem et datterselskab, hvilket forsikringselskaberne jo har fri adgang til.

Dette er netop kernen i dispensationsbestemmelsen - at forhindre konkurrenceforvridning.

Tilsynet synes imidlertid at lægge sig fast på, at der kun kan ydes dispensation, hvis der foreligger 1-årige forsikringer.

Det er ikke en korrekt forståelse af § 19 stk. 3. Bestemmelsen siger intet om, at det kun drejer sig om 1-årige forsikringer. Der er tale om en mere generel adgang til at give dispensation, hvis et dansk forsikringselskab forhindres i at virke på samme måde som et andet EU-lands forsikringselskaber i det pågældende EU land. I bemærkningerne er der ganske rigtig nævnt som et eksempel på en situation med et-årige forsikringer. Når dette eksempel er medtaget, hænger det sammen med, at § 19 stk. 3, blev indført i forbindelse med K A/Ss filialisering af sit daværende norske forsikringselskab Vesta i 2007. De Gruppelivsforsikringer, som Vesta i overensstemmelse med de norske regler havde indtegnet, ville blive anset som livsforsikring, fordi det danske tilsyn anså gruppelivsordninger som livsforsikring. K A/S kunne således ikke som skadesselskab videreføre Gruppelivsporteføljen i Norge pga hjemlandstilsynsreglen. På daværende tidspunkt udbød Vesta ikke de her omhandlede Barnforsikringer med Uførepensionsdækninger, selvom dette ikke var usædvanligt for norske skadesforsikringselskaber.

Folketinget vedtog derfor reglen i § 19 stk. 3, der skulle sikre, at K A/S ikke blev ringere stillet i Norge, som følge af Vesta's omdannelse til filial. Gruppelivsforsikringerne blev i bemærkningerne til lovforslaget fremhævet som et praktisk eksempel, men som det også fremgår som et eksempel, og dermed ikke som den eneste mulighed.

Bortset fra dette, må det understreges, at de norske myndigheder anser uførepensionsforsikringer som 1-årige forsikringer helt på linje med Gruppelivsforsikringerne. De norske myndigheder har altså godkendt, at Uførepensionsforsikringer, ligesom Gruppelivsforsikringer, kan tegnes af skadeforsikringselskaber i et samarbejde med et livsforsikringselskab.

Der er således ikke noget sagligt grundlag for i forhold til § 19 stk. 3, at behandle de to forsikringstyper forskelligt. Der er nøjagtig det samme konkurrencemæssig behov for beskyttelse, og det var, og er fortsat, grundlaget for § 19 stk. 3.

4. Sammenfatning

Sammenfattende, er det K A/Ss opfattelse, at vi har fået Finanstilsynets bekræftelse på at være berettigede til at udbyde Uførepension i Norge, og den binder.

Hvis Erhvervsankenævnet alligevel skulle lægge til grund, at Finanstilsynet kan omgøre deres afgørelse af 12. november 2014, fordi der er tale om livsforsikringsvirksomhed (der ikke er omfattet af klasse 1 og 2 i bilag 7 i Lov om Finansiell Virksomhed) mener vi, at vi er berettigede til at få tilladelse efter § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed til at udbyde de pågældende forsikringer i Norge gennem vores norske filial, ligesom det er tilladt for norske skadeforsikringsvirksomheder. Det vil således ikke være i overensstemmelse med formålet med § 19, stk. 3, i Lov om Finansiell Virksomhed, hvis vi ikke kan konkurrere på lige vilkår med norske selskaber på det norske marked.”

Ankenævnet udtaler:

4 medlemmer – Malene Stadil, Cato Baldvinsson, Carsten Møllekilde og Steen Mejer – udtaler:

Det følger af lov om finansiell virksomhed § 19, stk. 1, at livs- og skadeforsikringsvirksomhed som udgangspunkt ikke må drives i samme selskab.

Af bilag 7 til lov om finansiell virksomhed fremgår under overskriften ”*Forsikringsvirksomhed – skade*”:

”Klassifikation af risici ved hjælp af forsikringsklasser.

1) Ulykker (herunder arbejdsulykker og erhvervs sygdomme): summaforsik-

sik-
ring, erstatning af økonomiske tab, kombinationer heraf og personbe-
fordring.

2) Sygdom : summaforsikring, erstatning af økonomiske tab og kombi-
natio-

ner heraf.

...”

Af bilag 8 til lov om finansiel virksomhed fremgår under overskriften ”*Forsikringsvirksomhed – liv*”:

”Klassifikation af risici ved hjælp af forsikringsklasser.

...

IV. Permanent health insurance (langvarig sygeforsikring): sygeforsikring, som indgås for en lang periode og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden.

...”

Det er om K A/S’ produkter Uførepension og Fortsættelsesforsikring oplyst, at disse kan vælges til grunddækningen ved barneforsikringen ”Barn og ungdom Ekstra”. Uførepension indebærer ifølge det oplyste, at der i tilfælde af indtrådt invaliditet ved skade efter det fyldte 18. år og inden det fyldte 26. år sker udbetaling med en løbende ydelse indtil det 67. år, når den forsikrede har været mindst 50 % uarbejdsdygtig i en sammenhængende periode på minimum 12 måneder. Fortsættelsesforsikringen indebærer fortsat dækning af Uførepensionen i tilfælde af skade efter det fyldte 26. år. Begge produkter er uopsigelige fra forsikringsselskabets side.

Vi finder navnlig henset til oplysningerne om forsikringstagernes ret til en løbende udbetaling og om uopsigeligheden fra K A/S’ side, at Uførepensionen og Fortsættelsesforsikringen – uanset oplysningerne om årlige præmiereguleringer – må anses som livsforsikringsprodukter omfattet af bilag 8, IV, i lov om finansiel virksomhed.

Det er oplyst, at det efter norske regler er tilladt for et skadesforsikringsselskab at udbyde de i sagen omhandlede produkter.

Det anføres i § 19, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan give tilladelse til, at et skadesforsikringsselskab, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Unionen har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der er i overensstemmelse med retsanvendelsen i det pågældende land, uanset at dette ikke er tilladt i Danmark.

Af bemærkningerne til bestemmelsen (L 20 af 4. oktober 2006) fremgår:

”Til nr. 23

Forsikringsvirksomhed udøves i EU i overensstemmelse med de fælles EU-forsikringsdirektiver. Uanset at der således er et fælles grundlag, har det i praksis vist sig, at medlemslandene ikke har fortolket direktiverne fuldstændig ensartet med hensyn til afgrænsningen mellem liv- og skadesforsikring. Dette har haft som konsekvens, at danske skadesforsikringsselskabers udenlandske filialer ikke har kunnet udøve visse forsikringsformer, som ellers er tilladt for værtslandets skadesforsikringsselskaber.

Af konkurrencemæssige grunde foreslås det derfor at indsætte en bestemmelse, der giver Finanstilsynet hjemmel til at tillade, at danske skadesforsikringsselskaber, der gennem en filial driver virksomhed i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, kan udøve forsikringsformer, der måtte være tilladt for skadesforsikringsselskaber i det pågældende land, uanset at den enkelte forsikringsform ikke er tilladt i Danmark.

Som et eksempel kan nævnes et skadesforsikringsselskab, der overtager livsforsikringer i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed karakteriseret ved, at der ikke er opsparingsmidler knyttet til forsikringerne, og at ydelsen er en éngangsydelse, hvis forsikringsbegivenheden indtræder. Præmier for denne type livsforsikring beregnes på samme måde som skadesforsikring (såkaldt naturlig præmie). Et eksempel herpå er gruppelevsforsikringer.

Norge og Sverige har lovbestemmelser, der gør det muligt for skadesforsikringsselskaber at opnå tilladelse til at drive livsforsikringsvirksomhed i form af rene risikoforsikringer af højst et års varighed.

Et skadesforsikringsselskab, der får tilladelse i medfør af den foreslåede bestemmelse, må ikke markedsføre/sælge disse forsikringsformer aktivt i Danmark.

Det vil dog være i overensstemmelse med EU-direktiverne på forsikringsområdet, hvis det pågældende danske forsikringsselskab, der har fået den nævnte tilladelse af Finanstilsynet, senere anmelder til Finanstilsynet, at selskabet ønsker at drive grænseoverskridende virksomhed fra den udenlandske filial ind i andre EØS-lande, herunder eksempelvis i Danmark. Er en sådan notifikation foretaget, kan skadesforsikringsselskabet via filialen herefter markedsføre/sælge "disse forsikringsformer", som efter dansk retsanvendelse hidtil ikke har kunnet sælges af et skadesforsikringsselskab i Danmark, aktivt i Danmark.”

Vi bemærker for så vidt angår Solvens II direktivet, at dette er implementeret i dansk ret ved lov nr. 308 af 28 marts 2015 uden at dette har medført ændringer i den relevante lovbestemmelse. I lovens forarbejder (L 114 af 21. januar 2015) ses endvidere ikke angivet, at direktivet medfører, at Finanstilsynets hidtidige praksis for meddelelse af tilladelser skal ændres i indskrænkende retning. Solvens II direktivet findes således ikke at medføre, at lov om finansiel virksomhed § 19, stk. 3, skal undergives en indskrænkende fortolkning.

På denne baggrund og efter en samlet vurdering af karakteren af Uførepensionen og Fortsættelsesforsikringen finder vi, at Finanstilsynet ikke har været berettiget

til at meddele afslag på K A/S' ansøgning om tilladelse til i medfør af lov om finansiel virksomhed § 19, stk. 3, at udbyde forsikringsprodukterne gennem den i Norge etablerede filial.

Vi stemmer derfor for at ophæve Finanstilsynets afgørelser af 8. og 10. juni 2015 og hjemvise sagen til fornyet behandling i Finanstilsynet.

Et medlem – Frank Cederbye – udtaler:

Jeg er enig i flertallets konklusion om at ophæve Finanstilsynets afgørelser af 8. og 10. juni 2015 og hjemvise sagen til fornyet behandling i Finanstilsynet, men med følgende begrundelse:

Det er om K A/S' produkter Uførepension og Fortsættelsesforsikring oplyst, at disse kan vælges til grunddækningen ved barneforsikringen "Barn og ungdom Ekstra". Uførepensionen/Fortsættelsesforsikring giver i modsætning til de øvrige dækninger i produktet ret til en løbende udbetaling, og er uopsigelig fra selskabets side.

Syge- og ulykkesforsikringer anses som udgangspunkt for skadeforsikring omfattet af bilag 7, nr. 1) og 2), i lov om finansiel virksomhed. Dog fremgår det af forsikringsklasse IV i bilag 8, at Permanent health insurance (langvarig sygeforsikring), dvs. sygeforsikring, som indgås for en lang periode og er uopsigelig fra selskabets side i hele perioden, anses for livsforsikring. Det bemærkes, at udbetaling af løbende ydelser ikke i sig selv medfører, at produkter ikke anses for skadeforsikring.

Jeg finder henset til oplysningerne om, at præmien beregnes med ét-årig risikohorisont uden opsparingselement, og om K A/S' adgang til årlige præmiereguleringer, at Uførepensionen og Fortsættelsesforsikringen – uanset uopsigeligheden fra K A/S' side – må anses som skadeforsikringsprodukter omfattet af bilag 7, nr. 1) og 2), i lov om finansiel virksomhed.

På denne baggrund finder jeg, at Finanstilsynet ikke har været berettiget til at opheve sin afgørelse af 12. november 2014, hvor Finanstilsynet traf beslutning om, at Uførepensionen er at anse som et skadeforsikringsprodukt, samt at Finanstilsynet ikke har været berettiget til at afgøre, at tilvalgsdækningerne Uførepension og Fortsættelsesforsikring er at anse for livsforsikringsprodukter, jf. bilag 8, forsikringsklasse IV, i lov om finansiel virksomhed.

Erhvervsankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelser af 8. og 10. juni 2015 og hjemviser sagen til fornyet behandling i Finanstilsynet.

1) Kendelse af 4. juli 2016 (J.nr. 2016-4038).

K kunne ikke meddeles aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Offentlighedsloven § 7, stk. 1 og stk. 2, og § 14, stk. 1 samt Lov om finansiel virksomhed § 354.

(Piya Mukherjee, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 29. april 2016 har journalist K klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af 21. april 2016, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning af 13. april 2016 om aktindsigt i ”akter, der har relation til Panama Papirerne...”. Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter den 11. maj 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2016 hedder det:

”...

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt, idet de oplysninger, du har anmodet om aktindsigt i, alle vedrører virksomheder under tilsyn, og som derfor er kommet Finanstilsynet til kendskab gennem Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. De oplysninger, der er anmodet om aktindsigt i, er således omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed.

Tavshedspligten i ovennævnte bestemmelse 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. Dette gælder også oplysninger, som Finanstilsynets medarbejdere får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

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 virksomheder under tilsyn 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 virksomheders forretningsmæssige forhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige og dermed omfattet af tavshedspligten efter lov om finansiel virksomhed § 354. Dette gælder således også for aktlister og oplysninger om, i hvilke forvaltningsafsnit eventuelle sager har været behandlet til dato.

På den baggrund afslår Finanstilsynet at imødekomme din anmodning om aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 14, stk. 1.
..."

K klagede ved skrivelse af 29. april 2016 til Finanstilsynet over afgørelsen. Hun anførte i den forbindelse:

”...

Jeg vil gerne indbringe en klage til Erhvervsankenævnet over afgørelsen om, at Finanstilsynet ikke kan imødekomme min anmodning om aktindsigt indsendt den 13. april.

Baggrunden for klagen er, at der i afslaget af aktindsigten står følgende ”Finanstilsynet kan ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt, idet de oplysninger, du har anmodet om aktindsigt i, alle vedrører virksomheder under tilsyn, og som derfor er kommet Finanstilsynet til kendskab gennem Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. De oplysninger, der er anmodet om aktindsigt i, er således omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed.”

Jeg mener ikke, at alle mine forespørgsler hører ind under denne tavshedspligt, da der ligeledes bedes om aktindsigt i blandt andet al korrespondance med skat og finanstillsynssammenslutningen i Luxembourg. Det kan eksempelvis være, hvis der har været ført korrespondance, hvor det ikke er muligt at identificere de enkelte selskaber, eller hvor selskabernes navne og genkendelige oplysninger er overstreget. Generelle korrespondancer mellem Luxembourg og tilsynet om problematikken vedrører jo ikke virksomheder under tilsyn, men er netop generelle. På samme måde kan jeg ikke se, at det er led i en tilsynssag, hvad der er blevet korresponderet mellem Skat og Finanstillsynet omkring papirerne og problematikkerne i sagen generelt.

Jeg indsætter nedenfor min oprindelige anmodning om aktindsigt, som jeg indsendte til Finanstillsynet den 13. april.

”I henhold til Forvaltningsloven anmoder jeg om aktindsigt i de akter, der har relation til Panama-papirerne herunder følgende:

1. Hvilke problematikker I har identificeret.
2. De henvendelser I har fået fra pengeinstitutter.
3. Korrespondance med finanstillsynssammenslutningen i Luxembourg og nordiske kolleger.
4. Korrespondance med Skat omkring papirerne og problematikkerne i sagen.

Jeg ønsker, at blive gjort bekendt med alle aktstykker, herunder bl.a. evt. notater, mødereferater og aktens journaliste, samt skriftlig oplysning om, hvorvidt alle aktstykker i sagen vil blive stillet til min rådighed. Jeg beder om oplysninger om, i hvilke forvaltningsafsnit sagen har været behandlet til dato samt, hvilke sagsnumre den har i disse forvaltningsafsnit.””

Finanstillsynet fastholdt tilsynets afgørelse og har herefter den 11. maj 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet. I den forbindelse har Finanstillsynet udtalt:

”1. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 13. april 2016 anmodede journalist K om ”aktindsigt i de akter, der har relation til Panama-papirerne, herunder:

1. Hvilke problematikker I har identificeret.
2. De henvendelser I har fået fra pengeinstitutter.
3. Korrespondance med finanstillsynssammenslutningen i Luxembourg og nordiske kolleger.

4. *Korrespondance med Skat omkring papirerne og problematikkerne i sagen.*”

K anmodede ønsker i den forbindelse om at blive gjort bekendt med ”*alle aktstykker, herunder bl.a. evt. notater, mødereferater og aktens journaliste, samt skriftlig oplysning om, hvorvidt alle aktstykker i sagen vil blive stillet til min rådighed.*”

K anmodede ligeledes om ”*oplysninger om, i hvilke forvaltningsafsnit sagen har været behandlet til dato samt, hvilke sagsnumre den har i disse forvaltningsafsnit.*” Der henvises nærmere til vedlagte bilag.

Ved afgørelse af 21. april 2016 gav Finanstilsynet afslag på aktindsigtsanmodningen. Afslaget er begrundet med, at de ønskede oplysninger er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt. Der henvises nærmere til vedlagte bilag.

Ved e-mail af 29. april 2016 rettede K på ny henvendelse til Finanstilsynet med anmodning om indbringelse af Finanstilsynets afgørelse om afslag på anmodning om aktindsigt til Erhvervsankenævnet.

K anfører i denne forbindelse, at forespørgslen ikke hører ind under Finanstilsynets særlige tavshedspligt, da der ligeledes bedes om aktindsigt i blandt andet al korrespondance med SKAT og finanstilsynssammen slutningen i Luxembourg. K anfører endvidere, at dette eksempelvis kan være, hvor der har været ført korrespondance, men hvor det ikke er muligt at identificere de enkelte selskaber, eller hvor selskabernes navne og genkendelige oplysninger er overstreget. Herudover anfører K, at generelle korrespondancer mellem Luxembourg og Finanstilsynet om problematikken ikke vedrører virksomheder under tilsyn, men netop er generelle. Endelig anfører K, at det ikke er et led i en tilsynssag, hvad der er blevet korresponderet mellem SKAT og Finanstilsynet omkring papirerne og problematikkerne i sagen generelt. K fastholder på den baggrund sin anmodning af 13. april 2016. Der henvises nærmere til vedlagte bilag.

Finanstilsynet har ved e-mail af 9. maj 2016 orienteret K om, at klagen over Finanstilsynets afgørelse videresendes til Erhvervsankenævnet. Finanstilsynet har i denne forbindelse oplyst, at det fortsat er Finanstilsynets vurdering, at de oplysninger, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt, og at også korrespondance med andre tilsynsmyndigheder vedrørende disse virksomheder er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt. Der henvises nærmere til vedlagte bilag.

2. Det retlige grundlag

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 7, stk. 1 og 2:

”Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- *alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og*
- *indførelse i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.*”

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, jf. offentlighedslovens § 35. Det følger af § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152 - 152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

3. Finanstilsynets vurdering

Som nævnt ovenfor fremgår det af § 7, stk. 1, i offentlighedsloven, at enhver har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed mv. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En undtagelse hertil følger af § 35 i offentlighedsloven, der begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I medfør af § 354 i lov om finansiel virksomhed er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten efter § 354, stk. 1, 1. pkt., omfatter fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås alle oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn i henhold til lov om finansiel virksomhed. Det er således afgørende, at oplysninger kan videregives til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig væsentligt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som Finanstilsynet skønner nødvendige, udleveret.

Ved afgørelsen af, hvorvidt der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, er omfattet.

Det er Finanstilsynet vurdering, at de sager, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Dette gælder også eventuel korrespondance med andre myndigheder samt journalister.

Det følger af offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2, at retten til aktindsigt tillige omfatter indførsler i journaler, registre og andre fortegnelser ved-

rørende den pågældende sags dokumenter. Idet Finanstilsynet under hensyn til tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed, ikke kan imødekomme Ks anmodning om aktindsigt, følger det tilsvarende heraf, at Finanstilsynet ikke kan meddele aktindsigt i journalisterne. Der henvises til offentlighedslovens § 35.

Finanstilsynet har vurderet, om der i medfør af meroffentlighedsprincippet i § 14 i offentlighedsloven har været grundlag for at meddele K oplysninger i videre omfang. Adgangen til meroffentlighed gælder imidlertid ikke, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglen. På baggrund heraf har Finanstilsynet ikke meddelt K meroffentlighed.

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at de oplysninger, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt i henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed, idet disse vedrører Finanstilsynets tilsynsvirksomhed.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 21. april 2016, hvorefter der ikke er adgang til aktindsigt i de ønskede oplysninger.
...”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. offentlighedslovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lovbemærkningerne til § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

”Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, 1. pkt., begrænses pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn

har fastsat tavshedspligt med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller henviser til de almindelige tavshedspligtbestemmelser i straffeloven og forvaltningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedspligtbestemmelse i det enkelte tilfælde skal henregnes til de særlige tavshedspligtbestemmelser, vil bero på en fortolkning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmelsens ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedspligten er fastsat på baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« omfatter også tavshedspligtforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-retsakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedspligtforskrifter i andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedspligtbestemmelse, er, at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet aktindsigt efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er omfattet af en særlig tavshedspligtbestemmelse, vil myndigheden skulle meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedspligtbestemmelse den konsekvens, at forvaltningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroffentlighed, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der tilsigtes beskyttet ved tavshedspligten.”

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:

De oplysninger og akter, der har relation til Panama-papirerne, som K anmoder om aktindsigt i, har Finanstilsynet modtaget som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. § 344, og de er dermed omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1, og er derfor ikke offentligt tilgængelige.

Adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 gælder ikke, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. § 14, stk. 1, 2. pkt.

Det tiltrædes således, at K ikke efter reglerne i offentlighedsloven er meddelt aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2016.

2) Kendelse af 5. oktober 2016 (J.nr. 2016-7420)

Klager anset som part og Finanstilsynets afgørelse derfor ændret således at klager blev meddelt aktindsigt.

Forvaltningslovens § 9 og lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 1.

(Monica Reib, Piya Mukherjee og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. august 2016 har advokat K på vegne af A (Sparekasse) til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af 8. juli 2016, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning af 28. maj 2016 om aktindsigt i ”Finanstilsynets sag mod tidligere direktør i A, B. Anmodningen om aktindsigt omfatter hele Finanstilsynets sag”. Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter den 12. august 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 8. juli 2016 hedder det:

”Finanstilsynet har modtaget din anmodning på vegne af A af 28. juni 2016 om aktindsigt i følgende:

- Finanstilsynets sag mod tidligere direktør i A, B. Anmodningen om aktindsigt omfatter hele Finanstilsynets sag.

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt i den pågældende sag.

Begrundelse

Finanstilsynet har ikke truffet en afgørelse i sagen mod din klient.

Partsstatus i medfør af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed forudsætter, at der er truffet en afgørelse rettet mod virksomheden. Da der ikke er truffet en sådan afgørelse, er din klient ikke part i sagen, jf. § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Derfor skal din anmodning behandles efter lov om offentlighed i forvaltningen.

Det fremgår af § 7, stk. 1, i denne lov, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Pligten til at meddele oplysninger efter § 7 er endvidere begrænset af § 35 om forholdet til lovbestemt tavshedspligt: ”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 er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

Denne bestemmelse medfører således, at Finanstilsynet ikke kan give aktindsigt efter § 7 i lov om offentlighed i forvaltningen.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det er 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.

Det følger herefter af § 7, stk. 2, i lov om offentlighed i forvaltningen, sammenholdt med 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at De ikke har mulighed for at få den ønskede aktindsigt.
...”

I klagen af 3. august 2016 til Finanstilsynet har advokat K anført:

”Klage over afvisning af aktindsigt – A

Den 8. juli 2016 afviste Finanstilsynet As anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sag om, hvorvidt B var ”fit & proper” som direktør for A.

På vegne af A skal jeg hermed påklage Finanstilsynets afgørelse.

Det er afgørende for A at få aktindsigt i ovennævnte sag, idet B har anlagt en voldgiftssag mod A med påstand om betaling af mere end 8,5 millioner kroner, idet han gør gældende, at sparekassens bortvisning af ham var uberettiget. Omdrejningspunktet for voldgiftssagen er således B's egnethed som direktør på tidspunktet for bortvisningen.

Den 11. maj 2010 blev blandt andre A ransaget som følge af Finanstilsynets anmeldelse til politiet.

Den 12. maj 2010 indkaldte Finanstilsynet B til et møde i Finanstilsynet nogle dage senere i forbindelse med foretagelsen af en fit & proper-vurdering, jf. lov om finansiel virksomhed § 64.

Finanstilsynet kunne i medfør af § 351, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed påbyde en finansiel virksomhed at afsætte en direktør, hvis vedkommende ikke ansås som "fit & proper", fordi vedkommende ikke opfylder betingelserne i § 64, stk. 2 eller 3, eller § 64 a i lov om finansiel virksomhed.

Hvis den finansielle virksomhed ikke afsatte direktøren, kunne Finanstilsynet inddrage virksomhedens tilladelse i medfør af lov om finansiel virksomhed § 224, stk. 1, nr. 2, jf. § 351, stk. 9.

Den 13. maj 2010 bortviste A B med henvisning til, at B havde overtrådt sparekassens interne retningslinjer, og med henvisning til "de sidste dages hændelsesforløb", der blandt andet omfattede politiransagningen hos A og ovennævnte indkaldelse fra Finanstilsynet om Bs egnethed som direktør.

På den baggrund er det afgørende at få indsigt i det sagsmateriale, som Finanstilsynet har indhentet til brug for fit & proper-vurderingen, idet Finanstilsynets oplysninger forventes at kunne udgøre en central del af bevisførelsen i voldgiftssagen.

Aktindsigt kan gives med hjemmel i forvaltningslovens § 9, stk. 1, der foreskriver, 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".

Finanstilsynet har dog afvist at give aktindsigt efter denne bestemmelse med henvisning til, at der ikke er truffet en sådan afgørelse rettet mod A.

Af § 355, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed fremgår imidlertid, at den finansielle virksomhed anses som part i forhold til Finanstilsynet, hvis afgørelsen retter sig mod den finansielle virksomhed. I nærværende tilfælde havde fit & proper-vurderingen betydning for As fortsatte drift, herunder beslutningen om at bortvise B den 13. maj 2010, hvorfor den retter sig mod sparekassen.

Mødeindkaldelsen af B var de facto en afgørelse i forhold til A, idet sparekassen ikke ønskede, at en direktør i sparekassen skulle blive underkendt i forbindelse med en fit & proper-vurdering.

Finanstilsynets fit & proper-vurdering var endvidere på tidspunktet for mødeindkaldelsen en sag, hvori der "ville blive truffet en afgørelse", og

som A derfor kunne begære aktindsigt i. At fit & proper-vurderingen ikke blev afsluttet skyldes alene, at B blev bortvist forinden. Det ændrer ikke ved, at sagen er omfattet af afgørelsesbegrebet i forvaltningslovens § 9, stk. 1 i modsætning til faktisk forvaltningsvirksomhed, hvorfor A kan forlange at blive gjort bekendt med sagens akter.

Subsidiært har A krav på aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 7.

Finanstilsynet har afvist af at give aktindsigt efter offentlighedslovens § 7 med henvisning til Finanstilsynets tavshedspligt i § 354, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.

Såvel Østre som Vestre Landsret har imidlertid slået fast, at tavshedspligten i § 354, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed ikke er absolut, men kan vige for hensynet til en sags oplysning.

Østre Landsrets sager Ø.L. B-1291-10 og B-1851-10 angik spørgsmålet om, hvorvidt bestyrelse, direktion og revision i Roskilde Bank A/S havde handlet ansvarspådragende i forbindelse med deres virksomhed. I disse sager bestemte Østre Landsret ved kendelse af 24. juni 2016, at tavshedspligten for tre tidligere og nuværende ansatte i Finanstilsynet skulle ophæves af hensyn til sagens oplysning, således at de pågældende kunne afgive vidneforklaring om ellers tavshedsbelagte forhold i relation til Roskilde Bank A/S og kunder i banken, som var omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Kendelsen vedlægges (...).

Vestre Landsrets sag V.L. B-427-11 vedrørte erstatning efter Ehb Bank A/S' sammenbrud. Ved kendelse af 15. oktober 2014 pålagde landsretten Finanstilsynet at fremlægge en række dokumenter ”*uanset at de er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt i henhold til lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1*”. Retten henviste i præmisserne til, dokumenterne ”*vil udgøre et centralt led i bevisførelsen*”. Kendelsen vedlægges (...).

I nærværende sag må hensynet til sagens oplysning også veje tungere end hensynet til tavshedspligten, da oplysningerne er helt centrale for voldgiftssagen om Bs egnethed som direktør på tidspunktet for bortvisningen.

Voldgiftssagen er tilmed ikke offentlig, og uvedkommende vil derfor ikke få adgang til oplysningerne, selvom de gøres tilgængelige for voldgiftsretten og sagens parter.

Sammenfattende er det min opfattelse, at der enten må kunne gives aktindsigt med hjemmel i forvaltningslovens § 9, stk. 1 eller offentlighedslovens § 7, da Finanstilsynets fit & proper-vurdering vedrører A og netop omhandler Bs egnethed som direktør for A i maj 2010, hvilket er omdrejningspunktet for voldgiftssagen anlagt af B.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 12. august 2016 udtalt:

” ”Klage over Finanstilsynets afgørelse af 8. juli 2016 om afslag på aktindsigt

Ved brev af 28. juni 2016 anmodede C (advokatfirma) på vegne af A (herefter klager) om aktindsigt i Finanstilsynets sag mod den tidligere direktør i A B ... Ved brev af 8. juli 2016 gav Finanstilsynet afslag på aktindsigt C (advokatfirma) har ved brev af 3. august 2016 klaget over Finanstilsynets afgørelse Finanstilsynet skal i den forbindelse fremkomme med en redegørelse for sagens retlige og faktiske forhold samt Finanstilsynets bemærkninger til klagen.

3. Sagsfremstilling

En advokatredegørelse om det økonomiske sammenbrud i EBH Bank A/S foranledigede Finanstilsynet til at foretage en undersøgelse af handleterne med E-aktien i august 2008, da advokaterne vurderede, at der var flere forhold, der kunne danne grundlag for en politimæssig efterforskning af eventuelle overtrædelser af lovgivningen, herunder bl.a. overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation i § 39, stk. 1, jf. § 38, stk. 1, nr. 2 og 4, i den dagældende lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynets undersøgelse af handleterne med E-aktien gav anledning til, at Finanstilsynet politianmeldte bl.a. B til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, som påbegyndte en politiefterforskning af forholdene, herunder bl.a. ved ransagning af A den 11. maj 2010.

Sideløbende indledte Finanstilsynet en undersøgelse af Bs egnethed og hæderlighed, jf. § 64 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet kan oplyse, at der ikke er oprettet en særskilt sag i den forbindelse.

Klager henviser til en mødeindkaldelse dateret 12. maj 2010. Der ses ingen tilgængelige oplysninger om en sådan mødeindkaldelse, hvorfor Finanstilsynet hverken kan be- eller afkræfte, at B har været indkaldt til et møde i Finanstilsynet.

Finanstilsynet kan oplyse, at der i en intern og udateret oversigt over sager, der siden 2010 har givet anledning til overvejelser om en direktørs eller et bestyrelsesmedlems egnethed og hæderlighed, er noteret, at daværende direktør for Finanstilsynet, D, har haft en telefonsamtale i forbindelse med nærværende sag. Det fremgår ikke med hvem, eller hvornår denne telefonsamtale har fundet sted. I oversigten er noteret ”Trukket sig efter opkald fra xxx” (D). Der ses ikke at være journaliseret et telefonnotat, hvorfor det ikke er muligt at gengive samtalens indhold.

Finanstilsynet kan oplyse, at der i forbindelse med de indledende undersøgelser er udarbejdet interne notater bl.a. i form af et ufærdigt udkast til afgørelse.

Det fremgår af klagen, at klager den 13. maj 2010 valgte at bortvise B med henvisning til, at B havde overtrådt sparekassens interne retningslinjer, og med henvisning til ”de sidste dages hændelsesforløb”, der blandt andet omfattede politiransøgningen hos A og indkaldelsen af B til drøftelse af dennes egnethed.

4. Retligt grundlag

Forvaltningsloven

§ 9 i forvaltningsloven [Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014] indeholder bestemmelser om parters ret til aktindsigt i afgørelsessager. Af stk. 1 fremgår:

”§ 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.”

Offentlighedsloven

§ 7 i lov om offentlighed i forvaltningen [Lov nr. 606 af 12. juni 2013] (offentlighedsloven) indeholder bestemmelser om den generelle ret til aktindsigt i den offentlige forvaltning. Af stk. 1 og 2 fremgår:

”§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og
- 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.”

§ 14 i offentlighedsloven indeholder bestemmelser om meroffentlighed. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 14. Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 23-35. Der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Stk. 1 gælder også i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som indgår i sager, der er undtaget fra aktindsigt efter §§ 19-21.”

Retten til aktindsigt efter offentlighedsloven begrænses bl.a. af lovens § 35, der har følgende ordlyd:

”§ 35. 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.”

Lov om finansiel virksomhed

I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed [Lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015] er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt en særlig tavshedspligt. Af stk. 1, 1. og 3. pkt., fremgår følgende:

”§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden, og fortrolige oplysninger, som de får kendskab til fra Finansiell Stabilitet. [...] Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

Følgende fremgår af bemærkningerne til § 354, stk. 1 [Lovforslag nr. L 64 af 27. oktober 2004, jf. lovforslag nr. L 91 af 12. december 2008 (de specielle bemærkninger)]:

”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 erhvervskunder. 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. 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 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. [...]

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.” [Den dagældende § 14, 1. pkt., i offentlighedsloven svarer til den gældende § 35 i offentlighedsloven.]

§ 354, stk. 2-15, i lov om finansiel virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten i henhold til stk. 1.

§ 355 i lov om finansiel virksomhed indeholder en udtømmende opregning af, hvem der kan anses som part i forhold til Finanstilsynet i sager omfattet af loven m.v. Af stk. 1 fremgår følgende:

”§ 355. Som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, forsikringsholdingvirksomheden, 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, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige

krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber, forordninger udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber og forordninger og regler udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber, jf. dog stk. 2 og 3.”

Stk. 2-4 og 6 indeholder en udtømmende opregning af hvem, der derudover kan ses for at være i part i sager omfattet af loven m.v. eller tillægges visse partsbeføjelser.

Af bemærkningerne til § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed [Lovforslag nr. L 176 af 12. marts 2003 (de specielle bemærkninger)] fremgår følgende:

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

5. Finanstilsynets vurdering

Aktindsigt i henhold til forvaltningsloven

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. I modsætning til offentlighedsloven begrænses pligten til at give aktindsigt som udgangspunkt ikke af bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, jf. § 9, stk. 5, i forvaltningsloven.

Partsstatus i medfør af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed forudsætter, at der er truffet en afgørelse rettet mod virksomheden.

Der var tale om en indledende undersøgelse af B's egnethed og hæderlighed, hvorfor der ikke foreligger en afgørelse rettet mod klager. Klager er således ikke part i sagen i medfør af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven

Det fremgår af § 7, stk. 1 i offentlighedsloven, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. De indledende undersøgelser af Bs egnethed og hæderlighed er ikke at sidestille med en afgørelse.

Retten til aktindsigt omfatter med de i lovens §§ 19-35 nævnte undtagelser alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og indføres i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter, jf. § 7, stk. 2, i offentlighedsloven.

§ 35 i offentlighedsloven begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivningen er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

Efter § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Det følger således af § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt er forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn, jf. bl.a. forarbejderne til § 354 i afsnit 2 ovenfor. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. 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.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnede til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

De indledende undersøgelser af B er en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og efter at Finanstilsynet har gennemgået sagen, vurderes det, at samtlige oplysninger i denne henseende er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynets tavshedspligt er som ovenfor anført en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 7, stk. 2, jf. § 35.

Finanstilsynet har overvejet, om der er grundlag for at meddele klager aktindsigt i den indledende undersøgelse af B ud fra et princip om meroffentlighed, jf. § 14, stk.1, 1. pkt., i offentlighedsloven.

Det fremgår dog af § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, at der ikke kan gives aktindsigt i videre omfang, hvis dette vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Som anført ovenfor, vurderer Finanstilsynet, at oplysningerne i sagen er underlagt tavshedspligten i § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, hvorfor det ikke er muligt, at give meraktindsigt, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

Med henvisning til det ovenfor anførte kan der ikke gives aktindsigt efter §§ 7 eller 14 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed.

6. Konklusion

Med henvisning til ovenstående bemærkninger fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 8. juli 2016.

...”

Advokat K har ved skrivelse af 19. august 2016 heroverfor bemærket:

”...

1 Sagen mod B var en sag mod A

Som begrundelse for afslag på aktindsigt efter forvaltningsloven har Finanstilsynet anført, at A ikke har partsstatus i forhold til egnethedsvurderingen af B i medfør af § 355, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.

Af forvaltningslovens § 9, stk. 1 fremgår, 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 gøres gældende, at A var part i en sådan sag og derfor kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Finanstilsynet havde indledt en konkret undersøgelse med henblik på at fastlægge en retsstilling for B og A, hvorfor der ikke blot var tale om faktisk forvaltningsvirksomhed, men om en konkret sag, hvori der *var eller ville* blive truffet en forvaltningsretlig afgørelse.

Af Finanstilsynets sagsfremstilling fremgår, at der slet ikke er oprettet en ”særskilt sag” til undersøgelsen af Bs egnethed og hæderlighed, hvilket understøtter, at undersøgelserne af sparekassen og B havde en meget nær

sammenhæng og i lige så høj grad rettede sig mod sparekassen som mod B.

B var på daværende tidspunkt direktør i A, og da en juridisk person er repræsenteret ved sin ledelse må der være fuldstændig identifikation mellem sparekassen og B. Særligt da undersøgelserne om både egnetheden og de strafferetlige forhold havde direkte og uundgåelige konsekvenser for A, idet sparekassens drift og afledte ansvar afhang af Finanstilsynets vurdering af direktørens handlinger.

Helt konkret fik Bs handlinger den konsekvens, at der blev foretaget en ransagning hos sparekassen, ligesom sparekassen måtte betale en betydelig bøde til statskassen.

Sparekassen afskedigede direktøren som følge af de mod sparekassen indledte undersøgelser af hensyn til at bevare sit gode omdømme og for ikke at risikere alvorlige sanktioner fra Finanstilsynet. Der var således indledt undersøgelser, der kunne føre til alvorlige sanktioner overfor sparekassen, og som således nødvendigvis ville kunne føre til en afgørelse overfor sparekassen.

På baggrund af Finanstilsynets sagsfremstilling kan det konstateres, at undersøgelserne af handlerne med E-aktien, der ledte til ransagningen hos A, havde en nær sammenhæng med den sideløbende egnethedsvurdering af B. Denne tilsyneladende uadskillelighed taler imidlertid ikke for at nægte A aktindsigt. Tværtimod understøtter det, at A er direkte part i sagen. A har derfor krav på at få indblik i hele den sag, der vedrører A, herunder egnethedsvurderingen af dennes tidligere direktør i lyset af de handlinger, der gav Finanstilsynet anledning til at indgive politianmeldelse den 12. april 2010.

Af Finanstilsynets sagsfremstilling kan man få det indtryk, at det er begrænset, hvad der haves af materiale vedrørende B, men Finanstilsynets meget voluminøse politianmeldelse vidner imidlertid om et mindst lige så voluminøst baggrundsmateriale.

2 Tungtvejende hensyn taler for aktindsigt

A har en saglig og beskyttelsesværdig interesse i at få aktindsigt i det materiale, der satte hele det hændelsesforløb i gang, som medførte en politiransagning, en bøde, en bortvisning og nu et sagsanlæg fra den tidligere direktør som følge af bortvisningen.

Sagsanlægget har i særlig grad nødvendiggjort aktindsigt i dokumenterne, da de kan blive afgørende for voldgiftsrettens vurdering af, om bortvisningen af B var berettiget.

Der henvises til de allerede fremlagte kendelser i sagerne Ø.L. B-1291-10 og B-1851-10, samt V.L. B-427-11. (underbilag 1 og 2 til Finanstilsynets bilag 3), hvoraf fremgår, at hensynet til oplysningen af en sag kan veje tungere end hensynet til tavshedspligten og medføre en pligt til at give ellers tavshedsbelagte oplysninger.

3 Ingen tungtvejende hensyn taler mod aktindsigt

Hvor der som ovenfor anført er tungtvejende hensyn, der taler for aktindsigt, er der derimod ingen tungtvejende hensyn, der taler mod aktindsigt.

Finanstilsynet har begrundet afvisningen på den subsidiære anmodning om aktindsigt efter offentlighedslovens § 7 med Finanstilsynets særlige tavshedspligt.

Finanstilsynet skrev følgende:

”Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn, jf. bl.a. forarbejderne til § 354 i afsnit 2 ovenfor. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. 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.” (min understregning)

Dette overordnede hensyn bliver imidlertid ikke sat over styr ved at give A aktindsigt i oplysninger om sparekassen selv, herunder om dennes tidligere direktør, da tavshedspligten netop skal beskytte sparekassen.

At give sparekassen aktindsigt hindrer ikke Finanstilsynet i at føre et effektivt tilsyn og mindsker ikke tilliden til, at Finanstilsynet ikke *videregiver* oplysningerne.

Der er reelt ikke tale om videregivelse af oplysninger, hvorfor det allerede af den grund ikke kan være i strid med Finanstilsynets tavshedspligt at give aktindsigt.

Sammenfattende gøres det gældende, at begæringen om aktindsigt ikke kan afslås med henvisning til Finanstilsynets tavshedspligt i medfør af § 354 i lov om finansiell virksomhed eller med henvisning til, at A ikke har den nødvendige partsstatus.”

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.

I henhold til § 355, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed, anses som part i forhold til Finanstilsynet blandt andet den finansielle virksomhed, som Finanstilsynets af-

gørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod.

Det fremgår af sagen, at Finanstilsynets undersøgelse af handlerne med E-aktien gav anledning til, at Finanstilsynet politianmeldte den daværende direktør i A, B, til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, som påbegyndte en politietterforskning af forholdene, herunder ved ransagning af A den 11. maj 2010. Det fremgår endvidere, at Finanstilsynet sideløbende indledte en undersøgelse af B's egnethed og hæderlighed, jf. § 64 i lov om finansiel virksomhed, hvorefter A den 13. maj 2010 bortviste B med henvisning til dennes overtrædelse af sparekassens interne retningslinjer og "de sidste dages hændelsesforløb".

Navnlig under hensyn til, at den indledte undersøgelse af B's egnethed og hæderlighed angik A's egen direktør, og til at udfaldet af undersøgelsen ville fastlægge retsstillingen for såvel B som A, må sparekassen anses for at have været part i en sag, hvori der var eller ville blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. forvaltningslovens § 9.

A kan herefter forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. forvaltningslovens § 9.

Ankenævnet ændrer derfor Finanstilsynets afgørelse af 8. juli 2016.

3) Kendelse af 23. november 2016 (J.nr. 2016-12037).

Finanstilsynets afslag på aktindsigt omgjort, da ikke tale om fortrolige oplysninger opfattet af tilsynets tavshedspligt.

Lov om betalingstjenester § 92, lov om finansiel virksomhed § 354 samt offentlighedslovens § 7.

(Lone Møller, Piya Mukherjee og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 20. oktober 2016 har advokat A på vegne af en række kreditorer i konkursboet efter K klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af 4. oktober 2016, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning af 23. september 2016 om aktindsigt i "... et brev sendt af Finanstilsynet til K... Brevet er efter det oplyste sendt omkring september 2009, alternativt i 3. eller 4. kvartal af 2009. Brevet vedrørte ikrafttrædelsen af den nye "lov om betalingstjenester", herunder at den pågældende virksomhed skulle være opmærksom på, om denne blev omfattet af de nye regler om ansøgning om tilladelse ...". Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter den 31. oktober 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 31. oktober 2016 om sagens omstændigheder oplyst:

"...

1. Sagsfremstilling

Ved mail af 23. september 2016 anmodede advokatfuldmægtig C fra D (advokatfirma) som repræsentant for en række kreditorer i konkursboet efter K om aktindsigt i et brev sendt af Finanstilsynet til K omkring september 2009, alternativt 3. eller 4. kvartal af 2009 (**bilag ...**).

Ved afgørelse af 4. oktober 2016 gav Finanstilsynet afslag på anmodning om aktindsigt (**bilag ...**). Afslaget var begrundet i, at dokumenter, som advokatfuldmægtig C søger aktindsigt i, vil være en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed underlagt den særlige tavshedspligt, jf. § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Ved brev modtaget den 20. oktober 2016 i Finanstilsynet påklager advokat A fra D (advokatfirma) (herefter klager) Finanstilsynets afslag på aktindsigt (**bilag ...**).

..."

Advokat A klagede ved skrivelse af 20. oktober 2016 over afgørelsen. Han anførte i den forbindelse:

"Klage over afslag på anmodning om aktindsigt

Med henvisning til Finanstilsynets svar på anmodning af aktindsigt af 4. oktober 2016, skal jeg hermed i henhold til § 91 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge påklage afgørelsen.

Baggrunden for anmodningen om brevet er, at det er til brug for en retssag, der blandt andet vedrører spørgsmålet om K, CVR-nr.: ... var omfattet af lov om betalingstjenester, og skulle have søgt tilladelse (fuld eller begrænset) i henhold til loven. K har under byretssagen gjort gældende, at de ikke har modtaget et brev fra Finanstilsynet vedrørende ikrafttrædelsen af loven i 2009. Jeg repræsenterer en række kreditorer, der – til brug for retssagen – søger information omkring K's status i forhold til at være en "finansiel virksomhed".

For det første søges der aktindsigt i et *udgående* brev, dvs. af et brev sendt fra Finanstilsynet. Der er tale om et generelt brev, som altså ikke er et svar på en forespørgsel fra K til Finanstilsynet. Der er således ikke tale om en egentlig korrespondance mellem K og Finanstilsynet, og der søges da heller ikke aktindsigt i materiale, som K måtte have sendt til Finanstilsynet.

Ifølge mine oplysninger skulle brevet derimod blot indeholde en generel orientering om ikrafttrædelsen af "lov om betalingstjenester og elektroniske penge" pr. den 1. november 2009 samt om de forpligtelser der fulgte hermed for virksomhederne.

Hensynet om "...at virksomheder kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives", jf. svaret side 2, er derfor ikke til stede i denne her sag, i det K netop ikke har videregivet nogle oplysninger til Finanstilsynet, men derimod måske/måske ikke blot modtaget et brev fra Finanstilsynet.

Den eneste oplysning, der således måtte fremgå af det pågældende brev er K's adresse og evt. attesteret en specifik person i virksomheden. Oplysninger som i øvrigt både var og er fuldt offentligt kendte via CVR-registeret.

Derimod opfylder aktindsigten klart betingelserne i § 7, stk. 1 i lov om offentlighed i forvaltningen, hvorefter at en enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med virksomhed. Brevet vedrører netop dette, nemlig en orientering fra Finanstilsynet til en række virksomheder - herunder måske også K - vedrørende ikrafttrædelse af "lov om betalingstjenester og elektroniske penge".

Derudover er K som bekendt gået konkurs i juli 2014. Der er derfor heller ikke på den baggrund et særligt hensyn at tage til selve virksomheden eftersom den reelt set ikke eksisterer mere. Heller ikke her er derfor i vores optik et beskyttelseshensyn.

Der henvises i afslaget på aktindsigt til § 354, stk. 1, 1. pkt. i lov om finansiel virksomhed. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 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 er således ikke alene et krav, at det er oplysninger, Finanstilsynet har fået kendskab til gennem tilsynsvirksomheden, men også at oplysninger skal være fortrolige. Det fremgår af Karnovs noter til bestemmelsen, at:

"Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige."

Der er *ikke* her tale om fortrolige oplysninger, i det oplysningen hverken vedrører K's forretningsmæssige forhold eller kunders forhold, ligesom der *ikke* er tale om oplysninger der er *videregivet* til Finanstilsynet fra K som led i tilsynsmyndighed. Brevet dokumenterer alene om Finanstilsynet har opfattet K som finansiel virksomhed, og det er ikke en fortrolig information.

Endvidere fremgår det dog også af § 354, stk. 5, at:

Stk. 5. Fortrolige oplysninger kan videregives under en civil retssag, når en finansiel virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Dvs. selvom der havde været tale om fortrolige oplysninger kan oplysninger i en situation som den pågældende videregives, i det der er tale om en virksomhed, der *er* gået konkurs og i det der ikke er tale om oplysninger vedrørende kundeforhold eller tredjemand der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

På denne baggrund anser jeg begrundelsen for afslaget på aktindsigt som fejlagtigt, og givet på et forkert både juridisk, men ikke mindst skriftligt faktisk grundlag.

I tillæg til ovenstående er dette et oplagt tilfælde at få aktindsigt, i det der netop ikke er tale om hemmelige oplysninger. Man kan spørge sig selv, at hvis ikke der kan gives aktindsigt i et sådan tilfælde, hvornår og til hvad der så gives aktindsigt i?

Endelig skal det påpeges, at det er af principiel betydning, og også i Finanstilsynets interesse, at virksomheder, der er omfattet af lov om betalingstjenester rent faktisk også efterlever loven. Det er derfor af generel betydning om K var omfattet af loven – hvilket jeg mener klart er tilfældet – og om K derfor efter opfyldte kravene til sådanne virksomheder.

Jeg anmoder derfor om, at Erhvervsankenævnet omgør Finanstilsynets afslag på aktindsigt.”

Finanstilsynet har i førnævnte redegørelse af 31. oktober 2016 i øvrigt udtalt:

”... **2. Retligt grundlag**

Offentlighedsloven

§ 7 i offentlighedsloven (note: Lov nr. 606 af 12. juni 2013) indeholder bestemmelser om den generelle ret til aktindsigt i den offentlige forvaltning. Af stk. 1 og 2 fremgår:

”§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og
- 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.”

Retten til aktindsigt efter offentlighedsloven begrænses bl.a. af lovens § 35, der har følgende ordlyd:

”§ 35. 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.”

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

I henhold til § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge (note: Lovbekendtgørelse nr. 613 af 24. april 2015) er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt den særlige tavshedspligt i § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. § 92 har følgende ordlyd:

”92. §§ 354 og 356 i lov om finansiel virksomhed om finanstilsynets tavshedspligt, om forbuddet mod, at Finanstilsynets medarbejdere har anden beskæftigelse eller deltager i spekulationsforretninger, og om Finanstilsynets direktørs engagementer eller sikkerhedsstillelser finder med de nødvendige tilpasninger anvendelse på denne lov. § 354 i lov om finansiel virksomhed finder dog kun anvendelse på oplysninger i sager omfattet af kapitel 2, 3 og 3 a.”

Lov om finansiel virksomhed

I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed (note: Lovbekendtgørelse nr. 182 af 18. februar 2015) er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt en særlig tavshedspligt. Af § 354, stk. 1, 1. og 3. pkt., fremgår følgende:

”§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden, og fortrolige oplysninger, som de får kendskab til fra Finansiell Stabilitet. [...] Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

Følgende fremgår af bemærkningerne til § 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. kauditionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheders 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. [...]

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen (note: Den dagældende § 14, 1. pkt., i offentlighedsloven svarer til den gældende § 35 i offentlighedsloven.). 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.”

§ 354, stk. 2-15, i lov om finansiel virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten i henhold til stk. 1. Af § 354, stk. 5, fremgår det:

”Stk. 5. Fortrolige oplysninger kan videregives under en civil retssag, når en finansiel virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.”

3. Finanstilsynets vurdering

Som nævnt ovenfor, er Finanstilsynets ansatte underlagt en særlig tavshedspligt i § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

Denne tavshedspligt begrænser pligten til at meddele aktindsigt i henhold til offentlighedsloven.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn, jf. bl.a. forarbejderne til § 354, stk. 1, i afsnit 2 ovenfor. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. 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 Finanstilsynet skønner nødvendige.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnede til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

Finanstilsynet har vurderet, at dokumenter, der er søgt aktindsigt i, vil være en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed underlagt den særlige tavshedspligt.

Klager har i klagen henvist til undtagelsesbestemmelsen i § 354, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, hvormed Finanstilsynet kan videregive fortrolige oplysninger under en civil retssag, når en finansiel virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke

vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

I forhold til lov om betalingstjenester og elektroniske penge vil dette betyde, at der skal være tale om et betalingsinstitut eller e-penge-institut eller en virksomhed med begrænset tilladelse til udbud af betalingstjenester eller udstedelse af elektroniske penge, som enten er erklæret konkurs eller tråd i likvidation. Da K ikke har haft tilladelse fra Finanstilsynet til at drive nogle af disse fire typer af virksomheder, kan Finanstilsynet ikke udlevere dokumenter i medfør af undtagelsen i § 354, stk. 5.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at undtagelsen i § 354, stk. 5, alene vedrører virksomheder, der er undergivet tilsyn af Finanstilsynet. Stk. 1 vedrører derimod oplysninger både om virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, men tillige oplysninger om Finanstilsynets undersøgelser og overvejelser i forhold til virksomheder, hvor det skal afklares, om disse skal under tilsyn af Finanstilsynet. Stk. 1 vil således tillige omfatte en situation, hvor resultatet bliver, at en virksomhed ikke underlægges tilsyn, mens en sådan situation ikke er omfattet af stk. 5.

Med henvisning til det ovenfor anførte vurderer Finanstilsynet, at der ikke kan gives aktindsigt efter § 7 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed.

4. Konklusion

Med henvisning til ovenstående bemærkninger fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 4. oktober 2016.
..."

Advokat A har ved skrivelse af 9. november 2016 heroverfor bemærket:

..."

Jeg skal endnu engang understrege, at der søges aktindsigt i et *udgående* brev, dvs. af et brev sendt *fra* Finanstilsynet. Der er tale om et generelt brev, som altså ikke er et svar på en forespørgsel fra K til Finanstilsynet. Der er således heller ikke tale om en egentlig korrespondance mellem K og Finanstilsynet, og der søges da heller ikke aktindsigt i materiale, som K måtte have sendt til Finanstilsynet, men alene i dette specifikke brev, som efter det oplyste skulle være sendt *af* Finanstilsynet til en række virksomheder, herunder K.

Brevet indeholder altså ganske enkelt en generel orientering om ikrafttrædelsen af "lov om betalingstjenester og elektroniske penge" pr. den 1. november 2009 samt om de forpligtelser der fulgte hermed for virksomhederne.

Finanstilsynet gør i sit indlæg til klagen meget ud af forarbejderne til lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1.

Heraf fremgår bl.a., at:

"Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder".

De specifikke oplysninger i brevet relaterer sig først og fremmest ikke til K's kunder, men til K's overholdelse af lov om betalingstjenester. Men dernæst er det vigtigt at understrege, at jeg jo netop repræsenterer K's tidligere kunder, der nu er kreditorer i konkursboet. Hvis K havde handlet i overensstemmelse med lov om betalingstjenester, havde de pågældende kunder ikke lidt noget tab, og det må derfor anses for netop at være i disses interesse, at de pågældende oplysninger kommer frem.

Den eneste oplysning, der således måtte fremgå af det pågældende brev er K's adresse og evt. attesteret en specifik person i virksomheden. Oplysninger som i øvrigt både var og er fuldt offentligt kendte via CVR-registeret. Der er altså, som også anført i klagen, heller ikke tale om oplysninger, der er fortrolige i henhold til forarbejderne.

Forarbejderne angiver endvidere:

"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. [...]"

Det pågældende brev indeholder som anført alene *information* om, at lov om betalingstjenester vil træde i kraft, og at virksomhederne derfor bør være opmærksomme på, om de bliver omfattet af reglerne. Brevet er altså sendt som led i Finanstilsynets *reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed*. Der er altså ikke tale om, at Finanstilsynet påser, at K overholder lov om betalingstjenester, men alene en information om, at loven træder i kraft.

Finanstilsynet angiver på side 4 i deres indlæg, at:

"Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives".

Endnu engang skal det understreges, at der ikke søges aktindsigt i oplysninger som K har *videregivet* til Finanstilsynet, men i et brev K har *modtaget* fra Finanstilsynet. Dette hensyn er altså slet ikke til stede.

Finanstilsynet angiver da heller ikke sit indlæg, *hvad* der skulle gøre disse oplysninger fortrolige. Der er således intet, der tyder på, at de pågældende oplysninger "*ikke er beregnede til at komme til offentlighedens kendskab*". Oplysningen om, *at* en virksomhed er omfattet og forpligtet af reglerne i lov om betalingstjenester må tværtimod i høj grad anses for at være oplysninger, der er beregnede til at komme til offentlighedens kendskab, i det virksomhedens kunder ellers ikke har mulighed for at blive bekendt med de forpligtelser, der påhviler virksomheden, de handler med, herunder separation af midlerne. Havde kreditorerne været bekendte med, at K ikke handlede i overensstemmelse med lov om betalingstjenester, havde de kunnet komme problemstillingen til livs og sikre deres midler, *inden* K gik konkurs.

Med hensyn til § 354, stk. 5, er kernen i den pågældende sag, der som bekendt føres mod ledelsen i K, netop at K *burde* have haft enten en fuld eller begrænset tilladelse i henhold til lov om betalingstjenester. K *ville* således have været omfattet af § 354, stk. 5, hvis K havde handlet i overensstemmelse med lov om betalingstjenester. På den baggrund mener jeg, at betingelserne som angivet på side 5 *er* opfyldt.

Det kan dog endvidere undre, at Finanstilsynet ikke – som led i sin tilsynsvirksomhed – har opdaget og sikret, at K ikke handlede i overensstemmelse med lov om betalingstjenester. Finanstilsynet har med andre ord formentlig ikke opfyldt deres tilsynsforpligtelse, hvilket er blevet aktualiseret i forbindelse med en lang række kreditørers tab som følge af den manglende opfyldelse af reglerne i lov om betalingstjenester. Klager kan ikke vide, om dette tillige er baggrunden for, at Finanstilsynet ikke ønsker at udlevere dokumentationen.

Helt overordnet set er Finanstilsynets indlæg til klagen utrolig generisk, og der tages ingenlunde *konkret* stilling, *hvorfor* Finanstilsynet mener, at der ikke kan gives aktindsigt, herunder *hvorfor* oplysninger er omfattet af tavshedspligten, og *hvorfor* man mener brevet er omfattet af tilsynsvirksomheden. Finanstilsynet anfører ingen steder, hverken i afslaget eller i det seneste indlæg, hvilke hensyn man søger at varetage ved at give afslag på aktindsigt, og *hvem*, man søger at beskytte herved. Det bemærkes hertil, at der jo netop ikke er nogle parter at beskytte i den pågældende situation – herunder bl.a. fordi K *er* gået konkurs, men særligt fordi beskyttelsen bør være af K's kunder og nu kreditorer i relation til den manglende overholdelse af lov om betalingstjenester.

Det gøres derfor og herudover gældende, at Finanstilsynet ikke handler i overensstemmelse med god forvaltningsskik ved ikke at konkretisere, hvorfor man mener, at der ikke bør gives aktindsigt, men *alene* angiver, at det mener man ikke der skal. Der er ingen konkret vurdering af, hvilket hensyn et forbud skulle tjene.

Konklusion

På denne baggrund anser jeg fortsat begrundelsen for afslaget på aktindsigt som fejlagtig og givet på et både juridisk og faktisk forkert grundlag.

Endvidere gør jeg gældende, at både afslaget og det seneste indlæg er i strid med god forvaltningsskik som følge af den manglende konkrete vurdering.

Der er således intet hensyn, der taler imod aktindsigt, andet end eventuelt Finanstilsynets ønske om at undgå yderligere belysning af sagen, hvilket naturligvis ikke er et sagligt argument.

Jeg anmoder derfor fortsat om, at Erhvervsankenævnet omgør Finanstilsynets afslag på aktindsigt.”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 35, 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 § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, 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 ser-

viceopgaver 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. 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 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 finansiel virksomhed § 355.

...”

Klager har anmodet om aktindsigt i en skrivelse, der er afsendt af Finanstilsynet og som – i hvert fald i alt væsentligt – har karakter af en generel information om ikrafttræden af lov om betalingstjenester og i øvrigt ikke indeholder oplysninger om K.

Da der således efter det oplyste ikke er tale om fortrolige oplysninger modtaget af Finanstilsynet som led i dets tilsynsvirksomhed, ændrer ankenævnet herefter Finanstilsynets afgørelse af 4. oktober 2016, således at der meddeles aktindsigt som anmodet.

4) Kendelse af 10. december 2016 (J.nr. 2016-13026).

Klagen delvis afvist og tiltrådt at aktindsigt ikke var blevet meddelt.

Offentlighedslovens § 14, stk. 1, §§ 23-25 og § 1, stk. 1 i lov om Erhvervsankenævnet.

(Niels Walther-Rasmussen, Lone Møller og Steen Mejer)

K har ved skrivelse af 2. november 2016 med præciserende bemærkninger i skrivelse af 29. november 2016 klaget over Finanstilsynet. Klagen vedrører tilsynets sagsbehandling i forbindelse med klagers anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr. 6850-0008 samt Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i referat af møde i tilsynets bestyrelse den 14. juni 2016.

Sagens omstændigheder:

K har i skrivelse dateret den 2. november 2016 med Erhvervsankenævnet som adressat - men først modtaget i ankenævnet efter Finanstilsynets fremsendelse af tilsynets redegørelse af 23. november 2016 - anført:

”Klage over aktindsigt

Herved fremsender jeg klage over Finanstilsynets behandling af min aktindsigtsanmodning af 18. april 2016. Anmodningen vedrørte Finanstilsynets tilsyn med A's overholdelse af god skik reglerne i § 6, stk. 3 og 4, i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder i forbindelse med A's bidragsforhøjelser i årene 2012 til 2016. Denne klage er afgrænset til

sagsbehandlingen af min aktindsigt vedrørende tilsynet med de af A udmeldte bidragsforhøjelser i februar 2016. Dette tilsyn har Finanstilsynet behandlet under journal nr. nr. 6850-0008.

Jeg klager over, at Finanstilsynet var næsten et halvt år om at effektuere min anmodning om aktindsigt.

Ud over aktindsigt i Finanstilsynets j. nr. 6850-0008 anmodede jeg den 28. april 2016 om aktindsigt i Finanstilsynets behandling af min aktindsigtsanmodning i j.nr. 6850-0008. Anmodningen er fremsat i henhold til forvaltningslovens regler om partsindsigt. Denne sag har Finanstilsynets journal nr. 601-0226.

Med baggrund i denne aktindsigt klager jeg over, at Finanstilsynet ved behandling af min aktindsigts-anmodning i j.nr. 6850-0008 har taget uberettigede hensyn til As indsigelse mod min aktindsigt, hvorved jeg er blevet afskåret fra at få aktindsigt i overensstemmelse med mine rettigheder i offentlighedsloven.

Desuden klager jeg over et afslag på aktindsigt efter princippet om meroffentlighed.

Finanstilsynet meddelte mig aktindsigt i et enkelt af dokument i j.nr. 6850-0008 (akt nr. 1) den 28. april 2016, men meddelte mig samtidigt, at tilsynet ikke havde færdigbehandlet min anmodning vedr. øvrige akter som følge af, at A havde rejst tvivl om, hvorvidt der i fuldt omfang kunne meddeles aktindsigt i sagens dokumenter. Et svar kunne påregnes den 4. maj 2016. Finanstilsynet henviste til offentlighedslovens § 36. Herefter blev min aktindsigt udsat flere gange med forskellige begrundelser, som alle udsprang af As indsigelse imod min aktindsigt.

Aktindsigt i relevante dokumenter fra j.nr. 6850-0008 fik jeg i begrænset omfang den 12. september 2016, jf. tilsynets mail til mig den dato (akt nr. 42 i j.nr. 601-0226), og egentlig aktindsigt modtog jeg den 4. oktober 2016, jf. tilsynets mail med bilag til mig den 4. oktober 2016 - vedlagte bilag 2. Yderligere dokumenter modtog jeg den 14. oktober 2016, jf. bilag 9, efter at have gjort indsigelse mod mangler i aktindsigten den 4. oktober, jf. mine mails af 6. og 11. oktober 2016, bilag 7 og 8.

Aktindsigt i henhold til min anmodning af 28. april 2016 efter forvaltningslovens bestemmelser i j.nr. 601-0226 blev også udsat flere gange. Jeg fik aktindsigten den 4. oktober 2016, jf. bilag 2.

Det er først ved modtagelsen af aktindsigt den 4. oktober 2016, at jeg har fået den indsigte i sagsforløbet, der giver mig grundlag for at klage over sagsbehandlingen. Det fremgår af de modtagne informationer, at udsættelserne af min aktindsigt ikke har været behandlet i overensstemmelse med offentlighedslovens og forvaltningslovens regler og god forvaltningsskik.

1. Klage over, at Finanstilsynet har været næsen et halvt år om at effektuere mine anmodninger om aktindsigt.

1.1. Faktuelle oplysninger

Jeg henviser til vedlagt oversigt over sagernes dokumenter, som i datoorden og med henvisning til Finanstilsynets akt- og journalnumre samt uddrag af indhold, giver et overblik over sagsforløbet, jf. vedlagte bilag 1.

På tidspunktet for Finanstilsynets første besvarelse den 28. april 2016 af min aktindsigtsanmodning af 18. april indeholdt j.nr. 6850-0008 følgende dokumenter

Dato – 2016	Ang.	Akt nr.	J.nr.
2. marts	Finanstilsynets anmodning til A om en redegørelse for de varslede bidragsforhøjelser	1,2	6850 - 0008
16. marts	As redegørelse til Finanstilsynet om bidragsforhøjelserne.	3,4,5	6850 - 0008
21. marts	Referat af møde mellem Finanstilsynet og A.	11	6850 - 0008
31. marts	As supplerende redegørelse om bidragsstigningerne.	6	6850 - 0008
4. april	Finanstilsynets høringsbrev med udkast til afgørelse vedr. bidragsstigninger med påbud om yderligere begrundelse for bidragsstigningerne.	7,8,9	6850 - 0008
7. april	Finanstilsynets orientering til Forbrugerombudsmanden om udkast til påbud til A af 4. april	10	6850 - 0008
21. april	Referat af møde mellem A og Finanstilsynet om tilsynets udkast til påbud	12	6850 - 0008
25. april	As høringssvar til Finanstilsynet om tilsynets udkast til afgørelse af 4. juni med påbud om begrundelse vedr. bidragsforhøjelser	14	6850 - 0008
25. april	Brev fra B (advokatfirma) for A med bemærkninger til Finanstilsynets udkast af 4. april til påbud vedr. bidragsforhøjelser	15	6850 - 0008

I februar 2016 udsendte A varsling til sine låntagere om forhøjelse af bidragssatser, hvilket foranledigede Finanstilsynet til den 2. marts at anmode A om en redegørelse for aftalegrundlaget mv., som berettigede til at foretage forhøjelserne, og om begrundelsen for bidragsforhøjelserne, jf. akt nr. 1

og 2 i j. nr. 6850-0008. Finanstilsynet henviste til god-skik-reglerne i § 6, stk. 3 og 4 i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder.

I sin anmodning til A fremhævede Finanstilsynet, at As svar blev afgivet til brug ved Finanstilsynets tilsyn med overholdelse af § 43, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed samt bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, hvilket indebærer, at de oplysninger A afgiver ikke er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 1 og stk. 3, og at det indebærer, at oplysningerne kan undergives aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven, med de begrænsninger om kundeforhold og virksomhedens interne forhold, som er i offentlighedsloven.

A har i akt nr. 3, 4, 5, 6 og 11 i j.nr. 6850-0008 besvaret Finanstilsynets anmodning af 2. marts. Jeg henviser til akterne, der vedlægges som PDF dokumenter i filer, som jeg har modtaget fra Finanstilsynet, jf. vedlagte bilagsoversigt.

Den 4. april 2016 fremsendte Finanstilsynet at udkast til pålæg til A, ifølge hvilket A overfor nogle af sine låntagere skulle supplere sin begrundelse for bidragsforhøjelserne med oplysning om bidragsdeling med de pengeinstitutter, som formidler lån for A, jf. akt nr. 7, 8 og 9 i j.nr. 6850-0008.

Akt nr. 12, 14 og 15 i j.nr. 6850-0008 omhandler As indsigelse mod Finanstilsynets udkast til påkrav om supplerende begrundelse for bidragsforhøjelserne.

Min anmodning om aktindsigt af 18. april 2016 omfatter disse dokumenter. De indgik på tidspunktet for Finanstilsynets frist for besvarelse af min anmodning i en administrativ sagsbehandling og var udvekslet mellem Finanstilsynet og A. Desuden var Finanstilsynets udkast til påbud af 4. april 2016 sendt til Forbrugerombudsmanden den 7. april 2016, jf. akt nr. 10, j.nr. 6850-0008. Dokumenterne var således ikke interne dokumenter, jf. offentlighedslovens § 23.

Efter at være gjort bekendt med min anmodning om aktindsigt sendte A den 29. april en indsigelse mod, at jeg skulle gives aktindsigt – se akt nr. 19 i j.nr- 601-0226.

A gjorde indsigelse mod, at jeg fik aktindsigt i følgende dokumenter:

- As redegørelse til Finanstilsynet om bidragsforhøjelserne af 16. marts 2016 (akt nr. 3, 4 og 5 i j.nr. 6850-0008)
- As supplerende redegørelse om bidragsstigningerne af 31. marts 2016 (akt nr. 6 i j.nr. 6850-0008)
- Finanstilsynets høringsbrev med udkast til afgørelse vedr. bidragsstigninger med påbud om yderligere begrundelse for bidragsstigningerne af 4. april 2016 (akt nr. 7, 8 og 9 i j.nr. 6850-0008)

Øvrige dokumenter i foranstående oversigt over dokumenter i j.nr. 6850-0008 den 28. april 2016 er ikke omfattet af As indsigelse af 29. april 2016,

men Finanstilsynet har af egen drift udsat effektueringen af min aktindsigt i dokumenterne indtil den 4. oktober 2016.

Jeg har ikke fået en begrundelse.

1.2. Om sagsforløbet i hovedpunkter:

19. april 2016 – Finanstilsynet modtog min anmodning af 18. april om aktindsigt, som tilsynet bekræfter modtagelsen af den 20. april. (akt nr. 1 i j.nr. 601-0226)

25. april 2016 – Finanstilsynet sender en høringsskrivelse til A vedr. min aktindsigt. (akt nr. 3 i j.nr. 601-0226)

28. april 2016 – Finanstilsynet meddeler mig, at min aktindsigt udsættes. Begrundelse: en høring af A har rejst tvivl om, hvorvidt der i fuldt omfang kan meddeles aktindsigt i sagens korrespondance. (akt nr. 5 i j.nr. 601-0226)

29. april 2016 – A fremsender sit høringssvar med indsigelse imod, at Finanstilsynet giver mig aktindsigt i dokumenter, idet A anser dem for omfattet af undtagelsesbestemmelser i offentlighedsloven. (akt nr. 19 i j.nr. 601-0226)

4. maj 2016 – Finanstilsynet udsætter afgørelsen om min aktindsigt på grund af sagens kompleksitet til den 18. maj 2016. (akt nr. 20 i j.nr. 601-0226)

18. maj 2016 – Finanstilsynet meddeler mig, at grundet sagens kompleksitet og principielle karakter har Finanstilsynet fortsat ikke haft mulighed for at træffe afgørelse om aktindsigt i de ønskede dokumenter. Finanstilsynet afventer lovforklæningsbidrag fra Justitsministeriet til brug for afgørelse af sagen. (akt nr. 22 i j.nr. 601-0226)

30. maj 2016 – Finanstilsynet meddeler A, at tilsynet vil give mig aktindsigt i sagens dokumenter. A får en frist på to dage til at påklage beslutningen til Erhvervsankenævnet. I modsat fald vil Finanstilsynet effektuere min aktindsigt. (akt nr. 26 i j.nr. 601-0226)

2. juni 2016 – Finanstilsynet påklager Finanstilsynets beslutning om at give mig aktindsigt til Erhvervsankenævnet med kopi til Finanstilsynet. (se bilag 11)

22. juni 2016 – Finanstilsynet meddeler mig aktindsigt, og udsætter effektueringen til Erhvervsankenævnet har taget stilling til om, As klage får opsættende virkning. (akt nr. 31 i j.nr. 601-0226)

29. juli 2016 – Finanstilsynet sender sit høringssvar til Erhvervsankenævnet vedr. As klage af 2. juni 2016. Høringssvaret er i bilag 11.

30. september 2016 – Erhvervsankenævnet afsiger kendelse om, at As klage over Finanstilsynets beslutning om at meddele mig aktindsigt ikke imøde-

kommes. Klagen blev behandlet med opsættende virkning for min aktindsigt. (se bilag 11)

4. oktober 2016 – Finanstilsynet effektuerer min aktindsigt, jf. bilag 2.

1. 3 Argumentation

1.3.1. Min ret til aktindsigt

Jeg har i henhold til offentlighedslovens § 7 krav på aktindsigt i dokumenterne i j. nr. 6850-0008, dog under hensyntagen til undtagelserne i kapitel 4.

Retten til aktindsigt omfatter både igangværende og afgjorte sager. Adgangen til aktindsigt opstår fra det øjeblik, myndigheden har modtaget eller oprettet dokumentet. Det er uden betydning, om dokumentet er foreløbigt, foreligger i udkastform, om det er journaliseret, eller om dokumentet er lagt på den pågældende sag. Det er også uden betydning, hvordan dokumentet er modtaget, herunder om det er sket pr. almindelig post eller e-mail.

Undtagelser fra aktindsigt fremgår af offentlighedslovens kapitel 4. Af betydning for min aktindsigt er § 23. Ifølge bestemmelsen omfatter retten til aktindsigt ikke interne dokumenter. Som interne dokumenter anses dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående.

Ifølge § 30 omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om

1) enkeltpersoners private, herunder økonomiske, forhold og
2) tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Af § 33 fremgår, at retten til aktindsigt kan begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til

...

2) Gennemførelse af offentlig kontrol, regulerings- eller planlægningsvirksomhed eller af påtænkte foranstaltninger i henhold til skatte- og afgiftslovgivningen.

...

5) Private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

1.3.2. As indsigelse den 29. april 2016 mod min aktindsigt (akt nr. 19 i j.nr. 601-0226)

A har i sin indsigelse mod min ret til aktindsigt i dokumenter i j.nr. 6850-0008 påberåbt sig de nævnte bestemmelser i offentlighedslovens §§ 23, 30 og 33. Desuden har A påstået, at udlevering af oplysningerne vil stride mod Finanstilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynet har med henvisning til As indsigelse udsat min aktindsigt fire gange, jf. ovenstående afsnit 1.2.

As indsigelse lyder således: (akt nr. 19 i j.nr. 601-0226)

"I forlængelse af nedenstående skal jeg hermed komme med As bemærkninger til aktindsigt i sagen 6850-0008, idet jeg har noteret mig, at tilsynet allerede har givet indsigt i tilsynets oprindelige anmodning i sagen. Finanstilsynets mail af 25. april 2016 er vedhæftet en række dokumenter, og vi forstår, at det er disse dokumenter, som aktindsigten vedrører. A kan tiltræde, at Finanstilsynet undtager de sagsakter og oplysninger som er nævnt i e-mailen.

Aktindsigt i det foreliggende udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud og andre dokumenter (vil) med sikkerhed have mediemæssig interesse. Den nationale gennemslagskraft vil være betydelig og næppe afspejle, at der alene er tale om et udkast. Tværtimod tilsiger de seneste måneders mediedækning, at A vil blive "dømt" på grundlag af udkastet. Det vil have betydelige økonomisk indvirkning på A, herunder i form af kundeafgang. Det kan også indebære et pres på Finanstilsynet frem mod en endelig afgørelse. En hel eller delvis imødekommelse af As høringssvar af 25. april 2016 vil næppe give anledning til væsentlig yderligere mediedækning på et senere tidspunkt.

A har følgelig nøje gennemgået det materiale, som er vedhæftet Finanstilsynets e-mail af 25. april 2016.

Det er As opfattelse, at yderligere dokumenter og oplysninger må undtages fra aktindsigten. Det er nærmere begrundet i afsnit 1-4 nedenfor.

A anmoder om, at Finanstilsynet giver A meddelelse om afgørelsen om aktindsigt med en frist til at påklage afgørelsen, inden aktindsigten effektueres, jf. afsnit 5 nedenfor.

1. Udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud

Udkastet til meddelelse af påbud er ikke endeligt og er undtaget fra aktindsigt efter § 23 i offentlighedsloven om interne dokumenter.

En myndigheds udkast til afgørelse har utvivlsomt karakter af et internt arbejdsdokument. jf. betænkning nr. 1510/2009, side 551: (min bemærkning: rettelig side 511)

"På baggrund af de under plet. 2.1.2.1 nævnte hovedsynspunkter kan der gives følgende eksempler på interne arbejdsdokumenter: Udkast til breve til udenforstående, udkast til afgørelse af en sag og udkast til administrative forskrifter mv. må i alle tilfælde anses for interne arbejdsdokumenter, da dokumenterne vil have en foreløbig karakter, jf. FOB 2002, side 402, hvor det synes forudsat, at dokumenter, der ikke foreligger i "endelig form", vil have karakter af interne arbejdsdokumenter,"

Udkastet har ikke mistet sin karakter af internt dokument ved at blive sendt i høring.

Med den nye offentlighedslov fra 2013 blev der i § 23, stk. 2, indført en ny bestemmelse, der fastslår, hvornår et dokument mister sin interne karakter ved afgivelse til udenforstående:

"Dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter. medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde."

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår:

"Dette led i bestemmelsen er begrundet i, at et dokument ikke bør miste sin interne karakter, hvis vedkommende forvaltningsmyndighed ved afgivelsen ikke kan anses for at have givet afkald på den beskyttelse af dokumentet, der følger af stk. 1."

Det er uddybet i betænkning nr. 1510/2009, side 183:

"Det er således kommissionens opfattelse, at interne dokumenter ikke bør miste deres interne karakter i de tilfælde, hvor den afgivende myndighed ved lov er forpligtet til at afgive de pågældende dokumenter til en udenforstående, idet afgivelse i sådanne tilfælde ikke vil bero på et (frivilligt) fravalg af beskyttelsen efter lovudkastets § 23. stk. 1."

Bestemmelsen omfatter afgivelse "af retlige grunde" generelt, hvilket tillige har støtte i en udtalelse fra folketingets Ombudsmand gengivet i FOB 2014.21 (om udlevering af arbejdspladsvurderinger):

"Efter ordlyden af og forarbejderne til § 23, stk. 2, 2. led, må bestemmelsen umiddelbart antages at omfatte alle tilfælde, hvor afgivelsen sker, fordi en myndighed er forpligtet hertil som følge af f.eks. en lovbestemmelse. Hertil kommer, at de eksempler, der er nævnt i forarbejderne, ikke kan antages at være udtømmende,"

Som følge af den nye bestemmelse i § 23, stk. 2, kan praksis fra før 2013 ikke uden videre lægges til grund.

Det konkrete udkast til meddelelse af påbud er afgivet til A "af retlige grunde", idet Finanstilsynet er forpligtet til at sende udkastet til adressaten, jf. herved § 28, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1234 af 24. november 2014 om forretningsorden for bestyrelsen for Finanstilsynet:

"I sager, hvor der foretages partshørling efter forvaltningsloven, jf. stk. 1, skal udkast til afgørelse eller beslutning sendes til parten samtidig med, at afgørelsen og det øvrige sagsmateriale sendes til bestyrelsesmedlemmerne. jf. § 12, stk. 3, 1. pkt., og stk. 4. I sager omfattet af 1. pkt., hvor Finanstilsynet henholdsvis Erhvervsstyrelsen vurderer, at sagen er omfattet af lovgivningens regler om offentliggørelse, vedlægges tillige et udkast til afgørelsen eller beslutningen, som den påtænkes offentliggjort. Parten har herefter mulighed for, inden sagen behandles i bestyrelsen, at afgive høringssvar vedrørende offentliggørelsen, herunder at angive hvilke oplysninger der efter partens opfattelse eventuelt bør fjernes fra udkastet til afgørelsen inden offentliggørelse."

Bestemmelsen er en videreførelse af den lovbestemte pligt, der tidligere fremgik direkte af § 345, stk. 8, jf. lovbemærkningerne til den nugældende § 345, stk. 13:

"Med stk. 13 foreslås, at bestyrelsen fastsætter sin egen forretningsorden. Hvoraf bl.a. skal fremgå regler om mulighed for foretræde for bestyrelsen. Det vil endvidere fremgå af forretningsordenen, at i sager, hvor der skal foretages partshøring, omfatter adgangen til partshøring udkastet til rådets afgørelse i den form, afgørelsen påtænkes offentliggjort. Hensigten er at styrke retssikkerheden for de virksomheder og enkeltpersoner, som Finanstilsynets bestyrelses afgørelse vil rette sig mod, således at de kan gøre sig bekendt med Finanstilsynets vurderinger forud for bestyrelsens behandling af sagen. Der er tale om en videreførelse af den nuværende retstilstand, jf. § 345. stk. 7, (rettelig stk. 8) i lov om finansiel virksomhed."

Som det fremgår, er udkastet afgivet til A som følge af en retlig - lovbestemt - pligt og derfor omfattet af § 23, stk. 2, 2. led, jf. ordlyden af bestemmelsen og Ombudsmandens udtalelse i FOB 2014.21 citeret ovenfor.

Dette understøttes af, at formålet med fremsendelse af udkastet er at styrke As retssikkerhed tillige med rigtigheden af Finanstilsynets afgørelse.

Det vil stemme meget dårligt med disse retssikkerhedshensyn, såfremt der meddeles aktindsigt i udkastet, forinden endelig afgørelse er truffet.

Et sådant skridt ville ikke blot være upåkrævet efter offentlighedslovens, jf. § 23, men tillige efter As opfattelse i strid med Finanstilsynets almindelige tavshedspligt.

2. As hørings svar af 25. april 2016

Ganske som Finanstilsynets udkast til meddelelse af påbud er As hørings svar af 25. april undtaget fra aktindsigt.

Aktindsigt i hørings svaret vil indirekte give oplysninger om indholdet af udkast til meddelelse af påbud, hvilket ville være vanskeligt foreneligt med § 23, stk. 2, 2. led, i offentlighedsloven og retssikkerhedshensynene bag afgivelsen af udkastet til A, jf. afsnit 1 ovenfor.

Hjemmel for undtagelse af hørings svaret fra aktindsigt findes både i offentlighedslovens § 33, nr. 2, om hensynet til offentlig kontrol eller reguleringsvirksomhed mv. og i § 33, nr. 5, om private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

3. As supplerende redegørelse af 31. marts 2016

As supplerende redegørelse af 31. marts 2016 blev afgivet i forlængelse af møde den 21. marts 2016.

Mødet havde efterladt A med det indtryk, at Finanstilsynet påtænkte et påbud svarende til udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud, og den supplerende redegørelse blev udarbejdet på det grundlag.

Den supplerende redegørelse bør undtages af samme grunde som nævnt i afsnit 2.

4. Oplysninger i andre dokumenter

I forhold til As redegørelse af 16 marts 2016 har Finanstilsynet undtaget bilag 6 i sin helhed fra aktindsigt i overensstemmelse med offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Bilag 6 indgik i en af filerne vedhæftet Finanstilsynets mail af 25. april 2016, men skal følgelig ikke indgå i aktindsigten.

Tilsvarende bør de tre første afsnit på side 8 i redegørelsen ligeledes undtages. Afsnittene angår således konkret bilag 6.

Til støtte herfor henvises til både §§ 30, nr. 2, og § 33, nr. 5, i offentlighedsloven sammenholdt med betragtninger gengivet indledningsvis i dette brev. Samme grunde gør sig i øvrigt også gældende som et supplement i forhold til dokumenterne nævnt i afsnit 1-3 ovenfor.

5. Sagens videre behandling

Såfremt Finanstilsynet meddeler aktindsigt i dokumenter eller oplysninger, som ovenfor er anmodet undtaget fra aktindsigt, beder A om meddelelse herom med en frist på mindst tre arbejdsdage til at påklage afgørelsen, forinden aktindsigten effektueres.

I tilfælde af en klage vil A anmode om, at klagen tillægges opsættende virkning således, at aktindsigten for så vidt angår de pågældende dokumenter og oplysninger ikke effektueres, førend klagen er behandlet.

I modsat fald ville formålet med en klage fortabes, ligesom der som nævnt kan være tale om iagttagelse af tavshedspligt.

Vi står til rådighed, hvis der er spørgsmål eller bemærkninger til ovenstående, ligesom vi gerne deltager i et møde til drøftelse af vores synspunkter.”

Jeg gør gældende, at As argumenter er indlysende i strid med indhold og praksis vedr. de påberåbte lovbestemmelser (§§23 og 33). Dokumenterne er ikke interne dokumenter i henhold til offentlighedslovens § 23. Det fremgår direkte af loven, at de mister deres status som interne, når de er afgivet til udenforstående. Jeg henviser desuden til Offentlighedskommissionens betænkning 1510/2009 kapital 16, afsnit 2, side 507 ff., hvor kommissionen redegør for afgrænsningen af interne dokumenter.

A har bl.a. anført i klagen:

En myndigheds udkast til afgørelse har utvivlsomt karakter af et internt arbejdsdokument. jf. betænkning nr. 1510/2009, side 551: (rettelig side 511) "På baggrund af de under plet. 2.1.2.1 nævnte hovedsynspunkter kan der gives følgende eksempler på interne arbejdsdokumenter: Udkast til breve til udenforstående, udkast til afgørelse af en sag og udkast til administrative forskrifter mv. må i alle tilfælde anses for interne arbejdsdokumenter, da dokumenterne vil have en foreløbig karakter, jf. FOB 2002, side 402, hvor det synes forudsat, at dokumenter, der ikke foreligger i "endelig form", vil have karakter af interne arbejdsdokumenter."

As henvisning er taget ud af en sammenhæng. Den skal læses sammen med de to linjer umiddelbart før citatet:

”Bestemmelsen i § 7 omfatter grundlæggende de dokumenter, som en myndighed udarbejder selv, og som ikke efterfølgende af myndigheden er blevet afgivet til en udenforstående privat eller myndighed.”

Jeg henviser i øvrigt til Offentlighedskommissionens bemærkninger på side 570 i bet. 1510/2009 om forslag til gældende offentlighedslovs § 23:

”At interne dokumenter, der afgives til udenforstående, efter gældende ret som hovedregel mister deres interne karakter, må efter kommissionens opfattelse bygge på en opfattelse af, at den afgivende myndighed ved at sende et dokument til udenforstående, vælger at opgive retten til at beskytte sine interne dokumenter.

Den nævnte retsvirkning med hensyn til afgivelse af et internt dokument udgør en betydningsfuld begrænsning i anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 7, og derfor bør en ny offentlighedslov efter kommissionens opfattelse indeholde en bestemmelse, der fastlægger, at et internt dokument som udgangspunkt mister sin interne karakter, hvis det afgives til en udenforstående, jf. således lovudkastets § 23, stk. 2.”

Alene af ordlyden i § 23, stk. 2, kan det umiddelbart udledes, at en brevveksling mellem Finanstilsynet og A ikke kan anses for Finanstilsynets interne dokumenter.

Med hensyn til Finanstilsynets påberåbelse af undtagelsesbestemmelser i offentlighedslovens § 33 og påstand om Finanstilsynets tavshedspligt henviser jeg, til det efterfølgende afsnit om Finanstilsynets bemærkninger til As indsigelser.

Jeg gør gældende, at As indsigelse den 29. april 2016 ikke i sin juridiske argumentation kunne begrunde en udsættelse af min aktindsigt, og at Finanstilsynet ikke kunne være i tvivl om det.

1.3.3. Finanstilsynets vurdering af As indsigelser

Til brug ved Erhvervsankenævnets behandling af As klage af 2. juni 2016 afgav Finanstilsynet den 29. juli 2016 høringssvar vedr. klagen. Se i bilag i 11.

For Erhvervsankenævnet gentog A de samme påstande som i den ovenfor citerede indsigelse af 29. april 2016. Finanstilsynets høringssvar af 29. juli 2016 er således også dækkende for Finanstilsynets opfattelse af As indsigelse mod min aktindsigt den 29. april 2016. Finanstilsynet imødegik alle As påstande:

”Denne sag vedrører As klage af 2. juni 2016 over Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om at meddele aktindsigt i dokumenter i Finanstilsynets

sag med j.nr. 6850-0008.

1. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 19. april 2016 modtog Finanstilsynet en anmodning om aktindsigt fra tredjemand I dokumenter, der er udvekslet mellem Finanstilsynet og selskaberne C (herunder Foreningen C) og A vedrørende bidragssatser siden 2012.

På baggrund af anmodningen identificerede Finanstilsynet tre sager, som omfattedes af anmodningen om aktindsigt. Det gjaldt sagerne j.nr. 6076-0052 og j.nr. 6076-0102 samt den på daværende tidspunkt verserende sag j.nr. 6850-0008, som omhandler Finanstilsynets undersøgelse af den stigning i bidragssatser, som A havde varslet i foråret 2016.

Med henblik på at sikre, at der ikke blev givet aktindsigt i oplysninger, som eventuelt var berettiget til at blive undtaget efter reglerne i lov om offentlighed i forvaltningen, anmodede tilsynet den 25. april 2016 (med frist til den 27. april 2016) om As eventuelle bemærkninger til udleveringen af dokumenter i disse sager.

Finanstilsynet meddelte den 28. april 2016 borgeren aktindsigt i henhold til offentlighedslovens § 7 i sagerne j.nr. 6076-0052 og j.nr. 6076-0102 samt i Finanstilsynets anmodning om redegørelse i sagen j.nr. 6850-0008.

Finanstilsynet meddelte ikke aktindsigt i øvrige dokumenter i sagen j.nr. 6850-0008, da A efter modtagelsen af Finanstilsynets anmodning af 25. april 2016 havde gjort indsigelse herom, og tilsynet derfor havde udsat fristen til den 29. april 2016 til at afgive nærmere bemærkninger for så vidt angik udlevering af disse dokumenter.

Den 29. april 2016 modtog Finanstilsynet As indsigelse og begrundelse for at undtage de pågældende dokumenter fra aktindsigt.

Ved e-mail af 30. maj 2016 meddelte Finanstilsynet A, at der efter tilsynets vurdering ikke forelå grundlag for at undtage sagens dokumenter fra aktindsigt, og at tilsynet derfor agtede at meddele aktindsigt i de omstridte dokumenter.

A havde i forbindelse med sagens behandling forbeholdt sig ret til at påklage Finanstilsynets afgørelse i aktindsigtssagen til Erhvervsankenævnet og i den forbindelse begære klagen tillagt opsættende virkning.

A indgav den 2. juni 2016 klage til Erhvervsankenævnet over Finanstilsynets afgørelse om at meddele aktindsigt, og tilsynet har derfor endnu ikke udleveret sagens dokumenter til den aktindsigtssøgende. Det bemærkes i den forbindelse, at Erhvervsankenævnet efterfølgende har tillagt klagen opsættende virkning.

Klagen vedrører Finanstilsynet afgørelse om at udlevere følgende dokumenter, som tidligere er fremsendt til Erhvervsankenævnet:

- *Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud*
- *As hørings svar af 25. april 2016*
- *As supplerende redegørelse af 31. marts 2016*

Finanstilsynet er fortsat af den opfattelse, at de pågældende dokumenter ikke kan undtages fra udlevering til aktindsigt.

2. Det retlige grundlag

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 7, stk. 1 og 2:

"Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m. v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og*
- 2) indførelse i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter."*

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 23:

"Retten til aktindsigt omfatter ikke interne dokumenter. Som interne dokumenter anses dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående,

- 1) dokumenter, der efter § 24, stk. 1, udveksles på et tidspunkt, hvor der er konkret grund til at antage, at en minister har eller vil få behov for embedsværkets rådgivning og bistand, og*
- 2) dokumenter, der efter § 25 udveksles i forbindelse med økonomiske eller politiske forhandlinger eller i forbindelse med drøftelser om fælles kommunale og regionale politiske initiativer.*
- 3) Stk. 2. Dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.*

Stk. 3. Økonomi- og indenrigsministeren kan efter forhandling med KL og Danske Regioner fastsætte regler om, i hvilket omfang interne dokumenter i kommunernes eller regionernes besiddelse skal være omfattet af retten til aktindsigt, når de foreligger i endelig form."

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 33:

"Retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til:

- 1) Forebyggelse, efterforskning og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyrdelse og lign. og beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning.*
- 2) Gennemførelse af offentlig kontrol, regulerings- eller planlægningsvirksomhed eller af påtænkte foranstaltninger i henhold til skatte- og afgiftslovgivningen.*
- 3) Det offentlige økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentlige forretningsvirksomhed.*
- 4) Forskeres og kunstneres originale ideer samt foreløbige forskningsresultater og manuskripter.*
- 5) Private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet."*

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, jf. offentlighedslovens § 35.

Det følger af § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

I henhold til § 354, stk. 3, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed finder Finanstilsynets skærpede tavshedspligt imidlertid ikke anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og regler udstedt i medfør heraf.

3. Finanstilsynets vurdering

Det er Finanstilsynets vurdering, at tilsynet i medfør af § 7 i offentlighedsloven har pligt til at meddele aktindsigt i de tre dokumenter, der i henhold til As klage af 2. juni 2016 begæres undtaget fra aktindsigt.

Som ovenfor anført, er oplysningerne i sagen j.nr. 6850-0008 ikke omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 3, nr. 1, da sagen vedrører tilsynet med reglerne om god skik. Oplysninger og dokumenter i sagen kan derfor alene undtages fra aktindsigt i medfør af de undtagelsesbestemmelser, der i øvrigt følger af offentlighedsloven.

Finanstilsynet finder ikke, at offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser berettiger tilsynet til at undtage de tre dokumenter fra aktindsigt. Der er nærmere redegjort herfor nedenfor.

3.1 Udkast af 4. april/2016 til afgørelse om påbud

For så vidt angår Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud skal det anføres, at udgangspunktet, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 2, er, at et dokument mister sin interne karakter, såfremt dokumentet afgives til udenforstående.

Således fremgår det også af lovbemærkningerne til bestemmelsen:

"Bestemmelsen; stk. 2. der er ny, bestemmer, at interne dokumenter, der afgives til udenforstående, som hovedregel mister deres interne karakter. Baggrunden for bestemmelsen er, at den myndighed, der har afgivet et dokument til en udenforstående, må anses for at have opgivet retten til at beskytte det pågældende interne dokument."

Udkastet af 4. april 2016 til afgørelse om påbud blev af Finanstilsynet sendt i høring hos A den 4. april 2016 samt sendt i høring hos Forbrugerombudsmanden den 7. april 2016. Dokumentet har derfor ved begge lejligheder mistet sin interne karakter, da Finanstilsynet i forbindelse med høringerne har opgivet retten til at beskytte det pågældende dokument.

Det bemærkes i øvrigt, at dokumentet har mistet sin interne karakter, uanset

at afgivelsen er sket som et sagsforberedende skridt, inden der blev truffet endelig afgørelse i sagen. Således vil en afgivelse af et foreløbigt udkast fra en myndighed til en anden medføre, at dokumentet mister sin interne karakter. Der henvises i den forbindelse til side 516 i betænkning nr.1510/2009, hvoraf fremgår:

"På denne baggrund vil interne dokumenter, der afgives af en myndighed til en anden selvstændig forvaltningsmyndighed, herunder eventuelt en overordnet rekursmyndighed, miste deres interne karakter. Dette gælder uanset, om afgivelsen sker som led i behandlingen af en sag, f.eks. ved at en myndighed afgiver dokumenterne i forbindelse med en høring af en anden myndighed."

Af § 23, stk. 2, 2. led, følger dog en undtagelse for så vidt angår de tilfælde, hvor afgivelsen af dokumentet f.eks. sker af retlige grunde.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at der ikke her foreligger sådanne retlige grunde. Det bemærkes i den forbindelse, at udkastet af 4. april 2016 til afgørelse om påbud ikke er afgivet til høring i medfør af en lovbestemt pligt for Finanstilsynet.

Det kan i den forbindelse oplyses, at § 28, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1234 af 24. november 2014 om forretningsorden for bestyrelse for Finanstilsynet ikke omhandler det sagsskridt, hvorved udkastet af 4. april 2016 blev sendt i høring hos A. § 28, stk. 2, omhandler det senere sagsskridt, hvorved udkast til afgørelse sendes til parten samtidig med, at afgørelsen og det øvrige sagsmateriale sendes til medlemmerne af Finanstilsynets bestyrelse. I nærværende sag skete dette den 7. juni 2016.

Finanstilsynet finder i øvrigt, at udkastet til afgørelse om påbud ikke kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 2, som nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til gennemførelsen af offentlig kontrol og reguleringsvirksomhed m.v. Der er ikke tale om, at meddelelse af aktindsigt i det pågældende udkast til afgørelse vil medføre, at den offentlige foranstaltning ikke vil kunne gennemføres efter sit formål.

Finanstilsynet vurderer endvidere, at udkastet til afgørelse om påbud ej heller kan undtages fra aktindsigt i medfør § 33, nr. 5, i offentlighedsloven, følge hvilken retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

Finanstilsynet finder således ikke, at oplysningen om, at Finanstilsynet i forbindelse med behandlingen af sagen j.nr. 6850-0008 påtænkte at meddele et påbud til A, er af en sådan karakter, at den omfattes af det meget snævre anvendelsesområde, der gælder for undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 5.

3.2 As høringssvar af 25. april/2016

I forhold til As høringssvar af 25. april 2016 finder Finanstilsynet, at der ikke foreligger omstændigheder, som kan medføre, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser.

Finanstilsynet finder således ikke, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt I medfør § 33, nr. 2, eller § 33, nr. 5, i offentlighedsloven. Der henvises til den anførte begrundelse ovenfor i punkt 3.1.

3.3 As supplerende redegørelse af 31. marts 2016

Heller ikke for så vidt angår As supplerende redegørelse af 31. marts 2016 vurderer Finanstilsynet, at der foreligger omstændigheder, som kan undtage dokumentet fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser.

Finanstilsynet finder således ikke, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt i medfør § 33, nr. 2, eller § 33, nr. 5, i offentlighedsloven. Der henvises til den anførte begrundelse ovenfor i punkt 3.1.

4. Begrundelse af afgørelsen af 30. maj 2016

A anfører i sin klage, at Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 ikke opfylder forvaltningslovens krav til begrundelse, jf. forvaltningslovens §§ 22 og 24, og at der herved er tale om en væsentlig sagsbehandlingsfejl, der må føre til afgørelsens ophævelse.

Finanstilsynet kan tilslutte sig, at begrundelsen i afgørelsen af 30. maj 2016 ikke er ganske fyldestgørende.

Finanstilsynet finder imidlertid, at begrundelsen kun på mindre væsentlige punkter er utilstrækkelig eller ikke fuldt ud opfylder betingelserne i forvaltningslovens § 24, og at dette ikke bør medføre, at afgørelsen underkendes som ugyldig.

Det bemærkes i den forbindelse, at den fuldstændige begrundelse for afgørelsen af 30. maj 2016 er tilsvarende den i nærværende brev anførte begrundelse.

5. Konklusion Det er Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet i medfør af § 7 i offentlighedsloven har pligt til at meddele aktindsigt i de tre dokumenter, der i henhold til As klage af 2. juni 2016 begæres undtaget fra aktindsigt.

Finanstilsynet finder ikke, at der foreligger omstændigheder eller forhold, som medfører, at dokumenterne kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser eller bestemmelser i anden lovgivning.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 30. maj 2016 om at imødekomme den modtagne aktindsigtsbegæring og meddele aktindsigt i de pågældende dokumenter.”

Jeg konstaterer, at Finanstilsynet ikke er i tvivl om, at der ikke er noget grundlag for As klage over min ret til aktindsigt i de pågældende dokumenter. Den overbevisning havde Finanstilsynet den 29. juli, da tilsynet skrev sit høringssvar. Finanstilsynet havde samme overbevisning den 30. maj, jf. tilsynets begrundelse for sin afgørelse den 30. maj. Der er mellem den 29. april, 30. maj og 29. juli ikke tilført sagen nye faktuelle omstændigheder eller argumenter. Jeg hævder, at Finanstilsynet havde samme overbevisning

om min ret til aktindsigt i umiddelbar forlængelse af modtagelsen af As indsigelse den 29. april 2016, som tilsynet havde den 30. maj og den 29. juli.

Det modsatte er utænkeligt i betragtning af indholdet af As indsigelse.

1.3.4. Finanstilsynets første vurdering af min aktindsigt

Jeg gør gældende, at mit retskrav på at få aktindsigt i dokumenterne - alene begrænset af offentlighedslovens § 30 - er så indlysende juridisk ukomplikeret, at Finanstilsynet ikke på noget tidspunkt i sagsbehandlingen af min aktindsigt har været i tvivl om, at jeg havde krav på aktindsigt i dokumenterne.

Det fremgår da også, at Finanstilsynet i umiddelbar forlængelse af min aktindsigtsanmodning den 18. april 2016 agtede at give mig aktindsigt. Jeg henviser til akt nr. 3 i j.nr. 601-0226. Det fremgår heraf, at Finanstilsynet den 25. april 2016 meddelte A, at tilsynet agtede at give mig aktindsigt i dokumenter i j.nr. 6850-0008:

Finanstilsynets mail den 25. april 2016 til A:

"Finanstilsynet har modtaget en begæring om aktindsigt i tilsynets sager med j.nr. 6850-0008 (og ...), der vedrører forhøjelser af bidragssatser i A. Da Finanstilsynet i disse sager har anmodet om oplysninger til brug for tilsynet med overholdelse af bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, er de fra A modtagne redegørelser ikke omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 1 og 3. Det indebærer, at det materiale, som A har indsendt til Finanstilsynet i disse sager, i udgangspunktet er underlagt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Finanstilsynet kan oplyse, at tilsynet agter, at give aktindsigt i vedlagte redegørelser og bilag modtaget fra A i henhold til § 7, stk. 1 i lov om offentlighed i forvaltningen (lov nr. 606 af 12. juni 2013). Finanstilsynet skal dog bemærke, at tilsynet på baggrund af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, stk. 2, har undtaget visse af sagens akter, samt dele af sagens oplysninger jr. Offentlighedslovens § 30, stk. 2.

*I sagen j.nr. 6850-0008 undtages i sin helhed bilag 6 (samarbejdsaftale) samt visse oplysninger om samarbejdsaftalen i redegørelse af 16. marts 2016. Endvidere undtages visse oplysninger om samarbejdsaftalen fra Finanstilsynets udkast til påbud af 4. april 2016.
(... udeladt vedrører ikke j.nr. 6850-0008)*

Med henblik på at sikre, at der ikke gives oplysninger, som er berettiget til at blive undtaget efter reglerne i offentlighedsloven skal tilsynet anmode om As eventuelle bemærkninger senest onsdag den 27. april 2016.

Eventuelle forslag til undtagelser fra aktindsigt skal være begrundet i offentlighedslovens undtagelser til retten til aktindsigt i kapitel 4.”

Til mailen var vedhæftet:

”6850-008 – Redegørelse + bilag 1-2.PDF; 6850-0008- bilag 3-5.PDF; 6850-0008Supplerende redegørelse.PDF; 6850-0008 – Udkast til påbud sendt i høring 4. april 2016 ... ”

Det drejer sig om følgende dokumenter

Dato - 2016	Ang.	Akt nr.	J.nr.
16. marts	As redegørelse til Finanstilsynet om bidragsforhøjelserne.	3,4,5	6850-0008
31. marts	As supplerende redegørelse om bidragsstigningerne.	6	6850-0008
4. april	Finanstilsynets høringsbrev med udkast til afgørelse vedr. bidragsstigninger med påbud om yderligere begrundelse for bidragsstigningerne.	7,8,9	6850-0008

De øvrige dokumenter, der forelå i Finanstilsynets j.nr. 6850-0008, og som ikke er omfattet af As indsigelse den 29. april 2016, har Finanstilsynet også udskudt min aktindsigt i.

Som der fremgår af Finanstilsynets mail var det allerede den 25. april 2016 tilsynets opfattelse, at dokumenterne skulle udleveres til mig, med undtagelse af dokumenter og oplysninger omfattet af offentlighedslovens § 30, stk. 2. Desuden fremgår det, at udlevering af dokumenterne ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

Jeg påpeger overensstemmelsen med Finanstilsynet opfattelse af min ret til aktindsigt i tilsynets høringssvar til Erhvervsankenævnet den 29. juli 2016 vedrørende As klage af 2. juni 2016, jf. foranstående afsnit 1.3.3.

Finanstilsynet giver her udtryk for, at tilsynets høringssvar den 29. juli er identisk med tilsynets begrundelse den 30. maj for at imødekomme min aktindsigt. Finanstilsynet havde umiddelbart efter modtagelsen af As indsigel-

se den 29. april 2016 samme grundlag som den 30. maj 2016 for at afvise As påstande og statuere, at det var ” ... *Finanstilsynets vurdering, at tilsynet i medfør af § 7 i offentlighedsloven har pligt til at meddele aktindsigt i de tre dokumenter....*”

Jeg gør gældende, at Finanstilsynet ved modtagelsen af As indsigelse den 29. april 2016 havde pligt til, jf. forvaltningsloven, at forholde sig til, om As indsigelse i sin substans og juridiske argumentation, kunne begrunde udsættelse af min aktindsigt. Jeg henviser til afsnit 1.3.5.

Jeg påstår, at Finanstilsynet skulle give mig aktindsigt umiddelbart efter modtagelsen af As indsigelse, idet hele det juridiske grundlag for at afgøre, om min ret til aktindsigt forelå efter modtagelsen af As indsigelse - herunder at As indsigelse ikke kunne begrunde en udsættelse eller undladelse af at give mig aktindsigt.

1.3.5. Frist for behandling af min aktindsigtsanmodning og manglende høring:

Jeg finder det helt utilstedeligt, at sagsbehandlingstiden fra min afsendelse af aktindsigtsanmodning til dens effektivering blev næsten et halvt år.

Det fremgår af offentlighedslovens § 36, stk. 2, 2. pkt., at en anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles inden 7 arbejdsdage efter modtagelsen, medmindre dette på grund af f.eks. sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvis ikke er muligt.

Jeg fremsatte min anmodning om aktindsigt den 18. april 2016. Finanstilsynet modtog anmodningen dagen efter og skulle give således give mig aktindsigt senest den 28. april. Finanstilsynet udsatte den 28. april min aktindsigt med denne begrundelse:

”For så vidt angår Finanstilsynets sag med journalnummer 6850-0008, skal Finanstilsynet oplyse, at tilsynet ikke har færdighandlet din anmodning om aktindsigt indenfor offentlighedslovens frist på 7 arbejdsdage jf. § 36. Dette skyldes, at Finanstilsynet i overensstemmelse med bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed har gennemført en høring af A, som har rejst tvivl om, hvorvidt der i fuldt omfang kan meddeles aktindsigt i sagens korrespondance.”

Finanstilsynet har ikke ”gennemført en høring af A”, idet As høringsvar om min aktindsigt er modtaget i Finanstilsynet den 29. april. Den ”*rejste tvivl*” må således bero på faktorer, som ikke er refereret i j.nr. 6850-0008.

Jeg gør gældende, at dette er i strid med god forvaltningsskik, og formentlig offentlighedslovens § 13.

Heller ikke den næste udsættelse lever op til forvaltningslovens sagsbehandlingsregler.

Den 4. maj udsatte Finanstilsynet igen effektiveringen af min aktindsigt med denne begrundelse:

”I forlængelse af min mail af 28. april 2016 skal jeg oplyse, at tilsynet på grund af sagens kompleksitet ikke vil have mulighed for at træffe afgørelse om, hvorvidt der kan gives aktindsigt i samtlige dokumenter i jnr. 6850-0008 indenfor den frist, der var angivet i mailen af 28. april 2016. Finanstilsynet forventer at kunne afslutte behandlingen inden d. 18. maj, med mindre A forinden tilkendegiver, at de agter at påklage den påtænkte afgørelse.”

Jeg gør gældende, at Finanstilsynet skulle have effektueret min aktindsigt på dette tidspunkt, hvor tilsynet havde modtaget As indsigelse af 29. april 2016, som ikke kunne skabe tvivl hos Finanstilsynet om min ret til aktindsigt i de pågældende dokumenter.

Jeg gør gældende, at Finanstilsynet skulle have tilsendt mig As indsigelse til høring, jf. forvaltningslovens § 19.

Jeg henviser herom til Offentlighedskommissionens betænkning 1510/2009, side 803. Det fremgår heraf,

”... at det er det almindeligt antaget, at den, der søger aktindsigt i en sag eller et dokument, er part i den pågældende sag om aktindsigt. Dette – sammenholdt med, at aktindsigtsafgørelser betragtes som afgørelser i forvaltningslovens forstand – indebærer, at forvaltningslovens sagsbehandlingsregler skal iagttages ved behandlingen af anmodninger om aktindsigt. Det vil navnlig være forvaltningslovens § 19 om partshøring, § 24 om begrundelse og § 25 om klagevejledning, der har betydning.

Det anførte indebærer, at såfremt en forvaltningsmyndighed i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt, indhenter en udtalelse fra den, oplysningerne angår, skal myndigheden efter de nærmere regler herom i forvaltningslovens § 19 høre den aktindsigtssøgende, hvis udtalelsen taler imod en imødekommelse af anmodningen og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse.”

1.3.6. Om begrundelserne for at udsætte min aktindsigt:

Udsættelse nr. 1 den 28. april 2016 er begrundet med, at A har rejst tvivl om min ret til aktindsigt.

Udsættelse nr. 2 den 4. maj er begrundet med sagens omfang og kompleksitet.

Udsættelse nr. 3 den 18. maj er begrundet med, at sagen var principiell, og at Finanstilsynet afventer lovfortolkningsbidrag fra Justitsministeriet.

Udsættelse nr. 4 den 22. juni 2016 er begrundet i As klage til Erhvervsankenævnet den 2. juni 2016.

Vedr. udsættelse nr. 1 og 2

Finanstilsynet har den 4. maj 2016 henvist til sagens kompleksitet og omfang som begrundelse for at udsætte min aktindsigt for anden gang.

Offentlighedslovens § 36, stk. 2, 2. pkt. lyder således: "En anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles inden 7 dage efter modtagelsen, medmindre dette på grund af f.eks. sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvis ikke er muligt."

Sagens omfang og kompleksitet kan - undtagelsesvis – begrunde en forlængelse af sagsbehandlingstiden.

Med udtrykket sagens omfang sigtes først og fremmest til (1) antallet af dokumenter, der er omfattet af den enkelte anmodning om aktindsigt. Med udtrykket sagens kompleksitet sigtes der dels til (2) de juridiske spørgsmål, som en aktindsigtsanmodning kan rejse dels til, om en anden myndighed eller (3) en virksomhed skal høres om aktindsigtsanmodningen.

Jeg vil ikke afvise, at Finanstilsynet – med en fyldestgørende begrundelse - kunne udsætte effektueringen af min aktindsigt den 28. april for at afvente høring af A, men jeg gør gældende, at Finanstilsynet skulle tage konkret stilling til min aktindsigtsanmodning den 4. maj 2016, hvor A var blevet hørt i sagen, jf. betingelse nr. 2.

Angående sagens fysiske omfang den 4. maj 2016 henviser jeg til foranstående oversigt over dokumenter, der var registreret i journalen 6850-0008 pr. denne dato. De kunne med et meget begrænset resurseforbrug være mailet til mig som PDF filer, som det skete den 4. oktober 2016. Der forelå således ikke et fysisk sagsomfang, der kunne begrunde en udsættelse (betingelse 1).

Da høring af A var gennemført ved modtagelse i Finanstilsynet den 29. april 2016, kunne min aktindsigt ikke udsættes for at afvente As høringssvar (betingelse 3).

Med hensyn til sagens juridiske kompleksitet gør jeg gældende, at dokumenterne i j.nr. 6850-0008, som er listet op i foranstående oversigt, er udarbejdet som led i en administrativ sagsbehandling og omfattet af aktindsigten i offentlighedslovens § 7. Dokumenterne har Finanstilsynet dels sendt til A dels modtaget fra A eller As repræsentanter. "Påbudsudkastet" af 4. april 2016 var desuden sendt til Forbrugerombudsmanden. Dokumenterne er ikke omfattet af undtagelsesbestemmelser i lovens §§ 19 -35, bortset fra undtagelser efter § 30.

Jeg henviser i øvrigt til Finanstilsynets høringsskrivelse af 29. juli 2016, som på fortræffelig vis tilbageviser enhver tvivl om min ret til aktindsigt, herunder de af A fremførte synspunkter.

Den 4. maj kunne Finanstilsynet ikke være i tvivl om, at As høringssvar, ikke kunne danne grundlag for at afvise eller udsætte min aktindsigt.

Vedr. udsættelse nr. 3

Udsættelsen den 18. maj er begrundet med, at sagen var principiel, og at Finanstilsynet afventer lovfortolkningsbidrag fra Justitsministeriet.

Jeg vil udførligt kommentere Finanstilsynets begrundelse i klagens afsnit 2, jf. nedenfor.

Vedr. udsættelse nr. 4:

Finanstilsynet meddelte den 30. maj 2016 A, at tilsynet ville imødekomme min aktindsigts-anmodning. Samtidigt tilkendegav Finanstilsynet, at As eventuelle klage herover ville medføre, at min aktindsigt ikke ville blive effektueret.

Offentlighedskommissionen har på side 801 i bet. 1510/2009 anført:

*”Det er almindeligt antaget, at det kun er den, der søger aktindsigt i en sag eller et dokument, der er part i den pågældende sag om aktindsigt. **Derimod er den fysiske eller juridiske person, som oplysningerne i aktindsigtssagen angår, ikke part i denne sag, jf. Vogter, side 42 f. (min fremhævning)***

Den, som oplysningerne i en sag angår, har derfor ikke krav på efter forvaltningsloven at blive hørt, før der træffes afgørelse om aktindsigt, og den pågældende har ikke krav på begrundelse i tilfælde, hvor begæringen om aktindsigt imødekommes, jf. L.A. 1988-543-9, der er omtalt i Vogter, side 42 f., samt forarbejderne til lov nr. 276 af 13. maj 1998, hvorved man indførte bl.a. § 16, stk. 3, jf.

Folketingstidende 1997-98, tillæg A, sp. 890, og tillæg B, sp. 75. Det følger af det anførte, at der i almindelighed ikke skal foretages underretning eller i øvrigt ske inddragelse af den, oplysningerne angår i forbindelse med, at forvaltningsmyndighederne modtager en begæring om aktindsigt, eller når der er truffet afgørelse om aktindsigt. Der kan dog i særlige tilfælde gælde et krav om, at forvaltningsmyndigheden inddrager den pågældende i forbindelse behandlingen af aktindsigtssagen.”

Jeg efterlyser et retsgrundlag for høringerne af A den 25. april 2016 og den 30. maj 2016 om min ret til aktindsigt, idet ”Det følger af det anførte, at der i almindelighed ikke skal foretages underretning eller i øvrigt ske inddragelse af den, oplysningerne angår i forbindelse med, at forvaltningsmyndighederne modtager en begæring om aktindsigt, eller når der er truffet afgørelse om aktindsigt.” Med hvilken adkomst, kan A påklage Finanstilsynets afgørelse til Erhvervsankenævnet? Og på hvilken ret skal As indsigelser imødekommes med udsættelser af min aktindsigt?

Jeg hævder jeg, at A ikke har haft partsstatus i min aktindsigtsanmodning. Jeg finder, at fraværet af partsstatus tilsiger, at As klage ikke kunne have som konsekvens, at min aktindsigt blev udsat. Jeg henviser til foranstående citat.

Jeg bad 11. oktober 2016 Finanstilsynet om, at

”... oplyse med hvilken begrundelse og lovhjemmel Finanstilsynet gav As indsigelse imod min aktindsigtsbegæring opsættende virkning, så jeg ikke var berettiget til aktindsigt i de dokumenter, der forelå på tidspunktet for tilsynets behandling af min første aktindsigtsanmodning den 28. april 2016 i sagen j.nr. 6850-0008.”

Se vedlagte bilag nr. bilag 8.

Finanstilsynet besvarede ikke min anmodning, jf. bilag nr. 9.

1.4. Konklusion:

Sammenfattende gør jeg gældende, at Finanstilsynet skulle have effektueret min aktindsigt umiddelbart efter at have modtaget As indsigelse mod min aktindsigt den 29. april, hvor min ret til aktindsigt var indlysende, og det var ligeså indlysende, at As indsigelse ikke kunne imødekommes.

2. Klage over, at Finanstilsynet ved behandling af min aktindsigtsanmodning i j.nr. 6850-0008 har taget uberettigede hensyn til As indsigelse mod min aktindsigt, hvorved jeg er blevet afskåret fra at få aktindsigt i overensstemmelse med mine rettigheder i offentlighedsloven.

Forud for modtagelsen af akterne i j.nr. 6850-0008 den 4. oktober 2016 har jeg været holdt i total uvidenhed om sagens substans, dvs. korrespondancen mellem Finanstilsynet og A. De begrundelser for udsættelse, som jeg er blevet præsenteret for, har været ukonkrete, men af en art der - desværre - med min baggrund og autoritetstro har fået mig til at afvente "sagens gang".

Jeg er af den opfattelse, at sagsbehandlingen har været præget af, at jeg er "den lille mand overfor storfinansens" og med begrænset indsigt i det juridiske område, jeg har bevæget mig ind på. En aktindsigtsbegæring i j.nr. 6850-0008 fra en kyndig advokat eller fra pressen ville utvivlsomt have fået et meget anderledes forløb.

Aktindsigten den 4. oktober har nu bibragt mig den opfattelse, at der er taget uberettigede hensyn til A, hvorved jeg er blevet afskåret fra at få aktindsigt i overensstemmelse med mine rettigheder i offentlighedsloven.

Denne opfattelse vil jeg gøre rede for, idet jeg indledningsvis henviser til vedhæftede bilag 1, som giver et overblik over hele sagsforløbet.

Finanstilsynet modtog min anmodning om aktindsigt i j.nr. 6850-0008 den 19. april 2016 og bekræftede modtagelsen den 20. april. Den 25. april 2016 underrettede Finanstilsynet A om aktindsigtsanmodningen.

Mail 25. april 2016 fra Finanstilsynet til A: (akt nr. 3 i j.nr. 601-0226)
"Finanstilsynet har modtaget en begæring om aktindsigt i tilsynets sager med j.nr. 6850-0008 og (... udeladt vedrører ikke j.nr. 6850-0008), der vedrører forhøjelser af bidragssatser i A. Da Finanstilsynet i disse sager har anmodet om oplysninger til brug for tilsynet med overholdelse af bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, er de fra A modtagne redegørelser ikke omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1 og 3. Det indebærer, at det materiale, som A har indsendt til Finanstilsynet i disse sager, i udgangspunktet er underlagt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Finanstilsynet kan oplyse, at tilsynet agter, at give aktindsigt i vedlagte redegørelser og bilag modtaget fra A i henhold til § 7, stk. 1 i lov om offent-

lighed i forvaltningen (lov nr. 606 af 12. juni 2013). Finanstilsynet skal dog bemærke, at tilsynet på baggrund af bestemmelsen i offentlighedslovens § 30, stk. 2, har undtaget visse af sagens akter, samt dele af sagens oplysninger jr. Offentlighedslovens § 30, stk. 2.

I sagen j.nr. 6850-0008 undtages i sin helhed bilag 6 (samarbejdsaftale) samt visse oplysninger om samarbejdsaftalen i redegørelse af 16. marts 2016. Endvidere undtages visse oplysninger om samarbejdsaftalen fra Finanstilsynets udkast til påbud af 4. april 2016.

(...)

Med henblik på at sikre, at der ikke gives oplysninger, som er berettiget til at blive undtaget efter reglerne i offentlighedsloven skal tilsynet anmode om As eventuelle bemærkninger senest onsdag den 27. april 2016.

Eventuelle forslag til undtagelser fra aktindsigt skal være begrundet i offentlighedslovens undtagelser til retten til aktindsigt i kapitel 4.”

Til mailen var vedhæftet:

”6850-008 – Redegørelse + bilag 1-2.PDF; 6850-0008- bilag 3-5.PDF; 6850-0008Supplerende redegørelse.PDF; 6850-0008 – Udkast til påbud sendt i høring 4. april 2016 ...”

Som der fremgår af mailen var det allerede den 25. april Finanstilsynets agt at give mig aktindsigt i dokumenterne i j.nr. 6850-0008 med undtagelse af dokumenter og oplysninger omfattet af offentlighedslovens § 30, stk. 2, her afgrænset til As samarbejdsaftaler med samarbejdende pengeinstitutter (omtalte bilag 6).

Jeg gør igen gældende, at A allerede ved modtagelsen af min aktindsigtsanmodning var afklaret om, at jeg havde et krav på at få aktindsigt i de pågældende dokumenter i henhold til offentlighedslovens § 7.

Samme dag har Finanstilsynet igen tilskrevet A med kopi til medarbejdere internt i Finanstilsynet: (akt nr. 4 i j. nr. 601-0226)

”Finanstilsynet har modtaget en anmodning om aktindsigt vedrørende forhøjelser af bidragssatser i A. Vedhæftede redegørelser og bilag er derfor sendt i høring hos A.

Bemærk, at høringsfristen er onsdag den 27. april 2016. Såfremt I har spørgsmål eller bemærkninger til det fremsendte, er I velkommen til at kontakte mig.”

Filer vedhæftet: *”6850-008 – Redegørelse + bilag 1-2.PDF; 6850-0008- bilag 3-5.PDF; 6850-0008Supplerende redegørelse.PDF; 6850-0008 – Udkast til påbud sendt i høring 4. april 2016 ...”*

Også interne bliver det tilkendegivet, at Finanstilsynet agter at give mig aktindsigt i dokumenterne i j.nr. 6850-0008, som er vedhæftet mailen.

Dagen efter, den 26. april 2016 (kl. 08.36) mailede A således til Finanstilsynet: (akt nr. 8 i j.nr. 601-0226)

”I forlængelse af telefonisk drøftelse mandag eftermiddag skal jeg som foreslået vende tilbage. Vi har nu haft lejlighed til en foreløbig gennemgang af anmodningen om aktindsigt og skal på den baggrund anmode om en forlængelse af høringsfristen. Det synes efter omstændighederne rimeligt og forsvarligt med en forlængelse på 14 dage. Vores anmodning støttes på, at der er tale om 3 sager med materiale af et ikke ubetydeligt omfang, hvor en forsvarlig faktisk og juridisk gennemgang fordrer, at en del materiale skal fremskaffes fra arkiv og derefter gennemgås. (...) Hertil kommer at der i sagen fra 2016 synes at være lagt op til en udlevering af et fortroligt bilag. Samlet set påkalder sagen sig derfor en gennemgang som ikke med rimelighed kan forventes foretaget indenfor en frist på 2 dage.

Endelig bemærker vi helt foreløbigt, at det forekommer ganske problematisk at give aktindsigt i den verserende sag[J.nr. 6850-0008], som afventer afgørelse.

Jeg skal hermed samtidig anmode om aktindsigt i den modtagne aktindsigtsanmodning, som har givet anledning til Finanstilsynets mail af 25. april, jf. nedenfor.

Vi vil gerne have lejlighed til at uddybe ovenstående telefonisk eller på et møde. Jeg vil derfor til formiddag tage telefonisk kontakt til Ulla Brøns Petersen, som jeg forstod at sagen skulle vendes med. Jeg hører gerne, hvornår der kunne afsættes tid til en drøftelse.”

Knap en time senere (kl. 09.25) mailer Finanstilsynet til A således: (akt nr. 11 i j. nr. 601-0226)

I forlængelse af vores telefonsamtale d.d. skal jeg herved bekræfte, at fristen for at komme med kommentarer i sagen udskydes til udgangen af denne uge, med henblik på at I kan komme med jeres indsigelser.

Da vores frist efter offentlighedsloven for at meddele aktindsigt udløber på torsdag, vil vi meget gerne have jeres ok på, at vi kan udlevere resten af dokumenterne (altså bortset fra udkast til afgørelse og jeres hørings svar hertil, samt referat af mødet i fredags) indenfor denne frist. Jeg skal endelig sørge for, at I snarest får tilsendt aktindsigtsbegæringen vi har modtaget.

Hvis der er yderligere spørgsmål og eller praktiske spørgsmål, må I endelig tage fat i os.”

Der foreligger ikke i j.nr. 6850-0008 eller i j.nr. 601-0226 et referat af den ”telefoniske drøftelse mandag eftermiddag” og heller ikke af ”samtalen d.d.” (tirsdag) mellem A og Finanstilsynet. Fraværet af telefonreferater er ikke foreneligt med god forvaltningsskik og notatpligten i offentlighedslovens § 13, når samtalerne åbenbart danner grundlag for en beslutning om at udsætte min aktindsigt.

Jeg påpeger, at Finanstilsynet den 26. april har besluttet at undlade at give mig aktindsigt i dokumenter, som det efter Finanstilsynets egen opfattelse er min ret at få aktindsigt i.

Begrundelsen for at indtage den holdning opfatter jeg som en begunstiging af A i mangel af en forklaring om begrundelsen.

Beslutningen er ”stadfæstet” i denne mail fra tilsynet til A den 28. april 2016: (akt nr. 14 i j.nr. 601-0226)

”For at undgå lange forklaringer og drypvis udlevering af dokumenter vil vi i dag meddele følgende [til mig]: (... udeladt vedrører ikke j.nr. 6850-0008).

Hvad angår den verserende sag er der behov for yderligere undersøgelse af, hvorvidt visse af dokumenterne i sagen vil kunne udleveres. De dokumenter der ikke er tvivl om vedlægges (det vil være dokumenterne frem til og med vores anmodning om en redegørelse d.v.s. at vi ikke udlevere følgende dokumenter: As første redegørelse, referat af møde før påske, As supplerende redegørelse, høring over udkast til påbud, referat af mødet den 21. april samt As høringssvar).”

Jeg havde foretrukket ”lange forklaringer og drypvis udlevering af dokumenter”, men hensynet er helt åbenbart ikke til mig.

På baggrund af den citerede mailkorrespondance finder jeg det mere end sandsynliggjort, at Finanstilsynet har taget nogle hensyn til A, som Finanstilsynet ikke fandt at egne sig som begrundelse til mig for at udsætte min aktindsigt. I stedet har Finanstilsynet den 28. april udsat min aktindsigt ved slet og ret at henvise til, at ”... A har rejst tvivl om, hvorvidt der i fuldt omfang kan meddeles aktindsigt i sagens korrespondance.”

Beslutningen er tilsyneladende truffet på baggrund af de to telefonsamtaler mellem Finanstilsynet og A, som der ikke findes referat af.

Beslutningen om at undlade at give mig aktindsigt i dokumenterne er utvivlsomt ikke funderet i juridiske vurderinger af As indsigelse imod min aktindsigt. A sendte sin formelle og skriftlige indsigelse mod min aktindsigt til Finanstilsynet den 29. april 2016 – dagen efter Finanstilsynets første udsættelse af min aktindsigt.

Jeg er af den opfattelse, at Finanstilsynet allerede den 28. april 2016 har påbegyndt en serie af udsættelser af min aktindsigt, hvor hensyn til A har vejet tungere end min ret til aktindsigt i j.nr. 6850-0008.

Som begrundelse for den anden udskydelse af min aktindsigt den 4. maj 2016 skrev Finanstilsynet således til mig: (akt nr. 20 i j.nr 601-0226)

”I forlængelse af min mail af 28. april 2016 skal jeg oplyse, at tilsynet på grund af sagens kompleksitet ikke vil have mulighed for at træffe afgørelse om, hvorvidt der kan gives aktindsigt i samtlige dokumenter i jnr. 6850-0008 indenfor den frist, der var angivet i mailen af 28. april 2016.

Finanstilsynet forventer at kunne afslutte behandlingen inden d. 18. maj, med mindre A forinden tilkendegiver, at de agter at påklage den påtænkte afgørelse.

I forhold til din anmodning om tillige at meddeles aktindsigt i korrespondancen i aktindsigtssagen 601-0226, skal jeg oplyse, at denne anmodning vil blive besvaret særskilt.”

Som tidligere anført er det min opfattelse, at Finanstilsynet den 4. maj 2016 kunne og burde tage stilling til, om As indsigelse af 29. april 2016 kunne begrunde en udsættelse af min aktindsigt. Hvis Finanstilsynet fandt, at As indsigelse gav grundlag for udsættelsen, så skulle Finanstilsynet i henhold

til forvaltningsloven have konkretiseret sin begrundelse til mig med afsæt i As argumentation, bl.a.

- at der var tvivl, om dokumenter i j.nr. 6850-0008 var interne dokumenter, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 1.
- at de var påstået at være omfattet af undtagelsesbestemmelser i offentlighedslovens § 33,
- at der var tvivl, om udlevering af akterne var i strid med Finanstilsynets tavshedspligt,
- at A anså en udlevering for at kunne skade virksomheden økonomisk og på dens omdømme.

Og jeg skulle i henhold til forvaltningsloven være hørt om As indsigelse, jf. bet. 1510/2009, s. 803.

Fraværet heraf bestyrker mig i min påstand om, at Finanstilsynet ikke har fundet belæg i As indsigelse for at udsætte min aktindsigt. Det giver også belæg for min opfattelse af, at tilsynet har taget hensyn til A på bekostning af mine rettigheder i henhold til offentlighedsloven.

Den 10. maj 2016 modtog jeg følgende mail fra Finanstilsynet (akt nr. 21 i j.nr. 601-0226)

”Jeg skal herved vende tilbage vedrørende den del af din anmodning om aktindsigt, der vedrører korrespondancen mellem Finanstilsynet og A A/S i anledning af din aktindsigtsanmodning (sag j.nr. 601-0226).

Da korrespondancen mellem A og Finanstilsynet i aktindsigtssagen j. nr. 601-0226 vedrører oplysninger, hvor der er rejst tvivl om, hvorvidt der kan meddeles aktindsigt i oplysningerne, og da Finanstilsynet i øjeblikket behandler dette spørgsmål, kan tilsynet ikke færdigbehandle din anmodning om aktindsigt i korrespondancen i aktindsigtssagen j. nr. 601-0226, førend dette spørgsmål er afklaret. Jeg skal i den forbindelse henvise til min e-mail af 4. maj 2016 og oplyse, at Finanstilsynet forventer at kunne afslutte behandlingen senest d. 18. maj 2016, med mindre A forinden tilkendegiver, at de agter at påklage den påtænkte afgørelse.”

Jeg har efter forvaltningsloven ret til som part i sagen, j.nr. 601-0226, at få aktindsigt i den korrespondance, som er udvekslet mellem Finanstilsynet og A. Jeg kan konstatere, at Finanstilsynet finder, at min partsaktindsigt efter forvaltningsloven må udskydes som følge af, at A har rejst tvivl om min ret til aktindsigt i j.nr. 6850-0008 efter offentlighedsloven. Jeg kan ikke vurdere, om dette et forvaltningsmæssigt legalt, men konstaterer, at det i hvert tilfælde har afskåret mig fra aktindsigt og dermed begunstiget As åbenbare ønske, at jeg ikke får kendskab til den igangværende sag om Finanstilsynets udkast til pålæg vedr. begrundelser for bidragsstigninger.

I akt nr. 22, i j.nr. 601-0226, udsatte Finanstilsynet den 18. maj 2016 for tredje gang min aktindsigt:

”Jeg skal herved vende tilbage vedrørende dine anmodninger om aktindsigt.

Grundet sagens kompleksitet og principielle karakter har Finanstilsynet fortsat ikke haft mulighed for at træffe afgørelse om, hvorvidt der kan gives aktindsigt i de ønskede dokumenter i jnr. 6850-0008 og i dokumenterne i din aktindsigtssag jnr. 601-0226. Finanstilsynet afventer i øjeblikket lovfortolkningsbidrag fra Justitsministeriet til brug for Finanstilsynets afgørelse af sagen.”

Ud over kompleksitet er der nu tilføjet, at sagen har principiel karakter og, at afklaring af min adkomst til aktindsigt afventer lovfortolkningsbidrag fra Justitsministeriet.

Det fik mig til at bede om en uddybning, jf. min mail til Finanstilsynet den 19. maj 2016: (akt nr. 24 i j.nr. 601-0226)

”Vedr. aktindsigt i jnr. 6850-0008:

Jeg henviser til jeres brev af 2. marts 2016 til A A/S Att.: direktionen, J.nr.6850-0008, hvor I anmoder om en redegørelse for As bidragsstigninger. Finanstilsynet fremhæver heri, at As svar på jeres anmodning ikke er omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1 og stk. 3 og, at det indebærer, at oplysningerne i svaret kan undergives aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven. På den baggrund er jeg forundret over, at min aktindsigtsanmodning har principiel karakter. Jeg beder dig høfligst om at sætte lidt flere ord på det principielle og ligeledes på anmodningens kompleksitet, så jeg kan forholde mig til en substans i de to begreber.

Jeg fremsatte min anmodning om aktindsigt den 18. april.

Vedr. aktindsigt i jnr. 601-0226:

Jeg anmodede den 28. april om aktindsigt i den korrespondance, der føres mellem A/C og Finanstilsynet i anledning af min anmodning om aktindsigt i j.nr. 6850-0008. Jeg anser jeres afgørelse af min anmodning for at være omfattet af forvaltningsloven, jf. lovens § 2, og forventer, at anmodningen behandles i overensstemmelse med lovens kapitel 4. Lovfortolkningsbidrag og andre dokumenter mv., der udveksles mellem Finanstilsynet og Justitsministeriet til brug for Finanstilsynets afgørelse, anser jeg for at være en del af sagen. Jeg imødeser sagens akter.”

Finanstilsynet svarede mig således den 23. maj 2016: (akt nr. 23 i j.nr. 601-0226)

”Jeg kan oplyse, at der med sagens ”kompleksitet” henvises til, at der er bragt tvivl om samspillet mellem offentlighedslovens bestemmelser og bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed, herunder om omfanget af Finanstilsynets tavshedspligt jf. § 354. En afgørelse heraf er nødvendig for, at det kan vurderes, om de dokumenter og oplysninger du søger aktindsigt i, er omfattet af tilsynets tavshedspligt jf. lov om finansiel virksomhed § 354 og straffelovens § 152. Som oplyst i min mail af 18. maj 2016 afventer tilsynet i øjeblikket lovfortolkningsbidrag fra Justitsministeriet til brug for Finanstilsynets afgørelse af aktindsigtssagen.

Afgørelsen er af principiel karakter, da den kan have betydning for, hvordan Finanstilsynet kan meddele aktindsigt i fremtidige sager. ”

Korrespondancen mellem den 10. og 23. maj 2016 er bemærkelsesværdig, fordi de givne forklaringer ikke er i overensstemmelse med realiteter.

Forklaringerne om nødvendigheden af at konsultere Justitsministeriet forekommer desuden at være misledende.

Finanstilsynet kan ikke for alvor mene, at As indsigelse af 29. april 2016 har rejst en juridisk kompleksitet, der har ”... *bragt tvivl om samspillet mellem offentlighedslovens bestemmelser og bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed, herunder om omfanget af Finanstilsynets tavshedspligt jf. § 354. En afgørelse heraf er nødvendig for, at det kan vurderes, om de dokumenter og oplysninger du søger aktindsigt i, er omfattet af tilsynets tavshedspligt jf. lov om finansiel virksomhed § 354 og straffelovens § 152.*”

Jeg må formode, at Finanstilsynet har så stor ekspertviden om det lovgrundlag, de administrerer, at tilsynet ikke har haft grundlag for at udsætte min aktindsigt med henvisning af til juridisk usikkerhed om tilsynets tavshedspligt.

Jeg henviser til As ukonkrete påstand om tavshedsproblematik i indsigelsen af 29. april (akt nr. 19 i j.nr. 601-0226. Den burde ikke rejse nogen tvivl.

Jeg henviser også for fuldstændighedens skyld igen til Finanstilsynets egen fortolkning af tavshedspligt i det foran citerede høringssvar af 29. juli 2016 i afsnit 1.3.3. Heri fastslås, at i henhold til § 354, stk. 3, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed finder Finanstilsynets skærpede tavshedspligt ifølge bestemmelsens stk. 1, 1. pkt. ikke anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og regler udstedt i medfør heraf. Aktindsigt efter offentlighedsloven begrænses heller ikke af den almindelige tavshedspligt iht. straffelovens § 152, jf. offentlighedslovens § 35.

Jeg henviser i øvrigt til Finanstilsynets anmodning af 2. marts 2016 til A, akt nr. 1 og 2 i j.nr. 6850-0008, hvor det er oplyst til A, at ”god-skiktilsynet” ikke er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, således at A var adviseret om, at de udvekslede dokumenter blev afgivet med ”risiko” for aktindsigt.

Selv jeg, har kunnet påvise, at en problemstilling vedr. tavshedspligt ikke forelå, jf. min mail af 12. juni 2016 til Finanstilsynet. Se akt nr. 30 i j.nr. 601-0226. Denne mail undlod Finanstilsynet simpelthen at besvare. Jeg henviser til sagsoversigten i vedlagte bilag 1.

Med hensyn til inddragelse af Justitsministeriet henviser jeg til akt nr. 41 i j. nr. 601-0226, som er et telefonnotat angiveligt udarbejdet den 31. maj 2016, men akteret under den 22. juni 2016, og med et aktnr., som placerer notatet i rækkefølgen af dokumenter udarbejdet i september måned. Telefonnotatet har dette indhold:

”Jeg kontaktede medio maj telefonisk Justitsministeriet, Forvaltningskontoret for at spørge, hvorvidt et udkast til afgørelse, udsendt i forbindelse med en partshøring forud for egentlig afgørelse, kan undtages fra offentlighedslovens regler om aktindsigt, Idet Finanstilsynet ikke umiddelbart kunne fin-

de noget i forarbejderne eller litteraturen herom. Forvaltningskontoret har efterfølgende telefonisk oplyst, at dette specielle spørgsmål ikke ses behandlet i hverken betænkning nr. 1510/2009 om offentlighedsloven eller i forarbejderne. Der ses endvidere ikke at foreligge praksis herom. Der kan således ikke generelt svares entydigt herpå. Forvaltningskontoret har dog bemærket, at almindelige sagsforberedende skridt som udgangspunkt ikke kan undtages fra aktindsigt.”

Som det fremgår af notatet, er Justitsministeriet ikke – som det ellers er påstået i ovennævnte mail til mig – blevet spurgt i en *principiel* eller *komplikeret* sag om ”... tvivl om samspillet mellem offentlighedslovens bestemmelser og bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed, herunder om omfanget af Finanstilsynets tavshedspligt jf. § 354, som angiveligt medførte, at ”En afgørelse heraf er nødvendig for, at det kan vurderes, om de dokumenter og oplysninger du søger aktindsigt i, er omfattet af tilsynets tavshedspligt jf. lov om finansiel virksomhed § 354 og straffelovens § 152.”

Notatet vedrører helt åbenbart noget andel - formentlig As påstand om, at Finanstilsynets meddelelse til A om det påtænkte pålæg om at supplere sin begrundelse for bidragsstigning, er et internt dokument omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 23, stk.1.

Undskyld mig, hvad er det for noget? Forklaringen på min udsættelse er jo ikke til den anførte inddragelse af Justitsministeriet vedr. en tavshedsproblematik.

Ifølge notatet har justitsministeriet ikke kunnet svare entydigt på, om ”... et udkast til afgørelse, udsendt i forbindelse med en partshøring forud for egentlig afgørelse, kan undtages fra offentlighedslovens regler om aktindsigt”.

Og Justitsministeriet har oplyst, at ”... dette specielle spørgsmål ikke ses behandlet i hverken betænkning nr. 1510/2009 om offentlighedsloven eller i forarbejderne. Der ses endvidere ikke at foreligge praksis herom.”

I Finanstilsynets hørings svar den 29. juli 2016 til Erhvervsankenævnet vedr. As klage af 2. juni 2016 har Finanstilsynet skrevet:

”Det bemærkes i øvrigt, at dokumentet har mistet sin interne karakter, uanset at afgivelsen er sket som et sagsforberedende skridt, inden der blev truffet endelig afgørelse i sagen. Således vil en afgivelse af et foreløbigt udkast fra en myndighed til en anden medføre, at dokumentet mister sin interne karakter. Der henvises i den forbindelse til side 516 i betænkning nr.1510/2009, hvoraf fremgår:

”På denne baggrund vil interne dokumenter, der afgives af en myndighed til en anden selvstændig forvaltningsmyndighed[Folketingets Ombudsmand havde fået en kopi af akt nr. 1 i j.nr. 6850-0008 den 7. april 2016], herunder eventuelt en overordnet rekursmyndighed, miste deres interne karakter. Dette gælder uanset, om afgivelsen sker som led i behandlingen af en sag, f.eks. ved at en myndighed afgiver dokumenterne i forbindelse med en høring af en anden myndig-

hed."

Det er i øvrigt samme medarbejder, der har forfattet telefonnotatet og besvaret Finanstilsynets hørings svar af 29. juli.

Mon ikke Justitsministeriets forvaltningskontor kunne finde litteratur om, at et internt dokument herunder en høringsskrivelse, der er afgivet til udenforstående, har mistet sin status som internt i henhold til offentlighedslovens § 23, stk. 2.

Jeg vil hævde, at svaret er givet på forhånd og formoder også, at Finanstilsynet selv var i stand til at finde det, hvis det ikke var paratviden. Jeg kunne have henvist Finanstilsynet til side 514, pkt. 2.1.3.1. i Offentlighedskommissionen betænkning 1510/2009.

Jeg betvivler, at Finanstilsynet har konsulteret Justitsministeriet om en "... tvivl om samspillet mellem offentlighedslovens bestemmelser og bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed, herunder om omfanget af Finanstilsynets tavshedspligt jf. § 354."

Den givne begrundelse for udsættelsen den 18. maj 2016 er ikke reel.

Om den fjerde udsættelse af min aktindsigt vil jeg blot for fuldstændighedens skyld nævne, at Finanstilsynet den 30. maj 2016 i akt nr. 26 i j.nr. 601-0226 meddelte A, at de ville give mig aktindsigt og, at den *ikke* ville blive effektueret, hvis A påklagede beslutningen til Erhvervsankenævnet. Jeg for mit vedkommende fik beskeden om min ret til aktindsigt den 22. juni 2016 (årsag til forsinkelsen ukendt) ledsaget af endnu en udsættelse af min aktindsigt.

Årsagen til at jeg skulle have besked om imødekommelsen af aktindsigt i journalen tre uger senere end A er ikke tilgængelig i de modtagne oplysninger.

Erhvervsankenævnet sagsbehandlede As klage fra den 2. juni til den 30. september 2016, hvor de afviste alle As påstande. Sagsbehandlingstiden var påvirket af, at Finanstilsynet indsendte sit hørings svar vedr. As klage den 29. juli 2016.

Begrundelserne, der er givet mig i de ovennævnte svar fra Finanstilsynet om ...

- Høring som ikke er foretaget – eller i bedste fald er sket mundtligt og udenfor referat
- Sagens kompleksitet og principielle karakter – som ikke findes
- Tvivl om samspillet mellem tavshedspligtsbestemmelser – som ikke findes
- Betydning for håndtering af aktindsigt i fremtidige sager – som ikke forekommer reel
- Skal afvente Justitsministeriets lovforklæringsbidrag – som anses for tvivlsom

... er ikke i overensstemmelse med god forvaltningsskik – for at undgå et bruge kraftigere udtryk.

Den konklusion kan drages

- af det åbenbare misforhold mellem Finanstilsynets begrundelser til mig, og sagens faktiske omstændigheder,
- af sagens mangel på kompleksitet vedr. min ret til aktindsigt efter offentlighedsloven,
- af den ubegrundede henvisning til tavshedspligt, idet den er afklaret i offentlighedsloven og lov om finansiel virksomhed,
- af det forhold, at udsættelse af min aktindsigt med henvisning til inddragelsen af Justitsministeriet i bedste fald har omhandlet noget helt andet end det oplyste, og helt åbenbart omhandler en problemstilling, der ikke skulle kræve Justitsministeriets involvering,
- af fraværet af juridiske begrundelser for udsættelserne
- af at udsættelserne helt åbenbart har været ønskværdige set fra As synspunkt.

Her vil jeg henvise til bet. 1510/2009, side 799, hvor Offentlighedskommissionen skriver:

”Med hensyn til det nærmere indhold af det nævnte krav til angivelse af en begrundelse for udsættelsen af afgørelsen om aktindsigt og et forventet tidspunkt for afgørelsen, kan der henvises til FOB 1999, side 226. I denne sag – der i øvrigt vedrørte fortolkningen af forvaltningslovens § 16, stk. 3, 2. pkt., som er identisk med offentlighedslovens § 16, stk. 2 – havde en tolk anmodet om aktindsigt i Rigspolitichefens tolkefortegnelse. Da anmodningen ikke kunne færdigbehandles inden 10 dage, sendte Rigspolitichefen en meddelelse til tolken om, at ”Rigspolitichefen vil snarest vende tilbage med svar på Deres anmodning”, og at den pågældende ville modtage et svar på anmodningen ”så snart Rigspolitiets overvejelser om aktindsigtsspørgsmålet er afsluttet”. Ombudsmanden udtalte, at meddelelserne ikke opfyldte kravet i forvaltningslovens § 16, stk. 3, 2. pkt., til angivelse af en begrundelse for udsættelsen af afgørelsen om aktindsigt og et forventet tidspunkt for afgørelsen. Ombudsmanden fremhævede, at bestemmelsen forudsætter, at det fremgår, hvorfor afgørelsen ikke kan træffes inden for fristen, samt at der gives en mere præcis oplysning om, hvornår der kan forventes at foreligge en afgørelse.”

Det følger af forvaltningslovens § 24, at en begrundelse for en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. I det omfang, afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

Forvaltningsprincippet gælder også afgørelser om udsættelse af en aktindsigt efter offentlighedsloven, jf. det ovenfor citerede, i særdeleshed, når aktindsigt udsættes fire gange. Jeg gør gældende, at udsættelserne ikke er begrundede. Der er alene henvist til årsager som ikke er konkretiseret.

Der foreligger ikke i sagen j.nr. 6850-0008 nogen overvejelser eller begrundelser om hensyn til As tarv. Jeg henviser til, at såvel Finanstilsynet som Erhvervsankenævnet ikke har inddraget dette i deres behandling af As klage af 2. juni 2016.

Ved en afvejning mellem partens og andre privates interesser er udgangspunktet, at partens interesser vejer tungt. Det vil sige, at der skal ganske meget til for, at partens aktindsigt kan udskydes. Jeg gør desuden gældende, at afvejningen af, om en indsigelse mod udlevering af oplysninger skal imødekommes, eller en klage gives opsættende virkning, skal behandles restriktivt. En udsættelse skal være begrundet i behov for væsentlige hensyn til tredjepartens tarv, på bekostning af det overordnede hensyn til offentlighedslovens hovedformål som angivet i lovens § 1. Det er en forudsætning for at tillægge en tredjeparts klage opsættende virkning, at klagen rejser berettiget tvivl om den aktindsigtssøgendes ret til aktindsigt.

Jeg anser ikke disse forudsætninger for at have været til stede i min sag.

Efter modtagelsen af aktindsigtsmaterialet den 4. oktober 2016 sidder jeg tilbage med en opfattelse af, at sagsbehandlingen har været tilrettelagt for at imødekomme As ønske om at undgå, at oplysningerne om Finanstilsynets påtænkte påbud af 4. april 2016 kom til min – og offentlighedens – kendskab netop på tidspunktet for min anmodning om aktindsigt den 28. april 2016.

Min opfattelse er næret af Finanstilsynets sagsbehandling, hvor udsættelse på udsættelse af min aktindsigt er sket med begrundelser, som ikke har oplyst mig om de rette sammenhænge, og som strider mod god forvaltnings-skik. Desuden er min opfattelse næret af denne tilkendegivelse fra A til Finanstilsynet i indsigelsen mod min aktindsigt den 29. april 2016: (akt nr. 19 i j.nr. 601-0226)

"A kan tiltræde, at Finanstilsynet undtager de sagsakter og oplysninger som er nævnt i e-mailen.

Aktindsigt i det foreliggende udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud og andre dokumenter (vil) med sikkerhed have mediemæssig interesse. Den nationale gennemslagskraft vil være betydelig og næppe afspejle, at der alene er tale om et udkast. Tværtimod tilsiger de seneste måneders mediedækning, at A vil blive "dømt" på grundlag af udkastet. Det vil have betydelige økonomisk indvirkning på A, herunder i form af kundeafgang. Det kan også indebære et pres på Finanstilsynet frem mod en endelig afgørelse. En hel eller delvis imødekommelse af As høringssvar af 25. april 2016 vil næppe give anledning til væsentlig yderligere mediedækning på et senere tidspunkt."

På tidspunktet for min aktindsigtsanmodning var A og C genstand for en af danmarkshistoriens største "shitstorme" i dagspressen og på internettet på grund af de varslede bidragsstigninger.

As ovennævnte synspunkter har Finanstilsynets ikke anført som begrundelse overfor mig ved udsættelser af min aktindsigt. Jeg finder heller ikke, Finanstilsynets sagsbehandling burde være påvirket af synspunkterne, idet disse hensyn må vige for mine rettigheder i offentlighedsloven, jf. herved bl.a. § 1.

Med hensyn til et fortløbende tidsmæssigt overblik over sagsforløbet, henviser jeg til vedlagte bilag 1.

Konklusion:

Jeg henvisning til foranstående beskrivelse og mine bemærkninger.

Jeg finder, at Finanstilsynet ved behandling af min aktindsigtsanmodning i j.nr. 6850-0008 har taget uberettigede hensyn til A, hvorved jeg er blevet afskåret fra at få aktindsigt i overensstemmelse med mine rettigheder i offentlighedsloven.

- Finanstilsynet har forhalet effektueringen af min aktindsigt, selv om det var hævet over enhver tvivl, at jeg var berettiget til aktindsigt.

- Finanstilsynet har tillagt As indsigelse mod min aktindsigt en vægt, som indhold og argumentation i indsigelsen ikke kunne begrunde.

Finanstilsynet har af egen drift udsat min aktindsigt i dokumenter, som ikke var omfattet af As indsigelse mod min aktindsigt.

- Finanstilsynet har begrundet udsættelser utilstrækkeligt i henhold til forvaltningsloven.

Finanstilsynet har anvendt begrundelser, der ikke var i overensstemmelse med fakta.

- Finanstilsynet har undladt at høre mig om As indsigelse.

3. Klage over et afslag på aktindsigt efter princippet om meroffentlighed.

Jeg anmodede den 6. oktober 2016 om aktindsigt i Finanstilsynets bestyrelsesreferat vedr. bestyrelsesmødet den 14. april, hvor bestyrelsen traf afgørelse om As begrundelse mv. for de varslede bidragsforhøjelser. (bilag nr. 7)

Finanstilsynet har den 14. oktober 2016 afvist min anmodning, jf. bilag 9:

”Du har endvidere anmodet om kopi af bestyrelsesreferat mv. vedr. sagen 6850-0008.

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt heri.

Finanstilsynets begrundelse

De dokumenter, som der søges aktindsigt i, er undtaget fra aktindsigt efter § 23, stk. 1, i offentlighedsloven. Ifølge § 23, stk. 1, i offentlighedsloven omfatter retten til aktindsigt ikke en myndigheds interne arbejdsdokumenter.

Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynets bestyrelse udgør en del af Finanstilsynet, jf. bemærkningerne til § 345 i lov om finansiel virksomhed (lovforslag nr. 133 af 7. februar 2014).

Finanstilsynet har endvidere ikke fundet grundlag for at meddele dig aktindsigt i de udbedte dokumenter efter § 26 i offentlighedsloven, idet de pågældende dokumenter ikke 1) alene gengiver indholdet af den endelige beslutning vedrørende en sags afgørelse, 2) alene indeholder en gengivelse af oplysninger, som der har været pligt til at notere efter § 13, 3) er selvstændige dokumenter, der er udarbejdet for at tilvejebringe bevismæssig eller anden tilsvarende klarhed med hensyn til en sags faktiske omstændigheder, 4) indeholder generelle retningslinjer for behandlingen af bestemte sagstyper eller 5) indeholder en systematiseret gengivelse af praksis på bestemte sagsområder.

Meroffentlighed

Finanstilsynet har i forhold til de undtagne dokumenter overvejet, om der er grundlag for at meddele dig aktindsigt i dokumenter og oplysninger efter princippet om meroffentlighed, jf. § 14 i offentlighedsloven.

Finanstilsynet har ikke fundet grundlag for meroffentlighed, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynet har herved foretaget en afvejning af hensynet til din interesse i aktindsigt i de dokumenter, der er undtaget fra aktindsigt, jf. § 23 i offentlighedsloven, over for de hensyn, som ligger bag undtagelsesbestemmelsen.”

Jeg klager over, at Finanstilsynet ikke har givet mig aktindsigt efter meroffentlighedsbestemmelsen i offentlighedslovens § 14.

Jeg henviser til betænkning nr. 1510/2009, hvor Offentlighedskommissionen side 745 ff. skriver:

”1.1. Offentlighedsloven bygger – som det fremgår af kapitel 12 ovenfor – på et almindeligt offentlighedsprincip, der indebærer, at adgangen til aktindsigt tilkommer ”enhver”, og det kræves ikke, at den aktindsigtssøgende giver en begrundelse for sin ansøgning eller på anden måde påviser en særlig interesse i sagen. Offentlighedsprincippet tilstræber, at der gælder størst mulig åbenhed i forvaltningen. En sådan åbenhed vil bl.a. kunne styrke tilliden til forvaltningsmyndighederne, men åbenheden er også en forudsætning for, offentlighedslovens intention om, at pressen skal have mulighed for ved anvendelse af loven at orientere befolkningen korrekt om aktuelle sager, kan opfyldes.

Hensynet til størst mulig åbenhed i forvaltningen kommer også til udtryk i bestemmelsen i offentlighedslovens § 4, stk. 1, 1. pkt., hvorefter udgangspunktet er, at der gælder en ret til aktindsigt i forvaltningsmyndighedernes dokumenter.

Forvaltningsmyndighederne er således som udgangspunkt forpligtet til at meddele aktindsigt, medmindre en af lovens undtagelsesbestemmelser finder anvendelse.

I naturlig forlængelse af offentlighedsprincippet og det nævnte udgangspunkt om ret til aktindsigt fastslår offentlighedslovens § 4, stk. 1, 2. pkt., at en forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, end fastsat i loven (meroffentlighedsprincippet). Meroffentlighedsprincippet medvirker i praksis til, at der er størst mulig åbenhed i forvaltningen. Der henvises til de synspunkter, som Offentlighedsudvalget anførte i tilknytning til omtalen af meroffentlighedsprincippet, jf. betænkning nr. 857/1978, side 70:

”Udvalget skal [...] understrege betydningen af, at offentlighedsloven ikke i myndighedernes praksis opfattes som en udtømmende regulering af, hvor langt oplysningsadgangen bør strækkes. Efter udvalgets opfattelse vil det således være i høj grad ønskeligt, at myndighederne i tilfælde, hvor der er fremsat begæring om aktindsigt, ikke blot nøjes med at undersøge, hvorvidt begæringen kan afslås af formelle grunde eller med hjemmel i en af lovens undtagelsesbestemmelser, men mere frit overvejer, om hemmeligholdelse i det konkrete tilfælde overhovedet er påkrævet – enten på grund af en tavshedspligtsbestemmelse eller fordi offentlige eller private interesser i øvrigt taler derfor. En liberal praktisering af lovens bestemmelser er ikke blot bedst stemmende med de almindelige synspunkter, der ligger til grund for lovfæstelsen af offentlighedsprincippet, men vil også i mange tilfælde bevirke, at det vil være uforholdsmæssigt at tage stilling til tvivlsomme afgrænsnings spørgsmål.”

Offentlighedsudvalget understreger således, at en liberal praktisering af lovens bestemmelser stemmer bedst overens med de almindelige synspunkter, der ligger til grund for lovfæstelsen af offentlighedsprincippet, og myndighederne bør derfor mere frit overveje, om hemmeligholdelse i det konkrete tilfælde overhovedet er påkrævet.”

Jeg betvivler, at ”hensyn” bag undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 23 kan medføre, at meroffentlighedsprincippet ikke kan bringes i anvendelse til at kaste lys over Finanstilsynets – forbrugernes vagthunds – overvejelser bag blåstemplingen af flere hundrede tusinde låntageres bidragsstigninger.

Jeg finder det i øvrigt dybt kritisabelt, at Finanstilsynet undlod at give mig aktindsigt i tilsynets indstilling til bestyrelsen den 14. juni. Hverken dokumenter, jf. bilag 10, eller indførelse i journal 6850-0008 om fremsendelsen af indstillingen til bestyrelsen og kopi til A var i Finanstilsynets effektivering af min aktindsigt den 4. oktober 2016.

...”

Finanstilsynet har i en redegørelse af 23. november 2016 udtalt:

”Klage over Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt

Finanstilsynet skal herved fremkomme med sin udtalelse til Ks klage vedrørende afslag på aktindsigt samt redegørelse for sagens retlige og faktiske forhold.

Klagen blev fremsendt til Erhvervsankenævnet den 11. november 2016.

Klagen ses at vedrøre Finanstilsynets sagsbehandling og sagsbehandlingstid i forbindelse med klagerens anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr. 6850-0008.

Herudover klages der over, at Finanstilsynet har tillagt As klage til Erhvervsankenævnet opsættende virkning i forhold til effektueringen af Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016.

Endelig klages der over Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i referat fra møde i Finanstilsynets bestyrelse den 14. juni 2016.

Erhvervsankenævnet er rekursmyndighed for så vidt angår den del af klagen, der vedrører Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i ovennævnte referat. Erhvervsankenævnet ses endvidere at være rekursmyndighed for behandlingen af spørgsmålet om opsættende virkning af effektueringen af tilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om aktindsigt.

Finanstilsynet vurderer, at den del af klagen, der angår Finanstilsynets sagsbehandling og sagsbehandlingstid, henhører under Erhvervs- og Vækstministeriet, der er ressortministerie for Finanstilsynet. Finanstilsynet vil således videresende denne del af klagen til Erhvervs- og Vækstministeriet.

På denne baggrund vedrører nærværende svarskrift alene spørgsmålet om opsættende virkning samt om Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i ovennævnte referat.

Det bemærkes i øvrigt, at Erhvervsankenævnet har afsagt kendelse af 29. september 2016 (EAN J.nr. 2016-4768) vedrørende en klage fra A A/S omhandlende Finanstilsynets afgørelse om meddelelse af aktindsigt til klageren i tilsynets sag j.nr. 6850-0008.

1. Opsættende virkning vedrørende Finanstilsynets effektivering af afgørelse af 30. maj 2016

1.1 Sagsfremstilling

I forbindelse med behandlingen af klagerens aktindsigtsanmodning i sagen j.nr. 6850-0008 gennemførte Finanstilsynet en høring af A for så vidt angår det af sagens materiale, der bestod i As redegørelser og Finanstilsynets udkast til påbud.

A gjorde i den anledning indsigelse imod udlevering af dokumenterne og aktindsigt i oplysningerne. I samme forbindelse forbeholdt A sig ret til at indbringe spørgsmålet om aktindsigt for Erhvervsankenævnet og begære klagen tillagt opsættende virkning, såfremt Finanstilsynet traf afgørelse om at meddele aktindsigt.

Finanstilsynet meddelte den 30. maj 2016 A, at tilsynet agtede at give aktindsigt i tilsynet sag j.nr. 6850-0008, herunder i de dokumenter, som A havde gjort indsigelse imod, da tilsynet vurderede, at der ikke forelå grundlag for at undtage dokumenterne fra aktindsigt.

På baggrund af As tilkendegivelser i forbindelse med høringen, meddelte Finanstilsynet A frist til den 2. juni 2016 til at indbringe afgørelsen for Erhvervsankenævnet.

A klagede den 2. juni 2016 over afgørelsen og indbragte denne for Erhvervsankenævnet med begæring om opsættende virkning på effektueringen af afgørelsen.

Finanstilsynet udsatte på den baggrund effektueringen, indtil Erhvervsankenævnet havde taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Dette blev meddelt klager ved mail af 22. juni 2016.

Ved Erhvervsankenævnets høring af Finanstilsynet vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, tilsluttede tilsynet sig, at klagen tillagdes opsættende virkning, indtil det materielle spørgsmål om aktindsigt var behandlet af ankenævnet.

Erhvervsankenævnet traf den 23. juni 2016 afgørelse om at tillægge As klage opsættende virkning. Afgørelsen vedlægges som bilag 1.

1.2 Det retlige grundlag

Det følger af offentlighedslovens § 37, stk. 1, at afgørelser om aktindsigt kan påklages særskilt til den myndighed, som er klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den sag, begæringen om aktindsigt vedrører.

Som udgangspunkt er det kun den, som søger om aktindsigt, der er klageberettiget efter loven. Det antages dog i teorien [John Vogter: Offentlighedsloven med kommentarer, Jurist og Økonomforbundets forlag 1998, s. 271f], at også spørgsmålet om, hvorvidt visse oplysninger skal undtages fra aktindsigt, kan påklages. Det anføres samme sted, at er der endnu ikke givet aktindsigt, når en sådan sag rejses, vil formålet med at træffe afgørelse vedrørende denne klage forspildes, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

En klage til Erhvervsankenævnet har som udgangspunkt ikke opsættende virkning, men ankenævnet, eller formanden på dets vegne, kan bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning, hvor særlige grunde taler for det, jf. § 6 i lov om Erhvervsankenævnet og § 9 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 2016 om Erhvervsankenævnet.

Endvidere følger det af Erhvervsankenævnets praksis, herunder afgørelse af 23. juni 2009 i Erhvervsankenævns sag j.nr. 2009-0019017 (vedlagt som bilag 2), at ankenævnet i en tilsvarende aktindsigtssag har behandlet en klage fra en finansiel virksomhed vedrørende Finanstilsynets afgørelse om udlevering af dokumenter på baggrund af en aktindsigtsanmodning. I den pågældende sag blev virksomhedens klage til ankenævnet tillagt opsættende virkning.

1.3 Finanstilsynets vurdering

Det er Finanstilsynets vurdering, at tilsynets udsættelse af effektueringen af tilsynets afgørelse af 30. maj 2016, indtil Erhvervsankenævnet traf afgørelse herom den 23. juni 2016, var i overensstemmelse med ankenævnets praksis herom og hensynene bag denne praksis.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at formålet med As klage til ankenævnet ville forspildes, såfremt Finanstilsynet havde effektueret afgørelsen, inden Erhvervsankenævnet havde taget stilling til spørgsmålet om opsættende virkning.

Endvidere bemærkes det, at Erhvervsankenævnet ved afgørelse af 23. juni 2016 imødekom As anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning.

1.4 Konklusion

Med henvisning til ovennævnte bemærkninger fastholder Finanstilsynet, at tilsynets udsættelse af effektueringen af tilsynets afgørelse af 30. maj 2016 var i overensstemmelse med praksis og hensynene bag denne praksis.

2. Klage over afslag på aktindsigt i referat af Finanstilsynets bestyrelsesmøde den 14. juni 2016

2.1 Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 6. oktober 2016 en anmodning om aktindsigt i referat af Finanstilsynets bestyrelsesmøde den 14. juni 2016, hvor bestyrelsen traf afgørelse i Finanstilsynets sag j.nr. 6850-0008 vedrørende As varsel og begrundelse for selskabets bidragsforhøjelser. Anmodningen om aktindsigt er vedlagt som bilag ...

Den 14. oktober 2016 traf Finanstilsynet afgørelse vedrørende klagers anmodning om aktindsigt. Afgørelsen er vedlagt som bilag...

Finanstilsynet afslog ved afgørelsen at meddele aktindsigt i referatet af bestyrelsesmødet. Afslaget er begrundet med, at det pågældende dokument er undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 23, stk. 1, da dokumentet er et internt dokument. Ved afgørelsen vurderede Finanstilsynet tillige, om der er grundlag for at meddele aktindsigt i dokumentet efter princippet om meroffentlighed, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynet fandt, at der ikke foreligger grundlag herfor.

2.2 Retligt grundlag

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 23, stk. 1:

”Retten til aktindsigt omfatter ikke interne dokumenter. Som interne dokumenter anses

- 1) dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående,*
- 2) dokumenter, der efter § 24, stk. 1, udveksles på et tidspunkt, hvor der er konkret grund til at antage, at en minister har eller vil få behov for embedsværkets rådgivning og bistand, og*
- 3) dokumenter, der efter § 25 udveksles i forbindelse med økonomiske eller politiske forhandlinger eller i forbindelse med drøftelser om fælles kommunale og regionale politiske initiativer.”*

Af offentlighedslovens § 14 fremgår følgende:

”Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 23-35. Der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Stk. 1 gælder også i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som indgår i sager, der er undtaget fra aktindsigt efter §§ 19-21.”

2.3 Finanstilsynets vurdering

Referatet af Finanstilsynets bestyrelsesmøde den 14. juni 2016 er et internt dokument, som er omfattet af bestemmelsen i offentlighedslovens § 23.

Det følger af bemærkningerne til § 345 i lov om finansiel virksomhed (lovforslag nr. 133 af 7. februar 2014), at Finanstilsynets bestyrelse udgør en del af Finanstilsynet.

Finanstilsynet har i overensstemmelse med offentlighedslovens § 14 vurderet, om der er grundlag for at meddele aktindsigt efter princippet om meroffentlighed.

Om den vurdering, der skal foretages efter bestemmelsen i offentlighedslovens § 14, fremgår følgende af lovbemærkningerne:

...

Af lovbemærkningerne fremgår bl.a. følgende om den beskyttelsesinteresse, som bestemmelsen skal sikre:

...

Hensynet til forvaltningsmyndigheders interne beslutningsproces og mulighed for frie drøftelser er således et af kerneområderne for anvendelsen af of-

fentlighedsloven § 23, der bl.a. skal være med til at understøtte kvaliteten af embedsværkets arbejde.

Finanstilsynet finder ved en afvejning af ovennævnte hensyn, at hensynet til disse hensyn foreligger i den konkrete sag.

Ved afvejningen af de ovenfor anførte hensyn vurderer Finanstilsynet, at hensynet til den interne beslutningsproces, herunder bestyrelsens mulighed for frie drøftelser, vejer tungere end klagers interesse i at få aktindsigt i dokumentet. Finanstilsynet finder derfor, at der ikke foreligger grundlag for at meddele aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 14.

2.4 Konklusion

Med henvisning til ovennævnte bemærkninger fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 14. oktober 2016.

...”

K har ved skrivelse af 29. november 2016 yderligere bemærket:

”Bemærkninger til brug for Erhvervsankenævnets behandling af min klage over Finanstilsynets effektivering af min aktindsigt.

Jeg sendte den 2. november 2016 min klage, stilet til Erhvervsankenævnet, via Finanstilsynet. Jeg er i tvivl, om ankenævnet har modtaget klagen. Klagen genfremsendes derfor som fil til denne mail.

Jeg kan konstatere, at Erhvervsankenævnet er bibragt den fejlagtige opfattelse, at jeg har fremsendt en klage til Finanstilsynet den 11. november over Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt. Det er ikke tilfældet. Jeg har alene fremsendt klagen af 2. november 2016.

Den 4. oktober 2016 effektuerede Finanstilsynet min anmodning af 18. april 2016 om aktindsigt i tilsynets god-skik-tilsyn af As varslede bidragsforhøjelser i februar 2016. Effektiveringen gav mig anledning til at anmode om supplerende oplysninger den 6. oktober og den 11. oktober 2016. Finanstilsynet svarede mig den 14. oktober 2016. Kopi af de pågældende mails af 4., 6., 11. og 14. oktober 2016 er vedhæftet denne mail.

Min klage af 2. november 2016 til Erhvervsankenævnet over Finanstilsynets effektivering er ikke begrænset til de to forhold i afgørelsen den 14. oktober 2016, som Finanstilsynet har valgt at forholde sig til i sit svarskrift til Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet skriver i svarskriftet til Erhvervsankenævnet, at min klage ...
”... *vedrører Finanstilsynets sagsbehandling og sagsbehandlingstid i forbindelse med klagerens anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr. 6850-0008.*

Herudover klages der over, at Finanstilsynet har tillagt As klage til Erhvervsankenævnet opsættende virkning i forhold til effektueringen af Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016.

Endelig klages der over Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i referat fra møde i Finanstilsynets bestyrelse den 14. juni 2016.”

Herefter gør Finanstilsynet sig til dommer over, hvilke dele af min klage Erhvervsankenævnet kan/skal behandle:

”Erhvervsankenævnet er rekursmyndighed for så vidt angår del af klagen, der vedrører Finanstilsynets afgørelse af 14. oktober 2016 om afslag på aktindsigt i ovennævnte referat. Erhvervsankenævnet ses endvidere at være rekursmyndighed for behandlingen af spørgsmålet omopsættende virkning af effektueringen af tilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om aktindsigt.

Finanstilsynet vurderer, at den del af klagen, der angår Finanstilsynets sagsbehandling og sagsbehandlingstid, henhører under Erhvervs- og Vækstministeriet, der er ressortministerium for Finanstilsynet. Finanstilsynet vil således videresende denne del af klagen til Erhvervs- og Vækstministeriet.”

Jeg anmoder om, at Erhvervsankenævnet behandler min klage i sin helhed og ikke begrænser klagebehandlingen, sådan som Finanstilsynet har lagt op til.

Min klage den 2. november 2016 er ikke en klage over dårlig sagsbehandling. Det er en klage over, at Finanstilsynet har overtrådt bestemmelser i offentlighedsloven ved behandling af min anmodning af 18. april 2016 om aktindsigt. Jeg har bl.a. klaget over sagsbehandlingstiden og over, at de begrundelser, Finanstilsynet har givet for at udsætte min aktindsigt, er mangelfulde og usaglige.

Erhvervsankenævnet er rekursmyndighed vedrørende en forvaltningsmyndigheds overtrædelser af aktindsigtsbestemmelser i offentlighedsloven. Jeg kan henvise til, at lang sagsbehandlingstid af aktindsigt også er behandlet af Folketingets Ombudsmand, jf. bl.a. sag 2013-22 og 2015-38.

Jeg henviser i øvrigt til min klage.

Om de to forhold, som Finanstilsynet har valgt at indbringe for Erhvervsankenævnet, har jeg følgende bemærkninger:

Vedr. min påståede klage over, at Finanstilsynet tillagde As klage til Erhvervsankenævnet opsættende virkning:

Jeg har ikke specifikt klaget over dette. Jeg anmodede i mailen den 11. oktober 2016 Finanstilsynet om at oplyse mig ”... med hvilken begrundelse og lovhjemmel Finanstilsynet gav As indsigelse imod min aktindsigtsbegæring opsættende virkning, så jeg ikke var berettiget til aktindsigt i dokumenter, der forelå på tidspunktet for tilsynets behandling af min første aktindsigtsanmodning den 28. april 2016 i sagen j.nr. 6850-0008.” Som det fremgår,

har jeg ikke klaget, men alene bedt om en begrundelse og oplysning om en lovhjemmel. Det efterlyser jeg for så vidt stadig, idet Finanstilsynet ikke svarede på mit spørgsmål.

Jeg har i klagen af 2. november bemærket om adkomst til at udsætte aktindsigt: *Ved en afvejning mellem partens og andre private interesser er udgangspunktet, at partens interesser vejer tungt. Det vil sige, at der skal ganske meget til for, at partens aktindsigt kan udskydes. Jeg gør desuden gældende, at afvejningen af, om en indsigelse mod udlevering af oplysninger skal imødekommes, eller en klage gives opsættende virkning, skal behandles restriktivt. En udsættelse skal være begrundet i behov for væsentlige hensyn til tredjepartens tarv, på bekostning af det overordnede hensyn til offentlighedslovens hovedformål som angivet i lovens § 1. Det er en forudsætning for at tillægge en tredjeparts klage opsættende virkning, at klagen rejser berettiget tvivl om den aktindsigtssøgendes ret til aktindsigt.*

Jeg har i min klage gjort gældende, at der ikke i As indsigelse mod min aktindsigt var grundlag for at forhale min aktindsigt, som det er sket.

Vedr. min klage over afslag på aktindsigt i Finanstilsynets bestyrelses bestyrelsesreferat den 14. juni 2016:

Min anmodning er afgrænset til den del af bestyrelsesreferatet, der angår Finanstilsynets bestyrelses overvejelser og beslutning om, at A overholdte god skik i begrundelsen for As bidragsforhøjelser. Jeg henviser til min klages afsnit 3 (klagens side 29), som Finanstilsynet ikke har forholdt sig til i indstillingen til Erhvervsankenævnet. Som det også fremgår, har jeg alene klaget over afslag på aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet.

De dokumenter, jeg modtog fra Finanstilsynet i forbindelse med min aktindsigt, og som jeg henviser til i klagen, er indarbejdet i klagen som elektroniske filer, der kan åbnes direkte fra Word dokumentet. Se klagens bilagsoversigt, side 31. Hvis dette giver anledning til it-problemer, kan jeg fremsende bilagene særskilt.”

Ankenævnet udtaler:

1. Finanstilsynets sagsbehandling

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 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 finansiel virksomhed kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven ind-

bringes for Erhvervsankenævnet. Det samme gælder Finanstilsynets afgørelser om aktindsigt, jf. nærmere offentlighedslovens § 37, stk. 1.

Klager har i forbindelse med sagens indbringelse for Erhvervsankenævnet blandt andet anført en række kritikpunkter vedrørende Finanstilsynets sagsbehandling i forbindelse med klagerens anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets j.nr. 6850-0008, herunder sagsbehandlingstiden. Ved skrivelse af 29. november 2016 anføres det af klager, at ”Min klage den 2. november 2016 er ikke en klage over dårlig sagsbehandling. Det er en klage over, at Finanstilsynet har overtrådt bestemmelser i offentlighedsloven ved behandling af min anmodning af 18. april 2016 om aktindsigt. Jeg har bl.a. klaget over sagsbehandlingstiden og over, at de begrundelser, Finanstilsynet har givet for at udsætte min aktindsigt, er mangelfulde og usaglige.”

Det af klager anførte vedrørende tilsynets sagsbehandling – herunder klagen over sagsbehandlingstiden, mangelfulde begrundelser for sagsbehandlingsskridt og over at tilsynet har tillagt A's klage til Erhvervsankenævnet opsættende virkning som sket – er ikke omfattet af ankenævnets kompetence som rekursinstans for administrative afgørelser, jf. nærmere § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2, i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet. Ankenævnet kan således ikke realitetsbehandle denne del af klagen.

2. Aktindsigt i bestyrelsesreferatet mv. i sagen vedrørende mødet den 14. juni 2016 i Finanstilsynets bestyrelse

Klager har den 6. oktober 2016 anmodet om aktindsigt i bestyrelsesreferatet mv. vedrørende Finanstilsynets bestyrelsesmøde den 14. juni 2016 vedrørende tilsynets j.nr. 6850-0008. Ved klagers skrivelse af 29. november 2016 under ankenævnetsbehandlingen anføres det, at anmodningen er afgrænset til ”den del af bestyrelsesreferatet, der angår Finanstilsynets bestyrelses overvejelser og beslutning om, at A overholdte god skik i begrundelsen for A's bidragsforhøjelser... Som det også fremgår, har jeg alene klaget over afslag på aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet”.

Det omhandlede bestyrelsesreferat er et internt dokument omfattet af offentlighedslovens § 23, stk. 1, og således som udgangspunkt undtaget fra aktindsigt.

Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 23-25, jf. meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14, stk. 1.

Af lovbemærkningerne (L144 af 7. februar 2013) til § 14 fremgår:

”Myndighederne er efter bestemmelsen alene forpligtet til af egen drift at overveje, om der kan meddeles aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet, mens myndighederne efter bestemmelsen ikke er forpligtet til at give aktindsigt. I forbindelse med vurderingen af, om der kan meddeles aktindsigt efter stk. 1, må der – som efter gældende ret – foretages en afvejning af modstående interesser. Der skal således på den ene side tages hensyn til styrken, svagheden eller fraværet af den aktindsigtssøgendes interesse i at få indsigt i de pågældende dokumenter og oplysninger, og på den anden side styrken af den beskyttelsesinteresse, der ligger bag den pågældende undtagelsesbestemmelse og andre lovlige hensyn.”

Af lovbemærkninger (L144 af 7. februar 2013) fremgår følgende om den beskyttelsesinteresse, som § 23 skal sikre:

”Bestemmelserne i stk. 1, nr. 1-3, har til formål at sikre en beskyttelse af forvaltningsmyndighedernes interne og politiske beslutningsproces samt de forskellige stadier af disse processer. Herudover har bestemmelserne til formål at sikre en beskyttelse af de offentligt ansattes arbejdsvilkår derved, at de sikres adgang til på en fri og formløs måde at foretage deres overvejelser og udføre det forberedende arbejde, uden det pres en eventuel senere offentliggørelse af ufærdige eller foreløbige overvejelser kan udgøre.”

Ankenævnet finder, at der ikke er fornødent grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurdering af, at hensynet til Finanstilsynets interne beslutningsproces, herunder bestyrelsens mulighed for frie drøftelser, vejer tungere end klagers interesse i at få aktindsigt i bestyrelsens overvejelser og beslutning om, at A overholdte god skik i begrundelsen for bidragsforhøjelserne.

Ankenævnet tiltræder således, at klager ikke er meddelt aktindsigt, heller ikke efter meroffentlighedsprincippet i offentlighedslovens § 14, stk. 1.

5) Kendelse af den 21. december 2016 (J.nr. 2016-4747).

Klagers stemmeret tilknyttet kapitalandele i B (andelskasse) ophævet, idet klager modvirkede en fornuftig og forsvarlig forvaltning af andelskassen.

Lov om finansiel virksomhed § 5, § 61, § 61 a, § 62 og § 88, § 117 selskabslovens § 131 samt bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter bilag 6, punkt 8.

(Lone Møller og Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 1. juni 2016 har advokat A på vegne af K klaget over Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016 vedrørende ophævelse af stemmeretten, der er knyttet til de andelsbeviser i B (andelskasse), der direkte eller indirekte er ejet af K.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016 hedder det:

”Afgørelse - § 62 i lov om finansiel virksomhed

1. Afgørelse og klagevejledning

Det er Finanstilsynets vurdering, at K modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B (herefter instituttet), hvori K direkte og indirekte besidder en ejerandel via andelsbeviser (herefter kapitalbeviser) på ca. 30 pct. med dertil hørende stemmeret.

På baggrund af ovenstående ophæver Finanstilsynet i medfør af § 62, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, stemmeretten, der er knyttet til de kapitalbeviser i instituttet, der er ejet af K.

...

2. Sagsfremstilling

2.1. Om instituttet

Instituttet er et mindre pengeinstitut i København med ca. 15 ansatte. Instituttet er under skærpet tilsyn. Ejerandelen er hovedsageligt fordelt mellem tre investorer, der tilsammen ejer ca. 90 % af instituttet (C (A/S) har ca. 30 pct., K ejer direkte og indirekte ligeledes ca. 30 pct. og tredje-part også ca. 30 pct.).

2.2. K's rolle i instituttet

K erhvervede en kvalificeret ejerandel i instituttet i forbindelse med, at Finanstilsynet den 25. april 2014 stillede et kapitalgrundlagskrav til instituttet med en frist for opfyldelse til den 27. april 2014. Fristen blev forlænget til den 4. maj 2014. På baggrund af kapitalgrundlagskravet blev der i maj 2014 indskudt ny kapital i instituttet fra blandt andre K via en række af hans selskaber. Ved indskuddet af den nye kapital fik instituttet en ny ejerkreds med betydelige kvalificerede ejerandele. Den nye ejerkreds fik samtidig væsentlig indflydelse, da instituttets stemmeretsbegrænsninger blev ophævet.

Følgende selskaber og personer relateret til K erhvervede direkte eller indirekte en kvalificeret andel i instituttet:

- K (A/S) erhvervede indirekte en kvalificeret andel.
- D (ApS) erhvervede indirekte en kvalificeret andel.
- E (ApS) erhvervede indirekte en kvalificeret andel.
- F (A/S) erhvervede direkte en kvalificeret andel.
- G (A/S) erhvervede direkte en kvalificeret andel.

Ved Finanstilsynets godkendelse af ovenstående erhvervelser den 2. maj 2014, lagde Finanstilsynet vægt på, at erhververne oplyste, at de ville fortsætte instituttets forretningsmodel.

H har eksisteret siden 1987, og selskabets kerneområde er handel med unoterede aktier i Danmark. K erhvervede H i september 2011.

I forbindelse med indskuddet af ny andelskapital i instituttet indtrådte K den 3. maj 2014 som formand for bestyrelsen i instituttet.

Den 15. maj 2014 indtrådte Ks hustru I som direktør i instituttet. Den 19. maj 2014 fratrådte K som bestyrelsesformand, men forblev i bestyrelsen som almindeligt bestyrelsesmedlem. Den 4. juni 2014 udtrådte K af bestyrelsen i instituttet efter dialog med Finanstilsynet om habilitetsproblemer ved, at hans hustru var direktør, og han var bestyrelsesmedlem.

Den 1. marts 2015 fratrådte I sin stilling som direktør i instituttet. I forlængelse heraf tiltrådte K i november 2015 igen i bestyrelsen for instituttet, og siden 17. december 2015 har K været bestyrelsesformand i instituttet, idet den tidligere formand, J, ønskede at udtræde af bestyrelsen i utide.

K er i dag adm. direktør og bestyrelsesmedlem i H ved siden af sin formandspost i instituttets bestyrelse. Herudover varetager K en række andre hverv.

I perioden mellem Ks bestyrelsesposter i instituttet var K konsulent i instituttet. K var således tilknyttet som konsulent siden august 2014 og har her haft særligt ansvar for instituttets nødlidende kunder med en relation til L.

K har ligeledes som konsulent deltaget i væsentlige strategiske beslutninger i instituttet, da K deltog i ansættelsen af M som direktør i instituttet. Det fremgår således af bestyrelsesprotokollen fra 22. januar 2015, at:

”Formanden og K havde samme dag afholdt møde med M, hvis CV var fremsendt til bestyrelsen inden mødet. Ansættelsen og Ms kompetencer blev drøftet. Formanden indstillede, at bestyrelsen godkendte ansættelsen af den nye direktør fra den 1. marts 2015.”

På samme møde deltog K endvidere under punktet ”Strategi” og gennemgik den til bestyrelsen udarbejdede præsentation om øget samarbejde mellem H og instituttet.

Samarbejdet har bl.a. udmøntet sig i, at H har henvist en række kundesager til instituttet. H har modtaget formidlingsprovision herfor.

K har siden 8. august 2014 desuden haft adgang til instituttets N-systemer på lige fod med instituttets ansatte via en eToken. Det bemærkes, at instituttets revision har undersøgt forholdet nærmere, og N kan ikke se, om K har benyttet adgangen i perioden fra den 8. august til den 1. juni 2015, dog kan N se, at K ikke har udnyttet adgangen siden den 1. juni 2015, og at adgangen nu er lukket.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at H, som K er direktør i og ejer mindst 50 pct. af, i december 2015 modtog en påtale for at have udført aktiviteter, som kræver tilladelse som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed, uden at selskabet har haft denne tilladelse. Det drejer sig om, at selskabet har modtaget og formidlet ordrer, have handlet for egen regning og have stillet afsætningsgarantier.

2.3. Påbud i rapport om undersøgelse af instituttet af 11. maj 2015

Finanstilsynet gennemførte i perioden 26. januar til den 3. februar 2015 en undersøgelse af instituttet. Rapporten vedlægges som bilag ...

Finanstilsynet gav i den forbindelse instituttet en række påbud og påtaler, hvor tre af påbuddene var rettet direkte mod bestyrelsen. Der blev således bl.a. meddelt påbud vedrørende:

- Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter.
- Bestyrelsens håndtering af habilitet.
- Kreditgivning.

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet konstaterede, at bestyrelsens forretningsorden gav mulighed for, at man kunne anvende eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne. Finanstilsynet bemærkede også flere tilfælde, hvor bestyrelsen havde anvendt eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.

Det blev påpeget af Finanstilsynet, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt delta-

gelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8 i bekendtgørelse nr. 1289 af 9. december 2014 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen).

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B skal derfor indsnævre muligheden i forretningsordenen for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger.”

I instituttets redegørelse af 11. august 2015 som opfølgning på påbudde-
ne oplyste instituttet, at man havde ændret bestyrelsens forretningsorden
for at indsnævre muligheden for anvendelse af eksterne konsulenter ved
bestyrelsesmøderne.

Det fremgår herefter af forretningsordenen, at:

*”Der må ikke deltage uvedkommende personer ved møderne, hvis der
behandles emner omfattet af lov om finansiel virksomhed § 117 (tavs-
hedsbestemmelserne). Suppleanter til bestyrelsen kan deltage i besty-
relsesmøder.*

[...]

*Bestyrelsen kan beslutte at ansatte i B kan deltage i et bestyrelsesmø-
de, eventuelt alene i enkelte punkter på dagsordenen. Tilsvarende kan
bestyrelsen beslutte, at rådgivere i enkeltstående tilfælde kan deltage.
Ansatte eller rådgivere, der deltager på bestyrelsesmøder, modtager
kun informationer, som relevant og påkrævet.”* Redegørelsen ved-
lægges som bilag ...

Bestyrelsens håndtering af habilitet i bestyrelsen

Finanstilsynet kunne konstatere, at mails vedrørende bevilling af en ek-
sponering, hvor et bestyrelsesmedlem var inhabilt, blev sendt til ved-
kommende, hvilket svarer til, at vedkommende er til stede ved behand-
lingen, idet vedkommende har mulighed for – via andre kanaler end
mail-strengen – at påvirke de andre bestyrelsesmedlemmers beslutning.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

*”B påbydes at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke må være til
stede ved behandlingen af en sag, ikke modtager mail-
korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen er truffet.”*

Hertil oplyste instituttet i ovennævnte redegørelse, jf. bilag ... , at man
søgte problemstillingen vedrørende inhabile bestyrelsesmedlemmers del-
tagelse ved bestyrelsesmøderne imødekommet ved øget opmærksomhed
og indskærpelse af at undgå dette.

Utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Finanstilsynet konstaterede, at beslutningsgrundlaget for bestyrelsens bevillinger fremstod mangelfuldt flere steder. I den forbindelse bemærkede Finanstilsynet, at der i flere tilfælde manglede:

- Oplysninger om formålet med en kredit.
- Analyser og stillingtagen til kundernes fremtidige indtjening og likviditet.
- Analyser af kundernes reelle formue samt en nærmere vurdering af værdien af sikkerheder.
- Angivelser af, hvorvidt eksponeringerne var i overensstemmelse med instituttets kreditpolitik, herunder eksponeringens størrelse i forhold til kreditpolitikens grænser.

På baggrund af ovenstående, samt det forhold, at bestyrelsens protokol ikke afspejlede de på møderne førte drøftelser, fik instituttet følgende påbud:

”B påbydes at sikre, at bestyrelsens protokol afspejler de på møderne førte drøftelser, herunder de væsentligste risikovurderinger og trufne beslutninger samt forudsætningerne herfor.”

I forlængelse af ovenstående modtog instituttet endvidere et påbud:

”Bs påbydes at præcisere og uddybe forretningsgangen for bevilling af eksponeringer, så den på fyldestgørende måde beskriver fremgangsmåden for bevilling af eksponeringer og de forhold, den enkelte medarbejder skal lægge vægt på i den forbindelse.”

Det bemærkes, at instituttet allerede på møde med Finanstilsynet den 8. december 2014 vedrørende udviklingen i instituttet, herunder instituttets strategi for fremtiden, blev informeret om det mangelfulde beslutningsgrundlag.

2.4. Påbud ved afsluttende møde 15. marts 2016

Finanstilsynet gennemførte i perioden december 2015 og januar 2016 en ny undersøgelse af instituttet. Finanstilsynet kunne på den baggrund konstatere, at instituttet fortsat havde udfordringer på ledelsesniveau, og der blev ved afsluttende møde den 15. marts 2016 meddelt instituttet en række påbud, hvoraf flere relaterede sig til påbuddene afgivet i maj 2015. Plancher af 15. marts 2016 udarbejdet til brug for det afsluttende møde vedlægges som bilag ...

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet meddelte instituttets bestyrelse endnu et påbud om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

Finanstilsynet konstaterede ved den seneste undersøgelse, at instituttet i meget vidt omfang har anvendt O som ekstern konsulent ved bestyrelsesmøder.

O arbejder som general counsel i C. Det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet 12. november 2015, at K er med til at beskrive O som en vigtig rådgiver i forbindelse med fastlæggelse af fremtidige processer, da O har specialer inden for strategi, effektivisering og digitalisering samt udvikling af processer herom. Der ses ikke af protokollatet at have været en drøftelse af, hvori O's rolle mere præcist skal bestå, ligesom der ikke er taget stilling til, hvordan bestyrelsen forholder sig til, at O derved får kendskab til fortrolige oplysninger ligesom der ikke er taget stilling til, om O's tilstedeværelse strider mod bestyrelsens forretningsorden og påbud fra Finanstilsynet af maj 2015.

Af samme protokollat fremgår, at K anførte, at han var bekendt med, at finansielle virksomheder ikke generelt kunne have observatører til stede ved møderne af hensyn til tavshedsbelagte kundeoplysninger. Da O imidlertid repræsenterede en anden virksomhed, der var underlagt tilsyn [fodnote: C har tilladelse om et betalingstjenesteinstitut, dvs. primært som betalingsformidler. C foretager ikke kreditbevillinger.], kunne O desuagtet agere en vigtig rådgiver for instituttet.

Ved de efterfølgende bestyrelsesmøder blev O's tilstedeværelse ikke drøftet, idet der blot blev henvist til det fortsatte behov for hans specialviden.

Finanstilsynet anmodede i forbindelse med undersøgelsen instituttet om at oplyse, hvorvidt der er indgået en kontrakt med O om, hvilke konsulenttydelser han skal levere og i bekræftende fald fremsende kontrakten. Finanstilsynet har ikke modtaget en konsulentkontrakt eller anden dokumentation vedrørende O's arbejde for instituttet. O modtager efter det oplyste ikke løn eller honorar fra instituttet.

Udover den fortsatte tilstedeværelse af uvedkommende personer på bestyrelsesmøderne konstaterede Finanstilsynet, at brugen af eksterne konsulenter var øget væsentligt fra et sporadisk brug af forskellige konsulenter til nu at have en nærmest permanent karakter. Finanstilsynet konstaterede på den baggrund, at instituttet i praksis ikke havde foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne, jf. påbud af maj 2015.

Påbuddet på det afsluttende møde den 15. marts 2016 blev meddelt med henvisning til, at den fortsatte brug af eksterne konsulenter var i strid med bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen) bilag 6 pkt. 8 og indebar en betydelig risiko for overtrædelse af § 117, i lov om finansiell virksomhed. Det følger af ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan beslutte, at der kan være rådgivere tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen. Da der hverken var tale om enkeltstående tilfælde, eller at bestyrelsen havde angivet, hvilke punkter på dagsordenen O skulle deltage i, var O's deltagelse på bestyrelsesmøderne i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Bestyrelsen havde heller ikke taget konkret stilling til, hvori Os arbejde

for instituttet bestod, udover et meget generelt opdrag beskrevet af K og P.

Finanstilsynet konstaterede endvidere, at O gentagne gange havde fået udleveret skriftligt materiale med kundeoplysninger i forbindelse med behandling af kreditindstillinger på bestyrelsesmøderne. Denne fremgangsmåde er efter Finanstilsynets opfattelse en overtrædelse af reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. § 117, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet vurderede i den forbindelse, at videregivelsen af disse fortrolige oplysninger var uberettiget, da Os rolle i instituttet var udefineret, og da det således ikke var dokumenteret, at videregivelse af oplysningerne skete som led i et berettiget virke for instituttet.

K's håndtering af egen habilitet

a. kreditgivning

Finanstilsynet meddelte på ny instituttet påbud om at sikre, at personer i instituttet, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

Finanstilsynet konstaterede i forbindelse med undersøgelsen, at foranstaltningerne vedrørende påbud af maj 2015 var utilstrækkelige, da behandlingen af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmerne fortsat var i strid med selskabslovens § 131, jf. § 88, i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår således af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, at:

”bestyrelsen havde forinden mødet fået tilsendt bestyrelseskreditreferat fra den 11. november 2015 som bilag 3.1., syv creditsager til orientering som bilag 3.2., kreditindstillinger vedrørende Q, K og I, R, S og V som bilag 3.3., med underbilag for S og V som henholdsvis bilag 3.3. 1 og 2 [...]”

Finanstilsynet vurderede i forbindelse med påbuddet, at det stred mod selskabslovens § 131, jf. § 88, i lov om finansiel virksomhed og ledelsesbekendtgørelsens bilag 6 pkt. 13, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, at inhabile bestyrelsesmedlemmer var til stede under deres egne creditsagers behandling. Finanstilsynet lagde til grund, at det var bestyrelsesmedlemmernes pligt at sikre sig, at bestyrelsen kunne handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det sås ikke af bestyrelsesprotokollaterne fra mødet, at K havde forholdt sig til, hvorvidt han selv eller de øvrige bestyrelsesmedlemmer ved at modtage egne kreditindstillinger overtrådte selskabslovens § 131, jf. § 88, i lov om finansiel virksomhed og ledelsesbekendtgørelsens bilag 6 pkt. 13, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Af bestyrelsesprotokollatet fra samme møde fremgår det desuden, at bestyrelsens behandling af låneindstillingen for S blev præsenteret af O,

som bl.a. kunne oplyse, at S var en stor kunde for C. O er som nævnt ikke ansat i instituttet, men arbejder derimod for C. Det fremgår ikke af protokollatet, at K tog stilling til, hvorvidt P i sin egenskab af ejer af C måtte være inhabil eller hvorvidt O som ansat i C kunne forestå fremlæggelsen af kreditbevillingen.

Det fremgår endvidere, at O på mødet anmoder om en fuldmagt til sig selv og H til at forestå de videre forhandlinger med S på instituttets vegne. Det fremgår ikke af protokollatet, at K i den forbindelse tager stilling til sin egen habilitet i lyset af, at H, som han ejer en betydelig del af, skal forestå det videre arbejde forventeligt mod en provision.

Endelig deltager K i behandlingen af kreditbevillinger, hvor ansøgeren samtidig har tætte forretningsforbindelser til H, der efter aftale også modtager formidlingsprovision fra B.

Det drejer sig f.eks. om bevillingen af eksponeringen med T på bestyrelsesmødet den 26. november 2015. Kunden er ud fra oplysningerne i bestyrelsesreferatet henvist af K og H, der samtidig med bevillingen skulle forestå en større kapitalrejsning for selskabet, hvorfor selskabet også udgjorde en væsentlig forretningsforbindelse for H.

Ved at henvise kunden til B har H og K vist en forudindtaget positiv holdning over for bevillingen af en eksponering. På grund af kundens forretninger med H, kan det dog ikke udelukkes, at en sådan holdning er påvirket af de økonomiske interesser hos H. På trods heraf har K ikke erklæret sig selv inhabil ved behandlingen af låneansøgningen. Det er ikke over for Finanstilsynet oplyst, hvorvidt H i dette tilfælde faktisk beregner sig henvisningsprovision i overensstemmelse med aftalen herom.

b. Erhvervelse af visse aktiviteter fra H

Finanstilsynet meddelte endvidere påbud om, at bestyrelsen skulle sikre et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag ved erhvervelse af nye aktiviteter. Derudover blev der meddelt påbud om, at bestyrelsen skulle sikre, at inhabile medlemmer ikke deltog i behandlingen af erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet havde gentagne gange tilkendegivet over for instituttet, at Finanstilsynet om muligt ville orienteres ved påbegyndelse eller erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet blev som følge heraf den 9. oktober 2015 på et møde præsenteret for en sammenlægning af instituttets og H's aktiviteter. Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Godt halvanden måned efter mødet besluttede bestyrelsen alligevel at købe U af H. Inden salget til instituttet havde H lagt aktiviteterne i U ud i et selvstændigt datterselskab, U, hvorfor aktiviteterne i U alene var en del af H's samlede aktiviteter.

Ved bestyrelsesmødet den 12. november 2015 havde K udtrykt ønske om, at instituttet overtog nogle af H' aktiviteter, som efter Ks opfattelse ville ligge naturligt i et pengeinstitut, og han tilkendegav, at han ville medbringe et beslutningsgrundlag på det kommende bestyrelsesmøde. K gav ikke udtryk for, hvorledes en sådan overtagelse sås at være i instituttets interesse samt, hvorvidt dette kunne holdes inden for instituttets forretningsmodel. Der blev ikke – hverken fra Ks eller de øvrige bestyrelsesmedlemmers side – stillet spørgsmålstejn ved, hvorvidt K havde mandat fra den øvrige bestyrelse i instituttet til at medbringe et beslutningsgrundlag, eller om dette var i strid med habilitetsreglerne/god selskabsledelse.

På det efterfølgende bestyrelsesmøde den 26. november 2015, hvor instituttet besluttede at overtage U fra H, forelagde K (som sælger) en salgspræsentation for bestyrelsen (som køber). K havde desuden medbragt materiale vedrørende transaktionen, hvor Ks eget forslag til prisfastsættelse bl.a. fremgik. Prisforslaget indeholdt bl.a. et ønske om, at K modtog betaling i form af nyudstedte andelsbeviser. Disse andelsbeviser skulle indgå med en pris svarende til indre værdi uagtet, at øvrige andelshavere ikke ville kunne handle andelsbeviser til denne pris.

Det fremgår ikke af protokollatet, at bestyrelsen blev præsenteret for andet materiale. Den tidligere bestyrelsesformand J havde på bestyrelsesmødet den 17. september 2015 udtrykt ønske om, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af U, da der ville være tale om en handel mellem nærtstående parter. En sådan værdiansættelse ses ikke at være indhentet.

Salgspræsentationen og transaktionsmaterialet udgjorde således beslutningsgrundlaget for bestyrelsen. Både K og hans ægtefælle I var til stede under præsentationen og forlod først lokalet efter salgspræsentationen og bestyrelsens indledende diskussion af prisen for U.

K har således deltaget i behandlingen af købet af U, hvor han havde en særskilt økonomisk interesse, i og med han repræsenterede sælger. Det var derfor ikke tilstrækkeligt, at K forlod lokalet, da den endelige beslutning skulle tages, da han inden da havde haft mulighed for at påvirke bestyrelsens endelige beslutning. K burde således slet ikke have været til stede under bestyrelsens behandling af spørgsmålet om købet, idet dette hindrede, at bestyrelsen kunne have en fri drøftelse uafhængig af særinteresser.

Derudover burde K som formand have sikret sig, at der forelå et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag til bestyrelsen uafhængigt af Ks særinteresser som sælger.

Finanstilsynet meddelte i marts 2016 påbud om, at instituttets ledelse inden erhvervelse eller påbegyndelse af nye forretningsområder og aktiviteter altid skal sikre sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i form af passende analyser af lovgrundlaget, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt at kunne ud-

øve aktiviteterne og på betryggende vis håndtere de risici, der er forbundet med de pågældende forretningsområder og aktiviteter.

Dette påbud er blandt andet begrundet i bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag om erhvervelse af U af H.

Et pengeinstitut skal således forinden erhvervelse eller påbegyndelse af nye aktiviteter sikre sig, at det har de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer i organisationen til at kunne håndtere den pågældende aktivitet på betryggende vis. Endvidere bør det altid forinden afdækkes, hvorvidt den pågældende aktivitet lovligt kan udøves inden for de påtænkte rammer. Bestyrelsen havde ikke foretaget en sådan grundig analyse af disse forhold.

I stedet udgjordes bestyrelsens beslutningsgrundlag alene af Ks salgspresentation samt Ks forslag til prisfastsættelse som nævnt ovenfor. K havde i sin rolle som sælger udarbejdet en præsentation over selve transaktionen, som ikke indeholdt en analyse af ovenstående. Finanstilsynet lagde på den baggrund til grund, at K i høj grad havde været medvirkende til, at bestyrelsens beslutning om at erhverve U skete på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag.

Finanstilsynet konstaterede efterfølgende, at erhvervelsen medførte en række overtrædelser af den finansielle regulering:

- Konstruktionen krævede værdipapirhandelstilladelse, hvilket U ikke havde.
- § 181, i lov om finansiel virksomhed, og bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner var ligeledes overtrådt.
- Direktionens videredelegeringsbeføjelser til U i § 70-instruksen kunne medføre outsourcing, hvilket er et bestyrelsesanliggende og skal ske i overensstemmelse med kravene hertil i outsourcing-bekendtgørelsen.

Kreditgivning

Finanstilsynet kunne ved den gennemførte inspektion endnu engang konstatere mangler ved instituttets kreditgivning, og instituttet fik derfor nye påbud på dette område, da Finanstilsynet vurderede forholdene som uforsvarlig kreditgivning.

Utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Finanstilsynet vurderede, at instituttets kreditindstillinger samt beskrivelser heraf, i strid med påbuddet fra 2015, i flere tilfælde ikke virkede betryggende:

- Virker flere steder rodet og ustruktureret, hvilket gør det svært at danne sig et overblik.
- Ikke tilstrækkelig beskrivelse eller analyse af vigtige økonomiske oplysninger, eller ikke fremhævet/opstillet på en let overskuelig måde.

- Langt hen ad vejen tale om eksponeringer med ejerkredsen samt ejerkredsens netværk.

På baggrund heraf modtog instituttet følgende påbud:

”B skal sikre tilstrækkelige og overskuelige beskrivelser af alle relevante forhold omkring ansøgernes relationer samt personlige og økonomiske forhold, således at B sikrer et forsvarligt bevillings-grundlag i alle kreditindstillinger. B skal samtidig sikre, at beslutningsgrundlaget ved bevillinger er betryggende og er i overensstemmelse med kravene i ledelsesbekendtgørelsen, bilag 1, pkt. 14.”

Som eksempel herpå kan nævnes bevillingen til T. Der bevilges et stående lån på t.kr. 4.000 med to års løbetid (til 10 % p.a.) til T Denmark ApS under stiftelse.

Likviditeten skal bruges til *”udviklingsformål i koncernen, særligt køb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor”*. Koncernen består af moderselskabet T, Inc. (USA), der er noteret på Oslo Børs, og datterselskabet T Ltd. (Malta).

Instituttet mener, at der er tale om en investeringskredit til V mod pant i et børsnoteret udenlandsk selskab. Der etableres pant i aktier for nom. t.kr. 6.000 i moderselskabet og ubegrænsede kautioner fra de to øvrige koncernselskaber. Der laves en stop-loss aftale ved 30 % kursfald på aktierne i forhold til kursen på etableringstidspunktet. (I låneindstillingen angives børsværdien af de pantsatte aktier at være 8 mio. kr.).

Af låneindstillingen fremgår det, at:

”H er i færd med en større kapitalrejsning / obligationsudstedelse, hvorfor nærværende lån er et bridgelån. B forventes at erstatte denne lånesag med et tilsvarende obligationsopkøb.”

Følgende er anført som talende for en bevilling:

- God sikkerhed
- God økonomisk udvikling i moderselskabet
- God rente på lån af en pæn størrelse
- Mulighed for yderligere indtjening via H's forestående transaktion

Imod bevilling er anført:

- Lidt ukendt land

Bevillingen er vedlagt seneste kvartalsregnskaber fra moderselskabet samt prospekt og 2014-regnskab.

Der er ikke foretaget nogen regnskabsanalyser i kreditindstillingen. I forhold til sikkerheden er der ikke analyseret på risikoen for værdien af

pant i aktier i koncernen, hvis selskabet bliver nødlidende og det dermed er nødvendigt for instituttet at realisere pantet. Tilsvarende er der ikke analyseret på risikoen ved at yde lån til et selskab i en udenlandsk koncern, som kan have en række andre bankforbindelser i andre lande. I tilfælde af at virksomheden bliver nødlidende, vil instituttet dermed skulle forholde sig til en række spørgsmål på tværs af jurisdiktioner, hvilket var uden for instituttets normale virkefelt.

Bestyrelsen ses således ikke at have forholdt sig til de væsentlige risici, der er forbundet med ovenstående kreditgivning. Tværtimod konstateres det, at der er tale om ”lidt ukendt land”, uden at dette giver anledning til at foretage nogen tilbundsgående analyser af forholdene. Dette på trods af, at Finanstilsynet tidligere havde påtalt instituttets mangelfulde kreditgivning, hvilket burde have givet anledning til, at bestyrelsen var væsentlig mere agtpågivende ved nye kreditgivninger i særdeleshed når der var tale om nye kunder og forretningsområder.

Det er efter Finanstilsynets opfattelse en skærpende omstændighed, at kreditgivningen gives til et selskab, som flere af instituttets bestyrelsesmedlemmer har en særskilt interesse i i forhold til deres eget virke i andre virksomheder.

3. Retligt grundlag

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 62, stk. 1, at Finanstilsynet kan ophæve den stemmeret der er tilknyttet den pågældende erhververs kapitalandele eller påbyde virksomheden at følge bestemte retningslinjer, såfremt erhververen ikke opfylder kravene i § 61 a, stk. 1. Af bemærkningerne til § 62, stk. 1 [fodnote: L 453 2003 § 61, stk. 1. Bestemmelsen blev konsekvensændret ved L 133 2009 § 1, nr. 5, hvor det blev præciseret, at det er de samme kriterier, som skal lægges til grund ved vurderingen af, hvorvidt en erhvervelse af en kvalificeret andel kan godkendes, som skal lægges til grund ved vurderingen af, om en besidder af en kvalificeret andel modvirker en forsvarlig og fornuftig forvaltning af den finansielle virksomhed.] fremgår det, at stemmeretten kan ophæves, såfremt den pågældende ejer eksempelvis i forbindelse med ejerskab eller deltagelse i ledelsen af andre virksomheder har vist sig uegnet til at drive virksomhed på en økonomisk forsvarlig måde, f.eks. hvis den pågældende er dømt for økonomisk kriminalitet.

§ 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed omhandler, hvilke kriterier Finanstilsynet skal inddrage ved vurderingen af, hvorvidt en ansøger om erhvervelse af en kvalificeret [ejerandel], jf. § 61, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan godkendes.

I henhold til § 61, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed skal enhver fysisk eller juridisk person, eller fysiske og juridiske personer, som handler i forståelse med hinanden, på forhånd søge om godkendelse fra Finanstilsynet, såfremt de påtænker at erhverve en kvalificeret andel i en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed.

Ifølge lovbemærkningerne er baggrunden for bestemmelsen, at ejerkredsen bag en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed udøver væsentlig indflydelse på virksomhedens drift. Fysiske eller juridiske personer, som myndighederne ikke har tilstrækkelig tillid til, skal forhindres i at eje en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed, da der er risiko for, at de ikke vil medvirke til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden. [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4]

En kvalificeret andel er defineret i lov om finansiel virksomhed § 5, stk. 3, som en direkte eller indirekte besiddelse af mindst 10 pct. af kapitalen eller stemmerettighederne eller en andel, som giver mulighed for at udøve en betydelig indflydelse på ledelsen af den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomhed. Det er ikke en betingelse, at erhververen samlet erhverver en kvalificeret andel, for at der skal ske forudgående godkendelse. En mindre andel der bringer erhververens samlede kapitalandel over grænsen for kvalificerede andele, skal godkendes af Finanstilsynet. [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4]

Vurderingen af erhververen skal foretages efter § 61 a i lov om finansiel virksomhed. Ifølge § 61 a, stk. 1, skal Finanstilsynet i sin vurdering af erhververen sikre hensynet til en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den virksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes. Vurderingen skal ligeledes ske under hensyntagen til den påtænkte erhververs sandsynlige indflydelse på virksomheden, den påtænkte erhververs egnethed og den påtænkte erhververs finansielle soliditet i forhold til:

- 1) Den påtænkte erhververs omdømme.
- 2) Omdømmet og erfaringen hos den eller de personer, der efter erhvervelsen vil lede den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed.
- 3) Den påtænkte erhververs økonomiske forhold, især i forhold til arten af de forretninger, der drives eller påtænkes drevet i den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes.
- 4) Om virksomheden fortsat kan overholde tilsynskravene i lovgivningen, navnlig om den koncern, som virksomheden eventuelt kommer til at indgå i, har en struktur, der gør det muligt at gennemføre et effektivt tilsyn og en effektiv udveksling af oplysninger mellem de kompetente myndigheder samt at fastslå, hvordan ansvaret.
- 5) Om der i forbindelse med den påtænkte erhvervelse er grund til at formode, at hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme, jf. §§ 4 og 5 i lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, vil ske.

Det fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at det første kriterium indebærer en fastlæggelse af, om der hersker velbegundet tvivl om den påtænkte erhververs integritet og faglige kompetence. En sådan tvivl kan opstå som følge af tidligere erhvervsmæssig adfærd. Endvidere fremgår det af bemærkningerne, at vurderingen i høj grad vil svare til den vurdering, som foretages, når det undersøges, om et bestyrelsesmed-

lem eller direktør i en finansiel virksomhed opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af lov om finansiel virksomhed § 64. [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4]

Til det tredje kriterium fremgår det af lovbemærkningerne, at Finanstilsynet skal vurdere, om den påtænkte erhverver er økonomisk solid nok til at kunne erhverve den påtænkte andel uden at true den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomheds fortsatte eksistens ved erhvervelsen eller inden for en overskuelig fremtid. [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4]

Til det fjerde kriterium fremgår det af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at virksomheden fortsat skal kunne overholde tilsynskravene, herunder også, at virksomheden fortsat kan overholde de økonomiske krav, der stilles til en finansiel virksomhed. [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4]

Finanstilsynets konkrete afgørelse om ophævelse af stemmeretten på andelsbeviser i instituttet skal forelægges for Finanstilsynets bestyrelse jf. § 345, stk. 7, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed, da afgørelsen er af principiel karakter.

4. Høring

K fik udkastet til afgørelse i høring den 17. marts 2016 med høringsfrist til den 8. april 2016. Finanstilsynet har den 8. april 2016 modtaget høringsbemærkninger fra Ks advokat, som kommenteres nedenfor.

Høringssvaret har givet anledning til justering af enkelte faktuelle forhold. De enkelte høringsbemærkninger behandles nedenfor.

Advokaten anfører, at begrundelsen for ophævelsen af stemmeretten hovedsageligt hviler på de samme forhold, som er genstand for behandling i Finanstilsynets verserende sag om nedlæggelse af Ks bestyrelseshverv i B. Advokaten henviser derfor til disse høringsbemærkninger.

Finanstilsynet kan på den baggrund citere nedennævnte uddrag fra udkastet til afgørelse om nedlæggelse af bestyrelseshverv, som sendt til K og som vurderes at have relevans for denne afgørelse henset til de elementer, der indgår i sagsfremstillingen i nærværende afgørelse:

” ... Høringssvaret har derudover givet anledning til nedenstående bemærkninger. De anførte punkter refererer til høringssvaret, hvoraf de i afsnit 4 citerede tekster fremgår.

Pkt. 2.1 Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent

”Finanstilsynet tilkendegiver i Udkastet, at bestyrelsen ved at lade O deltage i bestyrelsesmøder som konsulent har overtrådt lov om finan-

siel virksomhed (herefter FIL) § 117 samt ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 [fodnote: BEK nr. 1321 af 25. november 2015].

Ved høringsvar af 29. februar 2016 underskrevet af advokat W vedrørende udkast til politianmeldelse for overtrædelse af FIL § 117 (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385) beskrives udførligt hensynene bag anvendelse af eksterne konsulenter i B, hvorfor der i det hele henvises hertil (se bilag ...).

Derudover henvises der i det hele til professor, dr.jur. X's notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed, der er udarbejdet for C (se bilag ...), idet det bemærkes, at det er X's vurdering, at bestemmelsen i FIL § 117 ikke generelt er til hinder for, at O deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Os virke som konsulent for B.

Det skal i øvrigt bemærkes, at B aktivt har forsøgt at få en forståelse af Finanstilsynets holdning til FIL § 117 ved telefonisk at have været i kontakt med Y, Finanstilsynet, den 26. januar 2016. Svaret på henvendelse var imidlertid, at det var en lang og akademisk diskussion, og at Finanstilsynet i øvrigt ikke ønskede at gå dybere ned i emnet.”

Høringsvarets pkt. 2.1 har givet anledning til præcisering af sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Påbuddet blev meddelt på baggrund af bestyrelsens fortsatte anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder. Finanstilsynet har redegjort for baggrunden for påbuddet i nedenstående afsnit, hvor Finanstilsynets bemærkninger til ovenstående høringsvar fremgår.

Retligt grundlag for påbuddet

Ledelsesbekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 2, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed. § 70 indeholder de grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dennes tilsynsfunktion. § 71 indeholder krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring og fastlægger de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en betryggende drift af disse virksomheder. Bekendtgørelsen udmønter således de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 til bekendtgørelsen.

En bestyrelse skal som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. § 3, nr. 8, jf. bilag 6, i ledelsesbekendtgørelsen. Bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen indeholder de nærmere krav til tilrettelæggelsen af arbejdet i bestyrelsen, herunder bestyrelses-

møder og bestyrelsens forhandlinger. Bilag 6, nr. 7-9, har følgende ordlyd:

”7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i FiL.”

Bestemmelserne er begrundet i hensynet til finansielle virksomheders særlige tavshedsforpligtelse, som følger af § 117 i lov om finansiel virksomhed. § 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiel virksomhed.

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

Finansielle virksomheders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne. Det følger således af bilag 6, nr. 7 og 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at ansatte, rådgivere og aktionærer efter bestyrelsens beslutning i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved angivne punkter på dagsorden. Det følger af nr. 9, at der uanset ovenstående ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter bl.a. § 117 i lov om finansiel virksomhed. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i instituttets forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, lagt til grund, at Os tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommen i relation til instituttet og i flere tilfælde indebærer en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at instituttet i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, og at O på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på alle bestyrelsesmøder og herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet har vurderet, at forholdene strider mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf det følger, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under angivne punkter på bestyrelsesmødet. I påbuddet er det ikke tillagt vægt, hvilken betegnelse O havde. Det har således været uden betydning for Finanstilsynets

påbud, hvorvidt O har deltaget i bestyrelsesmøderne som rådgiver, konsulent eller observatør, da det afgørende er, at Os tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne må anses for uvedkommende for instituttet. Instituttet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra 2015 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne.

Der er i høringssvaret henvist til to bilag (høringssvarets bilag 1 og 2), der begge forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilagene er udarbejdet under den forudsætning, at der foreligger en ansættelsesaftale mellem O og instituttet, og at O dermed kan betragtes som ansat af instituttet, jf. henvisningen i bilag ... til ansættelsesaftale dateret den 9. december 2015. Finanstilsynet har trods anmodning ikke tidligere modtaget en ansættelsesaftale og bemærker, at det af høringssvarets bilag 1, side 6, første punkt, fremgår, at O ikke er ansat i instituttet, idet han bistår bestyrelsen som en midlertidig foranstaltning.

Finanstilsynet bemærker, at uanset om der måtte foreligge en ansættelsesaftale af 9. december 2015 mellem O og instituttet, har O deltaget uden en ansættelsesaftale og et egentligt opdrag ved bestyrelsesmøderne den 12. og 26. november 2015.

Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride mod ledelseskendtgørelsen, vil stride mod instituttets egen forretningsorden.

Endvidere bemærkes det, at Finanstilsynet ikke er bekendt med, at instituttet har rettet henvendelse til Finanstilsynet vedrørende fortolkningen af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet kan oplyse, at O har rettet henvendelse til Finanstilsynet desangående, men at Finanstilsynet med henvisning til sin tavshedspligt afslog at drøfte fortrolige forhold vedrørende instituttet med denne.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed, og at dette forhold skal indgå i vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.1.1 Mundtlig tilkendegivelse fra tidligere bestyrelsesformand

”Finanstilsynet gør i Udkastet gældende, at tidligere bestyrelsesformand i B, J, mundtligt over for Finanstilsynet har tilkendegivet, at en af årsagerne til hans udtræden af bestyrelsen i utide, var, at han var uenig i tilstedeværelsen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.”

Finanstilsynet har udeladt afsnittet indeholdende tidligere bestyrelsesformand J's tilkendegivelser, da Finanstilsynet ikke har tillagt tilkende-

givelserne vægt ved vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.2.1 Valget af K som bestyrelsesformand

”Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 12. november 2015, at K i forbindelse med konstitueringen som formand ”udtrykte håb om, at han ikke ville blive betragtet for inhabil i alt for mange tilfælde”. Udtalelsen relaterede sig til, at F tidligere i 2015 indgik aftale om henvisningsprovision, når kunder blev henvist fra F til B.

Det er ligeledes refereret fra bestyrelsesmødet den 12. november 2015, at ”der var enighed om, at K ikke ville være inhabil, blot fordi H havde henvist en kunde til B, og denne kundes forhold skulle behandles af den ene eller anden grund. Bestyrelsen lagde netop vægt på at få tilført kompetencer og viden. HO tilføjede, at der naturligvis forsat kunne blive tale om inhabilitet, men at der skulle tages stilling i hver konkret situation, der måtte opstå.”

Af bestyrelsesprotokollatet fra 17. december 2015 fremgår det, at ”M oplyste desuden om, at en tidligere indgået henvisningsaftale med H ville blive afregnet for henvisninger modtaget i indeværende år. Aftalen om henvisningsprovision ville ikke blive fornyet efter årsskiftet, idet K nu var trådt ind i bestyrelsen, og ikke potentielt ønskede at være inhabil i lånebehandlingerne på grund af henvisningsprovision”.

Det skal i den forbindelse understreges, at der efter Ks indtræden i bestyrelsen ikke er blevet behandlet kreditindstillinger i bestyrelsen, som F fik henvisningsprovision for.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet ikke i Udkastet har foretaget en konkret vurdering af Ks ”mange forskelligartede særinteresser”. Der gøres blot en bemærkning om, at de foreligger. B mener, at Finanstilsynet ikke uden en konkret vurdering kan fastslå, om og i givet fald hvilke særinteresser K har. Der er således tale om en ikke-underbygget påstand, som ikke bør tillægges vægt ved Finanstilsynets afgørelse.

Endvidere tager Finanstilsynet ikke stilling til, om Ks påståede særlige interesser er væsentlige og stridende mod Bs interesser, hvilket er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88. I øvrigt ses dansk ret ikke at stille særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet, der rækker ud over kravene til de almindelige bestyrelsesmedlemmer.

Finanstilsynet har endvidere selv konstateret, at der ikke har vist sig at være et reelt problem, idet bestyrelsen ikke har anset K for at være inhabil i et omfattende antal tilfælde, og idet Finanstilsynet så vidt ses heller ikke har kunnet påvise et omfattende antal situationer, hvor formanden har været inhabil. Der henvises i denne forbindelse til side 7 i professor, dr.jur. Xs notat om inhabilitet for bestyrelses-

medlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i FIL, der er udarbejdet for C (se bilag 3) (herefter benævnt Inhabilitsnotatet).

Det ovenfor refererede fra bestyrelsesprotokollaterne vidner netop om, at bestyrelsen har identificeret og taget stilling til habilitetsproblematikken samt handlet ud fra den konkrete udfordring med fremtidig risiko for inhabilitet ved ikke at forny henvisningsaftalen med F. På det grundlag har bestyrelsen truffet passende foranstaltninger mod potentiel inhabilitet.”

Finanstilsynet er enig i, at K ikke kan anses for generelt inhabil i bestyrelsesarbejdet, og at der ikke i dansk ret stilles særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet. Finanstilsynet har på baggrund af pkt. 2.2.1 i høringssvaret valgt at beskrive de tilfælde, hvor der forelå inhabilitet i forbindelse med beskrivelsen af de meddelte påbud under afsnit 2 i sagsfremstillingen.

Pkt. 2.2.2 Overtagelse af U

”Det skal oplyses, at U er en hjemmeside, hvor købs- og salgsinteresser for handel med unoterede værdipapirer opslås. Handlen med unoterede værdipapirer sker nu i B, efter at B den 1. februar 2016 overtog aktiviteterne tilknyttet U fra U.

Siden sommeren 2015 har der været drøftelser uden for bestyrelsesmøderne vedrørende, om det kunne være hensigtsmæssigt at sammenlægge aktiviteterne i U med B, såfremt Finanstilsynet fastholdt, at denne aktivitet krævede tilladelse som værdipapirhandler.

Finanstilsynet har i øvrigt siden 2011, hvor K overtog aktiviteterne forbundet med U, flere gange været opmærksom på aktiviteterne, blandt andet gennem undersøgelser af Z samt Æ. Ingen af disse undersøgelser har imidlertid foranlediget Finanstilsynet til at vurdere aktiviteterne som en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed med baggrund i, at aktiviteterne krævede tilladelse som værdipapirhandler eller tilsvarende.

Bestyrelsen fandt det på bestyrelsesmødet den 26. november passende at få en præsentation af U, herunder vilkårene for overtagelsen. Det er almindelig praksis og i overensstemmelse med selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Bestyrelsen lagde stor vægt på, at såvel K som I og senere Q forlod bestyrelsesmødet, når de egentlige drøftelser vedrørende købet af U fandt sted. Bestyrelsens ageren skete således inden for rammerne af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, der tillader, at et inhabilt bestyrelsesmedlem redegør for det pågældende emne.[fodnote: Jf. side 8 i Inhabilitsnotatet.] B mener således, at Finanstilsynets påstand om inhabilitet fsva. dette forhold hviler på en ukorrekt anvendelse af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Beslutningen om at overtage U blev ikke udelukkende truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet fremlagte præsentationsmateriale, som det ellers fremgår af Udkastet. Bestyrelsen, i denne sammenhæng primært repræsenteret ved bestyrelsesmedlem og advokat Ø, har således haft indgående korrespondance med sælger, herunder sælgers advokat, Å, AA og sælgers revisor, AB, AC, Statsautoriseret Revisionspartnerselskab om relevante poster i præsentationsmaterialet, U's budget og balance samt virksomhedsoverdragelsesaftalen med bilag. I forbindelse med denne korrespondance blev der stillet – og svaret på – uddybende spørgsmål vedrørende de udvalgte poster og foretaget yderligere undersøgelser.

Det skal understreges, at K langt fra fik den pris for U, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter at han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser, og bestyrelsen havde mulighed for at drøfte sagen, så længe de ønskede.

Det gøres gældende af Finanstilsynet i Udkastet, at J ønskede, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af U. Dette fremgår imidlertid ikke af bestyrelsesprotokollatet den 17. september 2015, idet følgende er ført til protokol:

"B's retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og H overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsens drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EUR og bytteforholdet mellem B og H. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og H, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalg til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusion, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tankerne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til vedtægterne. H var som udgangspunkt ikke en reguleret virksomhed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte U."

Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem hele H og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. U er imidlertid en overordentlig beskeden del af H og beskæftiger ikke engang ét årsværk [fodnote: Hvilket illustreres ved det faktum, at U fra den 30. november 2015 til den 1. februar 2016 (hvor U på daværende tidspunkt lå i U) alene har foretaget i alt 36 handler i forskellige unoterede værdipapirer, hvilket har genereret indtægter i form af

kurtage på i alt kr. 75.736,42 jf. bilag til e-mail af 22. februar 2016.]. I forbindelse med overtagelsen af U overtog B godt nok to medarbejdere, men selve aktiviteterne relateret til U har alene udgjort et halvt årsværk.

Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af købsprisen for U, blev købsprisen afhængig af Us fremtidige performance – den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle værdien af U. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der alle var enige i, at U var en god forretningsmulighed, som var blevet forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe U. På baggrund af disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke var nødvendig.

Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på U, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af U alene ud fra en formel betragtning. Det gøres hertil gældende, at der ikke ses at være nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af U i den efterfølgende grundige revision af Bs årsrapport for 2015.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.2 valgt at beskrive påbuddet vedrørende instituttets køb af U, herunder inhabilitet, samlet, hvorfor der henvises til bemærkningerne til høringssvarets pkt. 2.4. Tilsvarende har høringssvaret ført til, at forholdet er beskrevet samlet under sagsfremstillingen i afsnit 2.

Pkt. 2.2.3 Behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer

”Finanstilsynet anfører med henvisning til påbuddet af maj 2015, at bestyrelsens behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer fortsat er utilstrækkelig, hvilket begrundes i, at bestyrelsesmedlemmer har fået tilsendt materiale vedrørende kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse.

Det er korrekt, som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, at bestyrelsesmedlemmer, der i det konkrete tilfælde var inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse, fik adgang til sådanne kreditindstillinger, som forud for mødet blev gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale på B's it-portal for bestyrelsen (Admincontrol).

Ved f.eks. bestyrelsesmødet den 26. november 2015 er kreditindstillinger vedr. Q, K og I og R gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale.

Det er B opfattelse, at der ikke er lovgivningsmæssige eller andre hindringer for, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer forevises deres egne kreditindstillinger, hvilket efter B erfaring også er praksis hos andre andelskasser og banker, og hvilket underbygges af Inhabilitsnotatet. Afgørende er det alene, at det berørte bestyrelsesmedlem ikke involveres i beslutningsprocessen for bevillingen af den kredit, hvori det pågældende bestyrelsesmedlem har en interesse.

Der henvises i denne forbindelse til Inhabilitsnotatet idet det bemærkes, at det er X's vurdering, at selskabslovens § 131, jf. FIL § 88 ikke er til hinder for, at et bestyrelsesmedlem orienteres om den øvrige bestyrelses behandling af et spørgsmål, som medlemmet ikke må deltage i behandlingen af på grund af inhabilitet.

Det er i den forbindelse afgørende at slå fast, at fremsendelse af bestyrelsesmateriale ikke har medført, at de berørte bestyrelsesmedlemmer blev involveret i beslutningsprocessen, eller at de har haft nogen form for indvirkning på den øvrige bestyrelses vurdering af kreditindstillingerne.”

Høringssvarets pkt. 2.2.3 relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning. Påbuddet blev meddelt som følge af, at Finanstilsynet har kunnet konstatere, at bestyrelsesmedlemmer i flere tilfælde har modtaget egne creditsager til orientering forud for bestyrelsesmøderne, jf. sagsfremstillingen under afsnit 2. Instituttet modtog i maj 2015 et lignende påbud.

Retligt grundlag for påbuddet

§ 131 i selskabsloven finder anvendelse på andelskasser, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, og har følgende ordlyd:

”§ 131. Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem kapitalsekskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem kapitalsekskabet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapitalsekskabets.”

Bestemmelsen er en videreførelse af § 58 i den nu ophævede aktieselskabslov. Det følger af bemærkningerne til den nugældende selskabslov [fodnote: Lov nr. 470 af 12. juni 2009 (lovforslag nr. L 170, 2008/1).], at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den

pågældende og kapitalsekskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen. Det følger videre af forarbejderne, at det forhold, at det inhabile medlem ikke kan deltage i behandlingen af et bestemt emne, ikke hindrer, de øvrige bestyrelsesmedlemmer i at bede det pågældende medlem om en redegørelse for emnet.

Om § 58 i aktieselskabsloven følger det af betænkning nr. 1498 fra november 2008 om modernisering af selskabsretten, afsnit 9.4.1.5. om habilitet og beslutningsdygtighed i bestyrelsen, side 321:

”Aktieselskabslovens § 58 tager sigte på de situationer, hvor der kan være tvivl om et ledelsesmedlems mulighed for loyalt at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen gælder, uanset om medlemmet i den konkrete situation rent faktisk viser sig i stand til at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen skal forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen) har i et notat af 16. februar 1996[fodnote: Gengivet i Erhvervsankenævnets kendelse nr. 96-76.437 af 11. februar 1997.] om habilitetsreglen i § 58 vedrørende fortolkning af ”væsentlig interesse” anført følgende:

”Hvor der er tale om en aftale med tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, er et bestyrelsesmedlem eller en direktør kun inhabil, såfremt den pågældende har en væsentlig interesse deri, som kan være stridende med selskabets interesse.

Det bemærkes, at en tredjemand kan være enhver fysisk eller juridisk person.

Bestemmelsen angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse. Med anvendelsen af formuleringen ”væsentlig interesse” er det klart, at ikke enhver interesse medfører inhabilitet. Der må således foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets interesser. Dette skal ses i sammenhæng med at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med selskabets.

Erik Werlauff, Selskabsret, (herefter Werlauff) p. 680, anfører, at et bestyrelsesmandat i et andet selskab, med hvilken der skal indgås aftale, ofte vil indebære en sådan interessekonflikt, som medfører inhabilitet. Hertil kan man tilføje, at det eksempelvis ligeledes vil kunne medføre inhabilitet, at et bestyrelsesmedlem har en betydelig aktiebesiddelse i et selskab, som der skal indgås en aftale med, eller at der består et slægts- eller venskabsforhold mellem en direktør og en person, som selskabet skal anlægge søgsmål mod.

Inhabilitet er ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen er stridende modselskabets interesse, jf. bestemmelsens

formulering "kan være stridende". Det vil derfor være uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

[...]

Sammenfattende må det konkluderes, at den juridiske litteratur overvejende støtter den opfattelse, at et inhabilt medlem må afstå fra at deltage i den forudgående drøftelse. Den juridiske litteratur må tillige antages at støtte den opfattelse, at et inhabilt ledelsesmedlem ikke, som følge af inhabiliteten, er afskåret fra enhver medvirken i forbindelse med behandlingen. Den pågældende vil således kunne medvirke til sagens oplysning, eller i øvrigt kunne stille sin eventuelle ekspertise til rådighed for den øvrige bestyrelse eller direktion.

Samtidig er det klart, at det påhviler de øvrige bestyrelsesmedlemmer, og især bestyrelsesformanden, at påse, om der foreligger et forhold efter § 58"

Herudover følger det af bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, vedrørende bevilling af eksponering mod bestyrelsesmedlemmer:

"Det skal udtrykkeligt anføres i bevillingsprotokollen henholdsvis forhandlingsprotokollen, når der behandles eksponeringer omfattet af § 78, stk. 1 og 4, i lov om finansiel virksomhed. De pågældende bestyrelsesmedlemmer og direktører må ikke være til stede under sagens behandling, og det skal protokolleres, at de ikke er til stede."

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

Finanstilsynet gentog ved det afsluttende møde i marts 2016 påbuddet om at sikre, at personer i instituttet, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning, jf. bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen og § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Indholdet af påbuddet svarer endvidere til § 13, stk. 5, i instituttets egne vedtægter, der anfører, at behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse, og punkt 1.2.7 i instituttets forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet vurderet, at deltagelse i en sags behandling ikke kan afgrænses til deltagelse på bestyrelsesmøde eller i selve beslutningen.

Det er et grundlæggende princip for god selskabsledelse, at bestyrelsen kan handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det er således essentielt for en bestyrelse, at inhabile bestyrelsesmedlemmer, som har en væsentlig særinteresse, ikke deltager i afstemning eller i øvrigt medvirker ved sagens behandling, hvor den pågældende kan påvirke bestyrelsens beslutning. Et inhabilt bestyrelsesmedlem skal således forlade lokalet under hele bestyrelsens behandling af og afstemning om sagen. Bestyrel-

sesmedlemmet anses bl.a. for inhabilt, når den pågældende selv eller ægtefællen har en særlig økonomisk interesse i sagens udfald, eller personen deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til en anden juridisk person med en særlig interesse i sagens udfald.

Finanstilsynet finder, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem gennem bestyrelsesarbejdet får kendskab til sin egen kreditindstilling, udgør et habilitetsproblem. En kreditindstilling indeholder skøn, subjektive vurderinger m.v. og oplysninger om personlige forhold. Formålet med at afskære et inhabilt bestyrelsesmedlem fra at deltage i behandlingen af egne kreditindstillinger er at sikre, at den pågældende ikke er i stand til at udøve en sådan indflydelse på de øvrige medlemmer, at det forhold, at den pågældende ikke kan deltage i afstemningen, alene bliver en formalitet. Den ansatte i instituttet, der udarbejder kreditindstillingen, kan også være påvirket af, at det bestyrelsesmedlem, som kreditindstillingen vedrører, modtager kreditindstillingen. Der er dermed risiko for, at behandlingen af sagen/kreditindstillingen er mindre kritisk.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at "almindelige kunder" heller ikke får tilsendt instituttets kreditindstillinger, hvorfor det formodes, at der ikke er tale om en almindelig orientering om kreditbehandling, som der henvises til både i høringssvaret og dets bilag 3.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet lagt vægt på, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem får oplysning om instituttets interne skøn, vurderinger m.v. samt eventuelle efterfølgende mails indeholdende drøftelser om bevillingen, medfører en risiko for, at medlemmet kan påvirke de øvrige bestyrelsesmedlemmer og derved behandlingen af sagen, når bestyrelsesmedlemmet er bekendt med instituttets anbefalinger. Det følger således af forarbejderne til den tidligere gældende § 58 i aktieselskabsloven, at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalsekskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen, dvs. bestyrelsesmedlemmets rum for deltagelse i behandlingen af sin egen creditsag eller creditsager, hvori bestyrelsesmedlemmet har en betydelig ejerandel i det selskab, der skal indgås en aftale med, skal fortolkes snævert. På den baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at der ikke er tale om en orienteringssag.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer og personer i instituttet ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

Pkt. 2.2.4 Behandling af låneindstilling for S

"Finanstilsynet tilkendegiver, at P er inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af S som følge af, at S er kunde hos C og ligeledes indgår i et kundeforhold med B, hvorved P skulle have haft en særskilt økonomisk interesse i sagen.

Købet af fordringerne fra S-gruppen er, som Finanstilsynet korrekt anfører, kommet i stand som følge af, at O og P har opnået forbindelse til S via C-gruppen.

Det er korrekt, at der ikke blev taget stilling til, hvorvidt O kunne fremlægge sagen. Dette anså alle for at være helt naturligt og fornuftigt, da han havde kontakten med og viden om S og derfor indgående kunne gøre rede for sagen. O er i sin egenskab af konsulent ikke omfattet af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til P's mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C' kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B.

Det er afgørende at fastslå, at C ikke ville nyde økonomisk gavn af, at S solgte sine fordringer til B frem for til nogen af S's eksisterende samarbejdspartnere, AD og et jysk elselskab med likviditetsoverskud, idet C alene opnår indtjening i form af et betalingsgebyr, når betalingerne af fordringerne gennemføres, uanset hvem der ejer fordringerne på betalingstidspunktet.

Under alle omstændigheder var C' økonomisk interesse i S's salg af fordringer ganske lille. Dette kan i det konkrete tilfælde illustreres med følgende udregningseksempel:

Hvis en erhverver køber fordringer fra S for kr. 10 mio., vil S have mulighed for at udlåne yderligere kr. 10 mio. til nye kunder. Ud af et udlån på kr. 10 mio. vil statistisk set ca. 70 pct. af debitorerne betale penge tilbage via kreditkort (C). De resterende tilbagebetalinger vil normalt ske som almindelige bankoverførsler. Debitorernes tilbagebetaling af kr. 7 mio. (dette skal kontraktmæssigt ske over 2 år) vil indbringe C gebyrer på maksimalt kr. 70.000, idet S betaler 1 pct. af overførselssummen i gebyr til C.

Set fra Bs synspunkt vil køb af ovennævnte fordringer for kr. 10 mio. indbringe kr. 1,1 mio. i rentemarginal over 2 år, og selv henset til, at P's procentuelle andel af B kun er halvt så stor som hans andel af C, så har P ud fra en økonomisk kalkule en væsentligt større interesse i B's økonomiske interesse i denne sag.

Det kan således konkluderes, at P ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af S, der var stridende mod Bs interesser, hvilket som nævnt er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det gøres yderligere gældende, at K og Q ikke har haft nogen "særskilt interesse" i kreditbevillingen, idet denne creditsag er kommet til B via O. Den er derfor ikke omfattet af provisionsaftalen mellem B og F.

Det følger således, at S's kreditbevilling ikke resulterer i, at der skal betales henvisningsprovision til F, da S netop ikke er blevet henvist fra F. Hverken K eller Q var derfor inhabile i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditbevilling til S, da de ligeledes ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af S, der var stridende mod Bs interesser."

...

For så vidt angår vurderingen af, om P var inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af S-indstillingen, er det Finanstilsynets vurdering, at P havde en væsentlig interesse i udfaldet af bestyrelsens beslutning, som kunne være stridende mod instituttets interesser, hvorfor han i medfør af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, ikke måtte deltage under sagens behandling.

Selskabsloven § 131 angiver ikke, hvornår der foreligger en væsentlig interesse, og enhver interesse medfører ikke nødvendigvis inhabilitet. Der skal således foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage virksomhedens interesser. Bestemmelsen er udtryk for grundlæggende krav til god selskabsledelse og har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som kan være i modstrid med virksomhedens.

Finanstilsynet har ved vurderingen af Ps habilitet i forbindelse med bestyrelsens beslutning om købet af S A/S' fordringer lagt til grund, at punktet blev sat på bestyrelsens dagsorden 14 dage efter Ps indtræden i bestyrelsen på foranledning af P og General Counsel i C, O. O præsenterede indstillingen for bestyrelsen, herunder S A/S' koncept for fakturahåndtering, som bestod i rentefri kredit til kunder, der handlede på internettet for beløb op til 4000 kr. O oplyste i den forbindelse, at S A/S var en stor kunde hos C, jf. protokollat fra bestyrelsesmøde af 26. november 2015 (bilag ...).

Det er i høringssvaret anført, at C' økonomiske interesse i S A/S' salg af fordringer var ganske lille, hvilket er illustreret ved et regneeksempel. Dette står i kontrast til Os oplysning på bestyrelsesmødet om, at S A/S var en stor kunde hos C. Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at regneeksemplet ikke er dokumenteret.

Høringssvaret indeholder herudover en beregning af instituttets fortjeneste, idet det i den forbindelse er anført, at instituttets fortjeneste ville være højere end C' og derved Ps potentielle fortjeneste. Finanstilsynet bemærker, at beregningen af instituttets potentielle fortjeneste ikke forelå på tidspunktet for bestyrelsens beslutning om godkendelse af indstillingen, jf. sagsfremstillingen i afsnit 2 om bestyrelsens utilstrækkelige bevillingsgrundlag for S-eksponeringen. I relation til vurderingen af habilitet er det imidlertid uden betydning, at det muligt inhabile medlem selv vurderer, at den potentielle fortjeneste for virksomheden er større end sin

egen potentielle fortjeneste eller den potentielle fortjeneste for den virksomhed, man er direktør for.

Inhabilitet er således ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse, og at denne interesse er af økonomisk værdi. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen strider mod virksomhedens interesse, jf. bestemmelsens formulering "kan være stridende". Det er endvidere uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

På baggrund af det samlede forløb i forbindelse med bestyrelsens behandling af S-indstillingen var det Finanstilsynets vurdering, at der var begrundet tvivl om, hvorvidt P var i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage instituttets interesser, og at han var inhabil under behandlingen af indstillingen i sin helhed. Det kan efter Finanstilsynets vurdering ikke tillægges betydning i relation til habilitetsvurderingen, hvorvidt S A/S kunne have lagt sine forretninger hos en anden bankforbindelse, da habilitetsvurderingen skal ske på baggrund af Ps forhold.

Det fremgår endvidere af høringsvaret, at P ikke var inhabil, idet kreditbevillingen blev forelagt bestyrelsen af O. Da habilitetsvurderingen som anført oven for skal ske på baggrund af Ps forhold, er dette forhold uden betydning. Finanstilsynet bemærker, at netop denne sammenblanding af personlig tilknytning til selskaber og de kunder, der ydes lån til, problematisk i forhold til habilitet.

Finanstilsynet fastholder endvidere, at de øvrige bestyrelsesmedlemmers vurdering af Ps habilitet blev foretaget på et utilstrækkeligt grundlag. Efter Finanstilsynets opfattelse udgjorde det ikke en tilstrækkelig vurdering af Ps habilitet, at bestyrelsen forholdt sig til, at det var i både instituttets og S A/S' interesse at opnå størst mulig merudlån.

Det fremgår af høringsvaret at:

"Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til Ps mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C' kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B."

En sådan grundlæggende præmis om, at instituttet og de virksomheder, som bestyrelsens medlemmer har bragt ind som kunder i instituttet, altid har sammenfaldende interesser i form af merudlån, strider efter Finanstilsynets vurdering mod bestyrelsens generelle forpligtelse til at påse, om der foreligger inhabilitet.

De øvrige bestyrelsesmedlemmer burde således konkret have overvejet Ps interesse i indstillingen, særligt henset til at indstillingen blev præsenteret af en ansat i den virksomhed, som P til daglig er direktør for og medejer af. Bestyrelsesmedlemmerne burde endvidere have overvejet, om denne form for merudlån var i instituttets interesse, herunder om det

lå inden for instituttets forretningsmodel, og om instituttet i så fald havde de fornødne kompetencer. Uden en sådan grundig gennemgang af kunde-forholdets betydning for instituttet, kan bestyrelsen ikke vurdere det enkelte bestyrelsesmedlems mulige habilitetsproblemer, idet eventuelle modstridende interesser ikke bliver blotlagt.

Pkt. 2.2.5 Kreditindstilling vedrørende T Denmark

”T Denmark blev formidlet til B af O. Kreditbevillingen til T Denmark blev således ikke omfattet af den overordnede provisionsaftale mellem F og B, eftersom sagen netop ikke blev henvist fra F. Dermed medførte kreditbevillingen til T Denmark ikke, at der blev betalt henvisningsprovision til F fra B.

På dette grundlag gøres det gældende, at hverken K eller Q gennem deres tilknytning til F på nogen måde har haft en “særskilt økonomisk interesse” i kreditbevillingen til T Denmark. K og Q var derfor ikke inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditbevillingen til T Denmark.

Det bør nævnes, at Finanstilsynet i Udkastet på ingen måde har underbygget deres argumentation for vurderingen af K og Qs anførte inhabilitet i denne sag. Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til det anvendte retsgrundlag. Dette er ikke tilfældet her, hvor der synes at foreligge en retlig mangel, jf. forvaltningslovens § 24.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringsvaret valgt at behandle kreditbevillingen af V i et samlet afsnit, hvorfor der henvises til pkt. 2.5. Det har derudover givet anledning til præcisering i sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2.

Pkt. 2.3 Bestyrelsens samlede viden og erfaring

...

Pkt. 2.4 Erhvervelse af visse aktiviteter i H

”Ved overtagelsen af U fulgte en medarbejder, der havde arbejdet med køb og salg af unoterede aktier i ca. 25 år. Aktiviteterne i U har ikke på noget tidspunkt beskæftiget et helt årsværk. Flere bestyrelsesmedlemmer og direktør R har kompetencer, viden og erfaring på området, hvilket Bs investeringsansvarlige også besidder. I forbindelse med overtagelsen fulgte der desuden forretningsgange på området. Således var de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer tilstede i forbindelse med købet.

Overtagelsen af aktiviteten havde været drøftet på bestyrelsesplan siden sommeren 2015, idet det dog alene er nævnt på bestyrelsesmøder

af 17. september 2015 og 12. november 2015 (begge bestyrelsesprotokollater har Finanstilsynet tidligere modtaget).

Finanstilsynet havde i en langvarig periode på over flere år drøftet med H, hvorvidt U var en aktivitet, der krævede tilladelse som minimum værdipapirhandler – en tilladelse som H ikke havde. I november 2015 blev H enig med Finanstilsynet om snarest at overdrage aktiviteten til B. Finanstilsynet har således længe haft kendskab til og indsigt i den påtænkte overdragelse og aktivitet.

Bs daværende bestyrelsesformand J var den eneste deltager fra B på mødet med Finanstilsynet den 9. oktober 2015. Der fremgår følgende af bestyrelsesprotokollatet den 22. oktober 2015 om dette møde:

"Formanden redegjorde for, at Bs indtjening som tidligere nævnt var under pres og burde forbedres. Det havde derfor været overvejet at sammenlægge B med H for at øge forretningsomfang og kompetence. Dette havde resulteret i den udsendte præsentation til mødet i Finanstilsynet den 9. oktober 2015.

Formanden havde forelagt præsentationen for Finanstilsynet, som havde tilkendegivet, at en fusion ville blive betragtet som en ansøgning om en helt ny bank, hvilket ville kræve godkendelse på forhånd. Finanstilsynet havde ikke kunnet se nogen umiddelbare synergier, ligesom de havde påpeget, at risikobilledet ville blive forrykket. Tilsynet mente, at der ville være en forøget risiko ved f.eks. k/s udlån, valutaforretninger, underwriting og finansiell rådgivning. Tilsynet havde påpeget, at track record for den slags omdannelser af banker ikke var god. Desuden var tilsynet ikke sikker på, at alle aktiviteterne i H lovligt kunne drives i et pengeinstitut, og tilsynet ville kræve, at B fik udarbejdet juridiske responsa herom.

Finanstilsynet havde ikke mange bemærkninger til en omdannelse til aktieselskab, men nævnte, at udbetaling af udbytte ville kræve tilsynets godkendelse, ligesom indfrielsestilbud til andelshaverne ville kræve prospekt."

Der ses således ikke at være tale om, at Finanstilsynet advarer mod, at B skulle overtage den yderst begrænsede aktivitet, som U udgør, som består i at sammenkæde et købsønske med et salgsønske af unoterede værdipapirer, uden at køber og sælger møder hinanden, hvilket i øvrigt synes at være en oplagt aktivitet for et pengeinstitut.

Såvel B som H anvendte eksterne rådgivere i form af advokater og revisorer, men heller ikke med en sådan hjælp lykkedes det desværre at gennemføre overdragelsen uden fejl. Overdragelsen af U fandt sted via overdragelse af selskabet U, der var et hertil nyoprettet datterselskab til H.

Finanstilsynet tilkendegav over for B i forlængelse af overdragelsen, at formidlingen af værdipapirer ikke fortsat måtte ske i U, idet datter-

selskabet ikke havde licens til at udøve den form for finansiel virksomhed, som aktiviteterne i U krævede.

Denne fejl blev derfor rettet straks efter, at Finanstilsynet havde påpeget forholdet, og aktiviteten blev kun drevet i datterselskabet i to måneder. Herefter overtog B disse aktiviteter. Der er redegjort nærmere om dette over for Finanstilsynet i brev af 5. februar 2016 vedrørende høring om U' aktiviteter, der udgjorde svar på Finanstilsynets høringsbrev af 28. januar 2016 (j.nr. 6517-0116), i brev af 17. februar 2016 vedrørende samme forhold, der udgjorde svar på Finanstilsynets høringsbrev af 15. februar 2016 (j.nr. 6252-0317) samt i brev af 5. april 2016 vedrørende høring til udkast til politianmeldelse af U, der udgjorde svar til Finanstilsynets høringsbrev af 30. marts 2016 (j.nr. 6517-0116).

Selv om overdragelsen reelt skete på moderselskabsniveau, er det korrekt, at Us aktiviteter formelt lå i U. Bestyrelsen er derfor enig i Finanstilsynets bedømmelse af dette forhold og skal beklage, at U' aktiviteter ikke allerede i forbindelse med den oprindelige overdragelse blev lagt i B. Bestyrelsen skal dog gentage, at det reelt set var B, der drev aktiviteterne i U.

Med henvisning til Finanstilsynets oplysning om, at bestyrelsen skulle have besluttet at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelsen af aktiviteterne i U skal følgende gentages fra afsnit 2.2 om inhabilitet:

Følgende fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 17. september 2015

Bs retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og H overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsen drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EU og bytteforholdet mellem B og H. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og H, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalgt til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusion, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tankerne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til vedtægterne. H var som udgangspunkt ikke en reguleret virksomhed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte U.

Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem hele H og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. U er imidlertid en overordentlig beskeden del af H og beskæftiger ikke engang ét årsværk. I forbindelse med overtagelsen af U overtog B godt nok to medarbejdere, men selve aktiviteterne relateret til U har alene udgjort et halvt årsværk.

Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af købsprisen for U, blev købsprisen afhængig af Us fremtidige performance, og den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle værdien af U. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der alle var enige i, at U var en god forretningsmulighed, som var blevet forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe U. På baggrund af disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke var nødvendig.

Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på U, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af U alene ud fra en formel betragtning.

Vi minder om, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af U i den efterfølgende indgående revision af Bs årsrapport for 2015.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvaret valgt at behandle pkt. 2.2.2 og 2.4 under ét. Det har ligeledes givet anledning til præciseringer i sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag samt håndtering af habilitet forbundet ved erhvervelsen af U.

Finanstilsynets bemærkninger om U i H

Det anføres i høringssvaret, at Finanstilsynet har været opmærksomt på aktiviteterne forbundet med U, bl.a. gennem undersøgelser i de daværende fondsmæglerselskaber Z og Æ A/S. Videre anføres det, at disse undersøgelser ikke har foranlediget Finanstilsynet til at vurdere aktiviteterne som en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at Finanstilsynet ikke før januar 2015 har været opmærksomt på, at H udførte aktiviteter, som krævede tilladelse som værdipapirhandler. Finanstilsynet havde således den opfattelse, at H ikke udførte nogen værdipapirhandelsaktiviteter i og med, at

selskabet samarbejdede med først Z og senere instituttet, som udover tilladelsen som pengeinstitut har tilladelse som værdipapirhandler i henhold til § 7, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed.

I januar 2015 indledte Finanstilsynet imidlertid en sag vedrørende lovligheden af H' aktiviteter igangsat af, at Finanstilsynet kunne konstatere, at selskabet på LinkedIn tilbød at afhænde en privatpersons unoterede aktier. I løbet af 1. halvår af 2015 afdækkede Finanstilsynet, at H havde udført aktiviteter, som kræver tilladelse som værdipapirhandler, og i starten af juli 2015 sendte Finanstilsynet derfor et udkast til afgørelse i høring hos selskabet, hvoraf det fremgik, at det var Finanstilsynets vurdering, at selskabet i strid med § 9, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed havde udført investeringservice omfattet af lovens bilag ..., afsnit A, nr. 1, 3 og 6, uden tilladelse som værdipapirhandler, dvs. aktiviteterne modtagelse og formidling af ordrer vedrørende finansielle instrumenter, forretninger for egen regning med finansielle instrumenter samt at stille afsætningsgarantier.

Det er således ikke korrekt, når instituttet hævder, at Finanstilsynet før 2015 var opmærksom på, at H' aktiviteter i forbindelse med U krævede tilladelse som værdipapirhandler, idet selskabet netop samarbejdede med værdipapirhandlere, der udførte de aktiviteter, der krævede tilladelse som værdipapirhandler.

Bestyrelsens beslutningsgrundlag ved erhvervelse af U

Det fremgår af instituttets bestyrelsesprotokollat af 17. september 2015, at "der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte U". Som anført ovenfor var H, og dermed også direktør K, imidlertid allerede den 17. september 2015 bevidst om, at det var Finanstilsynets vurdering, at selskabet udførte ulovlige aktiviteter, og at der var udarbejdet et udkast til en afgørelse herom.

Som det fremgår af høringssvaret, er der et umiddelbart sammenfald mellem Finanstilsynets udkast til afgørelse vedrørende H' manglende tilladelse og drøftelserne om salg af listen. Det ses dog ikke, at K loyalt har oplyst, at det var denne type drøftelser, som H havde med Finanstilsynet.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at beslutningen om overtagelsen af U ikke udelukkende blev truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet den 26. november 2015 fremlagte præsentationsmateriale, men at bestyrelsen ved advokat Ø også har haft indgående korrespondance med sælger (H) samt dennes advokat og revisor.

Det skal hertil bemærkes, at Finanstilsynet i brev af 18. december 2015 anmodede instituttet om at indsende det komplette beslutningsgrundlag for erhvervelsen af aktiviteter fra H. Finanstilsynet har på den baggrund modtaget anpartsoverdragelsesaftale underskrevet af K, urevideret balance pr. 30. november 2015 fra U, protokollater fra bestyrelsesmøder i instituttet, hvor overdragelsen er drøftet, og præsentationsmaterialet vedr. overdragelsen (Projekt Exchange), som er fremlagt på bestyrelsesmødet den 26. november 2015.

Finanstilsynet har således ikke i forbindelse med denne anmodning eller senere modtaget den i høringssvaret omtalte korrespondance.

Det anføres endvidere under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at det ikke er korrekt, når det i Finanstilsynets udkast til afgørelse anføres, at instituttets daværende formand J på bestyrelsesmødet den 17. september 2015 ønskede revisionens værdiansættelse af U, da de pågældende bemærkninger herom refererer til et tilfælde, hvor det besluttes at gennemføre en fusion med H i sin helhed. Det anføres dernæst, at bestyrelsen, uden at det blev ført til protokols, drøftede behovet for revisionsvurderingen af prisen på U efterfølgende, men at bestyrelsen undlod at gå videre hermed, da den selv følte sig mere kompetent hertil.

Finanstilsynet skal i den forbindelse påpege, at Finanstilsynets bemærkning herom i afgørelsen referer til følgende bemærkning i referatet fra mødet den 17. september 2015:

”Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og H, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.”

Finanstilsynet lægger i afgørelsen ikke afgørende vægt på, om bemærkningen alene referer til U eller til H i sin helhed. Der lægges derimod afgørende vægt på, at bestyrelsen ikke har fået foretaget den pågældende værdiansættelse af revisionen eller fået foretaget nogen anden uafhængig vurdering heraf, inden bestyrelsen traf sin beslutning om overtagelsen af U. Instituttet har efter det oplyste alene fået udleveret den omtalte ureviderede balance af 30. november 2015 over U, som er udarbejdet af sælgers revisor. Henset hertil, samt at der netop er tale om en handel mellem nærtstående parter, finder Finanstilsynet derfor ikke, at den foretagne værdiansættelse af U, som indgår i det beslutningsgrundlag for overtagelsen, er foretaget på et betryggende grundlag.

Det skal endvidere hertil bemærkes, at instituttets eksterne revision i punkt 2.2 på side 907 i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2015 (se bilag ...) bl.a. anfører følgende vedrørende U:

”Vi har i forbindelse med vores revision modtaget en erklæring med høj grad af sikkerhed for værdiansættelsen af datterselskabets aktiver og forpligtelser. Erklæringen er udarbejdet af statsaut. Revisor AB, AC, der ligeledes er revisor for sælger, H.

I forbindelse med vores revision er vi efter vores opfattelse ikke blevet forelagt dokumentation, der i tilstrækkelig grad understøtter de i overdragelsesbalancen indeholdte beløb for knowhow, 2.885 t.kr., og software, 2.564 t.kr., og det er derfor vores opfattelse, at beløbet i sin helhed vedrører goodwill. Immaterielle aktiver er således præcenteret som goodwill i koncernregnskabet.”

Det er således heller ikke korrekt, når instituttet i pkt. 2.2.2 og 2.4 i høringssvaret anfører, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af U i den efterfølgende indgående revision af instituttets årsrapport for 2015.

Instituttet gør i pkt. 2.4 gældende, at Finanstilsynet efter instituttets opfattelse ikke havde advaret instituttet mod overtagelsen af aktiviteterne fra H. Endvidere gøres gældende, at de anvendte eksterne rådgivere heller ikke var opmærksomme på mulige problemer herved.

Finanstilsynet skal heroverfor påpege, at det er instituttets, herunder særligt ledelsens, eget ansvar, at den ved udøvelsen af sin virksomhed og påbegyndelse af nye aktiviteter i enhver henseende overholder gældende lovgivning. Dette gælder uanset omfanget og karakteren heraf, og uanset at instituttet lader sig bistå af eksterne rådgivere. Herudover skal Finanstilsynet endnu engang henvise til mødet med instituttets daværende bestyrelsesformand i Finanstilsynet den 9. oktober 2015, hvor formanden bl.a. præsenterede overvejelserne omkring en sammenlægning af instituttets og H' aktiviteter, hvorefter Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Instituttet gør i pkt. 2.4 endeligt gældende, at de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer var til stede i forbindelse med købet af U.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at nuværende direktør R ikke var ansat i instituttet, da man besluttede at erhverve U.

Derudover bemærkes det, at U grundet sin manglende værdipapirhandlertilladelse ikke var underlagt tilsyn, hvorfor Finanstilsynet ikke har haft beføjelse til at undersøge selskabets interne forhold nærmere. Finanstilsynet har dog i afgørelsen lagt til grund, at det af instituttet indsendte beslutningsgrundlag, som står nævnt ovenfor, udgør det komplette beslutningsgrundlag for overtagelsen af U. Da dette beslutningsgrundlag ikke indeholder nogen dokumenteret forudgående analyse af lovgrundlaget vedrørende U's virksomhed, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt og på betryggende vis at kunne udøve den pågældende virksomhed, er det Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsens beslutning om at erhverve U blev truffet på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag.

Det anføres i høringssvaret, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe U. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at K, som er konstateret inhabil, udgør en tredjedel af de 90 pct. Derudover ændrer det anførte ikke ved Finanstilsynets vurdering af beslutningsgrundlagets utilstrækkelighed.

Ks inhabilitet ved instituttets erhvervelse af U

Der henvises til det retlige grundlag som beskrevet i pkt. 2.2.3.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret og dertilhørende bilag, at det er almindelig praksis og i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Det anføres endvidere i den forbindelse, at instituttet anser fremgangsmåden ved beslutningen om overtagelsen af U som fuldt ud i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet er enig i, at det er i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at uafhængige parter mødes for at drøfte forretninger, herunder fremlægger relevant materiale og drøfter vilkårene for en transaktion. Det kan imidlertid være problematisk, hvis en deltager har nær tilknytning til begge involverede parter, og der derfor kan opstå interessekonflikter og problemer omkring inhabilitet i forhold til behandlingen af et emne og de beslutninger, som skal træffes herom.

Det bestrides ikke i høringssvaret, at både K, I og Q var inhabile i forhold til bestyrelsens behandling af og efterfølgende beslutning om overtagelsen af U fra H på mødet den 26. november 2015, hvorfor de hverken måtte deltage i beslutningen eller i øvrigt medvirke ved sagens behandling.

Finanstilsynet har ved sin afrapportering på det afsluttende møde den 15. marts 2016 også lagt til grund, at K og Q i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, alene måtte afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål i forhold til denne redegørelse, hvorefter de sammen med I skulle forlade bestyrelsesmødet under selve behandlingen af overtagelsen af U og bestyrelsens eventuelle beslutning herom.

Det er dog Finanstilsynets vurdering, at den af K og H (sælger) udarbejdede og fremlagte præsentation af overdragelsen ud over rene gengivelser af faktum indeholdte så mange subjektive vurderinger og tilkendegivelser omkring fordelene ved instituttets overtagelse af U, samtidig med, at der ikke heri var gengivet analyser af mulige problemstillinger eller risici herved, at præsentationen reelt måtte betegnes som salgsmateriale, der i høj grad var egnet til at påvirke den resterende bestyrelses drøftelser og beslutninger herom, snarere end en redegørelse, der er baseret på faktuelle oplysninger. Dette eksemplificeres bl.a. ved K's manglende oplysninger vedrørende værdipapirhandelstilladelsen, hvilket må anses for en væsentlig oplysning, der utvivlsomt burde indgå i et fyldestgørende beslutningsgrundlag.

K står som bestyrelsesmedlem samtidig for fremlæggelsen af præsentationen i instituttets bestyrelse (køber), trods sin åbenlyse dobbeltrolle og dermed mulige modstridende interesser som repræsentant for både sælger og køber. Bestyrelsens drøftelser og beslutning om overtagelsen af U vil derfor i høj grad kunne påvirkes af præsentationen og K's fremlæg-

gelse heraf. Dermed ville bestyrelsen kunne blive påvirket af interesser, der var i modstrid med instituttets.

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015, at der under K's fremlæggelse samtidig pågår egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt er påbegyndt, mens både K, I og Q er til stede.

Den anvendte fremgangsmåde på bestyrelsesmødet i instituttet den 26. november 2015 indebærer derfor efter Finanstilsynets vurdering en overtrædelse af bestemmelsen om inhabilitet i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i instituttets vedtægter.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at K langt fra fik den pris for U, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det i overensstemmelse med almindelige habilitetsbetragtninger ikke kan tillægges nogen vægt ved vurderingen af inhabile personers deltagelse i behandlingen af og beslutningen om emner, hvorvidt de pågældendes tilkendegivne ønsker bliver fuldt ud tilgodeset eller ej.

Pkt. 2.5 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

"B's bestyrelse er uforstående over for Finanstilsynets meget generelle betragtning om uforsvarlig kreditgivning og er meget uenig i, at der ikke har været gennemført en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til T.

Finanstilsynets konkrete eksempel i Udkastet angående bevillingen til T ved bestyrelsesmødet den 26. november 2015 skal i det følgende behandles nærmere.

Bestyrelsen havde i forbindelse med godkendelse af kreditindstillingen fået forelagt og gennemgået moderselskabet til Ts, AE's årsrapport for 2014, kvartalsrapporter for 2. og 3. kvartal 2015, cash flow budget for november 2015 og frem, endnu ikke vedtagne budgetter for 2016 og børsprospekt fra marts 2015, hvor alle tilgængelige oplysninger om selskabet er oplyst. Af børsprospektet fremgår ligeledes de risikovurderinger, som moderselskabet havde foretaget. En egentlig regnskabsanalyse var ikke med i kreditindstillingen, eftersom det netop blev betragtet som en investeringskredit. Bestyrelsen vurderede imidlertid indgående ovennævnte materiale. Bestyrelsen granskede endvidere diverse aktieanalyser fra uafhængige analysehuse, bl.a. fra det norske analysehus Norne, som følger aktien tæt, og en større mængde regnskabstal blev ligeledes gennemgået på bestyrelsesmødet.

Bestyrelsen lagde bl.a. vægt på, at det var positivt, at T havde en særdeles lav gæld i forhold til markedsværdien af selskabet, samt at denne gæld primært var til en række større aktionærer. Bestyrelsen vurderede derfor, at konkursrisikoen var meget beskeden.

Selskabets drift blev ligeledes gennemgået og diskuteret på bestyrelsesmødet. Særligt indtjeningens robusthed blev diskuteret og analyseret. T havde en strategi om at bruge alt potentielt overskud på yderligere markedsføring. Markedsføringsomkostningerne udgjorde derfor en betydelig del af driftsomkostningerne. Derfor var der som udgangspunkt ikke budgetteret med noget stort overskud for 2016, men i tilfælde af vanskeligheder kunne selskabet blot nedjustere udgifterne til markedsføring, da dette først ville få konsekvenser et godt stykke frem i tid, og dermed skabe en positiv drift.

Som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, blev eksponeringen betragtet som en investeringskredit; altså en kredit uden afvikling. Derfor var cash-flowet for T ikke interessant at få analyseret nærmere, hvilket også fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Det fremgår desuden, at bestyrelsen fik oplyst, at regnskabet for 2014 ikke var retvisende, idet der var fundet en større oprydning sted i det år. O redegjorde nærmere herfor, idet han havde et indgående kendskab til sagen.

Bestyrelsen godkendte indstillingen med stop-loss allerede ved et 30 pct. tab; det vil sige ved kursfald på 30 pct. set i forhold til etableringstidspunktet, hvilket fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Med denne forsigtige tilgang fandt bestyrelsen det forsvarligt at godkende indstillingen. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at en stop-loss-mekanisme på 30 pct. efter almindelig praksis må siges at være endog meget konservativt.

Helt overordnet vurderes det, at en investeringskredit med en indbygget stop-loss-mekanisme er en helt sædvanlig lånetype, der betragtes som meget sikker, eftersom der netop er en automatisk stop-loss-mekanisme indbygget. Det er derfor også almindeligt anerkendt, at der netop ved en sådan lånetype i mindre grad er behov for at forholde sig til debtors betalingsevne, idet man i højere grad forholder sig til aktiverne.

I øvrigt skal det påpeges, at moderselskabet AE (senere T INC), i hvis aktier B fik pant, er en meget likvid aktie, hvilket blandt andet var noget, som i hvert fald et bestyrelsesmedlem bekræftede under mødet. Dette er imidlertid ikke ført til protokol, da det forekom alle oplagt. Bestyrelsen hentede rapporter om aktiens omsættelighed på Oslo Børs' hjemmeside. Der var på daværende tidspunkt en daglig omsætningsvolumen på omkring 1 mio. aktier (et tal der er steget betydeligt siden da). B kunne således påregne at kunne realisere sine sikkerheder inden for få dage. Man anså derfor ikke aktien for at være illikvid.

Eftersom der er tale om en investeringskredit, hvor det primære fokus er på pant i et bestemt aktivt, har bestyrelsen ikke anvendt lang tid på at forholde sig til inddrivelse af aktiepant i Norge, da denne jurisdiktion anses for at være på linje med Danmark, når det kommer til processen og omkostningerne ved at inddrive et aktiepant. Emnet blev berørt på bestyrelsesmødet, men der blev ikke lagt så meget vægt på forholdet, at det endte med at blive ført til protokol.

At udtrykket "lidt ukendt land" er anvendt i indstillingen er netop udtryk for ansvarlighed, hvor der åbent gives udtryk for, at dette lån ikke er et helt sædvanligt område for B. Bestyrelsen har i det nævnte eksempel bevilget en investeringskredit med en meget høj rente, som alene kunne opnås som følge af, at låntager havde behov for at kunne handle hurtigt til en børsnoteret virksomhed, som blev anset for at være solid og med en god sikkerhedspakke.

Bestyrelsen anser i øvrigt fortsat dette for at være en særdeles gunstig forretning; ikke mindst set i lyset af, at kursen på de pantsatte aktier er fordoblet, siden lånet blev ydet; bl.a. som følge af, at én af Sveriges største kapitalforvaltere, AF, har investeret meget betydeligt i T.

Det gøres på baggrund af ovenstående gældende, at bestyrelsen netop har forholdt sig til de væsentlige risici, der var forbundet med kreditgivning til T, hvorfor der ikke foreligger en mangelfuld kreditvurdering, men derimod en meget grundig vurdering af de likvide børsnoterede aktier, som B fik sikkerhed i i forbindelse med bevillingen af investeringskrediten.

Vedrørende de forskellige bestyrelsesmedlemmers habilitet i forbindelse med bevillingen til T henvises til afsnit 2.2 ovenfor om inhabilitet. Det er således bestyrelsens overbevisning, at ingen bestyrelsesmedlemmer er inhabile i denne sag, hvilket underbygges af Inhabilitetsnotatet."

Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag. Høringssvaret har givet anledning til uddybning af baggrunden for påbuddet.

Finanstilsynets vurderede, at instituttets generelle kreditgivning kontinuerligt var uforsvarlig, navnlig på baggrund af, at instituttets kreditindstillinger i vidt omfang er utilstrækkelige og ustrukturerede, idet de ikke indeholder tilstrækkelige beskrivelser og analyser af centrale økonomiske forhold, og ofte ikke en tilstrækkelig vurdering af risiciene ved eksponeringerne.

Eksponering med V (eksempel på uforsvarlig kreditgivning/utilstrækkeligt beslutningsgrundlag).

Det fremgår af høringssvaret, at "B mener der er foretaget en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til T."

Finanstilsynet har ved brev af 18. december 2015 bedt instituttet fremsende det komplette beslutningsgrundlag, som blev forelagt bestyrelsen i forbindelse med bevillingen af V.

Finanstilsynet har den 8. januar 2016 modtaget materiale fra instituttet, hvoraf det fremgår, at der er tale om det komplette beslutningsgrundlag, som har været forelagt bestyrelsen. Det må derfor kunne lægges til grund, at Finanstilsynet har modtaget det fulde beslutningsgrundlag, og der kan derfor ikke lægges vægt på, at høringssvaret nævner en række forhold, som bestyrelsen angiveligt skulle have drøftet i forbindelse med bevillingen, bl.a. selskabets drift, indtjeningens robusthed og likviditeten i aktierne, og som ikke fremgår af bestyrelsesprotokollat eller låneindstillingen.

Det følger af bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen, at væsentlige forudsætninger og vurderinger i forbindelse med kreditgivning, skal fremgå af beslutningsgrundlaget, hvilket ikke er tilfældet.

Finanstilsynet vurderer, at kreditindstillingen er uforsvarlig af følgende grunde:

- Instituttets analyser og vurdering af risiciene er utilstrækkelige, og opfylder ikke kravene i bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Instituttet bevilger en investeringskredit på 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag til ”udviklingsformål i koncernen, særligt opkøb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor”, hvilket ikke forekommer særlig præcist. Finanstilsynet må dog af instituttets høringssvar forstå, at der faktisk er tale om en investeringskredit. Lånet ydes uden krav om risikospredning på de aktiver, der investeres i. V kan således investere hele lånet i samme aktiv. Det medfører en betydelig risikokoncentration og er langt fra markedsstandard på området, hvor der normalt opereres med klare spredningskrav til investeringerne. Derved fraviger instituttet desuden også sin egen forretningsgang for bevilling af eksponeringer, jf. ”brug af stop-loss klausuler ved sikkerhedsstillelse i værdipapirer” (pkt. f). Denne fravigelse er ikke anført i kreditindstillingen.
- Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet, at instituttet ikke mener selskabets cash-flow er relevant, da der er tale om en investeringskredit. Det er imidlertid væsentligt at forholde sig hertil af hensyn til en vurdering af debtors fremtidige udvikling og dermed forventede tilbagebetalingsevne.
- Instituttet tager pant i moderselskabets aktier, hvilket er meget usædvanligt pant for en investeringskredit. Et pant er instituttets værn mod, at selskabet ikke kan betale lånet tilbage den dag, det måtte forfalde. Hvis selskabet ikke kan betale sit lån, vil dette formodentligt have en væsentlig negativ betydning for værdien af

moderselskabets aktier, hvorved anvendeligheden af moderselskabets aktier som pant kan være stærkt forringet. Instituttet forholder sig ikke til denne problemstilling.

- En bevilling af en investeringskredit på ca. 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag med pant i kun en aktie og uden spredningskrav er meget usædvanligt og svarer ikke til den kreditkvalitet, som Finanstilsynet ser i sammenlignelige pengeinstitutter.

Instituttets bestyrelse fik forelagt sagen af O, som deltager i ledelsen af V og dermed må formodes ikke at være objektiv i forhold til selskabet. Det ses ikke, at instituttet reelt har udarbejdet sit eget selvstændige beslutningsgrundlag, hvilket er helt fundamentalt for kreditgivning.

Den fremlagte låneindstilling er således ikke udarbejdet i instituttets N-kreditsystem, og fremstår meget mangelfuld.

Det fremgår heller ikke, hvem der har udarbejdet låneindstillingen, hvilket ellers er normal kutyme i instituttet. Dette er ikke i overensstemmelse med god kreditpraksis, og det som Finanstilsynet ser i andre pengeinstitutter.

At bevillingen – som det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet – kunne medføre et behov for at justere instituttets forretningsmodel og politik, burde i sig selv også have fået bestyrelsen til at foretage en tilbundsgående analyse af forholdene.

Kreditgivning i øvrigt

Finanstilsynet har herudover flere gange påpeget overfor instituttet, at værdiansættelsen af instituttets sikkerheder ikke er korrekt. Instituttet modtog således påbud om dette ved de seneste to undersøgelser.

Dette vanskeliggør et overblik over, hvad instituttet reelt tillægger i sikkerhedsværdi på de stillede sikkerheder og øger risikoen for, at instituttet ikke får opgjort en forsigtig og realistisk sikkerhedsværdi i sin vurdering af risikoen ved sine eksponeringer, hvilket medfører væsentlig risiko for, at instituttet kan få tab på eksponeringerne, som følge af forkert opgjorte eller for optimistiske vurderinger af sikkerhederne.

Finanstilsynet har desuden ved de to seneste undersøgelser konstateret mangler ved instituttets skriftlige retningslinjer på kreditområdet og givet påbud herom.

Instituttet har således, trods disse påbud, ikke en forretningsgang for opgørelse af store eksponeringer, ligesom instituttet fortsat har problemer med at foretage korrekt samkonsolidering i henhold til artikel 395 i CRR.

Instituttets store udskiftning og udvidelse af medarbejderstaben skærper i sig selv kravene til instituttets skriftlige retningslinjer, som skal sikre, at instituttet til enhver tid yder betryggende kreditgivning.

Instituttet har endvidere påtaget sig flere eksponeringer med grupper af indbyrdes forbundne kunder. Det er derfor meget væsentligt, at instituttet har tilstrækkelige skriftlige retningslinjer og forretningsgange på kreditområdet, så rammerne for en betryggende kreditgivning er til stede.

Det er Finanstilsynet vurdering, at instituttets administrative organisation på kreditområdet ikke er betryggende, hvilket understreges af, at det har været nødvendigt at indskærpe dette gentagne gange overfor instituttet i form af påbud.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet vedrørende instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Specifikt i forhold til afgørelsen om fratagelse af stemmeret anfører advokaten i relation til spørgsmålet om habilitet i forbindelse med køb og salg af U henviser advokaten til notat af X.

Spørgsmålet om habilitet i dette forhold er behandlet i ovennævnte høringsbemærkninger.

Endelig anfører advokaten i forhold til den manglende tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed hos U, at K var overbevist om at transaktionen var blevet gennemført korrekt på baggrund af rådgivning i form af advokater og revisorer.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at K inden transaktionen gennem længere tid havde haft dialog med Finanstilsynet omkring selv samme aktiviteter, der på dette tidspunkt lå i H, og at Finanstilsynet i den forbindelse klart havde meddelt K, at disse aktiviteter kræver en værdipapirhandlertilladelse. K var derfor på tidspunktet for overdragelsen af U til B fuldt ud klar over, at der var tale om en overdragelse af aktiviteter, som kræver værdipapirhandlertilladelse.

Da K som medlem af bestyrelsen i B også var repræsenteret på købersiden, havde han samtidig en særlig pligt til sikre, at B's interesser i den forbindelse også blev varetaget på loyal og redelig vis. Dette indebærer blandt andet, at K i forbindelse med B's overtagelse af de pågældende aktiviteter havde pligt til klart at gøre opmærksom på denne problemstilling og sikre sig vished for, at den valgte fremgangsmåde ikke indebar en gentagelse af overtrædelsen af kravet om værdipapirhandlertilladelse.

Det er ikke dokumenteret over for tilsynet, at K har sikret sig, at rådgivning om forholdet var en del af advokaternes og revisorernes opdrag, eller at K i forbindelse med sit hverv som bestyrelsesmedlem i B i øvrigt har foretaget de tilstrækkelige foranstaltninger for at leve op til denne særlige forpligtelse.

5. Finanstilsynets vurdering

Som anført ovenfor, er det de samme kriterier, som skal lægges til grund ved vurderingen af, hvorvidt en besidder af en kvalificeret andel modvir-

ker en forsvarlig og fornuftig forvaltning af den finansielle virksomhed, som lægges til grund for vurderingen af, hvorvidt en erhvervelse af en kvalificeret andel kan godkendes.

Finanstilsynet skal dermed først og fremmest lægge vægt på hensynet til en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den virksomhed hvori, der besiddes en kvalificeret andel. Vurderingen skal ligeledes ske under hensyntagen til ejerens indflydelse på virksomheden, ejerens egnethed og ejerens finansielle soliditet i forhold til de ovenfor nævnte fem kriterier.

Der er tale om et væsentligt indgreb, men der er dog hverken tale om konfiskation eller fratagelse af råderetten over andelsbeviserne eller fratagelse af indkomstgrundlag i form af afkast på andelsbeviserne. Indgrebet skal desuden ses i forhold til beskyttelsen af indskyderne.

Det følger, som beskrevet ovenfor, af bemærkningerne til bestemmelsen, at vurderingen i forhold til omdømme i høj grad vil svare til den vurdering, som foretages, når det undersøges, om et bestyrelsesmedlem eller direktør i en finansiell virksomhed opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af lov om finansiell virksomhed § 64.

K har modtaget afgørelse i høring om påbud i medfør af § 351, stk. 2, i lov om finansiell virksomhed om, at nedlægge sit hverv som medlem af bestyrelsen i B, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed, da Finanstilsynet vurderer, at den af K udviste adfærd viser, at K ikke kan sikre en forsvarlig og hensigtsmæssig ledelse af virksomheden.

Ifølge § 61 a, stk. 1, skal Finanstilsynet i sin vurdering af erhververen: *”sikre hensynet til en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den virksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes.”*

Det er på baggrund af den af Ks udviste adfærd Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan sikre en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet i overensstemmelse med § 61 a, stk. 1, idet K efter Finanstilsynets vurdering i vidt omfang er årsag til, at instituttet har en uforsvarlig kreditgivning, som påfører instituttet væsentlige ubelyste risici, som kan have vidtrækkende konsekvenser for instituttet.

Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at K gennem den hastige omlægning af instituttets forretningsmodel på et i væsentligt omfang uoplyst grundlag ligeledes risikerer at have vidtrækkende konsekvenser for instituttet.

Det fremgår af § 61 a, stk.1, nr. 4, at Finanstilsynets vurdering skal ske under hensyntagen til den påtænkte erhververs sandsynlige indflydelse på virksomheden i forhold til, om virksomheden fortsat kan overholde tilsynskravene i lovgivningen. B forretningsmodel var før Ks erhvervelser relativt simpel - primært med udlån til privatkunder og i vidt omfang med sikkerhed i andelsboligbeviser. Aktuelt indebærer forretningsmodellen bl.a. lån til udenlandske selskaber, investeringskreditter, handel med unoterede værdipapirer, særlige og uafklarede juridiske konstruktioner i

forhold til usikrede forbrugslån. Komplexiteten i instituttets forretningsmodel er således øget væsentligt uden, at kompetencerne og forretningsgange mv. i instituttet i tilstrækkeligt omfang er fulgt med.

Det har medført et højt antal påbud til instituttet i forbindelse med inspektioner i både 2015 og 2016, hvoraf flere af påbuddene i 2016 er gentagelser fra 2015, idet instituttet ikke på tilfredsstillende vis havde fulgt op på påbuddene fra 2015. Ks indflydelse har altså medført en forringet opfyldelse af lovens tilsynskrav, jf. § 61 a, stk.1, nr. 4.

De nærmere forhold som ligger til grund for vurderingen af, at K modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet særligt i form af manglende overholdelse af kravene i tilsynslovgivningen er beskrevet nedenfor.

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter

Bestyrelsen fik i 2015 påbud om at begrænse brugen af eksterne konsulenter, jf. bilag 6, pkt. 8 i bekendtgørelse om ledelse og styring af kreditinstitutter. Finanstilsynet kunne imidlertid ved inspektionen i 2016 konstatere en øget deltagelse af eksterne konsulenter i bestyrelsesmøderne i modstrid med reglerne og påbuddet fra inspektionen i 2015. Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet, at K er hoveddrivkraften bag Os tilstedeværelse på bestyrelsesmøderne.

Os permanente tilstedeværelse på bestyrelsesmøderne udgør en klar overtrædelse af ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, punkt 8 og 9:

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed.

Bestyrelsen herunder i særdeleshed K som formand tager ikke stilling til, hvad O konkret skal bidrage med ved de enkelte punkter på bestyrelsesdagsordenen. Dermed bliver Os tilstedeværelse alt for generel og uvedkommende i forhold til de samlede bestyrelsesmøder. Denne overtrædelse af ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, punkt 8 og 9 har således medført at:

- der er betydelig risiko for, at der videregives fortrolige oplysninger til O, som ikke lovligt kan videregives, og
- han fremlægger kreditindstillinger og deltager i beslutninger om kreditbevillinger til selskaber han selv eller hans virksomhed har interesse i.

Os tilstedeværelse under og deltagelse i kreditbevillinger er efter Finanstilsynets vurdering en grov tilsidesættelse af reglerne om kreditbevilning i et pengeinstitut, hvilket efter Finanstilsynets vurdering er medvirkende til en uforsvarlig kreditgivning.

K er enten aktivt eller passivt medvirkende til ovennævnte overtrædelser uagtet, at han tilkendegiver at være bekendt med reglerne herom.

Finanstilsynet vurderer samlet set, at Ks bevidste tilsidesættelse af ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, punkt 8-9 må anses for at være i strid med en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet, jf § 61 a, stk. 1 og et udtryk for manglende overholdelse af tilsynskravene, jf. § 61 a, stk. 1, nr. 4.

Ks håndtering af habilitetsspørgsmål

Det er derudover også Finanstilsynets vurdering, at K har handlet i strid med forsvarlig selskabsledelse ved at se bort fra de åbenbare habilitetsproblemer, der bl.a. blev konstateret i forbindelse med Ks medvirken i salget af U til virksomheden og Ks behandling af kreditindstillinger, bl.a. hvor et selskab han ejer en betydelig andel af, modtager formidlingsprovision.

Finanstilsynet lægger til grund, at K har været bekendt med habilitetsproblematikkerne i forbindelse med bestyrelsesarbejdet, idet han adresserer emnet allerede ved det konstituerende bestyrelsesmøde den 12. november 2015. Endvidere var K i dialog med Finanstilsynet om habilitetsproblemer i forbindelse med deltagelse i bestyrelsesarbejdet efter at hans hustru var tiltrådt som direktør for instituttet.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at K ikke har taget habilitetsproblematikken tilstrækkelig seriøst, når han deltager i bestyrelsesarbejde, hvor han var åbenlyst inhabil. Det er i strid med en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet.

Erhvervelse af aktiviteter i H

Udover ovennævnte habilitetsproblemer i relation til erhvervelsen af aktiviteter fra H har selve konstruktionen af forløbet medført en række overtrædelser af den finansielle lovgivning, herunder bevilling af engagementer til nærtstående parter på ikke markedsmæssige vilkår.

K var desuden som ejer af H bekendt med, at selskabet drev ulovlig virksomhed via U. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollen, at K har orienteret bestyrelsen i instituttet om dette forud for, at instituttet vælger at erhverve aktiviteterne i et datterselskab, som heller ikke har tilladelse til denne type aktiviteter. Dermed medvirker K til endnu en overtrædelse af tilladelseskravet i lov om finansiell virksomhed.

Finanstilsynet havde på forhånd tilkendegivet, at det var vigtigt, at instituttet var opmærksom på de juridiske udfordringer ved sammenlægning af forskellige aktiviteter.

I forhold til salget af U har K endvidere foreslået, at betaling skulle ske i form af andelsbeviser til favørkurs, hvilket dermed reelt vil være på bekostning af de øvrige andelshavere.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at K i forbindelse med salget af U til instituttet ikke kan ses at have varetaget instituttets interesser, og dette har været medvirkende til de lovovertrædelser som erhvervelsen har medført..

Kreditgivning

På kreditområdet modtog instituttet i 2015 og igen i 2016 påbud og påtaler på væsentlige områder vedr. utilstrækkelige kreditbevillinger og manglende konsolidering af store eksponeringer. Ved undersøgelsen i 2016 vurderer Finanstilsynet, at der i instituttet foregår uforsvarlig kreditgivning omkring de største eksponeringer i instituttet.

For mange eksponeringers vedkommende er der tale om eksponeringer med ejerkredsen samt ejerkredsens netværk. I et pengeinstitut er det centralt, at kreditgivningen sker på oplyst og korrekt grundlag, og den manglende efterlevelse af de påbud viser, at selv ikke på helt centrale områder i instituttet, har bestyrelsen i instituttet prioriteret efterlevelsen af de modtagne påbud.

Ved bevilling af lån til ejerkredsen eller ejerkredsens netværk er det i særdeleshed vigtigt, at der foreligger et fyldestgørende skriftligt grundlag for bevillingen samt, at bestyrelsen kan behandle dette materiale uafhængigt af alle parter, der har en interesse i bevillingen.

Kreditindstillingerne som behandles af bestyrelsen, er efter Finanstilsynets vurdering yderst mangelfulde. Generelt foretages der ikke økonomiske analyser af låntager, ligesom der i mange tilfælde efterlades åbentstående juridiske spørgsmål i relation til de påtænkte konstruktioner af eksponeringerne. Disse åbentstående juridiske spørgsmål kan eksempelvis være i form af, at instituttet dermed reelt ikke ved, om det har modtaget sikkerheder for et konkret lån, eller om lånet er bevilget uden sikkerhed, eller at instituttet ikke har gjort sig klart, at låntager kan betale med frigørende virkning til en anden part uden, at instituttet har sikkerhed for, at pengene overføres til instituttet.

Endvidere er de kreditmæssige vurderinger klart utilstrækkelige, bl.a. i forhold til om kunderne kan håndtere deres økonomiske forpligtigelser overfor instituttet på længere sigt, eller om de modtagne sikkerheder vil have værdi eller være til stede, hvis låntager bliver nødlidende.

Det efter Finanstilsynets vurdering meget mangelfulde skriftlige materiale suppleres endvidere ofte af mundtlige præsentationer fra personer, der har en åbenlys interesse i, at lånet bevilges.

Der er tale om bevillinger, der er så store målt i forhold til instituttets kapitalgrundlag, at misligholdelse af den enkelte eksponering vil have betydning for instituttets kapitalgrundlag og eventuelt også for instituttets

fortsat drift i forhold til overholdelse af lovens kapitalkrav. De mangelfulde kreditindstillinger medfører dermed, at instituttet har påtaget sig ubelyste risici i et omfang, der kan være yderst skadelige for instituttet. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at der er tale om uforsvarlig kreditgivning.

Det er Finanstilsynets vurdering, at K gennem sin aktive tilladelse af disse forhold som bestyrelsesformand, modvirker en fornuftig og forsvarlig drift af instituttet.

Øvrige forhold i relation til K

K har tidligere, blandt andet ved deltagelse i bestyrelsesmøder i instituttet, gjort sin indflydelse gældende i instituttet uden at være bestyrelsesmedlem. Endvidere har K via sin konsulentrolle i instituttet, imellem sine bestyrelsesperioder, deltaget i væsentlige beslutninger i instituttet, herunder ansættelsen af en direktør i instituttet, samt haft adgang til instituttets N systemer på lige fod med instituttets ansatte, hvilket er højst usædvanligt for en konsulent. K har derfor spillet en stor rolle i de beslutninger, der er blevet taget i instituttet i den periode, hvor K ikke var bestyrelsesmedlem.

K har som betydelig kapitalejer i instituttet mulighed for at udøve betydelig indflydelse på instituttets ledelse, da K har indflydelse på, hvilke personer, der indvælges i instituttets bestyrelse. K vil derfor have mulighed for at øve indflydelse på, at personer fra H og selskaber relateret hertil bliver valgt ind i instituttets bestyrelse. Herigennem er der en betydelig risiko for, at K via disse personer vil fortsætte med at foretage dispositioner som nævnt i sagsfremstillingen.

6. Konklusion

Finanstilsynet har konstateret, at kreditgivningen i instituttet er uforsvarlig bl.a. som følge af Ks indflydelse på grundlaget for disse bevillinger, herunder et klart utilstrækkeligt bevillingsgrundlag samt tilstedeværelse af personer under behandlingen af bevillingerne, som har en egeninteresse i bevillingerne. Finanstilsynet har endvidere konstateret en væsentlig forøgelse af permanent deltagelse af eksterne konsulenter i bestyrelsen og overtrædelse af grundlæggende habilitetsregler, fra tidspunktet for K's indtræden i bestyrelsen.

K har i perioden, hvor han ikke var bestyrelsesmedlem, fortsat haft en betydelig indflydelse på instituttets drift i form af sin rolle som konsulent på usædvanlige vilkår samt deltagelse i bestyrelsens strategidiskussioner som konsulent.

Da Finanstilsynet godkendte K og hans selskaber som erhverver, lagde Finanstilsynet til grund, at K oplyste, at han ville fortsætte instituttets forretningsmodel. Finanstilsynet kan imidlertid konstatere, at instituttet har foretaget en hastig omlægning af forretningsmodellen siden erhvervelsen, som i vidt omfang har været initieret af K og aktiviteterne i H.

Omlægningen af forretningsmodellen er efter Finanstilsynets vurdering i vidt omfang sket på et utilstrækkeligt oplyst grundlag.

Det ses endvidere af den af Finanstilsynet afgivne påtale vedr. ulovlig virksomhed i december 2015 til H, at K ikke har fokus på overholdelse af den finansielle lovgivning.

Finanstilsynet finder efter en samlet vurdering af Ks indflydelse på instituttet, at en fortsat opretholdelse af stemmeretten på kapitalbeviser kontrolleret af K, eller af selskaber han kontrollerer, vil modvirke en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet, idet K via stemmeretten vil kunne indvælge repræsentanter, som vil kunne fortsætte den sammenblanding af varetagelsen af instituttets og andelshavernes interesser med Ks interesser i andre selskaber og derigennem fortsat modvirke en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet.

Det er på denne baggrund Finanstilsynets vurdering, at det er nødvendigt, at ophæve den stemmeret, der er knyttet til Ks kapitalbeviser i instituttet.
..."

I klageskrivelse af 1. juni 2016 har advokat A anført:

"Klage over finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016 vedrørende ophævelse af stemmeret efter § 62 i lov om finansiel virksomhed

Som advokat for K skal jeg hermed påklage Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016 vedrørende ophævelse af stemmeretten, der er knyttet til de andelsbeviser i B, der direkte eller indirekte er ejet af K (Finanstilsynets j.nr. 521-0058) (herefter "Afgørelsen"). Kopi af Afgørelsen med bilag fremsendes sammen med dette indlæg.

1. Finanstilsynets afgørelse

I Afgørelsen finder Finanstilsynet, at K modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B, hvori K direkte eller indirekte besidder en ejerandel via andelsbeviser på ca. 30 pct. med dertilhørende stemmeret. I Afgørelsen ophæver Finanstilsynet på den baggrund i medfør af § 62, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed stemmeretten, der er knyttet til de andelsbeviser i B, der er ejet af K.

2. Mundtlige forhandling

Grundet sagens komplekse karakter og helt særlige forhold skal K anmode Erhvervsankenævnet om, at sagen forhandles mundtligt ved afholdelse af møde i Erhvervsankenævnet.

...

4. Ks rolle i B og de afgørende forhold, der ligger til grund for Afgørelsen

I Afgørelsen finder Finanstilsynet, at K modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B. Finanstilsynets begrundelse for at ophæve stemmeretten, der er knyttet til K's andelsbeviser i B, hviler som ovenfor nævnt på forhold, som er genstand for særskilt behandling i Finanstilsynets sager vedrørende i) påbud om nedlæggelse af K's bestyrelseshverv i B (Finanstilsynets j.nr. 6521-0077); ii) uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385); iii) politianmeldelse af U for manglende værdipapirhandlertilladelse (Finanstilsynets j.nr. 6517-0116); samt iv) påbud om stop for køb/belåning af fordringer fra S A/S efter § 360 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 6201-0054).

Som begrundelse for at påklage Afgørelsen henviser jeg derfor i det hele til mit høringsvar af 8. april 2016 vedrørende udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B (Finanstilsynets j.nr. 6521-0077 m.fl.), som jeg vedlægger denne klage. I forlængelse heraf skal nedenstående bemærkninger til Afgørelsen fremhæves.

4.1 Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

§ 117 i lov om finansiel virksomhed er generelt ikke til hinder for, at B's bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter, som deltager i bestyrelsesmøder, og bestyrelsen har været berettiget til at videregive fortrolige oplysninger. På den baggrund har Bs bestyrelse ikke overtrådt hverken § 117 i lov om finansiel virksomhed eller ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 ved at lade O deltage i bestyrelsesmøder som konsulent. Finanstilsynets påstand herom er uhjemlet. Derudover bemærkes det, at Afgørelsen fejlagtigt anfører, at professor X's notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (bilag ... til høringsvaret vedrørende nedlæggelse af bestyrelseshverv) refererer til en ansættelsesaftale mellem B og O, hvilket ikke er korrekt, idet det fremgår af notatet, at der er tale om en konsulentaftale.

Supplerende skal det bemærkes, at det på side 7 i Afgørelsen fremgår, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Os arbejde for B. Bs direktør M har imidlertid bekræftet, at konsulentaftalen med O fysisk blev udleveret til specialkonsulenterne Y og AF på Finanstilsynets inspektion i januar 2016. Jeg bilægger for god ordens skyld en kopi af Os konsulentaftale og fortrolighedsaftale (bilag ... henholdsvis bilag ...).

4.2 Ks håndtering af habilitet

I Afgørelsen problematiseres det, at K medvirkede til salget af U. Jeg skal her henvise til afsnit 3 i X's notat om nogle konkrete spørgsmål om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, der er vedlagt som bilag ... til mit hø-

ringssvar vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelshverv. På den baggrund afvises synspunktet om, at K var inhabil ved sin medvirken til salget af U.

4.3 Erhvervelsen af U

B erhvervede alene en yderst begrænset aktivitet fra H, som straks efter Finanstilsynet havde påpeget den manglende værdipapirhandlertilladelse blev overført til B, og som i kun ca. to måneder blev drevet i selskabet U.

Beslutningen om at overtage U blev ud over det på bestyrelsesmødet fremlagte præsentationsmateriale truffet på baggrund af indgående korrespondance med sælger, herunder sælgers advokat og revisor, om relevante poster i præsentationsmaterialet, Us budget og balance samt virksomhedsoverdragelsesaftalen med bilag. En revisionsvurdering vurderedes af bestyrelsesmedlemmerne ikke at være nødvendig, idet der blev aftalt en *earn-out*-model for erlæggelse af købsprisen, der er afhængig af Us fremtidige performance. Det er vores synspunkt i øvrigt, at bestyrelsens behandling af sagen skete inden for rammen af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, hvortil der i det hele henvises til pkt. 4.2 ovenfor. Afgørelsen gør gældende, at K i forbindelse med salget af U fra H til B ikke kan ses at have varetaget Bs interesser, og at dette har været medvirkende til de lovovertrædelser, som erhvervelsen ifølge Finanstilsynet har medført.

Da U blev solgt til B, var K af den forståelse, at det ikke var nødvendigt for U at have tilladelse som værdipapirhandler, eftersom U' moderselskab, B, havde denne tilladelse. Straks det gik op for B – og herunder K – at en tilladelse var nødvendig, blev aktiviteten i U solgt til B, således at der herefter ikke blev drevet aktiviteter med manglende tilladelse som værdipapirhandler. Såvel B som H anvendte rådgivere i form af advokater og revisorer, på hvilken baggrund K var overbevist om, at transaktionen var blevet gennemført korrekt.

4.4 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Bestyrelsen har forholdt sig til de væsentlige risici, der var forbundet med kreditgivningen til T, idet bestyrelsen indgående vurderede moderselskabets regnskabsmateriale og børsprospekt samt granskede diverse aktieanalyser fra uafhængige analysehuse. Eksponeringen blev betragtet som en investeringskredit, hvorfor T *cash-flow* ikke var interessant at få analyseret nærmere. Derudover godkendte bestyrelsen indstillingen på baggrund af en meget konservativ *stop-loss*-mekanisme på 30 pct., der således blev vurderet til at være endog meget sikker.

Endvidere forelå der en meget grundig vurdering af de likvide børsnoterede aktier, som B fik sikkerhed i i forbindelse med bevillingen af investeringskreditten.

5. Supplerende retlige bemærkninger

Finanstilsynets anvendelse af FIL § 62 som hjemmel til at ophæve stemmeretten knyttet til de af K ejede andelsbeviser kræver i det foreliggende tilfælde, at K ikke opfylder kravene i FIL § 61 a, stk. 1, jf. referencen hertil i FIL § 62. Det skal hertil bemærkes, at da Finanstilsynet oprindeligt godkendte Ks erhvervelse af andelsbeviser i B den 2. maj 2016 [rettelig 2014] forud for Ks (direkte og indirekte) erhvervelse af en kvalificeret ejerandel i B, skete godkendelsen på baggrund af en vurdering af, om K opfyldte kriterierne i netop FIL § 61 a, stk. 1. Heraf følger, at Finanstilsynet på daværende tidspunkt må have vurderet, at K netop opfyldte disse krav. Finanstilsynet har således i overensstemmelse med FIL § 61 a, stk. 1, oprindeligt vurderet, at Ks erhvervelse af en kvalificeret ejerandel i B ikke var stridende mod hensynet til at sikre en forsvarlig og fornuftig forvaltning af B.

FIL § 61 a, stk. 1 opstiller fem kriterier til opfyldelse, som omtales straks nedenfor. Finanstilsynets afgørelse konkluderer ikke, at disse kriterier ikke længere skulle være opfyldt af K og kan således ikke hjemle sin afgørelse i FIL § 62.

Det første kriterium henviser til K's omdømme. Dette kriterium ses ikke at indgå i Finanstilsynets afgørelse og bør derfor ikke kunne anvendes som argument for fratagelse af K's stemmeretter.

Den andet kriterium henviser ud over til omdømme til K's erfaring. Dette kriterium ansås som nævnt for opfyldt af Finanstilsynet på tidspunktet for K's erhvervelse af andelsbeviser i B, og da K's erfaring af naturlige årsager ikke kan være blevet mindre i den mellemliggende periode, kan dette kriterium ikke indgå i afgørelsen om fratagelse af K's stemmeretter.

Det tredje kriterium henviser til Ks og de øvrige ejeres økonomiske forhold set i forhold til arten af de forretninger, der drives eller påtænkes drevet i B. Altså en vurdering af, om de nuværende ejere, inklusiv K, er økonomisk solide nok til at kunne eje B uden at true dens fortsatte eksistens inden for en overskuelig fremtid. Udviklingen i B's soliditet siden de nye ejeres overtagelse taler for sig selv på dette punkt. I øvrigt er dette ikke et forhold, der har været bragt i spil af Finanstilsynet på noget tidspunkt.

Det fjerde kriterium relaterer sig til, om B indgår i en koncernstruktur, der hindrer gennemførelse af et effektivt tilsyn og en effektiv udveksling af oplysninger mellem de kompetente myndigheder. Det ses på intet tidspunkt at have været genstand for debat, at den koncernstruktur, som B indgår i, skulle lægge hindringer i vejen for et effektivt tilsyn og udveksling af oplysninger mellem kompetente myndigheder. Det er tværtimod vores forståelse, at Finanstilsynet selv mener at have udøvet et meget effektivt tilsyn med B, og der ses ikke at have været nogen hindringer for udveksling af oplysninger om B med andre myndigheder.

Endelig taler det femte og sidste kriterium om, hvorvidt der er grund til at formode, at hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme vil

forekomme. Hertil skal det blot kort bemærkes, at dette kriterium aldrig har indgået – og ikke bør indgå – som et kriterium i afgørelsen.

Endvidere følger det af proportionalitetsprincippet, at forvaltningsmyndigheden skal anvende det mindst indgribende middel, som kan opfylde formålet. Fratagelsen af stemmeretten er udtryk for et ganske alvorligt indgreb i ejerbeføjelserne hos en andelsejer, der i den foreliggende situation forekommer at være en disproportional sanktion, idet Finanstilsynet først burde have afsøgt mindre indgribende sanktioner. Finanstilsynet burde derfor med rette have afventet en afgørelse i sagen vedrørende påbud om nedlæggelse af Ks bestyrelseshverv i B (Finanstilsynets j.nr. 6521-0077) og først dernæst om fornødent gå det skridt videre at fratage stemmeretten, såfremt et eventuelt påbud om nedlæggelse af Ks bestyrelseshverv ikke skulle vise sig at være tilstrækkeligt.

På vegne af K indbringer jeg med henvisning til ovenstående indlæg Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet. Det fastholdes således, at K ikke modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B.

...”

I omtalte høringssvar af 8. april 2016 vedrørende udkast til afgørelse om ophævelse af stemmeret anføres det:

”...

HØRINGSSVAR VEDRØRENDE UDKAST TIL AFGØRELSE OM OPHÆVELSE AF STEMMERET

Ved skrivelse af 18. marts 2016 har Finanstilsynet fremsendt udkast til afgørelse om ophævelse af stemmeretten, der er knyttet til Ks andelsbeviser i B (herefter Udkastet).

Jeg er i den forbindelse blevet anmodet om at bistå K.

Dette høringssvar indeholder mine bemærkninger til Udkastet.

1. Sag vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B

Eftersom Finanstilsynets begrundelse for at ophæve stemmeretten, der er knyttet til Ks andelsbeviser i B (herefter B), hovedsageligt hviler på de samme forhold, som er genstand for behandling i Finanstilsynets sag vedrørende påbud om nedlæggelse af Ks bestyrelseshverv i B, henviser jeg i det hele til mit høringssvar dertil af 8. april 2016.

2. Supplerende bemærkninger

I tillæg til mit høringssvar til Finanstilsynet i sagen vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B skal jeg gøre følgende supplerende bemærkninger.

2.1 Inhabilitet

2.1.1 Medvirken til salget af U

I Udkastet problematiseres det, at K medvirkede til salget af U. Jeg skal her henvise til afsnit 3 i Xs notat om nogle konkrete spørgsmål om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, der er vedlagt som bilag ... til mit høringssvar vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv. På den baggrund gøres det gældende, at K ikke var inhabil ved sin medvirken til salget af U.

2.2 Manglende tilladelse til Us aktiviteter

Finanstilsynet gør gældende, at K i forbindelse med salget af U til B ikke kan ses at have varetaget Bs interesser, og at dette har været medvirkende til de lovovertrædelser, som erhvervelsen ifølge Finanstilsynet har medført.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at Finanstilsynet siden 2011, hvor K overtog aktiviteterne forbundet med U, flere gange har været opmærksom på aktiviteterne, blandt andet gennem undersøgelser af Z samt Æ. Ingen af disse undersøgelser har imidlertid foranlediget Finanstilsynet til at vurdere aktiviteterne som en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed med baggrund i, at aktiviteterne krævede tilladelse som værdipapirhandler eller tilsvarende.

Da U blev solgt til B, var K af den forståelse, at det ikke var nødvendigt for U at have tilladelse som værdipapirhandler, eftersom U' moderselskab, B, havde denne tilladelse. Straks det gik op for B – og herunder K – at en tilladelse var nødvendig, blev aktiviteten i U solgt til B, således at der ikke blev drevet aktiviteter med manglende tilladelse som værdipapirhandler. Såvel B som H anvendte rådgivere i form af advokater og revisorer, på hvilken baggrund K var overbevist om, at transaktionen var blevet gennemført korrekt.”

I høringssvaret af 8. april 2016 vedrørende afgørelse om nedlæggelse af bestyrelseshverv, hvortil der henvises i omtalte høringssvar af 8. april 2016 vedrørende udkast til afgørelse om ophævelse af stemmeret, anføres følgende, idet de i Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016 (jf. ovenfor) indeholdte citater dog er udeladt:

” ...

1. Baggrund

Som det er Finanstilsynet bekendt indskød en række nye investorer i maj 2014 ny kapital i B (herefter B), hvor der blev tegnet for kr. 21 mio. i nye andelsbeviser. Efterfølgende har disse investorer indskudt kapital ad tre omgange. Første gang i forbindelse med overtagelsen af B i juni

2014, hvor der blev tegnet nye andelsbeviser for kr. 2,5 mio. Derefter i juli/august 2014, hvor der blev indskudt kr. 10,7 mio. i nyt hybridlån, og endelig i november 2015, hvor der blev tegnet nye andelsbeviser for kr. 3,0 mio. De nye investorer har således siden foråret 2014 tilført i alt kr. 26,5 mio. i andelskapital og kr. 10,7 mio. i hybridlån, i alt kr. 37,2 mio.

Investorkredsen udgøres af tre store separate investorer, der hver især besidder ca. en tredjedel af andelskapitalen. Det var en forudsætning for disse investorers overtagelse af B, at der netop var denne fordeling mellem flere investorer, således at B på denne baggrund fik både en kompetent, alsidig og dynamisk investorkreds, men også en investorkreds, hvor hver enkelt investor ikke kunne gennemføre beslutninger uden støtte fra mindst en af de øvrige investorer.

B var på tidspunktet for investorernes overtagelse meget nær ved at blive overdraget til Finansiell Stabilitet, idet en stor del af Bs egenkapital var tabt. Med ovennævnte investering sikrede de nye investorer imidlertid Bs overlevelse.

B havde på daværende tidspunkt, som det er Finanstilsynet bekendt, helt utilstrækkelige forretningsgange, ufuldstændige og ikke underskrevne bestyrelsesprotokollater mv., og der var på daværende tidspunkt kun tre fuldtidsansatte ud over den nu bortviste direktør, AI, til at varetage administrationen af B.

B havde desuden en række juridiske udfordringer. Eksempelvis havde den tidligere ledelse tilladt lånefinansieret køb af andelsbeviser i B, for hvilket B sidenhen fik pålagt en bøde på kr. 150.000.

Ovennævnte illustrerer, at det var en overordentlig problemfyldt andelskasse, som de nye investorer overtog. Den tidligere ledelse havde således ikke levet op til sit tilsynsmæssige ansvar i en reguleret virksomhed, og det efterlod de nye investorer i en svær situation med et enormt oprydningsarbejde.

Efter overtagelsen af B har det blandt andet været nødvendigt at anvende mange ressourcer på at skrive nye forretningsgange m.v. og rydde op i kundeporteføljen. Fra maj 2014 blev der derfor oprettet yderligere tre årsværk, så der var seks årsværk (ud over den daværende direktør) til at varetage administrationen af B og gennemføre dette meget ressourcekrævende oprydningsarbejde.

I perioden fra 23. januar til 3. februar 2015 foretog Finanstilsynet en undersøgelse af B, som ikke overraskende medførte en lang række påtaler og påbud. B arbejdede anført af den nye ledelse herefter løbende og indgående med den meget betydelige opgave, som det var, at rydde op efter den tidligere ledelse og imødekomme de mange påtaler og påbud fra Finanstilsynet. Bs brev af 11. august 2015, inklusiv bilag 1 – 19 dertil, samlede op på Bs løbende tilbagemeldinger til Finanstilsynet og redegjorde for, på hvilken måde der var taget hånd om hver enkelt påtale og påbud.

På intet tidspunkt siden foråret 2014 har Bs kapitalforhold dog været under pres. Ultimo september 2014 har B opgjort sit individuelle solvensbehov til 11,0 pct., mens den faktiske solvens blev opgjort til 16,3 pct. i årsrapporten for 2014 og til 20,2 pct. i årsrapporten for 2015. De tre store nuværende investorer har alle tilkendegivet, at de er villige til fortsat at stille de midler til rådighed, der er nødvendige for, at B har den nødvendige solvens. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at B i januar 2016 har søgt Finanstilsynet om at indfri den nuværende hybride kernekapital for at kunne udvide andelskapitalen yderligere. Finanstilsynet er endnu ikke vendt tilbage vedrørende denne henvendelse.

Finanstilsynet foretog i perioden 7. december til 11. december 2015 en ny undersøgelse af B. Der blev i forlængelse heraf indkaldt til et afsluttende møde med Finanstilsynet den 15. marts 2016, hvor der blev udleveret 43 plancher. Dagen inden mødet var der arrangeret et telefonmøde, hvor Bs direktør M og jurist I deltog, ligesom bestyrelsesformand K deltog under den første del af mødet. Der var således ikke tid for ledelsen i B til at forberede sig på mødet, herunder på Finanstilsynets iagttagelser og konklusioner.

2. Påbud rettet mod instituttets bestyrelse

Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent

...

2.1.1 Mundtlig tilkendegivelse fra tidligere bestyrelsesformand

...

Jeg har i den forbindelse på vegne af bestyrelsen anmodet om aktindsigt i Finanstilsynets dokumenter og notater, der gengiver J's tilkendegivelser i forbindelse med nærværende sager.

I breve af 5. april 2016 med henvisning til ovennævnte journalnumre modtog jeg Finanstilsynets reaktion på aktindsigtsanmodningen, hvoraf det af brevene fremgår, at *"der meddeles aktindsigt i den del af referat af møde, som ligger til grund for afsnittet i udkast til afgørelse, afholdt den 11. december 2015 mellem daværende bestyrelsesformand J og Finanstilsynet, der indeholder J's tilkendegivelser om anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder i B"*, hvorefter det refererede fremgår, herunder at:

"Han forklarede, at C ("C"), som på daværende tidspunkt ejede 10 % af andelskapitalen ønskede en observatør i bestyrelsen. Nu havde C så fået en ejerandel på 30 %."

Jeg må på baggrund af det refererede fra Finanstilsynets møde med J konstatere, at det refererede ikke indeholder nogen henvisning til B's anvendelse af eksterne konsulenter. Finanstilsynet synes således ikke at have dokumentation for de af J's påståede tilkendegivelser, som der lægges vægt på i Udkastet.

Det bemærkes, at jeg pr. e-mailkorrespondance med AH den 6. april 2016 har bedt Finanstilsynet om at præcisere, hvor i referatet der er en henvisning til anvendelsen af ekstern konsulent, hvortil det uklare og noget luftige svar var, at "*tilkendegivelsen ikke kan læses direkte ud af referatet, men menes afspejlet i referatet*".

Det fremgår ligeledes ikke af bestyrelsesprotokollaterne, der i øvrigt er underskrevet af J selv, at J på noget tidspunkt har gjort indsigelser mod tilstedeværelsen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.

Ligeledes er der ingen af medlemmerne i den nuværende bestyrelse, der erindrer, at J har forholdt sig kritisk til O's tilstedeværelse under bestyrelsesmøder.

J er desuden blevet mødt af et udkast til politianmeldelse fra Finanstilsynet vedrørende overtrædelse af FIL § 117 ved netop at have ladet O deltage i bestyrelsesmøder som konsulent under behandling af bestyrelsens behandling af creditsager. Ovennævnte mundtlige tilkendegivelse fra J fremstår på den baggrund som efterrationalisering i forsøget på at beskytte egne interesser.

På det foreliggende grundlag fremstår argumentationen derfor usaglig og bør ikke tillægges nogen vægt ved Finanstilsynets afgørelser vedrørende de øvrige bestyrelsesmedlemmer.

Jeg har anmodet Finanstilsynet om aktindsigt i det fulde notat, som Finanstilsynet må formodes at have udarbejdet som dokumentation af samtalen med J. Der pågår fortsat korrespondance herom.

2.2 Bestyrelsens håndtering af habilitet i bestyrelsen

I Udkastet berører Finanstilsynet bestyrelsens håndtering af habilitet i fem tilfælde, som behandles særskilt nedenfor:

- Valget af K som bestyrelsesformand
- Overtagelse af U
- Behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer
- Behandling af låneindstilling for S
- Kreditindstilling vedrørende T Denmark

2.2.1 Valget af K som bestyrelsesformand

...

2.2.2 Overtagelse af U

...

2.2.3 Behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer

..

...

2.2.4 *Behandling af låneindstilling for S*

...

2.2.5 *Kreditindstilling vedrørende T Denmark*

...

2.3 Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Det er korrekt, at der har været den af Finanstilsynet anførte udskiftning i B's ledelse.

B's tidligere direktør, AI, ophørte i februar 2014 med sit virke i B, efter at han blev bortvist af den daværende bestyrelse. Det var denne direktør, der ud over at foretage en række uretmæssige udlån blandt andet også lod B gennemføre lånefinansierede køb af andelsbeviser i B samt tillod manglende forretningsgange og mangelfulde bestyrelsesprotokollater. AI skrev under på bortvisningen uden indsigelser og erkendte derved rigtigheden af de beskrevne forhold, samt at han havde været ansvarlig herfor. Efterfølgende udbetalte ledelsesforsikringen som følge af AI's culpøse handlinger kr. 1,8 mio. til B. Bestyrelsen vurderer, at dette var en helt korrekt håndtering af sagen af den daværende bestyrelse.

Da B herefter stod uden direktør, udnævntes først AJ midlertidigt til ny direktør. AJ var egentlig gået på pension, men indvilgede grundet sagens hastende karakter i at beklæde direktørposten indtil den rigtige person var fundet. Herefter blev AK udnævnt som direktør. Han viste sig dog på trods af en indgående ansættelsesproces ikke at passe ind i den strategi, som de nye investorer havde lagt for B.

Siden da har I og senere M været direktør i B. Da I fortsat er ansat i B og har overleveret sin viden til M, er der således ikke ved ansættelsen af M gået nogen viden tabt. Med ansættelsen af R som yderligere direktør pr. 1. december 2015, mener B, at direktionen blev styrket yderligere, herunder er den nødvendige viden blevet overleveret til R, og ved den samtidige fastholdelse af M har B sikret, at der ikke er gået viden tabt i denne proces. R har en bred erfaring fra store banker i ind- og udland og medbringer specifikke lederkompetencer og viden fra den finansielle sektor, herunder bevaring og udvikling af kundeforhold, håndtering af kreditindstillinger samt betydelig forståelse for regulatoriske ændringer.[fodnote: Se Rs CV i bilag ...]

Det er ikke muligt for B at bestemme, at bestyrelsesmedlemmer eller ansatte skal forblive i B. Men på baggrund af de enorme udfordringer, som B var ramt af i foråret 2014, er det Bs klare vurdering, at hverken den daværende direktion eller bestyrelse havde en sådan viden eller erfaring, der retfærdiggjorde at fastholde dem. I øvrigt vil en virksomhed i forandring behøve forskellige kompetencer på forskellige tidspunkter.

Hvad angår bestyrelsens sammensætning bemærkes i øvrigt:

For så vidt angår AL, så udtrådte han i april 2015 dels som følge af, at han grundet sin alder ikke længere ønskede at have en så tidskrævende bestyrelsespost, dels på baggrund af, at han var indtrådt i bestyrelsen, idet K ikke kunne sidde i bestyrelsen, så længe hans hustru var direktør, hvilket ikke længere var tilfældet.

For J's vedkommende, så fratrådte han i december 2015, hvilket skyldtes, at han reelt ikke længere havde hovedandelshavernes opbakning.

For netop at undgå at få for stor udskiftning i bestyrelsen har B valgt at anvende eksterne konsulenter med henblik på at tilføre kompetencer i kortere perioder uden dermed at få en stor udskiftning i bestyrelsen.

Henset til den nuværende bestyrelses samlede erfaring, viden og uddannelse (se hertil CV for hver enkelt bestyrelsesmedlem i bilag ...), er det B's klare vurdering, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet. Det kan i den forbindelse nævnes, at B pr. 1. april 2016 har ansat endnu en advokat.

Vi skal minde om, at samtlige bestyrelses- og direktionsmedlemmer hver især af Finanstilsynet er blevet vurderet til at besidde en viden og erfaring, som gør dem 'fit & proper'[fodnote: Det skal nævnes, at B afventer godkendelse fra Finanstilsynet på Ks ansøgning herom, idet K dog tidligere har opnået 'fit & proper' godkendelse i anden sammenhæng.], hvilket er udtryk for, at de hver især har fyldestgørende erfaring og således er i stand til at bestride hvervet som bestyrelsesmedlem i B. Denne viden og erfaring er kun blevet større i den mellemliggende periode.

En udskiftning af hele bestyrelsen i B på én gang, som det kræves i Udkastet, vanskeliggør i endnu højere grad end hidtil, at der sker den nødvendige fastholdelse af viden omkring B's administration, forretning, procedurer samt risikostyring. En udskiftning af hele bestyrelsen på én gang vil derfor indebære en større risiko for (i) tab af viden om og indsigt i B og (ii) svigt i væsentlige forretningsgange og kontroller.

Vi har noteret os Finanstilsynets bemærkning om, at det forhold, at P og K i forbindelse med tiltrædelse som bestyrelsesmedlem afslog at deltage i et tilbudt introduktionsforløb til B, medvirker til bedømmelsen af, at B ikke har gjort tilstrækkelige tiltag til at efterleve Finanstilsynets påbud fra maj 2015 om at sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet.

Hertil skal jeg bemærke, at da P respektive K indtrådte i Bs bestyrelse den 12. november 2015, var begge erklæret 'fit & proper' af Finanstilsynet, og begge havde således erfaring fra anden finansiel institution⁴. Manglende deltagelse i kurser i perioden frem til igangsættelse af Fi-

nanstilsynets undersøgelse den 7. december 2015 synes ikke at kunne ændre herved.

Det er endvidere vigtigt at understrege, at P oplyser, at han i forbindelse med sin tiltræden som bestyrelsesmedlem foretog en grundig *due diligence*-undersøgelse af Andelskasse, herunder satte sig indgående ind i Finanstilsynets korrespondance med B og dets reaktioner vedrørende brud på lovgivningen siden 2013. Det er på dette grundlag, at P ikke modtog introduktionskursus. P havde bestemt ingen indvendinger mod at deltage i kurset, men det vurderedes, at han allerede var i besiddelse af den viden, som kurset kunne tilføre.

K forestod i sin egenskab af direktør i H *due diligence*-undersøgelsen i forbindelse med H' erhvervelse af ejerandele i B i 2014. K besad således ved sin indtrædelse i bestyrelsen allerede en detaljeret viden om B og dens forretningsaktiviteter.

Det fremstår i denne forbindelse urimeligt, at Finanstilsynet ikke reflekterer over kursets egentlige værditilførsel i det konkrete tilfælde, hvor B uomtvisteligt havde brug for alle ressourcer i det omfattende oprydningssarbejde i B, og dermed vender K's og P's velovervejede ræsonnementer til at fremstå som negative betragtninger.

2.3.1 Retligt grundlag

For så vidt angår det retlige grundlag, har jeg noteret mig, at Finanstilsynet udelukkende hjemler sin afgørelse i FIL § 64, stk. 3, nr. 4. Kravene til viden, faglig kompetence og erfaring hos et medlem af bestyrelsen eller direktionen i en finansiel virksomhed er selvstændigt hjemlet i FIL § 64, stk. 1.

Manglende viden og erfaring hos et medlem af bestyrelsen i B synes således ikke at kunne begrunde en afgørelse truffet på baggrund af FIL § 64, stk. 3, nr. 4. FIL § 64, stk. 1 opstiller ikke nogen generelle kriterier for, hvilke teoretiske eller praktiske krav et bestyrelsesmedlem i en finansiel virksomhed skal opfylde. Disse varierer bl.a. afhængigt af virksomhedstype og forretningsmodel.

Efter Finanstilsynets eget udsagn har B en "simpel forretningsmodel", og i det lys er det overordentligt vanskeligt at identificere præcis hvilken nødvendig viden og erfaring, Finanstilsynet vurderer, at bestyrelsen ikke besidder.

I praksis stilles der mindre krav til et bestyrelsesmedlems erfaring end til en direktørs erfaring. Der kan jf. FIL § 64, stk. 1 eksempelvis ikke stilles krav om, at et bestyrelsesmedlem har særlig indsigt i finansielle virksomheders forhold.[fodnote: Jf. Karnov note 550 til FIL.]

Det ses ikke tidligere, at bestyrelsesmedlemmer, der af Finanstilsynet er vurderet 'fit & proper', efterfølgende er blevet påbudt at nedlægge sit hverv grundet manglende viden og erfaring alene. I Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010 påbød Finanstilsynet jf. FIL § 64, stk. 1 en direktør,

til hvem der var krav om indsigt i finansielle virksomheders forhold, at nedlægge sit hverv som følge af manglende forsikringsteknisk erfaring og finansiell indsigt. Denne afgørelse synes netop at bunde i kravet til direktøren om at have den nødvendige indsigt i den finansielle virksomhed, i hvilken han bestred direktørposten. I dette tilfælde et skadesforsikringsselskab, som alt andet lige må antages at have en væsentligt mere kompliceret forretningsmodel end B. Afgørelsen bundede således (i) i de høje krav, der stilles til en direktør i en finansiell virksomhed (som er væsentligt højere end de krav, der kan stilles til bestyrelsesmedlemmerne i den samme finansielle virksomhed), og (ii) i skadesforsikringsselskabets komplicerede forretningsmodel, som direktøren skulle administrere og sikre blev efterlevet (hvilken forretningsmodel må antages at være væsentligt mere kompliceret en B's forretningsmodel). Afgørelsen kan således ikke på ingen måde danne grobund for at afsætte den samlede bestyrelse i B.

2.4 Erhvervelse af visse aktiviteter i H

...

2.5 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

...

3. Særskilte bemærkninger i relation til de enkelte Bestyrelsesmedlemmer

3.1 P

3.1.1 Anvendelse af eksterne konsulenter

Finanstilsynet bemærker angående O's konsulentrolle, at

"O flere gange har præsenteret nye aktiviteter i form af AM og S, som C- og dermed P – har en særskilt interesse i."

For så vidt angår AM skal det oplyses, at C-gruppen – og dermed P – ikke, hverken direkte eller indirekte, har nogen ejerinteresse i AM. AM er heller ikke – og vil højst sandsynligt aldrig blive – kunde i C. På det grundlag gøres det gældende, at P ikke har en særskilt interesse i at lade O deltage på bestyrelsesmøderne.[fodnote: For så vidt angår P interesse i S henvises til afsnit 0 vedr. behandling af låneindstilling for S.]

Finanstilsynet opfordres til at redegøre for, hvorfor de mener, at P har en særskilt interesse i AM.

3.2 Ø

I Øs udkast til afgørelse kommenterer Finanstilsynet særskilt på, at hans titel som advokat og indtrædelse i bestyrelsen som næstformand med henblik på at styrke bestyrelsens kompetencer er indgået i Finanstilsynets vurdering.

Vi kan bekræfte, at Ø har været et særdeles værdifuldt aktiv i forbindelse med bestyrelsesarbejdet, herunder har han spillet en væsentlig rolle i forbindelse med købet af U som beskrevet i afsnit 2.2.2 ovenfor, men jeg har i øvrigt ikke fundet anledning til at afgive særskilte kommentarer vedrørende Ø.

3.3 AN

Finanstilsynet tilkendegiver, at AN i sit bestyrelsesvirke har udvist en grundlæggende passivitet.

AN har siden sin indtræden i bestyrelsen den 22. januar 2015 været et yderst aktivt medlem af Bs bestyrelse, hvilket også fremgår af bestyrelsesprotokollaterne. At AN ikke aktivt har gjort indsigelser mod de anførte forhold, skyldes ikke passivitet, men derimod at AN efter grundige overvejelser er nået frem til, at han var enig i de truffne beslutninger.

4. Retlige bemærkninger

Det følger af FIL § 64, stk. 3, nr. 4, at et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde.

Det skal i denne forbindelse understreges, at den nuværende bestyrelses arbejde med at sikre Bs overlevelse har krævet en særdeles omfattende indsats af samtlige bestyrelsesmedlemmer. Dette arbejde har været til stor gavn for B, hvis overlevelse stod på spil, da de nye hovedandelshavere tiltrådte.

Hvor B tidligere blev drevet på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde, så har den nuværende bestyrelse indført en forretningsmodel med en væsentlig lavere risikoprofil samtidig med en bedre indtjening. B havde tidligere specialiseret sig i studieandelsboliglån, som imidlertid var kommet under kraftig konkurrencemæssige påvirkning. For at sikre B's overlevelse og udvikling, var nye tiltag derfor nødvendige. Havde bestyrelsen ikke justeret Bs forretningsmodel i denne henseende, ville B med sikkerhed ikke kunne have overlevet.

Under hensyntagen til den samfundsmæssige interesse i at opbygge og bevare en stabil og veldrevet finansiel sektor, bør det være en formildende omstændighed, at de nuværende ledelsesmedlemmer har bidraget til at sikre Bs overlevelse og udvikling. I dag er der således et stigende antal ansatte med yderligere kompetencer, herunder flere med juridisk baggrund. Som nævnt har B pr. 1. april 2016 ansat endnu en advokat.

Dette forhold må anses for i høj grad at have varetaget hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor og bør derfor komme bestyrelsesmedlemmerne til gode og påvirke den subjektive vurdering af deres adfærd i en positiv retning, herunder når proportionaliteten i et konkret indgreb over for bestyrelsesmedlemmerne skal vurderes.

Som Finanstilsynet selv anfører, blev det ved revisionen af FIL § 64 ved lov nr. 579 af 1. juni 2010 (LFS 2009/1) anført i de oprindelige bemærkninger som eksempel for anvendelsen af bestemmelsen, at indgreb over for et bestyrelsesmedlem kan ske, når Finanstilsynet på baggrund af *markedsforholdene og den konkrete virksomhed* i øvrigt vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, medmindre der sker væsentlige ændringer i *virksomhedens ledelse og drift* (min udhævning).

Der er altså tale om, at bestemmelsen kan finde anvendelse, når Finanstilsynet baseret på en markedsvurdering og en vurdering af de kommercielle forhold mener at kunne konkludere, at virksomheden ikke vil kunne fortsætte sin drift på mellemlangt sigt. I denne situation er de markeds-mæssige og kommercielle forhold netop forbedret væsentligt, og disse ændringer har sikret en levedygtig andelskasse.

Finanstilsynets seneste påbud om afsættelse af et ledelsesmedlem i en finansiel virksomhed i afgørelse af 15. september 2015 var, hvor en direktør i medfør af FIL § 351, stk. 1 blev afsat baseret på FIL § 64, stk. 3, nr. 4.

Baggrunden for afsættelse af direktøren var, at Finanstilsynet på "*baggrund af inspektion og modtaget materiale*" vurderede, at "*virksomhedens foranstaltninger til forebyggelse af hvidvask og terrorfinansiering var helt utilstrækkelige*". Her var der således tale om et svigt fra ledelsens side i en finansiel virksomhed, der kunne føre til hvidvask af penge og ikke mindst finansiering af terror, og Finanstilsynet anfører da også i sin vurdering, at dette "*udgør et meget alvorligt ledelsesmæssigt svigt*" og "*samfundsmæssigt [er] en alvorlig forseelse, som kan medvirke til at mindske den generelle tillid til den finansielle sektor*". Direktørens ageren kunne således have en afsmittende effekt på den finansielle sektors omdømme og derfor også til samfundets tillid til sektoren, hvilket bemærkningerne til lov nr. 403 af 28. april 2014 (LFS 119 2013/1) om ændring af lov om finansiel virksomhed m.fl. anfører, at tillidshensynet i § 64, stk. 4 er begrundet i.

Direktørens ageren i ovennævnte sag er stærkt kritisabel i en grad, der er helt usammenlignelig med de forhold, som vedrører bestyrelsesmedlemmerne i B, herunder er de samfundsmæssige konsekvenser og påvirkningen af den finansielle sektors omdømme lang større i denne sag.

I Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010 påbød Finanstilsynet en bestyrelsesformand i et forsikringselskab at nedlægge sit hverv, idet Finanstilsynet mente, at bestyrelsesformanden havde udvist – og udviste – en sådan adfærd, at der var grund til at antage, at han ikke ville varetage sit hverv på forsvarlig vis, jf. daværende FIL § 64, stk. 2, nr. 4 (nu FIL § 64, stk. 3, nr. 4).

Her var der igen tale om et egentligt ledelsesmæssigt svigt, idet det ikke var dokumenteret, at bestyrelsen behandlede retningslinjer på alle vigtige forretningsområder, som tidligere påbudt af Finanstilsynet i 2009, og revisor kunne ikke følge op herpå, da bestyrelsesformanden personligt besad bestyrelsesprotokollatet. Dette var særdeles mangelfuldt, da forman-

den både havde undladt at skrive, hvem der deltog i møderne, hvilke medlemmer, der kunne tiltræde formandens tilførsler til protokollen, og hvilke forhandlinger og beslutninger, der var behandlet og vedtaget på møderne. Formanden havde endvidere personligt påhæftet protokollen yderligere materiale tilbage i tiden.

Ovennævnte ledelsessvigt synes at række langt ud over forholdene vedrørende Bs bestyrelse. Endvidere forelå den skærpende omstændighed, at formandens præmierestancer til forsikringsselskabet ikke fremgik af protokollen.

I sagen afgav Finanstilsynet ingen påbud om nedlæggelse af hverv til de øvrige bestyrelsesmedlemmer, trods det, at de øvrige bestyrelsesmedlemmer havde udvist en væsentlig passivitet i form af manglende kontrol med, at relevante og nødvendige forhold blev ført til protokol, hvilket må vurderes at være et væsentligt ledelsessvigt, der ligger langt ud over den ageren, som Bs bestyrelsesmedlemmer har udvist.

Med baggrund i de af Finanstilsynet tidligere afgivne påbud i medfør af FIL § 351, stk. 2 om nedlæggelse af bestyrelseshverv baseret på FIL § 64, stk. 3, nr. 4, er det vores vurdering, at denne bestemmelse tidligere kun er set anvendt i relation til forhold, hvor der er tale om alvorlige ledelsessvigt, og hvor disse ledelsessvigt kan indebære alvorlige samfundsmæssige konsekvenser, og/eller som kan bringe den finansielle sektor i miskredit. Finanstilsynets forslag til afgørelser i den konkrete sag fremstår således som en væsentlig stramning af den nuværende praksis, som ikke ses hjemlet i FIL § 64, stk. 3, nr. 4.

Endelig skal det nævnes, at det ikke er set før, at Finanstilsynet forsøger at afsætte den samlede bestyrelse i en finansiell institution, og dette er så markant en skærpelse af Finanstilsynets praksis, at Finanstilsynet synes at forsøge at foretage en egentlig praksisændring ved fremlæggelse af Udkastet. Det synes samtidig at være en reaktion, der er disproportional set i forhold til de omhandlede bestyrelsesforhold.

5. Samlet vurdering

5.1 Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter

FIL § 117 er generelt ikke til hinder for, at Bs bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter, som deltager i bestyrelsesmøder, og Bs bestyrelse har været berettiget til at videregive fortrolige oplysninger. På den baggrund har Bs bestyrelse ikke overtrådt hverken FIL § 117 eller ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 ved at lade O deltage i bestyrelsesmøder som konsulent. Finanstilsynets påstand herom er uhjemlet.

5.2 Bestyrelsens håndtering af habilitet

Finanstilsynets argumentation i Udkastet vedrørende bestyrelsens håndtering af habilitet bygger på en række misforståelser af såvel faktuel som juridisk karakter.

Provisionsaftalen mellem F og B førte retteligt ikke til provisionsudbetaling i de omtalte tilfælde (S og T Denmark), hvorfor der ikke forelå *særlige økonomiske interesser* hos de berørte bestyrelsesmedlemmer. Endvidere havde C-gruppen – og dermed P – ikke, hverken direkte eller indirekte, nogen ejerinteresse i AM.

Finanstilsynet anvender en ukorrekt fortolkning af habilitetsbegrebet i forbindelse med behandling af låneindstilling for S. C – og dermed P – ville således ikke nyde økonomisk gavn af, at S solgte sine fordringer til B frem for til nogen af S's eksisterende samarbejdspartnere. Under alle omstændigheder var C' økonomisk interesse i S's salg af fordringer minimal. P havde således ikke nogen *væsentlig* interesse i bestyrelsens behandling af S, der var *stridende mod Bs interesser*, hvilket er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

5.3 Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Bs bestyrelsesmedlemmer besidder en detaljeret viden og erfaring inden for drift af finansielle institutioner, og samlet besidder bestyrelsen den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af B til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet. Endvidere har B ikke forholdt sig passivt til introduktion og efteruddannelse af bestyrelsesmedlemmerne, idet nytiltrådte bestyrelsesmedlemmer ved deres indtræden i bestyrelsen blev vurderet til allerede at besidde en detaljeret viden om B. På den baggrund var det i Bs interesse, at bestyrelsesmedlemmernes ressourcer i stedet blev anvendt til det omfattende oprydningsarbejde i B.

5.4 Erhvervelse af visse aktiviteter i H

B erhvervede, som beskrevet i afsnit 2.2.2, alene en yderst begrænset aktivitet fra H, som straks Finanstilsynet havde påpeget forholdet blev lagt i B, og som i kun ca. 2 måneder blev drevet i det nyoprettede selskab, U.

Beslutningen om at overtage U blev ud over det på bestyrelsesmødet fremlagte præsentationsmateriale truffet på baggrund af indgående korrespondance med sælger, herunder sælgers advokat og revisor, om relevante poster i præsentationsmaterialet, Us budget og balance samt virksomhedsoverdragelsesaftalen med bilag. Bestyrelsens behandling af sagen skete som beskrevet i afsnit 2.2.2 og Inhabilitetsnotatet inden for rammen af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

En revisionsvurdering vurderedes ikke at være nødvendig, idet der blev aftalt en *earn-out*-model for erlæggelse af købsprisen, der Us fremtidige performance. Der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af U i den efterfølgende indgående revision af Bs årsrapport for 2015.

5.5 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Bestyrelsen har forholdt sig til de væsentlige risici, der var forbundet med kreditgivningen til T, idet bestyrelsen indgående vurderede moderselskabets regnskabsmateriale og børsprospekt samt granskede diverse aktieanalyser fra uafhængige analysehuse. Eksponeringen blev betragtet som en investeringskredit, hvorfor T *cash-flow* ikke var interessant at få analyseret nærmere. Derudover godkendte bestyrelsen indstillingen på baggrund af en meget konservativ *stop-loss*-mekanisme på 30 pct., der således blev vurderet til at være endog meget sikker.

Endvidere forelå der en meget grundig vurdering af de likvide børsnoterede aktier, som B fik sikkerhed i i forbindelse med bevillingen af investeringskrediten.

5.6 Finanstilsynets påbud

Selv i det tilfælde, at Finanstilsynet fastholder sine faktiske og juridiske vurderinger, er sanktionerne disproportionale set i forhold til de forhold, som bestyrelsen anklages for. Det bemærkes i den sammenhæng, at B siden modtagelse af påbud har fået bragt en lang række forhold i orden, hvorved der nu alene udestår forhold, hvor B for størstedelens vedkommende er uenig i Finanstilsynets faktiske og/eller juridiske vurderinger, jf. nærværende høringsbrev (inklusive bilag).

Finanstilsynets udkast til afgørelser i nærværende sag fremstår – ud over at indebære en ufuldstændig retsanvendelse – som et forsøg på en væsentlig stramning af Finanstilsynets nuværende praksis for afgørelser om nedlæggelse af bestyrelseshverv, som ikke ses hjemlet i FIL § 64, stk. 3, nr. 4. En øjeblikkelig afsættelse af hele bestyrelsen i B fremstår i den forbindelse som en uforholdsmæssig rigoristisk sanktion, der vil medføre, at Bs viden og erfaring i bestyrelsen går tabt, og som derved vil skabe unødvendig usikkerhed samt have en negativ effekt på Bs drift.

Det bør, under hensyntagen til den samfundsmæssige interesse i at opbygge og bevare en stabil og veldrevet finansiel sektor, være en formildende omstændighed, at de nuværende ledelsesmedlemmer har bidraget til at sikre Bs overlevelse og udvikling, herunder et stigende antal ansatte med yderligere kompetencer. Det må herefter komme bestyrelsesmedlemmerne til gode og påvirke den subjektive vurdering af deres adfærd i en positiv retning, herunder når proportionaliteten i et konkret påbud mod bestyrelsesmedlemmerne skal vurderes.

6. Processuelle bemærkninger

6.1 Afvent afgørelse af sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger

Eftersom bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent på bestyrelsesmøder ses at være en væsentlig del af Finanstilsynets begrundelse for at udstede påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv, skal jeg anmode Finanstilsynet om at berostille nærværende sag, indtil der foreligger afgø-

relse i sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. FIL § 117.

6.2 Bemærkninger til Finanstilsynets fremgangsmåde

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet har udsendt et høringsbrev med et så omfattende materiale og så mange involverede personer med blot tolv arbejdsdages svarfrist – i forbindelse med påskedagene, herunder at Finanstilsynet i forlængelse heraf har afvist at give nogen form for fristforlængelse.

Som følge af den meget korte svarfrist, har B haft begrænset tid til besvarelse, og det forbeholdes at fremkomme med yderligere indlæg og oplysninger.

Som nævnt foretog Finanstilsynet i perioden 7. december til 11. december 2015 en ny undersøgelse af B. Der blev afholdt fysisk møde herom den 15. marts 2016, hvor der blev udleveret 43 plancher, som Bs ledelse ikke havde haft mulighed for at forberede sig på, da der blev først var arrangeret et telefonmøde herom dagen før det fysiske møde. Det forhold finder jeg også kritisabelt. Hvis B havde kunnet forberede sig, havde flere misforståelser omkring fakta og jura kunnet imødegås.

Endvidere finder jeg det kritisabelt, at denne høring finder sted, inden B er blevet præsenteret for Finanstilsynets endelige rapport om ovennævnte inspektion, herunder har haft mulighed for at forholde sig til og imødegå de påbud eller påtaler, der måtte fremgå af denne.

Jeg har som nævnt anmodet Finanstilsynet om aktindsigt i Finanstilsynets dokumenter og notater, der gengiver J's tilkendegivelser i forbindelse med nærværende sag, herunder det fulde notat, som Finanstilsynet må formodes at have udarbejdet som dokumentation af samtalen med J. I den forbindelse har jeg bedt om udsættelse af sagen under henvisning til, at jeg har brug for at gennemgå de dokumenter, der gengiver J's tilkendegivelser. Jeg finder det kritisabelt, at jeg ikke har fået mulighed for at gennemgå dette materiale, idet mødet mellem Finanstilsynet og J fremstår som at have haft særlig indflydelse på Finanstilsynets vurdering af sagen.

6.3 Retlig mangel

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet i Udkastet ikke henviser til retsgrundlaget, herunder lovgrundet, i forbindelse med vurderingerne af habilitet.

Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til det anvendte retsgrundlag, jf. forvaltningslovens § 24. Dette er ikke tilfældet ved vurderingerne af habilitet, hvor Finanstilsynet synes at have været i en sådan vildfarelse om anvendelsen af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at der foreligger en retlig mangel.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. juli 2016 udtalt:

” ...

7. Sagsfremstilling

Klager ejede på tidspunktet for Finanstilsynets afgørelse i medfør af § 62 i lov om finansiel virksomhed ca. 30 pct. af instituttet og var bestyrelsesformand.

Finanstilsynet gennemførte i december 2015 og januar 2016 en inspektion af instituttet. Finanstilsynet kunne på den baggrund konstatere, at instituttet fortsat havde udfordringer på ledelsesniveau, og der blev ved det afsluttende møde den 15. marts 2016 meddelt instituttet en række påbud, hvoraf flere relaterede sig til påbuddene afgivet ved en inspektion året før i maj 2015.

Instituttet har den 2. juni 2016 indbragt to af de tildelte påbud for Erhvervsankenævnet. Påbuddene omhandler anvendelse af ekstern konsulent og spørgsmålet om habilitet. Klagerne behandles samlet under Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752.

Særligt på ledelsesområdet meddelte Finanstilsynet en række påbud for både væsentlige og grove overtrædelser af den finansielle lovgivning. Påbuddene relaterede sig især til:

- At kreditgivningen i instituttet var uforsvarlig bl.a. som følge af utilstrækkelige grundlag for kreditbeslutninger og deltagelse af personer i kreditbehandlingen med habilitetsproblemer.
- Påbegyndelse af nye aktiviteter/risikopåtagning uden et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag, herunder erhvervelse af aktiviteter fra et andet selskab ejet af klager, hvorved et datterselskab til instituttet påtog sig tilladelseskrævende aktiviteter i medfør af lov om finansiel virksomhed uden, at selskabet havde tilladelse, og instituttet bevilgede lån til datterselskabet på ikke-markedsmæssige vilkår i strid med § 181 i lov om finansiel virksomhed.
- Eskalering af brug af ekstern konsulent trods tidligere påbud herom med deraf følgende væsentlig risiko for brud på tavshedspligten i medfør af § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet vurderede i den forbindelse, at en væsentlig del af disse lovovertrædelser var initieret af klager, og at der var sket en forøgelse af lovovertrædelserne efter, at klager var trådt ind i bestyrelsen i instituttet.

Klager har desuden tidligere, bl.a. ved deltagelse i bestyrelsesmøder i instituttet, gjort sin indflydelse gældende i instituttet uden at være bestyrelsesmedlem. Endvidere har klager via en konsulentrolle i instituttet imellem sine bestyrelsesperioder deltaget i væsentlige beslutninger i instituttet, herunder ansættelsen af en direktør i instituttet, og haft adgang til instituttets N-systemer på lige fod med instituttets ansatte, hvilket Finanstilsynet finder kritisabelt, da det kan føre til brud på tavshedspligten i

medfør af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Klager har derfor spillet en stor rolle i de beslutninger, der er blevet taget i instituttet i den periode, hvor klager ikke var bestyrelsesmedlem.

Finanstilsynets afgørelse om fratagelse af stemmeretten var baseret på en flerhed af forhold, hvoraf klager fremhæver fire konkrete emner i sin klage.

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder
Finanstilsynet skal for de specifikke forhold i sagsfremstillingen henvises til side 5-10 i afgørelsen.

Klagers håndtering af habilitet
Finanstilsynet skal for de specifikke forhold i sagsfremstillingen henvises til side 10-14 i afgørelsen.

Erhvervelsen af U
Finanstilsynet skal for de specifikke forhold i sagsfremstillingen henvises til side 10-14 i afgørelsen.

Instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag
Finanstilsynet skal for de specifikke forhold i sagsfremstillingen henvises til side 12-14 i afgørelsen.

8. Retligt grundlag

Det fremgår af § 62, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed at Finanstilsynet kan ophæve den stemmeret, der er tilknyttet den pågældende erhververs kapitalandele eller påbyde virksomheden at følge bestemte retningslinjer, såfremt erhververen ikke opfylder kravene i § 61 a, stk. 1. Det fremgår af bemærkningerne til § 62, stk. 1 [fodnote: L 453 2003 § 61, stk. 1. Bestemmelsen blev konsekvensændret ved L 133 2009 § 1, nr. 5, hvor det blev præciseret, at det er de samme kriterier, som skal lægges til grund ved vurderingen af, hvorvidt en erhvervelse af en kvalificeret andel kan godkendes, som skal lægges til grund ved vurderingen af, om en besidder af en kvalificeret andel modvirker en forsvarlig og fornuftig forvaltning af den finansielle virksomhed.] at stemmeretten kan ophæves, såfremt den pågældende ejer eksempelvis i forbindelse med ejerskab eller deltagelse i ledelsen af andre virksomheder har vist sig uegnet til at drive virksomhed på en økonomisk forsvarlig måde, f.eks. hvis den pågældende er dømt for økonomisk kriminalitet.

§ 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed indeholder de kriterier, som Finanstilsynet skal inddrage ved vurderingen af, hvorvidt en ansøger om erhvervelse af en kvalificeret andel, jf. § 61, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan godkendes.

I henhold til § 61, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed skal enhver fysisk eller juridisk person, eller fysiske og juridiske personer, som handler i forståelse med hinanden, på forhånd søge om godkendelse fra Finans-

tilsynet, såfremt de påtænker at erhverve en kvalificeret andel i en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed.

Ifølge bemærkningerne[fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4.] er baggrunden for bestemmelsen, at ejerkredsen bag en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed udøver væsentlig indflydelse på virksomhedens drift. Fysiske eller juridiske personer, som myndighederne ikke har tilstrækkelig tillid til, skal forhindres i at eje en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed, da der er risiko for, at de ikke vil medvirke til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden.

En kvalificeret andel er defineret i lov om finansiel virksomhed § 5, stk. 3, som en direkte eller indirekte besiddelse af mindst 10 pct. af kapitalen eller stemmerettighederne eller en andel, som giver mulighed for at udøve en betydelig indflydelse på ledelsen af den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomhed.

Det fremgår videre af forarbejderne, at det ikke er en betingelse, at erhververen samlet erhverver en kvalificeret andel, for at der skal ske forudgående godkendelse. En mindre andel, der bringer erhververens samlede kapitalandel over grænsen for kvalificerede andele, skal godkendes af Finanstilsynet.

§ 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed indeholder de kriterier, som Finanstilsynet skal inddrage ved vurderingen af, hvorvidt en ansøger om erhvervelse af en kvalificeret andel, jf. § 61, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kan godkendes, og ved vurderingen af, om der skal ske ophævelse af stemmeretten. Ifølge § 61 a, stk. 1, skal Finanstilsynet i sin vurdering af erhververen sikre hensynet til en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den virksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes. Vurderingen skal ligeledes ske under hensyntagen til den påtænkte erhververs sandsynlige indflydelse på virksomheden, den påtænkte erhververs egnethed og den påtænkte erhververs finansielle soliditet i forhold til:

- 1) Den påtænkte erhververs omdømme.
- 2) Omdømmet og erfaringen hos den eller de personer, der efter erhvervelsen vil lede den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed.
- 3) Den påtænkte erhververs økonomiske forhold, især i forhold til arten af de forretninger, der drives eller påtænkes drevet i den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes.
- 4) Om virksomheden fortsat kan overholde tilsynskravene i lovgivningen, navnlig om den koncern, som virksomheden eventuelt kommer til at indgå i, har en struktur, der gør det muligt at gennemføre et effektivt tilsyn og en effektiv udveksling af oplysninger mellem de kompetente myndigheder samt at fastslå, hvordan ansvaret.
- 5) Om der i forbindelse med den påtænkte erhvervelse er grund til at formode, at hvidvaskning af penge eller finansiering af terro-

risme, jf. §§ 4 og 5 i lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme, vil ske.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen [fodnote: L 133 2009 § 1, nr. 4.], at det første kriterie indebærer en fastlæggelse af, om der hersker velbegrunder tvivl om den påtænkte erhververs integritet og faglige kompetence. En sådan tvivl kan opstå som følge af tidligere erhvervs-mæssig adfærd. Endvidere fremgår det af bemærkningerne, at vurderingen i høj grad vil svare til den vurdering, som foretages, når det undersøges, om et bestyrelsesmedlem eller direktør i en finansiel virksomhed opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af § 64 i lov om finansiel virksomhed.

Til det tredje kriterie fremgår det af bemærkningerne til bestemmelsen, at Finanstilsynet skal vurdere, om den påtænkte erhverver er økonomisk solid nok til at kunne erhverve den påtænkte andel uden at true den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomheds fortsatte eksistens ved erhvervelsen eller inden for en overskuelig fremtid.

Til det fjerde kriterie fremgår det af bemærkningerne til bestemmelsen, at virksomheden fortsat skal kunne overholde tilsynskravene, herunder også, at virksomheden fortsat kan overholde de økonomiske krav, der stilles til en finansiel virksomhed.

9. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet henviser til sin afgørelse, jf. klageskriftets bilag 1, om fratagelse af stemmerettigheder i sin helhed. Finanstilsynet finder imidlertid anledning til at kommentere følgende på de specifikke anbringender i klagen, jf. nedenfor.

3.1 Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Klager anfører i klageskriftets punkt 4.1, at § 117 i lov om finansiel virksomhed ikke er til hinder for, at instituttets bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter. På denne baggrund anfører klager, at Finanstilsynet uhjemlet har påtalt Os deltagelse på bestyrelsesmøderne som overtrædelse af henholdsvis § 117 i lov om finansiel virksomhed og bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (i det følgende benævnt ledelsesbekendtgørelsen).

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder lagt til grund, at Os tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende i relation til klager, og i flere tilfælde udgør en nærliggende risiko for at være i strid med § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at klager i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, og at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, men at O på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som

fast rådgiver på bestyrelsesmøderne, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet har vurderet, at forholdene strider mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf det følger, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under angivne punkter på bestyrelsesmødet.

Der er i klagen henvist til et notat udarbejdet af professor dr.jur. X, der forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilaget er udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem O og klager:

”O deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Os virke som konsulent for B. Konsulentopgaven er nærmere beskrevet i en aftale.”

Finanstilsynet har trods gentagende anmodninger herom ikke tidligere modtaget en ansættelsesaftale og bemærker samtidig, at den fremsendte konsulentaftale er dateret den 9. december 2015. Klagers supplerende bemærkning vedrørende udleveringen af konsulentaftale behandles separat nedenfor. Det bemærkes i øvrigt, at der ikke er tidsmæssig sammenhæng mellem fortrolighedsaftalen (bilag ...) og konsulentaftalen (bilag ...), som er dateret henholdsvis den 15. juni 2015 og den 9. december 2015, altså cirka et halvt år efter hinanden.

O har således deltaget ved minimum to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og den 26. november 2015 uden et egentligt skriftligt eller mundligt præciseret opdrag. Klager har ikke dokumenteret, at der foreligger et egentligt opdrag i form af en præcist og konkret formuleret konsulentaftale eller lignende, der kan berettige O's tilstedeværelse i perioden forud for den 9. december 2015. Finanstilsynet har alene kunne konstatere et så bredt og upræcist formuleret opdrag, at det ikke har været muligt at konstatere, hvori Os arbejde for instituttet reelt bestod. Finanstilsynet finder således ikke det omtalte notat retvisende i den konkrete sag.

Såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at den nu fremsendte konsulentaftale bør tillægges betydning, anfører Finanstilsynet, at denne aftale ikke forelå fra begyndelsen af samarbejdet mellem klager og O, hvilket er ubestridt af klager. Derudover er der tale om et så bredt og ukonkret formuleret opdrag, at Finanstilsynet ikke finder det godtgjort, at O berettiget har kunnet modtage fortrolige oplysninger eller hans deltagelse har haft relevans for udførelsen af en egentlig og konkretiseret konsulentopgave. Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride mod klagers forretningsorden også vil være i strid med ledelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet finder ikke, at man, som klager har anført i klageskriftet, kan sidestille og anvende Os tavshedspligt i C, der har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven og i øvrigt ikke er omfattet af lov om finansiel virksomhed, til at berettiget modtagelse af fortrolige oplysninger. Det afgørende i forhold til § 117 i lov om finansiel virksomhed er ikke om den som modtager de fortrolige oplysninger

kan hemmeligholde dem, men om den pågældende overhovedet er berettiget til at modtage dem. Derfor ændrer hverken en eventuel tavshedspligt i Celler en underskrevet fortrolighedsaftale på, hvorvidt modtagelsen må anses for berettiget.

Finanstilsynet finder det på den baggrund ikke godtgjort, at O har deltaget i bestyrelsesmøderne med et egentligt opdrag. Derudover kan Finanstilsynet konstatere, at O som minimum har deltaget i to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og 26. november 2015 uden den konsulentaftale, som klager nu har fremsendt, hvorfor det er Finanstilsynets vurdering, at O uberettiget har modtaget fortrolige oplysninger, da videregivelsen af oplysningerne ikke kan konstateres at have været nødvendige for O's varetagelse af en specifik opgave for klager.

Finanstilsynet bemærker, at klager er blandt hoveddrivkraften i inddragelsen af O i bestyrelsesarbejdet. Det er således klager, der som nyindvalgt bestyrelsesmedlem 12. november 2015 beskriver O som en vigtig rådgiver i forbindelse med udarbejdelse af strategi og effektivisering samt fastlæggelse af fremtidige processer. Dermed er klager således også ansvarlig for, at der på instituttets bestyrelsesmøder inddrages en udenforstående, uden der er taget konkret stilling til, om denne er berettiget til at modtage fortrolige oplysninger, hvorved klager initierer potentielle overtrædelser af § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at klagers brug af eksterne konsulenter går fra at være sporadisk til at have en nærmest permanent karakter efter K og P [fodnote: Som er ejer af C.] indtræder i bestyrelsen. Derudover fremgår det af bestyrelsesprotokollaterne (bilag ... og ...), at O primært har deltaget i drøftelserne på de dagsordenspunkter, der omhandler ejerkredsens øvrige aktiviteter. Der er således end ikke tale om, at O kun er deltagende, når der drøftes forhold vedrørende effektivisering m.v., som er det bestyrelsen oprindeligt på bestyrelsesmødet den 12. november 2015 angav som begrundelse for Os deltagelse på bestyrelsesmøderne. Klager har i klageskriftet anført, at O havde implicit samtykke til deltagelse i bestyrelsesbehandlingen fra de personer, hvis sager blev behandlet på bestyrelsesmødet, idet disse personer var bekendt med Os rolle på bestyrelsesmøderne. Det er dog ubestridt, at der på de samme bestyrelsesmøder blev gennemgået ordinære bankkunders creditsager. Deltagelse i drøftelser heraf falder teknisk set uden for Os eventuelle mandat/opdrag, hvorfor O under alle omstændigheder har deltaget i drøftelser, som falder uden for noget opdrag, uanset hvilken fortolkning af opdraget, der anlægges. Finanstilsynet må derfor konkludere, at O har deltaget i dagsordenspunkter, hvor hans tilstedeværelse ikke har haft relevans, og dermed indebærer en betydelig risiko for, at han har modtaget oplysninger, han ikke lovligt kunne modtage, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Sammenfattende er det Finanstilsynets vurdering, at formålet med ledelsesbekendtgørelsens bestemmelser om udenforståendes deltagelse på bestyrelsesmøder er dels hensynet til tavshedsforpligtelsen dels at sikre, at det er de af repræsentantskabet eller generalforsamlingen valgte bestyrel-

sesmedlemmer, der som kollektivt ledelsesorgan træffer beslutningerne og står til ansvar herfor. Bestyrelsesmøder er lukkede møder. For finansielle virksomheder gælder yderligere særlige krav til bestyrelsesmedlemmer i form af bl.a. egnetheds- og hæderlighedsvurdering, og det er derfor centralt, at udenforstående, som ikke skal fit and proper godkendes, ikke deltager som uformelle bestyrelsesmedlemmer, som det synes at være tilfældet med Os deltagelse. Med en sådan ordning ville der ske en omgåelse af reglerne i ledelsesbekendtgørelsen.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet, at der er hjemmel til at give påbud om at sikre, at uvedkommende personer ikke er til stede ved bestyrelsesmøderne, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, jf. side 10 i Finanstilsynets rapport om undersøgelse af instituttet af 17. maj 2016. Finanstilsynets rapport om undersøgelse af instituttet af 17. maj 2016 vedlægges som bilag ... (med underbilag ... og ...).

Som bilag ... vedlægges bestyrelsesprotokoller med fremhævninger, der har relevans for brugen af eksterne konsulenter i instituttet.

Særligt klagers gengivelse af forløbet vedrørende Finanstilsynets anmodning om en kopi af konsulentaftalen eller tilsvarende vedrørende Os arbejde for klager er Finanstilsynet ikke enig i gengivelsen.

Klager anfører i klageskriftet, at det fremgår på side 10 i Finanstilsynets rapport, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Os arbejde for klager. Klager anfører i forlængelse heraf, at klagers direktør M har bekræftet, at konsulentaftalen med O blev udleveret fysisk til to medarbejdere fra Finanstilsynet i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i instituttet i januar 2016. Klager har i forbindelse med indsendelsen af klageskriftet vedlagt kopi af Os konsulentaftale.

Finanstilsynet gennemførte en undersøgelse af klager i perioden fra den 7. til den 15. december 2015 og den 21. januar 2016. Ved gennemgang af ledelsesområdet den 8. december 2015 bad Finanstilsynet klagers direktør M om en kopi af den aftale om konsulentbistand klager havde indgået med O. Finanstilsynet understregede i den forbindelse, at man ønskede en kopi af det fulde aftalegrundlag.

Finanstilsynet fik samme dag alene udleveret fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 af M. Finanstilsynet spurgte specifikt, om der var tale om det fulde aftalegrundlag, hvilket M bekræftede. Det bemærkes, at konsulentaftalen mellem klager og O er dateret dagen efter dette møde nemlig den 9. december 2015, og dermed dagen efter at Finanstilsynet overfor klager havde påpeget problemerne ved, at der ikke forelå en egentlig aftale om opdrag m.v.

Ved brev af 18. december 2015 anmodede Finanstilsynet klager om enten at indsende eller bekræfte, at Finanstilsynet havde modtaget alt materiale vedrørende de af klager indgåede kontrakter om konsulentbistand ved udøvelse af klagers virksomhed, herunder eventuelle konsulentaf-

ler med O. Det fremgår af brevet, at Finanstilsynet alene havde modtaget fortrolighedsaftale mellem klager og O uden underskrifter. Kopi af Finanstilsynets brev fremlægges som bilag

Som svar på denne anmodning modtog Finanstilsynet brev af 8. januar 2016 fra klager, der fremlægges som bilag Det fremgår af brevets ad. 4:

”Som ønsket af Finanstilsynet vedlægges alle indgående kontrakter om konsulentbistand. Der er tale om 11 stk. kontrakter, som er samlet i bilag 9.”

For så vidt angår O var alene fortrolighedsaftalen af 15. juni 2015 vedlagt, denne gang i underskrevet stand. Det fremgår ikke af klagers brev, at der skulle foreligge en decideret konsulentkontrakt for O, og klager skrev som anført ovenfor, at alle indgåede kontrakter var vedlagt klagers brev. Konsulentaftalen mellem klager og O af 9. december 2015 var ikke en del af de vedlagte konsulentaftaler.

På baggrund af ovenstående skal Finanstilsynets bestride, at Finanstilsynet i forbindelse med inspektionen i januar 2016 eller på et tidligere tidspunkt modtog konsulentaftalen med O. Finanstilsynet har, som det ses af ovenstående, flere gange efterspurgt det fulde aftalegrundlag med O, og Finanstilsynet er flere gange blevet bekræftet i, at det fulde aftalegrundlag, i form af en fortrolighedserklæring, var udleveret til Finanstilsynet. Finanstilsynet modtog ej heller konsulentaftalen ved Finanstilsynets besøg den 21. januar 2016.

Finanstilsynet bemærker, at klager først i sit klageskrift til Erhvervsankenævnet har gjort dette synspunkt gældende, uagtet at Finanstilsynet både ved afsluttende møde 15. marts 2016 og i selve rapporten har anført ikke at have modtaget selve aftalen.

Det fremgår således ikke af klagers hørings svar af 8. april 2016 vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B eller i den – ganske omfattende – skriftveksling Finanstilsynet har haft med klager efter undersøgelsen.

3.2 Ks håndtering af habilitet

Klager henviser, som i hørings svaret, til et notat udarbejdet af professor dr.jur. X. Notatet er udarbejdet i høringsprocessen i forbindelse med Finanstilsynets udkast til afgørelse om påbud om klagers nedlæggelse af hvervet som bestyrelsesmedlem i henhold til § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har således forholdt sig til notatets indhold og skal henvise til punkt 2.2.3 (s. 26-30 i afgørelsen) og punkt 2.4 (s. 42-44 i afgørelsen).

3.3. Erhvervelsen af U

I forhold til bestyrelsens beslutningsgrundlag ved erhvervelsen af U, skal Finanstilsynet, da klagers bemærkninger er sammenfaldne med de i høringssvaret anførte bemærkninger, henvide til Finanstilsynets bemærkninger til klagers høringssvar, som fremgår af punkt 2.4 i afgørelsen.

Finanstilsynet skal hertil desuden særligt bemærke, at klager som direktør i og ejer af H var vidende om, at det var Finanstilsynets vurdering, at selskabet udførte ulovlige aktiviteter via U, da der pågik drøftelser om et salg til instituttet, jf. bilag

I forhold til det anførte om, at klager ikke var vidende om, at U skulle have tilladelse som værdipapirhandler ved salget til instituttet, så skal Finanstilsynet påpege, at det er instituttets, herunder særligt ledelsens, eget ansvar, at den ved udøvelsen af sin virksomhed og påbegyndelse af nye aktiviteter i enhver henseende overholder gældende lovgivning. Dette gælder uanset omfanget og karakteren heraf, og uanset at instituttet lader sig bistå af eksterne rådgivere.

Tilladelseskravene i lov om finansiel virksomhed til de forskellige virksomhedstyper, der er omfattet af loven, er helt centrale for den finansielle lovgivning. Baggrunden for dette er, at når en virksomhed udøver aktiviteter, der er omfattet af lovgivningen, skal denne virksomhed have en tilladelse til at udføre disse aktiviteter, og virksomheden kommer under tilsyn af Finanstilsynet. Virksomheden skal dermed opfylde de krav, der er stillet til virksomheden i den finansielle lovgivning, og Finanstilsynet påser overholdelsen af disse.

Tilladelsesbestemmelserne er bygget op om et koncessionslignende system for finansielle virksomheder, og bestemmelserne er opbygget således, at bestemmelserne indledningsvist definerer den virksomhed, der udløser kravet om tilladelse. Herefter defineres den virksomhed, som en virksomhed med tilladelse efter den pågældende bestemmelse, kan udøve.

Det er særdeles vigtigt, at Finanstilsynet kan påse, at finansielle virksomheder overholder lovgivningen. For værdipapirhandlere er det vigtigt, at virksomhederne kommer under et regelsæt, der beskytter investorerne, og lovgivningen skal endvidere bidrage til imødegåelse af hvidvask af penge.

Finanstilsynet bemærker i forlængelse af ovenstående, at ukendskab til loven ikke diskulperer, og at klager i øvrigt som ejer af H var vidende om, at aktiviteterne krævede tilladelse.

Herudover skal Finanstilsynet henvide til mødet med instituttets daværende bestyrelsesformand i Finanstilsynet den 9. oktober 2015, hvor formanden bl.a. præsenterede overvejelserne omkring en sammenlægning af instituttets og H' aktiviteter, hvorefter Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at udover habilitetsproblemer i relation til erhvervsen af aktiviteter fra H har forløbet medført en række overtrædelser af den finansielle lovgivning, herunder bevilling af engagementer til nærtstående parter på ikke markeds-mæssige vilkår, hvilket er ulovligt, jf. § 181 i lov om finansiel virksomhed.

Klager var desuden som ejer af H bekendt med, at selskabet drev ulovlig virksomhed via U. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollen, at klager har orienteret bestyrelsen i instituttet om dette forud for, at instituttet vælger at erhverve aktiviteterne i et datterselskab, som heller ikke har tilladelse til denne type aktiviteter. Dermed medvirker klager til endnu en overtrædelse af tilladelseskravet i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet havde på forhånd på mødet den 9. oktober 2015 tilkendegivet, at det var vigtigt, at instituttet var opmærksom på de juridiske udfordringer ved sammenlægning af forskellige aktiviteter, herunder særligt tilladelseskrav og forhold omkring lovligheden omkring udøvelsen af de pågældende aktiviteter m.v.

Som bilag ... vedlægges bestyrelsesprotokoller med fremhævninger der har relevans for erhvervsen af U.

3.4 Instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag

En væsentlig del af pengeinstitutters virksomhed består sædvanligvis i at bevilge udlån til kunder og stille garantier over for tredjemand for kundernes aktiviteter, hvorfor hovedparten af institutternes indtægter som regel også udgøres af de renter og gebyrer, som de tjener herved.

Alle udlån og garantistillelser indebærer dog samtidig en risiko for, at et pengeinstitut lider økonomiske tab, da der altid vil være en vis sandsynlighed for, at kunden ikke vil være i stand til at tilbagebetale lånet eller instituttets betaling til tredjemand ved effektivering af garantistillelser. Denne risiko benævnes ofte som kreditrisikoen eller instituttets eksposering mod kunden.

For at kreditrisikoen på kunderne enkeltvis eller samlet ikke bliver for stor, så instituttet herved risikerer at lide væsentlige tab på sine eksposeringer, er det helt afgørende, at instituttet altid sikrer sig et passende overblik over risikoen ved kunderne, så instituttet dels ikke foretager bevillinger, som påfører instituttet uforholdsmæssigt store risici, dels kan sikre sig en betryggende styring af sine kunder og få afdækket en del af risikoen via sikkerheder.

Den væsentligste forudsætning for, at et pengeinstitut kan sikre sig et passende overblik over risikoen ved kunderne, er, at instituttet allerede inden bevillingen foretages sikrer sig tilstrækkelig viden og overblik over ansøgerens økonomiske forhold, de stillede sikkerheder samt eventuelle øvrige risici, ansøgeren måtte være udsat for. Dette sker ved at instituttet i bevillingsgrundlaget foretager en passende analyse heraf.

Kravene til analyserne stiger i takt med bl.a. størrelsen af den ansøgte eksponering, risiciene ved og kompleksiteten af ansøgerens aktiviteter, manglende gennemskuelighed i forhold til de selskaber og den personkreds, som indgår i ansøgerens koncern og netværk, samt usædvanlige forhold og risici ved ansøgeren i øvrigt.

Det handler i sidste ende om, at beslutningen om at bevilge en eksponering skal være foretaget på et betryggende beslutningsgrundlag. Dette gælder, uanset hvor i pengeinstituttets organisation bevillingen er foretaget.

På baggrund af omfattende erfaring med pengeinstitutters kreditbevilling og risikostyring har Finanstilsynet opstillet en række krav for bevilling og styring af eksponeringer i bilag 1 til ledelsesbekendtgørelsen. Der er særligt i bilag 1, punkt 14-17, i ledelsesbekendtgørelsen opstillet en række krav til indholdet af et betryggende beslutningsgrundlag ved bevilling af eksponeringer, som har til formål at sikre, at alle relevante elementer indgår heri.

Her skal det særligt fremhæves, at betryggende beslutningsgrundlag ved bevillinger almindeligvis som minimum vil indeholde følgende elementer:

- Vurdering af robustheden af kundens fremtidige indtjening og likviditet samt kundens evne og vilje til at overholde indgåede forpligtelser, også ved en eventuel forværring af kundens økonomiske forhold.
- For privatkunder oplysninger om bl.a. kundens reelle formue, gældsfaktor/gearing samt rådighedsbeløb under forudsætning af traditionel fast forrentet finansiering med afvikling.
- For erhvervs kunder oplysninger om bl.a. kundens nuværende og skønnede fremtidige indtjenings- og likviditetsforhold samt de reelle kapitalforhold og relevante koncernsammenhænge.
- Beskrivelse og vurdering af stillede sikkerheder.
- Oplysninger om, hvordan eksponeringen skal tilbagebetales og forrentes.
- Analyse af låntagers følsomhed over for rentestigninger, hvis låntager ønsker variabel rente.
- Andre oplysninger, der er relevante for virksomhedens vurdering af eksponeringens risiko og afvikling.
- En samlet vurdering samt stillingtagen til, om den forventede indtjening står i et forsvarligt forhold til den risiko, instituttet påtager sig ved bevillingen.
- En samlet risikovurdering af enhver form for projekter, for eksempel risikoen ved ledelse, styring, finansiering, udførelse, færdiggørelse, udlejning og salg.

I henhold til bilag 1, punkt 14, litra c, i ledelsesbekendtgørelsen skal der endeligt altid foreligge dokumentation af enhver bevilling i form af et beslutningsgrundlag.

Konkret i forhold til bevillingen til T (V) henvises til afgørelsens side 47 og 48.

Vedlagt som bilag ... findes endvidere kreditindstillingen for V og den tilhørende protokollering af diskussion på bestyrelsesmødet den 26. november 2015. Det bemærkes i den forbindelse, at bevillingen dermed sker før instituttet har indgået en konsulent aftale med O, som i øvrigt præsenterer bevillingen for bestyrelsen i instituttet, uagtet at han er medlem af ledelsen i selskabet, der ønsker at låne penge.

Som bilag ... vedlægges en bevilling til kunde "y" som eksempel på, hvordan B normalt behandler en bevilling.

Finanstilsynet er ikke bekendt med andre pengeinstitutter, hvor bevillinger forelægges bestyrelsen uden at have været behandlet i instituttets bevillingssystem først.

Af bevillingen, jf. bilag ..., fremgår det på side 8, at bevillingsansøgningen først er behandlet af en kundefrådgiver, dernæst af direktionen og endeligt bevilget af bestyrelsen. Dermed sikres en række forskellige øjne på bevillingsansøgningen, hvoraf flere ikke har direkte kontakt med kunden. Det er normal praksis i pengeinstitutter. Det tilsvarende ses ikke at være tilfældet for bevillingen til V, hvor det er uklart, hvem der har udarbejdet kreditindstillingen, og hvem der har set den, inden den forelægges bestyrelsen.

I bevillingen til kunde "y" er der endvidere foretaget en række analyser af kundens økonomiske forhold, herunder det forhold at kunden indgår i en koncernsammenhæng. Der ses ikke at være tilsvarende analyser i bevillingen til V, uagtet at der her er tale om en grænseoverskridende koncern, hvilket alt andet lige kan gøre realisering af pant eller håndtering af en situation som nødlidende væsentligt mere kompliceret. I den forbindelse har instituttet heller ikke forholdt sig til værdien af pantet, såfremt kunden bliver nødlidende, hvilket er bemærkelsesværdigt i lyset af, at pantet er aktier i moderselskabet, hvis værdi må forventes at blive påvirket negativt, hvis kunden bliver nødlidende.

3.5 Supplerende retlige bemærkninger

Klager har i sit klageskrift anført, at Finanstilsynet ikke har hjemmel i § 62 i lov om finansiel virksomhed, da Finanstilsynets afgørelse ikke konkluderer, at klager ikke længere opfylder de fem kriterier i § 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Det anføres endvidere, at Finanstilsynet ved godkendelsen af klager som kvalificeret ejer har vurderet, at klager opfyldte de fem kriterier i § 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og at klagers erhvervelse ikke var

stridende mod hensynet til at sikre en forsvarlig og fornuftig forvaltning af instituttet. Klager gør gældende, at klager fortsat opfylder de fem kriterier i § 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, hvorfor Finanstilsynet ikke har hjemmel i § 62 i lov om finansiel virksomhed til at ophæve klagers stemmeret.

Klager gør endvidere gældende, at Finanstilsynet burde have foretaget et mindre indgribende indgreb ved først at afvente en afgørelse i sagen vedrørende påbud om nedlæggelse af klagers bestyrelseshverv i instituttet, og først dernæst om fornødent gå skridtet videre og fratage stemmeretten, såfremt et påbud om nedlæggelse af klagers bestyrelseshverv ikke skulle vise sig tiltrækkeligt.

Erhvervelse af en kvalificeret andel den 2. maj 2014

Finanstilsynet godkendte oprindeligt klagers erhvervelse af en kvalificeret andel i instituttet den 2. maj 2014 og ikke den 2. maj 2016 som oplyst af klager.

Finanstilsynet godkendte i 2014 klagers erhvervelse af en kvalificeret andel i instituttet bl.a. på baggrund af, at klager tilkendegav at ville fortsætte den eksisterende forretningsmodel for instituttet.

Finanstilsynet har siden 2014 imidlertid kunne konstatere, at instituttet har foretaget en hastig omlægning af den daværende forretningsmodel. Omlægningen har i vidt omfang været initieret af klager og aktiviteterne i H, hvilket selskab klager ejede over 50 pct. af kapitalandelene i på daværende tidspunkt. Det bemærkes, at det er Finanstilsynets vurdering, at den pågældende omlægning af forretningsmodellen i instituttet i vidt omfang er sket på et utilstrækkeligt oplyst grundlag, herunder utilstrækkelige selvstændige analyser af de økonomiske og juridiske forhold.

Det er herefter Finanstilsynets vurdering, at forholdene omkring og vedrørende klager ikke er de samme i dag, som var tilfældet ved Finanstilsynets godkendelse af klagers erhvervelse af en kvalificeret andel den 2. maj 2014.

Generelt i forhold til det retlige grundlag og baggrunden herfor henvises til afsnit 2 ovenfor.

Finanstilsynets begrundelse og hjemmel for afgørelsen

Finanstilsynets begrundelse for at ophæve klagers stemmeret tilknyttet klagers andelsbeviser i instituttet følger af side 50-56 i Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016.

Indledningsvist skal det anføres, at det ikke er en betingelse, at alle fem kriterier i § 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed ikke længere er opfyldt for, at Finanstilsynet kan ophæve stemmeretten for en ejer af en kvalificeret andel. De fem kriterier er kriterier, som Finanstilsynet skal inddrage ved vurderingen af, hvorvidt en påtænkt erhverver vil sikre en fornuftig og forsvarlig forvaltning af en virksomhed.

Som anført i det retlige grundlag kan Finanstilsynet ophæve den stemmeret, der er tilknyttet den pågældende erhververs kapitalandele eller påbyde virksomheden at følge bestemte retningslinjer, såfremt erhververen ikke opfylder kravene i § 61 a, stk. 1, altså sikre en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet, hvor de fem kriterier vil indgå som en del af dette.

...

Som det ses af ovenstående har Finanstilsynet inddraget omdømmekriteriet i afgørelsen. Finanstilsynet har netop anført, at Finanstilsynet har lagt til grund, at klager ikke opfyldte kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af § 64 i lov om finansiel virksomhed, da Finanstilsynet ligeledes havde sendt afgørelse om påbud om at nedlægge hvervet som medlem af bestyrelsen i instituttet i høring. Finanstilsynet har derfor taget konkret stilling til omdømmekriteriet. Det bemærkes, at K per 19. maj 2016 valgte at trække sig fra bestyrelsen og repræsentantskabet i B. Da Finanstilsynet ikke har hjemmel til at træffe en fit & proper-afgørelse over for et fratrædt bestyrelsesmedlem, bortfaldt Ks sag i medfør af § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har udover ovenstående særligt inddraget kriteriet i § 61 a, stk. 1, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed, i afgørelsen, hvorefter det skal vurderes:

...

Det er således Finanstilsynets vurdering, at Finanstilsynet i sin afgørelse af 17. maj 2016 har inddraget kriterierne i § 61 a, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, herunder særligt også i § 61, stk. 1, nr. 1 og 4, i lov om finansiel virksomhed, og begrundet vurderingen heraf.

Proportionalitet

Klager gør gældende, at Finanstilsynet burde have foretaget et mindre indgribende indgreb.

Selvom der i nærværende sag er tale om et væsentligt indgreb, er der dog hverken tale om konfiskation eller fratagelse af råderetten over de pågældende andelsbeviser eller fratagelse af indkomstgrundlag i form af afkast på andelsbeviserne. Indgrebet skal endvidere vægtes i forhold til beskyttelseshensynet til indskyderne.

Klager har desuden som betydelig kapitalejer i instituttet mulighed for at udøve betydelig indflydelse på instituttets ledelse, da klager har indflydelse på, hvilke personer der indvælges i instituttets bestyrelse. Klager vil derfor have mulighed for at øve indflydelse på, at personer fra H og selskaber relateret hertil bliver valgt ind i instituttets bestyrelse. Herigenem er der en betydelig risiko for, at klager via disse personer vil fortsætte med at foretage dispositioner som nævnt i sagsfremstillingen. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at indgrebet er proportionalt.

10. Konklusion

Det er således Finanstilsynets vurdering, at klagers handlinger har en sådan karakter, at en fortsat opretholdelse af stemmeretten på kapitalbeviser kontrolleret af klager, eller af selskaber kontrolleret af klager, vil modvirke en fornuftig og forsvarlig forvaltning af instituttet, hvorfor Finanstilsynet finder det nødvendigt at ophæve stemmeretten hertil.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at ophæve stemmeretten tilknyttet de kapitalbeviser i instituttet, der er ejet af klager. ...”

I skrivelse af 30. august 2016 har advokat A yderligere anført:

”...

1. Ks rolle

Finanstilsynet anfører, at de vurderede, at en væsentlig del af lovovertrædelserne var initieret af K, og at der var sket en forøgelse af lovovertrædelserne efter, at K var trådt ind i bestyrelsen i B. Hertil skal vi bemærke, at K sammen med de øvrige investorer sikrede Bs overlevelse, idet B på tidspunktet for investorenes overtagelse var meget nær ved at blive overdraget til Finansiell Stabilitet. Med K og de øvrige investorers investering sikrede de reelt Bs overlevelse. B havde på tidspunktet for overtagelsen, som det er Finanstilsynet bekendt, helt utilstrækkelige forretningsgange, ufuldstændige og ikke underskrevne bestyrelsesprotokoller mv. K iværksatte herefter sammen med de øvrige investorer et større oprydningsarbejde og ansatte herunder flere årsværk, heriblandt to jurister, til at optimere Bs forretningsgange og compliance-funktion.

2. Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynets anfører, at B, og herunder K, har overtrådt § 117 i lov om finansiel virksomhed og bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. ved at anvende eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder. Det bemærkes i den sammenhæng, at Finanstilsynet særskilt har behandlet, hvorvidt § 117 i lov om finansiel virksomhed var overtrådt i forbindelse med bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøder. Finanstilsynet fremsendte herefter udkast til politianmeldelse af den daværende bestyrelse i B, herunder K, for uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385).

Finanstilsynet har efterfølgende frafaldet ovennævnte sag, hvilket fremgår af Finanstilsynets brev af 21. juni 2016 til bestyrelsesmedlemmerne samt advokat W (bilag ...). Finanstilsynet meddeler i brevet, at det er Finanstilsynets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed § 117 i forbindelse med Os deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet.

Denne begrundelse synes i sig selv bemærkelsesværdig, idet der er tale om et strafbart forhold. Baggrunden herfor må øjensynligt være, at Finanstilsynet efter nærmere overvejelse ikke mener at have en tilstrækkelig stærk sag mod K til at dømme ham for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynets afslutning af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed bør tages til indtægt i vurderingen af nærværende afgørelse vedrørende ophævelse af Ks stemmeret. Dette idet sagsforløbet bygger på de samme forhold, for så vidt angår § 117 i lov om finansiel virksomhed, samt idet bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder spiller en afgørende rolle i Finanstilsynets argumentation for at fratage K sin stemmeret.

I den kontekst skal jeg yderligere bemærke, at § 117 i lov om finansiel virksomhed generelt ikke er til hinder for, at Bs bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter, som deltager i bestyrelsesmøder. På den baggrund har Bs bestyrelse ikke overtrådt hverken § 117 i lov om finansiel virksomhed eller ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 ved at lade O deltage i bestyrelsesmøder som konsulent.

Finanstilsynet anfører, at Os tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende. Hertil må det gøres gældende, at B er nærmest til at vurdere, hvorvidt Os deltagelse er relevant ud fra en ledelsesmæssig og strategisk betragtning.

Os opgaver er bredt definerede, og O har ifølge konsulentaftalen en juridisk og økonomisk uddannelsesmæssig baggrund og en erfaring som bl.a. *general counsel* for en anden finansiel virksomhed. Herved besidder O sådanne kompetencer, som meget bredt favner de opgaver, som påhviler bestyrelsen i en finansiel virksomhed. Følgelig er Os deltagelse på bestyrelsesmøderne som rådgiver sagligt begrundet, når bestyrelsen har vurderet, at der var rimelig grund til at tro, at O kunne bidrage til at træffe de rigtige forretningsmæssige beslutninger med tanke på O's uddannelsesmæssige baggrund og relevante erfaring.

3. Afvent afgørelser

B har til Erhvervsankenævnet påklaget de i Afgørelsen nævnte påbud fra Finanstilsynet vedrørende B's brug af eksterne konsulenter samt vedrørende bestyrelsens håndtering af habilitet (Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752). Eftersom de påklagede påbud utvivlsomt har afgørende indflydelse på Finanstilsynets begrundelse for at ophæve stemmeretten, der er knyttet til Ks andelsbeviser i B, skal vi anmode om, at Erhvervsankenævnet først træffer afgørelse i nærværende sag, når afgørelser i sagerne relaterende til j.nr. 2016-4752 foreligger.
..."

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

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 62, stk. 1, at Finanstilsynet kan ophæve den stemmeret, der er knyttet til de i § 61, stk. 1, omhandlede kapitalandele, såfremt kapitalejere ikke opfylder kravene i § 61 a, stk. 1.

De af § 61, stk. 1, omhandlede kapitalandele er kvalificerede andele defineret i § 5, stk. 3. Efter § 5, stk. 3, forstås ved en kvalificeret andel direkte eller indirekte besiddelse af mindst 10 pct. af kapitalen eller stemmerettighederne eller en andel, som giver mulighed for at udøve en betydelig indflydelse på ledelsen af den finansielle virksomhed.

Ved vurderingen efter § 61 a, stk. 1, skal Finanstilsynet sikre hensynet til en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den finansielle virksomhed, tage hensyn til kapitalejers sandsynlige indflydelse på virksomheden samt dennes egnethed og finansielle soliditet i forhold til blandt andet kriterierne: omdømme, erfaring hos de personer, som skal lede virksomheden, kapitalejers økonomiske forhold i forhold til arten af de forretninger, der drives i den finansielle virksomhed samt overholdelse af tilsynskravene, jf. nærmere § 61 a, stk. 1, nr. 1-5.

Af lovbemærkningerne til § 62, stk. 1 (lovforslag nr. L 176 fremsat den 12. marts 2003) fremgår:

”Stk. 1 giver Finanstilsynet mulighed for at ophæve stemmeretten for kapitalandele, hvis ejere modvirker en forsvarlig og fornuftig forvaltning af den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, eller for at påbyde virksomheden at følge bestemte retningslinjer. I dette stk. er »forsvarlig drift« ændret til »forsvarlig og fornuftig forvaltning«. Der henvises til bemærkninger herom til § 60, stk. 2. Et påbud om bestemte retningslinjer tilsigter på ny at etablere en forsigtig og sund udvikling. Ved forsvarlig og fornuftig forvaltning forstås forvaltning på det økonomiske område. Hvis den pågældende ejer eksempelvis i forbindelse med ejerskab eller deltagelse i ledelsen af andre virksomheder har vist sig uegnet til at drive virksomhed på en økonomisk forsvarlig måde, f.eks. hvis den pågældende er dømt for økonomisk kriminalitet, kan stemmeretten ophæves.
...”

Af lovbemærkningerne til § 61 a, stk. 1 (lovforslag nr. L 91 fremsat den 12. december 2008) fremgår:

”Bestemmelsen gennemfører dele af artikel 1, stk. 3, artikel 2, stk. 3, artikel 3, stk. 3, artikel 4, stk. 3, og artikel 5, stk. 3 i kapitalandelsdirektivets. Bestemmelsen vedrører de kriterier, der kan inddrages ved vurderingen af en påtænkt erhvervelse.

Med det foreslåede stk. 1 præciseres det, hvad der kan lægges vægt på ved vurderingen af, om en påtænkt erhvervelse af en kvalificeret andel kan godkendes. Vurderingen skal sikre en fornuftig og forsvarlig forvaltning af den virksomhed, hvori der påtænkes erhvervet en kvalificeret andel. I direktiver – både kapitalandelsdirektivet og de ældre – anvendes udtrykket »sund og forsigtig«, mens udtrykket »fornuftig og forsvarlig« anvendes i de gældende danske regler. Baggrunden for denne forskel er en redegørelse om »Indgrebsmulighederne for betydende kapitalejere i finansielle virksomheder«, som professor, dr.jur. Erik Werlauff, på foranledning af Finanstilsynet har udarbejdet. Redegørelsen er optrykt i beretning om Finanstilsynets virksomhed i 1998. Ordlyden i de gældende danske regler foreslås videreført, idet denne vurderes at være bedst i overensstemmelse med intentionerne i direktivet.

Det fremgår endvidere af forslaget, at vurderingen skal foretages under hensyntagen til den påtænkte erhververs sandsynlige indflydelse på virksomheden. Det vil sige, at hvis den påtænkte erhverver ved erhvervelsen af den kvalificerede andel, eller ved forøgelsen til en af de højere pct.-grænser, vil få en kontrollerende indflydelse på en virksomhed, skal vurderingen foretages under hensyntagen hertil. Herudover skal vurderingen af de enkelte kriterier også ses i forhold til den påtænkte erhvervelses finansielle soliditet.

Der oplistes fem kriterier, som skal inddrages ved vurderingen. Det første kriterium (nr. 1) vedrører den påtænkte erhververs omdømme. Kriteriet indebærer en fastlæggelse af, om der hersker tvivl om den påtænkte erhververs integritet og faglige kompetence, og om denne tvivl er velbegrundet. En sådan tvivl kan for eksempel opstå som følge af tidligere erhvervsmæssig adfærd. Vurderingen af omdømmet er særlig relevant, hvis den påtænkte erhverver er en ikke-reguleret virksomhed, mens vurderingen er mindre indgående, hvis erhververen er meddelt tilladelse og underlagt tilsyn inden for EU. En eventuel tiltale eller verserende retssag mod den påtænkte erhverver kan indgå som et moment i vurderingen af den påtænkte erhververs omdømme, men er ikke i sig selv nødvendigvis nok til at begrunde et afslag på ansøgningen. Vurderingen vil i høj grad svare til den vurdering, som foretages, når det undersøges, om et bestyrelsesmedlem eller en direktør i en finansiell virksomhed opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af lov om finansiell virksomhed § 64.

Det andet kriterium (nr. 2) vedrører omdømmet og erfaringen hos den eller de personer, der kommer til at lede den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed som følge af den påtænkte erhvervelse. Kriteriet er relevant, når den påtænkte erhvervelse er af en størrelse, hvor erhververen vil opnå kontrollerende indflydelse og kan udskifte ledelsen, og hvor erhververen rent faktisk har intention om at gøre dette. Det er et krav i § 64 i lov om finansiel virksomhed, at direktører og bestyrelsesmedlemmer skal vurderes egnede og hæderlige for at varetage et sådant hverv. Med det pågældende kriterium vil Finanstilsynet foretage en vurdering af, om den foreslåede ledelse opfylder betingelserne om egnethed og hæderlighed. Hvis dette ikke er tilfældet, kan Finanstilsynet afslå ansøgningen om godkendelse af den påtænkte erhvervelse. Kriteriet indebærer, at såfremt den påtænkte erhverver efter erhvervelsen har intentioner om at ændre ledelsen, skal ansøgningen indeholde materiale til at foretage en egnetheds- og hæderlighedsvurdering af de påtænkte ledelsesmedlemmer.

Det tredje kriterium (nr. 3) vedrører den påtænkte erhververs økonomiske forhold, især i lyset af den type forretninger, der forfølges eller påtænkes drevet i den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomhed, hvori erhvervelsen påtænkes. Kriteriet indeholder en vurdering af, om den påtænkte erhverver er økonomisk solid nok til at kunne erhverve den påtænkte andel uden at true den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomheds fortsatte eksistens ved erhvervelsen eller inden for en overskuelig fremtid.

Ifølge det fjerde kriterium (nr. 4) skal det vurderes, om den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed fortsat kan overholde tilsynskravene i lovgivningen, navnlig om den koncern, som selskabet eventuelt måtte komme til at indgå i, har en struktur, der gør det muligt at gennemføre et effektivt tilsyn og en effektiv udveksling af oplysninger mellem de kompetente myndigheder samt at fastslå, hvordan ansvaret skal fordeles mellem de kompetente myndigheder. Dette er særligt relevant, hvor den påtænkte erhverver er under tilsyn i et land uden for den Europæiske Union, som Fællesskabet ikke har indgået aftale med på det finansielle område. I det tilfælde skal der lægges vægt på, om der fortsat kan føres et effektivt tilsyn både med den del af koncernen, der er beliggende i henholdsvis uden for Den Europæiske Union. I kravet om, at virksomheden fortsat skal kunne overholde tilsynskravene, ligger også, at virksomheden fortsat kan overholde de økonomiske krav, der stilles til en finansiel virksomhed eller finansiel holdingvirksomhed, uanset den påtænkte erhververs formål med erhvervelsen. Hvor det tredje kriterium således hovedsageligt går på erhververens forhold og økonomiske evne til at erhverve andelen, går det fjerde kriterium på den finansielle virksomhed eller finansielle holdingvirksomheds forhold og evne til fortsat at overholde tilsynskravene.
...”

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 26. januar til den 3. februar 2015 en undersøgelse af B, der førte til, at der i en rapport af 11. maj 2015 blev meddelt et

betydeligt antal påbud og påtaler. To påbud angik henholdsvis anvendelse af eksterne konsulenter og bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling. Herudover indeholdt rapporten af 11. maj 2015 påbud angående B's utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 7. til den 11. december 2015 samt den 21. januar 2016 en ny undersøgelse af B, hvilken undersøgelse førte til, at der i en rapport af 17. maj 2016 blev meddelt B 12 påbud, hvoraf flere var gentagelser af påbuddene i rapporten af 11. maj 2015. Dette gjaldt blandt andet påbuddene angående anvendelse af eksterne konsulenter, bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling samt B's utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

De to påbud meddelt B i rapport af 17. maj 2016 angående anvendelse af eksterne konsulenter og bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling er påklaget til Erhvervsankenævnet og tiltrådt af ankenævnet ved kendelse afsagt samtidig med denne kendelse. Ankenævnet har – for så vidt angår brugen af eksterne konsulenter – bemærket, at O i perioden fra november 2015 til og med i hvert fald januar 2016 deltog i alle B's bestyrelsesmøder ved alle angivne punkter på dagsordenen, herunder ved behandlingen af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger, og at dette var i strid med bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter bilag 6, punkt 8, sammenholdt med lov om finansiel virksomhed § 117, stk. 1. Ankenævnet har – for så vidt angår bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling – endvidere tiltrådt Finanstilsynets vurdering af, at flere inhabile personer var til stede under punktet om overtagelse af U på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, og at dette udgjorde en overtrædelse af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Det fremgår af sagen, at der i B forud for påbuddene i 2015 og 2016 angående utilstrækkelige bevillingsgrundlag var eksponeringer, hvis størrelse var meget betydelige i forhold til Bs størrelse, og at mange af eksponeringerne var med ejerkredsen og dennes netværk. Det fremgår endvidere, at der i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditindstillinger i mange tilfælde ikke blev foretaget økonomiske analyser af låntager og skete afklaring af fornødne juridiske spørgs-

mål angående f.eks. modtagelse af sikkerheder, ligesom kreditvurderinger af kunder og stillede sikkerheder var klart utilstrækkelige. Erhvervsankenævnet tiltræder efter de foreliggende oplysninger, at de utilstrækkelige bevillingsgrundlag i kraft af bevillingernes størrelse i forhold til B's kapitalgrundlag medførte risici for B's mulighed for fortsættelse af driften i forhold til lovens kapitalkrav.

Efter det oplyste erhvervede K i foråret 2014 en kvalificeret ejerandel i B og besidder p.t. direkte og indirekte en ejerandel på omkring 30 procent med dertil hørende stemmeret, hvorfor stemmeretten er knyttet til de i lov om finansiel virksomhed § 61, stk. 1, omhandlede kvalificerede kapitalandele. Han har siden erhvervelsen af ejerandelen i perioder været medlem af B's bestyrelse og bestyrelsesformand, herunder bestyrelsesformand fra den 17. december 2015 til den 19. maj 2016. Han har i perioder mellem bestyrelsesposterne været konsulent i B, i hvilken egenskab han blandt andet har deltaget i ansættelsen af M som direktør.

Ankenævnet lægger i lighed med Finanstilsynet til grund, at K siden sin erhvervelse af ejerandelene har haft afgørende indflydelse på driften af B, og at der siden tilsynets godkendelse af K og hans selskaber som erhverver – på initiativ af K – er sket en grundlæggende ændring af B's forretningsmodel.

Det er om K i øvrigt oplyst, at han er administrerende direktør og bestyrelsesmedlem i H, som han ejer mindst 50 procent af. H modtog i december 2015 en påtale for at have udført aktiviteter, som kræver tilladelse som værdipapirhandler i henhold til lov om finansiel virksomhed, uden at selskabet har haft denne tilladelse.

På den anførte baggrund finder ankenævnet, at der ikke er grundlag for at tilside-sætte Finanstilsynets vurdering af, at K modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B, og at tilsynet som følge heraf i medfør af § 62, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed har ophævet stemmeretten, der er knyttet til de kapitalandele, der er ejet af K.

Ankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016.

8) Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-4752).

Pengeinstitut pålagt at sikre at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke deltager i bestyrelsens behandling af sag samt pålagt at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder.

Lov om finansiel virksomhed § 88 og § 117 samt selskabslovens § 131.

(Lone Møller, Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved to klageskrivelser af 2. juni 2016 har K klaget over, at Finanstilsynet den 17. maj 2016 har påbudt ”K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning” og at ”Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.”

Sagens omstændigheder:

Efter at have foretaget en undersøgelse af K afgav Finanstilsynet den 17. maj 2016 følgende rapport:

”Rapport om undersøgelse af K

Finanstilsynet gennemførte i perioden 7. til 15. december 2015 samt 21. januar 2016 en undersøgelse af K.

Grundlaget for undersøgelsen var materiale udarbejdet af K i overensstemmelse med Finanstilsynets breve af 11. september 2015.

Undersøgelsens resultater blev fremført for Ks ledelse på afsluttende møde i Finanstilsynet den 15. marts 2016.

Denne rapport indeholder de væsentligste observationer, der har betydning for Ks ledelse.

Rapporten er opdelt i følgende afsnit:

1. Finanstilsynets samlede vurdering
 - 1.1. Sammenfatning og risikovurdering
2. Væsentligste observationer
 - 2.1. Ks solvensbehov

- 2.2. Bestyrelsens og direktionens arbejde
 - 2.2.1. Erhvervelsen af aktiviteter fra A
 - 2.2.2. Habilitet
 - 2.2.3. Ks brug af eksterne konsulenter

...

Af afsnit 1.2 fremgår tilsynets væsentligste vurderinger, som efterfølgende underbygges af observationer i afsnit 2.

På undersøgelsen meddeler Finanstilsynet enten påbud, påtaler eller risikoplysninger.

Påbud anvendes i de tilfælde, hvor Finanstilsynet påbyder en bestemt adfærd eller handling fremover. Det kan både være, fordi et institut handler på en lovstridig måde, eller fordi instituttet undlader at handle, hvor handling er påkrævet.

Påtaler anvendes i de tilfælde, hvor Finanstilsynet konstaterer, at der har fundet en lovovertrædelse sted, men hvor lovovertrædelsen ikke længere består.

Risikoplysninger anvendes, når Finanstilsynet vurderer, at der er behov for at henlede et instituts opmærksomhed på, at det har en særlig forøget risiko på et område, uden der foreligger en lovovertrædelse.

I det følgende henviser ”ledelsesbekendtgørelsen” til bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. af 25. november 2015. ”CRR” henviser i det følgende til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber.

I medfør af § 2 i ”Bekendtgørelse om finansielle virksomheders m.v. pligt til at offentliggøre Finanstilsynets vurdering af virksomheden m.v.” af 5. maj 2014 (herefter betegnet offentlighedsbekendtgørelsen) skal Finanstilsynet udarbejde en redegørelse, som K skal offentliggøre. Denne redegørelse indeholder Finanstilsynets vurdering af K, herunder de centrale påbud, påtaler og risikoplysninger, som K har modtaget fra Finanstilsynet. Denne redegørelse, som K skal offentliggøre senest tre hverdage efter modtagelsen, vedlægges denne rapport som bilag.

1. Finanstilsynets samlede vurdering

1.2 Sammenfatning og risikovurdering

Ks forretningsmodel har traditionelt været baseret på udlån til køb af andelsboliger samt til finansiering af privatkunders øvrige behov. K har imidlertid iværksat en hurtig omlægning af forretningsmodellen, så den nu i langt højere grad også omfatter forbrugslån, investeringskreditter, handel med noterede værdipapirer og andre investeringsaktiviteter samt samarbejder med fintech virksomheder.

Finanstilsynet har ved undersøgelsen konstateret flere væsentlige mangler i forhold til bestyrelsens arbejde.

Således er grundlaget for flere af bestyrelsens seneste beslutninger om væsentlige nye tiltag og større bevillinger behæftet med væsentlige mangler, da der ikke er foretaget grundlæggende analyser af risiciene herved eller vurderinger af de juridiske konsekvenser heraf. Dette har bevirket, at K ikke har tilstrækkeligt overblik over risiciene i flere af de nyeste større eksponeringer, samt at flere af tiltagene har medført alvorlige overtrædelser af den finansielle lovgivning. Bestyrelsens beslutninger og bevillinger er dermed udtryk for manglende omhu og uforsvarlig kreditgivning.

Finanstilsynet har desuden konstateret en række væsentlige interessekonflikter og habilitetsproblemer i forhold til bestyrelsens behandling af låneindstillinger og andre emner. Således har bestyrelsesmedlemmer og andre personer deltaget ved bestyrelsens behandling, selv om de samtidig gennem ansættelse eller deltagelse i ledelsen hos modparten/ansøgeren har haft en egeninteresse i sagens udfald.

Den omfattende deltagelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsens behandling af kreditbevillinger og centrale strategiske og økonomiske beslutninger, uden at der har været indgået konsulentaftaler, eller deres opdrag på anden måde er nærmere defineret, indebærer endvidere en betydelig risiko for overtrædelse af reglerne om uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i lov om finansiell virksomhed, hvorfor konsulenternes deltagelse i det pågældende omfang ikke har været berettiget.

Finanstilsynet finder herudover rapporteringen til bestyrelsen på kreditområdet og markedsrisikoområdet mangelfuld.

K modtager på den baggrund flere alvorlige påbud om at rette op på disse forhold samt et påbud om at sikre, at Ks bestyrelse og direktion opbygger den fornødne viden til at kunne sikre en forsvarlig drift af K.

På baggrund af de væsentlige mangler ved bestyrelsens arbejde og alvorlige lovovertrædelser, har Finanstilsynet endvidere fundet grundlag for at foretage en fornyet vurdering af bestyrelsens fortsatte egnethed og hæderlighed til at bestride posten som bestyrelsesmedlemmer.

K modtager herudover flere påbud om oprettelse og tilretning af skriftlige retningslinjer på kreditområdet, markedsrisikoområdet samt likviditetsområdet.

Endelig modtager K en risikooplysning om sin eksponering mod B aktien, som ligger til sikkerhed for en række eksponeringer med C, idet selskabets virksomhed og økonomiske sårbarhed samt Ks manglende forsøg på at realisere B-sikkerhederne indebærer en væsentlig risiko for, at K kommer til at foretage yderligere mernedskrivninger.

Finanstilsynet har på undersøgelsen gennemgået 61 udvalgte eksponeringer. Der er i alt gennemgået eksponeringer for 122 mio. kr., svarende til 42 pct. af Ks samlede eksponeringer. Derudover er samtlige eksponeringer med bestyrelsen og direktionen gennemgået.

Finanstilsynet har på baggrund af gennemgangen fundet behov for yderligere nedskrivninger i Ks eksponeringer for i alt 642 t.kr. Siden undersøgelsestidspunktet er B aktien dog faldet yderligere i værdi, hvilket forventeligt vil øge mernedskrivningsbehovet betydeligt.

K har ultimo september 2015 opgjort sit individuelle solvensbehov til 10,9 pct., mens solvensprocenten er opgjort til 18,5 pct. Finanstilsynet finder på baggrund af undersøgelsen ikke anledning til at fastsætte et højere solvenskrav. K bør dog fortage en indgående vurdering af, hvorvidt de mangler omkring ledelsens arbejde og andre styringsmæssige mangler, som Finanstilsynet påpeger i denne rapport, samt de forventede omkostninger til udbedring heraf, skal medføre yderligere et tillæg i Ks solvensbehov for operationelle risici.

K er fortsat under skærpet tilsyn

2. Væsentlige observationer

Finanstilsynet redegør i det følgende for undersøgelsens væsentligste observationer.

2.1 Ks solvensbehov

K har pr. 30. september 2015 indberettet følgende oplysninger om Ks kapitalgrundlag:

- Tilstrækkeligt kapitalgrundlag: 23,0 mio. kr.
- Tilstrækkeligt kapitalgrundlag i procent: 10,9.
- Solvensprocent: 18,5.
- Egentlig kernekapitalprocent: 13,4.

På undersøgelsen har Finanstilsynet gennemgået Ks solvensbehov, som er opgjort til 10,9 pct. efter 8+ metoden. Finanstilsynet har ikke ud fra undersøgelsen fundet grundlag for at kræve et højere solvensbehov.

2.2 Bestyrelsens og direktionens arbejde

2.2.1 Erhvervelsen af aktiviteter fra A

Ks bestyrelse besluttede på bestyrelsesmødet den 26. november 2015 at erhverve aktiviteterne i D fra A.

Forinden erhvervelse eller påbegyndelse af nye aktiviteter skal et pengeinstitut altid sikre sig, at det har de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer i organisationen til at kunne håndtere den pågældende aktivitet på betryggende vis. Der skal ligeledes

foretages en analyse af de forretningsmæssige rammer og mulige risici ved den påtænkte aktivitet. Endeligt skal det altid forinden afdækkes, hvorvidt der kan være lovgivningsmæssige begrænsninger for udøvelsen af den pågældende aktivitet.

Forud for Ks erhvervelse af aktiviteterne i D burde K have foretaget grundig analyse af alle disse forhold. Finanstilsynet har derfor anmodet K om at fremlægge det fulde beslutningsgrundlag for bestyrelsens beslutning om overtagelsen af aktiviteterne i D og har på den baggrund fået forelagt følgende materiale:

- En af sælger udarbejdet præsentation over selve transaktionen ("Projekt Exchange"), som ikke indeholder nogen analyse af nævnte de forhold.
- Aftalegrundlaget for overdragelsen, der alene omtaler vilkårene for overdragelsen.
- En ikke revideret balance over D's aktiver og passiver pr. 30. november 2015, der er udarbejdet af sælgers (A) revisor.
- Referaterne fra bestyrelsens møder herom, som blot overordnet skitserer bestyrelsens drøftelser og overvejelser omkring overtagelsen.

Det fremgår endvidere af referatet fra bestyrelsesmødet den 17. september 2015, at bestyrelsen besluttede at ville bruge Ks revision i forbindelse med værdiansættelsen af D, da der er gengangere mellem kapitalejerne i A og K. Denne værdiansættelse er dog ikke foretaget.

Det omtalte beslutningsgrundlag indeholder herefter ikke nogen analyse eller vurdering af hverken behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer eller viden og kompetencer i organisationen ved en overtagelse af D. Der er heller ikke foretaget en analyse af de forretningsmæssige rammer eller mulige risici i forhold til aktiviteterne i D. Endeligt har K ikke afdækket eventuelle lovgivningsmæssige begrænsninger herved.

På trods heraf har K alligevel gennemført transaktionen. Beslutningen herom giver i det hele taget indtryk af at være hastet igennem.

Det er på den baggrund Finanstilsynets vurdering, at K ikke har sikret sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag forud for beslutningen om erhvervelsen af aktiviteterne i D fra A.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at der forinden ikke er sket en betryggende værdiansættelse af aktiviteterne, da ledelsen alene har holdt sig til den af sælgers revisor opstillede ureviderede balance af 30. november 2015 over D og ikke har fået foretaget nogen anden uafhængig vurdering af Ks egen revision eller andre.

Finanstilsynet har endvidere gentagne gange tidligere tilkendegivet over for K, at Finanstilsynet om muligt ville orienteres ved påbegyndelse eller erhvervelse af nye aktiviteter. I overensstemmelse hermed fik Finanstilsynet ved møde med Ks daværende bestyrelsesformand den 9. oktober

2015 forelagt en overordnet fremtidsplan for K ("Projekt Sleeping Dog"), hvori bl.a. en sammenlægning med A's aktiviteter indgik. Finanstilsynet bad i den forbindelse K om at genoverveje blandt andet dette tiltag og de juridiske udfordringer, som kunne være forbundet hermed.

Finanstilsynet har efterfølgende konstateret, at konstruktionen har medført en række overtrædelser af den finansielle regulering:

- Konstruktionen kræver værdipapirhandlertilladelse, hvilket D ikke har.
- Reglerne om koncerninterne transaktioner i § 181 i lov om finansiel virksomhed, og bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner er ligeledes overtrådt.
- Direktionens videredelegeringsbeføjelser til D i § 70-instruksen kan endeligt medføre outsourcing, hvilket er et bestyrelsesanliggende og skal ske i overensstemmelse med kravene hertil i outsourcingbekendtgørelsen.

I henhold til § 71, stk. 1, nr. 4 og 5, i lov om finansiel virksomhed, skal K have effektive former for virksomhedsstyring, herunder effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som K er eller kan blive udsat for, samt de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse.

I henhold til § 2, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen, skal Ks bestyrelse og direktion træffe foranstaltninger, der er tilstrækkelige til, at K drives betryggende.

- Påbud (a): Ks ledelse skal inden erhvervelse eller påbegyndelse af nye forretningsområder og aktiviteter altid sikre sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i form af passende analyser af lovgrundlaget, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt at kunne udøve aktiviteterne og på betryggende vis håndtere de risici, der er forbundet med de pågældende forretningsområder og aktiviteter.

2.2.2 Habilitet

På tidspunktet for bestyrelsens beslutning om erhvervelsen af D fra A er E både bestyrelsesmedlem i K (køber) og hovedaktionær, bestyrelsesmedlem samt direktør i A (sælger), og F er både bestyrelsesmedlem i K og bestyrelsesformand i A.

Begge deltager sammen med Es ægtefælle, G, på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, trods det nære forhold til både køber og sælger. E (som sælger) fremlægger selv en præsentation for resten af bestyrelsen (som køber). E havde desuden medbragt materiale vedrørende transaktionen, hvor bl.a. hans eget forslag til prisfastsættelse fremgik.

Det følger af lov om finansiel virksomhed § 88, stk. 1, jf. selskabslovens § 131, at et medlem af ledelsen ikke må deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem K og den pågældende selv eller om aftale mellem K og tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod Ks. E og F må i overensstemmelse hermed alene afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål hertil. Under selve behandlingen af overtagelsen af D og bestyrelsens eventuelle beslutning herom skal de sammen med G have forladt bestyrelsesmødet.

Bestyrelsen har ikke ved siden af Es materiale ladet udarbejde et selvstændigt og uafhængigt skriftligt beslutningsgrundlag over erhvervelsen af D.

Det skriftlige grundlag for bestyrelsens beslutning udgøres derfor alene af de af E og A udarbejdede og fremlagte præsentationer over overdragelsen og transaktionen, som meget ensidigt fremhæver erhvervelsen som en fordel for K. De indeholder eksempelvis ikke oplysninger vedrørende krav om værdipapirhandelstilladelse, hvilket må anses for en væsentlig oplysning, der utvivlsomt burde indgå i et fyldestgørende beslutningsgrundlag.

E står som bestyrelsesmedlem endvidere for fremlæggelsen af præsentationen i Ks bestyrelse, trods sin åbenlyse dobbeltrolle og dermed mulige modstridende interesser som repræsentant for både sælger og køber. Bestyrelsens drøftelser og beslutning om overtagelsen af D vil derfor i høj grad kunne påvirkes af præsentationen og Es fremlæggelse heraf samt af Fs og Gs tilstedeværelse. Dermed vil bestyrelsen kunne blive påvirket af interesser, der er i modstrid med Ks.

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015, at der under fremlæggelsen samtidig pågår egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, herunder om prisen for erhvervelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt er påbegyndt, mens både E, G og F er til stede.

E og F har således deltaget i bestyrelsens behandling af købet af D, selv om de som følge af deres roller i A også repræsenterer sælgers særskilte økonomiske interesser i forbindelse med handlen. Som bestyrelsesmedlem for K, burde både E og F dog alene varetage Ks interesser. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at de forlader lokalet, da den endelige beslutning skal tages, da de inden da har haft mulighed for at påvirke bestyrelsens endelige beslutning. Hverken E, F eller G burde således have været til stede under bestyrelsens behandling af spørgsmålet om købet, idet dette hindrer, at bestyrelsen kan have en fri drøftelse uafhængig af særinteresser.

Derudover burde bestyrelsen have sikret sig, at den havde modtaget et beslutningsgrundlag, som var uafhængigt af de inhabile medlemmers eventuelle særinteresser.

Den anvendte fremgangsmåde på bestyrelsesmødet i K den 26. november 2015 indebærer efter Finanstilsynets vurdering derfor en overtrædelse af bestemmelsen om inhabilitet i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i Ks vedtægter.

G, fremlægger som complianceansvarlig endvidere den af hende udarbejdede årlige compliancerapport på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvorefter den behandles af bestyrelsen, herunder E. Det fremgår dog ikke af bestyrelsesprotokollen, at bestyrelsen i den forbindelse drøfter Es mulige inhabilitet som følge af ægteskabet med G.

Finanstilsynet har tidligere påpeget habilitetsproblemer overfor K. K modtog således ved sidste undersøgelse i 2015 et påbud om at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som var inhabile i forhold til behandlingen af egne låneansøgninger, ikke modtog mail-korrespondance herom, før den endelige beslutning var truffet.

- Påbud (b): K skal sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

2.2.3 Ks brug af eksterne konsulenter

K fik ved sidste undersøgelse i 2015 et påbud om at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet påpegede i den forbindelse, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt deltagelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet henledte endvidere opmærksomheden på § 117, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter bl.a. bestyrelsesmedlemmer ikke uberettiget må videregive fortrolige oplysninger.

På trods heraf er Ks brug af eksterne konsulenter ved bestyrelsens møder steget ganske betydeligt.

H, der er general counsel hos I, som også ejer en kvalificeret ejerandel af K, har således mere eller mindre permanent deltaget som ekstern konsulent ved bestyrelsens møder fra november 2015 til og med februar 2016, herunder ved behandling af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger. Han har desuden fået udleveret skriftligt materiale med sådanne kundeoplysninger.

Trods forespørgsel herom har Finanstilsynet ikke modtaget en konsulentkontrakt eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for K. Bestyrelsen har heller ikke ifølge bestyrelsesprotokollen taget konkret

stilling til, hvori Hs arbejde for K består, udover et meget generelt opdrag. H har efter det oplyste ikke modtaget løn eller honorar fra K.

Det følger af bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan beslutte, at der kan være rådgivere tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen. Det følger dog også af bilag 6, pkt. 9, at der uanset pkt. 8 ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger.

Efter Finanstilsynets vurdering er den fortsatte brug af eksterne konsulenter i strid med bilag 6, pkt. 8 og 9, i ledelsesbekendtgørelsen, og indebærer en meget betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, da Hs rolle i K ikke er nærmere defineret, og da der hverken har været tale om enkeltstående tilfælde, eller er angivet, hvilke punkter på dagsordenen H skulle deltage i, ligesom bestyrelsen ikke konkret har forholdt sig til, hvorvidt en videregivelse af fortrolige kundeoplysninger kunne være berettiget i de enkelte sager.

Det forhold, at der er tale om en gentagelse af påbuddet fra den sidste undersøgelse, er en skærpende omstændighed.

- Påbud (c): Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

...”

Ved skrivelser af 2. juni 2016 klagede K over to af de i Finanstilsynets rapport indeholdte påbud, dels påbuddet vedrørende habilitet, dels påbuddet vedrørende Ks brug af eksterne konsulenter. I klageskrivelsen vedrørende habilitet anførte K:

” ...

K har modtaget Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016, bilag ..., hvori der er afgivet følgende påbud, litra b, i afsnit 2.2.2:

K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsen beslutning.

K er naturligvis overordnet enig i, at de personer, der deltager i behandlingen af en sag, skal være habile, men påbuddet påklages til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

De konkrete forhold

I redegørelsen bilag ... nævnes to konkrete forhold, der ligger til grund for påbuddet:

- Behandlingen af købet af D fra A
- Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

I forbindelse med Gs rolle som complianceansvarlig og fremlægger af compliancerapport på bestyrelsesmøde, hvor hendes mand er bestyrelsesmedlem, skal det bemærkes, at alle i bestyrelsen var bekendt med, at G og E var gift. Dette var helt åbenlyst for alle, og derfor blev det ikke ført til referat, at dette forhold var accepteret. Det er ikke muligt at medtage alle åbenlyse forhold i referater. Det er desuden Ks opfattelse, at en manglende bemærkning i referat ikke kan retfærdiggøre en sådan påtale.

K er heller ikke enig i, at der forelå inhabilitet i forbindelse med købet af D og henviser til Ks høringsbrev bilag ... afsnit Dette høringsvar er udarbejdet på baggrund af Finanstilsynets udkast til nedlæggelse af bestyrelseshverv for bl.a. bestyrelsesmedlem J, bilag

For en god ordens skyld vedlægges som bilag ... mødereferat fra 26. november 2015, se især punkt 8, hvor af det fremgår, at E, F og G alene var til stede under præsentationen af købet og under afklarende spørgsmål. Men de var ikke til stede under selve behandlingen og beslutningen om købet.

I den sammenhæng henvises desuden til vedlagte bilag ..., som er dr.jur. Søren Mørups notat om inhabilitet, som er udarbejdet i forbindelse med Ks høringsbrev bilag ..., se især afsnit

Finanstilsynet har endvidere påpeget en række forhold omkring habilitet i K i Finanstilsynets udkast til påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv for blandt andet bestyrelsesmedlemmet J. Det fremgår således af bilag ..., at tilsynet lægger følgende forhold til grund for afgørelsen i udkastet om nedlæggelse af bestyrelseshverv:

- Js deltagelse i behandling af køb af fordringer fra K
- Es og Fs inhabilitet i forhold til K
- Es og Fs inhabilitet i forhold til L
- Hs inhabilitet
- Fremsendelse af materiale til inhabile bestyrelsesmedlemmer vedr. deres egne lånesager

Som det fremgår af Ks samlede svarbrev for alle bestyrelsesmedlemmerne, bilag ... afsnit er Ks og de berørte bestyrelsesmedlemmer ikke enige i disse betragtninger. Denne sag skulle efter det oplyste afgøres i Finanstilsynets bestyrelse den 14. juni 2016.

...”

I den anden klageskrivelse af 2. juni 2016 fra K – klagen over påbuddet vedrørende brug af eksterne konsulenter – anføres det:

”K har modtaget Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016, bilag ..., hvori der er afgivet følgende påbud, litra c, i afsnit 2.2.3:

Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

K kan naturligvis overordnet tiltræde påbuddets ordlyd, men påbuddet påklages til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

Påbud om anvendelse af ekstern konsulent

Baggrunden for Finanstilsynets påbud er, at H, der er uddannet cand.jur. og civiløkonom og arbejder som general counsel hos I, en anden reguleret virksomhed, hvis ejerkreds også har betydelige ejerinteresser i K, siden efteråret 2015 har haft til opgave som konsulent at lave en grundig gennemgang af hele Ks forretningsområde, herunder også bevillingsområdet og bestyrelsesarbejdet.

Som led i udførelsen af sit hverv har H derfor deltaget i bestyrelsesmøder, hvor der er blevet behandlet fortrolige kundeoplysninger, og H har deltaget i behandlingen af en del konkrete lånesager. Ks opfattelse er, at dette er fuldstændigt legitimt, og at overladelsen af fortrolige oplysninger således ikke er uberettiget. Finanstilsynet er imidlertid af en anden opfattelse og har derfor afgivet det her omhandlede påbud.

Parternes argumenter i sagen fremgår af de vedlagte bilag ... og K skal særligt henvide til bilag ..., der er et notat udarbejdet af professor, dr.jur. M.

Finanstilsynet nævner, at K også ved undersøgelsen i januar 2015 fik påbud om anvendelsen af eksterne konsulenter. Der fremgår følgende af Ks svarbrev af 11. august 2015 bilag ... på Finanstilsynets tidligere undersøgelse: ”Påbuddet 2.2.4, side 10, om at indsnævre muligheden for eksterne rådgiveres adgang til bestyrelsesmøder og deres modtagelse af fortroligt materiale er ligeledes imødekommet ved en ændring af bestyrelsens forretningsorden, punkt 1.2.9.” Denne forretningsgang vedlægges som bilag Således mente K at have imødekommet påbuddet fra januar 2015.

Supplerende skal det bemærkes, at det på side 10 i Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016 fremgår, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for K. Ks daværende direktør N har imidlertid bekræftet, at konsulentaftalen med H fysisk blev udleveret til specialkonsulenterne O og P på Finanstil-

synets inspektion i januar 2016. Konsulentaftalen vedlægges som bilag
...
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet afgivet to redegørelser af 8. juli 2016. I den ene redegørelse udtalte Finanstilsynet:

”...

1. Sagsfremstilling

Klager fik i 2015 påbud om at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke må være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtager e-mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen er truffet. Baggrunden for påbuddet var, at Finanstilsynet ved undersøgelse af klager i maj 2015 konstaterede, at bestyrelsesmedlemmer modtog e-mails med deres egne kreditindstillinger, hvilket betød, at vedkommende havde mulighed for – via andre kanaler end e-mail-strengen – at påvirke de andre bestyrelsesmedlemmers beslutning i relation til kreditindstillingen og dermed i realiteten var til stede ved behandlingen (**bilag ..., punkt ...**).

I forbindelse med den seneste undersøgelse konstaterede Finanstilsynet igen, at bestyrelsen havde store udfordringer med håndteringen af habilitet. Finanstilsynet kunne bl.a. konstatere, at inhabile bestyrelsesmedlemmer deltog i behandlingen af sager, hvor de var inhabile. Derudover konstaterede Finanstilsynet – trods påbuddet fra 2015 vedrørende habilitet – at klager generelt undlader at forholde sig til habilitetsspørgsmål og har vanskeligt ved at håndtere disse i praksis.

2. Retligt grundlag

Habilitet og interessekonflikter

Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem pengeinstituttet og den pågældende selv, eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem pengeinstituttet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en ”væsentlig interesse” deri, der kan være stridende mod pengeinstituttets interesse, jf. § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

Af § 131 i selskabsloven følger det¹, at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalsekskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen. Det følger videre, at det forhold, at det inhabile medlem ikke kan deltage i behandlingen af et bestemt emne, ikke hindrer de øvrige bestyrelsesmedlemmer i at bede det pågældende medlem om en redegørelse for emnet. Bestemmelsen i selskabsloven er en videreførelse af § 58 i [aktieselskabsloven](#).

¹ Lov nr. 470 af 12. juni 2009 (lovforslag nr. L 170, 2008/1, de specielle bemærkninger til den forslåede § 131).

Af betænkning nr. 1498 fra november 2008 om modernisering af selskabsretten, afsnit 9.4.1.5. om habilitet og beslutningsdygtighed i bestyrelsen, side 321, fremgår følgende om § 58 i aktieselskabsloven:

”Aktieselskabslovens § 58 tager sigte på de situationer, hvor der kan være tvivl om et ledelsesmedlems mulighed for loyalt at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen gælder, uanset om medlemmet i den konkrete situation rent faktisk viser sig i stand til at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen skal forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.”

I forhold til praksis vedrørende fortolkningen af den tidligere § 58 i aktieselskabsloven er der i Erhvervsstyrelsens notat af 16. februar 1996 om habilitetsreglen i § 58, som er gengivet i Erhvervsankenævnets kendelse nr. 96-76.437 af 11. februar 1997², anført følgende vedrørende fortolkning af ”væsentlig interesse”:

”Hvor der er tale om en aftale med tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, er et bestyrelsesmedlem eller en direktør kun inhabil, såfremt den pågældende har en væsentlig interesse deri, som kan være stridende med selskabets interesse.

Det bemærkes, at en tredjemand kan være enhver fysisk eller juridisk person.

Bestemmelsen angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse. Med anvendelsen af formuleringen ”væsentlig interesse” er det klart, at ikke enhver interesse medfører inhabilitet. Der må således foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets interesser. Dette skal ses i sammenhæng med at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med selskabets.

Erik Werlauff, Selskabsret, (herefter Werlauff) p. 680, anfører, at et bestyrelsesmandat i et andet selskab, med hvilken der skal indgås aftale, ofte vil indebære en sådan interessekonflikt, som medfører inhabilitet. Hertil kan man tilføje, at det eksempelvis ligeledes vil kunne medføre inhabilitet, at et bestyrelsesmedlem har en betydelig aktiebesiddelse i et selskab, som der skal indgås en aftale med, eller at der består et slægts- eller venskabsforhold mellem en direktør og en person, som selskabet skal anlægge søgsmål mod.

Inhabilitet er ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen er stridende mod selskabets interesse, jf. bestemmelsens formulering ”kan være stridende”. Det vil derfor være uden betyd-

² Erhvervsankenævnet ses ikke at have taget stilling til dette på et senere tidspunkt, hvorfor det fortsat kan tillægges vægt.

ning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

[...]

Sammenfattende må det konkluderes, at den juridiske litteratur overvejende støtter den opfattelse, at et inhabilt medlem må afstå fra at deltage i den forudgående drøftelse. Den juridiske litteratur må tillige antages at støtte den opfattelse, at et inhabilt ledelsesmedlem ikke, som følge af inhabiliteten, er afskåret fra enhver medvirken i forbindelse med behandlingen. Den pågældende vil således kunne medvirke til sagens oplysning, eller i øvrigt kunne stille sin eventuelle ekspertise til rådighed for den øvrige bestyrelse eller direktion.

Samtidig er det klart, at det påhviler de øvrige bestyrelsesmedlemmer, og især bestyrelsesformanden, at påse, om der foreligger et forhold efter § 58.”

Der stilles flere steder i den finansielle lovgivning skærpede krav til finansielle virksomheders beslutningsprocedurer og indretning af virksomheden til imødegåelse af habilitetsproblemer og interessekonflikter. Foruden den generelle habilitetsregel i § 131 i selskabsloven indeholder § 71, stk. 1, nr. 6, i lov om finansiel virksomhed de overordnede krav til indretning af virksomheden med hensyn til adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter. Disse krav er nærmere defineret i ledelsesbekendtgørelsen, som er udstedt med hjemmel i § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, og som nærmere fastlægger kravene til indretningen og styringen af finansielle virksomheder.

Der er fastsat særlige regler i bekendtgørelse nr. 1321 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen) om bevilling af eksponering mod bestyrelsesmedlemmer, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed. Det følger således bl.a. af bilag ..., punkt 13, i, ledelsesbekendtgørelsen, at:

”Det skal udtrykkeligt anføres i bevillingsprotokollen henholdsvis forhandlingsprotokollen, når der behandles eksponeringer omfattet af § 78, stk. 1 og 4, i lov om finansiel virksomhed. De pågældende bestyrelsesmedlemmer og direktører må ikke være til stede under sagens behandling, og det skal protokolleres, at de ikke er til stede.”

Det bemærkes, at efter klagers vedtægter sker behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse, jf. § 13, stk. 5 (**bilag ...**).

Som § 13, stk. 5, er formuleret, er der tale om en generel habilitetsregel, der gælder alle sager vedrørende et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende. Pårørende vil i denne sammenhæng almindeligvis også omfatte ægtefæller. Bestemmelsen vil således også gælde Es tilstedeværelse ved behandling af spørgsmål, som vedrører G, herunder spørgsmål, der vil

kunne få væsentlig betydninger for hendes stilling og arbejdsopgaver som complianceansvarlig.

Compliancefunktionen

Et pengeinstitut skal endvidere have metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for virksomhedens manglende overholdelse af den for virksomheden gældende lovgivning, markedsstandarder eller interne regelsæt (compliancepolicy), jf. § 17, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen. Et pengeinstitut skal have en compliancefunktion, der fungerer uafhængigt, og som skal kontrollere og vurdere, om metoderne og procedurerne efter stk. 1 og de foranstaltninger, der træffes for at afhjælpe eventuelle mangler, er effektive, jf. § 17, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

For at sikre at compliancefunktionen kan varetage sine ansvarsområder korrekt og uafhængigt skal direktionen udpege en medarbejder, der er ansvarlig for compliancefunktionen og rapportering til bestyrelsen og direktionen. Rapportering om de i denne bestemmelse omhandlede forhold til bestyrelsen og direktionen skal ske mindst én gang årligt. Den complianceansvarlige skal i øvrigt have mulighed for at udtale sig direkte til bestyrelsen, hvis den complianceansvarlige skønner det nødvendigt, jf. § 17, stk. 4, nr. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Krav til indholdet af referater i bestyrelsens forhandlingsprotokol

Bestyrelsens forhandlingsprotokol skal afspejle de på møderne førte drøftelser, herunder skal væsentlige risikovurderinger og trufne beslutninger samt forudsætninger for disse fremgå. Det skal fremgå, hvilke medlemmer der har været til stede på et møde. Har andre personer end medlemmer af bestyrelsen været til stede, skal dette også fremgå, jf. bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

3. Finanstilsynets bemærkninger

Foranstaltninger til imødegåelse af inhabilitet og interessekonflikter er særligt vigtige i finansielle virksomheder, da en betydelig andel af aktiviteterne består i at håndtere andres indskud og økonomiske midler, hvorfor beslutninger og arbejdsgange ikke må påvirkes af uvedkommende interesser, som potentielt kan være modstridende med kundens eller den finansielle virksomheds egne interesser. Ledelsen i finansielle virksomheder skal derfor i sit arbejde have særlig fokus på imødegåelse af eventuelle problemer i en sådan henseende.

Klager har også i overensstemmelse med disse principper fastlagt i § 13, stk. 5, i sine vedtægter, at behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse.

3.1. Behandlingen af købet af D fra A

Finanstilsynets påbud om at sikre, at personer i klager, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens be-

handling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning er primært begrundet i fremgangsmåden ved bestyrelsens beslutning om at overtage aktiviteterne i D, som efter tilsynets opfattelse indebærer en overtrædelse af habilitetsbestemmelserne i § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

Det anføres i klageskriftets bilag ... under punkt ... i høringssvaret og dertilhørende bilag, at det er almindelig praksis og i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Det anføres endvidere i den forbindelse, at klager anser fremgangsmåden ved beslutningen om overtagelsen af D som fuldt ud i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet er enig i, at det er i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at uafhængige parter mødes for at drøfte forretninger, herunder fremlægger relevant materiale og drøfter vilkårene for en transaktion. Det kan imidlertid være problematisk, hvis en deltager har nær tilknytning til begge involverede parter, og der derfor kan opstå interessekonflikter og problemer omkring inhabilitet i forhold til behandlingen af et emne og de beslutninger, som skal træffes herom.

Det bestrides ikke i høringssvaret (klageskriftets bilag ...), at både E, G og F var inhabile i forhold til bestyrelsens behandling af og efterfølgende beslutning om overtagelsen af D fra A på mødet den 26. november 2015, hvorfor de hverken måtte deltage i beslutningen eller i øvrigt medvirke ved sagens behandling.

Finanstilsynet har også lagt til grund i rapporten, at E og F i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, alene måtte afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål i forhold til denne redegørelse, hvorefter de sammen med G skulle forlade bestyrelsesmødet under selve behandlingen af overtagelsen af D og bestyrelsens eventuelle beslutning herom.

Det er dog Finanstilsynets vurdering, at den af E og A (sælger) udarbejdede og fremlagte præsentation af overdragelsen ud over rene gengivelser af faktum indeholdte så mange ensidige og subjektive vurderinger og tilkendegivelser om fordelene ved klagers overtagelse af D, at præsentationen ikke kunne sidestilles med en redegørelse baseret på faktuelle oplysninger, som beskrevet i forarbejderne til § 58 i aktieselskabsloven. Præsentationen måtte således reelt betegnes som salgsmateriale, der i høj grad var egnet til at påvirke den resterende bestyrelses drøftelser og beslutninger herom på et subjektivt grundlag (**bilag ..., ... og ...**).

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015 (klageskriftets bilag ..., punkt ...), at der under Es fremlæggelse pågik egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i besty-

relsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt var be-
gynndt, mens både E, G og F var til stede.

Det skal hertil påpeges, at F ikke forlod lokalet samtidig med E og G,
men deltog i drøftelserne om prisfastsættelsen af D, inden han forlod lo-
kalet.

Finanstilsynet har på den baggrund vurderet, at flere inhabile personer
var til stede under punktet om overtagelse af D på bestyrelsesmødet den
26. november 2015, hvilket er en overtrædelse af habilitetsbestemmelsen
i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere
er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i instituttets vedtægter.

Klager har under punkt 2.2.2 i høringssvaret (klageskriftets bilag ...) an-
ført, at E langt fra fik den pris for D, som han ønskede. Heraf kan der ef-
ter klagers opfattelse udledes, at bestyrelsens drøftelser må have været
frie og uafhængige af særinteresser, efter at E forlod mødet.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det afgørende for, om en person
anses for inhabil er, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt
personen vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets
interesser. Det er således ikke udfaldet af bestyrelsens beslutning, herun-
der om den inhabile person reelt påvirkede beslutningen mod selskabets
interesse. Den pris, som D, blev handlet til, er derfor uden betydning for
vurderingen af Es og øvrige personers habilitet.

3.2. Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

I relation til bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som compliancean-
svarlig fremhæver klager følgende bemærkning i undersøgelsesrappor-
ten:

*”G, fremlægger som complianceansvarlig endvidere den af hende ud-
arbejdede årlige compliance rapport på bestyrelsesmødet den 26. no-
vember 2015, hvorefter den behandles af bestyrelsen, herunder E. Det
fremgår dog ikke af bestyrelsesprotokollen, at bestyrelsen i den for-
bindelse drøfter Es mulige inhabilitet som følge af ægteskabet med
G.”*

Klager bemærker i den forbindelse, at alle i bestyrelsen var bekendt med,
at G og E var gift. Dette var helt åbenlyst for alle, og derfor blev det ikke
ført til referat, at dette forhold var accepteret. Det er ikke muligt at med-
tage alle åbenlyse forhold i referater. Det er desuden Ks opfattelse, at en
manglende bemærkning i referatet ikke kan retfærdiggøre en sådan påta-
le.

Finanstilsynet skal bemærke, at på tidspunktet for afholdelse af mødet
den 26. november 2015 var E både bestyrelsesmedlem, medlem af kla-
gers repræsentantskab og indehaver af en kvalificeret andel af klager,
hvorfor han havde væsentlig indflydelse i klager og de beslutninger, der

blev truffet i ledelsen. Es ægtefælle, G, var samtidig complianceansvarlig for klager.

Bestyrelsens drøftelser og beslutninger skal i alle henseender være frie og uafhængige af uvedkommende personlige og økonomiske hensyn og interesser. Dette gælder også i relation til compliancefunktionen. Dette fører bl.a. til, at E ikke kunne deltage i bestyrelsens behandling og beslutninger i spørgsmål om vurdering af indhold og kvalitet af den complianceansvarliges rapportering til bestyrelsen, den complianceansvarliges kompetencer og ressourcer eller andre forhold, som i væsentligt omfang vil kunne få indflydelse på den complianceansvarliges arbejde og opgaveløsning.

Finanstilsynet har endvidere vurderet, at relationen mellem G og E i ledelsesmæssig sammenhæng kan medføre en indvirkning på direktionens udøvelse af sine ledelsesbeføjelser og beslutninger i forhold til compliancefunktionen efter bl.a. § 17, stk. 4, i ledelsesbekendtgørelsen, da direktionen samtidig er underlagt bestyrelsens instrukser og ledelsesbeføjelser, hvilket ikke kan udelukkes vil kunne få betydning ved direktionens valg og beslutninger i relation til compliancefunktionen.

Det er på baggrund af ovenstående forhold derfor oplagt, at bestyrelsen inden fremlæggelsen og behandlingen af den af G udarbejdede compliancerapport skulle have drøftet habilitetsspørgsmålet og truffet de nødvendige forholdsregler, herunder også henset til § 13, stk. 5, i klagers vedtægter (**bilag ...**). Dette er en væsentlig drøftelse og vurdering, som skal fremgå af referatet i bestyrelsesprotokollen, jf. bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

Klagers bemærkning om, at alle i bestyrelsen var bekendt med, at G og E var gift, hvorfor det ikke blev ført til referat, at dette forhold var accepteret, ændrer ikke herved.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsesmedlemmer i flere tilfælde har deltaget i behandlingen af sager, hvor de selv var inhabile. Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at klager generelt har undladt at forholde sig til habilitetsspørgsmål på trods af tidligere påbud herom.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at give klager påbud om at sikre at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.
...”

I den anden redegørelse udtalte Finanstilsynet følgende:

”...

1. Sagsfremstilling

Klager fik i 2015 påbud om at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne konsulenter adgang til bestyrelsesmøder, og sikre at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger. Finanstilsynet havde i forbindelse med en undersøgelse af klager i maj 2015 konstateret en udvidet mulighed for anvendelse af eksterne konsulenter, som Finanstilsynet vurderede udgjorde en væsentlig risiko for, at udenforstående uberettiget kunne modtage fortrolige oplysninger om bl.a. kundeforhold. Finanstilsynet påpegede, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde og alene ved et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i bekendtgørelse nr. 1289 af 9. december 2014 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. [fodnote: Nu bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.].

I forbindelse med den seneste undersøgelse konstaterede Finanstilsynet en betydelig stigning i brugen af eksterne konsulenter, fra et sporadisk brug af forskellige konsulenter til en permanent tilstedeværelse af H på klagers bestyrelsesmøder. H er general counsel hos I, som også ejer en kvalificeret ejerandel af klager. Det er således konstateret, at H i perioden november 2015 til og med februar 2016 (bilag ...) deltog på alle bestyrelsesmøder ved alle angivne punkter på dagsordenen, herunder ved behandling af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger. Han fik desuden udleveret skriftligt materiale med sådanne kundeoplysninger. Dette førte til Finanstilsynets fornyede påbud i 2016.

Finanstilsynet har ikke – trods gentagende anmodninger – modtaget en konsulentaftale eller anden egentlig dokumentation vedrørende Hs arbejde for klager, før indgivelsen af nærværende klage.

2. Retligt grundlag

De grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dens tilsynsfunktion fremgår af § 70 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere indeholder § 71 dels krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring dels fastlægger bestemmelsen de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 7, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed er der med bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (i det følgende benævnt ledelsesbekendtgørelsen) udstedt nærmere regler, der udmønter de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en betryggende drift af disse virksomheder. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 i ledelsesbekendtgørelsen.

En bestyrelse skal som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. § 3, nr. 8, jf. bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen. Bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen indeholder de nærmere krav til tilrettelæggelsen af arbejdet i bestyrelsen, herunder bestyrelsesmøder og bestyrelsens forhandlinger. Bilag 6, nr. 7-9, har følgende ordlyd:

”7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i FiL.”

Bestemmelserne er begrundet i hensynet til finansielle virksomheders særlige tavshedsforpligtelse, som følger af § 117 i lov om finansiel virksomhed. § 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiel virksomhed.

3. Finanstilsynets vurdering

Finansielle virksomheders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne. Det følger således af bilag 6, nr. 7 og 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at ansatte, rådgivere og aktionærer efter bestyrelsens beslutning i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsorden. Det følger af bilag 6, nr. 9, i ledelsesbekendtgørelsen, at der uanset ovenstående ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter bl.a. § 117 i lov om finansiel virksomhed. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i klagers forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder lagt til grund, at Hs tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende i relation til klager, og i flere tilfælde udgør en nærliggende risiko for at være i strid med § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at klager i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, og at disse ikke uberettiget modtog fortrolige op-

lysninger, men at H på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på bestyrelsesmøderne, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet har vurderet, at forholdene strider mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf det følger, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under angivne punkter på bestyrelsesmødet.

Der er i klagen henvist til et notat udarbejdet af professor dr.jur. M (klageskriftets bilag ...), der forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilaget er udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og klager:

”H deltager i bestyrelsesmøder i K som led i Hs virke som konsulent for K. Konsulentopgaven er nærmere beskrevet i en aftale.”[Fodnote: Klageskrifts bilag ... s.]

Finanstilsynet har trods gentagende anmodninger herom ikke tidligere modtaget en konsulentaftale og bemærker samtidig, at den fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) er dateret den 9. december 2015. Klagers supplerende bemærkning vedrørende udleveringen af konsulentaftale behandles separat nedenfor. Det bemærkes i øvrigt, at der ikke er tidsmæssig sammenhæng mellem fortrolighedsaftalen (bilag ... s. ...) og konsulentaftalen, som er dateret henholdsvis den 15. juni 2015 og den 9. december 2015, altså cirka et halvt år efter hinanden.

Finanstilsynet finder, at der er tale om et så bredt og ukonkret formuleret opdrag, at Finanstilsynet ikke finder det godtgjort, at H berettiget har kunnet modtage fortrolige oplysninger eller hans deltagelse har haft relevans for udførelsen af en egentlig og konkretiseret konsulentopgave. Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride mod klagers forretningsorden også vil være i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet finder således ikke det omtalte notat retvisende i den konkrete sag.

Såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at den nu fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) bør tillægges betydning, anfører Finanstilsynet, at

H har deltaget ved minimum to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og den 26. november 2015 uden et egentligt skriftligt eller mundligt præciseret opdrag, hvorfor påbuddet er berettiget. Klager har ikke dokumenteret, at der foreligger et egentligt opdrag i form af en præcist og konkret formuleret konsulentaftale eller lignende, der kan berettigg Hs tilstedeværelse i perioden forud for den 9. december 2015. Finanstilsynet har alene kunne konstatere et så bredt og upræcist formuleret opdrag, at det ikke har været muligt at konstatere, hvori Hs arbejde for instituttet reelt bestod. Finanstilsynet finder således ikke det omtalte notat retvisende i den konkrete sag.

Finanstilsynet finder ikke, at man, som klager har anført i klageskriftet (klageskriftets bilag ...), kan sidestille og anvende Hs tavshedspligt i I,

der har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven og i øvrigt ikke er omfattet af lov om finansiel virksomhed, til at berettiget modtagelse af fortrolige oplysninger. Det afgørende i forhold til § 117 i lov om finansiel virksomhed er ikke om den som modtager de fortrolige oplysninger kan hemmeligholde dem, men om den pågældende overhovedet er berettiget til at modtage dem. Derfor ændrer hverken en eventuel tavshedspligt i I eller en underskrevet fortrolighedsaftale på, hvorvidt modtagelsen må anses for berettiget.

Finanstilsynet finder det på den baggrund ikke godtgjort, at H har deltaget i bestyrelsesmøderne med et egentligt opdrag. Derudover kan Finanstilsynet konstatere, at H som minimum har deltaget i to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og 26. november 2015 uden den konsulentaftale, som klager nu har fremsendt, hvorfor det er Finanstilsynets vurdering, at H uberettiget har modtaget fortrolige oplysninger, da videregivelsen af oplysningerne ikke kan konstateres at have været nødvendige for Hs varetagelse af en specifik opgave for klager.

Klager anfører tillige, at ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, punkt 8, ikke er overtrådt. Hertil skal Finanstilsynet påpege, at det følger af bilag 6, punkt 8, at:

”Bestyrelsen kan ligeledes i enkelstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.” (min understregning).

Som anført ovenfor kan H ikke sidestilles med klagers rådgiver, da der ikke ved samarbejdets påbegyndelse eller senest på tidspunktet for deltagelse i bestyrelsesmøderne den 12. og 26. november 2015 forelå en konsulentaftale, som nærmere beskrev Hs opdrag. Derudover følger det af bestemmelsens ordlyd, at udenforstående alene i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved nærmere angivne punkter på dagsordenen, og ikke som H, der har deltaget fast under hele møder.

Finanstilsynet bemærker hertil, at klagers brug af eksterne konsulenter går fra at være sporadisk til at have en nærmest permanent karakter efter E og J [fodnote: Som er ejer af I Holding A/S.] indtræder i bestyrelsen. Derudover fremgår det af bestyrelsesprotokollaterne (bilag ... og ...), at H primært har deltaget i drøftelserne på de dagsordenspunkter, der omhandler ejerkredsens øvrige aktiviteter. Der er således end ikke tale om, at H kun er deltagende, når der drøftes forhold vedrørende effektivisering m.v., som er det bestyrelsen oprindeligt på bestyrelsesmødet den 12. november 2015 angav som begrundelse for Hs deltagelse på bestyrelsesmøderne. Klager har i klageskriftets bilag ..., side ..., fremført, at H havde implicit samtykke til deltagelse i bestyrelsesbehandlingen fra de personer, hvis sager blev behandlet på bestyrelsesmødet, idet disse personer var bekendt med Hs rolle på bestyrelsesmøderne. Det er dog ubestridt, at der på de samme bestyrelsesmøder blev gennemgået ordinære bankkunders creditsager. Deltagelse i drøftelser heraf falder teknisk set uden for Hs eventuelle mandat/opdrag, hvorfor H under alle omstændig-

heder har deltaget i drøftelser, som falder uden for noget opdrag, uanset hvilken fortolkning af opdraget, der anlægges. Finanstilsynet må derfor konkludere, at H har deltaget i dagsordenpunkter, hvor hans tilstedeværelse ikke har haft relevans, og dermed indebærer en betydelig risiko for, at han har modtaget oplysninger, han ikke lovligt kunne modtage, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Sammenfattende er det Finanstilsynets vurdering, at formålet med ledelsesbekendtgørelsens bestemmelser om udenforståendes deltagelse på bestyrelsesmøder er dels hensynet til tavshedsforpligtelsen dels at sikre, at det er de af repræsentantskabet eller generalforsamlingen valgte bestyrelsesmedlemmer, der som kollektivt ledelsesorgan træffer beslutningerne og står til ansvar herfor. Bestyrelsesmøder er lukkede møder. For finansielle virksomheder gælder yderligere særlige krav til bestyrelsesmedlemmer i form af bl.a. egnetheds- og hæderlighedsvurdering, og det er derfor centralt, at udenforstående, som ikke skal fit and proper godkendes, ikke deltager som uformelle bestyrelsesmedlemmer, som det synes at være tilfældet med Hs deltagelse. Med en sådan ordning ville der ske en omgåelse af reglerne i ledelsesbekendtgørelsen.

Særligt klagers gengivelse af forløbet vedrørende Finanstilsynets anmodning om en kopi af konsulentaftalen eller tilsvarende vedrørende Hs arbejde for klager er Finanstilsynet ikke enig i gengivelsen.

Klager anfører i klageskriftet, at det fremgår på side 10 i Finanstilsynets rapport, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for klager. Klager anfører i forlængelse heraf, at klagers direktør N har bekræftet, at konsulentaftalen med H blev udleveret fysisk til to medarbejdere fra Finanstilsynet i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i instituttet i januar 2016. Klager har i forbindelse med indsendelsen af klageskriftet vedlagt kopi af Hs konsulentaftale.

Finanstilsynet gennemførte en undersøgelse af klager i perioden fra den 7. til den 15. december 2015 og den 21. januar 2016. Ved gennemgang af ledelsesområdet den 8. december 2015 bad Finanstilsynet klagers direktør N om en kopi af den aftale om konsulentbistand klager havde indgået med H. Finanstilsynet understregede i den forbindelse, at man ønskede en kopi af det fulde aftalegrundlag.

Finanstilsynet fik samme dag alene udleveret fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 af N. Finanstilsynet spurgte specifikt, om der var tale om det fulde aftalegrundlag, hvilket N bekræftede. Det bemærkes, at konsulentaftalen mellem klager og H er dateret dagen efter dette møde nemlig den 9. december 2015, og dermed dagen efter at Finanstilsynet overfor klager havde påpeget problemerne ved, at der ikke forelå en egentlig aftale om opdrag m.v.

Ved brev af 18. december 2015 anmodede Finanstilsynet klager om enten at indsende eller bekræfte, at Finanstilsynet havde modtaget alt materiale vedrørende de af klager indgåede kontrakter om konsulentbistand

ved udøvelse af klagers virksomhed, herunder eventuelle konsulentaftaler med H (brevets punkt 4). Det fremgår af brevet, at Finanstilsynet alene havde modtaget fortrolighedsaftale mellem klager og H uden underskrifter. Kopi af Finanstilsynets brev fremlægges som bilag

Som svar på denne anmodning modtog Finanstilsynet brev af 8. januar 2016 fra klager, der fremlægges som bilag Det fremgår af brevets ad. 4:

”Som ønsket af Finanstilsynet vedlægges alle indgående kontrakter om konsulentbistand. Der er tale om 11 stk. kontrakter, som er samlet i bilag”

For så vidt angår H var alene fortrolighedsaftalen af 15. juni 2015 vedlagt, denne gang i underskrevet stand. Det fremgår ikke af klagers brev, at der skulle foreligge en decideret konsulentkontrakt for H, og klager skrev som anført ovenfor, at alle indgåede kontrakter var vedlagt klagers brev. Konsulentaftalen mellem klager og H af 9. december 2015 var ikke en del af de vedlagte konsulentaftaler.

På baggrund af ovenstående skal Finanstilsynets bestride, at Finanstilsynet i forbindelse med inspektionen i januar 2016 eller på et tidligere tidspunkt modtog konsulentaftalen med H. Finanstilsynet har, som det ses af ovenstående, flere gange efterspurgt det fulde aftalegrundlag med H, og Finanstilsynet er flere gange blevet bekræftet i, at det fulde aftalegrundlag, i form af en fortrolighedserklæring, var udleveret til Finanstilsynet. Finanstilsynet modtog ej heller konsulentaftalen ved Finanstilsynets besøg den 21. januar 2016.

Finanstilsynet bemærker, at klager først i sit klageskrift til Erhvervsankenævnet har gjort dette synspunkt gældende, uagtet at Finanstilsynet både ved afsluttende møde 15. marts 2016 og i selve rapporten har anført ikke at have modtaget selve aftalen.

Det fremgår således ikke af klagers høringssvar af 8. april 2016 vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i K eller i den – ganske omfattende – skriftveksling Finanstilsynet har haft med klager efter undersøgelsen.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at der er sket en væsentlig forøgelse af permanent deltagelse af eksterne konsulenter i bestyrelsen. Det er Finanstilsynets vurdering, at deltagelsen hverken kan antages at have været berettiget eller haft en relevans for løsningen af konkretiserede opgaver.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at give klager påbuddet om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Det forhold, at Finanstilsynet ved brev

af 21. juni 2016 har meddelt, at det efter Finanstilsynets vurdering ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed i forbindelse med Hs deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet, giver ikke anledning til at ændre påbuddet.
...”

Ved skrivelser af 8. september 2016 er K fremkommet med yderligere bemærkninger. Angående klagen over påbuddet vedrørende habilitet anføres det:

”...

K skal hermed fremkomme med udtalelser i ovennævnte sag på baggrund af Finanstilsynets skrivelse af den 8. juli 2016.

Som det fremgår af Ks indbringelse af klagen til Erhvervsankenævnet af 2. juni 2016, er K naturligvis overordnet enig i påbuddets ordlyd, nemlig at de personer, der deltager i behandlingen af en sag, skal være habile, men påbuddet påklages som nævnt til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

Helt generelt er det Ks vurdering, at der arbejdes meget med habilitets-spørgsmål i K, hvor dette tages alvorligt. Dette fremgår også af bestyrelsens referater, hvor inhabile bestyrelsesmedlemmer og andre forlader lokalet, når et emne skal behandles, og en afgørelse træffes, hvis der samtidig kan være risiko for inhabilitet.

Vedrørende behandlingen af købet af D fra A

K er enig i, at når et sådan handel mellem nærtstående skal behandles, kan der opstå interessekonflikter, og i den konkrete situation var alle tilstedeværende netop også klar over, at E, G og F var inhabile.

Men bestyrelsen havde også et legitimt behov for at få sagen korrekt oplyst og at høre sælgeren (Es) opfattelse, inden bestyrelsen selv, efter E, G og F havde forladt lokalet, drøftede og behandlede sagen og tog beslutning herom. K er således enig med tilsynet i, at de tre personer var inhabile i sagen, og derfor forlod de mødet, som det fremgår af referatet.

Finanstilsynets opfattelse af, at det materiale, som bestyrelsen fik forelagt, var for ensidigt, er mere et spørgsmål, om hvorvidt bestyrelsen kunne træffe en korrekt beslutning end et spørgsmål om habilitet. Bestyrelsen i K var meget erfaren også i virksomhedsoverdragelser og kunne derfor hurtigt sætte sig ind i beslutningen om at købe D. Der har desuden efterfølgende vist sig, at bestyrelsen tog en meget rigtig beslutning, da de lod K overtage D, idet denne aktivitet alene medfører, at hele Ks drift for første halvår bliver positivt.

Det er kun naturligt, at bestyrelsen i forbindelse med præsentationen begynder at kommentere mulighederne i forslaget. Der var tale om en en-

gageret bestyrelse, der gerne ville belyse alle muligheder. Derfor kommenteres der undervejs - også for at høre sælgers reaktioner på disse bemærkninger.

F forlod mødet efter E og G, idet han syntes, at han havde nogle særlige oplysninger, som bestyrelsen skulle forholde sig til. Som det tydeligt fremgår af referatet, talte F prisen ned på D. Dette er vel et udtryk for en objektiv holdning på trods af inhabilitet.

Der ses slet ikke at være nogen grund til at tro, at bestyrelsens drøftelser, efter de nævnte personer havde forladt mødet, ikke skulle have været frie og uafhængig af inhabiles interesser.

Finanstilsynet ses ikke at forholde sig til det af professor, dr. jur. Søren Mørup udarbejdede notat, der er vedlagt Ks anke til Erhvervsankenævnet af 2. juni 2016. Selv om notatet er udarbejdet for I Holding A/S, er notatet en objektiv beskrivelse af dansk ret. Der henvises derfor igen til notatet især punkt 3, hvor spørgsmålet, om et inhabilt bestyrelsesmedlem må præsentere en sag, inden han forlader mødet, bliver behandlet. Det konkluderes her, at Ks beslutning om at købe D ikke var i strid med selskabslovens § 131.

Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

Ved Gs forelæggelse af en compliancerapport var der ikke tale om behandling ”af spørgsmål om aftaler mellem kapitalselskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende” som nævnt i selskabslovens § 131 om inhabilitet. Desuden må det lægges til grund, at behandlingen af compliancerapporten ikke gjorde, at nogen havde en væsentlig eller særlig interesse, der kunne medføre inhabilitet. Efter lovens ordlyd er der således ikke tale om inhabilitet.

Med behandlingen af rapporten blev der ikke taget stilling til en sag, der vedrørte G som person, som hvis det havde været tale om løndrøftelser eller behandling af hendes kundeforhold i K.

Heller ikke med henvisning til Ks vedtægter forelå der inhabilitet. Det fremgår her – i overensstemmelse med lovgivningen – at behandlingen af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse. Bestyrelsens behandling af compliancerapporten ses ikke at være en sag, der vedrører G som person. Compliancerapporten er blot en opgave, som hun havde arbejdet med.

Konklusion

Det er herefter Ks konklusion, at sagen om Ks køb af D blev behandlet korrekt og under hensyntagen til tilstedeværendes inhabilitet, ved at den endelige beslutning blev taget i enerum uden inhabiles tilstedeværelse. I den forbindelse lægges der vægt på dansk rets opfattelse af begrebet inhabilitet. Finanstilsynet findes at anvende et udvidet begreb af inhabilitet, der ikke findes hjemmel for i dansk ret.

Desuden er det Ks opfattelse, at der ikke var inhabilitet, da Gs forelagde compliancerapporten for bestyrelsen.
..."

I den anden skrivelse af 8. september 2016 – vedrørende brug af eksterne konsulenter – anførte K:

..."

K skal hermed fremkomme med udtalelser i ovennævnte sag på baggrund af Finanstilsynets skrivelse af 8. juli 2016.

Finanstilsynet anfører i sin svarskrivelse, at man ikke finder professor, dr.jur. Ms notat "retvisende" i den konkrete sag, idet tilsynet skriver, at notatet er "udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og klager". Dette er ikke korrekt.

Professor, dr.jur. Ms notat er ikke udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og K. Således skrives der indledningsvist i notatet, at M netop er i besiddelse af konsulentaftalen af 9. december 2015. M er således af den opfattelse, at konsulentaftalen er tilstrækkelig konkret i sin formulering til, at H retmæssigt kunne overlades de givne oplysninger.

Det skal i den forbindelse nævnes, at det ikke var været nogens hensigt, at H skulle deltage "fast" i Ks bestyrelsesmøder. I den forbindelse henvises til bestyrelsesreferaterne i bilag

K mener, at Finanstilsynets påbud fra 2015 er imødekommet som beskrevet i Ks svarbrev af 12. august 2015: "Påbuddet 2.2.4, side 10, om at indsnævre muligheden for eksterne rådgiveres adgang til bestyrelsesmøder og deres modtagelse af fortroligt materiale er ligeledes imødekommet ved en ændring af bestyrelsens forretningsorden, punkt 1.2.9." Finanstilsynet havde ingen bemærkninger efter modtagelsen af dette brev.

K er ikke enig med Finanstilsynet i, at H ikke havde et "egentlig opdrag", idet der henvises til konsulentaftale samt diverse mundtlige drøftelser med bestyrelsen. Disse drøftelser er så vidt muligt nedskrevet og en del af referaterne. Derfor vedlægges som bilag ... bestyrelsesreferater fra 12. og 26. november samt 17. december og 21. januar 2016. Formuleringen af Hs konsulentaftale er foretaget ud fra det behov, man fandt på det daværende tidspunkt, men med mulighed for at behovet udviklede sig efterhånden, som konsulentundersøgelsen udviklede sig. Det skal i øvrigt oplyses, at H ikke har deltaget i bestyrelsesmøder siden 21. januar 2016.

Med hensyn til Finanstilsynets henvisning til bestyrelsens forretningsorden skal det oplyses, at den i december 2015 blev opdateret således, at der kom til at stå følgende om eksterne rådgivere: "Bestyrelsen kan be-

slutte, at ansatte i K kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene i enkelte punkter på dagsordenen. Tilsvarende kan bestyrelsen beslutte, at rådgivere i enkeltstående tilfælde eller så længe det måtte være nødvendigt kan deltage. Ansatte eller rådgivere, der deltager på bestyrelsesmøder, modtager kun information, som er relevant og påkrævet." Således har bestyrelsen i henhold til sin forretningsorden, ankeskriftets bilag ..., ret til at have eksterne rådgivere, der deltager i bestyrelsesmøder, når det besluttet fra gang til gang.

Den nævnte fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 blev indgået, da H skulle se på Ks processer i forhold til Ks it-leverandør Q. Denne arbejdsrelation havde ikke noget at gøre med det senere opståede behov for effektivisering af bestyrelses- og kreditarbejdet.

Da der opstod behov for en ny skriftlig aftale, blev denne indgået endeligt den 9. december 2015.

Bestyrelsen drøftede således nøje emnet, hvilket fremgår af bestyrelsesreferater, der henvises til bilag

Hs tavshedspligt i I er nævnt for at beskrive, at H er ganske klar over konsekvens og alvoren af de oplysninger, som er blevet ham overladt.

I øvrigt henvises til tidligere fremsendt høringsbrev fra advokat R af 29. februar 2016 samt tillægsbrev her til af 7. marts 2016 på Finanstilsynet daværende ønske om at politianmelde K. I dette høringsbrev med tillægsbrev beskrives udmærket, hvorfor bestyrelsen kunne bruge en ekstern konsulent og lade ham deltage på bestyrelsesmøder i en kortere periode.

Hjemmel

Ledelsesbekendtgørelsen er udstedt i medfør af bl.a. FIL §§ 70-71. Derfor skal bestemmelserne i bilag 6, nr. 7-9 have hjemmel i disse bestemmelser eller andre bestemmelser i loven (som angivet i bekendtgørelsen indledningsvist). Det har bilag 6, nr. 7-9, ikke.

Bestemmelserne har kun "hjemmel" i § 3, nr. 8, i bekendtgørelsen, der har hjemmel i FIL §§ 70-71. Man kan imidlertid ikke udvide sin hjemmel i en bekendtgørelse på denne måde, det vil sige ved at indskyde en "hjemmel": Den regulering, der er i bekendtgørelsen, skal have hjemmel i loven. FIL §§ 70-71 vedrører slet ikke, hvem der kan deltage i bestyrelsesmøder, og bilag 6, nr. 7-9 har derfor slet ikke hjemmel. Disse bestemmelser kan derfor ikke bringes i anvendelse.

Hvis man legede med tanken om, at der *var* hjemmel, er det næste problem, at bestemmelserne i en bekendtgørelse skal være saglige og ikke må være mere vidtgående end formålet tilsiger. En fortolkning, hvorefter man generelt afskærer en konsulent som H fra at deltage i alle møder, vil ikke være saglig og proportional set i forhold til formålet at sikre overholdelse af tavshedspligten.

Konklusion

Det er således fortsat Ks opfattelse, at H havde fået overladt oplysninger berettiget i henhold til gældende ret.

...”

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

Ankenævnet udtaler:

1. Habilitet

Et medlem af ledelsen i en andelskasse må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem K og den pågældende selv eller søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem K og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod Ks interesse, jf. § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

På tidspunktet for Ks bestyrelses beslutning om køb af D fra A var E både bestyrelsesmedlem i K og hovedaktionær, bestyrelsesmedlem og direktør i A, og F var medlem af bestyrelsen i K og samtidig bestyrelsesformand i A. Begge deltog sammen med Es ægtefælle, G på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvor Ks overtagelse af D blev behandlet. Af bestyrelsesprotokollatet fra mødet fremgår det, at der under Es fremlæggelse af det af ham og A udarbejdede salgsmateriale vedrørende overdragelsen finder en egentlig drøftelse sted vedrørende overtagelsen. Endvidere fremgår det, at F ikke forlod lokalet forud for drøftelserne om prisfastsættelsen af D.

Ankenævnet kan således tiltræde Finanstilsynets vurdering af, at flere inhabile personer var til stede under punktet om overtagelse af D på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, og at dette er en overtrædelse af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Allerede af den grund tiltræder ankenævnet således også, at Finanstilsynet har påbudt K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en be-

stemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

2. Ks brug af eksterne konsulenter

Bestyrelsesmedlemmer i en finansiel virksomhed må ikke uberettiget videregive fortrolige oplysninger, som de under udøvelsen af deres hverv er blevet bekendt med, jf. § 117, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Af bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., bilag 6, følger:

” ...

- 7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.
- 8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i nr. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.
- 9) Uanset nr. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed.

...”

Det fremgår af sagen, at den klagende andelskasse den 11. maj 2015 af Finanstilsynet blev påbudt at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger. Finanstilsynet påpegede i den forbindelse, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt deltagelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet henledte endvidere opmærksomheden på § 117, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter bl.a. bestyrelsesmedlemmer ikke uberettiget må videregive fortrolige oplysninger.

Det fremgår endvidere, at H i perioden fra november 2015 til og med i hvert fald januar 2016 deltog i alle Ks bestyrelsesmøder ved alle angivne punkter på dagsordenen, herunder ved behandlingen af sager indeholdende fortrolige kundeplysninger.

På denne baggrund tiltræder Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynet den 17. maj 2016 har påbudt Ks bestyrelse at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Hverken den omstændighed, at K efter påbuddet af 11. maj 2015 har ændret sin forretningsorden punkt 1.2.9., eller at det ikke måtte have været klagers hensigt, at H – der var opmærksom på betydningen af en tavshedspligt – skulle deltage ”fast” i Ks bestyrelsesmøder, kan føre til et andet resultat.

Ankenævnet tiltræder herefter de to påklagede påbud, som er meddelt K ved Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016.

9) Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-6608).

Bestyrelsesmedlemmer i B (andelskasse) pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år, da der er grund til at antage, at de ikke vil kunne varetage deres hverv på forsvarlig måde.

Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 4, § 351, stk. 2 og stk. 6, jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

(Lone Møller, Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved fire skrivelser af 12. juli 2016 har advokat A på vegne af K (K1, K2, K3 og K4) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelser af 15. juni 2016 har påbudt dem at nedlægge deres hverv som medlemmer af bestyrelsen i B.

Sagens omstændigheder:

Ved skrivelser af 15. juni 2016 traf Finanstilsynet afgørelse i forhold til de fire bestyrelsesmedlemmer i B, K1, K2, K3 og K4. De fire afgørelser er i det væsentligste enslydende. I afgørelsen vedrørende K1 hedder det:

”Påbud om nedlæggelse af bestyrelshverv i B, jf. § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed

1. Afgørelse

Finanstilsynet påbyder i medfør af § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i B jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed. Påbuddet skal opfyldes senest den 15. juli 2016.

Varigheden af påbuddet er bestemt til 5 år fra dags dato, jf. § 351, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Afgørelsen har været forelagt for Finanstilsynets bestyrelse.

2. Sagsfremstilling

B (herefter instituttet) er et mindre pengeinstitut med 15 ansatte. Instituttet er under skærpet tilsyn. Instituttet er en andelskasse, hvor andelshaverne på generalforsamling vælger repræsentantskabet, der efterfølgende vælger bestyrelsen. Ejerandelen er hovedsageligt fordelt mellem tre investorer, der tilsammen kontrollerer ca. 90 pct. af instituttet (C udgør ca. 30 pct., D og selskaber, han kontrollerer, udgør ca. 30 pct. og tredjepart ca. 30 pct.).

Bestyrelsen har gennem en længere periode haft stor udskiftning, og ultimo 2015 udgjordes bestyrelsen af:

- D, bestyrelsesformand (indtrådt den 12. november 2015 og udtrådt 19. maj 2016)
- E, næstformand i bestyrelsen, (indtrådt den 16. april 2015)
- K1, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 12. november 2015)
- F, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 7. juli 2014 og udtrådt den 15. marts 2016)
- G, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 4. juni 2014)
- H, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 22. januar 2015)

D ejer aktiemajoriteten i I, hvor han er Managing Partner samt medlem af bestyrelsen. D er gift med J, som udover at arbejde som juridisk rådgiver og complianceansvarlig for instituttet også arbejder som jurist i I.

G har frem til den 27. januar 2016 siddet i bestyrelsen for I, hvor han i dag arbejder som konsulent.

K1 er administrerende direktør samt medlem af bestyrelsen i W.

K er tidligere bestyrelsesformand, som indtrådte den 22. januar 2015 og var bestyrelsesformand fra den 16. april 2015 til sin udtræden den 7. december 2015.

2.1 Påbud i rapport om undersøgelse af B af 11. maj 2015

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 26. januar til den 3. februar 2015 en undersøgelse af instituttet. Undersøgelsens resultater blev præsenteret for instituttet ved et afsluttende møde den 10. marts 2015, hvorefter den endelige rapport blev sendt den 11. maj 2015. Rapporten vedlægges som bilag

Finanstilsynet gav i den forbindelse instituttet en række påbud og påtaler, hvor tre af påbuddene var rettet direkte mod bestyrelsen. Sidstnævnte angik bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling og bestyrelsens samlede viden og erfaring.

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet konstaterede, at bestyrelsens forretningsorden gav mulighed for, at man kunne anvende eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne. Finanstilsynet bemærkede også flere tilfælde, hvor bestyrelsen havde anvendt eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.

Finanstilsynet påpegede, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt deltagelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1289 af 9. december 2014 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B skal derfor indsnævre muligheden i forretningsordenen for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger.”

I instituttets redegørelse af 11. august 2015 som opfølgning på påbudde- ne oplyste instituttet, at man havde ændret bestyrelsens forretningsorden for at indsnævre muligheden for anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne. Det fremgår herefter af forretningsordenen:

”Der må ikke deltage uvedkommende personer ved møderne, hvis der behandles emner omfattet af lov om finansiel virksomhed § 117 (tavs- hedsbestemmelserne). Suppleanter til bestyrelsen kan deltage i besty- relsesmøder.

[...]

Bestyrelsen kan beslutte at ansatte i B kan deltage i et bestyrelsesmø- de, eventuelt alene i enkelte punkter på dagsordenen. Tilsvarende kan bestyrelsen beslutte, at rådgivere i enkeltstående tilfælde kan deltage. Ansatte eller rådgivere, der deltager på bestyrelsesmøder, modtager kun informationer, som relevant og påkrævet.”

Redegørelsen vedlægges som bilag ...

Bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling

Finanstilsynet kunne konstatere, at mails vedrørende bevilling af en ek- sponering, hvor et bestyrelsesmedlem var inhabilt, blev sendt til ved-

kommende, hvilket svarer til, at vedkommende er til stede ved behandlingen, idet vedkommende har mulighed for – via andre kanaler end mail-strengen – at påvirke de andre bestyrelsesmedlemmers beslutning.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B påbydes at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke må være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtager mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen er truffet.”

Hertil oplyste instituttet i ovennævnte redegørelse, jf. bilag ..., at man søgte problemstillingen vedrørende inhabile bestyrelsesmedlemmers deltagelse ved bestyrelsesmøderne imødekommet ved øget opmærksomhed og indskærpelse af at undgå dette.

Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Finanstilsynet bemærkede, at instituttet havde været igennem en turbulent periode, hvor der var sket stor udskiftning af både bestyrelsen og direktionen. Det blev på den baggrund påpeget, at den store udskiftning indebar en større risiko for tab af viden om og indsigt i instituttet, en større risiko for svigt i væsentlige forretningsmæssige sagsge og kontroller samt et behov for større fokus på bevaring og styrkelse af ledelsens viden og kompetencer vedrørende drift og ledelse af pengeinstitutter.

Undersøgelsen af 11. maj 2015 indeholdt et betydeligt antal påbud og påtaler henset til instituttets enkle forretningsmodel og det forhold, at instituttet var blevet undersøgt for mindre end et år siden. Enkelte af påbuddene var således også gentagelser fra de to foregående undersøgelser i 2014 og 2013.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B skal på denne baggrund sikre, at den samlede bestyrelse samt direktionen besidder den fornødne viden om Bs egne forhold samt de lovgivningsmæssige krav, der stilles til Bs virksomhed og interne forhold til at kunne sikre en fornuftig drift af B fremadrettet.”

Finanstilsynet foreslog samtidig, at bestyrelsesmedlemmer kunne deltage i relevante kurser, og at instituttets bestyrelse og direktion skulle sikre sig kendskab til Finanstilsynets korrespondance og reaktioner vedrørende brud på lovgivningen siden 2013 for på den måde at forebygge, at lignende forhold ville gentage sig.

Instituttet oplyste, jf. bilag ..., at man havde styrket bestyrelsens samlede kompetencer ved K3's indtræden i bestyrelsen som næstformand, og Ks indvælgelse som ny bestyrelsesformand. K skulle herefter holde en fast og tæt dialog med instituttets nye direktør L (herefter direktøren).

Vedrørende Finanstilsynets forslag om at efteruddanne bestyrelsesmedlemmerne havde K og direktøren tilmeldt sig det årlige bestyrelsesseminar hos Finanssektorens Uddannelsescenter den 10. og 11. september 2015, ligesom direktion og bestyrelse ville være repræsenteret på De Mindre Sparekassers konference for bestyrelser og direktioner den 26. og 27. september 2015.

Det fremgik endvidere af redegørelsen, at instituttet i forbindelse med indvælgelsen af nye bestyrelsesmedlemmer ville overveje at tilbyde et introduktionsforløb til instituttet for at gøre introduktionen endnu hurtigere og grundigere.

Instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Finanstilsynet konstaterede, at beslutningsgrundlaget for bestyrelsens bevillinger fremstod mangelfulde flere steder. I den forbindelse bemærkede Finanstilsynet, at der i flere tilfælde manglede:

- Oplysninger om formålet med kreditter.
- Analyser og stillingtagen til kundernes fremtidige indtjening og likviditet.
- Analyser af kundernes reelle formue samt en nærmere vurdering af værdien af sikkerheder.
- Angivelser af, hvorvidt eksponeringerne var i overensstemmelse med instituttets kreditpolitik, herunder eksponeringens størrelse i forhold til kreditpolitikens grænser.

På baggrund af ovenstående, samt det forhold at bestyrelsens protokol ikke afspejlede de på møderne førte drøftelser, blev der givet nedenstående påbud:

”B påbydes at sikre, at bestyrelsens protokol afspejler de på møderne førte drøftelser, herunder de væsentligste risikovurderinger og trufne beslutninger samt forudsætningerne herfor.”

I forlængelse af ovenstående modtog instituttet endvidere følgende påbud:

”B påbydes at præcisere og uddybe forretningsgangen for bevilling af eksponeringer, så den på fyldestgørende måde beskriver fremgangsmåden for bevilling af eksponeringer og de forhold, den enkelte medarbejder skal lægge vægt på i den forbindelse.”

Det bemærkes, at instituttet allerede på møde med Finanstilsynet den 8. december 2014 vedrørende udviklingen i instituttet, herunder instituttets strategi for fremtiden, blev informeret om det mangelfulde beslutningsgrundlag.

Der blev derudover givet 25 påbud og påtaler til instituttet (se bilag ...), hvor det var konstateret, at instituttet havde udvist grundlæggende mangler ved bl.a.:

- a) Bestyrelsens og direktionens arbejde, herunder
 - beslutningen om dispensation fra krav om andelsbevis,
 - bestyrelsens håndtering af outsourcing,
 - bestyrelsens protokollering,
 - risikostyringsfunktionen og
 - rapportering til bestyrelsen på kredit- og markedsrisikoområdet.

- b) Kreditområdet, herunder
 - instituttets kreditkomite,
 - bevillingsbeføjelser,
 - kreditpolitikken,
 - forretningsgangen for værdiansættelse af sikkerheder og
 - forretningsgangen for bevilling af eksponeringer.

- c) Markedsrisikoområdet, herunder
 - instrukser til direktionen på markedsrisikoområdet og
 - kontrolforanstaltninger på markedsrisikoområdet.

2.2. Påbud ved afsluttende møde den 15. marts 2016

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 7. til den 11. december 2015 en ny undersøgelse af instituttet. Finanstilsynet konstaterede på den baggrund, at instituttet fortsat havde udfordringer på ledelsesniveau, og ved afsluttende møde den 15. marts 2016 blev der meddelt instituttet 12 påbud, hvoraf flere af påbuddene relaterede sig til påbuddene afgivet i maj 2015. Plancher af 15. marts 2016 udarbejdet til brug for det afsluttende møde vedlægges som bilag Liste over samtlige påbud givet på det afsluttende møde af 15. marts 2016 vedlægges som bilag

Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet meddelte ligesom ved inspektionen i 2015 instituttets bestyrelse et påbud om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

Finanstilsynet konstaterede ved den seneste undersøgelse, at instituttet i meget vidt omfang har anvendt M som ekstern konsulent ved bestyrelsesmøder.

M arbejder som general counsel i C [fodnote: C har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven.]. Det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet den 12. november 2015, at D er med til at beskrive M som en vigtig rådgiver i forbindelse med fastlæggelse af fremtidige processer, da M har specialer inden for strategi, effektivisering og digitalisering samt udvikling af processer herom. Der ses ikke af protokollatet at have været en drøftelse af, hvori Ms rolle mere præcist skal bestå, ligesom der ikke er taget stilling til, om Ms tilstedeværelse strider mod bestyrelsens forretningsorden og påbud af maj 2015.

Af samme protokollat fremgår, at D anførte, at han var bekendt med, at finansielle virksomheder ikke generelt kunne have observatører til stede ved møderne af hensyn til tavshedsbelagte kundeoplysninger. Da M imidlertid repræsenterede en anden virksomhed, der var underlagt tilsyn, mente D desuagtet, at M kunne agere en vigtig rådgiver for instituttet.

Ved de efterfølgende bestyrelsesmøder drøftedes Ms tilstedeværelse ikke, idet der blot blev henvist til det fortsatte behov for hans specialviden.

Finanstilsynet anmodede i forbindelse med undersøgelsen instituttet om at oplyse, hvorvidt der var indgået en kontrakt med M om, hvilke konsulenttydelser han skulle levere, og i bekræftende fald fremsende kontrakten. Finanstilsynet har ikke modtaget en konsulentkontrakt eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for instituttet. M modtager efter det oplyste ikke løn eller honorar fra instituttet.

Udover den fortsatte tilstedeværelse af uvedkommende personer på bestyrelsesmøderne konstaterede Finanstilsynet, at brugen af eksterne konsulenter var øget fra et sporadisk brug af forskellige konsulenter til nu at have en nærmest permanent karakter. Finanstilsynet konstaterede på den baggrund, at instituttet i praksis ikke havde foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne, jf. påbud af maj 2015.

Påbuddet på det afsluttende møde den 15. marts 2016 blev meddelt med henvisning til, at den fortsatte brug af eksterne konsulenter var i strid med bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen) og indebar en betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Det følger af bilag 6, punkt 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan beslutte, at der kan være rådgivere tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen. Da der hverken var tale om enkeltstående tilfælde, eller at bestyrelsen havde angivet, hvilke punkter på dagsordenen M skulle deltage i, var Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Bestyrelsen havde heller ikke taget konkret stilling til, hvori Ms arbejde for instituttet bestod, udover et meget generelt opdrag beskrevet af D og K1.

Finanstilsynet konstaterede endvidere, at M gentagne gange havde fået udleveret skriftligt materiale med kundeoplysninger i forbindelse med behandling af kreditindstillinger på bestyrelsesmøderne, hvilket var i strid med reglerne for videregivelse af fortrolige oplysninger i medfør af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet vurderede i den forbindelse, at videregivelsen af disse fortrolige oplysninger var uberettiget, da Ms rolle i instituttet var udefineret, og da det således ikke var dokumenteret, at videregivelse af oplysningerne skete som led i et berettiget virke for instituttet.

Bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstillinger

Finanstilsynet konstaterede i forbindelse med undersøgelsen, at foranstaltningerne vedrørende opfølgningen på påbuddet fra maj 2015 var utilstrækkelige, da behandlingen af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmerne fortsat var i strid med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår således af bestyrelsesprotokollatet fra den 26. november 2015, at

”bestyrelsen havde forinden mødet fået tilsendt bestyrelseskreditreferat fra den 11. november 2015 som bilag 3.1., syv kreditsager til orientering som bilag 3.2., kreditindstillinger vedrørende G, D og J, N, O og P som bilag 3.3., med underbilag for O og P som henholdsvis bilag 3.3. 1 og 2 [...]”

Finanstilsynet vurderede i forbindelse med påbuddet, at det stred mod § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, og bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, at inhabile bestyrelsesmedlemmer var til stede under behandlingen af deres egne kreditsager. Finanstilsynet lagde til grund, at det var bestyrelsesmedlemmernes forpligtigelse at sikre sig, at bestyrelsen kunne handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det fremgik ikke af bestyrelsesprotokollaterne fra mødet, at K1 havde forholdt sig til, hvorvidt bestyrelsesmedlemmerne ved at modtage egne kreditindstillinger overtrådte § 131 i selskabsloven, jf. § 88, i lov om finansiel virksomhed, og bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed.

Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Finanstilsynet meddelte ligesom ved inspektionen i 2015 instituttet et påbud om, at instituttet skal sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af instituttet fremadrettet.

Finanstilsynet konstaterede i den forbindelse, at instituttet fortsat havde stor udskiftning i bestyrelsen. Dette sås bl.a. ved, at instituttets daværende bestyrelsesformand udtrådte i april 2015, samtidig med en ny næstformand blev valgt ind. Der indtrådte to nye bestyrelsesmedlemmer i november 2015. Bestyrelsesformand K udtrådte i december 2015 efter ca. 1 år i bestyrelsen. Instituttet fik ny administrerende direktør i januar 2016, hvorefter direktionen bestod af to direktører.

Finanstilsynet bemærkede ligeledes, at instituttets tiltag for at styrke bestyrelsens samlede viden og erfaring måtte anses for utilstrækkelige, da man kun havde efteruddannet den nyligt udtrådte bestyrelsesformand samt instituttets ene direktør. Der var derudover ikke sket særlige tiltag i forhold til den øvrige ledelse.

Det fremgik af bestyrelsesprotokollatet, at K1 var blevet tilbudt et introduktionsforløb til instituttet, hvilket han afslog, da K1 var af den opfattelse, at han havde et indgående kendskab til bl.a. instituttets historik. Introduktionskurset til instituttet var instituttets ovenfor nævnte tiltag til

styrkelse af nye indvalgte bestyrelsesmedlemmer. Instituttets tiltag til efterlevelse af det ovennævnte påbud fra maj 2015 blev på den baggrund anset som utilstrækkelige.

Finanstilsynet konstaterede ligeledes, at instituttet fortsat havde flere styringsmæssige mangler, og at instituttet i flere tilfælde havde overtrådt den finansielle lovgivning. Flere af overtrædelserne var af helt grundlæggende forhold for drift af et pengeinstitut, bl.a. i forhold til ledelsesbekendtgørelsen og reglerne om konsolidering af eksponeringer i henhold til artikel 395 i kapitalkravsforordningen [fodnote: Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012.] (herefter CRR).

Påbuddet blev således også givet på baggrund af de styringsmæssige mangler, som bl.a. fremgik ved følgende:

- Bestyrelsen udviste et væsentligt ukendskab til kravene til kreditbevilling i bl.a. bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Bestyrelsen foretog ikke tilstrækkelige vurderinger og analyser i forbindelse med kreditgivning, herunder af risiciene.
 - Dette fremgik eksempelvis ved bevillingen til Q (herefter P), som behandles nedenfor.
- Som følge af mangelfuld kreditbehandling og for ukritisk kreditgivning manglede bestyrelsen overblik over flere af instituttets største eksponeringer, hvilket påførte instituttet betydelige kreditrisici.
- Bestyrelsen udviste væsentligt ukendskab til finansielle regler herunder til reglerne om outsourcing og koncerninterne transaktioner.
 - Instituttet havde ingen retningslinjer for koncerninterne transaktioner, hvilket er et krav i § 5 i bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner, jf. § 181 i lov om finansiel virksomhed.
 - Instituttet havde desuden bevilget en kredit på 1,5 mio. kr. til R i december 2015 til en rente på 0 pct. og uden oprettelsesgebyr. I henhold til § 4 i bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner skal disse indgås på markedsbaserede vilkår, hvilket instituttets transaktion med R ikke opfyldte.

Instituttet havde bevæget sig ind på nye forretningsområder uden at have et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag og tilbunds gående analyser, eksempelvis i forhold til samarbejdet med O A/S og S. En beslutning om ændring af forretningsmodellen forudsætter, at denne træffes på et tilstrækkeligt oplyst grundlag.

Erhvervelse af visse aktiviteter fra I

Finanstilsynet meddelte endvidere påbud om, at bestyrelsen skulle sikre et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag ved erhvervelse af nye aktiviteter. Derudover blev der meddelt påbud om, at bestyrelsen skulle sikre, at in-

habile medlemmer ikke deltog i behandlingen af erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet havde gentagne gange tilkendegivet over for instituttet, at Finanstilsynet om muligt ville orienteres ved påbegyndelse eller erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet blev som følge heraf den 9. oktober 2015 på et møde præsenteret for en sammenlægning af instituttets og I's aktiviteter. Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Godt halvanden måned efter mødet besluttede bestyrelsen alligevel at købe R af I, hvilket alene er en del af I's aktiviteter.

Ved bestyrelsesmøde den 12. november 2015 havde D udtrykt ønske om, at instituttet overtog nogle af I's aktiviteter, som efter Ds opfattelse ville ligge naturligt i et pengeinstitut, og han tilkendegav, at han ville medbringe et beslutningsgrundlag på det kommende bestyrelsesmøde. D gav ikke udtryk for, hvorledes en sådan overtagelse sås at være i instituttets interesse samt, hvorvidt dette kunne holdes inden for instituttets forretningsmodel. Der blev ikke – hverken fra K1s eller de øvrige bestyrelsesmedlemmers side – stillet spørgsmålstejn ved, hvorvidt D havde mandat fra den øvrige bestyrelse i instituttet til at medbringe et beslutningsgrundlag, eller om dette var i strid med habilitetsreglerne og principperne for god selskabsledelse.

På det efterfølgende bestyrelsesmøde den 26. november 2015, hvor instituttet besluttede at overtage R fra I, forelagde D (som sælger) en salgspræsentation for bestyrelsen (som køber). D havde desuden medbragt materiale vedrørende transaktionen, hvor Ds eget forslag til prisfastsættelse bl.a. fremgik. Prisforslaget indeholdt bl.a. et ønske om, at D modtog betaling i form af nyudstedte andelsbeviser. Disse andelsbeviser skulle indgå med en pris svarende til indre værdi uagtet, at øvrige andelshavere ikke ville kunne handle andelsbeviser til denne pris.

Det fremgår ikke af protokollatet, at bestyrelsen blev præsenteret for andet materiale. Den tidligere bestyrelsesformand K havde på bestyrelsesmøde den 17. september 2015 udtrykt ønske om, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af R, da der ville være tale om en handel mellem nærtstående parter. En sådan værdiansættelse ses ikke at være indhentet.

Salgspræsentationen og transaktionsmaterialet udgjorde således beslutningsgrundlaget for bestyrelsen. Både D og hans ægtefælle J var til stede under præsentationen og forlod først lokalet efter salgspræsentationen og bestyrelsens indledende diskussion af prisen for R.

D har således deltaget i behandlingen af købet af R, hvori han havde en særskilt økonomisk interesse, i og med han repræsenterede sælger. Som bestyrelsesmedlem for instituttet, som i denne sammenhæng er køber,

burde K1 varetage instituttets interesser og vurdere, at D ikke kunne fremlægge en objektiv redegørelse for R. Det var derfor ikke tilstrækkeligt, at D forlod lokalet, da den endelige beslutning skulle tages, da han inden da havde haft mulighed for at påvirke bestyrelsens endelige beslutning. D burde således slet ikke have været til stede under bestyrelsens behandling af spørgsmålet om købet, idet dette hindrede, at bestyrelsen kunne have en fri drøftelse uafhængig af særinteresser.

Derudover burde K1 som medlem af bestyrelsen have sikret sig, at der forelå et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag til bestyrelsen uafhængigt af Ds særinteresser som sælger.

I marts 2016 meddelte Finanstilsynet påbud om, at instituttets ledelse inden erhvervelse eller påbegyndelse af nye forretningsområder og aktiviteter altid skal sikre sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i form af passende analyser af lovgrundlaget, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt at kunne udøve aktiviteterne og på betryggende vis håndtere de risici, der er forbundet med de pågældende forretningsområder og aktiviteter. Dette påbud er bl.a. begrundet i bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag om erhvervelse af R af I.

Et pengeinstitut skal således forinden erhvervelse eller påbegyndelse af nye aktiviteter sikre sig, at det har de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer i organisationen til at kunne håndtere den pågældende aktivitet på betryggende vis. Endvidere bør det altid forinden afdækkes, hvorvidt den pågældende aktivitet lovligt kan udøves inden for de påtænkte rammer. Bestyrelsen havde ikke foretaget en sådan grundig analyse af disse forhold.

I stedet udgjordes bestyrelsens beslutningsgrundlag alene af Ds salgspræsentation og Ds forslag til prisfastsættelse som nævnt ovenfor. D havde i sin rolle som sælger udarbejdet en præsentation over selve transaktionen, som ikke indeholdt en analyse af ovenstående. Finanstilsynet lagde på den baggrund til grund, at D, der var inhabil ved bestyrelsens behandling af erhvervelsen fra I, i høj grad havde været medvirkende til, at bestyrelsens beslutning om at erhverve R skete på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag. Hverken K1 eller den øvrige bestyrelse forholdt sig til kvaliteten af beslutningsgrundlaget, trods det forhold at D var åbenlyst inhabil i denne sag.

Finanstilsynet konstaterede efterfølgende, at erhvervelsen medførte følgende overtrædelser af den finansielle regulering:

- Konstruktionen krævede værdipapirhandelstilladelse, hvilket R ikke havde.
- § 181 i lov om finansiel virksomhed og bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner [fodnote: Bekendtgørelse nr. 904 om koncerninterne transaktioner af 1. september 2004.] var overtrådt.
- Direktionens videredelegeringsbeføjelser til R i § 70-instruksen kunne medføre outsourcing, hvilket er et bestyrelsesanliggende

og skal ske i overensstemmelse med kravene hertil i outsourcing-bekendtgørelsen [fondnote: Bekendtgørelse nr. 1304 om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder af 25. november 2010.].

Instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag i kreditindstillinger

Finanstilsynet meddelte påbud om, at instituttet skulle sikre tilstrækkelige og overskuelige beskrivelser af alle relevante forhold omkring ansørgernes relationer samt personlige og økonomiske forhold, således at instituttet sikrede et forsvarligt bevillingsgrundlag i alle kreditindstillinger. Instituttet skulle samtidig sikre, at beslutningsgrundlaget ved bevillinger var betryggende og i overensstemmelse med kravene i bilag 1, punkt 14, i ledelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet konstaterede ved den seneste undersøgelse endnu engang mangler ved instituttets kreditgivning, og instituttet modtog derfor nye påbud på dette område, da Finanstilsynet vurderede forholdene for værende uforsvarlig kreditgivning.

Finanstilsynet vurderede, at instituttets kreditindstillinger og beskrivelser heraf i flere tilfælde på trods af påbuddet i 2015 ikke virkede betryggende. Indstillingerne og beskrivelserne virkede flere steder rodede og ustrukturerede, havde ikke tilstrækkelig beskrivelse eller analyse af vigtige økonomiske oplysninger, eller ikke var fremhævet/opstillet på en let overskuelig måde. De var samtidig vanskelige at danne sig et overblik over og var overvejende eksponeringer med ejerkredsen samt ejerkredsens netværk.

Et eksempel herpå var bevillingen til Q. Der var bevilliget et stående lån på t.kr. 4.000 med to års løbetid (til 10 pct. p.a.) til Q Denmark ApS under stiftelse.

Likviditeten skulle bruges til "*udviklingsformål i koncernen, særligt køb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor*". Koncernen bestod af moderselskabet Q, Inc. (USA), der var noteret på Oslo Børs, og datterselskabet Q Ltd. (Malta).

Det var instituttets opfattelse, at der var tale om en investeringskredit til P mod pant i et børsnoteret udenlandsk selskab. Der skulle etableres pant i aktier for nom. t.kr. 6.000 i moderselskabet og ubegrænsede kautioner fra de to øvrige koncernselskaber. Der skulle etableres en stop-loss aftale ved 30 pct. kursfald på aktierne i forhold til kursen på etableringstidspunktet. I låneindstillingen var børsværdien af de pantsatte aktier angivet til 8 mio. kr.

Det fremgik af låneindstillingen, at "*I er i færd med en større kapitalrejsning / obligationsudstedelse, hvorfor nærværende lån er et bridge-lån. B forventes at erstatte denne lånesag med et tilsvarende obligationsopkøb.*". For bevillingen var det anført, at der var god sikkerhed, god økonomisk udvikling i moderselskabet, god rente på lån af en pæn størrelse og mulighed for yderligere indtjening via R's forestående transaktion. Imod bevilling var det anført, at der var tale om lidt ukendt land. Be-

villingen var vedlagt seneste kvartalsregnskaber fra moderselskabet, prognose og regnskab for 2014.

Kreditindstillingen indeholdt ikke regnskabsanalyser. I forhold til sikkerheden var der ikke analyseret på risikoen for værdien af pant i aktier i koncernen, hvis selskabet blev nødlidende, og det dermed blev nødvendigt for instituttet at realisere pantet. Tilsvarende var der ikke analyseret på risikoen ved at yde lån til et selskab i en udenlandsk koncern, som kan have en række andre bankforbindelser i andre lande. I tilfælde af at selskabet blev nødlidende, ville instituttet skulle forholde sig til en række spørgsmål på tværs af jurisdiktioner, hvilket var uden for instituttets normale virkefelt.

Bestyrelsen sås således ikke at have forholdt sig til de usikkerheder, der kunne være forbundet med ovenstående kreditgivning. Tværtimod konstateredes det, at der er tale om "lidt ukendt land", uden at dette gav anledning til at foretage yderligere analyser af forholdene. Dette på trods af, at Finanstilsynet i 2015 havde påtalt instituttets mangelfulde kreditgivning.

Et andet eksempel på bestyrelsens utilstrækkelige bevillingsgrundlag var eksponeringen mod O A/S. Ved det afsluttende møde den 15. marts 2016 anførte Finanstilsynet O A/S-eksponeringen som et eksempel på utilstrækkeligt bevillingsgrundlag. Finanstilsynet fremhævede i den forbindelse instituttets manglende risikovurdering, selvom instituttet anførte, at modellen på mange måder var uprøvet både juridisk og administrativt. Finanstilsynet anførte tillige, at der ikke forelå oplysninger om og analyse af koncernforholdene, men alene regnskabsmateriale for moderselskabet (O Group A/S), der kautionerer for en gæld på ca. 34 mio. i datterselskabet (O A/S), at det var uklart hvilket O-selskab, der ydes lånet og som kautionerer, og at der ikke var en vurdering af, om der skulle ske konsolidering.

Det var efter Finanstilsynets opfattelse ydermere problematisk, at denne beslutning blev taget i forbindelse med et kundeforhold, som var kommet til instituttet via C, som har et kundeforhold med O A/S, og som K1 er medejer af og direktør for. Kreditbevillingen blev over for bestyrelsen præsenteret af M, der arbejder for C. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at bestyrelsen foretog en egentlig vurdering af eventuelle habilitetsproblemer vedrørende beslutningen om eksponeringen mod O A/S. Det var Finanstilsynets vurdering, at der på baggrund af K1s forskelligartede interesser i indstillingen kunne rejses begrundet tvivl om, hvorvidt K1 ville være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage instituttets interesser, og han som følge heraf var inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling eksponeringen mod O A/S.

Finanstilsynet har derudover på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.2 vedrørende erhvervsens af R konstateret, at bestyrelsen fortsat ikke protokollerer i overensstemmelse med bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

Det fremgår således af høringssvaret:

”Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragtning”.

Finanstilsynet kan på den baggrund konstatere, at bestyrelsen på trods af tidligere påbud fortsat har store udfordringer med protokollering, selvom det er en grundlæggende del af bestyrelsesarbejdet, og at bestyrelsen i maj 2015 modtog påbud herom.

3. Det retlige grundlag

Hvervet som bestyrelsesmedlem i en finansiel virksomhed er forbundet med særligt ansvar. Det følger således af § 64 i lov om finansiel virksomhed, at medlemmer af bestyrelsen i finansielle virksomheder skal opfylde særlige krav til egnethed og hæderlighed for at kunne varetage deres hverv. Det følger af bemærkningerne [fodnote: Der henvises i afsnit 3 til de almindelige og de specielle bemærkninger til lov nr. 579 af 1. juni 2010 (lovforslag nr. L 175, 2009/1), de specielle bemærkninger til lov nr. 403 af 28. april 2014 (lovforslag nr. L119, 2013/1), og de specielle bemærkninger til lov nr. 268 af 25. marts 2014 (lovforslag nr. L133, 2013/1).] til bestemmelsen, at kravene til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed er begrundet i hensynet til den samfundsmæssige interesse i at opbygge og bevare en stabil og veldrevet finansiel sektor.

§ 64 blev nyaffattet ved lov nr. 579 af 1. juni 2010 [fodnote: Lovforslag nr. L 175, 2009/1.]. Med nyaffattelsen blev det for det første tydeliggjort, at kravene til egnethed og hæderlighed udover at være opfyldt ved indtræden i ledelsen i den finansielle virksomhed skal være opfyldt løbende under udøvelsen af stillingen. For det andet blev det fremhævet, at hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlems adfærd giver grund til at antage, at vedkommende ikke kan varetage sin stilling [fodnote: Dagældende § 64, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed. Det følger nu af § 64, stk. 4 i samme lov.]. Ændringen af § 64 skete som led i en generel styrkelse af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed.

Efter lovændringen i 2010 foretager Finanstilsynet en vurdering af, om ledelsen fortsat lever op til kravene om egnethed og hæderlighed, hvis der i forbindelse med tilsynet med virksomheden er givet alvorlige påbud og påtaler, eller hvis virksomheden sidder påbud fra Finanstilsynet overhørig. Samlet medførte lovændringen og den ændrede tilsynspraksis en skærpelse af kravene til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed, idet Finanstilsynets mulighed for indgriben blev lempet overfor ledelsesmedlemmer, hvis adfærd giver grund til at antage, at den pågæl-

dende ikke kan varetage den konkrete stilling i den finansielle virksomhed.

§ 64 i lov om finansiell virksomhed skal således ses i nær sammenhæng med tilsynsbestemmelsen i § 351 i lov om finansiell virksomhed, som giver Finanstilsynet mulighed for at gribe ind overfor ledelsespersoner i en finansiell virksomhed, som ikke længere lever op til kravene i § 64.

Krav til bestyrelsesmedlemmers adfærd

Det fremgår af § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed, at et medlem af bestyrelsen i en finansiell virksomhed ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde.

Det betyder, at Finanstilsynet kan gribe ind over for et bestyrelsesmedlem, hvis den pågældende har udvist eller udviser en adfærd, som giver grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage stillingen på forsvarlig måde. Efter bemærkningerne til bestemmelsen, anvendes den bl.a. i den situation, hvor et bestyrelsesmedlem har en sådan uorden i sin privatøkonomi, at dette forhold må anses for særdeles belastende for varetagelsen af bestyrelseshvervet, eller i situationer hvor et bestyrelsesmedlem i gentagne tilfælde har været en del af ledelsen i virksomheder, der er gået konkurs. Andre eksempler kan være åbenbare ledelsessvigt, manglende overholdelse af påbud fra en offentlig myndighed eller grovere misbrugssituationer.

Finanstilsynet skal løbende vurdere, om ledelsen af en finansiell virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis eller regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Det betyder, at Finanstilsynet skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedernes ledelse lever op til kravet i § 64, stk. 3, nr. 4, hvis Finanstilsynet i forbindelse med en undersøgelse bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssigt mangelfuld måde.

Hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor

Som anført ovenfor blev § 64 revideret ved lov nr. 579 af 1. juni 2010. Ifølge den dagældende § 64, stk. 2, nr. 4, skal hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor inddrages i vurderingen af, om et ledelsesmedlems adfærd giver grund til at antage, at vedkommende ikke kan varetage sin stilling. Den subjektive vurdering af bestyrelsesmedlemmets adfærd skal således suppleres af denne betragtning, når proportionaliteten i et konkret indgreb overfor bestyrelsesmedlemmet skal vurderes. I de oprindelige bemærkninger [fodnote: Lov nr. 579 af 1. juni 2010 (lovforslag nr. L 175, 2009/1).] er det som eksempel anført, at indgreb overfor et ledelsesmedlem skal kunne ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sit kendskab til markedsforholdene og den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at

virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, med mindre der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift. Inddragelse af tilladelse til drift af finansiel virksomhed kan ske som følge af grove eller gentagne overtrædelser af bl.a. lov om finansiel virksomhed eller regler udstedt i medfør af denne, jf. § 224 i lov om finansiel virksomhed.

§ 64, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter Finanstilsynet ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen lever op til kravene skal lægge vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, blev indsat ved lov nr. 403 af 28. april 2014. Det fremgår af bemærkningerne [fodnote: Lovforslag nr. L 119, 2013/1], at tillidshensynet i § 64, stk. 4, er begrundet i, at svigt fra ledelsens side i en finansiel virksomhed har en afsmittende effekt på den finansielle sektors omdømme og derfor også på samfundets tillid til sektoren. Det følger videre, at dette gør sig gældende uanset størrelsen af den finansielle virksomhed. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, der alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.

Påbud om afsættelse

Finanstilsynet kan i henhold til § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, påbyde et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed at nedlægge sit hverv i den finansielle virksomhed indenfor en af Finanstilsynet fastsat frist, hvis den pågældende efter § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed, har udvist en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig måde.

Finanstilsynet skal i henhold til § 351, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed, fastsætte varigheden af påbuddet.

4. Høring

Finanstilsynet sendte den 18. marts 2016 udkast til afgørelse i høring hos bestyrelsesmedlemmet.

Finanstilsynet modtog den 8. april 2016 høringssvar fra advokat A, der repræsenterer bestyrelsesmedlemmet. Høringssvar vedlægges som bilag
....

Høringssvaret har givet anledning til en ændring af afgørelsens opbygning. Sagsfremstillingen (afsnit 2) indeholder en beskrivelse af de faktuelle forhold, som tidligere har været i høring i instituttet, dels i forbindelse med undersøgelsen i starten af 2015 og dels i forbindelse med den seneste undersøgelse. Sagsfremstillingens afsnit 2.2 indeholder således en gengivelse af de forhold, som er konstateret i forbindelse med den seneste undersøgelse af instituttet, og som instituttet er blevet hørt om på afsluttende møde i marts 2016. Det er på baggrund af disse forhold, at Finanstilsynet har foretaget en vurdering af K1s adfærd jf. § 64, stk.3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed

Høringssvaret har derudover givet anledning til præciseringer i afsnit 2 "Sagsfremstilling" og afsnit 5 "Vurdering". Høringssvaret har endvidere givet anledning til nedenstående bemærkninger, som bl.a. udgør Finanstilsynets bemærkninger til de allerede givne påbud. De anførte punkter refererer til høringssvaret, hvoraf de i afsnit 4 citerede tekster fremgår.

4.1. Høringssvaret

Pkt. 2.1 Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent

"Finanstilsynet tilkendegiver i Udkastet, at bestyrelsen ved at lade M deltage i bestyrelsesmøder som konsulent har overtrådt lov om finansiel virksomhed (herefter FIL) § 117 samt ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 [fodnote: BEK nr. 1321 af 25. november 2015].

Ved høringssvar af 29. februar 2016 underskrevet af advokat Jacob S. Arrevad vedrørende udkast til politianmeldelse for overtrædelse af FIL § 117 (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385) beskrives udførligt hensynene bag anvendelse af eksterne konsulenter i B, hvorfor der i det hele henvises hertil (se bilag ...).

Derudover henvises der i det hele til professor, dr.jur. Ts notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed, der er udarbejdet for W (se bilag ...), idet det bemærkes, at det er Ts vurdering, at bestemmelsen i FIL § 117 ikke generelt er til hinder for, at M deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Ms virke som konsulent for B.

Det skal i øvrigt bemærkes, at B aktivt har forsøgt at få en forståelse af Finanstilsynets holdning til FIL § 117 ved telefonisk at have været i kontakt med U, Finanstilsynet, den 26. januar 2016. Svaret på henvendelse var imidlertid, at det var en lang og akademisk diskussion, og at Finanstilsynet i øvrigt ikke ønskede at gå dybere ned i emnet."

Høringssvarets pkt. 2.1 har givet anledning til præcisering af sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Påbuddet blev meddelt på baggrund af bestyrelsens fortsatte anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder. Finanstilsynet har redegjort for baggrunden for påbuddet i nedenstående afsnit, hvor Finanstilsynets bemærkninger til ovenstående høringssvar fremgår.

Retligt grundlag for påbuddet

Ledelsesbekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 2, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed. § 70 indeholder de grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dennes tilsynsfunktion. § 71 indeholder krav om, at finansielle virksomheder skal have ef-

fektive former for virksomhedsstyring og fastlægger de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en betryggende drift af disse virksomheder. Bekendtgørelsen udmønter således de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 i bekendtgørelsen.

En bestyrelse skal som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. § 3, nr. 8, jf. bilag 6, i ledelsesbekendtgørelsen. Bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen indeholder de nærmere krav til tilrettelæggelsen af arbejdet i bestyrelsen, herunder bestyrelsesmøder og bestyrelsens forhandlinger. Bilag 6, nr. 7-9, har følgende ordlyd:

”7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i FiL.”

Bestemmelserne er begrundet i hensynet til finansielle virksomheders særlige tavshedsforpligtelse, som følger af § 117 i lov om finansiel virksomhed. § 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiel virksomhed.

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

Finansielle virksomheders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne. Det følger således af bilag 6, nr. 7 og 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at ansatte, rådgivere og aktionærer efter bestyrelsens beslutning i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved angivne punkter på dagsorden. Det følger af nr. 9, at der uanset ovenstående ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter bl.a. § 117 i lov om finansiel virksomhed. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i instituttets forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, lagt

til grund, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende i relation til instituttet og i flere tilfælde indebærer en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at instituttet i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, og at M på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på alle bestyrelsesmøder, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet har vurderet, at forholdene strider mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf det følger, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under angivne punkter på bestyrelsesmødet. I påbuddet er det ikke tillagt vægt, hvilken betegnelse M havde. Det har således været uden betydning for Finanstilsynets påbud, hvorvidt M har deltaget i bestyrelsesmøderne som rådgiver, konsulent eller observatør, da det afgørende er, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne må anses for uvedkommende for instituttet. Instituttet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra 2015 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne.

Der er i høringssvaret henvist til to bilag (høringssvarets bilag ... og ...), der begge forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilagene er udarbejdet under den forudsætning, at der foreligger en ansættelsesaftale mellem M og instituttet, og at M dermed kan betragtes som ansat af instituttet, jf. henvisningen i bilag ... til ansættelsesaftale dateret den 9. december 2015. Finanstilsynet har trods anmodning ikke tidligere modtaget en ansættelsesaftale og bemærker, at det af høringssvarets bilag ... fremgår, at M ikke er ansat i instituttet, idet han bistår bestyrelsen som en midlertidig foranstaltning.

Finanstilsynet bemærker, at uanset om der måtte foreligge en ansættelsesaftale af 9. december 2015 mellem M og instituttet, har M deltaget uden en ansættelsesaftale og et egentligt opdrag ved bestyrelsesmøderne den 12. og 26. november 2015.

Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride mod ledelsesbekendtgørelsen, vil stride mod instituttets egen forretningsorden.

Endvidere bemærkes det, at Finanstilsynet ikke er bekendt med, at instituttet har rettet henvendelse til Finanstilsynet vedrørende fortolkningen af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet kan oplyse, at M har rettet henvendelse til Finanstilsynet desangående, men at Finanstilsynet med henvisning til sin tavshedspligt afslog at drøfte fortrolige forhold vedrørende instituttet med denne.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed, og at dette forhold skal ind-

gå i vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.1.1 Mundtlig tilkendegivelse fra tidligere bestyrelsesformand

”Finanstilsynet gør i Udkastet gældende, at tidligere bestyrelsesformand i B, K, mundtligt over for Finanstilsynet har tilkendegivet, at en af årsagerne til hans udtræden af bestyrelsen i utide, var, at han var uenig i tilstedeværelsen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.”

Finanstilsynet har udeladt afsnittet indeholdende tidligere bestyrelsesformand Ks tilkendegivelser, da Finanstilsynet ikke har tillagt tilkendegivelserne vægt ved vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.2.1 Valget af D som bestyrelsesformand

”Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 12. november 2015, at D i forbindelse med konstitueringen som formand ”udtrykte håb om, at han ikke ville blive betragtet for inhabil i alt for mange tilfælde”. Udtalelsen relaterede sig til, at V tidligere i 2015 indgik aftale om henvisningsprovision, når kunder blev henvist fra V til B.

Det er ligeledes refereret fra bestyrelsesmødet den 12. november 2015, at ”der var enighed om, at D ikke ville være inhabil, blot fordi I havde henvist en kunde til B, og denne kundes forhold skulle behandles af den ene eller anden grund. Bestyrelsen lagde netop vægt på at få tilført kompetencer og viden. HO tilføjede, at der naturligvis forsat kunne blive tale om inhabilitet, men at der skulle tages stilling i hver konkret situation, der måtte opstå.”

Af bestyrelsesprotokollatet fra 17. december 2015 fremgår det, at ”KEH oplyste desuden om, at en tidligere indgået henvisningsaftale med I ville blive afregnet for henvisninger modtaget i indeværende år. Aftalen om henvisningsprovision ville ikke blive fornyet efter årsskiftet, idet D nu var trådt ind i bestyrelsen, og ikke potentielt ønskede at være inhabil i lånebehandlingerne på grund af henvisningsprovision”.

Det skal i den forbindelse understreges, at der efter Ds indtræden i bestyrelsen ikke er blevet behandlet kreditindstillinger i bestyrelsen, som V fik henvisningsprovision for.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet ikke i Udkastet har foretaget en konkret vurdering af Ds ”mange forskelligartede særinteresser”. Der gøres blot en bemærkning om, at de foreligger. B mener, at Finanstilsynet ikke uden en konkret vurdering kan fastslå, om og i givet fald hvilke særinteresser D har. Der er således tale om en ikke-underbygget påstand, som ikke bør tillægges vægt ved Finanstilsynets afgørelse.

Endvidere tager Finanstilsynet ikke stilling til, om Ds påståede særlige interesser er væsentlige og stridende mod Bs interesser, hvilket er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88. I øvrigt ses dansk ret ikke at stille særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet, der rækker ud over kravene til de almindelige bestyrelsesmedlemmer.

Finanstilsynet har endvidere selv konstatereret, at der ikke har vist sig at være et reelt problem, idet bestyrelsen ikke har anset D for at være inhabil i et omfattende antal tilfælde, og idet Finanstilsynet så vidt ses heller ikke har kunnet påvise et omfattende antal situationer, hvor formanden har været inhabil. Der henvises i denne forbindelse til side 7 i professor, dr.jur. Ts notat om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i FIL, der er udarbejdet for W (se bilag ...) (herefter benævnt Inhabilitetsnotatet).

Det ovenfor refererede fra bestyrelsesprotokollaterne vidner netop om, at bestyrelsen har identificeret og taget stilling til habilitetsproblematikken samt handlet ud fra den konkrete udfordring med fremtidig risiko for inhabilitet ved ikke at forny henvisningsaftalen med V. På det grundlag har bestyrelsen truffet passende foranstaltninger mod potentiel inhabilitet.”

Finanstilsynet er enig i, at D ikke kan anses for generelt inhabil i bestyrelsesarbejdet, og at der ikke i dansk ret stilles særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet. Finanstilsynet har på baggrund af pkt. 2.2.1 i høringssvaret valgt at beskrive de tilfælde, hvor der forelå inhabilitet i forbindelse med beskrivelsen af de meddelte påbud under afsnit 2 i sagsfremstillingen.

Pkt. 2.2.2 Overtagelse af R

”Det skal oplyses, at R er en hjemmeside, hvor købs- og salgsinteresser for handel med unoterede værdipapirer opslås. Handlen med unoterede værdipapirer sker nu i B, efter at B den 1. februar 2016 overtog aktiviteterne tilknyttet R fra R.

Siden sommeren 2015 har der været drøftelser uden for bestyrelsesmøderne vedrørende, om det kunne være hensigtsmæssigt at sammenlægge aktiviteterne i R med B, såfremt Finanstilsynet fastholdt, at denne aktivitet krævede tilladelse som værdipapirhandler.

Finanstilsynet har i øvrigt siden 2011, hvor D overtog aktiviteterne forbundet med R, flere gange været opmærksom på aktiviteterne, blandt andet gennem undersøgelser af X samt Y. Ingen af disse undersøgelser har imidlertid foranlediget Finanstilsynet til at vurdere aktiviteterne som en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed med baggrund i, at aktiviteterne krævede tilladelse som værdipapirhandler eller tilsvarende.

Bestyrelsen fandt det på bestyrelsesmødet den 26. november passende at få en præsentation af R, herunder vilkårene for overtagelsen. Det er almindelig praksis og i overensstemmelse med selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Bestyrelsen lagde stor vægt på, at såvel D som J og senere G forlod bestyrelsesmødet, når de egentlige drøftelser vedrørende købet af R fandt sted. Bestyrelsens ageren skete således inden for rammerne af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, der tillader, at et inhabilt bestyrelsesmedlem redegør for det pågældende emne. [fodnote: Jf. side 8 i Inhabilitetsnotatet.] B mener således, at Finanstilsynets påstand om inhabilitet fsva. dette forhold hviler på en ukorrekt anvendelse af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Beslutningen om at overtage R blev ikke udelukkende truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet fremlagte præsentationsmateriale, som det ellers fremgår af Udkastet. Bestyrelsen, i denne sammenhæng primært repræsenteret ved bestyrelsesmedlem og K3, har således haft indgående korrespondance med sælger, herunder sælgers advokat, Z, og sælgers revisor, Æ om relevante poster i præsentationsmaterialet, Rs budget og balance samt virksomhedsoverdragelsesaftalen med bilag. I forbindelse med denne korrespondance blev der stillet – og svaret på – uddybende spørgsmål vedrørende de udvalgte poster og foretaget yderligere undersøgelser.

Det skal understreges, at D langt fra fik den pris for R, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter at han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser, og bestyrelsen havde mulighed for at drøfte sagen, så længe de ønskede.

Det gøres gældende af Finanstilsynet i Udkastet, at K ønskede, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af R. Dette fremgår imidlertid ikke af bestyrelsesprotokollatet den 17. september 2015, idet følgende er ført til protokol:

"Bs retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og I overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsens drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EUR og bytteforholdet mellem B og I. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalg til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusi-

*on, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tanker-
ne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til
vedtægterne. I var som udgangspunkt ikke en reguleret virksom-
hed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet
vedrørende den såkaldte R."*

*Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem
hele I og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. R
er imidlertid en overordentlig beskeden del af I og beskæftiger ikke
engang ét årsværk [fodnote: Hvilket illustreres ved det faktum, at R
fra den 30. november 2015 til den 1. februar 2016 (hvor R på davæ-
rende tidspunkt lå i R) alene har foretaget i alt 36 handler i forskellige
unoterede værdipapirer, hvilket har genereret indtægter i form af kur-
tage på i alt kr. 75.736,42 jf. bilag til e-mail af 22. februar 2016.]. I
forbindelse med overtagelsen af R overtog B godt nok to medarbejde-
re, men selve aktiviteterne relateret til R har alene udgjort et halvt
årsværk.*

*Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af
købsprisen for R, blev købsprisen afhængig af Rs fremtidige perfor-
mance – den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle
værdien af R. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt
med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende
andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der al-
le var enige i, at R var en god forretningsmulighed, som var blevet
forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af
andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. På baggrund af
disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke
var nødvendig.*

*Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på be-
styrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen
på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid,
at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revi-
sor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrel-
sen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for
erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en
revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragt-
ning. Det gøres hertil gældende, at der ikke ses at være nogen revisi-
onsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af R i den efterføl-
gende grundige revision af Bs årsrapport for 2015."*

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.2 valgt at be-
skrive påbuddet vedrørende instituttets køb af R, herunder inhabilitet,
samlet, hvorfor der henvises til bemærkningerne til høringssvarets pkt.
2.4. Tilsvarende har høringssvaret ført til, at forholdet er beskrevet sam-
let under sagsfremstillingen i afsnit 2.

Finanstilsynet bemærker herudover, at der er flere oplysninger i ovenstå-
ende høringssvar, som omhandler Ds forhold som ejer af I og Finanstil-
synet. Finanstilsynet er underlagt tavshedspligt, jf. § 354 i lov om finan-

siel virksomhed, og kan derfor ikke kommentere på denne del af høringssvaret i K1s afgørelse.

Pkt. 2.2.3 Behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer

”Finanstilsynet anfører med henvisning til påbuddet af maj 2015, at bestyrelsens behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer fortsat er utilstrækkelig, hvilket begrundes i, at bestyrelsesmedlemmer har fået tilsendt materiale vedrørende kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse.

Det er korrekt, som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, at bestyrelsesmedlemmer, der i det konkrete tilfælde var inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse, fik adgang til sådanne kreditindstillinger, som forud for mødet blev gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale på Bs it-portal for bestyrelsen (Admincontrol).

Ved f.eks. bestyrelsesmødet den 26. november 2015 er kreditindstillinger vedr. G, D og J og N gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale.

Det er Bs opfattelse, at der ikke er lovgivningsmæssige eller andre hindringer for, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer forevises deres egne kreditindstillinger, hvilket efter B erfaring også er praksis hos andre andelskasser og banker, og hvilket underbygges af Inhabilitetsnotatet. Afgørende er det alene, at det berørte bestyrelsesmedlem ikke involveres i beslutningsprocessen for bevillingen af den kredit, hvori det pågældende bestyrelsesmedlem har en interesse.

Der henvises i denne forbindelse til Inhabilitetsnotatet idet det bemærkes, at det er Ts vurdering, at selskabslovens § 131, jf. FIL § 88 ikke er til hinder for, at et bestyrelsesmedlem orienteres om den øvrige bestyrelses behandling af et spørgsmål, som medlemmet ikke må deltage i behandlingen af på grund af inhabilitet.

Det er i den forbindelse afgørende at slå fast, at fremsendelse af bestyrelsesmateriale ikke har medført, at de berørte bestyrelsesmedlemmer blev involveret i beslutningsprocessen, eller at de har haft nogen form for indvirkning på den øvrige bestyrelses vurdering af kreditindstillingerne.”

Høringssvarets pkt. 2.2.3 relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning. Påbuddet blev meddelt som følge af, at Finanstilsynet har kunnet konstatere, at bestyrelsesmedlemmer i flere tilfælde har modtaget egne creditsager til orientering forud for bestyrel-

sesmøderne, jf. sagsfremstillingen under afsnit 2. Instituttet modtog i maj 2015 et lignende påbud.

Retligt grundlag for påbuddet

§ 131 i selskabsloven finder anvendelse på andelskasser, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, og har følgende ordlyd:

”§ 131. Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem kapitalselskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem kapitalselskabet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapitalselskabets.”

Bestemmelsen er en videreførelse af § 58 i aktieselskabsloven. Det følger af bemærkningerne til selskabsloven [Lov nr. 470 af 12. juni 2009 (lovforslag nr. L 170, 2008/1).], at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalselskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen. Det følger videre af forarbejderne, at det forhold, at det inhabile medlem ikke kan deltage i behandlingen af et bestemt emne, ikke hindrer, de øvrige bestyrelsesmedlemmer i at bede det pågældende medlem om en redegørelse for emnet.

Om § 58 i aktieselskabsloven følger det af betænkning nr. 1498 fra november 2008 om modernisering af selskabsretten, afsnit 9.4.1.5. om habilitet og beslutningsdygtighed i bestyrelsen, side 321:

”Aktieselskabslovens § 58 tager sigte på de situationer, hvor der kan være tvivl om et ledelsesmedlems mulighed for loyalt at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen gælder, uanset om medlemmet i den konkrete situation rent faktisk viser sig i stand til at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen skal forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen) har i notat af 16. februar 1996 [fodnote: ¹ Gengivet i Erhvervsankenævnets kendelse nr. 96-76.437 af 11. februar 1997.] om habilitetsreglen i § 58 vedrørende fortolkning af ”væsentlig interesse” anført følgende:

”Hvor der er tale om en aftale med tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, er et bestyrelsesmedlem eller en direktør kun inhabil, såfremt den pågældende har en væsentlig interesse deri, som kan være stridende med selskabets interesse.

Det bemærkes, at en tredjemand kan være enhver fysisk eller juridisk person.

Bestemmelsen angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse. Med anvendelsen af formuleringen ”væsentlig interesse” er det klart, at ikke enhver interesse medfører inhabilitet. Der må så-

ledes foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets interesser. Dette skal ses i sammenhæng med at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med selskabets.

Erik Werlauff, Selskabsret, (herefter Werlauff) p. 680, anfører, at et bestyrelsesmandat i et andet selskab, med hvilken der skal indgås aftale, ofte vil indebære en sådan interessekonflikt, som medfører inhabilitet. Hertil kan man tilføje, at det eksempelvis ligeledes vil kunne medføre inhabilitet, at et bestyrelsesmedlem har en betydelig aktiebesiddelse i et selskab, som der skal indgås en aftale med, eller at der består et slægts- eller venskabsforhold mellem en direktør og en person, som selskabet skal anlægge søgsmål mod.

Inhabilitet er ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen er stridende modselskabets interesse, jf. bestemmelsens formulering "kan være stridende". Det vil derfor være uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

[...]

Sammenfattende må det konkluderes, at den juridiske litteratur overvejende støtter den opfattelse, at et inhabilt medlem må afstå fra at deltage i den forudgående drøftelse. Den juridiske litteratur må tillige antages at støtte den opfattelse, at et inhabilt ledelsesmedlem ikke, som følge af inhabiliteten, er afskåret fra enhver medvirken i forbindelse med behandlingen. Den pågældende vil således kunne medvirke til sagens oplysning, eller i øvrigt kunne stille sin eventuelle ekspertise til rådighed for den øvrige bestyrelse eller direktion.

Samtidig er det klart, at det påhviler de øvrige bestyrelsesmedlemmer, og især bestyrelsesformanden, at påse, om der foreligger et forhold efter § 58"

Herudover følger det af bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, vedrørende bevilling af eksponering mod bestyrelsesmedlemmer:

"Det skal udtrykkeligt anføres i bevillingsprotokollen henholdsvis forhandlingsprotokollen, når der behandles eksponeringer omfattet af § 78, stk. 1 og 4, i lov om finansiel virksomhed. De pågældende bestyrelsesmedlemmer og direktører må ikke være til stede under sagens behandling, og det skal protokolleres, at de ikke er til stede."

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

Finanstilsynet gentog ved det afsluttende møde i marts 2016 påbuddet om at sikre, at personer i instituttet, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning,

jf. bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen og § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Indholdet af påbuddet svarer endvidere til § 13, stk. 5, i instituttets egne vedtægter, der anfører, at behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse, og punkt 1.2.7 i instituttets forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet vurderet, at deltagelse i en sags behandling ikke kan afgrænses til deltagelse på bestyrelsesmøde eller i selve beslutningen.

Det er et grundlæggende princip for god selskabsledelse, at bestyrelsen kan handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det er således essentielt for en bestyrelse, at inhabile bestyrelsesmedlemmer, som har en væsentlig særinteresse, ikke deltager i afstemning eller i øvrigt medvirker ved sagens behandling, hvor den pågældende kan påvirke bestyrelsens beslutning. Et inhabilt bestyrelsesmedlem skal således forlade lokalet under hele bestyrelsens behandling af og afstemning om sagen. Bestyrelsesmedlemmet anses bl.a. for inhabilt, når bestyrelsesmedlemmet selv eller ægtefællen har en særlig økonomisk interesse i sagens udfald, eller personen deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til en anden juridisk person med en særlig interesse i sagens udfald.

Finanstilsynet finder, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem gennem bestyrelsesarbejdet får kendskab til sin egen kreditindstilling, udgør et habilitetsproblem. En kreditindstilling indeholder skøn, subjektive vurderinger m.v. og oplysninger om personlige forhold. Formålet med at afskære et inhabilt bestyrelsesmedlem fra at deltage i behandlingen af egne kreditindstillinger er at sikre, at den pågældende ikke er i stand til at udøve en sådan indflydelse på de øvrige medlemmer, at det forhold, at den pågældende ikke kan deltage i afstemningen, alene bliver en formalitet. Den ansatte i instituttet, der udarbejder kreditindstillingen, kan også være påvirket af, at det bestyrelsesmedlem, som kreditindstillingen vedrører, modtager kreditindstillingen. Der er dermed risiko for, at behandlingen af sagen/kreditindstillingen er mindre kritisk.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at ”almindelige kunder” heller ikke får tilsendt instituttets kreditindstillinger, hvorfor det formodes, at der ikke er tale om en almindelig orientering om kreditbehandling, som der henvises til både i høringssvaret og dets bilag 3.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet lagt vægt på, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem får oplysning om instituttets interne skøn, vurderinger m.v. samt eventuelle efterfølgende mails indeholdende drøftelser om bevillingen, medfører en risiko for, at medlemmet kan påvirke de øvrige bestyrelsesmedlemmer og derved behandlingen af sagen, når bestyrelsesmedlemmet er bekendt med instituttets anbefalinger. Det følger således af forarbejderne til den tidligere gældende § 58 i aktieselskabsloven, at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalsekskabet, men overhovedet at deltage

i behandlingen, dvs. bestyrelsesmedlemmets rum for deltagelse i behandlingen af sin egen kreditsag eller kreditsager, hvori bestyrelsesmedlemmet har en betydelig ejerandel i det selskab, der skal indgås en aftale med, skal fortolkes snævert. På den baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at der ikke er tale om en orienteringssag.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer og personer i instituttet ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

Pkt. 2.2.4 Behandling af låneindstilling for O

”Finanstilsynet tilkendegiver, at K1 er inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af O som følge af, at O er kunde hos C og ligeledes indgår i et kundeforhold med B, hvorved K1 skulle have haft en særskilt økonomisk interesse i sagen.

Købet af fordringerne fra O-gruppen er, som Finanstilsynet korrekt anfører, kommet i stand som følge af, at M og K1 har opnået forbindelse til O via C-gruppen.

Det er korrekt, at der ikke blev taget stilling til, hvorvidt M kunne fremlægge sagen. Dette anså alle for at være helt naturligt og fornuftigt, da han havde kontakten med og viden om O og derfor indgående kunne gøre rede for sagen. M er i sin egenskab af konsulent ikke omfattet af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til K1s mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C' kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B.

Det er afgørende at fastslå, at C ikke ville nyde økonomisk gavn af, at O solgte sine fordringer til B frem for til nogen af O's eksisterende samarbejdspartnere, Ø og et jysk elselskab med likviditetsoverskud, idet C alene opnår indtjening i form af et betalingsgebyr, når betalingerne af fordringerne gennemføres, uanset hvem der ejer fordringerne på betalingstidspunktet.

Under alle omstændigheder var C' økonomisk interesse i O's salg af fordringer ganske lille. Dette kan i det konkrete tilfælde illustreres med følgende udregningseksempel:

Hvis en erhverver køber fordringer fra O for kr. 10 mio., vil O have mulighed for at udlåne yderligere kr. 10 mio. til nye kunder. Ud af et udlån på kr. 10 mio. vil statistisk set ca. 70 pct. af debitorerne betale penge tilbage via kreditkort (C). De resterende tilbagebetalinger vil normalt ske som almindelige bankoverførsler. Debitorernes tilbagebetaling af kr. 7 mio. (dette skal kontraktmæssigt ske

over 2 år) vil indbringe C gebyrer på maksimalt kr. 70.000, idet O betaler 1 pct. af overførselssummen i gebyr til C.

Set fra Bs synspunkt vil køb af ovennævnte fordringer for kr. 10 mio. indbringe kr. 1,1 mio. i rentemarginal over 2 år, og selv henset til, at K1s procentuelle andel af B kun er halvt så stor som hans andel af C, så har K1 ud fra en økonomisk kalkule en væsentligt større interesse i Bs økonomiske interesse i denne sag.

Det kan således konkluderes, at K1 ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af O, der var stridende mod Bs interesser, hvilket som nævnt er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det gøres yderligere gældende, at D og G ikke har haft nogen "særskilt interesse" i kreditbevillingen, idet denne creditsag er kommet til B via M. Den er derfor ikke omfattet af provisionsaftalen mellem B og V.

Det følger således, at Os kreditbevilling ikke resulterer i, at der skal betales henvisningsprovision til V, da O netop ikke er blevet henvist fra V. Hverken D eller G var derfor inhabile i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditbevilling til O, da de ligeledes ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af O, der var stridende mod Bs interesser."

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.4 valgt at præcisere sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2.

For så vidt angår vurderingen af, om K1 var inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af O-indstillingen, er det Finanstilsynets vurdering, at K1 havde en væsentlig interesse i udfaldet af bestyrelsens beslutning, som kunne være stridende mod instituttets interesser, hvorfor han i medfør af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, ikke måtte deltage under sagens behandling.

Selskabsloven § 131 angiver ikke, hvornår der foreligger en væsentlig interesse, og enhver interesse medfører ikke nødvendigvis inhabilitet. Der skal således foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage virksomhedens interesser. Bestemmelsen er udtryk for grundlæggende god selskabsledelse og har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som kan være i modstrid med virksomhedens.

Finanstilsynet har ved vurderingen af K1s habilitet i forbindelse med bestyrelsens beslutning om købet af O A/S' fordringer lagt til grund, at punktet blev sat på bestyrelsens dagsorden 14 dage efter K1s indtræden i bestyrelsen på foranledning af K1 og General Counsel i C, M. M præsenterede indstillingen for bestyrelsen, herunder O A/S' koncept for fakturahåndtering, som bestod i rentefri kredit til kunder, der handlede på

internettet for beløb op til 4000 kr. M oplyste i den forbindelse, at O A/S var en stor kunde hos C, jf. protokollat fra bestyrelsesmøde af 26. november 2015 (bilag ...).

Det er i høringssvaret anført, at C' økonomiske interesse i O A/S' salg af fordringer var ganske lille, hvilket er illustreret ved et regneeksempel. Dette står i kontrast til Ms oplysning på bestyrelsesmødet om, at O A/S var en stor kunde hos C. Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at regneeksemplet ikke er dokumenteret.

Høringssvaret indeholder herudover en beregning af instituttets fortjeneste, idet det i den forbindelse er anført, at instituttets fortjeneste ville være højere end C' og derved K1s potentielle fortjeneste. Finanstilsynet bemærker, at beregningen af instituttets potentielle fortjeneste ikke forelå på tidspunktet for bestyrelsens beslutning om godkendelse af indstillingen, jf. sagsfremstillingen i afsnit 2 om bestyrelsens utilstrækkelige bevillingsgrundlag for O-eksponeringen. I relation til vurderingen af habilitet er det imidlertid uden betydning, at det muligt inhabile medlem selv vurderer, at den potentielle fortjeneste for virksomheden er større end sin egen potentielle fortjeneste eller den potentielle fortjeneste for den virksomhed, man er direktør for.

Inhabilitet er således ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse, og at denne interesse er af økonomisk værdi. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen strider mod virksomhedens interesse, jf. bestemmelsens formulering "kan være stridende". Det er endvidere uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledeshverv.

På baggrund af det samlede forløb i forbindelse med bestyrelsens behandling af O-indstillingen var det Finanstilsynets vurdering, at der var begrundet tvivl om, hvorvidt K1 var i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage instituttets interesser, og at han var inhabil under behandlingen af indstillingen i sin helhed. Det kan efter Finanstilsynets vurdering ikke tillægges betydning i relation til habilitetsvurderingen, hvorvidt O A/S kunne have lagt sine forretninger hos en anden bankforbindelse, da habilitetsvurderingen skal ske på baggrund af K1 forhold.

Det fremgår endvidere af høringssvaret, at K1 ikke var inhabil, idet kreditbevillingen blev forelagt bestyrelsen af M. Da habilitetsvurderingen som anført oven for skal ske på baggrund af K1s forhold, er dette forhold uden betydning. Finanstilsynet bemærker, at netop denne sammenblanding af personlig tilknytning til selskaber og de kunder, der ydes lån til, er problematisk i forhold til habilitet.

Finanstilsynet fastholder endvidere, at de øvrige bestyrelsesmedlemmers vurdering af K1s habilitet blev foretaget på et utilstrækkeligt grundlag. Efter Finanstilsynets opfattelse udgjorde det ikke en tilstrækkelig vurdering af K1s habilitet, at bestyrelsen forholdt sig til, at det var i både instituttets og O A/S' interesse at opnå størst mulig merudlån.

Det fremgår af høringsvaret at: ”Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til K1s mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C’ kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B.” En sådan grundlæggende præmis om, at instituttet og de virksomheder, som bestyrelsens medlemmer har bragt ind som kunder i instituttet, altid har sammenfaldende interesser i form af merudlån, strider efter Finanstilsynets vurdering mod bestyrelsens generelle forpligtelse til at påse, om der foreligger inhabilitet.

De øvrige bestyrelsesmedlemmer burde således konkret have overvejet K1s interesse i indstillingen, særligt henset til at indstillingen blev præsenteret af en ansat i den virksomhed, som K1 til daglig er direktør for og medejer af. Bestyrelsesmedlemmerne burde endvidere have overvejet, om denne form for merudlån var i instituttets interesse, herunder om det lå inden for instituttets forretningsmodel, og om instituttet i så fald havde de fornødne kompetencer. Uden en sådan grundig gennemgang af kundeforholdets betydning for instituttet, kan bestyrelsen ikke vurdere det enkelte bestyrelsesmedlems mulige habilitetsproblemer, idet eventuelle modstridende interesser ikke bliver blotlagt.

Pkt. 2.2.5 Kreditindstilling vedrørende Q Denmark

”Q Denmark blev formidlet til B af M. Kreditbevillingen til Q Denmark blev således ikke omfattet af den overordnede provisionsaftale mellem V og B, eftersom sagen netop ikke blev henvist fra V. Dermed medførte kreditbevillingen til Q Denmark ikke, at der blev betalt henvisningsprovision til V fra B.

På dette grundlag gøres det gældende, at hverken D eller G gennem deres tilknytning til V på nogen måde har haft en ”særskilt økonomisk interesse” i kreditbevillingen til Q Denmark. D og G var derfor ikke inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditbevillingen til Q Denmark.

Det bør nævnes, at Finanstilsynet i Udkastet på ingen måde har underbygget deres argumentation for vurderingen af D og Gs anførte inhabilitet i denne sag. Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til det anvendte retsgrundlag. Dette er ikke tilfældet her, hvor der synes at foreligge en retlig mangel, jf. forvaltningslovens § 24.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringsvaret valgt at behandle kreditbevillingen af P i et samlet afsnit, hvorfor der henvises til pkt. 2.5. Finanstilsynet har derudover valgt at udelade afsnittet vedrørende G og Ds habilitet i forbindelse med P-bevillingen.

Pkt. 2.3 Bestyrelsens samlede viden og erfaring

”Det er korrekt, at der har været den af Finanstilsynet anførte udskiftning i Bs ledelse.

Bs tidligere direktør, Å, ophørte i februar 2014 med sit virke i B, efter at han blev bortvist af den daværende bestyrelse. Det var denne direktør, der ud over at foretage en række uretmæssige udlån blandt andet også lod B gennemføre lånefinansierede køb af andelsbeviser i B samt tillod manglende forretningsgange og mangelfulde bestyrelsesprotokollater. Å skrev under på bortvisningen uden indsigelser og erkendte derved rigtigheden af de beskrevne forhold, samt at han havde været ansvarlig herfor. Efterfølgende udbetalte ledelsesforsikringen som følge af Ås culpøse handlinger kr. 1,8 mio. til B. Bestyrelsen vurderer, at dette var en helt korrekt håndtering af sagen af den daværende bestyrelse.

Da B herefter stod uden direktør, udnævntes først AA midlertidigt til ny direktør. AA var egentlig gået på pension, men indvilgede grundet sagens hastende karakter i at beklæde direktørposten indtil den rigtige person var fundet. Herefter blev AB udnævnt som direktør. Han viste sig dog på trods af en indgående ansættelsesproces ikke at passe ind i den strategi, som de nye investorer havde lagt for B.

Siden da har J og senere L været direktør i B. Da J fortsat er ansat i B og har overleveret sin viden til L, er der således ikke ved ansættelsen af L gået nogen viden tabt. Med ansættelsen af N som yderligere direktør pr. 1. december 2015, mener B, at direktionen blev styrket yderligere, herunder er den nødvendige viden blevet overleveret til N, og ved den samtidige fastholdelse af L har B sikret, at der ikke er gået viden tabt i denne proces. N har en bred erfaring fra store banker i ind- og udland og medbringer specifikke lederkompetencer og viden fra den finansielle sektor, herunder bevaring og udvikling af kunde-forhold, håndtering af kreditindstillinger samt betydelig forståelse for regulatoriske ændringer. [fodnote: Se N CV i bilag 4 f.]

Det er ikke muligt for B at bestemme, at bestyrelsesmedlemmer eller ansatte skal forblive i B. Men på baggrund af de enorme udfordringer, som B var ramt af i foråret 2014, er det Bs klare vurdering, at hverken den daværende direktion eller bestyrelse havde en sådan viden eller erfaring, der retfærdiggjorde at fastholde dem. I øvrigt vil en virksomhed i forandring behøve forskellige kompetencer på forskellige tidspunkter.

Hvad angår bestyrelsens sammensætning bemærkes i øvrigt: For så vidt angår AC, så udtrådte han i april 2015 dels som følge af, at han grundet sin alder ikke længere ønskede at have en så tidskrævende bestyrelsespost, dels på baggrund af, at han var indtrådt i bestyrelsen, idet D ikke kunne sidde i bestyrelsen, så længe hans hustru var direktør, hvilket ikke længere var tilfældet.

For Ks vedkommende, så fratrådte han i december 2015, hvilket skyldtes, at han reelt ikke længere havde hovedandelshavernes opbakning.

For netop at undgå at få for stor udskiftning i bestyrelsen har B valgt at anvende eksterne konsulenter med henblik på at tilføre kompetencer i kortere perioder uden dermed at få en stor udskiftning i bestyrelsen.

Henset til den nuværende bestyrelses samlede erfaring, viden og uddannelse (se hertil CV for hver enkelt bestyrelsesmedlem i bilag 4), er det Bs klare vurdering, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet. Det kan i den forbindelse nævnes, at B pr. 1. april 2016 har ansat endnu en advokat.

Vi skal minde om, at samtlige bestyrelses- Det skal nævnes, at B afventer godkendelse fra Finanstilsynet på Ds ansøgning herom, idet D dog tidligere har opnået 'fit & proper' godkendelse i anden sammenhæng. og direktionsmedlemmer hver især af Finanstilsynet er blevet vurderet til at besidde en viden og erfaring, som gør dem 'fit & proper' [fodnote: Det skal nævnes, at B afventer godkendelse fra Finanstilsynet på Ds ansøgning herom, idet D dog tidligere har opnået 'fit & proper' godkendelse i anden sammenhæng.], hvilket er udtryk for, at de hver især har fyldestgørende erfaring og således er i stand til at bestride hvervet som bestyrelsesmedlem i B. Denne viden og erfaring er kun blevet større i den mellemliggende periode.

En udskiftning af hele bestyrelsen i B på én gang, som det kræves i Udkastet, vanskeliggør i endnu højere grad end hidtil, at der sker den nødvendige fastholdelse af viden omkring Bs administration, forretning, procedurer samt risikostyring. En udskiftning af hele bestyrelsen på én gang vil derfor indebære en større risiko for (i) tab af viden om og indsigt i B og (ii) svigt i væsentlige forretningsgange og kontroller.

Vi har noteret os Finanstilsynets bemærkning om, at det forhold, at K1 og D i forbindelse med tiltrædelse som bestyrelsesmedlem afslog at deltage i et tilbudt introduktionsforløb til B, medvirker til bedømmelsen af, at B ikke har gjort tilstrækkelige tiltag til at efterleve Finanstilsynets påbud fra maj 2015 om at sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet.

Hertil skal jeg bemærke, at da K1 respektive D indtrådte i Bs bestyrelse den 12. november 2015, var begge erklæret 'fit & proper' af Finanstilsynet, og begge havde således erfaring fra anden finansiel institution⁴. Manglende deltagelse i kurser i perioden frem til igangsæt-

telse af Finanstilsynets undersøgelse den 7. december 2015 synes ikke at kunne ændre herved.

Det er endvidere vigtigt at understrege, at K1 oplyser, at han i forbindelse med sin tiltræden som bestyrelsesmedlem foretog en grundig due diligence-undersøgelse af Andelskasse, herunder satte sig indgående ind i Finanstilsynets korrespondance med B og dets reaktioner vedrørende brud på lovgivningen siden 2013. Det er på dette grundlag, at K1 ikke modtog introduktionskursus. K1 havde bestemt ingen indvendinger mod at deltage i kurset, men det vurderedes, at han allerede var i besiddelse af den viden, som kurset kunne tilføre.

D forestod i sin egenskab af direktør i I due diligence-undersøgelsen i forbindelse med I' erhvervelse af ejerandele i B i 2014. D besad således ved sin indtrædelse i bestyrelsen allerede en detaljeret viden om B og dens forretningsaktiviteter.”

Pkt. 2.3 relaterer sig til påbud vedrørende bestyrelsens samlede viden og erfaring meddelt ved afsluttende møde den 15. marts 2016. Høringssvaret har givet anledning til præcisering af sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2.

Finanstilsynet bemærker, at det forhold, at bestyrelsesmedlemmerne hver især er individuelt fit & proper-godkendt, ikke er tillagt betydning ved meddelelse af påbud eller i nærværende sag, der angår bestyrelsesmedlemmets adfærd efter indtræden i bestyrelsen jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

Det skal nævnes, at instituttets forretningsmodel, siden godkendelserne er givet, er blevet ændret fra en traditionel andelskasse til nu at være langt mere vækstivrig med bl.a. investeringskreditter og et udtalt ønske fra bestyrelsens side om at gå ind på nye og uprøvede forretningsområder.

Pkt. 2.4 Erhvervelse af visse aktiviteter i I

”Ved overtagelsen af R fulgte en medarbejder, der havde arbejdet med køb og salg af unoterede aktier i ca. 25 år. Aktiviteterne i R har ikke på noget tidspunkt beskæftiget et helt årsværk. Flere bestyrelsesmedlemmer og direktør N har kompetencer, viden og erfaring på området, hvilket Bs investeringsansvarlige også besidder. I forbindelse med overtagelsen fulgte der desuden forretningsgange på området. Således var de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer tilstede i forbindelse med købet.

Overtagelsen af aktiviteten havde været drøftet på bestyrelsesplan siden sommeren 2015, idet det dog alene er nævnt på bestyrelsesmøder af 17. september 2015 og 12. november 2015 (begge bestyrelsesprotokollater har Finanstilsynet tidligere modtaget).

Finanstilsynet havde i en langvarig periode på over flere år drøftet med I, hvorvidt R var en aktivitet, der krævede tilladelse som minimum værdipapirhandler – en tilladelse som I ikke havde. I november

2015 blev I enig med Finanstilsynet om snarest at overdrage aktiviteten til B. Finanstilsynet har således længe haft kendskab til og indsigt i den påtænkte overdragelse og aktivitet.

Bs daværende bestyrelsesformand K var den eneste deltager fra B på mødet med Finanstilsynet den 9. oktober 2015. Der fremgår følgende af bestyrelsesprotokollatet den 22. oktober 2015 om dette møde:

"Formanden redegjorde for, at Bs indtjening som tidligere nævnt var under pres og burde forbedres. Det havde derfor været overvejet at sammenlægge B med I for at øge forretningsomfang og kompetence. Dette havde resulteret i den udsendte præsentation til mødet i Finanstilsynet den 9. oktober 2015.

Formanden havde forelagt præsentationen for Finanstilsynet, som havde tilkendegivet, at en fusion ville blive betragtet som en ansøgning om en helt ny bank, hvilket ville kræve godkendelse på forhånd. Finanstilsynet havde ikke kunnet se nogen umiddelbare synergier, ligesom de havde påpeget, at risikobilledet ville blive forrykket. Tilsynet mente, at der ville være en forøget risiko ved f.eks. k/s udlån, valutaforretninger, underwriting og finansiel rådgivning. Tilsynet havde påpeget, at track record for den slags omdannelser af banker ikke var god. Desuden var tilsynet ikke sikker på, at alle aktiviteterne i I lovligt kunne drives i et pengeinstitut, og tilsynet ville kræve, at B fik udarbejdet juridiske responsa herom. Finanstilsynet havde ikke mange bemærkninger til en omdannelse til aktieselskab, men nævnte, at udbetaling af udbytte ville kræve tilsynets godkendelse, ligesom indfrielsestilbud til andelshaverne ville kræve prospekt."

Der ses således ikke at være tale om, at Finanstilsynet advarer mod, at B skulle overtage den yderst begrænsede aktivitet, som R udgør, som består i at sammenkæde et købsønske med et salgsønske af unoterede værdipapirer, uden at køber og sælger møder hinanden, hvilket i øvrigt synes at være en oplagt aktivitet for et pengeinstitut.

Såvel B som I anvendte eksterne rådgivere i form af advokater og revisorer, men heller ikke med en sådan hjælp lykkedes det desværre at gennemføre overdragelsen uden fejl. Overdragelsen af R fandt sted via overdragelse af selskabet R, der var et hertil nyoprettet datterselskab til I.

Finanstilsynet tilkendegav over for B i forlængelse af overdragelsen, at formidlingen af værdipapirer ikke fortsat måtte ske i R, idet datterselskabet ikke havde licens til at udøve den form for finansiel virksomhed, som aktiviteterne i R krævede.

Denne fejl blev derfor rettet straks efter, at Finanstilsynet havde påpeget forholdet, og aktiviteten blev kun drevet i datterselskabet i to måneder. Herefter overtog B disse aktiviteter. Der er redegjort nærmere om dette over for Finanstilsynet i brev af 5. februar 2016 vedrørende høring om R' aktiviteter, der udgjorde svar på Finanstilsynets

høringsbrev af 28. januar 2016 (j.nr. 6517-0116), i brev af 17. februar 2016 vedrørende samme forhold, der udgjorde svar på Finanstilsynets høringsbrev af 15. februar 2016 (j.nr. 6252-0317) samt i brev af 5. april 2016 vedrørende høring til udkast til politianmeldelse af R, der udgjorde svar til Finanstilsynets høringsbrev af 30. marts 2016 (j.nr. 6517-0116).

Selv om overdragelsen reelt skete på moderselskabsniveau, er det korrekt, at Rs aktiviteter formelt lå i R. Bestyrelsen er derfor enig i Finanstilsynets bedømmelse af dette forhold og skal beklage, at R' aktiviteter ikke allerede i forbindelse med den oprindelige overdragelse blev lagt i B. Bestyrelsen skal dog gentage, at det reelt set var B, der drev aktiviteterne i R.

Med henvisning til Finanstilsynets oplysning om, at bestyrelsen skulle have besluttet at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelsen af aktiviteterne i R skal følgende gentages fra afsnit 2.2 om inhabilitet:

Følgende fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 17. september 2015

Bs retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og I overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsen drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EU og bytteforholdet mellem B og I. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalg til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusion, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tankerne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til vedtægterne. I var som udgangspunkt ikke en reguleret virksomhed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte R.

Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem hele I og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. R er imidlertid en overordentlig beskeden del af I og beskæftiger ikke engang ét årsværk. I forbindelse med overtagelsen af R overtog B godt nok to medarbejdere, men selve aktiviteterne relateret til R har alene udgjort et halvt årsværk.

Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af købsprisen for R, blev købsprisen afhængig af Rs fremtidige perfor-

mance, og den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle værdien af R. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der alle var enige i, at R var en god forretningsmulighed, som var blevet forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. På baggrund af disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke var nødvendig.

Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragtning.

Vi minder om, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af R i den efterfølgende indgående revision af Bs årsrapport for 2015.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvaret valgt at behandle pkt. 2.2.2 og 2.4 under ét. Det har ligeledes givet anledning til præciseringer i sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag samt håndtering af habilitet forbundet ved erhvervelsen af R.

Finanstilsynet kan som beskrevet i pkt. 2.2.2 ikke oplyse om forhold, som Finanstilsynet har fået kendskab til gennem tilsynsvirksomhed, hvor K1 ikke er part, hvorfor der ikke kommenteres på afsnittet om Finanstilsynets drøftelser med I.

Bestyrelsens beslutningsgrundlag ved erhvervelse af R

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at beslutningen om overtagelsen af R ikke udelukkende blev truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet den 26. november 2015 fremlagte præsentationsmateriale, men at bestyrelsen ved K3 også har haft indgående korrespondance med sælger (I) samt dennes advokat og revisor.

Det skal hertil bemærkes, at Finanstilsynet i brev af 18. december 2015 anmodede instituttet om at indsende det komplette beslutningsgrundlag for erhvervelsen af aktiviteter fra I. Finanstilsynet har på den baggrund modtaget anpartsoverdragelsesaftale underskrevet af D, urevideret balance pr. 30. november 2015 fra R, protokollater fra bestyrelsesmøder i instituttet, hvor overdragelsen er drøftet, og præsentationsmaterialet vedr. overdragelsen (Projekt Exchange), som er fremlagt på bestyrelsesmødet den 26. november 2015.

Finanstilsynet har således ikke i forbindelse med denne anmodning eller senere modtaget den i høringsvaret omtalte korrespondance.

Det anføres endvidere under pkt. 2.2.2 i høringsvaret, at det ikke er korrekt, når det i Finanstilsynets udkast til afgørelse anføres, at instituttets daværende formand K på bestyrelsesmødet den 17. september 2015 ønskede revisionens værdiansættelse af R, da de pågældende bemærkninger herom refererer til det tilfælde, hvor det besluttes at gennemføre en fusion med I i sin helhed. Det anføres dernæst, at bestyrelsen, uden at det blev ført til protokols, drøftede behovet for revisionsvurderingen af prisen på R efterfølgende, men at bestyrelsen undlod at gå videre hermed, da den selv følte sig mere kompetent hertil.

Finanstilsynet skal i den forbindelse påpege, at Finanstilsynets bemærkning herom i afgørelsen referer til følgende bemærkning i referatet fra mødet den 17. september 2015:

”Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.”

Finanstilsynet lægger i afgørelsen ikke afgørende vægt på, om bemærkningen alene referer til R eller til I i sin helhed. Der lægges derimod afgørende vægt på, at bestyrelsen ikke har fået foretaget den pågældende værdiansættelse af revisionen eller fået foretaget nogen anden uafhængig vurdering heraf, inden bestyrelsen traf sin beslutning om overtagelsen af R. Instituttet har efter det oplyste alene fået udleveret den omtalte ureviderede balance af 30. november 2015 over R, som er udarbejdet af sælgers revisor. Henset hertil, samt at der netop er tale om en handel mellem nærtstående parter, finder Finanstilsynet derfor ikke, at den foretagne værdiansættelse af R, som indgår i det beslutningsgrundlag for overtagelsen, er foretaget på et betryggende grundlag.

Det skal endvidere hertil bemærkes, at instituttets eksterne revision i punkt 2.2 på side 907 i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2015 (se bilag ...) bl.a. anfører følgende vedrørende R:

”Vi har i forbindelse med vores revision modtaget en erklæring med høj grad af sikkerhed for værdiansættelsen af datterselskabets aktiver og forpligtelser. Erklæringen er udarbejdet af statsaut. Revisor Æ, der ligeledes er revisor for sælger, I.

I forbindelse med vores revision er vi efter vores opfattelse ikke blevet forelagt dokumentation, der i tilstrækkelig grad understøtter de i overdragelsesbalancen indeholdte beløb for knowhow, 2.885 t.kr., og software, 2.564 t.kr., og det er derfor vores opfattelse, at beløbet i sin helhed vedrører goodwill. Immaterielle aktiver er således præcenteret som goodwill i koncernregnskabet.”

Det er således heller ikke korrekt, når instituttet i pkt. 2.2.2 og 2.4 i høringssvaret anfører, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af R i den efterfølgende indgående revision af instituttets årsrapport for 2015.

Instituttet gør i pkt. 2.4 gældende, at Finanstilsynet efter instituttets opfattelse ikke havde advaret instituttet mod overtagelsen af aktiviteterne fra I. Endvidere gøres gældende, at de anvendte eksterne rådgivere heller ikke var opmærksomme på mulige problemer herved.

Finanstilsynet skal heroverfor påpege, at det er instituttets, herunder særligt ledelsens, eget ansvar, at den ved udøvelsen af sin virksomhed og påbegyndelse af nye aktiviteter i enhver henseende overholder gældende lovgivning. Dette gælder uanset omfanget og karakteren heraf, og uanset at instituttet lader sig bistå af eksterne rådgivere. Herudover skal Finanstilsynet endnu engang henvise til mødet med instituttets daværende bestyrelsesformand i Finanstilsynet den 9. oktober 2015, hvor formanden bl.a. præsenterede overvejelserne omkring en sammenlægning af instituttets og I' aktiviteter, hvorefter Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Instituttet gør i pkt. 2.4 endeligt gældende, at de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer var til stede i forbindelse med købet af R.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at nuværende direktør N ikke var ansat i instituttet, da man besluttede at erhverve R.

Derudover bemærkes det, at R grundet sin manglende værdipapirhandlertilladelse ikke var underlagt tilsyn, hvorfor Finanstilsynet ikke har haft beføjelse til at undersøge selskabets interne forhold nærmere. Finanstilsynet har dog i afgørelsen lagt til grund, at det af instituttet indsendte beslutningsgrundlag, som står nævnt ovenfor, udgør det komplette beslutningsgrundlag for overtagelsen af R. Da dette beslutningsgrundlag ikke indeholder nogen dokumenteret forudgående analyse af lovgrundlaget vedrørende Rs virksomhed, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt og på betryggende vis at kunne udøve den pågældende virksomhed, er det Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsens beslutning om at erhverve R blev truffet på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag.

Det anføres i høringssvaret, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at D, som er konstateret inhabil, udgør en tredjedel af de 90 pct. Derudover ændrer det anførte ikke ved Finanstilsynets vurdering af beslutningsgrundlagets utilstrækkelighed.

Bestyrelsens håndtering af habilitet ved instituttets erhvervelse af R

Der henvises til det retlige grundlag som beskrevet i pkt. 2.2.3.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret og dertilhørende bilag, at det er almindelig praksis og i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Det anføres endvidere i den forbindelse, at instituttet anser fremgangsmåden ved beslutningen om overtagelsen af R som fuldt ud i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet er enig i, at det er i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at uafhængige parter mødes for at drøfte forretninger, herunder fremlægger relevant materiale og drøfter vilkårene for en transaktion. Det kan imidlertid være problematisk, hvis en deltager har nær tilknytning til begge involverede parter, og der derfor kan opstå interessekonflikter og problemer omkring inhabilitet i forhold til behandlingen af et emne og de beslutninger, som skal træffes herom.

Det bestrides ikke i høringssvaret, at både D, J og G var inhabile i forhold til bestyrelsens behandling af og efterfølgende beslutning om overtagelsen af R fra I på mødet den 26. november 2015, hvorfor de hverken måtte deltage i beslutningen eller i øvrigt medvirke ved sagens behandling.

Finanstilsynet har ved sin afrapportering på det afsluttende møde den 15. marts 2016 også lagt til grund, at D og G i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, alene måtte afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål i forhold til denne redegørelse, hvorefter de sammen med J skulle forlade bestyrelsesmødet under selve behandlingen af overtagelsen af R og bestyrelsens eventuelle beslutning herom.

Det er dog Finanstilsynets vurdering, at den af D og I (sælger) udarbejdede og fremlagte præsentation af overdragelsen ud over rene gengivelser af faktum indeholdte så mange subjektive vurderinger og tilkendegivelser omkring fordelene ved instituttets overtagelse af R, samtidig med, at der ikke heri var gengivet analyser af mulige problemstillinger eller risici herved, at præsentationen reelt måtte betegnes som salgsmateriale der i høj grad var egnet til at påvirke den resterende bestyrelses drøftelser og beslutninger herom, snarere end en redegørelse, der er baseret på faktuelle oplysninger.

D står som bestyrelsesmedlem samtidig for fremlæggelsen af præsentationen i instituttets bestyrelse (køber), trods sin åbenlyse dobbeltrolle og dermed mulige modstridende interesser som repræsentant for både sælger og køber. Bestyrelsens drøftelser og beslutning om overtagelsen af R vil derfor i høj grad kunne påvirkes af præsentationen og Ds fremlæggelse heraf. Dermed ville bestyrelsen kunne blive påvirket af interesser, der var i modstrid med instituttets.

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015, at der under Ds fremlæggelse samtidig pågår egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt er påbegyndt, mens både D, J og G er til stede.

Den anvendte fremgangsmåde på bestyrelsesmødet i instituttet den 26. november 2015 indebærer derfor efter Finanstilsynets vurdering en overtrædelse af bestemmelsen om inhabilitet i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i instituttets vedtægter.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at D langt fra fik den pris for R, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det i overensstemmelse med almindelige habilitetsbetragtninger ikke kan tillægges nogen vægt ved vurderingen af inhabile personers deltagelse i behandlingen af og beslutningen om emner, hvorvidt de pågældendes tilkendegivne ønsker bliver fuldt ud tilgodeset eller ej.

Pkt. 2.5 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

”Bs bestyrelse er uforstående over for Finanstilsynets meget generelle betragtning om uforsvarlig kreditgivning og er meget uenig i, at der ikke har været gennemført en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til Q.

Finanstilsynets konkrete eksempel i Udkastet angående bevillingen til Q ved bestyrelsesmødet den 26. november 2015 skal i det følgende behandles nærmere.

Bestyrelsen havde i forbindelse med godkendelse af kreditindstillingen fået forelagt og gennemgået moderselskabet til Qs, AD Inc.’s årsrapport for 2014, kvartalsrapporter for 2. og 3. kvartal 2015, cash flow budget for november 2015 og frem, endnu ikke vedtagne budgetter for 2016 og børsprospekt fra marts 2015, hvor alle tilgængelige oplysninger om selskabet er oplyst. Af børsprospektet fremgår ligeledes de risikovurderinger, som moderselskabet havde foretaget. En egentlig regnskabsanalyse var ikke med i kreditindstillingen, eftersom det netop blev betragtet som en investeringskredit. Bestyrelsen vurderede imidlertid indgående ovennævnte materiale. Bestyrelsen granskede endvidere diverse aktieanalyser fra uafhængige analysehuse, bl.a. fra det norske analysehus Norne, som følger aktien tæt, og en større mængde regnskabstal blev ligeledes gennemgået på bestyrelsesmødet.

Bestyrelsen lagde bl.a. vægt på, at det var positivt, at Q havde en særdeles lav gæld i forhold til markedsværdien af selskabet, samt at

denne gæld primært var til en række større aktionærer. Bestyrelsen vurderede derfor, at konkursrisikoen var meget beskednen.

Selskabets drift blev ligeledes gennemgået og diskuteret på bestyrelsesmødet. Særligt indtjeningens robusthed blev diskuteret og analyseret. Q havde en strategi om at bruge alt potentielt overskud på yderligere markedsføring. Markedsføringsomkostningerne udgjorde derfor en betydelig del af driftsomkostningerne. Derfor var der som udgangspunkt ikke budgetteret med noget stort overskud for 2016, men i tilfælde af vanskeligheder kunne selskabet blot nedjustere udgifterne til markedsføring, da dette først ville få konsekvenser et godt stykke frem i tid, og dermed skabe en positiv drift.

Som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, blev eksponeringen betragtet som en investeringskredit; altså en kredit uden afvikling. Derfor var cash-flowet for Q ikke interessant at få analyseret nærmere, hvilket også fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Det fremgår desuden, at bestyrelsen fik oplyst, at regnskabet for 2014 ikke var retvisende, idet der var fundet en større oprydning sted i det år. M redegjorde nærmere herfor, idet han havde et indgående kendskab til sagen.

Bestyrelsen godkendte indstillingen med stop-loss allerede ved et 30 pct. tab; det vil sige ved kursfald på 30 pct. set i forhold til etableringstidspunktet, hvilket fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Med denne forsigtige tilgang fandt bestyrelsen det forsvarligt at godkende indstillingen. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at en stop-loss-mekanisme på 30 pct. efter almindelig praksis må siges at være endog meget konservativt.

Helt overordnet vurderes det, at en investeringskredit med en indbygget stop-loss-mekanisme er en helt sædvanlig lånetype, der betragtes som meget sikker, eftersom der netop er en automatisk stop-loss-mekanisme indbygget. Det er derfor også almindeligt anerkendt, at der netop ved en sådan lånetype i mindre grad er behov for at forholde sig til debtors betalingsevne, idet man i højere grad forholder sig til aktiverne.

I øvrigt skal det påpeges, at moderselskabet AD (senere Q INC), i hvis aktier B fik pant, er en meget likvid aktie, hvilket blandt andet var noget, som i hvert fald et bestyrelsesmedlem bekræftede under mødet. Dette er imidlertid ikke ført til protokol, da det forekom alle oplagt. Bestyrelsen hentede rapporter om aktiens omsættelighed på Oslo Børs' hjemmeside. Der var på daværende tidspunkt en daglig omsættingsvolumen på omkring 1 mio. aktier (et tal der er steget betydeligt siden da). B kunne således påregne at kunne realisere sine sikkerheder inden for få dage. Man anså derfor ikke aktien for at være illikvid.

Eftersom der er tale om en investeringskredit, hvor det primære fokus er på pant i et bestemt aktivt, har bestyrelsen ikke anvendt lang tid på at forholde sig til inddrivelse af aktiepant i Norge, da denne jurisdik-

tion anses for at være på linje med Danmark, når det kommer til processen og omkostningerne ved at inddrive et aktiepant. Emnet blev berørt på bestyrelsesmødet, men der blev ikke lagt så meget vægt på forholdet, at det endte med at blive ført til protokol.

At udtrykket "lidt ukendt land" er anvendt i indstillingen er netop udtryk for ansvarlighed, hvor der åbent gives udtryk for, at dette lån ikke er et helt sædvanligt område for B. Bestyrelsen har i det nævnte eksempel bevilget en investeringskredit med en meget høj rente, som alene kunne opnås som følge af, at låntager havde behov for at kunne handle hurtigt til en børsnoteret virksomhed, som blev anset for at være solid og med en god sikkerhedspakke.

Bestyrelsen anser i øvrigt fortsat dette for at være en særdeles gunstig forretning; ikke mindst set i lyset af, at kursen på de pantsatte aktier er fordoblet, siden lånet blev ydet; bl.a. som følge af, at én af Sveriges største kapitalforvaltere, AE, har investeret meget betydeligt i Q.

Det gøres på baggrund af ovenstående gældende, at bestyrelsen netop har forholdt sig til de væsentlige risici, der var forbundet med kreditgivning til Q, hvorfor der ikke foreligger en mangelfuld kreditvurdering, men derimod en meget grundig vurdering af de likvide børsnoterede aktier, som B fik sikkerhed i i forbindelse med bevillingen af investeringskrediten.

Vedrørende de forskellige bestyrelsesmedlemmers habilitet i forbindelse med bevillingen til Q henvises til afsnit 2.2 ovenfor om inhabilitet. Det er således bestyrelsens overbevisning, at ingen bestyrelsesmedlemmer er inhabile i denne sag, hvilket underbygges af Inhabilitetsnotatet."

Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag. Høringssvaret har givet anledning til uddybning af baggrunden for påbuddet.

Finanstilsynets vurderede, at instituttets generelle kreditgivning kontinuerligt var uforsvarlig, navnlig på baggrund af, at instituttets kreditindstillinger i vidt omfang er utilstrækkelige og ustrukturerede, idet de ikke indeholder tilstrækkelige beskrivelser og analyser af centrale økonomiske forhold, og ofte ikke en tilstrækkelig vurdering af risiciene ved eksponeringerne.

Eksponering med P (eksempel på uforsvarlig kreditgivning/utilstrækkeligt beslutningsgrundlag).

Det fremgår af høringssvaret, at "B mener der er foretaget en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til Q."

Finanstilsynet har ved brev af 18. december 2015 bedt instituttet fremsende det komplette beslutningsgrundlag, som blev forelagt bestyrelsen i forbindelse med bevillingen af P.

Finanstilsynet har den 8. januar 2016 modtaget materiale fra instituttet, hvoraf det fremgår, at der er tale om det komplette beslutningsgrundlag, som har været forelagt bestyrelsen. Det må derfor kunne lægges til grund, at Finanstilsynet har modtaget det fulde beslutningsgrundlag, og der kan derfor ikke lægges vægt på, at høringssvaret nævner en række forhold, som bestyrelsen angiveligt skulle have drøftet i forbindelse med bevillingen, bl.a. selskabets drift, indtjeningens robusthed og likviditeten i aktierne, og som ikke fremgår af bestyrelsesprotokollat eller låneindstillingen.

Det følger af bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen, at væsentlige forudsætninger og vurderinger i forbindelse med kreditgivning, skal fremgå af beslutningsgrundlaget, hvilket ikke er tilfældet.

Finanstilsynet vurderer, at kreditindstillingen er uforsvarlig af følgende grunde:

- Instituttets analyser og vurdering af risiciene er utilstrækkelige, og opfylder ikke kravene i bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Instituttet bevilger en investeringskredit på 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag til ”udviklingsformål i koncernen, særligt opkøb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor”, hvilket ikke forekommer særlig præcist. Finanstilsynet må dog af instituttets høringssvar forstå, at der faktisk er tale om en investeringskredit. Lånet ydes uden krav om risikospredning på de aktiver, der investeres i. P kan således investere hele lånet i samme aktiv. Det medfører en betydelig risikokoncentration og er langt fra markedsstandard på området, hvor der normalt opereres med klare spredningskrav til investeringerne. Derved fraviger instituttet desuden også sin egen forretningsgang for bevilling af eksponeringer, jf. ”brug af stop-loss klausuler ved sikkerhedsstillelse i værdipapirer” (pkt. f). Denne fravigelse er ikke anført i kreditindstillingen.
- Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet, at instituttet ikke mener selskabets cash-flow er relevant, da der er tale om en investeringskredit. Det er imidlertid væsentligt at forholde sig hertil af hensyn til en vurdering af debtors fremtidige udvikling og dermed forventede tilbagebetalingsevne.
- Instituttet tager pant i moderselskabets aktier, hvilket er meget usædvanligt pant for en investeringskredit. Et pant er instituttets værn mod, at selskabet ikke kan betale lånet tilbage den dag, det måtte forfalde. Hvis selskabet ikke kan betale sit lån, vil dette formodentligt have en væsentlig negativ betydning for værdien af

moderselskabets aktier, hvorved anvendeligheden af moderselskabets aktier som pant kan være stærkt forringet. Instituttet forholder sig ikke til denne problemstilling.

- En bevilling af en investeringskredit på ca. 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag med pant i kun en aktie og uden spredningskrav er meget usædvanligt og svarer ikke til den kreditkvalitet, som Finanstilsynet ser i sammenlignelige pengeinstitutter.

Instituttets bestyrelse fik forelagt sagen af M, som deltager i ledelsen af P og dermed må formodes ikke at være objektiv i forhold til selskabet. Det ses ikke, at instituttet reelt har udarbejdet sit eget selvstændige beslutningsgrundlag, hvilket er helt fundamentalt for kreditgivning.

Den fremlagte låneindstilling er således ikke udarbejdet i instituttets BEC-kreditsystem, og fremstår meget mangelfuld.

Det fremgår heller ikke, hvem der har udarbejdet låneindstillingen, hvilket ellers er normal kutyme i instituttet. Dette er ikke i overensstemmelse med god kreditpraksis, og det som Finanstilsynet ser i andre pengeinstitutter.

At bevillingen – som det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet – kunne medføre et behov for at justere instituttets forretningsmodel og politik, burde i sig selv også have fået bestyrelsen til at foretage en tilbundsgående analyse af forholdene.

Kreditgivning i øvrigt

Finanstilsynet har herudover flere gange påpeget overfor instituttet, at værdiansættelsen af instituttets sikkerheder ikke er korrekt. Instituttet modtog således påbud om dette ved de seneste to undersøgelser.

Dette vanskeliggør et overblik over, hvad instituttet reelt tillægger i sikkerhedsværdi på de stillede sikkerheder og øger risikoen for, at instituttet ikke får opgjort en forsigtig og realistisk sikkerhedsværdi i sin vurdering af risikoen ved sine eksponeringer, hvilket medfører væsentlig risiko for, at instituttet kan få tab på eksponeringerne, som følge af forkert opgjorte eller for optimistiske vurderinger af sikkerhederne.

Finanstilsynet har desuden ved de to seneste undersøgelser konstateret mangler ved instituttets skriftlige retningslinjer på kreditområdet.

Instituttet har således, trods påbud herom, ikke en forretningsgang for opgørelse af store eksponeringer, ligesom instituttet fortsat har problemer med at foretage korrekt samkonsolidering i henhold til artikel 395 i CRR.

Instituttets store udskiftning og udvidelse af medarbejderstaben skærper i sig selv kravene til instituttets skriftlige retningslinjer, som skal sikre, at instituttet til enhver tid yder betryggende kreditgivning.

Instituttet har endvidere påtaget sig flere eksponeringer med grupper af indbyrdes forbundne kunder. Det er derfor meget væsentligt, at instituttet har tilstrækkelige skriftlige retningslinjer og forretningsgange på kreditområdet, så rammerne for en betryggende kreditgivning er til stede.

Det er Finanstilsynet vurdering, at instituttets administrative organisation på kreditområdet ikke er betryggende, hvilket understreges af, at det har været nødvendigt at indskærpe dette gentagne gange overfor instituttet i form af påbud.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet vedrørende instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Pkt. 3.1 K1

"Finanstilsynet bemærker angående Ms konsulentrolle, at "M flere gange har præsenteret nye aktiviteter i form af S og O, som C – og dermed K1 – har en særskilt interesse i."

For så vidt angår S skal det oplyses, at C-gruppen – og dermed K1 – ikke, hverken direkte eller indirekte, har nogen ejerinteresse i S. S er heller ikke – og vil højst sandsynligt aldrig blive – kunde i C. På det grundlag gøres det gældende, at K1 ikke har en særskilt interesse i at lade M deltage på bestyrelsesmøderne.[fodnote: For så vidt angår K1 interesse i O henvises til afsnit 2.2.4 vedr. behandling af låneindstilling for O.]

Finanstilsynet opfordres til at redegøre for, hvorfor de mener, at K1 har en særskilt interesse i S."

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvaret udeladt afsnittet vedrørende K1s særskilte interesse i S.

Pkt. 6 Processuelle bemærkninger

"Afvent afgørelse af sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger

Eftersom bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent på bestyrelsesmøder ses at være en væsentlig del af Finanstilsynets begrundelse for at udstede påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv, skal jeg anmode Finanstilsynet om at berostille nærværende sag, indtil der foreligger afgørelse i sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. FIL § 117.

Bemærkninger til Finanstilsynets fremgangsmåde

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet har udsendt et høringsbrev med et så omfattende materiale og så mange involverede personer med blot tolv arbejdsdages svarfrist – i forbindelse med påskedagene, herunder at Finanstilsynet i forlængelse heraf har afvist at give nogen form for fristforlængelse.

Som følge af den meget korte svarfrist, har B haft begrænset tid til besvarelse, og det forbeholdes at fremkomme med yderligere indlæg og oplysninger.

Som nævnt foretog Finanstilsynet i perioden 7. december til 11. december 2015 en ny undersøgelse af B. Der blev afholdt fysisk møde herom den 15. marts 2016, hvor der blev udleveret 43 plancher, som Bs ledelse ikke havde haft mulighed for at forberede sig på, da der blev først var arrangeret et telefonmøde herom dagen før det fysiske møde. Det forhold finder jeg også kritisabelt. Hvis B havde kunnet forberede sig, havde flere misforståelser omkring fakta og jura kunnet imødegås.

Endvidere finder jeg det kritisabelt, at denne høring finder sted, inden B er blevet præsenteret for Finanstilsynets endelige rapport om ovennævnte inspektion, herunder har haft mulighed for at forholde sig til og imødegå de påbud eller påtaler, der måtte fremgå af denne.

Jeg har som nævnt anmodet Finanstilsynet om aktindsigt i Finanstilsynets dokumenter og notater, der gengiver Ks tilkendegivelser i forbindelse med nærværende sag, herunder det fulde notat, som Finanstilsynet må formodes at have udarbejdet som dokumentation af samtalen med K. I den forbindelse har jeg bedt om udsættelse af sagen under henvisning til, at jeg har brug for at gennemgå de dokumenter, der gengiver Ks tilkendegivelser. Jeg finder det kritisabelt, at jeg ikke har fået mulighed for at gennemgå dette materiale, idet mødet mellem Finanstilsynet og K fremstår som at have haft særlig indflydelse på Finanstilsynets vurdering af sagen.

Retlig mangel

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet i Udkastet ikke henviser til retsgrundlaget, herunder lovgrundet, i forbindelse med vurderingerne af habilitet.

Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til det anvendte retsgrundlag, jf. forvaltningslovens § 24. Dette er ikke tilfældet ved vurderingerne af habilitet, hvor Finanstilsynet synes at have været i en sådan vildfarelse om anvendelsen af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at der foreligger en retlig mangel.

Opfordring til møde

Under hensyn til sagens omfang og karakter skal bestyrelsesmedlemmerne anmode om, at de ved et møde med Finanstilsynet kan forelægge og nærmere gennemgå de omtalte kritikpunkter, førend Finanstilsynet forelægger deres endelige udkast til afgørelse om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B for Finanstilsynets bestyrelse. Der er således en række forhold, hvor en tilstrækkelig nuanceret redegørelse herfor forudsætter, at der sker en mundtlig drøftelse, hvormed sagen kan skæres yderligere til.

Alternativ sanktionsmulighed

Såfremt nærværende høringssvar ikke ændrer Finanstilsynets generelle indstilling til sagen, skal jeg dog anmode om, at Finanstilsynet overvejer muligheden for at lade nogle af bestyrelsesmedlemmerne forblive i bestyrelsen, således at erfaring og viden om Bs administration, forretning, procedurer samt risikostyring fastholdes i bestyrelsen.

Bestyrelsesmedlemmernes reaktion på afgørelse

Det skal bemærkes, at såfremt bestyrelsesmedlemmerne bliver mødt af påbud om nedlæggelse af deres bestyrelseshverv i B, agter samtlige bestyrelsesmedlemmer i yderste konsekvens at indbringe sagen for domstolene. Endvidere tager bestyrelsesmedlemmerne generelt forbehold for at gøre et erstatningskrav gældende mod Finanstilsynet.

Opsættende virkning

Såfremt Finanstilsynet vælger at fastholde sine udkast til afgørelser, skal B anmode om, at Finanstilsynet indstiller til, at afgørelserne kan gives opsættende virkning ved indbringelse for Erhvervsankenævnet eller domstolene.”

På baggrund af den af bestyrelsen, herunder K1, udviste adfærd er det Finanstilsynets vurdering, at sagen er af hastende karakter. Det er Finanstilsynets vurdering, at såfremt der ikke straks gribes ind, vil det omfattende ledelsessvigt og den udviste adfærd medføre en betydelig risiko for, at instituttet træffer nye beslutninger, hvor der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden ikke vil kunne fortsætte sin drift. Finanstilsynet har her lagt vægt på eskaleringen af ledelsessvigt, der er sket efter K1s indtræden i bestyrelsen.

Finanstilsynet og instituttet (repræsenteret ved D, E, K4, J og advokaterne AF og A fra AG (advokatvirksomhed) afholdt på opfordring af instituttet, møde den 15. april (se bilag ...). Det på mødet fremkomne har ikke givet anledning til ændringer i afgørelsen.

5. Vurdering og konklusion

En bestyrelse udgør det øverste ledelsesorgan i en finansiel virksomhed og har det endelige ansvar for virksomhedens ledelse og styring. Det er således bestyrelsens opgave dels at varetage den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden og dels at sikre, at virksomheden drives forsvarligt og i overensstemmelse med gældende lovgivning. Drift af finansielle virksomheder er som følge af deres samfundsmæssige betydning underlagt et omfattende regelsæt, og en bestyrelse har som konsekvens heraf en lang række forpligtelser og opgaver. Der stilles derfor høje krav til kompetenceniveauet i bestyrelsen, og ethvert bestyrelsesmedlem bør være sig bevidst om det ansvar, der følger med bestyrelseshvervet. Det er afgørende for bestyrelsens udførelse af sine opgaver, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer udviser integritet og uafhængighed i bestyrelsesarbejdet.

Instituttet er under skærpet tilsyn, og der er konstateret alvorlige styringsmæssige mangler i instituttets ledelse og drift. Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen har medvirket til uforsvarlig kreditgivning på et utilstrækkeligt bevillingsgrundlag. En forsvarlig kreditgivning er af afgørende betydning for drift af pengeinstitutter. Bestyrelsen har samtidig udvist manglende forståelse for den finansielle lovgivning, som i mange tilfælde er overtrådt, og bestyrelsen ses ikke at have foretaget den fornødne prioritering og forankring af efterlevelse af tidligere givne påbud.

Finanstilsynet har i vurderingen af denne sag lagt vægt på en række beslutninger truffet af den samlede bestyrelse i forbindelse med udøvelsen af deres hverv som bestyrelsesmedlemmer.

Som det fremgår ovenfor, gav Finanstilsynet i maj 2015 instituttet en række påbud på baggrund af instituttets brug af eksterne konsulenter, videregivelse af fortrolige oplysninger, utilstrækkelige oplysninger i forbindelse med kreditgivning, manglende kompetencer i bestyrelsen, inhabilitet og ufyldstgørende beslutningsgrundlag ved ændringen af forretningsmodellen med købet af R.

Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at K1 på noget tidspunkt har italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015 eller i øvrigt har taget tiltag til efterlevelse af disse, hvilket Finanstilsynet opfatter som et udtryk for manglende rettidig omhu til at efterleve påbuddene.

Finanstilsynet lægger vægt på, at instituttet i maj 2015 modtog et påbud om at indsnævre muligheden i forretningsordenen for brugen af eksterne rådgiver ved bestyrelsesmøderne og sikre, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger. Desuagtet er brugen af ekstern rådgiver/konsulent fortsat efter meddelelsen af påbuddet. Bestyrelsens brug af ekstern rådgiver/konsulent er endvidere i praksis øget fra et sporadisk brug af forskellige rådgiver/konsulenter til at have en nærmest permanent karakter, idet M deltager fast på bestyrelsesmøderne uden egentligt opdrag og tilmed forelægger kreditindstillinger for bestyrelsen. Instituttet har således ikke i praksis foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne eller til at sikre, at der ikke uberettiget videregives fortrolige oplysninger til disse.

Finanstilsynet har konstateret, at K1 indtog en aktiv rolle i beslutningen om Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne. K1 medvirkede således til at træffe beslutningen trods sin viden om påbuddet og sin forpligtelse til som bestyrelsesmedlem at medvirke til efterlevelsen af påbuddet. Det er Finanstilsynets vurdering, at K1 skulle have sikret, at bestyrelsens brug af eksterne konsulenter i forhold til dagsordenspunkterne på bestyrelsesmøderne var i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, og at der generelt blev etableret betryggende foranstaltninger med henblik på at undgå uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med bestyrelsesmøderne. Forbuddet mod at videregive fortrolige oplys-

ninger er et grundlæggende element i bestyrelsesarbejdet i finansielle virksomheder. Manglende overholdelse heraf kan bl.a. have en afsmitende effekt på samfundets tillid til den finansielle sektor.

Finanstilsynet vurderer, at K1s adfærd i denne forbindelse har været medvirkende til, at Finanstilsynet i marts 2016 meddelte endnu et påbud om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

Finanstilsynet vurderer endvidere, at Ms tilstedeværelse ikke udelukkende er i instituttets interesse. Finanstilsynet finder det således betænkeligt, at M fremlægger kreditindstillinger ved bestyrelsesmøderne. Finanstilsynet vurderer, at M fungerer som salgsrepræsentant for bl.a. C og P frem for som instituttets rådgiver. Dette er bl.a. eksemplificeret ved behandlingen af kreditindstillingerne vedrørende P og O A/S, hvor der er berettiget tvivl om, hvorvidt M varetog andre interesser end instituttets. Der er i denne forbindelse et udpræget interessesammenfald mellem K1s og M, hvorfor K1 burde have erkendt, at Ms deltagelse ikke udelukkende var i instituttets interesse.

Derudover burde K1 have udvist væsentlig større agtpågivenhed i forhold til at sikre et forsvarligt bevillingsgrundlag i alle kreditindstillinger, herunder have sikret at beslutningsgrundlaget ved bevillinger var betryggende og i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, bl.a. i forbindelse med kreditbevillingen vedrørende P, hvor K1 ikke forholdt sig til de usikkerheder, der kunne være forbundet med kreditgivningen.

Finanstilsynet har konstateret en eskalering af bestyrelsens overtrædelse af grundlæggende habilitetsregler fra tidspunktet for K1s indtræden i bestyrelsen. Det er derudover Finanstilsynets vurdering, at K1 har handlet i strid med forsvarlig selskabsledelse ved at se bort fra de åbenbare habilitetsproblemer, der bl.a. blev konstateret i forbindelse med Ds medvirken i salget af R til instituttet, behandling af kreditindstillinger og ved bestyrelsens behandling af indstillingen vedrørende O A/S, hvor K1 var inhabil.

Finanstilsynet anser det som en skærpende omstændighed, at der er tale om fortsatte forhold, og det ikke af bestyrelsesprotokollaterne kan ses, at efterlevelsen af påbuddene har været ledelsesmæssigt forankret i bestyrelsen eller prioriteret i bestyrelsesarbejdet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at de mange påbud er udtryk for bestyrelsens, herunder K1s, manglende fokus på overholdelse af grundlæggende regler, der har til formål at sikre en betryggende drift af instituttet, herunder kravene til god selskabsledelse, som skal understøtte den betryggende drift. Påbuddene vidner endvidere om en grundlæggende mangel på forståelse fra bestyrelsens side om, hvad det indebærer at drive finansiell virksomhed. Det er en skærpende omstændighed, at sådanne grundlæggende overtrædelser sker gentagende gange.

Det er Finanstilsynets vurdering, at K1 har udvist passivitet i forbindelse med sit hverv som medlem af bestyrelsen. Det ses ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at K1 på noget tidspunkt har italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015, hvilket Finanstilsynet opfatter som et udtryk for manglende rettidig omhu til at efterleve påbuddene.

Finanstilsynet finder efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, at K1s varetagelse af bestyrelseshvervet er utilstrækkelig, og at hans adfærd giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet på forsvarlig vis.

Ved vurderingen af om K1 har udvist en uansvarlig adfærd, der medfører, at han skal nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem, har Finanstilsynet lagt vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor og det forhold, at ledelsessvigt i en enkelt finansiell virksomhed kan have afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og samfundets tillid til sektoren. På baggrund af Finanstilsynets kendskab til instituttet vurderer Finanstilsynet, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift, med mindre der sker meget væsentlige ændringer i instituttets ledelse og drift.

Finanstilsynet bemærker, at K1 ikke har været medlem af bestyrelsen i hele perioden fra meddelelse af påbuddene i 2015 og undersøgelsen i 2016. Det er Finanstilsynets vurdering, at man som nyindvalgt bestyrelsesmedlem indtræder på lige vilkår med de allerede siddende bestyrelsesmedlemmer. Det er således det nyindvalgte bestyrelsesmedlems pligt at sætte sig ind i instituttets forretningsmodel og historik, herunder eventuelle påbud fra Finanstilsynet. Det tillægges således ikke betydning, at K1 indtrådte i bestyrelsen efter, at påbuddene i maj 2015 blev meddelt instituttet. Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på det samlede forløb, herunder særligt K1s håndtering af habilitet samt udvist passivitet, som har muliggjort bestyrelsens uforsvarlige selskabsledelse, og hans afvisning af at deltage i det tilbudte introduktionsforløb.

Finanstilsynet finder efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, at K1s adfærd som medlem af bestyrelsen i instituttet giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem på forsvarlig vis, hvorfor Finanstilsynet påbyder K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet, jf. § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed. Påbuddet skal opfyldes senest den 15. juli 2016.

Varigheden af påbuddet er bestemt til 5 år fra dags dato, jf. § 351, stk. 5, i lov om finansiell virksomhed.

Afgørelsen har været forelagt for Finanstilsynets bestyrelse.
...”

I fire enslydende klageskrivelser af 12. juli 2016 har advokat A anført:

”KLAGE OVER FINANSTILSYNETS AFGØRELSE AF 15. juni 2016 VEDRØRENDE PÅBUD OM NEDLÆGGELSE AF BESTYRELSESHVERV

På vegne af [klager] skal jeg hermed påklage Finanstilsynets afgørelse af 15. juni 2016 vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelshverv i B efter § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 4, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 6521-0079) (herefter "Afgørelsen"). Kopi af Afgørelsen med bilag fremsendes sammen med dette indlæg.

1. Finanstilsynets afgørelse

I Afgørelsen finder Finanstilsynet, at [klager]s adfærd som medlem af bestyrelsen i B giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem på forsvarlig vis. I Afgørelsen påbyder Finanstilsynet på den baggrund i medfør af § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed [klager] at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i B.

2. Mundtlig forhandling

Grundet sagens komplekse karakter og helt særlige forhold skal [klager] anmode Erhvervsankenævnet om, at sagen forhandles mundtligt ved afholdelse af møde i Erhvervsankenævnet.

3. [klagers] rolle i B og de afgørende forhold, der ligger til grund for Afgørelsen

Som begrundelse for at påklage Afgørelsen henvises i det hele til mit høringssvar af 8. april 2016 vedrørende udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelshverv i B (Finanstilsynets j.nr. 6521-0077 m.fl.), som er vedlagt som bilag ... til Afgørelsen. I forlængelse heraf skal nedenstående bemærkninger til Afgørelsen fremhæves og yderligere bemærkes.

3.1 Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Fakta og argumentationen i Afgørelsen vedrørende bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder hviler på de samme forhold, som har været genstand for særskilt behandling i Finanstilsynets sag vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385).

Finanstilsynet har efterfølgende frafaldet ovennævnte sag, hvilket fremgår af Finanstilsynets brev af 21. juni 2016 til bestyrelsesmedlemmerne samt advokat AH (bilag ...). Finanstilsynet meddeler i brevet, at det er Finanstilsynets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed § 117 i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at

foretage yderligere undersøgelser af forholdet. Denne begrundelse synes i sig selv bemærkelsesværdig, idet der er tale om et strafbart forhold. Baggrunden herfor må øjensynligt være, at Finanstilsynet efter nærmere overvejelse ikke mener at have en tilstrækkelig stærk sag mod Bs bestyrelse til at få bestyrelsen dømt for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Denne konklusion kan jeg naturligvis kun tilslutte mig, idet der efter min vurdering som nævnt nedenfor slet ikke er sket nogen overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Det skal fremhæves, at bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder spiller en væsentlig rolle i Finanstilsynets argumentation i Afgørelsen. Med Finanstilsynets afslutning af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, synes hele argumentation i Afgørelsen, for så vidt angår bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, at fremstå endog ganske vag og usaglig og bør således ikke tages til indtægt.

I den kontekst skal jeg yderligere bemærke, at § 117 i lov om finansiel virksomhed generelt ikke er til hinder for, at Bs bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter, som deltager i bestyrelsesmøder, og bestyrelsen har været berettiget til at videregive fortrolige oplysninger. På den baggrund har Bs bestyrelse ikke overtrådt hverken § 117 i lov om finansiel virksomhed eller ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 ved at lade M deltage i bestyrelsesmøder som konsulent. Finanstilsynets påstand herom er uhjemlet. Derudover bemærkes det, at Afgørelsen fejlagtigt anfører, at professor Ts notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (bilag ... til høringsvaret vedrørende nedlæggelse af bestyrelsessherv) refererer til en ansættelsesaftale mellem B og M, hvilket ikke er korrekt, idet det fremgår af notatet, at der er tale om en konsulentaftale.

Supplerende skal det bemærkes, at det på side 7 i Afgørelsen fremgår, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for B. Bs direktør L har imidlertid bekræftet, at konsulentaftalen med M fysisk blev udleveret til specialkonsulenterne U og AI på Finanstilsynets inspektion i januar 2016. Jeg bilægger for god ordens skyld en kopi af Ms konsulentaftale og fortrolighedsaftale (bilag ... henholdsvis bilag ...).

4. Retlige bemærkninger

Det fastholdes, at Finanstilsynet i Afgørelsen anvender en materiel forkert opfattelse af retsgrundlaget i relation til videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed samt inhabilitetsspørgsmålet efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. For så vidt angår inhabilitetsspørgsmålet skal jeg her henvise til afsnit 3 i Ts notat om nogle konkrete spørgsmål om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, der er vedlagt som bilag ... til mit hørings svar vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelsessherv.

Afgørelsen fremstår i sammenhæng med de identiske afgørelser for den resterende del af bestyrelsen – ud over at indebære en ufuldstændig rets-

anvendelse – som et forsøg på en væsentlig stramning af Finanstilsynets nuværende praksis for afgørelser om nedlæggelse af bestyrelshverv, som ikke ses hjemlet i § 64, stk. 3, nr. 4, i lov finansiel virksomhed. En øjeblikkelig afsættelse af hele bestyrelsen i B fremstår som en uforholdsmæssig rigoristisk sanktion, der vil medføre, at Bs viden og erfaring i bestyrelsen går tabt, og som derved vil skabe unødvendig usikkerhed samt have en negativ effekt på Bs drift.

Det bemærkes, at Afgørelsen anfører en række faktuelle fejl. Det fremgår således fejlagtigt, at D fortsat er bestyrelsesformand desuagtet, at det blev meddelt Finanstilsynet den 20. maj 2016, at D udtrådte af bestyrelsen i B. Derudover fremgår det, at D ejer en stor del af I, hvilket ikke længere er tilfældet, idet Finanstilsynet den 26. maj 2016 blev meddelt, at Ds samlede besiddelse af aktier i I var blevet afhændet. Ydermere er det ikke som anført C, der besidder ejerandele i B, men retteligt W.

På vegne af [klager] indbringer jeg med henvisning til ovenstående indlæg Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet. Det fastholdes således, at [klager] ikke modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i fire i det væsentligste enslydende redegørelser af 17. august 2016 udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

Instituttet er et mindre pengeinstitut, som Finanstilsynet har ført skærpet tilsyn med siden den 1. maj 2012.

Et institut underlægges skærpet tilsyn, såfremt der er risiko for, at instituttets tilladelse indenfor en overskuelig fremtid vil blive inddraget. Instituttet blev indledningsvist underlagt skærpet tilsyn som følge af kapitalproblemer før den nuværende ejer-/ledelseskreds havde indflydelse på instituttet. Det er sædvanlig praksis, at et institut fortsætter under skærpet tilsyn, til der er gået en vis periode, hvor Finanstilsynet konstaterer, at risikoen for inddragelse af tilladelsen er blevet væsentlig mindre.

Finanstilsynet gennemførte primo 2015 en undersøgelse af instituttet, som førte til mere end 25 påbud og påtaler over for instituttet. Tre af påbuddene var rettet direkte mod bestyrelsen og omhandlede bestyrelsens samlede viden og erfaring, bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter og bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med behandling af kreditindstillinger. Herudover blev der meddelt påbud vedrørende instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag og en række andre forhold, der tilsammen viste et institut, der dels havde væsentlige styringsmæssige mangler dels generelt havde vanskeligt ved at forstå og overholde den finansielle lovgivning.

Finanstilsynet gennemførte i december 2015 endnu en undersøgelse af instituttet. Finanstilsynet kunne konstatere, at instituttet fortsat havde grundlæggende udfordringer på ledelsesniveau og alvorlige styringsmæssige mangler. Der blev ved det afsluttende møde i marts 2016 meddelt 12 påbud, hvoraf flere relaterede sig til påbuddene afgivet i maj 2015. Nedennævnte påbud gav anledning til, at Finanstilsynet vurderede klagers adfærd:

- Gentagelse af påbud i relation til bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter.
- Gentagelse af påbud om bestyrelsens håndtering af habilitet i relation til kreditindstillinger.
- Gentagelse af påbud i relation til bestyrelsens samlede viden og erfaring.
- Påbud om at bestyrelsen skulle sikre et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i relation til erhvervelse af nye aktiviteter.
- Gentagelse af påbud i relation til instituttets utilstrækkelige bevilningsgrundlag.

Finanstilsynet henviser i øvrigt til sagsfremstillingen i afgørelsens side 1-15.

Klageskriftet giver anledning til at kommentere på følgende faktuelle omstændigheder:

Finanstilsynet anerkender, at D er trådt tilbage som bestyrelsesformand. Finanstilsynet bemærker dog, at D var bestyrelsesformand ved samtlige af de forhold, som er gjort gældende i afgørelsen. Det har således ikke betydning for bedømmelsen af klagers udviste adfærd, at D efterfølgende er trådt tilbage som bestyrelsesformand.

Derudover anerkender Finanstilsynet, at W – og ikke C – besidder ejerandelene i instituttet. Finanstilsynet bemærker dog, at dette ikke har nogen materiel betydning for vurderingen af klagers udviste adfærd, eftersom klager er direktør og bestyrelsesmedlem i og kontrollerer begge selskaber.

For så vidt angår spørgsmålet om udleveringen af konsulentaftalen henvises til afsnit 3.3. nedenfor.

2. Retligt grundlag

Det følger af § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan påbyde et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed at nedlægge sit hverv inden for en af Finanstilsynet fastsat frist, hvis denne efter § 64, stk. 2 eller 3, i lov om finansiel virksomhed ikke kan bestride hvervet.

§ 64, stk. 2 og 3, i lov om finansiel virksomhed indeholder krav til ledelsesmedlemmernes egnethed og hæderlighed. Det fremgår af § 64, stk. 3,

nr. 4, at et bestyrelsesmedlem ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig måde. Det fremgår af bemærkningerne [fodnote: Lovforslag nr. L 175 fremsat den 26. marts 2010.], at Finanstilsynet skal kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen, ”dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde”.

Det fremgår herudover af bemærkningerne, at Finanstilsynet løbende skal vurdere, ”om ledelsen af en finansiel virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske”.

Det præciseres endvidere i bemærkningerne hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. Hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således, at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Kravet om at inddrage hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor i vurderingen fremgår i dag af § 64, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed.

De grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dens tilsynsfunktion fremgår af § 70 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere indeholder § 71 i lov om finansiel virksomhed krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring, og derudover fastlægger bestemmelsen de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 7, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed er der med bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (i det følgende benævnt ledelsesbekendtgørelsen) udstedt nærmere regler, der udmønter de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en

betryggende drift af disse virksomheder. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 i ledelsesbekendtgørelsen.

En bestyrelse skal som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. § 3, nr. 8, jf. bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen. Bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen indeholder de nærmere krav til tilrettelæggelsen af arbejdet i bestyrelsen, herunder bestyrelsesmøder og bestyrelsens forhandlinger. Bilag 6, nr. 7-9, har følgende ordlyd:

”7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i FiL.”

§ 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiell virksomhed. Finansielle virksomheders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne.

3. Vurdering

3.1. Generelle bemærkninger

Finanstilsynet bemærker indledningsvist, at der er foretaget en konkret og individuel vurdering af hvert enkelt bestyrelsesmedlems egnethed, dog således at vurderingerne er foretaget på baggrund af samme hændelsesforløb i instituttet.

Det fremgår af klageskriftet, at der er tale om en ”øjeblikkelig afsættelse af hele bestyrelsen”. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at der i afgørelsen er fastsat en frist på én måned for klager til at nedlægge sit hverv, hvorfor der ikke var tale om øjeblikkelig afsættelse. Finanstilsynet vurderede i den forbindelse på baggrund af sit kendskab til instituttet, at det omfattende ledelsessvigt og den af klager udviste adfærd medførte en betydelig risiko for, at klager ville medvirke til at træffe nye beslutninger, som indebærer en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift. En udskiftning af instituttets ledelse var på den baggrund nødvendig og proportional.

3.2. Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne

Det er i klageskriftet anført, at § 117 i lov om finansiel virksomhed ikke generelt er til hinder for, at instituttets bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter. Finanstilsynet anerkender denne betragtning, men der er i afgørelsen foretaget en konkret vurdering af Ms tilstedeværelse på bestyrelsesmøderne.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet i maj 2016 om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved instituttets bestyrelsesmøder lagt til grund, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne var uvedkommende i relation til instituttet, og i flere tilfælde udgjorde en nærliggende risiko for at være i strid med § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet lagde ved påbuddet vægt på, at instituttet i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, og at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, og at M på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på bestyrelsesmøderne, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet vurderede, at forholdene derudover stred mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf følger, at bestyrelsen i *enkeltstående* tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under *angivne* punkter på bestyrelsesmødet. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i instituttets forretningsorden. Det ses intet sted i bestyrelsesprotokollaterne, at klager tog stilling til, under hvilke konkrete angivne dagsordenspunkter Ms tilstedeværelse var relevant.

Der er i klageskriftet henvist til et notat udarbejdet af professor dr.jur. T, der forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilaget er udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en konsulentaftale/ansættelsesaftale mellem M og instituttet:

”M deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Ms virke som konsulent for B. Konsulentopgaven er nærmere beskrevet i en aftale.”

Finanstilsynet har trods gentagende anmodninger herom ikke tidligere modtaget en konsulentaftale/ansættelsesaftale og bemærker samtidig, at den fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) er dateret den 9. december 2015. Det bemærkes, at der ikke er tidsmæssig sammenhæng mellem fortrolighedsaftalen (klageskriftets bilag ...) og konsulentaftalen (klageskriftets bilag ...), som er dateret henholdsvis den 15. juni 2015 og den 9. december 2015, altså cirka et halvt år efter hinanden. Finanstilsynets bemærkninger til sagsforløbet vedrørende udlevering af konsulentaftale/ansættelsesaftale følger nedenfor.

Finanstilsynet bemærker, at klager ikke mener, at det er korrekt, når Finanstilsynet henviser til en ansættelsesaftale mellem M og instituttet, men at det derimod skulle fremgå af notatet, at der er tale om en konsulentaftale. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det fremgår af notatet, at

professor dr.jur. T referer til en *aftale*. Finanstilsynet har ikke tillagt det materiel betydning, om Ms aftale betegnes som en ansættelsesaftale eller en konsulentaftale, idet det afgørende er, om tilstedeværelsen har været vedkommende for bestyrelsens arbejde. Instituttet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra 2015 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne.

Såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at den nu fremsendte konsulentaftale bør tillægges betydning, anfører Finanstilsynet, at M har deltaget ved minimum to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og den 26. november 2015 uden et egentligt skriftligt eller mundtligt præciseret opdrag, hvorfor påbuddet, der blev givet instituttet, er berettiget. Klager har ikke dokumenteret, at der foreligger et egentlig opdrag i form af en præcist og konkret formuleret konsulentaftale eller lignende, som kan berettige Ms tilstedeværelse i perioden forud for den 9. december 2015. Finanstilsynet finder, at der er tale om et så bredt og ukonkret formuleret opdrag, at Finanstilsynet ikke finder det godtgjort, at M berettiget har kunnet modtage fortrolige oplysninger, eller hans deltagelse har haft relevans for udførelsen af en egentlig og konkretiseret konsulentopgave. Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride med instituttets forretningsorden også vil være i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet finder således ikke, at det omtalte notat kan tillægges vægt i den konkrete sag.

I høringssvaret til den påklagede afgørelse henviser klager til høringssvar af 29. februar 2016 (vedrørende Finanstilsynets j.nr. 5019-0385), hvor det anføres, at Ms tavshedspligt i C kan sidestilles med og anvendes til at berettige modtagelse af fortrolige oplysninger. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at C har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven og i øvrigt ikke er omfattet af lov om finansiel virksomhed, hvorfor Finanstilsynet ikke finder denne sammenligning retvisende.

Derudover er det Finanstilsynets vurdering, at en tavshedspligt opnået i forhold til en persons virke i én finansiel virksomhed ikke kan udstrækkes til andre virksomheder. Dette gælder uanset, om sådanne virksomheder også er underlagt tilsvarende tavshedspligt efter den finansielle lovgivning.

Det afgørende i forhold til § 117 i lov om finansiel virksomhed er ikke om den som modtager de fortrolige oplysninger kan hemmeligholde dem, men om den pågældende overhovedet er berettiget til at modtage dem. Derfor ændrer hverken eventuel tavshedspligt i C eller en underskrevet fortrolighedsaftale på, hvorvidt modtagelsen må anses for berettiget.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at instituttets brug af eksterne konsulenter går fra at være sporadisk til at have en nærmest permanent karakter, efter M introduceres i bestyrelsen som deltager ved samtlige bestyrelsesmøder. Derudover fremgår det af bestyrelsesprotokollaterne (**bilag**

... og ...), at M primært har deltaget i drøftelserne på de dagsordenpunkter, der omhandler ejerkredsens øvrige aktiviteter. Der er således end ikke tale om, at M kun er deltagende, når der drøftes forhold vedrørende effektivisering m.v., som er det bestyrelsen oprindeligt på bestyrelsesmødet den 12. november 2015 angav som begrundelse for Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne.

Det er Finanstilsynets vurdering, at klager skulle have sikret, at bestyrelsens brug af eksterne konsulenter i forhold til dagsordenpunkterne på bestyrelsesmøderne var i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, og at der generelt blev etableret betryggende foranstaltninger med henblik på at undgå uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med bestyrelsesmøderne. Forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger er et grundlæggende element i bestyrelsesarbejdet i finansielle virksomheder. Manglende overholdelse heraf kan bl.a. have en afsmittende effekt på samfundets tillid til den finansielle sektor. Det skal samtidigt ses i lyset af, at instituttet allerede i 2015 fik meddelt påbud om at indskrænke anvendelsen af eksterne konsulenter.

Sammenfattende er det Finanstilsynets vurdering, at formålet med ledelsesbekendtgørelsens bestemmelser om udenforståendes deltagelse på bestyrelsesmøder dels er hensynet til tavshedsforpligtelsen dels at sikre, at det er de af repræsentantskabet eller generalforsamlingen valgte bestyrelsesmedlemmer, der som kollektivt ledelsesorgan træffer beslutningerne og står til ansvar herfor. Bestyrelsesmøder er lukkede møder. For finansielle virksomheder gælder yderligere særlige krav til bestyrelsesmedlemmer i form af bl.a. egnetheds- og hæderlighedsvurdering, og det er derfor centralt, at udenforstående, som ikke skal fit & proper-godkendes, ikke deltager som uformelle bestyrelsesmedlemmer, som det synes at være tilfældet med Ms deltagelse. Med en sådan ordning ville der ske en omgåelse af reglerne i ledelsesbekendtgørelsen.

Klageskriftet henviser til en særskilt sag, som også udspringer af undersøgelsen af instituttet ultimo 2015, hvor Finanstilsynet har undersøgt, om der skulle ske politianmeldelse af klager vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385). Finanstilsynet bemærker, at der er tale om to separate sager. Det er ikke korrekt, når klager henviser til, at faktum og argumentationen i den påklagede afgørelse hviler på de samme forhold, som behandlet i sagen om politianmeldelsen.

Sagen om mulig politianmeldelse blev således behandlet efter § 117 i lov om finansiel virksomhed. Sagen blev afsluttet uden politianmeldelse af klager. Det fremgår af brev af 21. juni 2016 (klageskriftets bilag ...), at "[...] det [er] fortsat Finanstilsynet vurdering, at det ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af lov om Finansiel virksomhed § 117 i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne".

Påbuddet om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne blev meddelt overfor instituttet på det afsluttende møde i marts 2016 med hjemmel i bilag 6, nr. 7-9, i ledelsesbekendtgørelsen.

gørelsen. Herudover bemærkede Finanstilsynet, at Ms deltagelse i bestyrelsesmøderne indebar ”en meget betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed”, hvilket fortsat er Finanstilsynets vurdering, jf. brev af 21. juni 2016. Finanstilsynet har således ikke ændret i vurderingen af forholdet, som klager anfører. Det er imidlertid klagers manglende efterlevelse af påbuddet fra 2015 om samme forhold, der indgik som ét blandt flere kritisable forhold ved vurderingen af klagers adfærd efter § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Det forhold, at Finanstilsynet ikke politianmeldte klager for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, fører ikke til en anden vurdering af klagers adfærd.

3.3. Udlevering af konsulentaftalen

Finanstilsynet er ikke enig i gengivelsen af forløbet vedrørende Finanstilsynets anmodning om en kopi af konsulentaftalen eller tilsvarende vedrørende Ms arbejde for instituttet.

Klager anfører i klageskriftet, at det fremgår på side 7 i afgørelsen, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for instituttet. Klager anfører i forlængelse heraf, at instituttets direktør L har bekræftet, at konsulentaftalen med M blev udleveret fysisk til to medarbejdere fra Finanstilsynet i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i instituttet i januar 2016. Klager har i forbindelse med indsendelsen af klageskriftet vedlagt kopi af Ms konsulentaftale.

Finanstilsynet gennemførte en undersøgelse af instituttet i perioden fra den 7. til den 15. december 2015 og den 21. januar 2016. Ved gennemgang af ledelsesområdet den 8. december 2015 bad Finanstilsynet instituttets direktør L om en kopi af den aftale om konsulentbistand, som instituttet havde indgået med M. Finanstilsynet understregede i den forbindelse, at man ønskede en kopi af det fulde aftalegrundlag.

Finanstilsynet fik samme dag alene udleveret fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 af L. Finanstilsynet spurgte specifikt, om der var tale om det fulde aftalegrundlag, hvilket L bekræftede. Det bemærkes, at konsulentaftalen mellem instituttet og M er dateret dagen efter dette møde nemlig den 9. december 2015, og dermed dagen efter at Finanstilsynet overfor instituttet havde påpeget problemerne ved, at der ikke forelå en egentlig aftale om opdrag m.v.

Ved brev af 18. december 2015 (**bilag ...**) anmodede Finanstilsynet instituttet om enten at indsende eller bekræfte, at Finanstilsynet havde modtaget alt materiale vedrørende de af instituttet indgåede kontrakter om konsulentbistand ved udøvelse af instituttets virksomhed, herunder eventuelle konsulentaftaler med M (brevets punkt 4). Det fremgår af brevet, at Finanstilsynet alene havde modtaget fortrolighedsaftale mellem instituttet og M uden underskrifter.

Som svar på denne anmodning modtog Finanstilsynet brev af 8. januar 2016 fra instituttet (**bilag ...**). Det fremgår af brevets ad. 4:

”Som ønsket af Finanstilsynet vedlægges alle indgående kontrakter om konsulentbistand. Der er tale om 11 stk. kontrakter, som er samlet i bilag 9.”

For så vidt angår M, var alene fortrolighedsaftalen af 15. juni 2015 vedlagt, denne gang i underskrevet stand. Det fremgår ikke af instituttets brev, at der skulle foreligge en decideret konsulentkontrakt for M, og instituttet skrev som anført ovenfor, at alle indgåede kontrakter var vedlagt instituttets brev. Konsulentaftalen mellem instituttet og M af 9. december 2015 var ikke en del af de vedlagte konsulentaftaler.

På baggrund af ovenstående skal Finanstilsynets bestride, at Finanstilsynet i forbindelse med inspektionen i januar 2016 eller på et tidligere tidspunkt modtog konsulentaftalen med M. Finanstilsynet har, som det ses af ovenstående, flere gange efterspurgt det fulde aftalegrundlag med M, og Finanstilsynet er flere gange blevet bekræftet i, at det fulde aftalegrundlag, i form af en fortrolighedserklæring, var udleveret til Finanstilsynet. Finanstilsynet modtog ej heller konsulentaftalen ved Finanstilsynets besøg den 21. januar 2016.

Finanstilsynet bemærker, at klager først i sit klageskrift til Erhvervsankenævnet har gjort dette synspunkt gældende, uagtet at Finanstilsynet både ved det afsluttende møde 15. marts 2016 og i selve rapporten har anført ikke at have modtaget selve aftalen.

3.4. Øvrige væsentlige forhold for den samlede vurdering

Finanstilsynet har ved afgørelsen lagt vægt på en række beslutninger truffet af den samlede bestyrelse, bl.a. flere tilfælde af medvirken til uforsvarlig kreditgivning på utilstrækkeligt bevillingsgrundlag og manglende kompetencer og forståelse for den finansielle lovgivning, som i flere tilfælde er overtrådt.

Herudover har Finanstilsynet lagt vægt på bestyrelsens manglende forankring og prioritering af efterlevelse af Finanstilsynets påbud på området for god selskabsledelse, bl.a. flere alvorlige overtrædelser af habilitetsreglerne i forbindelse med bestyrelsesarbejdet. Klager har på intet tidspunkt italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015 ved udøvelsen af deres hverv. Finanstilsynet konstaterede således i forbindelse med undersøgelsen af instituttet en gennemgående passivitet hos klager, hvilket har været en medvirkende årsag til de kritisable forhold, herunder har muliggjort enkelte bestyrelsesmedlemmers varetagelse af egne interesser frem for instituttets. Som det fremgår af afgørelsen finder Finanstilsynet i flere tilfælde, at bevillingsgrundlaget for kreditindstillinger var ubetyrghende, og at dette navnlig var tilfældet i sager, hvor enkelte eller flere bestyrelsesmedlemmer potentielt havde særinteresser knyttet til den virksomhed, som indstillingen angik. Finanstilsynet har ikke kunne konstatere en styrkelse af ledelsen af instituttet, efter på-

buddene blev meddelt i maj 2015. Finanstilsynet har tværtimod i flere tilfælde konstateret en forværring.

Finanstilsynet har således ikke begrundet afgørelsen i en enkelt overtrædelse i forbindelse med anvendelsen af ekstern konsulent, som klageskriftet lægger op til. Tværtimod er afgørelsen, som det også fremgår af disse, begrundet i en lang række forhold. Det er væsentligt her at fremdrage, at de mange påbud, som instituttet modtog i 2015 og 2016, vidner om en grundlæggende mangel på forståelse fra klagers side om, hvad det indebærer at drive finansiel virksomhed. Det er efter Finanstilsynets opfattelse en skærpende omstændighed, at mange af påbuddene fra 2015 gentages i 2016, hvilket må ses som et vidnesbyrd om, at klager ikke har haft de fornødne kompetencer eller vilje til at rette op på de kritisable forhold.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at den samlede udviste adfærd giver grund til at antage, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift, medmindre der sker meget væsentlige ændringer i instituttets samlede ledelse og drift.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at der er sket en væsentlig forøgelse af permanent deltagelse af eksterne konsulenter i bestyrelsen på trods af tidligere påbud om at begrænse anvendelsen af eksterne konsulenter. Det er derudover Finanstilsynets vurdering, at deltagelsen hverken kan antages at have været berettiget eller haft en relevans for løsningen af konkretiserede opgaver.

Det forhold, at Finanstilsynet ved brev af 21. juni 2016 har meddelt, at det efter Finanstilsynets vurdering ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet, giver ikke anledning til at ændre påbuddet eller bedømmelsen af klagers udviste adfærd.

Afslutningsvis bemærkes, at afgørelsen er truffet på grundlag af en samlet vurdering af klagers adfærd som bestyrelsesmedlem i instituttet, jf. vurderingen i afsnit 5 i afgørelsen. Finanstilsynet fastholder, at den af klager udviste adfærd giver grund til at antage, at klager ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet på forsvarlig vis.

Finanstilsynet fastholder derfor påbuddet efter § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter klager skulle nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet.

...”

Ved skrivelse af 14. september 2016 er advokat A fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

Som advokat for K1, G, E og K4 skal jeg herved fremsætte vore bemærkninger til Finanstilsynets udtalelser af 17. august 2016 i ovennævnte sag i Erhvervsankenævnet (herefter "Udtalelserne"). Idet Erhvervsankenævnet behandler klagerne under én sag, og Afgørelserne er foretaget på baggrund af samme hændelsesforløb og i øvrigt fremstår nærmest identiske, er vore bemærkninger til Udtalelserne samlet i denne skrivelse.

1. Øvrige påklagede sager

B har til Erhvervsankenævnet separat påklaget de i Afgørelserne nævnte påbud fra Finanstilsynet vedrørende Bs brug af eksterne konsulenter samt vedrørende bestyrelsens håndtering af habilitet (Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752). Vi skal derfor i det hele henvide til Bs bemærkninger i disse separate sager i Erhvervsankenævnet (bilag ... og bilag ...).

2. Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

2.1 § 117 i lov om finansiel virksomhed

Finanstilsynets anfører, at frafaldet af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed ikke fører til en anden vurdering af bestyrelsesmedlemmernes adfærd. Hertil skal det bemærkes, at det fremgår af Afgørelserne, at "*Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, lagt til grund, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøder er uvedkommende i relation til instituttet og i flere tilfælde indebærer en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed.*" (Afgørelsernes punkt 4.1 under overskriften 'Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet').

Der er en klar sammenhæng mellem ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, nr. 7-9 og § 117 i lov om finansiel virksomhed, idet bestemmelserne bygger på at forebygge videregivelse af fortrolige oplysninger. Sagsforløbet i nærværende sag bygger på de samme forhold som i den nu frafaldte sag vedrørende § 117 i lov om finansiel virksomhed. Idet § 117 i lov om finansiel virksomhed nævnes flere gange og behandles i Afgørelserne, må forholdet vedrørende denne bestemmelse unægtelig have haft indflydelse på Finanstilsynets vurdering af bestyrelsesmedlemmerne. Det fastholdes derfor, at Finanstilsynets afslutning af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed bør tages til indtægt i vurderingen af nærværende afgørelse.

Finanstilsynet anfører, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende. Hertil må det gøres gældende, at B er nærmest til at vurdere, hvorvidt Ms deltagelse er relevant ud fra en ledelsesmæssig og strategisk betragtning.

Ms opgaver er bredt definerede, og M har ifølge konsulentaftalen en juridisk og økonomisk uddannelsesmæssig baggrund og en erfaring som bl.a. *general counsel* for en anden finansiel virksomhed. Herved besidder M sådanne kompetencer, som meget bredt favner de opgaver, som påhviler bestyrelsen i en finansiel virksomhed. Følgelig er Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne som rådgiver sagligt begrundet, når bestyrelsen har vurderet, at der var rimelig grund til at tro, at M kunne bidrage til at træffe de rigtige forretningsmæssige beslutninger med tanke på Ms uddannelsesmæssige baggrund og relevante erfaring.

2.2 Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752 – brug af eksterne konsulenter

B har den 8. september 2016 fremsendt deres bemærkninger til Finanstilsynets udtalelser i Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752. Vi skal derfor henvise til denne skrivelse fra B, der beskriver forholdet nærmere (Se bilag ...).
...”

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

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed må et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed ikke have udvist eller udvise en sådan adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen lever op til kravet i stk. 3, nr. 4, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, jf. lovens § 64, stk. 4.

Af bestemmelsens forarbejder (lovforslag nr. 175 af 26. marts 2010 – under bemærkningerne til de enkelte bestemmelser) fremgår blandt andet:

”I nr. 4 foreslås det, at Finanstilsynet får beføjelse til at kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen eller direktionen, dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Bestemmelsen foreslås bl.a. anvendt i den situation, hvor bestyrelsesmedlemmets eller direktørens private økonomi er i en sådan uorden, at selve dette forhold må anses for særdeles belastende for varetagelsen af den overordnede ledelse af den finansielle virksomhed. Som eksempler på økonomisk uorden kan nævnes at vedkommende har restancer, er indberettet som dårlig betaler eller lignende.

...

Finanstilsynet skal endvidere løbende vurdere, om ledelsen af en finansiel virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske.

De finansielle virksomheder, som er kollapsede under den nuværende finansielle krise, har generelt været karakteriseret ved, at virksomhederne havde anlagt en meget ekspansiv og risikopræget strategi, og at ledelsen ikke havde sikret sig, at der var effektive og tilstrækkelige kontrolprocedurer til at styre virksomhedens risici. Det er hensigten med den nye affattelse af stk. 2, nr. 4, at sikre, at Finanstilsynet, hvis det i forbindelse med dets inspektioner bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde, skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedens ledelse lever op til kravet i bestemmelsen. Det er ligeledes hensigten, at der fremover er mulighed for at tillægge hensynet til tilliden til den finansielle sektor og dermed hensynet til at bevare den finansielle stabilitet, større betydning, når det skal vurderes om et indgreb overfor et siddende ledelsesmedlem er proportionalt i forhold til de forsømmelser, vedkommende har udvist.

Som noget nyt fremgår det eksplicit, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af et ledelsesmedlems adfærd. Det præciseres hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. En tillid som fordrer, at det ledelsesmæssige råderum er mere snævert for f.eks. en direktør i et pengeinstitut eller bestyrelsesformanden i et forsikringsselskab, end for personer, som leder virksomheder i andre brancher.

Det har hidtil været således, at man har benyttet den samme proportionalitetsvurdering i forbindelse med indgreb efter reglerne om egnethed og hæderlighed i den finansielle lovgivning, som den, der benyttes efter [straffelovens § 78, stk. 2](#), om personer som udøver virksomhed, hvortil der kræves en særlig offentlig autorisation eller godkendelse.

Benyttes denne vurdering, indebærer det imidlertid, at det i praksis er stort set umuligt at gribe ind over for ledelsesmedlemmer, som har vist sig uegnede til at stå i spidsen for en finansiel virksomhed, men som ikke kan fjernes med henvisning til de mere objektivt konstaterbare kriterier i § 64, stk. 1, nr. 1 - 3. Tilside-sættelse af det mere skønsprægede krav i § 64, stk. 2, nr. 4, vil som oftest ikke være proportionale efter den nuværende proportionalitetsvurdering i henhold til [straffelovens § 79](#) om retlighedsfrakendelse. Det har hidtil været vurderingen, at der skal være helt klare tegn på, at virksomheden havde lidt skade eller at dette ville ske umiddelbart efter. Derimod ville et indgreb mod et ledelsesmedlem, hvis handlinger endnu ikke havde manifesteret sig i økonomiske vanskeligheder ikke kunne anses for proportionalt.

Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Hertil kommer, at da ledessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiell virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og det omgivende samfunds tillid til sektoren, vil ledessvigt i selv små finansielle virksomheder kunne have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.”

Påbud i Finanstilsynets rapport af 11. maj 2015

Det fremgår af sagen, at Finanstilsynet i perioden fra den 26. januar til den 3. februar 2015 gennemførte en undersøgelse af B, der førte til, at der i en rapport af 11. maj 2015 blev meddelt et betydeligt antal påbud og påtaler, heraf tre påbud, som var rettet direkte mod bestyrelsen.

Det ene af disse påbud angik bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, og i påbuddet blev det anført, at B skulle indsnævre muligheden i forretningsordenen for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger.

Det andet påbud angik bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling, idet tilsynet kunne konstatere, at mails i bevillingssager, hvor et bestyrelsesmedlem var inhabilt, desuagtet blev sendt til vedkommende. B blev påbudt at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke måtte være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtog mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen var truffet.

I et tredje påbud rettet direkte mod bestyrelsen påbød Finanstilsynet B at sikre, at den samlede bestyrelse samt direktionen besad den fornødne viden om Bs egne forhold samt de lovgivningsmæssige krav, der stilles til Bs virksomhed og interne

forhold til at kunne sikre en fornuftig drift af B fremadrettet. Påbuddet var blandt andet begrundet i, at B havde været igennem en periode med stor udskiftning i bestyrelsen og direktionen med deraf følgende større risiko for tab af viden om og indsigt i B samt større risiko for svigt i væsentlige forretningsmæssige sagsgange og kontroller.

Herudover indeholdt rapporten af 11. maj 2015 en række påbud og påtaler, herunder angående sparekassens utilstrækkelige bevillingsgrundlag. For enkelte af påbuddene var der tale om gentagelser fra de to foregående undersøgelser i 2013 og 2014.

Påbud i Finanstilsynets rapport af 17. maj 2016

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 7. til den 11. december 2015 samt den 21. januar 2016 en ny undersøgelse af B, hvilken undersøgelse førte til, at der i en rapport af 17. maj 2016 blev meddelt B 12 påbud.

Finanstilsynet meddelte – i lighed med påbuddet i rapporten af 11. maj 2015 – instituttets bestyrelse påbud om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt ved behandling af fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kunne videregives. Finanstilsynet konstaterede således blandt andet, at B ikke havde foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne, som der var givet påbud om i maj 2015.

Finanstilsynet gentog endvidere påbuddet om bestyrelsens håndtering af habilitet i relation til kreditindstillinger, idet tilsynet fandt, at Bs foranstaltninger til opfølgning på påbuddet fra maj 2015 var utilstrækkelige.

Disse to påbud meddelt B i rapport af 17. maj 2016 – der som anført var gentagelser af påbud fra 2015 – er tiltrådt af Erhvervsankenævnet ved kendelse afsagt samtidig med denne kendelse.

Herudover meddelte Finanstilsynet i rapporten af 17. maj 2016 på ny instituttet påbud om at sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besad den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af instituttet fremadrettet. Erhvervsankenævnet kan tiltræde de af tilsynet til grund for dette påbud anførte bemærkninger om, at B fortsat havde stor udskiftning i bestyrelsen, og at Bs tiltag for at styrke bestyrelsens samlede viden og erfaring måtte anses som utilstrækkelige, idet man kun havde efteruddannet den nyligt udtrådte bestyrelsesformand og den ene direktør, men ikke foretaget tiltag i forhold til de øvrige ledelsesmedlemmer.

Endvidere gentog Finanstilsynet i rapporten af 17. maj 2016 påbuddet vedrørende Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Det fremgår af sagen, at der i B forud for påbuddene i 2015 og 2016 angående utilstrækkelige bevillingsgrundlag var eksponeringer, hvis størrelse var meget betydelige i forhold til Bs størrelse, og at mange af eksponeringerne var med ejerkredsen og dennes netværk. Det fremgår endvidere, at der i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditindstillinger i mange tilfælde ikke blev foretaget økonomiske analyser af låntager og skete afklaring af fornødne juridiske spørgsmål angående f.eks. modtagelse af sikkerheder, ligesom kreditvurderinger af kunder og stillede sikkerheder var klart utilstrækkelige. Erhvervsankenævnet tiltræder efter de foreliggende oplysninger, at de utilstrækkelige bevillingsgrundlag i kraft af bevillingernes størrelse i forhold til Bs kapitalgrundlag medførte risici for Bs mulighed for fortsættelse af driften i forhold til lovens kapitalkrav.

Klagernes adfærd

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at klagerne, der alle var medlemmer af bestyrelsen i B ved udgangen af 2015, har deltaget i de beslutninger, der har ført til i hvert fald de påbud, der blev meddelt i rapporten af 17. maj 2016 og med viden om de tidligere meddelte påbud i rapporten af 11. maj 2015 angående samme forhold.

Ankenævnet finder efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om klagernes adfærd som bestyrelsesmedlemmer i B, at de ikke har udøvet deres ledelsesmæssige funktioner på betryggende vis, hvorved B er blevet drevet på en risikopræget og mangelfuld måde, således at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at B inden for få år ikke vil kunne fortsætte sin drift, såfremt der ikke sker meget væsentlige ledelses- og driftsmæssige ændringer.

Ankenævnet finder på denne baggrund og i øvrigt af de grunde, der er anført af Finanstilsynet, at K1, K2, K3 og K4 har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at de ikke vil varetage hvervene som bestyrelsesmedlemmer i B på forsvarlig måde, jf. lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 3, nr. 4. Der er ved vurderingen lagt vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, jf. lovens § 64, stk. 4. Det tiltrædes derfor, at de er pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år regnet fra Finanstilsynets afgørelse den 15. juni 2016, jf. lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 2 og stk. 6, jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelser af 15. juni 2016.

4.2. SELSKABSLOVEN

10) Kendelse af 29. marts 2016 (J.nr. 2015-6306).

Afgørelse om oversendelse af selskab til skifteretten med henblik på tvangsopløsning kunne ikke indbringes for ankenævnet, og tiltrådt, at selskabet ikke kunne genoptages.

Selskabslovens § 226, og § 371, stk. 2 samt § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1 og §§ 17 og § 232.

(Monica Reib, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 19. maj 2015 har direktør A fra K ApS under tvangsopløsning klaget over, at Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. maj 2015, hvorved styrelsen har oversendt selskabet til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2 og samtidig har meddelt, at selskabet ikke kan genoptages, jf. lovens § 232.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. maj 2015 hedder det:

”Orientering om afgørelse om oversendelse af K ApS under tvangsopløsning, CVR-nr. ... til skifteretten med henblik på tvangsopløsning

Erhvervsstyrelsen har truffet afgørelse om, at overstående selskab skal oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Dette sker på baggrund af en stikprøveundersøgelse af registreringen af stiftelsen af selskabet i Erhvervsstyrelsen, som har vist, at stiftelsen af selskabet er sket i strid med selskabsloven.

...

Stiftelse i strid med selskabsloven

Erhvervsstyrelsen har ved sin gennemgang af stiftelsen K ApS konstateret, at selskabet er stiftet den 6. februar 2015 af B ApS (CVR-nr. ...).

Selskabet B ApS er stiftet den 6. februar 2015.

Stiftelsen af B ApS blev først registreret i Erhvervsstyrelsen den 9. februar 2015.

K ApS er således stiftet af et selskab, der selv var under stiftelse, og som derfor ikke havde retsevne til at optræde som stifter.

Stiftelsen af K ApS er derfor direkte i strid med § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1, i selskabsloven.

Stiftelsen af K ApS lider derfor af en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget, hvorfor registreringen af stiftelsen ikke måtte have fundet sted, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

Denne grundlæggende mangel kan ikke efterfølgende berigtiges, da det ikke er muligt at ændre i stiftelsesgrundlaget for et anpartsselskab.

Der foreligger således ikke dokumentation for, at registreringen af stiftelsen af K ApS er lovligt foretaget, jf. selskabslovens § 17, stk. 2.

Erhvervsstyrelsens har på denne baggrund truffet afgørelse om at oversende K ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Da der foreligger en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget af selskabet, som ikke kan berigtiges, vil selskabet ikke kunne genoptages, jf. selskabslovens § 332.

...

Klagevejledning

Afgørelsen om oversendelse af selskabet til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, jf. selskabslovens § 371, stk. 2.

Afgørelsen om at genoptagelse af selskabet i henhold til selskabslovens § 332 ikke er mulig kan dog indbringes, indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. selskabslovens § 371, stk. 1.

..."

I klageskrivelsen af 19. maj 2015 har A anført:

” ...

Som direktør for K ApS, skal jeg hermed klage over afgørelsen, at der ikke kan klages over den truffe afgørelse om at tvangsopløse selskabet, samt at den vedlagte klage vejledning er fejlagtig.

Herudover klages over hele sagsforløbet og fejlen ved at det åbenbart er edb-mæssigt er muligt på virk.dk at oprette et datterselskab inden der oprettes et holdingselskab.

Det skal bemærkes, at kapitalejer i K ApS er C ApS og ikke B ApS.

Skifterettens grundlag for tvangsopløsning er forkert og § 225 er ikke tilstede. Desuden er selskabet lovligt og i drift.

Samtidigt med denne klage begæres selskabet genoptaget.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 27. juli 2015 udtalt:

” ...

Indledningsvis skal Erhvervsstyrelsen bekræfte, at styrelsens afgørelse af 5. maj 2015 indeholder fejlskrift, idet der to steder på side ... er henvist til selskabslovens § 332, der burde rettelig have været henvist til selskabslovens § 232, ligesom styrelsen har stavet stifterens navn forkert i afgørelsen. Styrelsen bemærker dog samtidig, at stifterens CVR-nr. er angivet korrekt i forlængelse af den forkerte angivelse af navnet.

Erhvervsstyrelsen skal bemærke, at styrelsen på trods af disse formelle fejl fastholder sin afgørelse, idet det er styrelsens vurdering, at de formelle fejl ikke betydning for afgørelsens materielle indhold.

Styrelsens redegørelse for sagens faktiske og retlig omstændigheder

Den 20. februar 2015 modtager styrelsen en henvendelse fra Finanstilsynet, da K ApS, CVR-nr. ... har ansøgt Finanstilsynet om tilladelse til at drive forsikringsmæglervirksomhed.

Henvendelsen skyldes, at selskabet er registreret via styrelsen selvregistreringsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v. (herefter kaldet Webreg). Registrering af selskaber via Webreg, der skal udøve virksomhed, der kræver Finanstilsynets tilladelse, var i strid med den dagældende anmeldelsesbekendtgørelse § 3, stk. 2 (bekendtgørelse nr. 1476 af 11. december 2013).

På det grundlag tager styrelsen kontakt til anmelderen af registreringen af virksomhedens stiftelse, D fra E,..., og anmoder denne om at indsende dokumentation for, at registreringen er lovligt foretaget, jf. selskabslovens § 17, stk. 1, og stk. 2.

Styrelsen modtager den 23. februar 2015 den dokumentation, som ligger til grund for registreringen af stiftelsen af K ApS.

På baggrund af de foretagende registreringer og den modtagende dokumentation kunne styrelsen konstatere, at K ApS er stiftet af C ApS CVR-nr.

C ApS var imidlertid selv under stiftelse, da C ApS stiftede K ApS.

Begge selskaber er således stiftet den 6. februar 2015, men registreringen af de to selskaber fandt først sted i Erhvervsstyrelsens it-system den 9. februar 2015.

Stiftelsen af K ApS er således direkte i strid med selskabslovens § 24, stk. 4, jf. 41, stk. 1:

§ 24, stk. 4:

Hvis stifter er en juridisk person, skal denne være beføjet til at erhverve rettigheder, indgå forpligtelser og være part i retssager.

§ 41, stk. 1:

Et kapitalsekskab, der ikke er registreret, kan ikke erhverve rettigheder, indgå forpligtelser eller være part i retssager bortset fra søgsmål til indkrævning af tegnet selskabskapital og andre søgsmål vedrørende tegningen. Selskabet skal til sit navn føje ordene »under stiftelse«

Da stiftelsen af K ApS er sket direkte i strid med selskabsloven, er det styrelsen opfattelse, at der ikke forligger dokumentation for, at registrering er lovligt foretaget, jf. § 17, stk. 1, og stk. 2, jf., §15, stk. 1.

Styrelsen traf derfor den 5. maj 2015 afgørelse om, at K ApS skulle oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2. Afgørelse herom blev samtidig sendt til anmelderen og til selskabet, samt til orientering til Finanstilsynet.

Styrelsen meddelelse samtidig, at styrelsen afgørelse om oversendelse til skifteretten ikke kunne indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 371, stk. 2, i selskabsloven.

Samtidig med afgørelse om oversendelse til tvangsopløsning traf styrelsen afgørelse om, at genoptagelse af selskabet, jf. § 232 i selskabsloven, ikke ville kunne finde sted, da der foreligger en grundlæggende oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget af selskabet, som ikke kan berigtiges, hvorfor selskabet ikke vil kunne genoptages.

Grunden til, at selskabet efter styrelsens opfattelse ikke vil kunne genoptages, er, at det er en betingelse for genoptagelse, at forholdene der begrunder tvangsopløsning skal berigtiges forinden genoptagelse kan finde sted, jf. selskabslovens § 232, stk. 3, 1. og 2. pkt.

Styrelsen skal i den forbindelse henvise til bemærkningerne til bestemmelse i lov nr. 1557 af 21. december 2010, hvor det blandt andet anføres:

”Da det er en forudsætning for genoptagelse af et selskab, der sendt til tvangsopløsning, at de forhold, der førte til tvangsopløsningen, ikke længere foreligger, er det ikke muligt at genoptage et selskab, hvis tvangsopløsningen skyldes en mangel i selskabets stiftelsesgrundlag, som ikke kan berigtiges.”

...”

I skrivelse af 18. august 2015 har A yderligere anført:

”...

Inden K ApS blev oprettet, kontaktede undertegnede ... Finanstilsynet for sikre korrekt procedure i forbindelse med selskabsoprettelsen - herunder selskabets godkendelse i Finanstilsynet.

[Finanstilsynet] henviste mig til at kontakte ... Erhvervsstyrelsen for hjælp til oprettelse af K ApS jfr. dagældende anmeldelsesbekendtgørelse §3 stk. 2 (bekendtgørelse nr. 1476 af 11. december 2013).

... På trods af at jeg grundigt forklarede mit forehavende, blev jeg nærmest latterliggjort og blev på det bestemteste bedt op at oprette virksomheden via Webreg.

På baggrund af ovennævnte svar kontakter jeg revisor Jørgen Hansen, E og beder ham om at varetage opgaven med oprettelse af selskabet, herunder holding.

Efter at K ApS var oprettet af revisoren og CVRnr. modtaget fra Erhvervsstyrelsen, indsendte jeg ansøgning om godkendelse af firmaet i Finanstilsynet og blev i den forbindelse ringet op af F, der undrede sig over fremgangsmåden. F kunne godt se mit dilemma, og oplyste, at hun nok skulle konferere sagen med Erhvervsstyrelsen og få godkendelsen udstedt, når Erhvervsstyrelsen havde meldt tilbage til Finanstilsynet.

Med dette in mente, og de efterfølgende fejl begået i Erhvervsstyrelsen, finder jeg det urimeligt at K ApS nu er sendt til tvangsopløsning, da selskabet for længst er i drift – dog uden at have indgået kontrakter med kunder.

Jeg kan derfor stille følgende og spørgsmål og påstande:

- Hvorfor siger Erhvervsstyrelsen at jeg selv SKAL oprette K ApS?
- Hvorfor er det teknisk muligt for vores revisor at oprette et driftsselskab i Webreg inden holdingselskabet? (Det skal her bemærkes, at iflg revisor D ER C ApS oprettet ca. 10 min før KAPS, som der fremgår af de kvitteringer revisor har modtaget)
- Begge selskaber er stiftet den 6.2.15, men hvorfor er registreringen først sket i Erhvervsstyrelsen it-system den 9.2.15?
- Når Erhvervsstyrelsen modtager en henvendelse fra Finanstilsynet den 20.2.15, hvorfor træffer Erhvervsstyrelsen først beslutning om tvangsopløsning den 5.5.15 - 2½ måned efter henvendelsen??
- Grundlaget for tvangsopløsning er forkert og Selskabslovens § 225 er ikke tilstede!
- Lov nr. 1557 af 21. december 2010 har i denne sag ingen praktisk betydning

Som det fremgår af denne sag, kan alle lave fejl, men med forskellige konsekvenser til følge.

Finanstilsynet har uden unødigt ophold kontaktet Erhvervsstyrelsen i forbindelse med deres godkendelse af selskabet. Jeg mener derfor, at K ApS har været i god tro i forventning om at ekspeditionen i Erhvervsstyrelsen var en formsag og ikke skulle vare 2½ måned med tvangslukning af selskabet til følge.

Jeg forstår ikke, at Erhvervsstyrelsen i orienteringen af 5. maj 2015 siger, at afgørelsen er truffet på baggrund af en stikprøveundersøgelse. De har da haft alle muligheder for at undersøge sagen og er desuden gjort opmærksom på de særlige forhold omkring et forsikringsmæglersekskab.

Der er i hele denne situation ingen der er blevet snydt eller bedraget eller på anden måde har lidt overlast inden Erhvervsstyrelsen anmodning til Skifteretten om tvangslukning, så jeg foreslår tvangslukningen tilbagekaldt, så vi kan få sagen lukket og K ApS kan starte med at få kunder i forretningen.

Jeg håber, Erhvervsankenævnet kan se, at K ApS uforskyldt er bragt i en særdeles uheldig situation i denne sag og jeg håber at ankenævnet vil ændre Erhvervsstyrelsens urimelige og unødvendige krav om tvangsopløsning af K ApS.

”

Erhvervsstyrelsen har i skrivelse af 3. september 2015 bemærket:

” ...

Styrelsen skal ... hermed kommentere på nogle af de spørgsmål og påstande, som A har fremsat i sit sagsindlæg af 18. august 2015.

1 ”Hvorfor siger Erhvervsstyrelsen at jeg selv skal oprette K ApS?”

Umiddelbar har styrelsen vanskeligt ved at se relevansen af det stillede spørgsmål for sagens afgørelse, da:

A) Selskabet er ikke sendt til tvangsopløsning på grund af en overtrædelse af den dagældende anmeldelsesbekendtgørelses § 3, stk. 2, i forbindelse med registreringen.

Selskabet er sendt til tvangsopløsning på grund af, at der ikke foreligger bevis for selskabets lovlige stiftelse, da K ApS er stiftet af et selskab uden retsevne, da stifteren selv var under stiftelse da det optrådte som stifter, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1.

B) A har ikke foretaget registreringerne af selskaberne. Registreringerne er foretaget af D fra E,

Det er derfor denne der har ansvaret for at anmeldelsesbekendtgørelsen og Erhvervsstyrelsens betingelser for brug af Webreg er overholdt, herunder § 3, stk. 2, i den dagældende anmeldelsesbekendtgørelse. Hvad A måtte have fået at vide, er i principper ligegyldigt i relation til de foretagende registreringer, da han ikke har foretaget registreringerne.

- C) Det fremgik direkte af de Erhvervsstyrelsens betingelser, man som brugeren skulle acceptere, når denne loggede på styrelsens It-registreringssystem, at man ikke måtte foretage registreringer i virksomheder underlagt Finanstilsynets tilsyn, eller virksomheder som udøver virksomhed, som kræver Finanstilsynets tilladelse.

Derudover er det vanskeligt for Erhvervsstyrelsen at forholde sig til, hvad tre unavngivne personer i Erhvervsstyrelsen telefonisk skulle have meddelt.

Det er dog selvfølgelig beklageligt, hvis der er blevet meddelt noget, der måtte have været misvisende eller forkert.

2 ”Hvorfor er det teknisk muligt for vores revisor at oprette et driftselskab i Webreg inden holdingselskabet?”

Indledningsvis skal det foldes for øje, at der er en meget væsentlig forskel på stiftelsen og på registreringen.

Stiftelsen finder sted pr. den dato hvor stiftelsesdokumentet underskrives, da det er denne dag, at stifterne tiltræder stiftelsesdokumentet.

Registrering er den dag, hvor det nye selskab fysisk faktisk registreres i Erhvervsstyrelsen, og selskabet får retsevne.

Både K ApS og C ApS er stiftet den 6. februar 2015. C ApS er stiftet af A og K ApS er stiftet af C ApS under stiftelse.

Begge selskaber anmeldes til registrering og registres den 9. februar 2015.

Måden hvorpå det har været muligt, er, at D fra E, ... den 9. februar 2015 først registrerede C ApS, hvorefter denne fik meddelt CVR-nummeret for selskabet.

Herefter registrerede revisor K ApS ved at indsætte det netop modtagne CVR-nummer for C ApS i oplysningsfeltet om stifteren.

Dette stemmer overens med revisorens oplysninger om, at registreringen af C ApS er foretaget umiddelbart før registreringen af K ApS.

3 ”Begge selskaber er stiftet den 6.2.1, men hvorfor er registreringen først sket i Erhvervsstyrelsens it-system den 9.2.15?”

Den 6. februar 2015 er den dato hvor stiftelsesdokumenterne efter deres egen datering er oprettet og underskrevet.

Registreringen er sket den 9. februar 2015 fordi det er den dato, hvor D fra E har foretaget registreringen i styrelsens registreringssystem.

4 ”Når Erhvervsstyrelsen modtager en henvendelse fra Finanstilsynet den 20.2.15, hvorfor træffer Erhvervsstyrelsen først beslutning om tvangsopløsningen den 5.5.15 – 2½ måned efter henvendelsen??”

Den medgåede tid er udtryk for Erhvervsstyrelsens sagsbehandlingstid.

5 ”Grundlaget for tvangsopløsning er forkert og Selskabslovens § 225 er ikke tilstede!”

Erhvervsstyrelsen har oversendt selskabet til tvangsopløsning ved skifteretten med hjemmel i § 226, jf. § 17, stk. 2, i selskabsloven.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at betingelserne i bestemmelserne for at sende selskabet til tvangsopløsning er tilstede, da der ikke er bevis for, at K ApS er lovligt stiftet.

Dette skyldes, at A som direktør for C ApS under stiftelse har ladet søgt at forpligte C ApS under stiftelse som stifter, på et tidspunkt for selskabet ikke besad retsevne hertil, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1.

6 ”Lov nr. 1557 af 21. december 2010 har i denne sag ingen praktisk betydning”

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at bemærkningerne til selskabslovens § 232 som fremgår af lov 1557 af 21. december 2010, hvor bestemmelsen blev indført, har betydning for fortolkningen af bestemmelsen, herunder spørgsmålet om hvorvidt genoptagelse af selskabet vil være muligt.

Det er styrelsens opfattelse, at de citerede bemærkninger til bestemmelsen er udtryk for lovgivers intention med bestemmelsen, herunder at det er en forudsætning for genoptagelse, at det forhold der førte til selskabets oversendelse til tvangsopløsning kan og er blevet berigtiget.

I den pågældende situation er det styrelsens opfattelse, at berigtigelse ikke vil være muligt, da der er tale om en grundlæggende mangel i stiftelsesgrundlaget for selskabet.

Betragtning om god tro

A anfører, at han har været i god tro, om at ekspeditionen i Erhvervsstyrelsen har været en formsag og ikke skulle vare 2½ måned med tvangslukning til følge.

Erhvervsstyrelsen skal gøre opmærksom på, at oversendelse af selskabet til tvangsopløsning grunder i en direkte overtrædelse af klare lovregler i selskabsloven, og at det klart fremgår at selskabslovens § 17, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen i indtil 3 år fra registreringstidspunktet kan stille krav

om, at der indsendes bevis for, at en anmeldelse eller registrering er lovligt foretaget.

Sådan bevis findes ikke i den konkrete sag. Det fremgår tværtimod klart, at registreringen er foretaget direkte i strid med § 15, stk. 1, jf. § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1, i selskabsloven. Idet A som direktør for C ApS under stiftelse den 6. februar 2015 har ladet selskabet optræde som stifter, på trods af at det direkte at selskabsloven fremgår, at selskabet endnu ikke havde retsevne til at indgå aftal om sådanne forpligtelser og rettigheder, idet selskabet endnu ikke var retsevne-registreret i Erhvervsstyrelsen”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsstyrelsens afgørelse om oversendelse af K ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning er truffet med hjemmel i selskabslovens § 226 og kan således ikke indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. selskabslovens § 371, stk. 2.

Erhvervsankenævnet skal derfor afvise at behandle denne del af den påklagede afgørelse, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet.

Det fremgår af sagen, at K ApS er stiftet den 6. februar 2015 af C ApS, der selv er stiftet den 6. februar 2015 og først registreret den 9. februar 2015.

Stiftelsen af K ApS er således foretaget af et selskab under stiftelse, og C ApS har som stifter således ikke haft den fornødne retsevne til at stifte KA/S, jf. selskabslovens § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1

Erhvervsstyrelsen kan med hjemmel i lovens § 17, stk. 1 og 2 forlange de oplysninger som er nødvendige for at kunne tage stilling til om loven er overholdt, og da stiftelsen er sket i strid med selskabsloven, og der er tale om en oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget, som ikke kan berigtiges, tiltræder ankenævnet, at Erhvervsstyrelsen ved afgørelsen af 5. maj 2015 har meddelt, at selskabet ikke kan genoptages, jf. § 232, stk. 3, 1. og 2. pkt.

11) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-7661).

Omdannelse af selskab registreringsnægtet.

Selskabslovens §§ 9, stk. 1, og 16, stk. 3.

(Monica Reib, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. juni 2015 har advokat A på vegne af B klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 11. juni 2015 har nægtet at registrere en anmeldelse om omdannelse af K A/S.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse af 6. august 2015 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

”...

Faktiske forhold

Erhvervsstyrelsen modtog den 7. januar 2015 en anmeldelse fra A vedr. omdannelsen af K A/S. Anmeldelsen indeholdt et referat fra en ekstraordinær generalforsamling, der skulle være afholdt i K A/S den 29. december 2014. I referatet fra denne generalforsamling er angivet, at den samlede aktiekapital var til stede, og generalforsamlingen var lovligt indkaldt. Ved generalforsamlingen blev det vedtaget at omdanne K A/S fra et aktieselskab til et anpartsselskab.

Erhvervsstyrelsen modtog herefter den 15. januar en e-mail fra to ud af de tre bestyrelsesmedlemmer, C og D, der angav, at de ikke var bekendt med, at ejerforholdet skulle have ændret sig i selskabet, hvilket de var blevet oplyst om af banken. De angav desuden, at hverken C eller D havde overdraget eller solgt deres aktier i K A/S. De vedlagde i den forbindelse et referat fra en ekstraordinær generalforsamling den 5. december 2014, hvor dirigenten havde hævet generalforsamlingen, da den ikke var beslutningsdygtig. C eller D anmoder i deres e-mail om dokumentation for, at B skulle eje aktierne.

I forlængelse af henvendelsen fra C og D anmodede Erhvervsstyrelsen den 29. [januar] 2015 A om følgende:

- Bemærkninger til påstandene fra D og C .
- Kopi af samtlige originale dokumenter, der lå til grund for omdannelsen af selskabet.
- Dokumentation for hendes bemyndigelse til at foretage anmeldelsen.

Erhvervsstyrelsen modtog herefter en e-mail fra A den 30. januar, hvori hun angav, at hendes klient har været enejer af aktierne siden 2005. Hun videresendte her en e-mail til advokat E samt en erklæring. Af den videresendte korrespondance fremgik det, at der er uenighed mellem parterne om adkomsten til selskabet samt en række andre forhold. Desuden vedhæftes en erklæring, som skulle være underskrevet af D om overdragelse af hendes aktier i januar 2005.

Den 6. februar 2015 videresendte Erhvervsstyrelsen de modtagne dokumenter til klagerne med henblik på at modtage deres bemærkninger i sagen. Den 23. februar modtog Erhvervsstyrelsen en kopi af en e-mail fra advokat E sendt til A. Heraf fremgik, at advokat E fastholdte, at hans klient fortsat var kapitalejer i selskabet. Han anmodede i den forbindelse om kopi af aktiebogen og kopi af aktierne, som selskabets direktør B skulle være i besiddelse af. Han anmodede derudover om, at A besvarede Erhvervsstyrelsens spørgsmål og sendte kopi til ham. Erhvervsstyrelsen modtog herefter en bekræftelse på, at dette skulle anses som svar på Erhvervsstyrelsens skrivelse af 6. februar 2015.

I starten af marts modtog Erhvervsstyrelsen et opkald fra B. Han fastholdte at være eneste kapitalejer i selskabet. Han oplyste endvidere, at han ikke ønskede at fremvise aktiebogen i sagen, men ville have, at D og C fremlagde dokumentation for deres ejerskab. Han oplyste desuden, at A ikke længere ville repræsentere ham i denne sag. Erhvervsstyrelsen gjorde i den forbindelse opmærksom på, at en tvist om adkomsten til et selskab henhører under domstolene.

Den 10. marts 2015 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra B, hvor han gentog pointerne fra telefonsamtalen. Derudover vedhæftede han en e-mail til advokat E, hvor han bl.a. fastholdte, at selskabet ikke ønskede at bruge flere ressourcer på påstandene om ejerforholdene, og han betragter sagen som afsluttet. Han påstod desuden, at selskabet var omdannet.

Erhvervsstyrelsen gjorde per e-mail den 12. marts B opmærksom på, at selskabet ikke var omdannet, før omdannelsen var registreret, og at han ville høre fra Erhvervsstyrelsen, når der var truffet afgørelse i sagen.

Erhvervsstyrelsen får herefter oplyst per telefon, at klager ønskede at indgive en stævning, og Erhvervsstyrelsen modtog den 27. april 2015 en kopi af en stævning af selskabet på vegne af D og F fra 30. marts 2015. Erhvervsstyrelsen gjorde herefter den 28. april B og advokat E opmærksom på, at sagen om omdannelse blev sat i bero, indtil retten havde truffet afgørelse i sagen.

Den 13. maj modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra A, hvor hun stillede sig uforstående overfor, hvorfor omdannelsen endnu ikke var sket. Erhvervsstyrelsen beklagede i den forbindelse, at styrelsen ikke havde sendt kopi af e-mailen til B til A, da hun var anmelder på anmeldelsen om omdannelsen. Erhvervsstyrelsen oplyste, at styrelsen havde sat sagen i bero, indtil Retten i ... havde taget stilling til sagen.

A gør herefter opmærksom på, at hun ikke var enig i denne beslutning, da hun ikke mener, at ejerforholdet var gjort til en del af retssagen. A mente desuden ikke, at klager havde sendt dokumentation for ejerforholdet. Erhvervsstyrelsen gjorde hende herefter per e-mail og telefon opmærksom på, at ingen af parterne havde indgivet entydig dokumentation på, at de havde adkomst til selskabet, og en tvist vedr. adkomsten til et selskab henhører under domstolene, da en afklaring af ejerforholdene vil kræve en nærmere bevisvurdering m.v., hvilket falder uden for Erhvervsstyrelsens kompetence.

Erhvervsstyrelsen indvilgede herefter den 19. maj i at genoptage sagen med henblik på at træffe en afgørelse. Erhvervsstyrelsen anmodede i den forbindelse A om følgende:

- Kopi af aktiebogen.
- Bemærkninger til den påståede aktiebesiddelse fra D og C.
- En redegørelse for baggrunden for afholdelsen af generalforsamlingen den 29. december, herunder redegørelse for påstanden fra C og D omkring, at generalforsamlingen ikke var lovligt afholdt.

Erhvervsstyrelsen modtog herefter den 1. juni en redegørelse fra A, hvor hun redegjorde for, at B var eneste kapitalejer. A vedhæftede endvidere kopi af aktiebogen og række erklæringer på overdragelsen af aktierne i K A/S til B fra en række parter, herunder både C og D. Erhvervsstyrelsen sendte samme dag dokumenterne i høring ved E med henblik på klagers afsluttende bemærkninger.

Den 2. juni modtog Erhvervsstyrelsen et opkald fra B om, at dokumenterne ikke skulle være sendt til klager, da de var af afgørende betydning for retssagen. Erhvervsstyrelsen gjorde opmærksom på, at styrelsen havde gjort A opmærksom på, at dette var nødvendigt for styrelsens behandling af sagen.

Den 4. juni modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra advokat E, hvor han gjorde opmærksom på, at der fortsat var uenighed om ejerforholdet. Han fremsendte desuden kopi af seneste processkrift fra retssagen, hvoraf det blev gjort gældende, at D aldrig havde underskrevet den fremlagte erklæring om overdragelse af aktier, og dermed skulle have overdraget sine aktier til B, hvorfor D forsat skulle anses som ejer af selskabet. Kopi af dette blev fremsendt til A af advokat E.

Erhvervsstyrelsen modtog samme dag en e-mail fra A, hvor hun gjorde opmærksom på, at hun og B havde sendt så meget dokumentation, så der ikke længere kunne være tvivl om ejerforholdet. A angav desuden, at hun ikke forstod, at Erhvervsstyrelsen ikke bad om dokumentation for D påstande. Hun angav, at D skulle fremlægge dokumentation for, at hendes underskrifter var falske – også efter Erhvervsstyrelsens registrering af omdannelsen. A anmodede til sidst Erhvervsstyrelsen om straks at gennemføre registreringen. Alternativt anmodede A om, at Erhvervsstyrelsen omgående traf afgørelse om registreringsnægtelse, så hun kunne

indbringe sagen for Erhvervsankenævnet eller alternativt for domstolene.”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. juni 2015 hedder det:

”Nægtelse af registrering af omdannelsen af K A/S, CVR-nr. ...

...

Erhvervsstyrelsen har ud fra indkommende oplysninger, ..., konstateret, at der fortsat er tvivl om adkomsten til K A/S. En sådan tvist omkring adkomsten til et selskab henhører under domstolene. Erhvervsstyrelsen kan som registreringsmyndighed ikke foretage den nødvendige bevisvurdering af parternes påstande. Erhvervsstyrelsen har dertil konstateret, at overdragelsen af aktierne er gjort til genstand i den konkrete retssag, herunder påstanden om D ikke har underskrevet den konkrete overdrageserklæring.

På baggrund heraf er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at registreringen af omdannelsen ikke kan finde sted før, der er skabt klarhed om ejerforholdet, jf. selskabslovens § 16, stk. 3.

Styrelsen har mulighed for at offentliggøre en særlig tekst om, at der er tvivl om adkomsten til selskabet, hvis styrelsen finder behov for at sikre, at offentligheden orienteres herom. Styrelsen har dags dato foretaget en sådan offentliggørelse på K A/S.

Erhvervsstyrelsen har ligeledes som konsekvens af den opståede konflikt spærret for at foretage digitale straks registreringer via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v., og samtlige registreringer vil derfor skulle behandles af en medarbejder i Erhvervsstyrelsen, og så længe den opståede konflikt ikke er afgjort, kan der alene foretages registreringer, hvis parterne er enige herom.
...”

I klageskrivelse af 25. juni 2015 har advokat A anført:

”...

[Erhvervsstyrelsen] skriver ikke i [sin redegørelse], at [styrelsen] sammen med mit brev også modtog yderligere 7 erklæringer:

1. 2 erklæringer fra D, da hun overdrog alle sine aktier til broren, B den 31.12.2004 ...
2. En skriftlig bekræftelse på dette fra D den 16.01.2005...
3. En erklæring fra D, bevidnet af mig den 11. maj 2005..
4. En erklæring fra moderen C om ejerforholdene...
5. En erklæring fra datteren G om ejerforholdene...
6. En erklæring fra datteren F om ejerforholdene...

Alle disse erklæringer er dokumentation for, at familien allerede i 1997 vedtog, at aktierne skulle overgå til B og, at han i over 10 år har været enejer.

4 af disse erklæringer er underskrevet og bevidnet af mig på mit kontor for ca. 10 år siden.

Endelig medsendte jeg som oplyst aktiebogen.

På den baggrund forekommer det fuldstændigt uforståeligt, at D og C uden nogen som helst dokumentation kan få lov til af Erhvervsstyrelsen at chikanere en registrering af en omdannelse.

C og D har gjort alt, hvad de kan for at chikanere selskabet.

De har foranlediget selskabets konto spærret af banken i en længere periode...

De har forgæves forsøgt at begære selskabet konkurs... Konkursen blev afvist, og selskabet fik tilkendt 8.000 kr. i sagsomkostninger.

De har startet den ene sag efter den anden mod selskabet og mod B, hvilket har påført selskabet så betydelige omkostninger, at B forsøger at føre sagerne selv, så langt som han mener, at han kan i et forsøg på at spare advokatomkostninger.

Som et eksempel kan nævnes, at D har beskyldt B for at have stjålet hendes lejekontrakt. Men da hun startede en fogedsag mod K A/S fremlagde hun selv lejekontrakten i sagen.

Under fogedsagen har hun og hendes mor, C påstået selskabets opsigelse ugyldig med den begrundelse, at B ikke er tegningsberettiget i selskabet, da omdannelsen ikke er registreret! Det gav fogedretten dem medhold i med henvisning til den manglende omregistrering, så den sag kører nu ved landsretten.

Omkostningerne løber op og løber op, fordi registreringen ikke sker.
..."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen fornævnte redegørelse af 6. august 2015 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”Retlige forhold

Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at hvis Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet. Dette gør sig bl.a. gældende i tilfælde, hvor der er tvivl om adkomsten til et selskab.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009:

Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forholdte, eksempelvis fordi der er tvivl om ejerskabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi ingen af de to kapital-ejere har majoriteten af stemmerne.

I stk. 3 foreslås det derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, kan træffe beslutning om at stille indgivne anmeldelser om registreringer i bero, indtil forholdet er afklaret, f.eks. ved at ejerskabet til kapitalandelene er afklaret. Dette kan ske ved, at styrelsen blokerer for selvregistrering i styrelsens it-system eller ved, at modtagne anmeldelser sættes i bero i styrelsen.

Afklaringen af ejerskabet til et selskab vil i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens erfaring ofte forudsætte en bevisbedømmelse mv., som ligger uden for styrelsens kompetence. Den endelige adkomst til selskabet kan afklares på flere måder. Der kan eksempelvis være tale om en aftale mellem de involverede parter, mægling, voldgift eller en domstolsafgørelse.

Der fremgår endvidere i selskabslovens § 16, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen kan offentliggøre en meddelelse om grundlaget for styrelsens beslutning i styrelsens it-system.

Efter de gældende regler er det ikke muligt for offentligheden at få kendskab til, at der i et konkret selskab er tvivl om ejerforholdene. Det vurderes imidlertid, at det er relevant for offentligheden, herunder eventuelle fremtidige aftalepartnere mv., at få kendskab til denne tvivl. Det foreslås som følge heraf i stk. 3, 2. pkt., at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i styrelsens it-system kan offentliggøre oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene.

Vedrørende omdannelse af et aktieselskab til et anpartsselskab følger det af selskabslovens § 322, at omdannelsen får retsvirkning på registreringspunktet.

§ 322. Et aktieselskabs omdannelse til anpartsselskab anses som sket, når selskabets vedtægter er ændret således, at de opfylder kravene for anpartsselskaber, og når omdannelsen er registreret i Erhvervsstyrelsens it-system.

Styrelsens bemærkninger til As klage

Indledningsvis anfører A, at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse kun har anført, at Erhvervsstyrelsen den 1. juni havde modtaget en erklæring fra C og ikke anført de øvrige syv erklæringer.

Erhvervsstyrelsen skal beklage dette. Alle erklæringer er sendt til høring ved klagers advokat. Erhvervsstyrelsen har også i afgørelsen været opmærksom på, at der er modtaget både erklæringer fra C og D, der begge har angivet overfor Erhvervsstyrelsen at have adkomst til selskabet.

...

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at styrelsen ikke kan foretage den nødvendige bevisbedømmelse af de fremlagte dokumenter til at afklare ejerforholdene i selskabet, da dette ligger uden for styrelsens kompetence. Det fremgår i den forbindelse af det tilsendte processkrift fra sagen ved Retten i .. at D påstår ikke at have underskrevet erklæringen om overdragelse. Erhvervsstyrelsen har derfor registreringsnægtet omdannelsen, da der er tvivl om adkomsten til selskabet.

Erhvervsstyrelsen bemærker desuden, at styrelsen gentagne gange, både overfor A og B, har gjort opmærksom på, at en tvist omkring adkomsten til selskabet henhører under domstolene, ligesom styrelsen allerede i sin første høring vedr. anmeldelsen gjorde opmærksom på, at Erhvervsstyrelsen efter selskabslovens § 16, stk. 3, kan træffe beslutning om, at registreringen af omdannelsen ikke kan finde sted før, der er skabt klarhed om adkomsten til selskabet.

...

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at det fremgår af selskabslovens § 322, at registreringen af en omdannelse først får retsvirkning ved registrering. Dette har Erhvervsstyrelsen også tidligere gjort B opmærksom på. B har således på intet tidspunkt været registeret som tegningsberettiget i selskabet alene, da tegningsreglen kun ville blive ændret, hvis registreringen af omdannelsen var godkendt.

Erhvervsstyrelsen har ved registreringsnægtelsen af omdannelsen registreret, at der er uenighed om adkomsten til selskabet. Det er således offentliggjort over for omverdenen, herunder selskabets interessenter, at der er uenighed omkring ejerskabet og ikke kan foretages ændringer i selskabet uden parterne er enige herom.

Afslutningsvis bemærker Erhvervsstyrelsen, at A ikke er fremkommet med nye oplysninger i sagen, der kan føre til registrering af omdannelsen. Erhvervsstyrelsen gjorde i forbindelse med behandlingen af sagen opmærksom på, at Erhvervsstyrelsen ikke kunne godkende registreringen af omdannelsen, så længe der var tvivl om adkomsten til selskabet, og en evt. registrering af omdannelsen måtte afvente udfaldet af sagen ved Retten i Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse er der fortsat ikke skabt klarhed for adkomsten til K A/S.”

Ved skrivelse af 6. august 2015 er advokat E på vegne af D indtrådt i sagen til støtte for Erhvervsstyrelsen og har i den forbindelse anført blandt andet:

”...

Jeg kan til orientering oplyse, at jeg på vegne af min klient har anlagt en retssag mod selskabet, med krav om betaling af et pengebeløb.

Derudover er parterne, min klient D, og klager B, der mener at være eneaktionær i ovennævnte selskab, uenig om hvem der er rette ejer af aktierne i selskabet.

[Af] ...mit processkrift II i retssagen ... fremgår, at civilretten nu må tage stilling til ejerforholdene i selskabet, hvilket ikke er noget B egenhændigt kan afgøre nu, hvor selskabets ejerforhold er omtvistede.

Det er således på baggrund heraf helt og aldeles korrekt og helt på sin plads, at Erhvervsstyrelsen har nægtet omdannelsen af selskabet, idet selskabets tegningsregel ikke blev fulgt, da B ikke kan tegne selskabet alene, ligesom selskabet ikke kan afholde ekstraordinær generalforsamling uden at indkalde alle aktionærerne, ligesom bestyrelsen heller ikke har været indkaldt til den ekstraordinære generalforsamling.

Jeg skal i den forbindelse endvidere bemærke, at det må anses for højest tvivlsomt om klager og dennes advokat A har været berettiget til overhovedet at indkalde til generalforsamlingen der blev afholdt den 29. december 2014. Jeg henviser i den forbindelse til selskabslovens § 93, stk. 1, hvorefter at generalforsamlinger indkaldes og tilrettelægges af det centrale ledelsesorgan, i nærværende selskab bestyrelsen, hvilken regel klager i forbindelse med generalforsamlingens afholdelse egenhændigt ganske uberettiget har tilsidesat, idet bestyrelsen end ikke er blevet informeret herom.

Jeg skal i den endelig bemærke, at advokat A på vegne af klager på intet tidspunkt under sagsforløbet har været i tvivl om, at selskabets ejerforhold hele tiden har været bestridt, hvorfor det er højest betænkeligt, at advokat A desuagtet har forsøgt at fremme omdannelsen i Erhvervsstyrelsen.

Jeg skal på baggrund heraf således gøre gældende, at Erhvervsstyrelsens afgørelse skal stadfæstes, hvorefter det må være op til civilretten at træffe nærmere afgørelse omkring selskabets ejerforhold, før end en registrering af omdannelsen kan finde sted.
..."

Advokat H har på vegne af klager ved skrivelse dateret 10. august 2015 - modtaget i Erhvervsankenævnet den 17. august 2015 – anført:

” ...

Erhvervsstyrelsens skrivelse af 6. august 2015 i sagen giver ikke anledning til at ændre klagers påstand I om, at registreringsnægtelsen skal ophæves, og styrelsen skal registrere ændringen af selskabet.

Klager nedlægger selvstændig påstand II om at registrering af tvivl om ejerforhold til selskabet skal slettes fra styrelsens it-system.

...

Sagens retlige forhold

Ad påstand I

Udgangspunktet i styrelsens sagsbehandling af registreringer er, at anmelderen er ansvarlig for rigtigheden af anmeldelsens indhold, jf. SL §

15, samt noterne til bestemmelsen. Udgangspunktet er således, at styrelsen skal foretage registreringen, med mindre registreringen strider mod lovgivningen eller selskabets vedtægter. Viser det sig efter registreringen, at anmelderen har afgivet urigtige eller lovstridige oplysninger, skal styrelsen ændre registreringen, og eventuelt indlede sag mod anmelderen.

SL § 16, stk. 1 understreger udgangspunktet om at der skal ske registrering af ændringer, og at styrelsen efterfølgende kan bede anmelderen reparere eventuelle fejl.

SL § 16, stk. 3, er en snæver undtagelse til udgangspunktet. Der fremgår af SL § 16, stk. 3, at der skal være "tvivl" om lovligheden af en registrering.

Klager gør gældende at der ikke er tvivl om lovligheden, idet klager har fremlagt behørig dokumentation for ejerforholdene i selskabet. Dokumentationen er skrevet til vitterlighed af en advokat, samt en række vidner. Advokaten har indestået for underskrifternes gyldighed over for styrelsen.

Der er ikke skabt tvivl om lovligheden alene fordi 2 af bestyrelsesmedlemmerne, pludselig ikke vedstår de overdragelseserklæringer bestyrelsesmedlemmerne underskrev i 2005. De har overhovedet intet gjort for at bevise deres chikanøse påstand, og Styrelsen har haft helt ensidige krav til dokumentation for ejerholdene på trods af adskillige opfordringer til Erhvervsstyrelsen fra såvel B som advokat A om, at de to bestyrelsesmedlemmer skulle dokumentere deres ejerforhold.

De to bestyrelsesmedlemmer har i forvejen på alle måder forsøgt at chikanere selskabet bl.a. ved at indgive en ubegrundet konkursbegæring mod selskabet og spærre for selskabets udbetalinger i banken. Indsigelsen om ejerforholdet er blot endnu en chikanøs handling.

De to bestyrelsesmedlemmer har på trods af opfordringer fra klager og dennes advokat siden januar 2015 ikke engang villet oplyse, hvordan ejerforholdene var efter deres opfattelse.

I et processkrift, dateret den 31. juli 2015 har de omsider oplyst, at C ikke er medejer, og at D efter deres opfattelse er medejer med 25 % af aktierne i selskabet, hvilket dog fortsat er bestridt.

Med et 75 % ejerskab ville B kunne have gennemført omdannelsen til et ApS uden bestyrelsen uden at have samtykke fra 25 % -ejereren såvel efter selskabslovens regler som efter vedtægterne.

Klager gør endelig gældende, at der ved "tvivlskriteriet" gælder et kriterie om berettiget tvivl. Der er næppe berettiget tvivl in casu.

...

Klager gør ... gældende, at styrelsen ikke har hjemmel til at indfortolke et krav om "entydig dokumentation", idet det ikke fremgår et krav om

”entydig dokumentation”, hverken af ordlyden i § 16, stk. 3, eller af forarbejderne til denne bestemmelse.

Endelig gør klager gældende, at SL § 16, stk. 3 skal fortolkes snævert. For det første fordi bestemmelsen er en undtagelse. For det andet fordi retsfølgen af bestemmelsen er skønspræget, hvilket følger af at styrelsen ikke har pligt til at nægte registrering, men ”kan” nægte registrering.

Endelig gør klager gældende, at der ud fra en retssikkerhedsbetragtning må gælde en snæver fortolkning af tvivlskriteriet. Det er uhyre indgribende for et selskab at blive frataget muligheden for at agere bedst muligt for selskabet.

Til slut også samfundsøkonomiske forhold for, at det klare udgangspunkt er, at der skal være berettiget tvivl om adkomsten før registrering nægtes. Hvis registreringsanmodninger i sager hvor anmelder har entydig dokumentation for ejerforholdene, kan stoppes på ubestemt tid, ofte i flere år, ved rent chikanøse indsigelser, uden dokumentation for indsigelserne, vil virksomhedsejere være forhindret i at drive deres virksomhed optimalt, med tab til følge for såvel virksomheden som samfundet.

Ad påstand II

Styrelsen har valgt af egen drift at hænge selskabet ud i en offentlig gæbestok i styrelsens it-system, hvoraf fremgår at der er tvivl om ejerforholdene. Dette er en uproportional sanktion set i forhold til, at der ikke er berettiget tvivl om ejerskabet til selskabet.”.

Erhvervsstyrelsen er i indlæg af 4. september 2015 fremkommet med følgende bemærkning:

”...

Klagers påstand I

...

Erhvervsstyrelsen bemærker, at registreringens lovlighed afhænger af, hvorvidt den afholdte generalforsamling er lovligt afholdt, således beslutningen om omdannelsen er lovligt vedtaget. Parterne er på grund af tvisten om ejerforholdene ikke enige om, hvorvidt generalforsamlingsbeslutningen er lovlig.

Erhvervsstyrelsen kan i den forbindelse ikke foretage en bevisvurdering i forhold til de indgivne dokumenter, da falder uden for styrelsens kompetence og henhører under domstolene. Erhvervsstyrelsen er derfor af den opfattelse, at der er tvivl om lovligheden af den anmeldte registrering, jf. selskabslovens § 16, stk. 3, og bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009.

Erhvervsstyrelsen bemærker dertil, at parterne efter Erhvervsstyrelsens opfattelse hele tiden har været enige om, at det var B, der var i besiddelse af aktiebogen. B ønskede dog ikke i første omgang at fremvise denne.

Efter Erhvervsstyrelsen modtog aktiebogen og samtlige erklæringer, anmodede styrelsen straks om Es bemærkninger hertil. E gjorde herefter Erhvervsstyrelsen opmærksom på, at D i forbindelse med retssagen havde gjort gældende, at hun ikke vedkendte sig at have underskrevet erklæringen om overdragelse af aktier, og parterne fortsat var uenige om ejerforholdet.

Erhvervsstyrelsen kan ikke fortage en bevisvurdering i forhold til, hvorvidt erklæringerne er underskrevet af D eller ej.

... [Erhvervsstyrelsen] bemærker, at styrelsen i første omgang blot ville sætte sagen i bero indtil, der var skabt klarhed omkring ejerforholdet i forbindelse med retssagen. A anmodede dog om en afgørelse straks, hvorfor Erhvervsstyrelsen måtte registreringsnægte omdannelsen.

Såfremt selskabet fortsat skal omdannes til et anpartsselskab, når der er skabt klarhed omkring ejerforholdet, må selskabet indgive en anmeldelse herom på ny.

Erhvervsstyrelsen bemærker desuden, at de nye oplysninger, som H kommer med, angiver, at der fortsat ikke er skabt klarhed om ejerforholdene og således heller ikke om generalforsamlingsbeslutningen, hvor omdannelsen blev vedtaget, var lovlig.

Erhvervsstyrelsen er derfor også af den opfattelse, at der var, og fortsat er, tvivl omkring lovligheden af den anmeldte registrering.

...

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at begrebet »entydig dokumentation« ikke er blevet brugt som et led i afgørelsen, men til i sagsbehandlingen i maj at forklare A, at der ikke på det tidspunkt var indgivet dokumentation fra nogen af parterne, der skabte klarhed om ejerforholdet i selskabet. Erhvervsstyrelsen havde her udelukkende modtaget en kopi af en erklæring, som skulle være underskrevet af D, men hverken aktiebogen eller de øvrige erklæringer.

...

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at styrelsen ikke skal have dokumentation for at en anmeldt registrering er ulovlig for at kunne registreringsnægte den efter selskabslovens § 16, stk. 3. Styrelsen kan ikke foretage en bevisvurdering af den erklæring, som D påstår ikke at have underskrevet. Denne påstand, som endvidere er taget til en domstol i et civilretligt søgsmål, er genstanden for den tvivl, som styrelsen har vurderet, der er i forhold til adkomsten til selskabet og dermed den anmeldte registrerings lovlighed.

Klager må derfor afvente den afgørelse fra Retten i ..., der skaber klarhed for, om omdannelsen var lovligt vedtaget.

Klagers påstand II

...

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at spørgsmålet om adkomsten til selskabet er taget til en domstol, hvorfor det er relevant at offentliggøre en sådan tekst i forbindelse med afgørelsen, således samhandelspartnere, bank, mv. har mulighed for at disponere på grundlag af heraf.

Samtidig har begge parter i sagen angivet, at modparten ikke udgjorde selskabets ledelse og givet udtrykt for bekymring for, at modparten ville prøve at tegne selskabet, eksempelvis overfor banken. B har eksempelvis skriftligt gjort E opmærksom på, at bestyrelsen var fratrukket den 29. december 2014. Der er således heller ikke enighed om, hvem der tegner selskabet, hvilket Erhvervsstyrelsen med offentliggørelsen gør opmærksom på.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at bliver Erhvervsstyrelsen bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Erhvervsankenævnet tiltræder ud fra de foreliggende oplysninger om uenigheden om adkomstforholdene til K A/S, at der foreligger en sådan tvivl om lovligheden af beslutningen om omdannelse af selskabet til et anpartsselskab, at styrelsen har nægtet at registrere anmeldelsen før der er skabt klarhed om ejerforholdet, jf. § 16, stk. 3. Afklaring af ejerforholdene er et anliggende, der i mangel af enighed eller aftale om voldgiftsbehandling til fastlæggelse heraf, henhører under domsto-

lene. Spørgsmålet ses også at være gjort til genstand for domstolsbehandling i et civilt søgsmål anlagt ved Retten i

Ankenævnet tiltræder endvidere, at Erhvervsstyrelsen i styrelsens it-system har offentliggjort, at der er tvivl om adkomsten til selskabet, jf. § 16, stk. 3, 3. pkt. Der er herved lagt vægt på hensynet til omverdenens interesse i kendskab til forholdene i selskabet. Klagers indsigelse heroverfor tages således ikke til følge.

Endelig tiltrædes det, at styrelsen som konsekvens af den opståede konflikt har spærret for digital straksregistrering vedrørende K A/S via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk indtil konflikten er afgjort.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. juni 2015.

12) Kendelse af 26. april 2016 (J.nr. 2015-12582).

Erhvervsstyrelsen skulle på den anførte baggrund indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B ApS i overensstemmelse med K A/S' anmodning herom.

Selskabslovens §§ 89, stk. 2, og 93, stk. 2.

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

Ved skrivelse af 13. oktober 2015 har advokat A på vegne af K A/S [Pengeinstituttet] klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 16. september 2015 har nægtet at tage stilling til K A/S' anmodning om styrelsens indkaldelse til generalforsamling efter selskabslovens § 93, stk. 2, i B ApS før en tvist om adkomsten til selskabet er afgjort.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. september 2015 hedder det:

”B ApS, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har den 10. juli 2015 modtaget en henvendelse fra Advokatfuldmægtig E, Advokatpartnerselskab F, der repræsenterer K A/S. Det fremgår af henvendelsen, at K A/S har tiltaget sig samtlige rettigheder over C's og D's anparter i B ApS, CVR-nr. Som dokumentation herfra er vedlagt en pantsætningserklæring samt en opsigelse af ovennævntes engagement med K A/S.

Advokatfuldmægtig E ønsker ifølge henvendelsen, at Erhvervsstyrelsen indkalder til ekstraordinær generalforsamling efter reglerne i selskabslovens § 93, stk. 2.

Den 19. august 2015 fremsender Erhvervsstyrelsen et høringsbrev til selskabet til orientering om ovennævnte. Samtidig gives selskabet en frist til 3. september 2015 til at afgive eventuelle bemærkninger til anmodningen fra Advokatfuldmægtig E.

Den 3. september 2015 modtager Erhvervsstyrelsen en e-mail med kopi af selskabets ejerbog, hvoraf det fremgår, at selskabets anparter ejes af C og D med hver 50 pct. af den nominelle anpartskapital.

Da selskabet i øvrigt ikke ved e-mailen af 3. september 2015 forholdt sig til styrelsens varsling af indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling, og da den indsendte ejerbog ikke afspejlede den pantsætningsaftale, som tidligere var indsendt af K A/S, anmodede Erhvervsstyrelsen endnu en gang selskabet om at kommentere på anmodningen. Selskabets eventuelle kommentarer skulle være modtaget senest den 11. september 2015.

Selskabet har den 12. september 2015 oplyst, at de ikke er enige i, at K A/S retmæssigt har erhvervet rettigheder i selskabet, og at banken således ikke er berettiget til at anmode om indkaldt til en generalforsamling.

Erhvervsstyrelsen er offentliggørelses- og registreringsmyndighed for samtlige danske kapitalselskaber. Erhvervsstyrelsen har ikke kompetence til den egentlige bevismæssige bedømmelse af aftaler såsom pantsætningsaftaler, ligesom styrelsen ikke kan foretage vurdering af en eventuel misligholdelse af det underliggende forhold, hvilket er en nødvendighed for at afgøre, hvem der besidder rettighederne til anparterne i B ApS.

En sådan bevisvurdering henhører under domstolene, hvorfor styrelsen henviser parterne til, at der må anlægges en retssag til afgørelse af spørgsmålet om adkomsten til selskabets anparter.

Da der således efter styrelsens opfattelse hersker tvivl om adkomsten til selskabets anparter, har styrelsen truffet afgørelse om at lukke for alle registreringer på selskabet, indtil styrelsen modtager dokumentation for, at ejerskabet er afklaret enten ved dom, voldgiftsavgørelse eller forlig.

Eneste undtagelse hertil vil være beslutninger, som i enighed er truffet på en generalforsamling, hvor begge parter har deltaget.

Hertil skal endvidere bemærkes, at hvis parterne ikke i enighed udarbejder, godkender og indsender årsrapport for selskabet, så styrelsen har modtaget godkendt årsrapport for selskabet inden indsendelsesfristen i årsregnskabslovens § 138, vil selskabet blive oversendt til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. årsregnskabslovens § 150.

Styrelsen vil ikke, før tvisten om adkomsten til selskabet er endelig afgjort, tage stilling til om der skal afholdes en eventuel styrelsesgeneralforsamling i selskabet.

Da der foreligger en tvist om adkomsten til anparterne i selskabet, har styrelsen ændret den offentliggjorte tekst på selskabets tegningsregel til følgende:

”[Erhvervsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet].”

”Klage over Erhvervsstyrelsens afvisning i sag ... - B ApS

Samtidig har styrelsen offentliggjort følgende meddelelse på selskabet:

”Så længe der er uenighed om adkomsten til anparterne i selskabet, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning medmindre parterne er enige herom.”
...”

I klageskrivelse af 13. oktober 2015 har advokat A anført:

Som advokat for K A/S skal jeg hermed indbringe Erhvervsstyrelsens afvisning af 16. september 2015, hvor Erhvervsstyrelsen afviste at indkalde til generalforsamling i B ApS, CVR-nr. ..., i henhold til Selskabslovens § 93, stk. 2, for Erhvervsankenævnet. Erhvervsstyrelsens afvisning er vedlagt

Jeg skal anmode Erhvervsankenævnet om at pålægge Erhvervsstyrelsen, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B ApS, jf. selskabslovens § 93, stk. 2, til valg af ny direktion i selskabet.

Subsidiært gøres det gældende, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Erhvervsstyrelsen.

1. SAGSFREMSTILLING

C og D har ved pantsætningserklæring af 30. januar 2014 pantsat deres anparter på nom. DKK 125.000,00 i B ApS til sikkerhed for F v/ C forpligtelser over for K A/S. Pantsætningsaftalen vedlægges som

K A/S har ved brev af 22. september 2014 opsagt engagementet med F v/ C til fuld indfrielse senest den 1. november 2014. Brev af 22. september 2014 vedlægges som ...

F v/ C har ikke formået at indfri sine forpligtelser over for K A/S.

Som en konsekvens heraf tiltog K A/S sig, som pantstager, samtlige rettigheder, såvel forvaltningsmæssige som økonomiske, over anparterne i B ApS, jf. brev af 12. juni 2015. Brev af 12. juni 2015 vedlægges som ...

K A/S har i henhold til selskabslovens § 89, stk. 2, hvorefter enhver anpartshaver kan forlange, at der afholdes en ekstraordinær generalforsamling, ved brev af 22. juni 2015, anmodet direktør i B ApS, C, om, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, hvor der skulle ske valg til direktionen. Uanset at C som direktør og dermed "det centrale ledelsesorgan" har en forpligtelse til at indkalde til generalforsamling i medfør af Selskabslovens § 93, stk. 1, afviste C at indkalde. Brev af 22. juni 2015 og direktørens afvisning vedlægges som ... og

K A/S var derfor nødsaget til at anmode Erhvervsstyrelsen om, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, jf. selskabslovens § 93, stk. 2, hvilket skete den 10. juli 2015 med en hasteanmodning. Begrundelsen for hasteanmodningen var, at K A/S ikke har mulighed for at sikre sit pant, så længe C fortsat er direktør i selskabet, og dermed fortsat kan tegne selskabet.

Efter at have rykket Erhvervsstyrelsen for svar flere gange modtog jeg mail af 17. august 2015 fra Erhvervsstyrelsen om, at jeg ville høre nærmere snarest.

Den 19. august fremsendte Erhvervsstyrelsen høringsbrev til selskabet med anmodning om fremsendelse af selskabets ejerbog, hvilket blev fremsendt den 3. september 2015. Selskabets ejerbog vedlægges som ...

Erhvervsstyrelsen gav herefter selskabet endnu en frist til at komme med bemærkninger, da det ikke af ejerbogen fremgik, at anparterne var pantsat.

I mail af 12. september 2015 anerkendte C, at K A/S har pant i anparterne i B ApS, men at banken efter hans opfattelse "har tiltaget sig rettigheder udover det påtænkte". Mail af 12. september 2015 vedlægges som ...

På denne baggrund afviste Erhvervsstyrelsen at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, jf. ...

2. Anbringender

Til støtte for, at Erhvervsstyrelsen skal pålægges at indkalde til ekstraordinær generalforsamling gøres det gældende:

- At der er indgået en gyldig pantsætningsaftale mellem K A/S og C og D,
- At det er ubestridt, at C har misligholdt sit engagement med K A/S,

- At C i mail af 12. september 2015 anerkender, at K A/S har pant i anparterne i B ApS,
- At det af pantsætningsaftalen klart fremgår, at K A/S ved pantsætters misligholdelse er berettiget til at tiltage sig alle pantsætters rettigheder over anparterne, hvorfor K A/S utvivlsomt ikke har tiltaget sig mere end aftalt,
- At det er uden betydning for denne sag, at det ikke i selskabets ejerbog er anført, at anparterne er pantsat til K A/S. Bemærkningerne i ejerbøger omkring pantsætning af anparter er alene en sikringsakt for pantnaver i forhold til pantsætters kreditorer og godtroende aftaleerhververe. Manglende bemærkning om en pantsætning i ejerbogen fører ikke til, at der inter partes ikke er en gyldig pantsætningsaftale,
- At der således ikke er tale om en bevisvurdering for Erhvervsstyrelsen, og
- At Erhvervsstyrelsen skal indkalde til den ekstraordinære generalforsamling i medfør af Selskabslovens § 93, stk. 2, da direktøren/det centrale ledelsesorgan har afvist at indkalde, uanset at K A/S, efter at have tiltrådt sit pant i selskabets anparter i medfør af Selskabslovens § 89, stk. 2, har anmodet direktøren om at indkalde.

..."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 12. november 2015 udtalt:

”...

Indledningsvis kan det oplyses, at styrelsen indstiller, at ankenævnet fastholder styrelsens afgørelse af 16. september 2015 om at afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B ApS, CVR-nr. ..., da der er tvist om adkomsten til anparterne i selskabet.

Sagens faktiske omstændigheder

Den 10. juli 2015 (...) modtog Erhvervsstyrelsen en henvendelse fra Advokatfuldmægtig E, Advokatpartnerselskab F, der repræsenterer K A/S. Det fremgår af henvendelsen, at K A/S har tiltaget sig samtlige rettigheder over C og D anparter i B ApS, CVR-nr. ..., hvilke udgør nominelt 125.000,00 kr.

Advokatfuldmægtig E anmodede i sin skrivelse Erhvervsstyrelsen om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet efter selskabslovens § 93, stk. 2. Anmodningen begrundedes med, at K A/S den 22. juni 2015 anmodede direktøren i B ApS om, at afholde ekstraordinær generalforsamling med henblik på at afholde valg til direktionen, hvilket selskabets direktør (C) skriftligt afviste.

Som dokumentation for ovenstående forhold var anmodningen til Erhvervsstyrelsen bilagt pantsætningsaftale af 30. januar 2014 (...), meddelelse til B ApS om pantsætning af anparter af 29. januar 2014 (...), skrivelse angående opsigelse af engagementet af 22. september 2014 (...), skrivelse angående tiltagelse af rettigheder over anparterne af 12. juni 2015 (...), anmodning om afholdelse af ekstraordinær generalforsamling af 22. juni 2015 (...) samt direktørens svar hertil (...).

Erhvervsstyrelsen fremsendte den 19. august 2015 et høringsbrev til B ApS, hvori styrelsen orienterede selskabet om den indgivne anmodning og gav selskabet frist til 3. september 2015 til at afgive eventuelle bemærkninger. Den 3. september 2015 modtog styrelsen selskabets ejerbog (...), hvoraf det fremgår, at C og D hver ejer 50 % af anpartskapitalen, hvilken udgør 126.000,00 kr. Der var ikke i ejerbogen anført anmærkning om pantsætning.

Idet ejerbogen ikke afspejlede den af Advokatfuldmægtig E tidligere fremsendte pantsætningsaftale, anmodede styrelsen i mail af 9. september 2015 (bilag ...) selskabet om at be- eller afkræfte K A/S' indtrædelse i anparternes rettigheder samt kommentere anmodningen om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling. C oplyste i mail af 12. september 2015 (...), at han og D ikke er enige i, at K A/S' retmæssigt har erhvervet rettighederne i selskabet. De mener, at K A/S har tiltaget sig rettigheder udover det aftalte. C afviser på denne baggrund, at der skal indkaldes til ekstraordinær generalforsamling.

Erhvervsstyrelsen afviste den 16. september 2015 Advokatfuldmægtig Es anmodning om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling (...). Styrelsen lagde i den forbindelse vægt på, at der forelå uenighed om rettighederne til anparterne og dermed uenighed om, hvorvidt K A/S kan kræve afholdelse af ekstraordinær generalforsamling indkaldt af Erhvervsstyrelsen efter selskabslovens § 93, stk. 2. Erhvervsstyrelsen oplyste i den forbindelse, at styrelsen ikke har kompetence til en egentlig bevismæssig bedømmelse af aftaleforholdet og det underliggende forhold, hvilket er nødvendigt for at afgøre, hvem der besidder rettighederne til anparterne i B ApS.

Erhvervsstyrelsen traf desuden afgørelse om, at lukke for adgangen til at foretage registreringer i selskabet, på nær beslutninger truffet i enighed af parterne, indtil tvisten om rettighederne er afklaret, og styrelsen modtager dokumentation herfor. Erhvervsstyrelsen offentliggjorde dette på Virk.dk og ændrede tillige den offentliggjorte tekst på selskabets tegningsregel, således at opmærksomheden henledes på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet.

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af selskabslovens § 93, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen indkalder til ekstraordinær generalforsamling, såfremt det centrale ledelsesorgan undlader at indkalde en generalforsamling, som skal afholdes efter

loven, vedtægterne eller en generalforsamlingsbeslutning. Indkaldelsen sker efter anmodning fra et medlem af selskabets øverste eller centrale ledelsesorgan, en eventuel revisor eller en kapitalejer. Det følger af selskabslovens § 89, stk. 2, at enhver kapitalejer kan forlange, at der afholdes en ekstraordinær generalforsamling.

Erhvervsstyrelsen indkalder således til ekstraordinær generalforsamling efter § 93, stk. [2], såfremt det centrale ledelsesorgan undlader at indkalde til en ekstraordinær generalforsamling, som en kapitalejer har forlangt efter § 89 stk. 2.

Når der fremkommer en anmodning om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling jf. § 93, stk. 2 i henhold til § 89, stk. 2, er det styrelsens praksis at anmode om dokumentation for, at den pågældende er kapital-ejer i selskabet, samt dokumentation for at opfordring om afholdelse af generalforsamling er tilstillet det centrale ledelsesorgan.

Erhvervsstyrelsen kan, såfremt der er tvivl om lovlighed af foretagne eller anmeldte registreringer, træffe beslutning om at lukke adgangen til at foretage registreringer i et selskab, indtil der er skabt klarhed om forholdet jf. selskabslovens § 16, stk. 3, og kan offentliggøre en meddelelse på Virk.dk om grundlaget for denne beslutning.

Det fremgår af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009, at:

Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forhold, eksempelvis fordi der er tvivl om ejerskabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi ingen af de to kapitalejere har majoriteten af stemmerne.

I stk. 3 foreslås det derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, kan træffe beslutning om at stille indgivne anmeldelser om registreringer i bero, indtil forholdet er afklaret, f.eks. ved at ejerskabet til kapitalandelene er afklaret. Dette kan ske ved, at styrelsen blokerer for selvregistrering i styrelsens it-system eller ved, at modtagne anmeldelser sættes i bero i styrelsen.

Afklaringen af ejerskabet til et selskab vil i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens erfaring ofte forudsætte en bevisbedømmelse mv., som ligger uden for styrelsens kompetence. Den endelige adkomst til selskabet kan afklares på flere måder. Der kan eksempelvis være tale om en aftale mellem de involverede parter, mægling, voldgift eller en domstolsafgørelse.

Styrelsens vurdering

Erhvervsstyrelsen afviste den 16. september 2015 Advokatfuldmægtig Es anmodning om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, og traf samtidig afgørelse om at lukke for al registrering i selskabet, med-

mindre parterne er enige, indtil Erhvervsstyrelsen modtager behørig dokumentation for, at tvisten om adkomsten til selskabet er afklaret.

Hvis der er tvist om ejerskabet til ejerandelene i et selskab, lukker styrelsen for al registrering, indtil Erhvervsstyrelsen modtager behørig dokumentation for, at tvisten er afklaret, medmindre parterne er enige om, at den pågældende registrering skal foretages.

Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke imødekomme en anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, før styrelsen modtager behørig dokumentation for, at spørgsmålet om ejerskabet er afklaret, da der først herefter er klarhed om, hvem der kan anmode om generalforsamling, og hvem der kan deltage i en generalforsamling.

Styrelsen gør i den forbindelse opmærksom på, at styrelsen er varsom med at lukke for registrering i et selskab, da det er meget indgribende for et selskab, men når der er tale om komplicerede forhold i et selskabs interne forhold med alvorlig uenighed til følge, er styrelsen ikke rette myndighed for afgørelsen af konflikten. En afgørelse af konflikten vedrørende pantsætningsaftalens gyldighed vil sædvanligvis kræve vidneforklaringer, og her er domstolene det rette forum.

Det af Advokat A anførte om, at der er indgået en gyldig pantsætningsaftale mellem K A/S og C og D, at der er sket misligholdelse af pantsætningsaftalen, kan ikke føre til en ændret vurdering, da styrelsen ikke har kompetence til at foretage en egentlig bevismæssig bedømmelse af aftaler såsom pantsætningsaftaler, ligesom styrelsen ikke kan foretage vurdering af en eventuel misligholdelse af det underliggende forhold.

Advokat A anfører endvidere, at det af pantsætningsaftalen klart fremgår, at K A/S ved pantsætters misligholdelse er berettiget til at tiltage sig alle pantsætters rettigheder over anparterne, hvorfor K A/S utvivlsomt ikke har tiltaget sig mere end aftalt.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at C i skrivelse af 12. september 2015 anfører, at K A/S har tiltaget sig rettigheder ud over det påtænkte. Der er således ikke enighed om, hvorvidt K A/S har tiltaget sig mere end aftalt. En egentlig bedømmelse af det omtalte forhold er således efter styrelsens opfattelse nødvendig for at afgøre, hvem der har ret til at råde over rettighederne til anparterne i B ApS. En sådan bevisbedømmelse har styrelsen ikke kompetence til at foretage, hvorfor der henvises til, at denne må afklares på anden vis.

Advokat A anfører afslutningsvist, at ikke er tale om en bevisvurdering for Erhvervsstyrelsen.

Erhvervsstyrelsen er på baggrund af ovennævnte synspunkter ikke enig i, at der ikke er tale om en bevisvurdering, og fastholder sin afgørelse af 16. september 2015 om at afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B ApS.

Styrelsen kan ikke, før tvisten om adkomsten til selskabet er endelig afgjort, tage stilling til om, der kan afholdes en styrelsesgeneralforsamling i selskabet.
...”

I skrivelse af 26. november 2015 har advokat A yderligere anført:

”...

Det er fortsat min opfattelse, at der ikke er tvivl om, hvem der har adkomst til kapitalandelene i B ApS, CVR-nr. ... Kapitalandelene i B ApS er pantsat ved pantsætningsaftale af 30. januar 2014, jf. bilag ... Kapital-ejer C har ikke gjort indsigelse mod gyldigheden af pantsætningen, ligesom han ikke har gjort indsigelse mod at være i misligholdelse af sit engagement med K A/S. Indsigelsen går således alene på, at K A/S skulle have tiltaget sig yderligere, end han havde forudsat ved pantsætningen.

Hertil skal jeg henvise til ordlyden i pantsætningsaftalen, hvoraf det eksplicit fremgår, at kapitalandelene er pantsat. Det anføres bl.a. under pkt. 3 om K A/S ’ rettigheder over det pantsatte:

”K A/S kan udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte, uanset om gælden er forfalden eller ej [...] K A/S er berettiget til at udøve stemmeretten på pantsatte aktier, anpartar og lignende.”

Som følge af, at der 1) foreligger en underskrevet pantsætningserklæring, som der ikke er gjort indsigelse mod gyldigheden af, 2) ikke er gjort indsigelse mod pantsætters misligholdelse af engagementet med panthaver og 3) eksplicit af pantsætningsaftalen fremgår, at panthaver i tilfælde af misligholdelse er berettiget til at udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte, herunder stemmeretten for de pantsatte kapitalandele, kan der ikke være tvivl om, at K A/S som panthaver har adkomst til at gøre pantsætters rettigheder over de pantsatte kapitalandele gældende, herunder stemmeretten. K A/S har derfor utvivlsomt ikke tiltaget sig yderligere end aftalt. Der foreligger en klar aftale herom.

Der er derfor heller ikke tale om en bevisvurdering.

Jeg skal i øvrigt henvise til, at hjemlen i Selskabslovens § 93, stk. 2, netop retter sig mod tilfælde, hvor det centrale ledelsesorgan, trods anmodning herom, nægter at indkalde til en generalforsamling, og hvor der således er behov for Erhvervsstyrelsens involvering, bl.a. for at sikre panthaveres rettigheder i et tilfælde, hvor panthaver har tiltrådt sit pant i ejerandelene.
...”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 89, stk. 2, kan enhver anpartshaver forlange, at der i anpartsselskabet afholdes en ekstraordinær generalforsamling. Erhverve-

ren af de pågældende navnekapitalejerandele skal i henhold til selskabslovens § 49 dog være noteret i ejerbogen eller have anmeldt og dokumenteret sin erhvervelse for at kunne udøve forvaltningsmæssige beføjelser, herunder efter § 89, stk. 2.

Det fremgår af sagen, at kapitalejerne C og D pantsatte ved håndpantsætningserklæring underskrevet den 30. januar 2014 anparter på nominelt 125.000 kr. i B ApS til sikkerhed for F v/C forpligtelser over for K A/S. Det fremgår af den anførte håndpantsætningserklæring:

”...

K A/S kan udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte, uanset om gælden er forfalden eller ej

...

K A/S er berettiget til at udøve stemmeretten på pantsatte aktier, anparter og lignende.

...

Udøvelse af stemmeretten på håndpantsatte aktier, anparter eller lignende kan kun ske, såfremt debtors lån/engagement er misligholdt. Såfremt K A/S ønsker at udnytte stemmeretten gives håndpantsetter skriftlig meddelelse herom.

...”

Underretning om pantsætningen blev sendt til B ApS ved brev af 29. januar 2014, hvor det fremgik, at ”pantsætningen betyder, at det alene er pengeinstituttet, der kan råde over anparterne ... fremgår ... udøver pantsætter indtil videre stemmeretten for anparterne”. Pantsætningen blev ikke noteret af selskabet i ejerbogen. K A/S opsagde som følge af misligholdelse ved brev af 22. september 2014 engagementet med F v/C til fuld og endelig indfrielse senest den 1. november 2014. Idet engagementet ikke blev indfriet tiltog K A/S sig herefter ved brev af 12. juni 2015 med kopi til B ApS som panthaver ”samtlige rettigheder, såvel forvaltningsmæssige som økonomiske” over anparterne, hvor det tillige blev præciseret, at ”K A/S fra dags dato og fremudøver samtlige rettigheder over jeres anparter”. Banken anmodede dernæst ved brev af 22. juni 2015 direktør i B ApS, C, om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling til behandling af forslag om valg af ny direktør. Dette blev afvist ved udateret brev med henvisning til, at det skulle være et ”unødvendigt skridt”, og at der kunne stilles andre sikkerheder. Efterfølgende er det tillige over for Er-

hvervsstyrelsen angivet, at ”banken har tiltaget rettigheder udover det påtænkte”.

Ankenævnet lægger til grund, at der derimod ikke er tvist om gyldigheden af pantsætningsaftalen, eller om hvorvidt engagementet, der er sikret ved håndpansætningserklæringen, er misligholdt.

Herefter, og da det klart fremgår af pantsætningserklæringen, at pantthaver i tilfælde af misligholdelse kan udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte, herunder stemmeretten knyttet til de pantsatte kapitalandele, finder Erhvervsankenævnet – uanset C ikke konkretiserede indsigelse om, at banken har tiltaget sig rettigheder ud over det påtænkte – at det uden en nærmere bevismæssig bedømmelse og afvejning kan lægges til grund, at K A/S som pantthaver har anmeldt og dokumenteret sin erhvervelse og dermed har adkomst til de pantsatte kapitalandele.

Da direktionen i B ApS har modsat sig at indkalde til generalforsamling, finder Ankenævnet at Erhvervsstyrelsen på den anførte baggrund bør indkalde til generalforsamling, jf. lovens § 93, stk. 2, i overensstemmelse med K A/S ’ anmodning herom.

Ankenævnet ændrer således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 16. september 2015.

13) Kendelse af 23. juni 2016 (2015-14493).

Sagen blev hjemvist til Erhvervsstyrelsens fornyede behandling med stillingtagen til klagers anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling under hensyntagen til blandt andet indholdet og egnetheden af de af klager påtænkte dagsordenspunkter for generalforsamlingen.

Selskabslovens § 89, stk. 2, og § 93, stk. 2.

(Anders Hjulmand, Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 8. december 2015 har advokat A v/advokatfuldmægtig B på vegne af B ApS klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. december 2015, hvorved styrelsen afviste at imødekomme en anmodning om, jf. selskabslovens § 93, stk. 2, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. december 2015 hedder det:

”C ApS, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har den 17. november 2015 modtaget en henvendelse fra Advokatfuldmægtig B, A advokater, der repræsenterer B ApS, CVR-nr. ...

Advokatfuldmægtig B anmoder om, at Erhvervsstyrelsen indkalder til ekstraordinær generalforsamling i C ApS, CVR-nr. ... i henhold til selskabslovens § 93, stk. 2. Bilagt anmodningen er voldgiftskendelse af 13. juli 2015, byretskendelse af 27. oktober 2015 og anmodning af 30. oktober 2015 om at bestyrelsesmedlem i C ApS, D, indkalder til ekstraordinær generalforsamling i selskabet.

Som grundlag for anmodningen om, at Erhvervsstyrelsen indkalder til generalforsamling, henviser Advokatfuldmægtig B til, at C ApS ejes 50 % af B ApS, og som dokumentation herfor henvises til voldgiftskendelse af 13. juli 2015 samt byretskendelse af 27. oktober 2015. Der henvises desuden til, at det eneste bestyrelsesmedlem i C ApS, D, den 30. oktober 2015 er blevet bedt om at afholde ekstraordinær generalforsamling i henhold til selskabslovens §§ 89, stk. 2 og 94, hvilket ikke er efterlevet.

Erhvervsstyrelsen har den 22. maj 2015 truffet afgørelse om at lukke for registreringer af ændringer af registrerede forhold i C ApS på nær registrering af beslutninger, som de stridende parter har truffet i enighed. Styrelsen offentliggjorde tillige en tekst på selskabet om, at der verserer tvist om ejerskabet til selskabets anparter, jf. selskabslovens § 16, stk. 3. Erhvervsstyrelsen anmoder endelig om, at det meddeles og dokumenteres over for styrelsen, når tvisten er endeligt afgjort.

Styrelsen begrundet afgørelsen med det af parterne indsendte materiale, herunder informationen om, at der verserer en voldgiftssag mellem parterne om den pågældende strid.

Den 21. september 2015 registrerer D en vedtægtsændring i C ApS, bilagt generalforsamlingsprotokollat af 18. september 2015 og ajourførte vedtægter af samme dato.

Den 6. oktober 2015 godkender Erhvervsstyrelsen vedtægtsændringen, som er udtaget til manuel sagsbehandling på grund af registreringsblokeringen.

Erhvervsstyrelsen modtager den 20. oktober 2015 indsigelse over den foretagne registrering fra Advokatfuldmægtig B, A advokater, på vegne af B ApS. I indsigelsen henvises der til Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. maj 2015, hvorefter det forklares, at beslutningen af 18. september 2015 ikke er truffet i enighed af parterne. Der henvises endvidere til, at voldgiftsretten den 13. juli 2015 har afsagt kendelse, men at der efterfølgende er anlagt sag ved domstolen. Det anføres, at der således forsat verserer en tvist mellem anpartshaverne, som ikke endeligt er afgjort.

Erhvervsstyrelsen afsendte den 22. oktober 2015 høringsbrev til D, hvori der anmodedes om eventuelle bemærkninger, indsigelsen måtte give anledning til.

Den 18. november 2015 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse om indsigelsen. Styrelsens vurdering var, at registreringen foretaget den 6. oktober 2015 ikke burde have fundet sted, jf. styrelsens afgørelse af 22. maj 2015.

Erhvervsstyrelsen fandt, at der forsat er tvist om adkomsten til kapitalandelen i C ApS, idet der verserer en retssag vedrørende gyldigheden af voldgiftsretten. Styrelsen har ændret registreringen af 6. oktober 2015 tilbage og har offentliggjort, at denne beror på en åbenbar fejl fra Erhvervsstyrelsens side.

Erhvervsstyrelsen må på baggrund af den fortsatte tvist om adkomsten til anparterne afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling efter selskabslovens § 93, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen kan ikke imødekomme en anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, før styrelsen modtager behørig dokumentation for, at spørgsmålet om ejerskabet er afklaret, da der først herefter er klarhed om, hvem der kan anmode om generalforsamling, og hvem der kan deltage i en generalforsamling.

...”

I klageskrivelsen af 8. december 2015 har advokatfuldmægtig B anført:

”...

Vi repræsenterer B ApS (cvr-nr.: ...) i denne sag.

Sagsfremstilling.

Parterne i sagen er de to anpartshavere i C ApS. Den ene anpartshaver er B ApS (cvr-nr.: ...). Den anden anpartshaver er E ApS (cvr-nr.: ...). E ApS ejes 100 % af D. D er også eneste bestyrelsesmedlem i C ApS.

I april 2014 overtager E ApS B ApS' anparter i C ApS ved, at D ændrer i ejerbogen. D og E ApS har siden da ageret som om, E ApS er 100 % ejer af C ApS. B ApS protesterer imod denne uberettigede handling, og da parterne ikke kan finde en løsning på tvisten anlægges voldgiftssag. Det fremgår af anpartshaveroverenskomst mellem parterne, at tvister løses ved voldgift.

Voldgiftsretten afsiger kendelse i sagen den 13. juli 2015 (**bilag ...**). Af kendelsen side 49 som er vedlagt dette brev fremgår at
” E ApS skal anerkende, at B ApS er ejer af nominelt 62.500 kr. anparter i C ApS. ”

Selskabets samlede anpartskapital er nominelt 125.000 kr., hvorfor nominelt 62.500 kr. udgør 50 % af Selskabets samlede anpartskapital.

E ApS anlægger sag mod B ApS vedr. voldgiftskendelsen gyldighed for så vidt angår påstand 1 og 3 i Voldgiftssagen (påstand 1 omhandler anparterne, påstand 3 nogle patenter). Byretten fastslår ved kendelse af 27. oktober 2015 (**bilag 2**),

” at hvis ikke nærværende søgsmål tillægges opsættende virkning, har voldgiftskendelsen af 13. juli 2015 retsvirkning, og sagsøgeren (E ApS) er herefter ifølge voldgiftskendelsen ikke enejer af C ApS. ”

” anmodning om, at nærværende søgsmål tillægges opsættende virkning, tages ikke til følge. ”

Den 30. oktober 2015 pålægges D ved brev (**bilag ...**) som eneste bestyrelsesmedlem i C ApS at registrere 50/50 ejerskabet i ejerbogen og det offentlige ejerregister. Det har han d.d. stadig ikke gjort. Samtidig pålægges han at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i Selskabet om senest 2 uger regnet fra den 30. oktober 2015. D har undladt at indkalde til denne generalforsamling.

E ApS har den 9. november sendt anmodning om kæretiladelse til procesbevillingsnævnet vedr. mulig kære af byrettens kendelse af 27. oktober. Procesbevillingsnævnet har ikke truffet afgørelse herom endnu.

B ApS anmoder ved brev af 17. november 2015 (**bilag ...**) Erhvervsstyrelsen om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS i henhold til selskabsloven § 93 stk. 2.

Erhvervsstyrelsen træffer den 3. december 2015 afgørelse (**bilag ...**) om at (bilag 5 s. 2 sidste afsnit før klagevejledning):

” Erhvervsstyrelsen kan ikke imødekomme en anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, før styrelsen modtager behørig dokumentation for, at spørgsmålet om ejerskabet er afklaret, da der først herefter er klarhed om, hvem der kan anmode om generalforsamling, og hvem der kan deltage i en generalforsamling. ”

Klage

Det er vores vurdering, at Erhvervsstyrelsens afgørelse er forkert, og Erhvervsstyrelsen skal pålægges at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS i overensstemmelse med B ApS' anmodning af 17. november 2015. Subsidiært skal sagen hjemvises til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen.

Retsvirkning.

Voldgiftskendelsen af 13. juli 2015 (bilag ...) fastslår, at C ApS ejes 50 % af B ApS og 50 % af E ApS. Voldgiftskendelsen har retsvirkning jf. voldgiftsloven § 38 stk. 1. Voldgiftskendelsen er endelig og kan ikke ankes. Spørgsmålet om ejerskabet til C ApS er dermed endeligt afgjort. Eneste chance for E ApS til at få voldgiftskendelsen ændret er ved at få den erklæret ugyldig. Det er det, E ApS forsøger ved indgivelse af stævningen. Voldgiftskendelsen kan kun dømmes ugyldig i ganske særlige tilfælde så som, at den er åbenbart uforenelig med landets retsorden, eller voldgiftsretten ikke har kompetence. Dette har E ApS ikke påvist. Det fremgår også af byrettens kendelse (bilag ... side ... midt), at:

” det på baggrund af sagens bilag ikke findes sandsynligt, at sagsøgeren vil få medhold i sin påstand om voldgiftskendelsens ugyldighed som følge af Voldgiftsrettens aftalefortolkning eller ordre public eller som følge af manglende kompetence ”

Indgivelse af en stævning, om at dele af voldgiftskendelsen er ugyldig, har som udgangspunkt ikke opsættende virkning for den afgørelse, voldgiftsretten har truffet ved deres kendelse af 13. juli 2015. Retten kan træffe afgørelse om, at stævningen skal have opsættende virkning, hvis særlige forhold taler herfor. Byretten har ved kendelse af 27. oktober 2015 meget klart fastslået, at søgsmålet ikke har opsættende virkning. Byretten har tillige i deres kendelse anført (bilag ... side ... tredje afsnit nederst), at hvis søgsmålet tillægges opsættende virkning så:

”risikerer sagsøgte (B ApS) at lide uoprettelig skade, hvis sagsøgte under nærværende sag får medhold i sin frifindelsespåstand. ”

Og længere nede vedr. risikoen for sagsøger (E ApS) ved at søgsmålet ikke tillægges opsættende virkning, at E ApS

”ikke risikerer at lide væsentlig skade, hvis voldgiftskendelsen skal efterleves, mens nærværende sag verserer ”

E ApS har anmodet procesbevillingsnævnet om tilladelse til at kære byrettens kendelse af 27. oktober 2015. En anmodning om kære har ikke opsættende virkning jf. retsplejeloven § 395.

På den baggrund har voldgiftskendelsen retsvirkning, og retstilstanden i dag, og mens byretssagen verserer, er utvivlsomt, at C ApS ejes 50 % af B ApS og 50 % af E ApS. Det er derfor uforståeligt, at Erhvervsstyrelsen som begrundelse for ikke at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet anfører, at der ikke er modtaget behørig dokumentation for ejerskabet. Både voldgiftskendelsen og byrettens kendelse er fremsendt.

Anpartshavers rettigheder.

B ApS kan som anpartshaver forlange, at der indkaldes til ekstraordinær generalforsamling jf. selskabsloven § 89 stk. 2. Det er sket ved brev af 30. oktober 2015 (bilag 3). Erhvervsstyrelsen skal efter anmodning indkalde til den ekstraordinære generalforsamling, når den øverste ledelse i selskabet undlader at gøre det jf. selskabsloven § 93 stk. 2.

Når Erhvervsstyrelsen afviser at indkalde til ekstraordinær generalforsamling, nægter de dermed anpartshaveren B ApS deres rettigheder i henhold til selskabsloven som anpartshaver. Det er reelt det samme som at tillægge E ApS stævning opsættende virkning i strid med voldgiftsloven og byrettens kendelse af 27. oktober 2015. Som ovenfor anført risikerer B ApS jf. byrettens kendelse dermed ” *at lide uoprettelig skade.* ”

B ApS skal have mulighed for at udøve deres rettigheder som anpartshaver, så længe retstilstanden er, at de ejer anparter i selskabet. På samme måde som den anden anpartshaver E ApS naturligvis kan udøve deres rettigheder.

Andet.

Erhvervsstyrelsen nævner også i deres afgørelse, at der den 22. maj 2015 er truffet afgørelse om, at der kun kan registreres ændringer i selskabet, når beslutningerne er truffet af anpartshaverne i enighed. Forholdet er dog ikke anført som begrundelse for ikke at ville indkalde til ekstraordinær generalforsamling.

Da parterne ejer 50 % hver, så vil der kun kunne opnås flertal på en generalforsamling, hvis begge parter stemmer for. Generalforsamlingen er nu engang det forum, hvor anpartshaverne træffer beslutninger. Det vil derfor heller ikke være i strid med Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. maj 2015 at indkalde begge anpartshavere til en ekstraordinær generalforsamling.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 11. januar 2016 udtalt:

”...

Indledningsvist kan det oplyses, at styrelsen indstiller, at ankenævnet fastholder styrelsens afgørelse af 3. december 2015 om at afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS, da der er tvist om adkomsten til anparterne i selskabet.

Sagens faktiske omstændigheder

Den 4. marts 2015 modtager Erhvervsstyrelsen skrivelse af 3. marts 2015 (bilag ...) med bilag fra advokat A, der repræsenterer B ApS, CVR-nr. ... Advokat A informerer styrelsen om, at der foreligger en igangværende voldgiftssag om ejerskabet til C ApS mellem B ApS og E ApS, CVR-nr. ..., og anmoder om at Erhvervsstyrelsen lukker for adgang til at foretage registreringer i selskabet, med mindre registreringen foretages af parterne i enighed, samt at offentliggøre at der verserer en tvist om adkomst til selskabet.

Erhvervsstyrelsen anmoder den 26. marts 2015 E ApS om deres eventuelle bemærkninger til sagen. Efter bemærkninger fra E ApS og supplerende bemærkninger fra B ApS træffer styrelsen den 22. maj 2015 afgørelse (bilag ...) om at registrere tvisten om adkomst til selskabet. Erhvervsstyrelsen offentliggjorde således information på selskabet om tvisten og lukkede samtidig for adgangen til at registrere ændringer i selskabet med mindre der er truffet beslutning herom af parterne i enighed.

Den 21. september 2015 anmelder D, som er bestyrelsesmedlem i C ApS og ejer af samt direktør i E ApS, flere ændringer i C ApS' vedtægter og registrerede forhold. Disse godkendes manuelt i Erhvervsstyrelsen den 6. oktober 2015.

Advokatfuldmægtig B henvender sig på vegne af B ApS til Erhvervsstyrelsen den 20. oktober 2015 (bilag ...) angående de registrerede ændringer. Steen forklarer at den foretagne registrering ikke er besluttet i enighed af parterne, og henviser til styrelsens afgørelse af 22. maj 2015. Det oplyses, at voldgiftsretten har afsagt kendelse den 13. juli 2015 angående ejerskabet af C ApS, men at E ApS efterfølgende har udtaget stævning mod B ApS den 20. august 2015. Advokatfuldmægtig B skriver at "*Der verserer derfor forsat en tvist mellem anpartshaverne, som ikke er endeligt afgjort*". Han beder på denne baggrund styrelsen om at slette registreringen af 6. oktober 2015.

Erhvervsstyrelsen beder den 22. oktober 2015 C ApS om eventuelle bemærkninger. Efter parternes bemærkninger træffer styrelsen den 18. november 2015 afgørelse (bilag ...) om, at registreringen den 6. oktober 2015 ikke burde have fundet sted, jf. styrelsens afgørelse af 22. maj 2015. Styrelsen finder, at der på baggrund af de faktuelle forhold samt parternes indlæg forsat er tvist om adkomsten til kapitalandelene i selskabet, da der verserer en retssag vedrørende gyldigheden af voldgiftsrettens kendelse. Der offentliggøres som følge heraf en tekst på CVR om, at registreringen beror på en åbenbar fejl fra Erhvervsstyrelsens side, da der forsat er tvist om adkomsten til selskabet. Styrelsen gør opmærksom på, at der ikke vil kunne foretages ændringer af selskabets registrerede oplysninger med mindre dette gøres af parterne i enighed, indtil tvisten om adkomst til selskabet er afgjort og dette dokumenteres overfor styrelsen.

Den 17. november 2015 modtager Erhvervsstyrelsen en anmodning fra Advokatfuldmægtig B på vegne af B ApS om, at styrelsen indkalder til generalforsamling i C ApS i henhold til selskabslovens § 93, stk. 2. Ad-

vokatfuldmægtig B oplyser, at B ApS har bedt C ApS' bestyrelsesmedlem, D, om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling den 30. oktober 2015, hvilket ikke er efterkommet.

Erhvervsstyrelsen træffer den 3. december 2015 afgørelse om at afvise at indkalde til generalforsamling. Afgørelsen træffes på baggrund af den forsatte tvist om adkomsten til anparterne. Retssagen omkring voldgiftkendelsens gyldighed er endnu ikke afsluttet, hvorfor tvisten endnu ikke kan anses for endeligt afgjort.

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af selskabslovens § 93, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen indkalder til ekstraordinær generalforsamling, såfremt det centrale ledelsesorgan undlader at indkalde en generalforsamling, som skal afholdes efter loven, vedtægterne eller en generalforsamlingsbeslutning. Indkaldelsen sker efter anmodning fra et medlem af selskabets øverste eller centrale ledelsesorgan, en eventuel revisor eller en kapitalejer. Det følger af selskabslovens § 89, stk. 2, at enhver kapitalejer kan forlange, at der afholdes en ekstraordinær generalforsamling.

Erhvervsstyrelsen indkalder således til ekstraordinær generalforsamling efter § 93, stk. 2, såfremt det centrale ledelsesorgan undlader at indkalde til en ekstraordinær generalforsamling, som en kapitalejer har forlangt efter § 89 stk. 2. Når der fremkommer en anmodning om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling jf. § 93, stk. 2 i henhold til § 89, stk. 2, er det styrelsens praksis at anmode om dokumentation for, at den pågældende er kapitalejer i selskabet, samt dokumentation for at opfordring om afholdelse af generalforsamling er tilstillet det centrale ledelsesorgan.

Erhvervsstyrelsen kan, såfremt der er tvivl om lovlighed af foretagne eller anmeldte registreringer, træffe beslutning om at lukke adgangen til at foretage registreringer i et selskab, indtil der er skabt klarhed om forholdet jf. selskabslovens § 16, stk. 3, og kan offentliggøre en meddelelse på Virk.dk om grundlaget for denne beslutning. Det fremgår af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009 at bestemmelsen eksempelvis anvendes når der er tale om tvivl om ejerskabet til selskabet.

Erhvervsstyrelsens vurdering

Erhvervsstyrelsen traf den 22. maj 2015 afgørelse om at lukke for adgangen til at foretage ændringer i de registrerede forhold i C ApS, samt at oplyse på CVR om at dette beroede på en tvist om adkomsten til selskabet. På daværende tidspunkt verserede en voldgiftssag om dette. Styrelsen gjorde opmærksom på, at denne registrering af tvist om adkomst først kunne fjernes, når styrelsen modtog behørig dokumentation på tvistens afgørelse.

Den 18. november 2015 træffes der afgørelse om sletning af en registrering, som var sket i strid med afgørelsen af 22. maj 2015. På daværende tidspunkt er voldgiftssagen afsluttet, men der er imidlertid lagt sag an ved domstolene om voldgiftskendelsens gyldighed. Styrelsen vurderer, at der forsat er tvist om adkomst til selskabet baseret på de faktuelle begivenheder og på begge parternes udsagn. Erhvervsstyrelsen gør her igen opmærksom på, at registreringen af tvisten først fjernes, når styrelsen har modtaget dokumentation på tvistens afgørelse.

Erhvervsstyrelsen har den 3. december 2015 truffet afgørelse om at afvise at indkalde til generalforsamling efter selskabslovens § 93, stk. 2, jf. § 89, stk. 2. Baggrunden for afvisningen er den forsatte tvist om adkomsten til selskabet. Domstolssagen om voldgiftskendelsens gyldighed verserer forsat, og tvisten om adkomst til selskabet kan derfor ikke ses som afsluttet.

Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke imødekomme en anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, før styrelsen modtager behørig dokumentation for, at spørgsmålet om ejerskabet er afklaret.

Baggrunden for at afvise at indkalde til generalforsamling i selskaber, hvor der er tvist om ejerskabet er til dels hensynet til, at der skal være klarhed om, hvem der kan anmode om, at der afholdes generalforsamling og dels hensynet til at Erhvervsstyrelsen indkalder de korrekte kapital-ejere til generalforsamlingen.

Når Erhvervsstyrelsen afviser at indkalde til generalforsamling, er det efter en konkret afvejning af de faktiske forhold. Styrelsen har således vurderet, at udfaldet af tvisten om ejerskabet kan have betydning for, hvem der kan anmode om afholdelsen af generalforsamlingen, samt hvem der i givet fald skulle kunne deltage i denne.

Af Advokatfuldmægtig Bs skrivelse af 20. oktober 2015 fremgår det, at der forsat verserer en tvist om adkomst til selskabet. Der er ikke efter dette tidspunkt sket noget afgørende for sagen, som stadig er under domstolsbehandling. Der er den 27. oktober 2015 afsagt kendelse i byretten om, hvorvidt søgsmålet har opsættende virkning for voldgiftskendelsen. Kendelsen kan ikke anses for at have afgørende betydning for, om der forsat verserer en tvist, idet søgsmålet forsat verserer.

På baggrund af ovenstående fastholder Erhvervsstyrelsen sin afgørelse af 3. december 2015 om at afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS.

Styrelsen kan ikke, før tvisten om adkomsten til selskabet er endelig afgjort, tage stilling til om, der kan afholdes en styrelsesgeneralforsamling i selskabet.

...”

Ved skrivelse 9. februar 2016 er D, som ejer 100 % af kapitalen i E ApS – der er indtrådt i sagen, jf. § 5 i lov om Erhvervsankenævnet – fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Som bestyrelsesformand for selskabet C ApS har jeg følgende bemærkninger til K ApS klage over Erhvervsstyrelsen afgørelse af 3. december 2015.

Vedrørende sagsfremstilling.

C ApS har sammen med en række partnere, her under F A/S og G A/S, kørt forskningsprojektet ”...”, som er baseret på en teknologi der er patenteret af E ApS. C ApS har været den projektansvarlige virksomhed og har søgt støtte til at gennemføre forskningsprojektet hos ... programmet, der administreres af EnergiNet.dk, samt hos ... fonden og G A/S. C ApS har aldrig haft andre aktiviteter end forskningsprojektet ”...” og har ikke nogen anden indtægt der kunne dække løbende udgifter efter støttemidlerne var opbrugt.

Selskabet H ApS (nu C ApS), blev stiftet i 2008 af D og I. Det blev aftalt, at de skulle eje hver 50 % af anparterne igennem de to selskaber E ApS og B ApS, samt at E ApS kunne udpege hele bestyrelsen og B ApS kunne udpege direktøren. I selskabets vedtægter blev direktørens ret til at tegne selskabet begrænset således, at direktøren kun kunne tegne selskabet i forening med et bestyrelsesmedlem.

Det blev mellem E ApS og B ApS indgået en anpartshaveroverenskomst (bilag ...). Det er fortolkningen af denne ejeraftale, som er kilden til striden mellem parterne. Anpartshaveroverenskomsten indeholder en ”Change of Control” bestemmelse, samt en bestemmelse om, at enhver erhverver af anparter skal tiltræde anpartshaveroverenskomsten, før en overdragelse af anparter har gyldighed overfor selskabet.

...

E ApS anlagde den 27. juli 2015 en sag (Bilag.), mod B ApS ved Retten i ..., med påstand om at voldgiftskendelsen påstand 1 og 3 er ugyldig, fordi voldgiftsretten har afgjort sagen på grundlag af billighed.

Voldgiftsretten med voldgiftskendelsen af 5. august 2015, har truffet en afgørelse på grundlag af billighed.

Af Voldgiftslovens § 28 stk. 3 fremgår det, at Voldgiftsretten kun kan afgøre tvisten efter billighed, hvis parterne udtrykkeligt har bemyndiget voldgiftsretten hertil, hvilket ikke er forekommet i voldgiftssagen mellem E ApS og B ApS.

Det fremgår på side 8 i E ApS påstandsdokument (Bilag ...) til voldgiftssagen, at det gøres gældende, at de anparter E ApS overtog ved at gøre sin købsret gældende, ikke havde stemmeret. Advokatfuldmægtig

B, som har kørt voldgiftssagen for B ApS, har ikke bestridt eller gjort det modsatte gældende under hele voldgiftsforløbet. At Voldgiftsretten får den opfattelse at B ApS er enig med E ApS, i den del af sagsfremstillingen, er derfor ikke overraskende.

B ApS skulle i påstand 1, have krævet 50 % af anparterne med alle tilhørende rettigheder, så ville voldgiftsretten også have taget stilling til det nuværende stridspunkt.

Voldgiftskendelsen af 5. august 2015 har kun retsvirkning mellem parterne voldgiftssagen dvs. B ApS og E ApS.

Den af retten afsagte kendelse af 27. oktober 2015 har som udgangspunkt alene retsvirkning for parterne i sagen, dvs. E ApS og B ApS. C ApS har bedt Retten om en kommentar, efter B ApS henvendelse til Erhvervsstyrelsen, samt efter klagen til Erhvervsankenævnet. Henvendelsen og Rettens svar fremgår af Bilag

Det bestrides, at Rettens kendelse af 27. oktober 2015, har retsvirkning overfor selskabet C ApS, og at voldgiftskendelsen af 5. august 2015 skulle få retsvirkning for selskabet C ApS.

...

Vedrørende K ApS klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. december 2015.

Hverken B ApS eller Erhvervsstyrelsen har gjort C ApS bekendt med B ApS anmodning til Erhvervsstyrelsen af 17. november 2015. Jeg blev først bekendt med B ApS anmodningen, igennem Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. december 2015.

Jf. C ApS ejerbog er B ApS ikke kapitalejer i C ApS, det er derfor i overensstemmelse med selskabsloven, at Erhvervsstyrelsen afviser K ApS anmodning om en indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i henhold selskabsloven § 93 stk. 2.

Jf. Selskabslovens bestemmelse § 49, så kan erhververen af en navnekapitalandel ikke udøve de rettigheder, som tilkommer en kapitalejer, medmindre erhververen er noteret i ejerbogen eller erhververen har anmeldt og dokumenteret sin erhvervelse. Dette gælder dog ikke retten til udbytte og andre udbetalinger og retten til nye andele ved kapitalforhøjelsen.

Det fremgår af bemærkninger til selskabslovens § 49, at der sondres mellem kapitalejeres forvaltningsmæssige og deres økonomiske rettigheder overfor selskabet. Reglen indebærer, at legitimation er knyttet til noteringen i ejerbogen for så vidt angår udøvelsen af de til en navnekapitalandel hørende forvaltningsmæssige rettigheder, herunder navnlig retten til at stemme på generalforsamlingen. Notering i ejerbogen er derimod ikke nødvendig for at legitimere navnekapitalejeren til udøvelse af dennes økonomiske rettigheder.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 17. februar 2016 bemærket:

”...

Erhvervsstyrelsen forholder sig i henhold til styrelsens tidligere fremsendte indlæg til sagen.

Erhvervsstyrelsen har noteret sig, at det af Ds fremsendte materiale fremgår, at han er enig i styrelsens afgørelse af 3. december 2015, om at afvise at indkalde til generalforsamling i C ApS, CVR-nummer ..., efter selskabslovens § 93, stk. 2.

D har dog anført, at styrelsens afgørelse er korrekt, fordi B ApS, CVR-nummer ... ikke er kapitalejer i C ApS.

Styrelsen skal for god ordens skyld bemærke, at styrelsens afgørelse om at afvise at indkalde til generalforsamling efter selskabslovens § 93, stk. 2, ikke som af D anført er begrundet med, at B ApS ikke er kapitalejer i C ApS. Afgørelsen er truffet på baggrund af den forsatte tvist om adkomsten til anparterne i C ApS.

Erhvervsstyrelsen har ikke herudover bemærkninger til det øvrige af D fremførte, idet styrelsen vurderer, at det ikke er af betydning for erhvervsankenævnsagen.”

Advokatfuldmægtig B har ved skrivelse af 25. februar 2016 yderligere anført:

”...

Vi har på vegne af vores klient B ApS (cvr-nr.: ...) modtaget indlæg fra C ApS ved bestyrelsesformand D af 9. februar og Erhvervsstyrelsens indlæg af 17. februar. Indlæggene giver anledning til nedenstående bemærkninger.

Bemærkninger til indlæg fra Erhvervsstyrelsen.

Det afgørende i denne sag er om voldgiftskendelsen (bilag ..., byrettens kendelse af 27. oktober (bilag ...) og procesbevillingsnævnets afgørelse af 15. december (**bilag ...**) om, at byrettens kendelse ikke kan kæres, er behørig dokumentation for, at B ApS i dag ejer nom. 62.500 kr. anparter i C ApS.

Retten har meget tydeligt præciseret retstilstanden overfor D i brev af 26. januar 2016 (bilag N, sidste side):

” Dette er ensbetydende med, at E ApS skal anerkende, at B ApS ejer nominelt 62.500 kr. anparter i C ApS ”

Dette er retstillingen i dag. B ApS ejer nom. 62.500 kr. anparter i C ApS. Det svarer til at en anpartshaver A sælger sine anparter til anpartshaver B. Dette meddeles selskabet. Selvom det er en aftale mellem A og B, og

selskabet ikke er aftalepart, skal selskabets ledelse naturligvis respektere aftalen, notere det i ejerbogen og indkalde anpartshaverne til generalforsamlinger i overensstemmelse med, hvem der ejer anparterne.

Patent- og Varemærkestyrelsen har taget stilling til om Voldgiftskendelsen (bilag ...), byretskendelsen (bilag ...) og procesbevillingsnævnets afslag på kæretiladelse (bilag ...) var behørig dokumentation for ejerforholdet til patenterne i henhold til påstand 3 i voldgiftssagen, som B ApS fik medhold i. Patent- og Varemærkestyrelsen traf den 5. februar afgørelse (**bilag ...**) om, at det var behørig dokumentation.

Erhvervsankenævnet er naturligvis ikke bundet af en anden styrelses afgørelse, men da det er samme problemstilling Patent- og Varemærkestyrelsen har taget stilling til, støtter deres afgørelse B ApS argument om at bilag 1-3 er behørig dokumentation for at ejerskabet i C ApS, og at B ApS ejer nom. 62.500 kr. og E ApS ejer nom. 62.500 kr. d.d.

Bemærkninger til indlæg fra bestyrelsesformand D.

...

Ds indlæg afspejler tydeligt, at D hverken i sin rolle som direktør og eneejer af E ApS eller som eneste bestyrelsesmedlem i C ApS agter at respektere og efterkomme hverken Voldgiftsrettens kendelse af 13. juli eller byrettens kendelse af 27. oktober. Derfor er det nødvendigt, at Erhvervsstyrelsen indkalder til den ekstraordinære generalforsamling.

På baggrund af klage af 8. december, indlæg af 11. januar og dette brev inkl. de fremlagte bilag anses det for behørigt dokumenteret, at B ApS ejer nom. 62.500 kr. anparter i C ApS, og at Erhvervsstyrelsen derfor skal indkalde til ekstraordinær generalforsamling i C ApS i overensstemmelse med B ApS anmodning af 17. november 2015 til Erhvervsstyrelsen.

...”

D og advokatfuldmægtig B er ved skrivelser af 26. februar 2016 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af voldgiftsretskendelse af 13. juli 2015, at E ApS skal anerkende, at B ApS er ejer af nominelt 62.500 kr. anparter i C ApS.

Ved ... Rets kendelse af 27. oktober 2015 er en anmodning om, at et søgsmål vedrørende voldgiftskendelsens gyldighed tillægges opsættende virkning, ikke ta-

get til følge, og Procesbevillingsnævnet har meddelt afslag på en anmodning om at kære kendelsen.

I henhold til voldgiftslovens § 38, stk. 1, har voldgiftsrettens kendelse af 13. juli 2015 bindende virkning mellem parterne.

Erhvervsankenævnet finder på denne baggrund, at B ApS som anpartshaver kan forlange, at der afholdes en ekstraordinær generalforsamling, jf. selskabslovens § 89, stk. 2.

Da B ApS den 30. oktober 2015 over for D – der efter det oplyste er eneste bestyrelsesmedlem i C ApS – har forlangt, at der afholdes ekstraordinær generalforsamling i C ApS, jf. selskabslovens § 89, stk. 2, og da D har undladt at indkalde en generalforsamling, skal Erhvervsstyrelsen indkalde hertil i overensstemmelse med den af B ApS fremsatte anmodning herom, jf. selskabslovens § 93, stk. 2.

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. maj 2015 om at lukke for registreringer af ændringer af registrerede forhold i C ApS på nær registrering af beslutninger, som de stridende parter har truffet i enighed, ændrer ikke herved.

Ankenævnet ændrer herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 3. december 2015 og hjemviser sagen til Erhvervsstyrelsens fornyede behandling med stillingtagen til klagers anmodning under hensyntagen til blandt andet indholdet og egnetheden af de af klager påtænkte dagsordenspunkter for generalforsamlingen.

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

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

Selskabslovens §§ 210, 212 og 215.

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

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

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

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. april 2016 hedder det:

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

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

Sagsfremstilling

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derudover oplyser du, at der ikke er blevet optaget nye partnere efter at interessentskabet er blevet omdannet til partnerselskab, men at der derimod er udtrådt 3 partnere efter at interessentselskabet er blevet omdannet til partnerselskab.

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

Styrelsens vurdering

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

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

Ad 1)

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad 2)

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad 3)

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

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

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

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

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

Styrelsens afgørelse af forhold omfattet af selskabslovens § 206

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

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

Styrelsens afgørelse af forhold omfattet af selskabslovens § 210

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

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

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

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

Anmodning om dokumentation

Senest 6 uger fra dags dato bedes du indsende:

1. en erklæring underskrevet af selskabets ledelse om, at lånene med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet således, at der ikke på erklæringstidspunktet er registreret et ulovligt udlån, og

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

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

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

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

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

”...

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

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

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

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

Kort resume af sagsforløbet

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

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

Den 11.3.2015 traf styrelsen afgørelse i sagen og udtalte:

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

.....

Styrelsens afgørelse

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

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

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

Den 20.4.2016 traf styrelsen på ny afgørelse i sagen. I afgørelsen påpegede man 3 forhold. Det første forhold vedrørte, at der efter styrelsens opfattelse forelå ulovlige stiftertilgodehavender ved stiftelsen af Selskabet, men at forholdet var forældet. Det andet forhold vedrørte styrelsens udtalelse om, at den finansieringsmodel, der var anvendt mens man drev virksomhed i interessentskabsform, ikke lovligt kunne fortsætte efter man er overgået til at drive virksomhed i partnerselskab.

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

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

.....

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

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

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

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

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

”...

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

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

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

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

Det drejer sig om følgende passus:

”Det er styrelsens opfattelse, at der i ovenstående situation er foretaget en ulovlig udbetaling til de udtrædende partnere, og at dette for-

hold må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210.”

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

.....

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

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

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

Sagsfremstilling

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

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

At goodwill har været knyttet til ejeren beror på, at i advokatbranchen følger goodwill traditionelt den konkrete advokat. Advokater der kommer ind i et advokatinteressentskab ude fra har deres egen kundekreds med og tager den med igen når og hvis de forlader interessentskabet. Ansatte advokater, der optages som partnere, har derimod ingen goodwill og må derfor erhverve denne hos de øvrige advokater.

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

Når en ny partner skulle optages i K I/S, skete det ved, at vedkommende stiftede et Ejerselskab, der herefter erhvervede en ideel andel af interessentskabet og købte goodwill af de øvrige interessenter for en samlet pris på x kr. Købet af goodwill blev finansieret ved, at den nye partners Ejer-

selskab betalte et mindre beløb kontant og udstedte et gældsbrev til hver af de hidtidige interessenter (Ejerselskaber). Var der eksempelvis 18 eksisterende interessenter og skulle der købes goodwill for 2 mio. kr., kunne der betales kr. 200.000 kontant og herefter udstedes 18 gældsbreve på hver 100.000 kr. til hver af de eksisterende interessenter. Købet af interessentskabsandel derimod blev berigtiget ved gældsovertagelse.

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

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

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

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

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

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

I perioden 1.7.2007 – 1.1.2008 blev der optaget 5 nye partnere i K I/S. Ved indtrædelsen købte de 5 nye partnere dels goodwill fra de hidtidige

partnere dels en andel i interessentskabet. Som bilag ... fremlægges en af de 5 købekontrakter vedrørende de 5 nye partneres køb af goodwill og interessentskabsandel.

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

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

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

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

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

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

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

K P/S's (Klagers) synspunkt.

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

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

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

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

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

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

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

I den kommenterede selskabslov [fodnote: Selskabsloven med kommentarer, Lars Bunch og Ida Rosenberg, 2. udg.] og visse steder i litteraturen synes det som om, der skal sondres mellem pantebrev og almindelige fordringer. En sådan sondring kan være relevant, hvis man mener der er ydet et lån og herefter går ind i en vurdering af, om lånet er lovligt ydet jf. § 212. Men i vurderingen af om der overhovedet er ydet et lån, er det ikke relevant at sondre på denne måde. Afgørende er fortsat, om der er tale om omgåelse. Det forhold, at fordringerne udspringer af normale forretningsmæssige mellemværender eller, at der er tale om erhvervelse af et pantebrev, kan dog være omstændigheder, der er egnede til at sandsynliggøre, at der ikke er tale om omgåelse.

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

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

I højesterets præmisser hedder det "...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sammenfattende er det Klagers synspunkt, at et selskabs køb af en for-tring på en kapitalejer, som hovedregel ikke er ydelse af lån fra selska-bets side og kun vil være det, såfremt der foreligger omgåelse. I nærvæ-rende sag er det Klagers synspunkt, at der ikke foreligger omgåelse og at der derfor ikke foreligger noget ulovligt låneforhold mellem partnersel-skabet og Ejerselskaberne.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 9. august 2016 ud-talt:

” ...

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

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

...

Sagens faktiske omstændigheder

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

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

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

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

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

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

I perioden 1982-2011 er K drevet som I/S. Hver af partnere ejede et ApS, der var interessant i advokatfirmaet. En partner indtrådte således i I/S'et ved, at den pågældende stiftede et ejerselskab, der erhvervede en andel af I/S'et og købte goodwill af de øvrige interessenter. Købet blev

finansieret ved, at den nye partners ejerselskab betalte et mindre beløb kontant, og udstedte gældsbreve til hver af de eksisterende interessenter.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ad 3) Det er styrelsens vurdering, at når en partner udtræder af selskabet og modtager kontant betaling mod at aflevere nogle gældsbeviser, der er udstedt som led i finansieringen af nye partners indtræden, må forholdet betragtes som værende i strid med selskabslovens § 210. Årsagen er, at selskabet herved erhverver en fordring på en kapitalejer. Efter styrelsens praksis sidestilles erhvervelsen af en fordring på en kapitalejer med et direkte lån til denne. Det er således hele finansieringsmodellen og den efterfølgende udbetaling til den udtrædende partner, der ikke er forenelig med selskabslovens bestemmelser. Styrelsen påbyder derfor ledelsen at bringe den hidtidige praksis i forbindelse med indtræden af nye partnere til ophør, ligesom styrelsen fastslår, at den foretagne udbetaling til den udtrædende partner er ulovlig, og at dette forhold må sidestilles med et ulovligt udlån i strid med selskabslovens § 210. Styrelsen påbyder, at lånet skal tilbagebetales til selskabet med tillæg af lovpligtige renter.

Ovenstående afsnit, der vedrører punkt 3 i styrelsens afgørelse, er omfattet af K P/S's klage af 22. juni 2016. Da det kun er denne del af styrel-

sens afgørelse, der er indbragt for Erhvervsankenævnet, forudsætter styrelsen, at K har taget punkt 1 og 2 i styrelsens afgørelse til efterretning.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sagens retlige omstændigheder

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

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

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

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

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

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra et selskab, der er foretaget i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres til selskabet tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

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

Styrelsens udtalelse

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

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

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

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

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

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

Partnerselskabet påføres nøjagtig den samme risiko, uanset om

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

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

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

...”

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

”...

I.

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

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

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

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

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

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

II.

Af Styrelsens argumentation ses, at man mener det beskrevne forløb med udstedelse af gældsbreve og den senere overdragelse 4 år efter, skal sidestilles med at klager har ydet et lån. Det fremgår gentagne af Styrelsens ordvalg. Side 1 femte afsnit; ”..kan sidestilles med...”, side 4 sidste afsnit; ”...må forholdet betragtes som værende i strid med..”, og ”Efter Styrelsens praksis sidestilles erhvervelsen...” og side 7 femte afsnit; ”..der må sidestille med et ulovligt udlån...”. (mine understregninger).

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

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

Baggrunden herfor er følgende.

Af selskabslovens § 367 stk. 1 fremgår, at overtrædelse af § 210 er straf-sanktioneret. Der er således lighedstegn mellem de handlinger der udgør

den civilretlige overtrædelse af § 210 og de handlinger der er strafsanktioneret. Det betyder tilsvarende, at såfremt Styrelsen – som tilfældet er i nærværende sag – betjener sig af en udvidende fortolkning af den civilretlige regel i § 210, i samme omfang udvider man det strafsanktionerede område.

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

*”§ 1
Straf kan kun pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant.” (min understregning)*

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

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

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

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

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

Disse interessenter (senere kapitalejere) havde ikke nogen stående ret til at overdrage gældsbrevene til interessentskabet (senere kapitalselskabet), da en interessent kun havde denne ret i forbindelse med sin udtræden. Reglen var således, at gældsbrevene skulle forblive ejet af interessenterne og kun i den beskrevne undtagelsessituation kunne overdrages til inte-

ressentskabet. Den finansiering de indtrædende interessenter opnåede ved udstedelse af gældsbrevene var derfor ikke baseret på, at Klager senere erhvervede gældsbrevene.

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

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

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

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

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

Ankenævnet udtaler:

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

Det fremgår af sagen, at K P/S indtil den 1. juli 2011 blev drevet som et I/S. I perioden fra den 1. juli 2007 til den 1. januar 2008 blev der i K I/S optaget fem nye partnere, der hver især gennem et stiftet ”ejerselskab” erhvervede en ideel andel af det daværende interessentskab og købte goodwill af de øvrige partnere (ejerselskaber) for et nærmere fastsat beløb. Goodwill knyttet til advokatfirmaet har alene været ejet af de til enhver tid værende ejerselskaber. De nævnte fem optagne partners køb af goodwill fra de hidtidige partnere blev berigtiget dels ved en mindre kontant betaling, dels ved udstedelse af et gældsbrev til hver af de hidtidige partnere (i.e. deres respektive ejerselskaber). I forbindelse med tre ældre partners udtræden af K P/S – og således efter etableringen af partnerselskabet pr. 1.

juli 2011 – erhvervede partnerselskabet de gældsbreve, som de udtrædende partners ejerselskaber tidligere havde modtaget som kreditorer, herunder gældsbreve udstedt af de fem partnere (i.e. disses ejerselskaber) optaget i perioden fra juli 2007 til januar 2008.

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

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

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

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

” ...

Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendetegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af

denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

...”

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

Det følger af lovens § 215, stk. 1, at lån ydet i strid med § 210 skal tilbagebetales til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

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

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

4.3. ÅRSREGNSKABSLOVEN

15) Kendelse af 15. januar 2016 (J.nr. 2015-4228).

Afslag på anmodning om at kunne fremsende årsrapport som pdf-fil i stedet for på den ved bekendtgørelse fastlagte fremgangsmåde.

Årsregnskabslovens § 155, stk. 1 og ”Indsendelsesbekendtgørelsen” (nr. 837 af 14. august 2012) og Bekendtgørelse nr. 1057 af 8. september 2015.

(Arne Nabe Poulsen, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 9. april 2015 har økonomidirektør A på vegne af K1 ApS, K2 A/S [Holding], K3 A/S samt K4 A/S klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 12. marts 2015 har afslået at imødekomme en anmodning om opretholdelse af muligheden for aflevering af koncernens årsrapporter i pdf-format.

Klagen har været tillagt opsættende virkning under ankenævnets behandling af sagen.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen indhentet redegørelse af 18. maj 2015 har Erhvervsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt blandt andet:

”Sagens faktiske omstændigheder

Styrelsen modtog den 22. januar 2015 henvendelse fra klager vedrørende klage over væsentlige ekstra omkostninger, der pålægges dennes koncern for at kunne aflevere årsrapporter for 2014 til styrelsen.

Klager oplyser, at styrelsen har bekræftet, at årsrapporterne for 2014 for koncernen skal afleveres i XBRL-format, og det ikke er muligt at benytte styrelsens indtastningsløsning.

Klager oplyser endvidere, at koncernen ikke har mulighed for at aflevere årsrapporter i XBRL-format uden assistance fra ekstern part, og omkostningen til digital konvertering og indberetning vil andrage op til 100.000 kroner til revisor og tredje part (XBRL konverteringsselskab).

Styrelsen svarer klager af 9. februar 2015, at selskaber, der aflægger årsrapport efter IFRS, skal indberette årsrapport i digital-format for årsrap-

porter, der slutter efter den 31. december 2013. Og selskaber, der aflægger årsrapport efter IFRS, skal anvende REGNSKAB SPECIAL, hvor det kræves, at selskab, revisor eller tredje part danner årsrapporten i PDF-format og XBRL-format lokalt, som derefter indberettes til styrelsen.

Klager svarer styrelsen også af 9. februar 2015, og oplyser, at de væsentlige ekstra omkostninger ene og alene kan henføres til, at styrelsen ikke stiller en indtastningsløsning til rådighed, men tvinger koncernen ud i en afleveringsproces, som koncernen ikke har fysisk og teknisk mulighed for at kunne håndtere.

Klager spørger endvidere om, hvorfor der ikke stilles en indtastningsløsning til rådighed eller gives mulighed for indsendelse af årsrapporterne som PDF-filer, indtil der er udviklet en indtastningsløsning, der kan benyttes af virksomheder, der aflægger årsrapport efter IFRS.

Styrelsen svarer klager af 12. marts 2015”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse (e-mail) af 12. marts 2015 hedder det:

”...

Erhvervsstyrelsen anser din klage som en anmodning om fritagelse for digital indberetning, idet I ønsker alene at indsende årsrapport i PDF-fil, indtil der stilles en indtastningsløsning til rådighed.

Virksomheder omfattet af regnskabsklasse C og D med større og mere komplekse regnskaber skal som udgangspunkt anvende Regnskab Special, jf. indsendelsesbekendtgørelsens §§ 12 og 13. Regnskab Special er et special-værktøj, som giver virksomheden større mulighed for egen opstilling af regnskab, andre specifikke benævnelser af regnskabsposter i PDF-filen, og IFRS-aflæggere har mulighed for at udvide med egne regnskabsposter.

I Regnskab Special består digital indberetning af årsrapport af én PDF-fil og én XBRL-fil, jf. indsendelsesbekendtgørelsens 14, stk. 2. XBRL er et særligt digital-format, som er læsbart af computere, og PDF-format er en digital scanning, som kan læses af mennesker.

Erhvervsstyrelsen kan ikke efter årsregnskabsloven fritage fra kravet om digital indberetning af årsrapport i XBRLformat for virksomheder omfattet af regnskabsklasse C og D på baggrund af, at der ikke stilles en indtastningsløsning til rådighed.

Virksomheder som udarbejder årsrapport efter årsregnskabsloven og er omfattet af regnskabsklasse C, kan dog anvende Regnskab Basis, hvis Regnskab Basis indeholder de elementer, som virksomheden har behov for ved digital indberetning af årsrapport, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12. Regnskab Basis er en standard indtastningsløsning med begrænset valgmuligheder af opstilling af regnskab, regnskabsposter og no-

ter mv., som er målrettet små og mindre komplekse regnskaber. Regnskab Basis har desuden et fast layout, som virksomheden ikke har indflydelse på. Det er således ikke muligt at tilføje billeder, ændre skrifttype mv.

Erhvervsstyrelsen har registreret, at årsrapporterne for 2013 for de pågældende fire nævnte virksomheder er udarbejdet efter IFRS, selvom virksomhederne størrelsesmæssigt tilhører regnskabsklasse C. Det betyder, at I frivilligt har valgt at udarbejde årsrapport efter IFRS, som er et mere kompliceret regnskabsregelsæt, og som ikke vil kunne indberettes ved brug af Regnskab Basis. Det skal nævnes, at hvis I vælger at udarbejde årsrapport efter årsregnskabsloven, har I som C-virksomhed mulighed for at anvende Regnskab Basis, jf. ovenstående. Derved vil I kunne reducere udgiften til indberetning markant.

Blandt andet for internationalt orienterede virksomheder kan der dog være gode grunde til at vælge at aflægge regnskab efter IFRS. I så fald kan man ikke undgå udgifter til digital konvertering og indberetning af regnskaberne. Det er dog Erhvervsstyrelsens indtryk, at udgiften typisk falder efter det første år.

Erhvervsstyrelsen er endvidere bekendt med, at der er forskellige metoder til digital indberetning af årsrapport. Nogle virksomheder får deres revisor til at konvertere årsrapporten i XBRL-format, og andre virksomheder får assistance fra et eksternt bureau, som kan håndtere XBRL-konvertering. I jeres tilfælde bruger I både revisor og et eksternt bureau, og det vil typisk forøge den samlede udgift. Det er ligeledes styrelsens indtryk, at prisen varierer, når det gælder konvertering og indberetning af årsrapport i digital-format.

Erhvervsstyrelsen anbefaler derfor, at virksomheden undersøger markedet, med henblik på at finde eller forhandle sig frem til den konverteringsløsning, der er forbundet med lavest mulig udgifter. Styrelsen kan desværre ikke som offentlig myndighed påtage sig at anbefale bestemte løsninger i markedet fremfor andre.

...”

I klageskrivelsen (e-mail) af 9. april 2015 har økonomidirektør A på vegne de klagende selskaber anført:

”...

Vi har ikke ved valg af aflæggelse af årsrapporter jf. IFRS kunnet forvente, at vi ville blive pålagt omkostninger i det niveau, som beskrevet nedenfor blot for at kunne aflevere vores årsrapporter.

Aflæggelse af årsrapporten efter IFRS har gennem flere år været fuldt tilladt. Vores klage skal derfor ses i det principielle forskelsbehandling, der viser sig at være konsekvensen af et lovligt tilvalg foretaget for flere år siden, nu efterfølgende viser sig at stille vores selskaber i en situation,

hvor vi forskelsbehandles i forhold til andre regnskabsaflæggere i regnskabsklasse C.

Formålet med vores klage er således en anmodning om opretholdelse af muligheden for at aflevere koncernens årsrapporter i pdf-format som hidtil indtil Erhvervsstyrelsen stiller en indberetningsmulighed til rådighed, som ikke kræver investering i speciel software eller involvering af eksterne leverandører.
...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i førnævnte redegørelse af 18. maj 2015 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport indsendes til styrelsen, så den er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen. Og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning for virksomheder omfattet af regnskabsklasse B og C, og 4 måneder for virksomheder omfattet af regnskabsklasse D. Styrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Af årsregnskabslovens § 155, stk. 1 fremgår, at styrelsen fastsætter regler om elektronisk indsendelse af bl.a. årsrapporter, herunder at indsendelsen skal ske i en af styrelsen fastsat struktureret form. Dette er nærmere reguleret i indsendelsesbekendtgørelsen [Bek. nr. 837 af 14/08/2012 – Bekendtgørelse om indsendelse til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed].

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 19, at virksomheder omfattet af regnskabsklasse B og C, som udarbejder årsrapport efter IFRS, er undtaget fra kravet om digital indberetning af årsrapport, indtil det bliver obligatorisk for virksomheder omfattet af regnskabsklasse D at indberette årsrapporten digitalt.

Det fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 1, at virksomheder omfattet af regnskabsklasse D skal indberette årsrapporten digitalt for årsrapporter med balancedato efter den 31. december 2013.

Af indsendelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 9, fremgår endvidere, at årsrapporter ikke kan indsendes eller indberettes på andre måder end de måder, som er fastsat i indsendelsesbekendtgørelsen.

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 10, stk. 1, at virksomhederne ved digital indberetning skal anvende REGNSKAB BASIS eller REGNSKAB SPECIAL.

Det fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens §§ 12 og 13, at virksomheder, der aflægger årsrapport efter regnskabsklasse C og D, skal som udgangspunkt anvende REGNSKAB SPECIAL.

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, at indberetning af årsrapport i REGNSKAB SPECIAL består af én XBRL-fil og én PDF-fil.

Af indsendelsesbekendtgørelsens § 12 fremgår endvidere, at det er muligt for selskaber omfattet af regnskabsklasse C, der aflægger årsrapport efter årsregnskabsloven, at anvende styrelsens indtastningsløsning REGNSKAB BASIS, hvis REGNSKAB BASIS indeholder de elementer for regnskabsklasse C, som den pågældende virksomhed har behov for ved digital indberetning af årsrapport.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, skal en virksomhed, der aflægger årsrapport efter IFRS, og årsrapporten indeholder en specifik regnskabspost, der ikke findes i REGNSKAB SPECIAL, indberette regnskabsposten i REGNSKAB SPECIAL under en regnskabspost med en bredere benævnelse, der dækker den pågældende regnskabspost, og foretage specifikationen i noterne.

Det fremgår endvidere af indsendelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 2, at hvis REGNSKAB SPECIAL ikke indeholder pågældende regnskabspost, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 18, stk. 1, og virksomheden har et særligt behov efter IFRS som følge af virksomhedens særlige karakter, skal virksomheden tilføje regnskabsposten, som en udvidelse til den digitale indberetningsløsning.

Styrelsen skal ydermere oplyse, at udkast til en ny indsendelsesbekendtgørelse i øjeblikket er i høring. Dette udkast indeholder forslag om tilføjelse af bestemmelse om dispensationsmulighed for IFRS-aflæggere. Her tænkes på dispensation i tilfælde af årsrapporter med meget atypiske regnskabsopstillinger, som vil kræve helt særlige tekniske udvidelser, som ligger udover normale udvidelser for almindelige regnskabsposter. Dispensationsmuligheden vurderes ikke at være relevant i dette tilfælde. Forventet ikrafttrædelse er den 15. september 2015.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen fastholder afgørelsen af, at årsrapporterne for 2014 for koncernen skal indberettes digitalt, jf. indsendelsesbekendtgørelsens §§ 9, stk. 1 og 19.

Klager har over for ankenævnet af brev af 9. april 2015 oplyst, at koncernen forskelsbehandles i forhold til andre regnskabsaflæggere i regnskabsklasse C, da de lovligt tilvælger at aflægge årsrapport efter IFRS.

Virksomheder, som ikke er forpligtet til at anvende IFRS, kan frivilligt vælge at aflægge årsrapport efter IFRS, jf. årsregnskabslovens § 137, stk. 1. Fx kan virksomheder i regnskabsklasse C frivilligt vælge at aflægge årsrapport efter IFRS.

For alle virksomheder, der aflægger årsrapport efter IFRS, er det muligt at indberette årsrapporten i digital-format, og det gælder for alle virk-

somheder, der aflægger årsrapport efter IFRS, at årsrapporten skal indberettes digitalt.

Kravet om digital indberetning af årsrapporten har været kendt siden vedtagelsen af loven i april 2011. Herudover har den konkrete skæringsdato for overgangen til digital indberetning for IFRS-aflæggere været meldt ud i god tid i indsendelsesbekendtgørelsen nr. 837 af 15. august 2012.

For virksomheder i regnskabsklasse B og C, der aflægger årsrapport efter IFRS, er skæringsdatoen for overgangen til digital indberetning af årsrapporten den samme som for virksomheder, der tilhører regnskabsklasse D. Det vil sige, at koncernen første gang skal indberette årsrapport digitalt for regnskabsåret 2014, selvom koncernen størrelsesmæssigt tilhører regnskabsklasse C. Virksomheder i regnskabsklasse C omfattes af kravet om digital indberetning af årsrapporter for 2013, hvis de aflægger årsrapport efter årsregnskabsloven, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 19.

Styrelsen skal bemærke, at der ved udformning af styrelsens indberetningsløsninger er lagt særlig vægt på at give små virksomheder med enklere regnskabsforhold mulighed for selv at indberette årsrapporten digitalt. For de små virksomheder er det også muligt at fravælge revision [Årsregnskabslovens § 135], hvorfor man ikke kan forvente, at revisor her kan assistere med digital konvertering og indberetning.

Styrelsen har udviklet REGNSKAB BASIS, som er en standard indtastningsløsning med begrænsede valgmuligheder for opstilling af regnskab, regnskabsposter og noter mv., som er målrettet små og mindre komplekse regnskaber i regnskabsklasse B. REGNSKAB BASIS har desuden et fast layout, som virksomheden ikke har indflydelse på. Det er således ikke muligt at tilføje grafer, billeder og ændre skrifttype mv.

For de større virksomheder primært i regnskabsklasse C og D har styrelsen udviklet REGNSKAB SPECIAL, der giver mere fleksibilitet i forbindelse med indberetningen. Der er således mulighed for at benytte andre og mere specifikke benævnelser af regnskabsposter i PDF-filen, og IFRS-aflæggere har mulighed for at udvide med egne regnskabsposter.

For større virksomheder og virksomheder med mere komplicerede regnskabsforhold er det dog ofte nødvendigt at afholde udgifter til ekstern bistand til digital konvertering og indberetning. Dette skyldes, at en standardiseret indberetningsløsning, som REGNSKAB BASIS, i disse tilfælde ikke er tilstrækkelig.

I klagers tilfælde anvendes både revisor og ekstern bureau til digital konvertering og indberetning, hvilket typisk vil forøge den samlede omkostning. Det er styrelsens indtryk, at der findes forskellige metoder til digital konvertering og indberetning på markedet, og nogle virksomheder får alene deres revisor til at konvertere årsrapporten i XBRL-format.

Styrelsen vil anbefale, at klager undersøger markedet for at finde eller forhandle sig frem til den konverteringsløsning, der er forbundet med den laveste omkostning.

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at udgiften til digital indberetning typisk vil falde efter første år.

Det skal nævnes, at hvis koncernen vælger at aflægge årsrapport efter årsregnskabsloven, så har koncernen som C-virksomheder mulighed for at anvende REGNSKAB BASIS, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12. Derved vil koncernen kunne reducere omkostningen til digital konvertering og indberetning markant.

Styrelsen skal afslutningsvist bemærke, at styrelsen ikke har hjemmel til at fritage koncernen for digital indberetning af årsrapporter, der aflægges efter IFRS.

Styrelsen finder således ikke grundlag for at tillade klagers anmodning om at indsende koncernens årsrapporter i PDF-format, indtil styrelsen stiller en indberetningsmulighed til rådighed, som ikke kræver investering i speciel software eller involvering af ekstern leverandør.
...”

Ved e-mail af 20. maj 2015 har økonomidirektør A heroverfor bemærket:

”... jeg fastholder min klage samt mine fremførte synspunkter, da Erhvervsstyrelsens udtalelse ikke ændrer noget i relation til de principielle årsager der lå til grund for vores oprindelige klage, nemlig at vi pålægges meget væsentlige omkostninger, som følge af en manglende indberetningsløsning til brug for elektronisk indsendelse af vores årsrapporter for 2014.

Vi har således ikke ved valg af aflæggelse af årsrapporter jf. IFRS kunnet forvente, at vi ville blive pålagt omkostninger i det niveau, som beskrevet nedenfor blot for at kunne aflevere vores årsrapporter, og da aflevering af vores årsrapporter tidligere har kunnet gennemføres simpelt og enkelt uden at dette var forbundet med omkostninger. Herudover belastes vores koncern yderligere af, at vi har 4 IFRS-årsrapporter, der skal indberettes digitalt, og da de eksterne dataleverandører, der kan udføre det elektroniske del af konverteringen ikke har den nødvendige IFRS-regnskabsforståelse samt – ekspertise, er vi derfor nødsaget til at have vores revisor med i processen for at kvalitetssikre denne i relation til Erhvervsstyrelsens krav.

Aflæggelse af årsrapporten efter IFRS har gennem flere år været fuldt tilladt. Vores klage skal derfor som allerede nævnt ses i den principielle forskelsbehandling, der viser sig at være konsekvensen af et lovligt tilvalg foretaget for flere år siden, nu efterfølgende viser sig at stille vores selskaber i en situation, hvor vi forskelsbehandles i forhold til andre

regnskabsaflæggere i regnskabsklasse C. En forskelsbehandling der altså alene udspringer af valg af tilladt regnskabspraksis!

Formålet med vores klage er således fortsat en anmodning om opretholdelse af muligheden for at aflevere koncernens årsrapporter i pdf-format som hidtil indtil Erhvervsstyrelsen stiller en indberetningsmulighed til rådighed, som ikke kræver investering i speciel software eller involvering af eksterne leverandører.
...”

Erhvervsstyrelsen udtalte den 16. december 2015 i en af Erhvervsankenævnet indhentet udtalelse følgende:

”Ankenævns sag, A mod Erhvervsstyrelsen

Erhvervsstyrelsen (herefter styrelsen) har modtaget Erhvervsankenævnets email af 4. december 2015, hvori ankenævnet anmoder om en redegørelse for hvorvidt styrelsens vurdering af, at ”dispensationsmulighed vurderes ikke at være relevant i dette tilfælde” i styrelsens redegørelse af 18. maj 2015, stadig er gældende efter den nye indsendelsesbekendtgørelse.

For bekendtgørelse nr. 1032 om indberetning til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed af 8. september 2015 for § 23, stk. 2 2. pkt., står det, at Erhvervsstyrelsen efter ansøgning kan fritage en virksomhed for indberetning af årsrapport, hvis virksomhedens behov for udvidelse af taksonomien vil være forbundet med tekniske vanskeligheder af en sådan art, at dette vil meget byrdefuldt for virksomheden.

Som det fremgår af styrelsens redegørelse af 18. maj 2015, side 4 4. afsnit, er det fortsat tanken, at der kan gives dispensation til tilfælde af årsrapporter med meget atypiske regnskabsopstillinger, som vil kræve helt særlige tekniske udvidelser, der ligger udover normale udvidelser for almindelige regnskabsposter.

Det er fortsat styrelsens vurdering, at dispensationsmulighed ikke er relevant i dette tilfælde, hvor der ikke vurderes at være tale om, at virksomhedens behov for udvidelse af taksonomien vil være forbundet med tekniske vanskeligheder af en sådan art, at dette vil være meget byrdefuldt for virksomheden.”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsstyrelsen har med hjemmel i årsregnskabslovens § 155, stk. 1, fastsat nærmere regler for indsendelse af årsrapporter til styrelsen i bekendtgørelse nr. 837 af 14. august 2012 (indsendelsesbekendtgørelsen). Bekendtgørelse nr. 1057 af 8. september 2015 om indberetning til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i

Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed - efter dennes § 35, stk. 1 - har virkning for regnskabsdokumenter, der indberettes den 15. september 2015 eller senere og Erhvervsstyrelsen har i øvrigt oplyst, at dispensationsadgangen efter bekendtgørelsen som efter det udkast, der var sendt i høring på tidspunkt for Styrelsens afgørelse i øvrigt ikke vurderes at være relevant i de omhandlede tilfælde.

Det følger af bekendtgørelse nr. 837 af 14. august 2012 § 19, stk. 1 og 2, sammenholdt med § 9, stk. 1, nr. 1-3, at virksomheder omfattet af regnskabsklasse B og C, som udarbejder årsrapporter efter IFRS, skal indberette årsrapport digitalt for årsrapporter med balancedato efter 31. december 2013. Af bekendtgørelsens § 9, stk. 8, fremgår videre, at årsrapporter ikke kan indsendes eller indberettes til Erhvervsstyrelsen på andre måder end de måder, som er fastsat i bekendtgørelsen.

K1 ApS, K2 A/S, K3 A/S samt K4 A/S, som har valgt at aflægge regnskab efter IFRS, skal for 2014 således indberette selskabernes årsrapporter og koncernregnskaber digitalt i overensstemmelse med de i bekendtgørelsens §§ 10-14 fastsatte bestemmelser.

Erhvervsstyrelsen har nærmere redegjort for, hvorfor man ikke finder, at der er vægtede grunde til at dispensere fra den daværende indsendelsesbekendtgørelse og Erhvervsankenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte dette skøn

Ankenævnet tiltræder således, at Erhvervsstyrelsen har afslået at imødekomme anmodningen om indsendelse af koncernens årsrapporter i pdf-format.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 12. marts 2015.

16) Kendelse af 8. februar 2016 (J.nr. 2015-8794).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Finn L. Meyer, Carsten Møllekilde og Steen Mejer deltaget)

Ved skrivelse af 9. juli 2015 har K på egne vegne og vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i A A/S klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 8. juli 2015 pålagde dem afgifter på hver 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. januar til 31. december 2014.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelse af 9. juli 2015 har K anført:

”Vedr.: Afgift vedr. A A/S, CVR-nummer ...

Jeg har g.d. modtaget oplysninger om, at jeg i min egenskab som medlem af bestyrelsen for ovennævnte selskab samt bestyrelsens øvrige 2 medlemmer, C og D er blevet pålagt at betale en afgift på kr. 2.000,- som følge af for sen indlevering af årsrapport.

I Erhvervsstyrelsens meddelelse, at fremgår det, at ledelsen den 23/6 har modtaget et brev fra Styrelsen, hvori der blev gjort opmærksom på, at ledelsen ville blive pålagt afgift, hvis ikke årsrapporten ikke var modtaget den 3/7 2015.

Hverken jeg selv – eller selskabets to andre bestyrelsesmedlemmer – har modtaget nogen henvendelse fra Styrelsen den 23/6 og jeg skal derfor på vegne C, D samt mig selv protestere imod afgiftspåleggelsen.
...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 7. september 2015 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

A A/S har kalenderåret som regnskabsår. Klager K, D og C har siden 1. maj 2007 udgjort bestyrelsen i selskabet.

Selskabets årsrapport for regnskabsåret 2014 skulle have været modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 1. juni 2015. Styrelsen sendte den 23. juni 2015 påkrav til ledelsen i A A/S om indsendelse af selskabets årsrapport, idet selskabets årsrapport endnu ikke var modtaget. Påkravsbrevet er sendt til selskabets digitale postkasse att.: ledelsen. Erhvervsstyrelsen har den 28. august kontaktet eBoks A/S, der har bekræftet, at skrivelsen af den 23. juni er modtaget hos brugeren, dvs. i selskabets digitale postkasse.

Af brevet af den 23. juni fremgik det, at hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse vil blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen, hvis årsrapporten modtages styrelsen senere end den 3. juli 2015.

Erhvervsstyrelsen modtog den 8. juli 2015 selskabets årsrapport, dvs. efter udløbet af fristen, som blev meddelt i påkravsbrevet af den 23. juni.

Styrelsen sendte derfor den 8. juli afgørelser til selskabets 3 bestyrelsesmedlemmer, hvorved de blev pålagt en afgift på kr. 2.000.

Sagens retlige omstændigheder

Ifølge årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal selskabets årsrapport være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Da selskabets årsrapport ikke var modtaget inden udløbet af denne frist, sendte styrelsen den 23. august et påkrav til virksomhedens ledelse i medfør af årsregnskabslovens § 150, stk. 1.

Brevet er sendt til selskabets digitale postkasse, jf. § 7, stk. 1, i lov om Offentlig Digital Post, jf. lov nr. 528 af 11. juni 2012. Det følger af denne bestemmelse, at offentlige afsendere kan anvende Offentlig Digital Post til kommunikation med juridiske enheder, der er tilsluttet postløsningen med de retsvirkninger, der følger af lovens § 10. Ved kommunikation forstås afsendelse af alle dokumenter og meddelelser m.v., herunder afgørelser.

Af lovens § 10 fremgår det, at meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post, anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen. Det fremgår ligeledes af bemærkningerne til § 10, at en meddelelse kan anses for at være kommet frem, når den har en placering i postløsningen, hvorfra adressaten skal fremkalde den, og den digitale postløsning fungerer. Det er som udgangspunkt uden betydning, om eller hvornår adressaten rent faktisk gør sig bekendt med indholdet af meddelelsen, dvs. om meddelelsen er kommet til adressatens kundskab.

Da den i påkravsbrevet meddelte frist ikke blev overholdt, pålagde styrelsen ved breve af den 8. juli selskabets 3 bestyrelsesmedlemmer en afgift i medfør af årsregnskabslovens § 151, stk. 1. Afgiften beregnes fra udløbet af den ordinære indsendelsesfrist årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., dvs. fra den 1. juni. Da årsrapporten blev modtaget den 3. juli var det derfor den 2. påbegyndte måned efter fristudløbet, hvorfor afgiften udgjorde kr. 2.000 pr. ledelsesmedlem.

Styrelsens udtalelse

Det må efter styrelsens vurdering lægges til grund, at styrelsens påkravsbrev af den 23. juni er kommet frem til selskabets ledelse, idet det er afsendt til selskabets digitale postkasse, og idet eBoks A/S den 28. august overfor styrelsen har bekræftet, at brevet er modtaget hos brugeren. Brevet var i overensstemmelse med bestemmelsen i årsregnskabslovens §

150, stk. 1, sendt til selskabets ledelse på selskabets adresse (her den digitale postkasse).

Det kan derfor efter styrelsens vurdering ikke lægges til grund, at selskabets ledelse, som anført af klager, ikke har modtaget det pågældende brev.

Endvidere følger det af bemærkningerne til § 10 i lov om Offentlig Digital Post, at det er modtagerens eget ansvar at tømme postkassen og gøre sig bekendt med indholdet af meddelelser, der er kommet frem til den pågældende, og at adressaten således bærer risikoen ved ikke at gøre sig bekendt med indholdet af vedkommendes digitale postkasse. Når der er tale om en digital postkasse tilknyttet et CVR nr. må dette ansvar påhvile selskabets øverste ledelse, dvs. i det konkrete selskab, bestyrelsen

Det er således styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at fritage de 3 bestyrelsesmedlemmer for de af Erhvervsstyrelsen pålagte afgifter og styrelsen udtaler derfor, at styrelsens afgørelser af den 8. juli 2015 bør stadfæstes.”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det følger af årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt., at hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget i Erhvervsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring. Ifølge stk. 2 skal angives en frist i påkravs-brevet på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport og efter § 151 pålægger Erhvervsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse en afgift, hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravs-brevets datering.

Da årsrapporten for 2014 for A A/S ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen inden udløbet af indsendelsesfristen på 5 måneder i årsregnskabslovens § 138, sendte styrelsen i medfør af lovens § 150, stk. 1, den 23. juni 2015 et påkravs-brev til selskabets ledelse.

Brevet blev fremsendt til selskabets digitale postkasse.

Det følger af § 7 i lov om Offentlig Digital Post, at Erhvervsstyrelsen kan anvende Offentlig Digital Post til kommunikation med selskaber. Juridiske enheder skal som udgangspunkt tilsluttes offentlig digital post, jf. lovens § 3, stk. 2. A A/S er således også tilsluttet postløsningen. eBoks A/S' har ifølge det oplyste overfor Erhvervsstyrelsen bekræftet, at A A/S har modtaget styrelsens påkravsbrev i selskabets postløsning.

Meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen, jf. § 10, nr. 1, i lov om Offentlig Digital Post.

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en afgift, 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 ham eller hende til last.

Herefter og da der i øvrigt ikke er anført ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152, tiltræder ankenævnet, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 8. juli 2015 har pålagt afgifter som sket, hvorved bemærkes, at det følger af lovens § 151, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen pålægger hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse afgiften.

17) Kendelse af 18. februar 2016 (J.nr. 2015-11953).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Arne Nabe Poulsen, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 21. september 2015 har K på egne og vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i A A/S klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 31. au-

gust 2015 pålagde dem afgifter på hver 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af virksomhedens årsrapport for perioden 1. januar 2014 til 31. december 2014.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 4. november 2015 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 31.8 2015 hvert medlem af selskabets ledelse en adfærdsregulerende afgifter på kr. 3.000 som følge af, at den digitalt indberettede årsrapport for 2014 for A A/S, CVR-nr. ... var modtaget for sent i styrelsen.

Selskabets årsrapport for 2014 blev modtaget digitalt den 24.8 2015, men årsrapporten skulle efter årsregnskabsloven være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 1.6 2014.

Den 23.6 2015 sendte styrelsen et påkravsbrev til selskabets digitale postkasse stilet til ledelsen. I påkravsbrevet blev det oplyst, at årsrapporten for 2014 endnu ikke var modtaget, hvilket skulle være sket senest den 1.6 2015 for at være rettidigt. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen senest den 3.7 2015, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Klager rettede telefonisk den 12.8 2015 henvendelse til styrelsen og oplyste, at virksomhedens årsrapport på grund af hans sygdom ville komme i løbet af uge 34 [17. – 23.8 2015]. Til klagers oplysning om hans forlæggelse af selskabets digitale signatur oplyste styrelsen, at han kunne bruge sin personlige NemID ved indberetning af årsrapporten.

...”

I klageskrivelsen af 21. september 2015 har K anført:

”Anmodning om afgiftsfritagelse for CVR ...

I henhold til skrivelsen fra Erhvervsstyrelsen skal jeg hermed anmode om fuld fritagelse for afgiften for alle 3 personer, K, B og C.

Årsagen skyldes alene min, adm. Direktør Ks, sygdom og indlæggelse med hospitalsophold. Jeg blev indlagt den 6. juni 2015 på ... Hospital. Jeg blev lagt i kunstigt koma og var i alt 1 mdr. på intensivafdeling og efterfølgende 3 uger på alm. Sengeafsnit. Herefter indlagt 1 mdr. på genoptræningscenter

Ingen (B og C) havde adgang til materialet og kunne derfor ikke foretage sig noget. Der har ikke været nogen rigtig aktivitet i indeværende regnskabsår i form af bortset fra samlet 7 bank noteringer hvoraf 2 var et gebyr og rente til banken og 5 ikke forretningsmæssige dispositioner.
...”

I førnævnte redegørelse af 4. november 2015 har Erhvervsstyrelsen yderligere anført:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt. fremgår det, at hvert ledelsesmedlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport indsendes til Erhvervsstyrelsen, så denne er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelse og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Efter § 9 i styrelsens indsendelsesbekendtgørelse [BEK nr. 837 af 14/08 2012 ”Bekendtgørelse om indsendelse til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed] skal virksomheder foretage digital indberetning af årsrapporter.

Modtages årsrapporten ikke digitalt inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen i overensstemmelse med lovens § 150, stk. 1, et påkravsbrev til virksomhedens ledelse med påbud om at indberette årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indberetning af årsrapporten for at undgå afgift. Påkravsbrevet sendes via Digital Post til ledelsen til virksomhedens digitale postkasse, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 2 a, nr. 1 [BEK nr. 450 af 25/4 2014, som ændring i BEK 837 af 14/8 2012]

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder bestemmelse om adfærdregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse, såfremt årsrapporten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage, som angivet i påkravsbrevet.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift under ganske særlige omstændigheder, såfremt disse skyldes upåregnelige forhold i perioden op til modtagelsesfristens udløb. 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.

Styrelsens udtalelse

Som oplyst sendte styrelsen den 23.6 2015 et påkravsbrev til virksomhedens digitale postkasse som følge af manglende modtagelse af selskabets

årsrapport for 2014. Det digitalt fremsendte påkravsbrev var stilet til virksomhedens ledelse.

Når styrelsen fremsender påkravsbrev er lovens seneste modtagelsesfrist allerede overskredet, og ledelsens pligt til og ansvar for rettidig indsendelse er således ikke opfyldt. Påkravsbrevet er et informationsbrev om styrelsens manglende rettidige modtagelse af årsrapporten. I påkravsbrevet gives endvidere oplysning om muligheden for at undgå afgift, hvis modtagelsen af årsrapporten sker inden udløbet af den i brevet anførte fristdato, der opgøres som 8 hverdage fra brevets datering.

Klager begrundet afgiftsfritagelserne med, at hans sygdom var årsag til den for sene indberetning af årsrapporten. Ifølge klagers oplysning og dokumentation indtraf hans sygdom den 6.6 2015, hvilken dato lå efter udløbet af årsregnskabslovens seneste frist for modtagelse af årsrapporten den 1.6 2015.

Ifølge lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 om upåregnelige forhold er det en betingelse for afgiftsfritagelse ved alvorlig sygdom, at sygdommen medfører længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til modtagelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen. Dette finder styrelsen ikke har været tilfældet i denne sag, idet klagers sygdom ikke indtraf i perioden op til modtagelsesfristens udløb, men derimod først 5 dage senere.

Det af klager anførte forhold om de to andre ledelsesmedlemmers manglende adgang til selskabets materiale, finder styrelsen ej heller at kunne begrunde fritagelse for afgifterne pålagt dem. Samtlige ledelsesmedlemmer har et personligt og selvstændigt ansvar for rettidig indsendelse af årsrapporten. Fritagelse ville være betinget af, at de pågældende kunne godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kunne lægges de pågældende til last. I sagen er det ikke godtgjort, at de pågældende har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten kunne aflægges og indsendes rettidig til styrelsen.

Klagers oplysning om, at der ikke har været nogen rigtig aktivitet i virksomheden for omhandlede regnskabsår og kun 7 bilag og registreringer, kan ikke tillægges værdi. Virksomheder, der er regnskabspligtige efter årsregnskabsloven skal aflægge og indsende årsrapport rettidigt uanset størrelsen af dens aktivitet eller omfanget af registreringerne. Med så begrænset antal bilag og registreringer burde det have været muligt at udarbejde og indberette årsrapporten inden for lovens frist på 5 måneder efter udløbet af regnskabsåret.

På baggrund af ovenstående finder styrelsen ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at klager og de øvrige ledelsesmedlemmer fritages for de pålagte afgifter på 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem. Styrelsen indstiller derfor, at de pålagte afgifter fastholdes.

...”

Klagerne har ved skrivelse af 20. november 2015 yderligere anført:

”...

Jeg kom hjem fra ... den 3. juni og ville inden for en uge aflevere regnskabet, som ikke ville adskedkomme en bøde før jeg modtog en rykker. Regnskabet har 3 posteringer fra bank på samlet under kr. 1.300, som er det eneste der vedrører selskabet transaktioner for pågældende regnskabsår. Det indebærer, at der ikke ville være nogen økonomisk fordel ved at ”udskyde” aflevering af regnskabet.

Jeg skal bemærke, at skrivelsen fra E&S *påkravsskrivelse fra 23/6-2015* giver udsættelse til 3/7-2015 uden bøde. Jeg er lagt i kundstig koma på intensiv og stadig indlagt den 3/7-2016 [2015], På genoptræningscenteret blev jeg løftes med lift og sag i kørestol i de første 20 dage.

Derfor skal jeg bede om fritagelse, da der ikke har været nogen økonomisk fordel for A eller manglende indbetaling til skat.”

Erhvervsstyrelsen er ved skrivelse af 2. december 2015 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en afgift, 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 ham eller hende til last.

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”...

Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger 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.

...

Fra administrativ praksis vedrørende praksis vedrørende afgiftsfritagelse kan endvidere nævnes, at hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold, kan dette efter en konkret vurdering give hel eller delvis afgiftsfritagelse. Dette gælder navnlig alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen. Det er dog en forudsætning, at den pågældende har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten trods hindringen blev aflagt og indsendt så hurtigt som muligt til styrelsen, således at forsinkelsen ikke kan lægges den pågældende til last.
...”

Ud fra det i klageskrivelsen anførte og den fremlagte dokumentation for Ks sygdomsforløb fremgår udelukkende oplysninger om hospitalsindlæggelsen den 6. juni 2015 og fremefter. Indsendelsesfristen for årsrapporten for 2014 for A A/S var 1. juni 2015. Da denne ikke blev overholdt, blev virksomhedens ledelse ved styrelsens påkravsbrev af 23. juni 2015 meddelt en ny frist til indsendelse af årsrapporten. I påkravsbrevet blev det meddelt, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos styrelsen senest den 3. juli 2015, ville de enkelte ledelsesmedlemmer blive pålagt afgifter, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Da oplysningerne om Ks sygdom alene angår hospitalsindlæggelsen i perioden efter den rettidige frist for indsendelse af årsrapporten, og da der i øvrigt ikke er fremlagt dokumentation for eventuel uarbejdsdygtighed i perioden for udarbejdelse af årsrapporten op til indsendelsesfristen 1. juni 2015 finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport.

Samtlige ledelsesmedlemmer har et personligt og selvstændigt ansvar for rettidig indsendelse af årsrapporten, og da der med det af klager anførte ikke i øvrigt ses at være fremlagt dokumentation for, at nogen af ledelsesmedlemmerne har søgt at fremme indsendelsen inden indsendelsesfristen den 1. juni 2015, finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne særlige omstændigheder omfattet af årsregnskabslovens § 152, som kan danne grundlag for afgiftsfritagelse. Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 31. august 2015 pålagte afgifter.

18) Kendelse af 4. juli 2016 (J.nr. 2015-14671).

Selskab påbudt at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/2015 samt pålagt at årsregnskabet revideres.

Årsregnskabslovens § 33, § 46, § 47, § 135, stk. 7, og § 161, nr. 3, samt IAS 12, afsnit 35.

(Arne Nabe Poulsen, Gert Fisker Tomczyk og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 15. december 2015 har K [direktør A ApS] fra A ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 19. november 2015 har påbudt selskabet at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/2015 samt pålagt selskabet, at årsregnskabet skal revideres.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. november 2015 hedder det:

”Afgørelse vedr. årsrapporten for 2013/14 for A ApS, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med en undersøgelse i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, gennemgået ovennævnte årsrapport, som blev modtaget i styrelsen den 18. september 2014. Gennemgangen har alene omfattet de forhold, som de to forbehold i revisors erklæring omhandler.

Revisor har på baggrund af de to forbehold givet en afkræftende konklusion på årsregnskabet og finder således ikke, at regnskabet giver et retvisende billede af selskabets aktiver, passiver og finansielle stilling samt resultat. De to poster, som forbeholdene vedrører, udgør hele virksomhedens aktivmasse. Styrelsen har konstateret, at revisor har taget forbehold for de to poster i en længere årrække.

Styrelsen har ved breve af henholdsvis 29. juli og 27. august 2015 rettet henvendelse til virksomheden om de to forbehold. Styrelsen har modtaget virksomhedens svar på henvendelserne henholdsvis 17. august og 10. september 2015. Styrelsen har desuden den 1. september 2015 modtaget virksomhedens årsrapport for 2014/15, der ikke indeholder en revisionspåtegning, idet revision er fravalgt i henhold til årsregnskabslovens § 135.

Afgørelse

Det er styrelsens vurdering, at virksomheden ikke har godtgjort, at årsregnskabslovens krav til indregningen og/eller målingen af posterne

”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” og ”Udskudt skatteaktiv” i årsrapporten for 2013/14 er overholdt.

I forhold til ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” har styrelsen lagt vægt på, at virksomheden efter det oplyste ikke modtager renter eller afdrag på udlånene, ligesom der ikke er en fast aftale for tilbagebetaling, og virksomheden ikke har iværksat en proces med inddrivelse af tilgodehavendet. Det er derfor styrelsens vurdering, at tilgodehavendet – på baggrund af den forelagte dokumentation – skal nedskrives til kr. 0. Kan der dokumenteres en værdi af tilgodehavenderne, kan de indregnes og måles til den dokumenterede værdi.

I forhold til posten ”Udskudt skatteaktiv” har styrelsen lagt vægt på, at virksomheden har været tabsgivende og i de seneste år ikke har kunnet udnytte noget af skatteaktivet. Der er ligeledes lagt vægt på, at der ikke er forelagt overbevisende dokumentation for, at skatteaktivet kan udnyttes hverken helt eller delvist. Det er derfor styrelsens vurdering, at skatteaktivet – på baggrund af den forelagte dokumentation – skal nedskrives til kr. 0. Kan der dokumenteres en værdi af skatteaktivet, kan det indregnes til den dokumenterede værdi.

Det er ligeledes styrelsens vurdering, at forholdene ikke er bragt i orden ved aflæggelsen af årsrapporten for 2014/15. Der henvises til baggrunden for afgørelsen nedenfor.

Da de to poster er væsentlige i såvel årsrapporten for 2013/14, hvor revisor har givet en afkræftende konklusion, som i årsrapporten for 2014/15, pålægges virksomheden derfor at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, hvor de to poster er indregnet og målt i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser.

Idet styrelsen lægger til grund, at der er tale om væsentlige overtrædelser af årsregnskabsloven, pålægges virksomheden desuden revision af årsregnskabet for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7.

Den berigtigede årsrapport for 2014/15 skal være modtaget i styrelsen senest 4 uger fra dags dato.

...

Baggrund for afgørelsen

Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser

Revisor har i årsrapporten for 2013/14 taget følgende forbehold vedr. posten:

”Der er ikke foretaget hensættelse til tab på debitorbeholdningen, hvilket vi er uenig i, hvorfor vi tager forbehold for måling af regnskabsposten ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser”.”

Revisor har også de tidligere år taget forbehold for posten, der i den seneste femårs periode har bestået af de samme fem debitorer. Debitormassen har i perioden udgjort mellem 267 t.kr. og 294 t.kr. Disse udsving skyldes, ifølge det i redegørelsen af 10. september 2015 oplyste, alene udsving i omregningskursen mellem DKK og USD.

Styrelsen forstår redegørelsen således, at tilgodehavenderne hos de 5 debitorer har været uændrede i en længere årrække. Der er ikke oplyst om betalingsvilkårene for de tre debitorer, hvornår tilgodehavenderne forfalder/forfaldt til betaling, ligesom der ikke er oplyst om debitorernes evne og vilje til at betale renter ved forsinket betaling.

Styrelsen lægger derfor til grund, at der ikke foreligger en betalingsplan, ligesom der ikke opkræves renter.

Det er endvidere i redegørelsen af 17. august 2015 oplyst, at to af de fem debitorer i regnskabsåret 2014/15 er nedskrevet til 0 kr., pga. dels likvidation, dels per kulance, men de resterende tre debitorer vil blive stående uændret, da kravene stadig er bestående. Posten udgør i årsrapporten for 2014/15 246 t.kr.

I den uddybende redegørelse af 10. september er det oplyst, at den største af de 3 tilbageværende debitorer, der udgør 79 % af den samlede debitor masse, er et børsnoteret selskab i ..., der er ejet af endnu et børsnoteret selskab, hvor den kinesiske stat ejer 58 % af kapitalen. Det oplyses endvidere, at der på ingen måde er tale om et selskab i krise, og at debitoren har været en tæt samarbejdspartner siden 1980'ere omkring varemærket "B" og været en betingelsesløs hjælp til jer i situationer om uautoriseret brug af varemærket.

I relation til den største debitor fremgår det af redegørelsen, at A ApS ikke har haft travlt med at rykke for beløbet på grund af den betingelsesløse hjælp fra debitors side. Det fremgår endvidere, at A ApS ikke ser nogen grund til hastværk med at sætte himmel og jord i bevægelse for at kræve beløbet betalt betingelsesløst på nuværende tidspunkt. Endelige fremføres det, at det er en velovervejede beslutning fra ledelsens side at afvente med at indkassere beløbene fra de tre debitorer. Der er dog ligeledes anført, at de tre debitorer kender beløbene og til dato altid har overholdt deres betalinger uden problemer.

På trods af oplysningen i redegørelsen om overholdelsen af betalingerne, forstår styrelsen samlet set redegørelsen således, at der er tale om, at de pågældende tilgodehavender er forfaldne beløb – alternativt at der ingen aftale er om tidspunktet for tilbagebetalingen.

Der er ikke forelagt dokumentation for, at debitorerne anerkender virksomhedens tilgodehavende.

Det følger af årsregnskabslovens § 46, stk. 2, at omsætningsaktiver, der ikke løbende reguleres til dagsværdi efter §§ 37 eller 38, skal nedskrives til en lavere nettorealiseringsværdi. Nettorealiseringsværdien er summen

af de fremtidige nettoindbetalinger, som aktivet på balancedagen forventes at indbringe som led i normal drift, jf. årsregnskabslovens bilag 1, D, nr. 7. Det betyder, at hvis der ikke er berettiget forventning om, at debitorerne både kan og vil indbetale de skyldige, bogførte beløb inklusiv eventuelle renter, når de forfalder til betaling, så skal der nedskrives til den lavere værdi, debitorerne forventes at kunne og ville betale.

I redegørelsen synes begrundelsen for, at der efter ledelsens vurdering ikke er behov for nedskrivning – eller vurdering af nedskrivningsbehovet – på de tre tilbageværende debitorer, at være, at kravene fortsat består. Styrelsen har imidlertid forstået redegørelsen således, at tilgodehavenderne hos de tre tilbageværende debitorer har været uændret i en længere årrække og er forfaldne til betaling.

Det er ikke i redegørelserne oplyst, hvornår tilgodehavender hos de tre debitorer, der opretholdes uændrede, forfaldt til betaling, eller om der ingen aftale er indgået med debitorerne herom.

Idet styrelsen lægger til grund, at tilgodehavenderne hos de tre debitorer er forfaldne, finder styrelsen ikke, at virksomheden har godtgjort, at den har overholdt årsregnskabslovens krav til nedskrivning af debitorer. Styrelsen finder således ikke, at virksomheden har begrundet og dokumenteret, at fordringernes nettorealisationsværdi mindst svarer til regnskabsmæssig værdi.

Virksomheden har for det første ikke sandsynliggjort, at debitorerne anerkender fordringen samt krav om at betale renter.

For det andet har virksomheden ikke opgjort og dokumenteret en forventet betalingsrække (afdrag og renter på tilgodehavendet).

Det er således ikke sandsynliggjort, at debitorerne kan og vil betale virksomhedens tilgodehavende.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at virksomheden ikke kan opgøre en pålidelig værdi af tilgodehavendet, og at dette derfor – på baggrund af det oplyste - skal nedskrives til kr. 0. Kravet om nedskrivning følger af det almindelige nedskrivningskrav i årsregnskabslovens § 46, stk. 2, sammenholdt med det generelle indregningskrav i § 33, hvorefter aktiver skal indregnes, når det er sandsynligt, at fremtidige økonomiske fordele vil tilflyde virksomheden, og aktivets værdi kan måles pålideligt. Kan der dokumenteres en værdi af tilgodehavenderne, kan de indregnes og måles til den dokumenterede værdi.

Det udskudte skatteaktiv

Revisor har i årsrapporten for 2013/14 taget følgende forbehold vedr. posten:

"I balancen er aktiveret negativ udskudt skat med t.DKK 945 vedrørende skattemæssigt underskud. Vi er uenig i værdien af dette aktiv, hvorfor vi tager forbehold for målingen af regnskabsposten "Udskudt skatteaktiv"."

Revisor har også de tidligere år taget forbehold for posten, der i den seneste femårs periode har været i størrelsesorden 940 t.kr. til 1.075 t.kr.

Posten synes i regnskabsåret 2013/14 nedskrevet med 130 t. kr., og udgør i årsrapporten for 2014/15 945 t.kr.

Det er i redegørelsen af 17. august 2015 oplyst, at virksomheden i dag hovedsagligt bygger på royaltyindtægter fra diverse varemærkerettigheder, og at disse har været stødt stigende og vil fortsætte i opadgående retning i de kommende år.

Det er ligeledes oplyst, at der udover lidt administrationsomkostninger stort set ingen udgifter er i selskabet, hvorfor royaltyindtægter relativt hurtigt vil opbruge det skattemæssige underskud, men at tidspunktet for den fulde udnyttelse af underskuddet selvsagt afhænger af mængden af produkter, der sælges med virksomhedens varemærkerettigheder.

Redegørelsen af 10. september 2015 er suppleret med et budget for det kommende regnskabsår, hvoraf det fremgår, at der i 2015/16 forventes et resultat før skat på t.kr. 186.

I redegørelsen er det desuden supplerende oplyst, at den første B konceptbutik i ... [asiatisk land] er åbnet i august 2015 for at komme tættere på kunderne, og at der planlægges 1.000 konceptbutikker på franchisebasis, hvis tiltaget bliver en succes. Royalty fra dette tiltag vil efter det oplyste skabe en seriøs omsætningsforøgelse, der endnu ikke er indkalkuleret i de fremtidige forventninger/medtaget i budgettet.

Det er endvidere oplyst, at der fra kinesisk side har været et ønske om, at "B" etablerede nogle "søster-brands", der historisk kunne kobles sammen med "modernavnet B". Der er på den baggrund i samarbejde kreeret 3 nye varemærkenavne, som først er registreret i Danmark, og som har opnået forhåndsgodkendelse til registrering i ... [asiatisk land] af de kinesiske myndigheder, hvorfor de endelige registreringsdokumenter herfra snarest forventes. Royalty fra disse 3 nye varemærker er ligeledes endnu ikke indkalkuleret i de fremtidige forventninger/medtaget i budgettet.

Det konkluderes på denne baggrund, at den støt stigende royalty for det eksisterende varemærke "B" tillagt de nye tiltag sammenholdt med stort set ingen omkostninger selvsagt betyder, at underskuddet med hastige skridt vil blive opbrugt.

Det følger af årsregnskabslovens § 47 (der i henhold til lovbemærkningerne fortolkes i lyset af den internationale regnskabsstandard, IAS 12) sammenholdt med årsregnskabslovens § 33, at udskudte skatteaktiver skal indregnes til den værdi, de forventes at kunne realiseres til. Kan skatteaktivet ikke rummes i de udskudte skatteforpligtelser, skal det vurderes, om det er sandsynligt, at virksomheden vil kunne opnå fremtidig indtjening til at realisere skatteaktivet.

Det følger af den internationale regnskabsstandard, IAS 12, afsnit 35, at forekomsten af uudnyttede skattemæssige underskud er et tydeligt tegn på, at der muligvis ikke vil være en fremtidig skattepligtig indkomst. Når virksomheden for nylig har været tabsgivende, kan den derfor alene indregne et udskudt skatteaktiv i det omfang, den har tilstrækkelige skattepligtige midlertidige forskelle, eller der foreligger anden overbevisende dokumentation for, at der vil være tilstrækkelig skattepligtig indkomst til rådighed til, at det uudnyttede skattemæssige underskud vil kunne udnyttes af virksomheden.

Populært sagt medfører dette, at når en virksomhed i en periode har haft svært ved at opnå et overskud, så skal der gode argumenter til for, hvorfor virksomhedens økonomiske udvikling vil ændre sig til noget meget bedre.

Det forhold, at et skattemæssigt underskud kan fremføres tidsubegrænset, medfører således ikke i sig selv, at skatteaktivet kan indregnes med det fulde beløb i balancen.

En gennemgang af virksomhedens 6 seneste årsrapporter viser følgende resultater før skat i kr.:

2009/10:	- 296.696
2010/11:	-172.802
2011/12:	- 85.325
2012/13:	7.699
2013/14:	-1.882
2014/15:	11.546

Styrelsen kan således konstatere, at virksomheden for nylig har været tabsgivende – om end det årlige underskud løbende er reduceret væsentligt frem til 2012/13, hvorefter der alene har været et begrænset underskud i 2013/14 og et mindre overskud i 2014/15. Det seneste overskud har dog i henhold til årsregnskabet ikke påvirket den skattemæssige indkomst (årets skat er 0).

Virksomhedens historiske økonomiske resultater kan således ikke underbygge, at virksomheden kan udnytte det skattemæssige underskud.

Virksomheden befinder sig således i en situation, hvor der kræves overbevisende dokumentation for, at underskuddet kan udnyttes fremadrettet.

Virksomheden har til brug for vurderingen af den fremtidige indtjening fremsendt et 1-årigt budget samt oplyst om visse igangsatte og mulige tiltag, som imidlertid ikke er indarbejdet i budgettet. Budgettet viser en forventet indtjening før skat i 2015/16 på t.kr. 186, baseret på royalty på t.kr. 210. Da budgettet er 1-årigt fremgår det ikke, hvordan indtjening i efterfølgende år forventes at udvikle sig. Det fremgår ligeledes ikke, hvor længe det patent, som de forventede royaltybetalinger knytter sig til, løber.

I relation til det fremsendte budget for 2015/16 har styrelsen blandt andet bemærket, at:

- der ikke er en forklaring i budgettet, som viser historiske indtægter og omkostninger, sammenholdt med forventede indtægter og omkostninger,
- der ikke er oplyst om virksomheden tidligere har overholdt sine budgetter og en evt. forklaring på afvigelser,
- der ikke er en opfølgning på, om virksomheden hidtil i år har levet op til den budgetterede udvikling,
- omsætningen ikke er forklaret med konkrete tal for udvikling i salg af enheder, ligesom udviklingen i omkostninger ikke er begrundet.

Dette viser en begrænset dokumentation for budgettet, ligesom det indikerer, at virksomheden kun i begrænset omfang har en fast budgetprocedure, med faste opfølgninger.

Styrelsen har også bemærket, at hvis royalty og omkostninger også fremover forventes at ligge på et tilsvarende niveau som det budgetterede i 2014/15, må det nuværende skatteaktiv først forventes fuldt udnyttet efter en periode på ca. 20 år.

Virksomheden har således ikke sandsynliggjort, at det fremsendte budget er udtryk for en sandsynlig udvikling i indeværende regnskabsår. Endvidere viser budgettet alene, at ca. 5 % af skatteaktivet kan anvendes.

Styrelsen finder således ikke, at virksomheden har fremlagt den efter lovgivningen krævede overbevisende dokumentation for værdien af det aktiverede skatteaktiv. Det er derfor styrelsens opfattelse, at skatteaktivet – på baggrund af den forelagte dokumentation - skal nedskrives til kr. 0. Kan der dokumenteres en værdi af skatteaktivet, kan det indregnes til den dokumenterede værdi.

Afslutning

Det er på det foreliggende grundlag således styrelsens vurdering, at virksomheden ikke har godtgjort, at den har overholdt lovens krav til indregningen og/eller målingen af posterne ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” og ”Udskudt skatteaktiv” i årsrapporten for 2013/14 og 2014/15, jf. afgørelsen på side 1 og 2.
...”

Ved skrivelse af 15. december 2015 har A ApS indbragt Erhvervsstyrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet og har i den forbindelse anført, at ”Når tid er, ønsker virksomheden at fremføre yderligere kommentarer til Erhvervsstyrelsens afgørelse”. Ved skrivelse af 15. januar 2016 har A ApS overfor Erhvervsankenævnet yderligere anført:

”Der fremsendes i første omgang det klagemateriale der allerede er fremsendt til Erhvervsstyrelsen.

For at spare overlappende svar til Erhvervsstyrelsens ”Afgørelse vedr. årsrapporten for 2013/2014 for A ApS, CVR-nr. ... af 19. november 2015” samt den at Erhvervsankenævnet udbedte redegørelse fra samme, begge blive kommenteret af A ApS, når denne redegørelse er modtaget fra Erhvervsstyrelsen”.

I det nævnte fremsendte klagemateriale er blandt andet en mail af 10. september 2015 fra K til Erhvervsstyrelsen, hvoraf fremgår:

”AD 1 Tilgodehavender

Som allerede oplyst er der taget én afskrivning på et selskab, der er likvideret i juni 2014 på \$5.422,60 og én afskrivning på en mindre kunde per kulance på \$980,00.

Ledelsen finder de resterende 3 tilgodehavender for fuldt aktive.

Den ubetinget største af de 3 restende tilgodehavender \$36,220,10 (79 % af det samlede debitorbeløb) henhører til det ... børsnoterede selskab C Ltd (C LTD). C LTD er ejet af D Ltd, hvilket også er et børsnoteret selskab, som igen er 58 % ejet af den ... stat 1. (**bilag ...**)

Jf. seneste årsregnskab for 2014 omsatte C LTD for HK\$46.489.000.000 (DKK 40 milliarder) med et overskud på HK\$ 1.405.000.000 (DKK 1.208 milliarder), så der er ikke ligefrem tale om et selskab i krise/lukningstruet (**bilag ...**).

C LTD har været en tæt samarbejdspartner på varemærket ”B” siden 1980’erne og har i den forbindelse utallige gange hjulpet med at beskytte vores varemærkerettigheder ”B” i ..., uden vi har skullet benytte dyrt købte advokater til formålet. **Ingen** lokale kinesiske selskaber ønsker at være oppe mod et 58 % kinesisk statsejet selskab.

Med baggrund i den betingelsesløse hjælp C LTD altid har ydet A ApS, når der har været situationer omkring uautoriseret brug af varemærket B, har vi ikke haft travlt med at rykke for beløbet trods det, at det 100 % består i både deres og vores bøger. Den hjælp, vi har modtaget uden beregning gennem årene, er ganske ubetalelig!

Der henvises i din skrivelse til, at tilgodehavende svinger fra 267 t.kr til 294 t.kr. Der er i alle årene tale om samme 5 debitorer (nu reduceret til 3 debitorer) opgjort i USD, som er afregningsvalutaen til vores kunder. Regnskabsmæssigt bliver det selvfølgelig omregnet til DKK. USD/DKK har i perioden 2009-2015 ligget i intervallet DKK 4,80 til DKK 6,85, hvilket selvfølgelig påvirker den årlige opgørelse af den regnskabsmæssige værdi.

Det er ledelsens ufravigelige holdning, at kravet til de 3 resterende debitorer består i sin helhed. I forbindelse med den brandbeskyttelse, som den største debitor yder, er der intet hastværk med at sætte himmel og jord i bevægelse for at kræve beløbet betalt betingelsesløst på nuværende tidspunkt. De 3 tilbageværende debitorer kender beløbene og har til dato altid overholdt deres betalinger uden problemer. De 3 selskaber er samarbejdspartnere gennem 15-20 år og i C LTDs tilfælde 30 år, hvor der har været samhandel for mange millioner uden betalingsproblemer.

Med dels den brandbeskyttelse vi opnår, dels med det lange samarbejdsforhold vi har været i, er det en velovervejede beslutning fra ledelsen side, at afvente med at inkassere beløbene. Når tid er, skal de selvfølgelig betales.

AD 2 Udskudt skatteaktiv

A ApS er gået fra at være ordreproducerende af højttaler til udelukkende at være royalty orienteret på varemærker, hvorfor tidligere underskud også langsomt men sikkert nu er vendt til et overskud. Omstillingen har selvsagt medført, at der er meget begrænset administrationsomkostninger, da der nu blot udskrives et antal royalty fakturaer i slutningen af hvert kvartal.

Ligeledes som oplyst er royaltyindtægterne støt stigende, hvorfor selskabet siden 2009/10 har vendt situationen fra kr. -296.696,- til et overskud i seneste regnskabsaflæggelse 2014/15 på **kr. 11.546 (bilag ...)** Der vedlægges endvidere et budget for regnskabsåret 2015/16, der viser yderligere positiv stigning i overskuddet. (**bilag ...**)

I den forbindelse vedlægges mail af 6. september 2015, hvoraf det fremgår, at trods det, at markedet for Hi-fi som altid er en spændende udfordring, er der i august åbnet den første B konceptbutik i ... [asiatisk land] for at komme tættere på kunderne. Hvis dette tiltag bliver en succes planlægges der 1.000 konceptbutikker på franchisebasis!! (**bilag ...**)

Royalty fra dette tiltag vil skabe en seriøs omsætningsforøgelse, der endnu ikke er kalkuleret i de fremtidige forventninger / medtaget i budgettet!

Danmark er på produktion af Hi-fi og højttaler et stort kvalitetsstempel set med kinesiske øjne. Det bliver betragtet som det ypperste, hvis der står et dansk selskab bag et Hi-fi/højttaler brand (Der tales her om traditionelle store højtalerkasser, men stor bas- og diskantenheder, der stadig er i høj kurs i ... [asiatisk land]). I dette segment har B gennem 30 år opbygget et solidt brand i ... [asiatisk land]. Der har derfor fra kinesisk side været et ønske om, at "B" etablerede nogle "søster-brands", der historisk kunne kobles sammen med "modernavnet B". Vi har derfor i samarbejde kreeret 3 nye varemærkenavne, som først er i Danmark (**bilag ...**) og som har opnået forhåndsgodkendelse til registrering i ... [asiatisk land] af de kinesiske myndigheder, hvorfor de endelige registreringsdokumenter herfra snarest forventes.

Royalty fra disse 3 nye varemærker er **endnu ikke** indkalkuleret i de fremtidige forventninger / medtaget i budgettet!

Det støt stigende royalty for det eksisterende varemærke "B" tillagt de nye tiltag sammenholdt med stort set ingen omkostninger betyder selvsagt, at underskuddet med hastige skridt vil blive opbrugt."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 12. februar 2016 udtalt blandt andet:

"...

K, direktør i A ApS, har den 15. december 2015 klaget til Erhvervsankenævnet over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. november 2015 vedr. indregning og/eller måling af posterne "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser" og "Udskudt skatteaktiv" i årsrapporten for 2013/14.

Styrelsen har under sagsforløbet anmodet virksomheden om dokumentation, som kan underbygge den indregnede værdi af "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser" og "Udskudt skatteaktiv", men har ikke modtaget denne dokumentation.

Virksomheden har under behandlingen af sagen aflagt årsrapport for efterfølgende regnskabsår; 2014/15. Styrelsen har ikke fundet, at forholdene var bragt i orden ved aflæggelsen heraf.

Posten "Udskudt skatteaktiv" er uændret fra året før, og der er kun en mindre ændring i "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser". Virksomheden har i henhold til årsregnskabet kun haft meget begrænset aktivitet i 2014/15.

Virksomheden blev derfor ved afgørelsen pålagt at nedskrive sine tilgodehavender til kr. 0 eller alternativt dokumentere en værdi heraf, hvorefter posten kan indregnes og måles til den dokumenterede værdi. Tilsvarende blev virksomheden pålagt at nedskrive skatteaktivet til kr. 0 eller alternativt dokumentere en værdi heraf, hvorefter posten kan indregnes til den dokumenterede værdi.

De to poster var væsentlige i såvel årsrapporten for 2013/14, hvor revisor har givet en afkræftende konklusion i revisionspåtegningen, som i årsrapporten for 2014/15, hvor revision er fravalgt. Virksomheden blev derfor pålagt at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, hvor de to poster er indregnet og målt i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser. Idet styrelsen lagde til grund, at der er tale om væsentlige aktiver (stort set hele aktivsiden i balancen), hvor værdien ikke kan dokumenteres/sandsynliggøres, er der tale om væsentlige overtrædelser af årsregnskabsloven, hvorfor virksomheden desuden blev pålagt revision af årsregnskabet for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7. Fristen for at indberette en ny årsrapport var 4 uger fra afgørelsens dato, dvs. 17. december 2015. Er-

hvervsstyrelsen har endnu ikke modtaget en berigtiget årsrapport for 2014/15. Erhvervsstyrelsen er ikke bekendt med, at Erhvervsankenævnet har tillagt klagen opsættende virkning.

Klager har i forbindelse med indgivelsen af klagen til Erhvervsankenævnet valgt ikke at fremkomme med kommentarer til styrelsens afgørelse. Klager har i den forbindelse oplyst, at styrelsens afgørelse og styrelsens redegørelse til nævnet begge vil blive kommenteret, når redegørelsen foreligger. Styrelsen antager på denne baggrund, at klager ikke har indvendinger mod afgørelsens fremstilling af sagen.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen foretog som led i sin regnskabskontrol i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, en gennemgang af virksomhedens årsrapport for 2013/14, som blev modtaget i styrelsen den 18. september 2014. Gennemgangen omfattede alene indregningen og/eller målingen af posterne "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser" og "Udskudt skatteaktiv", som virksomhedens revisor havde taget følgende forbehold for i sin revisionspåtegning:

"Grundlag for afkræftende konklusion

Der er ikke foretaget hensættelse til tab på debitorbeholdningen, hvilket vi er uenig i, hvorfor vi tager forbehold for måling af regnskabsposten "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser"

I balancen er aktiveret negativ udskudt skat med t.DKK 945 vedrørende skattemæssigt underskud. Vi er uenig i værdien af dette aktiv, hvorfor vi tager forbehold for målingen af regnskabsposten "Udskudt skatteaktiv".

Posten "tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser" udgjorde 275.636 kr. De to poster, som forbeholdene vedrører, udgjorde på dette tidspunkt hele virksomhedens aktivmasse.

Revisor afgav på baggrund af de to forbehold en afkræftende konklusion på årsregnskabet og fandt således ikke, at regnskabet gav et retvisende billede af selskabets aktiver, passiver og finansielle stilling samt resultat.

En gennemgang af virksomhedens tidligere årsrapporter har vist, at revisor også i tidligere år har taget forbehold for de to poster.

Udviklingen i de to poster er vist nedenfor:

Årsrapport	Tilgodehavender for salg og tjenesteydelser (kr.)	Udskudt skatteaktiv (kr.)	Aktiver i alt (kr.)	Forbehold fra revisor?
2009/10	294.279	1.015.000	1.374.594	Forbehold
2010/11	266.946	1.055.000	1.387.264	Forbehold
2011/12	284.009	1.075.000	1.414.884	Forbehold / afkræftende konklusion

2012/13	290.672	1.075.000	1.365.672	Forbehold/ afkræftende konklusion
2013/14	275.636	945.000	1.220.636	Forbehold/ afkræftende konklusion
2014/15	246.242	945.000	1.244.371	Revision fravalgt

Styrelsen rettede ved brev af 29. juli 2015 henvendelse til virksomheden om de to forbehold og anmodede i henhold til årsregnskabslovens § 160 om en nærmere redegørelse for målingen (værdiansættelsen) heraf. I forhold til tilgodehavenderne blev virksomheden desuden bedt om at redegøre for, om tilgodehavenderne pr. 31. marts 2014 efterfølgende var betalt. I forhold til det udskudte skatteaktiv blev virksomheden bedt om at redegøre for, hvornår og hvordan det udskudte skatteaktiv forventedes realiseret, samt om virksomheden efterfølgende havde levet op til de planer, herunder budgetter, der lå til grund for indregningen og målingen af skatteaktivet pr. 31. marts 2014. Styrelsen bad desuden om, at besvarelsen blev vedlagt den eventuelle dokumentation, der var udarbejdet i relation til indregningen og målingen af de to forhold, og som var relevant for vurderingen heraf.

Styrelsen modtog virksomhedens svar på henvendelsen den 17. august 2015. Af besvarelsen fremgik det for så vidt angår tilgodehavender, at posten i 2013/14-årsrapporten bestod af fem tilgodehavender, alle fra udenlandske selskaber/samarbejdspartnere. Det blev endvidere oplyst, at to af disse debitorer i regnskabsåret 2014/15 ville blive nedskrevet til 0 kr., pga. dels likvidation, dels per kulance. Disse to debitorer udgjorde godt 12 % af debitormassen. Endelig blev det oplyst, at de resterende tre debitorer ville blive stående uændret, da kravene stadig var bestående.

For så vidt angår det udskudte skatteaktiv fremgik det, at virksomheden i dag hovedsageligt bygger på royaltyindtægter fra diverse varemærkerettigheder, og at disse har været støt stigende og vil fortsætte i opadgående retning i de kommende år. Det blev ligeledes oplyst, at der udover lidt administrationsomkostninger stort set ingen udgifter er i selskabet, hvorfor royaltyindtægter relativt hurtigt vil opbruge det skattemæssige underskud, men at tidspunktet for den fulde udnyttelse af underskuddet selv sagt afhænger af mængden af produkter, der sælges med virksomhedens varemærkerettigheder.

Svaret var ikke bilagt dokumentation eller lignende for indregningen og målingen af de to poster. Der var således ikke dokumentation for, at debitorerne har evne og vilje (anerkender fordringen) til at betale. Der var heller ikke budgetter eller lignende, som underbyggede værdien af skatteaktivet.

Styrelsen skrev den 27. august 2015 – på baggrund af virksomhedens svar af 17. august 2015 – igen til virksomheden. Heraf fremgik det, at det på det foreliggende grundlag var styrelsens vurdering, at virksomheden ikke havde godtgjort, at de to poster i årsrapporten for 2013/14 var ind-

regnet og målt i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser. Styrelsen anførte endvidere, at den forudsatte, at virksomheden ikke havde yderligere dokumentation, som underbygger målingen af de to regnskabsposter, da sådant ikke var medsendt besvarelsen. Styrelsen redegjorde i brevet nærmere for sin vurdering af de to forhold og anmodede om eventuelle bemærkninger hertil senest den 10. september 2015. Styrelsens oplyste endvidere, at såfremt bemærkninger ikke blev modtaget, ville styrelsens træffe afgørelse i sagen på det foreliggende grundlag.

Virksomhedens årsrapport for 2014/15 blev offentliggjort den 1. september 2015.

Styrelsen modtog den 10. september 2015 en yderligere redegørelse fra virksomheden for de to regnskabsmæssige forhold bilagt følgende:

1. Udskrift fra Wikipedia om det kinesiske selskab D Ltd (ifølge det oplyste henhører den største debitor til det ... børsnoterede selskab C Ltd, som er ejet af D Ltd, som igen er 58% ejet af den kinesiske stat)
2. Forsiden og indholdsfortegnelsen for årsrapporten for 2014 for C Ltd
3. Årsrapporten for A ApS for 2014/15
4. Budget for 2015/16 for A ApS
5. Mailkorrespondance fra september 2015 mellem E fra B og F fra G Ltd omkring B (følgende sætning er markeret: "*If this mode is successful, we would promote in the way of franchised dealership, to start up A-thousand-dealer-shop Plan. Of course, now is just beginning, and we face to greater difficulties and trouble than our imagination.*")
6. Kopi af registrering af 3 varemærker i februar/marts 2015

Om tilgodehavenderne fremgik bl.a. følgende af redegørelsen:

- De fem debitorer (i 2014/15 reduceret til tre) har været de samme i en længere årrække. Debitormassen har i perioden 2009/10-2013/14 udgjort mellem 267 t.kr. og 294 t.kr. Udsvingene skyldes alene udsving i omregningskursen mellem DKK og USD.
- Den største af de 3 tilbageværende debitorer, der udgør 79 % af den samlede debitor masse, er et børsnoteret selskab i ... (C Ltd), der er ejet af endnu et børsnoteret selskab (D Ltd), hvor den kinesiske stat ejer 58 % af kapitalen. Det oplyses endvidere, at der på ingen måde er tale om et selskab i krise, og at debitoren har været en tæt samarbejdspartner siden 1980'ere omkring varemærket "B" og været en betingelsesløs hjælp til A ApS i situationer om uautoriseret brug af varemærket.
- I relation til den største debitor fremgår det, at A ApS ikke har haft travlt med at rykke for beløbet på grund af den betingelsesløse hjælp fra debtors side. Det fremgår endvidere, at A ApS ikke ser nogen grund til hastværk med at sætte himmel og jord i bevægelse for at kræve beløbet betalt betingelsesløst på nuværende tidspunkt. Endelig fremføres det, at det er en velovervejede beslutning fra ledelsens side

at afvente med at indkassere beløbene fra de tre debitorer. Det er dog på den anden side også anført, at de tre debitorer kender beløbene og til dato altid har overholdt deres betalinger uden problemer.

Der er ikke medsendt dokumentation for, at debitorerne anerkender virksomhedens tilgodehavende. Problematikken med forældelse er heller ikke berørt.

Om det udskudte skatteaktiv fremgik bl.a. følgende af redegørelsen:

- Den første B konceptbutik i ... [asiatisk land] er åbnet i august 2015 for at komme tættere på kunderne, og der planlægges 1.000 konceptbutikker på franchisebasis, hvis tiltaget bliver en succes. Royalty fra dette tiltag vil efter det oplyste skabe en seriøs omsætningsforøgelse, der endnu ikke er indkalkuleret i de fremtidige forventninger/medtaget i budgettet.
- Fra kinesisk side har der været et ønske om, at "B" etablerede nogle "søster-brands", der historisk kunne kobles sammen med "moder-navnet B". Der er på den baggrund i samarbejde kreeret 3 nye varemærkenavne, som først er registreret i Danmark, og som har opnået forhåndsgodkendelse til registrering i ... [asiatisk land] af de kinesiske myndigheder, hvorfor de endelige registreringsdokumenter herfra snarest forventes. Royalty fra disse 3 nye varemærker er ligeledes endnu ikke indkalkuleret i de fremtidige forventninger/medtaget i budgettet.
- Det konkluderes på baggrund af ovenstående, at den støt stigende royalty for det eksisterende varemærke "B" tillagt de nye tiltag sammenholdt med stort set ingen omkostninger selvsagt betyder, at underskuddet med hastige skridt vil blive opbrugt.

Virksomhedens fremtidige indtjening er således efter det oplyste afhængig af kinesiske virksomheders betaling for brug af såvel det "gamle" varemærke "B" som nye varemærker registreret af virksomheden.

Redegørelsen af 10. september 2015 er suppleret med et etårigt budget for det kommende regnskabsår, hvoraf det fremgår, at der i 2015/16 forventes et resultat før skat på t.kr. 186.

Styrelsen traf den 19. november 2015 afgørelse i sagen, hvorefter virksomheden blev pålagt at indberette en ny godkendt årsrapport for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, hvor de to poster er indregnet og målt i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser. Idet styrelsen lagde til grund, at der er tale om væsentlige overtrædelser af årsregnskabsloven, blev virksomheden desuden pålagt revision af årsregnskabet for 2014/15, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 7.

Sagens retlige grundlag

Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser

Det følger af det generelle indregningskrav i årsregnskabslovens § 33, stk. 1, at aktiver skal indregnes, når det er sandsynligt, at fremtidige øko-

nomiske fordele vil tilflyde virksomheden, og aktivets værdi kan måles pålideligt.

Det følger desuden af årsregnskabslovens § 46, stk. 1 [Bestemmelsen er ændret ved lov nr. 738 af 1. juni 2015, således det tidligere stk. 2 i § 46, nu er blevet stk. 1.] , at omsætningsaktiver, der ikke løbende reguleres til dagsværdi efter §§ 37 - 38, skal nedskrives til en lavere nettorealiseringsværdi. Nettorealiseringsværdien er summen af de fremtidige nettoindbetalinger, som aktivet på balancedagen forventes at indbringe som led i normal drift, jf. årsregnskabslovens bilag 1, D, nr. 7. Det betyder, at hvis der ikke er berettiget forventning om, at debitorerne både kan og vil indbetale de skyldige, bogførte beløb inklusiv eventuelle renter, når de forfalder til betaling, så skal der nedskrives til den lavere værdi, debitorerne forventes at kunne og ville betale. Betalingerne skal tilbagediskonteres til nutidsværdien.

Det udskudte skatteaktiv

En forudsætning for, at skatteaktivet kan indregnes, er, at det generelle krav til indregning i årsregnskabslovens § 33 er opfyldt. Det følger desuden af årsregnskabslovens § 47 (der i henhold til lovbemærkningerne fortolkes i lyset af den internationale regnskabsstandard, IAS 12), at udskudte skatteaktiver skal indregnes til den værdi, de forventes at kunne realiseres til. Kan skatteaktivet ikke rummes i de udskudte skatteforpligtelser, skal det vurderes, om det er sandsynligt, at virksomheden vil kunne opnå fremtidig indtjening til at realisere skatteaktivet.

Det følger af den internationale regnskabsstandard, IAS 12, afsnit 35, at forekomsten af uudnyttede skattemæssige underskud er et tydeligt tegn på, at der muligvis ikke vil være en fremtidig skattepligtig indkomst. Når virksomheden for nylig har været tabsgivende, kan den derfor alene indregne et udskudt skatteaktiv i det omfang, den har tilstrækkelige skattepligtige midlertidige forskelle, eller der foreligger anden overbevisende dokumentation for, at der vil være tilstrækkelig skattepligtig indkomst til rådighed til, at det uudnyttede skattemæssige underskud vil kunne udnyttes af virksomheden.

Populært sagt medfører dette, at når en virksomhed i en periode har haft svært ved at opnå et overskud, så skal der gode argumenter til for, hvorfor virksomhedens økonomiske udvikling vil ændre sig til noget meget bedre.

Det forhold, at et skattemæssigt underskud kan fremføres tidsubegrænset, medfører således ikke i sig selv, at skatteaktivet kan indregnes med det fulde beløb i balancen.

Styrelsens udtalelse

Det er styrelsens vurdering, at virksomheden ikke har godtgjort, at årsregnskabslovens krav til indregningen og/eller målingen af posterne "Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser" og "Udskudt skatteaktiv" i årsrapporten for 2013/14 er overholdt. Det er ligeledes styrelsens vurde-

ring, at forholdene ikke er bragt i orden ved aflæggelsen af årsrapporten for 2014/15.

Klager er ved indbringelsen af klagen for Erhvervsankenævnet ikke fremkommet med yderligere oplysninger, herunder kommentarer til styrelsens afgørelse. Styrelsen fastholder derfor sin afgørelse af 19. november 2015, hvorefter virksomheden påbydes at indberette en ny årsrapport for 2014/15, hvor de to poster er indregnet og målt i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser, og hvor årsregnskabet er revideret, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3 og § 135, stk. 7.

Styrelsens udtalelse for hvert af de to forhold fremgår nedenfor.

Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser

I henhold til virksomhedens redegørelser synes begrundelsen for, at der efter ledelsens vurdering ikke er behov for nedskrivning – eller vurdering af nedskrivningsbehov – på de tre tilbageværende debitorer, at være, at kravene fortsat består.

Det er ikke i redegørelserne oplyst, hvornår tilgodehavenderne hos de tre debitorer, der opretholdes uændrede, forfalder/forfaldt til betaling, eller om der ingen aftale er indgået med debitorerne herom.

Der er ikke fremlagt dokumentation for, at debitor anerkender fordringerne og har mulighed for at opfylde sine forpligtelser.

Virksomheden har bl.a. oplyst, at man intet hastværk har haft med at sætte himmel og jord i bevægelse for at kræve beløbene betalt, og at det er en velovervejede beslutning fra ledelsens side at afvente med at inkassere beløbene. Det er imidlertid ligeledes anført, at de tre debitorer kender beløbene og til dato altid har overholdt deres betalinger uden problemer.

På trods af oplysningen om overholdelsen af betalingerne, har styrelsen dog samlet set forstået virksomhedens redegørelse således, at tilgodehavenderne hos de tre tilbageværende debitorer har været uændret i en længere årrække og er forfaldne til betaling. Dette er således lagt til grund for afgørelsen og er ikke efterfølgende – fx i forbindelse med indbringelsen af afgørelsen for Erhvervsankenævnet – anfægtet af klager.

Debitor betaler ikke renter på tilgodehavenderne. Dette er i sig selv en indikation på værdiforringelse, når der er tale om længerevarende udlån.

Idet styrelsen lægger til grund, at tilgodehavenderne hos de tre debitorer er forfaldne, finder styrelsen ikke, at virksomheden har godtgjort, at den har overholdt årsregnskabslovens krav til nedskrivning af debitorer. Styrelsen finder således ikke, at virksomheden har begrundet og dokumenteret, at fordringernes nettorealisationsværdi mindst svarer til regnskabsmæssig værdi. Virksomheden har således ikke sandsynliggjort, at debitorerne anerkender fordringen og krav om at betale eventuelle renter, ligesom der ikke er opgjort og dokumenteret en forventet betalingsrække (afdrag og renter på tilgodehavendet).

Det er således efter styrelsens opfattelse ikke sandsynliggjort, at tilgodehavenderne opfylder kravene til indregning i balancen, ligesom målingen ikke er underbygget ved en nedskrivningstest.

Det udskudte skatteaktiv

En gennemgang af virksomhedens 6 seneste årsrapporter viser følgende resultater før skat i kr.:

2009/10:	- 296.696
2010/11:	-172.802
2011/12:	- 85.325
2012/13:	7.699
2013/14:	-1.882
2014/15:	11.546

Styrelsen kan således konstatere, at virksomheden for nylig har været tabsgivende – om end det årlige underskud løbende er reduceret væsentligt frem til 2012/13, hvorefter der alene har været et begrænset underskud i 2013/14 og et mindre overskud i 2012/13 og 2014/15. Det seneste overskud har dog i henhold til årsregnskabet ikke påvirket den skattemæssige indkomst (årets skat er 0).

Virksomhedens historiske økonomiske resultater kan således ikke underbygge, at virksomheden kan udnytte det skattemæssige underskud.

Virksomheden befinder sig således i en situation, hvor der er klare indikationer på, at virksomheden har svært ved at opnå overskud, der skal betales indkomstskat af. En indregning af skatteaktivet forudsætter derfor overbevisende dokumentation for, at underskuddet kan udnyttes fremadrettet.

Virksomheden har til brug for vurderingen af den fremtidige indtjening fremsendt et 1-årigt budget samt oplyst om visse igangsatte og mulige tiltag, som imidlertid ikke er indarbejdet i budgettet. Budgettet viser en forventet indtjening før skat i 2015/16 på t.kr. 186, baseret på royalty på t.kr. 210. Da budgettet er 1-årigt fremgår det ikke, hvordan indtjening i efterfølgende år forventes at udvikle sig. Det fremgår ligeledes ikke, hvor længe den rettighed, som de forventede royaltybetalinger knytter sig til, løber.

I relation til det fremsendte budget for 2015/16 har styrelsen blandt andet bemærket, at:

- der ikke er en forklaring i budgettet, som viser historiske indtægter og omkostninger, sammenholdt med forventede indtægter og omkostninger,
- der ikke er oplyst om virksomheden tidligere har overholdt sine budgetter og en evt. forklaring på afvigelser,
- der ikke er en opfølgning på, om virksomheden hidtil i år har levet op til den budgetterede udvikling,

- omsætningen ikke er forklaret med konkrete tal for udvikling i salg af enheder, ligesom udviklingen i omkostninger ikke er begrundet.

Dette viser en meget begrænset dokumentation for budgettet, ligesom det indikerer, at virksomheden kun i begrænset omfang har en budgetprocedure med faste opfølgninger.

Styrelsen har også bemærket, at hvis royalty og omkostninger også fremover forventes at ligge på et tilsvarende niveau som det budgetterede i 2015/16, må det nuværende skatteaktiv først forventes fuldt udnyttet efter en periode på ca. 20 år.

Virksomheden har således efter styrelsens opfattelse ikke sandsynliggjort, at det fremsendte budget er udtryk for en sandsynlig udvikling i indeværende regnskabsår. Endvidere viser budgettet alene, at ca. 5 % af skatteaktivet kan anvendes.

Styrelsen finder således ikke, at virksomheden har fremlagt den efter lovgivningen krævede overbevisende dokumentation for værdien af det indregnede skatteaktiv.

Samlet vurdering

Det er samlet set styrelsens vurdering, at virksomheden *ikke har godtgjort*, at årsregnskabslovens krav til indregningen og/eller målingen af posterne ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” og ”Udskudt skatteaktiv” i årsrapporterne for 2013/14 og 2014/15 er overholdt.

Styrelsen finder derfor, at styrelsens afgørelse af 19. november 2015 – på det foreliggende grundlag – bør stadfæstes.

Det skal afslutningsvist bemærkes, at styrelsen har foretaget en selvstændig vurdering af sagen, men også har konstateret, at virksomhedens tidligere revisor i en årrække frem til og med det senest reviderede årsregnskab har taget forbehold for indregningen og/eller målingen af posterne ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” og ”Udskudt skatteaktiv” og afgivet en afkræftende konklusion på regnskaberne.
...”

A ApS har ved skrivelse af 4. marts 2016 yderligere anført:

”...

Historik på A ApS

A ApS er opbygget på den nedlagte ... fabrik H A/S. Produkterne produceret her blev udelukkende eksporteret under varemærket ”...” og for 75% vedkommende til ... [asiatisk land].

I forbindelse med lukning af fabrikken overgik produktionen til ... [asiatisk land], men navnerettigheden ”...” forblev hos A ApS, hvor der i stedet skulle betales en royalty for brug af varemærke til A ApS.

Styrelsen har udtrykt tvivl om, hvor lang tid selskabet kan bibeholde sin royalty indkomst. Hvis Styrelsen undersøgte sagen til bunds, ville man vide, at et varemærke holder evigt, blot det fornyes hvert 10. år. Modsat patenter, der kun kan beskyttes i 20 år.

Tilgodehavender

Som forklaret i skrivelse af 17/8-2015 og igen i skrivelse af 10/9-2015 består der 3 debitorer, hvoraf den største (79%) er et børsnoteret og hovedsagelig kinesisk statsejet selskab, der har hjulpet os og selskabet i årtier i diverse tvister på kinesisk territorium, som for vesterlændinge kan være en temmelig ufremkommelig affære, selv for store økonomisk stærke selskaber.

Selskabet fastholder det allerede skrevne til Styrelsen, at de 3 resterende debitorer er fuldt vidende om deres udestående til selskabet og disse har til hensigt at betale.

Udskudt skatteaktiv

Vi taler om et selskab, der ingen ansatte har. Der er faktisk ingen omkostninger. Indtjeningen består udelukkende af royalty fra varemærke(r). Det i sig selv gør, at den manglende aktivitet som Styrelsen i sin skrivelse åbenbart hæfter sig ved, alene består i kvartalsskrivelse af royalty fakturer.

Med denne struktur har selskabet formået at vende et underskud i 2009/10 på kr. -296.696 til et overskud i 2014/15 på kr. 11.546 og det udelukkende baseret på et (1) varemærke "B®" ud af de 5 som selskabet er i besiddelse af.

Ligeledes står vi uforstående overfor Styrelsen udtalelse "*Virksomheden har i henhold til årsregnskabet kun haft meget begrænset aktivitet 2014/15*". Korrekt, der er ingen betydelig aktivitet i selskabet og der er ingen betydelige udgifter i selskabet. Der udskrives fakturaer i forbindelse med opkrævningen af royalties, og der betales de ekstremt få fakturer, der stiles til selskabet. Det er netop denne konstellation, der er årsagen til, at underskuddet de sidste 5-6 år er vendt til et overskud samtidig med at selskabet fremadrettet forventer at tjene overordentlig gode penge.

Styrelsen skriver:

I relation til det fremsendte budget for 2015/16" har styrelsen blandt andet bemærket, at:

- der ikke er en forklaring i budgettet, som viser historiske indtægter og omkostninger, sammenholdt med forventede indtægter og omkostninger,
- der ikke er oplyst om virksomheden tidligere har overholdt sine budgetter og en evt. forklaring på afvigelser,

- der ikke er en opfølgning på, om virksomheden hidtil i år har levet op til den budgetterede udvikling,
- omsætningen ikke er forklaret med konkrete tal for udviklingen i salg af enheder, ligesom udviklingen i omkostninger ikke er begrundet.

Dette viser en meget begrænset dokumentation for budgettet, ligesom det indikerer, at virksomheden kun i begrænset omfang har en budgetprocedure med faste opfølgninger.

Det som Styrelsen her beder om, er fuldstændig ude af proportioner i forhold til det, der foregår i selskabet. Styrelsen har forsat ikke reelt forstået konceptet bag A ApS. Der er stort set ingen omkostninger, men kvartalsvis indtjening på royalties. Meget simpelt og meget effektivt til netop at få opbrugt det udskudte skatteaktiv.

Styrelsen skriver at der er en meget begrænset dokumentation for budgettet, ligesom det indikerer, at virksomheden kun i begrænset omfang har en budgetprocedure med fast opfølgning.

Selskabet har siden begyndelse af regnskabsåret **01.04.2015** og frem til dags dato **04.03.2016** udfaktureret fem (5) fakturaer med royalties for i alt kr. 130.428,37. Denne udfakturering er udelukkende sket på et (1) varemærke, "B®".

I samme periode har selskabet haft omkostninger på kr. 5.849,81 fordelt på syv (7) fakturaer og to (2) kreditnoter i alt ni (9) bilag hvoraf syv (7) kan henføres til TDC.

Det sidste royalty i indeværende regnskabsår er endnu ikke udfaktureret. Der ligger desuden to (2) fakturaer fra TDC kr. 420,00 + 107,32 til betaling den 23. marts.

At bruge ressourcer og i gangsatte større tiltag i forhold til budgetplanlægning, budgetudvikling, budgetopfølgning, etc. ser selskabet ganske enkelt ingen berettigelse i. Styrelsen bad om et budget, hvilket blev udfærdiget. Dette er nu ændret til at fremsende de reelle posteringer i henhold til kasserapporten, hvilket også er tæt på det faktiske årsregnskab på nuværende tidspunkt.

Det giver ganske enkelt ingen mening, at stille disse krav fra Styrelsen side baseret på totalt seksten (16) bilag fordelt over et helt regnskabsår. Antallet af bilag vil stort set kun vokse med antallet af udstedte royalty fakturer. Ligeledes er Styrelsens krav om forsat revisionspligt skudt fuldstændig ved siden af enhver form for rimelighed. At Beierholm i årevis har taget forbehold, er blevet en standard manøvre fra revisionselskaber, hvis der er den mindste afvigelse i forhold til normalen, hvilket selvfølgelig skyldes de skærpede krav der stilles fra myndighedernes side til revisionselskaberne, da de ellers omgående vil blive tildelt en bøde.

Som oplyst til Styrelsen er selskabets nuværende indtægt udelukkende i kraft af ét (1) varemærke - "...” – der har været stødt stigende, hvilket understøttes af at den stigende bruttofortjeneste i selskabet.

Ligeledes som oplyst har I Ltd., Att. J åbnet den første koncept butik med "car audio" under varemærket "...” og yderligere er en udrulningsplan på op mod 1.000 butikker i ... [asiatisk land] sat i værk. Denne enorme udvidelse er ikke medregnet i selskabets nuværende royalty indkomst.

I 2014 blev der med vores samarbejdspartner L, ... [asiatisk land] lavet en kontrakt på varemærket "...”, der også er et registreret i Danmark af A ApS. Det projekt måtte imidlertid sættes i bero, da Toshiba Corporation, Japan besad rettigheden til navet ... i ... [asiatisk land].

Vi har i februar modtaget positiv tilbagemelding fra L, at ... har afstået navnerettighederne for L har derfor endnu engang indsendt ansøgningen om dette varemærke, hvilket betyder, at det forarbejde, der allerede er lavet i 2014, ikke er spildte kræfter, og vi forventer, at den kontrakt der blev udfærdiget i 2014, kan underskrives når godkendelsen forelægges fra de kinesiske myndigheder.

Som det fremgår af kontrakten, vil royalty fra "...” isoleret set i år 1 indbringe selskabet \$15.000 (DKK 102.000,-) stigende til \$22.500,- (DKK 153.000,-)

Royalty herfra er ikke indregnet i selskabets indkomst.

Som oplyst Styrelsen har selskabet desuden i 2015 registreret "... Disse er under registrering hos de kinesiske myndigheder.

Royalty herfra er ikke indregnet i selskabets indkomst.

Ingen af disse ekstra indtægter vil betyde yderligere omkostning for selskabet udover det stykke papir royalty fakturaen, skal skrives på.

Hermed selskabets kommentarer til skrivelserne / afgørelsen fra Erhvervsstyrelsen.

Vi finder Styrelsen fortsatte tvivl og ivrig indsats i denne sag ude af proportioner set i forhold til de faktiske forhold.

Selskabet mener, at der er argumenteret for den fortsatte opretholdelse af de tre tilbageværende debitorer, hvoraf den største C Ltd, har været en uvurderlig hjælp for ... i over 35 år.

Selskabet har mere end dokumenteret, at den fremtidige indtjening vil absorbere det udskudte skatteaktiv og ikke om 20 år, som Styrelsen ar-

gumenter for, hvorfor aktivet selvfølgelig skal optages til den fulde værdi 945 t. kr.

Når man læser selskabets regnskaber fremsendt fra Styrelsen fremgår det klart, at selskabet over den givne periode, hvad angår både personaleomkostninger og finansielle omkostninger, nu er i en tilstand, hvor fakta er, at der stort set ingen omkostninger er i selskabet, ej heller er der ikke længere nogen gæld til banker/kreditinstitutter.

Selskabet har over 6 år ikke kun vendt et underskudsgivende selskab til et overskudsgivende, men også elimineret alle omkostninger og ikke mindst tilføjet nye varemærker, der vil øge selskabets indtjening uden det påvirker omkostningerne.

Kasserapporten bekræfter yderligere det selskabet siger, at der reelt ingen omkostninger er i selskabet, og at der fremadrettet stort set kun vil være indtjening.

Styrelsens undren over en nedskrivning af skatteunderskuddet 2013/14 med 130 t. kr., fra 1.075 t. kr. til 945 t.kr. skyldes nødvendigvis den ændrede selskabsskattesats, hvilket selskabet formoder er almindelig viden, at den nye skattesats selvfølgelig skal implementeres i selskabets opgørelse af det udskudte skatteaktiv.

Styrelsen antagelse om at selskabet skulle have accepteret deres udlægning af sagen i skrivelsen af 19. november 2015 med den begrundelse at selskabet ikke har valgt at kommentere skrivelsen til Erhvervsankenævnet, kunne ikke være mere ukorrekt og står udelukkende for Styrelsens udsagn. En sådan antagelse fra Styrelsens finder selskabet direkte kritisabel.

Selskabet valgte udelukkende at henholde sig til de retningslinjer, der blev modtaget fra Erhvervsankenævnet. At fortsætte med at kommentere frem og tilbage inden alle relevante udtalelser definitivt var modtaget fra Styrelsen gav ingen fornuftig mening, da det efterhånden er temmelig svært for selskabet at blive ved med at komme med nye oplysninger omkring de to forhold, der skulle kunne bidrage med sagens fakta.

At pålægge selskabet revisionspligt og udgiften hertil med de nu foreliggende oplysninger, er ganske enkelt urimeligt og unødvendigt.
...”

Den 7. marts 2016 har A ApS yderligere bemærket:

”Selskabet kan se, at vi desværre har glemt at vedhæfte en e-mail af 29. januar 2016 i gårdsdagens skrivelse.

Heri fremgår det, at L nu har 200 forhandlere på plads ud af de 1.000 forhandlere som er hans målsætning. Af disse 200 betragter han 50 som værende effektive forhandlere.

Royalties for denne aktivitet er som oplyst endnu ikke indregnet i selskabets fremtidige indtjening.

Af vedhæftede mail fremgår det også, at ... er accepteret af M Trademark Office, og nu afventer godkendelse, så tidligere vedhæftet royalty aftale kan underskrives.

Royalties for denne aktivitet er som oplyst endnu ikke indregnet i selskabets fremtidige indtjening.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af det generelle indregningskrav i årsregnskabslovens § 33, stk. 1, at et aktiv skal indregnes i balancen, når det er sandsynligt, at fremtidige økonomiske fordele vil tilflyde virksomheden, og aktivets værdi kan måles pålideligt.

Af årsregnskabslovens § 46, stk. 1, følger det, at omsætningsaktiver, der ikke løbende reguleres til dagsværdi efter §§ 37 – 38, skal nedskrives til en lavere nettorealisationsværdi. Nettorealisationsværdien er summen af de fremtidige nettoindbetalinger, som aktivet på balancedagen forventes at indbringe som led i normal drift, jf. årsregnskabslovens bilag 1, D, nr. 7.

Regnskabsposten ”Tilgodehavender fra salg og tjenesteydelser” udgøres af tre debitorer, og opgørelsen af værdien heraf er ud fra oplysningerne i sagen blevet opretholdt uændret i en længere årrække. Tilgodehavenderne, der er forfaldne, pålægges ikke renter. A ApS findes ikke at have sandsynliggjort, at debitorerne anerkender tilgodehavenderne. Endvidere er der ikke iværksat en inddrivelsesproces, ligesom selskabet ikke har opgjort og dokumenteret en forventet betalingsrække for tilbagebetalingen af tilgodehavenderne. Da det herefter ikke er sandsynliggjort, at debitorerne kan og vil betale virksomhedens tilgodehavender, finder ankenævnet, at A ApS ikke kan opgøre en pålidelig værdi af tilgodehavenderne, der derfor skal nedskrives til 0 kr. Såfremt virksomheden

kan dokumentere en værdi af tilgodehavenderne, kan de indregnes og måles til den dokumenterede værdi.

Indregningen af et skatteaktiv forudsætter, at det generelle indregningskrav til aktiver i årsregnskabslovens § 33, stk. 1, er opfyldt. Det følger herudover af lovens § 47, at der for et skatteaktiv, som ikke kan rummes i de udskudte skatteforpligtelser, skal foretages en vurdering af, om det er sandsynligt, at virksomheden vil kunne opnå fremtidig indtjening til at realisere skatteaktivet, og at skatteaktivet i givet fald skal indregnes til den forventede realiserede værdi.

Det fremgår af den internationale regnskabsstandard, IAS 12, afsnit 35, at forekomsten af uudnyttede skattemæssige underskud er et tydeligt tegn på, at der muligvis ikke vil være en fremtidig skattepligtig indkomst. Når virksomheden for nylig har været tabsgivende, indregner den derfor alene et udskudt skatteaktiv som følge af uudnyttede skattemæssige underskud og skattemæssige fradrag i det omfang, den har tilstrækkelige skattepligtige midlertidige forskelle, eller der foreligger anden overbevisende dokumentation for, at der vil være tilstrækkelig skattepligtig indkomst til rådighed til, at de uudnyttede skattemæssige underskud vil kunne udnyttes af virksomheden.

Fra virksomhedens resultater før skat de seneste 6 regnskabsperioder med 4 tabsgivende år, heraf tre år med betydelige underskud, og blot to overskudsgivende år med mindre overskud indikerer, at A ApS formentlig ikke vil opnå en nævneværdig positiv skattepligtig indkomst i de kommende år. Den angivne forventede positive udvikling i indeværende regnskabsår findes ikke sandsynliggjort med det fremsendte 1-årige budget for regnskabsperioden 2015/2016 og de fremlagte oplysninger om igangsatte og mulige tiltag, som ikke er indarbejdet i budgettet, herunder oplysningerne om royaltyindtægter fra varemærkerettigheder. Der ses således ikke med det fremlagte at foreligge overbevisende dokumentation for, at underskuddet kan udnyttes fremadrettet.

Ankenævnet tiltræder således med den af Erhvervsstyrelsen anførte begrundelse, at skatteaktivet skal nedskrives til 0 kr. Kan der dokumenteres en værdi af skatteaktivet, kan det indregnes til den dokumenterede værdi.

Det anføres i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, at Erhvervsstyrelsen, når der konstateres væsentlige fejl og mangler i forhold til selskabslovgivningen eller regnskabslovgivningen, kan beslutte, at muligheden for at undlade revision, jf. § 135, stk. 1, 3. pkt., ikke kan anvendes af virksomheden i indeværende og de to følgende regnskabsår. Af lovbemærkningerne (§ 1, nr. 3, i lovforslag nr. L 190 af 26. marts 2010) til bestemmelsen fremgår det:

”Efter det gældende stk. 7 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [Erhvervsstyrelsen] beslutte, at en virksomhed ikke kan fravælge revision i det kommende regnskabsår, hvis styrelsen i forbindelse med en regnskabskontrol konstaterer væsentlige mangler eller fejl i forhold til selskabslovgivningen eller regnskabslovgivningen. Det foreslås, at bestemmelsen strammes op, så Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan beslutte, at en virksomhed skal lade sit årsregnskab revidere i de efterfølgende to regnskabsår, og at styrelsen i grovere tilfælde kan kræve revision i yderligere et regnskabsår.

Væsentlige mangler eller fejl efter den foreslåede bestemmelse vil som hidtil omfatte overtrædelser af selskabs- eller regnskabslovgivningen, hvor der ikke er grundlag for at rejse en egentlig straffesag mod virksomheden og/eller dens ejer. Fastlæggelsen af fejlen eller manglens omfang vil tage udgangspunkt i virksomhedens forhold, herunder regnskabsbrugernes interesse i at få den pågældende oplysning, og der skal som udgangspunkt være tale om fejl, der bevirker, at der ikke gives et retvisende billede af virksomheden.
...”

Efter ankenævnets opfattelse er der med karakteren af fejlene i de to omhandlede regnskabsposter – der udgør virksomhedens samlede aktivmasse – tale om væsentlige forhold, som indebærer, at årsrapporterne ikke giver et retvisende billede af A ApS.

Ankenævnet tiltræder derfor den af Erhvervsstyrelsen truffede afgørelse om, at virksomhedens årsrapport for 2014/2015 skal revideres af en godkendt revisor i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 1. eller 2. pkt., samt at styrelsen, jf. lovens § 161, nr. 3, har påbudt selskabet at nedskrive de to regnskabsposter i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser samt påbudt selskabet at indberette en berigtiget og godkendt årsrapport for 2014/2015.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 19. november 2015.

19) Kendelse af 14. september 2016 (J.nr. 2016-657).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Arne Nabe Poulsen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 22. januar og 29. januar 2016 har advokat A på egne vegne og vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i K (A/S) klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 22. januar 2016 pålagde dem afgifter på hver 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 19. december 2013 til 31. maj 2015.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelse af 22. januar 2016 har advokat A anført:

”...

Det er positivt urigtigt, at jeg i egenskab af medlem af ledelsen den 4.11.2015 har modtaget noget brev fra styrelsen, hvor jeg skulle være gjort opmærksom på, at der blev pålagt mig en afgift, hvis årsrapporten ikke var modtaget senest den 16.11.2015.

Jeg har d.d. den 22.1.2016 modtaget brev fra Erhvervsstyrelsen af samme dato, hvor man meget komisk indleder med at skrive, at (fordi) Erhvervsstyrelsen har den 22.1.2016 modtaget virksomhedens årsrapport..... og i den anledning skal man bede mig om at betal kr. 3.000 i bøde. Det agter jeg naturligvis ikke at gøre, og jeg har som sagt ikke pr. digital post hverken i min personlige eller i min virksomhedspostkasse en henvendelse af 4.11.2015 fra Erhvervsstyrelsen.

Ved telefonisk henvendelse til Erhvervsstyrelsen erklærer man at være ganske ude af stand til overhovedet at foretage sig noget i denne digitale tidsalder. Nu må jeg så skrive til ankeinstansen og forklare, at det digitale postsystem ikke virker, og man er meget velkommen til at komme herind på mit kontor og tjekke hele min postkasse igennem både for min virksomhed og mig selv personligt. Der er ingen henvendelser fra Erhvervsstyrelsen den 4.11., således som anført i Erhvervsstyrelsens brev af 22.1. til mig.

Dernæst kan jeg i øvrigt oplyse, at årsagen til den for sene indsendelse af regnskabet alene skyldes, at hoved- og eneaktionær i selskabet, B – der i øvrigt har været en frisk og aktiv gentleman – nu fyldt 90 år – desværre umiddelbart før jul blev indlagt med en hjerneblødning og derfor ikke har været i stand til at underskrive regnskabet betids. Det fik han imidlertid gjort umiddelbart efter årsskiftet, og jeg kan fortælle, at jeg for mit vedkommende fik sendt underskriftssiden fra revisoren mellem jul og nytår og pr. digital post fremsendte den af mig underskrevne side af regnskabet til revisor. Senere – umiddelbart efter nytår – modtog jeg så på ny en gang underskriftssider, hvor jeg blev bedt om at sende den videre til de øvrige bestyrelsesmedlemmer, således at der kunne være 1 side, hvor underskrifterne var samlet for alle bestyrelsesmedlemmer. Det har jeg også gjort.

Medarbejderen i Erhvervsstyrelsen, som jeg kontaktede telefonisk d.d. meddelte mig, at meddelelsen af 4.11. i hvert fald var sendt til selskabets digital postkasse under henvisning til selskabets cvr-nummer. det er vel det der på godt dansk hedder: ”hvad skal jeg bruge det til”? – i relation til mig selv personligt og det nu præsenterede bødekrav på kr. 3.000.
...”

Ved skrivelse af 29. januar 2016 har A yderligere anført:

” ...

I fortsættelse af mit brev af 22. ds. Skal jeg oplyse, at jeg nu d.d. har afholdt møde med B, der overfor mig har oplyst følgende – som delvis korrektion til det, jeg har anført i mit brev:

B har i 2015 fire på hinanden følgende gange været indlagt til rygoperation – d.v.s. det lykkes ikke rigtig i 1., 2. eller 3. ombæring, men den sidste operation, som fandt sted i slutningen af 2015 ser ud til at have den rette virkning. Derudover skete der det, at min klient fik en blodprop i lungen kort før jul, hvilket var den direkte årsag til, at han ikke fik ordnet med hensyn til underskrift på regnskaber udarbejdet af revisor inden årsskiftet. Ifølge min klients læge/sygehuset oplyser, at hans ”intellekt” ville være svækket på grund af de mange fuldbedøvelser han havde været igennem (4 i løbet af 2015).

Med henvisning til det ovenfor anførte og den af mig tidligere indgivne begæring til Ankestyrelsen om frafald af pålagt bøde tillader jeg mig ved nærværende at begæring af frafald af bøden tillige nu anses for indgivet på vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer, C og D.

Jeg har forstået på de øvrige bestyrelsesmedlemmer, at de heller ikke har fået en påmindelse om regnskabsindsendelse forud for bødepålægget på kr. 3.000.

Min klient er fyldt 90 år – i december 2015 – og alderen har også i nævnte henseende haft en del af årsagen til forsinkelsen med underskrivelsen af regnskaberne for K.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 7. marts 2016 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 22. januar 2016 de enkelte bestyrelsesmedlemmer i K adfærdsregulerende afgifter á kr. 3.000 – én afgift pr. ledelsesmedlem - som følge af, at virksomhedens årsrapport for 19-12-2013 til 31-05-2015 var modtaget for sent i styrelsen.

Selskabets årsrapport skulle have været styrelsen i hænde senest den 2. november 2015.

Da der efter fristens udløb ikke var modtaget årsrapport for ovennævnte virksomhed, sendte styrelsen den 4. november 2015 et påkravsbrev til virksomhedens digitale postkasse, hvori det fremgår, at styrelsen uden yderligere varsel ville anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, hvis årsrapporten ikke var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 2. december 2015.

Det fremgik også af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos styrelsen senest den 16. november 2015 ville de enkelte bestyrelsesmedlemmer blive pålagt afgifter, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Styrelsen modtog årsrapport for regnskabsåret 19-12-2013 til 31-05-2015 den 22. januar 2016.

Fordi årsrapporten blev modtaget efter udløbet af afgiftsfristen (den 16. november 2015) i styrelsens påkravsbrev af 4. november 2015 og efter påbegyndelsen af den tredje måned efter indsendelsesfristens udløb, blev bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden pålagt en afgift på kr. 3.000, jf. styrelsens breve af 22. januar 2016.

...

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 påkravsbrev 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.

Erhvervsstyrelsen kan i henhold til indsendelsesbekendtgørelsens [BEK nr. 1057 af 8. september 2015 – Bekendtgørelse om indberetning til og offentliggørelse af årsrapporten m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed] § 6 sende breve o.l. til virksomheder og personer om forhold, der er omfattet af årsregnskabsloven eller forskrifter udstedet i medhør heraf, på følgende måder:

- 1) Som digital post til virksomhedens eller personens digitale postkasse i Digital Post, tilknyttet virksomhedens CVR-nummer, henholdsvis personens CPR-nummer, medmindre virksomheden eller personen er fritaget for tilslutning til Digital Post.
- 2) Via e-mail til en e-mailadresse, som virksomheden eller personen har oplyst i forbindelse med den pågældende sag eller henvendelse.
- 3) Som papirbaseret post til virksomhedens eller personens fysiske adresse.

Påkravsbrevet er sendt til selskabets digitale postkasse, jf. § 6, stk.1, nr. 1.

Af § 10 i lov om Offentlig Digital Post, jf. lov nr. 528 af 11. juni 2012, fremgår det, at meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post, anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen. Det fremgår ligeledes af bemærkningerne til § 10, at en meddelelse kan anses for at være kommet frem, når den har en placering i postløsningen, hvorfra adressaten skal fremkalde den, og den digitale postløsning fungerer. Det er som udgangspunkt uden betydning, om eller hvornår adressaten rent faktisk gør sig bekendt med indholdet af meddelelsen, dvs. om meddelelsen er kommet til adressatens kundskab.

En af bestyrelsens pligter er, at regnskabsaflæggelsen foregår på for virksomheden tilfredsstillende måde og at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer, jf. selskabslovens § 115.

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.

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, 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.

Særlige omstændigheder er f.eks. ved længerevarende sygdom, der medfører uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb.

Styrelsens udtalelse

Det er styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at fritage de 3 bestyrelsesmedlemmer for de af Erhvervsstyrelsen pålagte afgifter.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. maj 2015, hvorfor virksomhedens årsrapport skulle have været modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 2. november 2015.

I henhold til påkravsbrevet af 4. november 2015, skulle årsrapporten have været styrelsen i hænde senest 16. november 2015, såfremt bestyrelsesmedlemmerne i virksomheden skulle undgå at blive pålagt afgifter.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først årsrapporten den 22. januar 2016, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift, jf. styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor de enkelte bestyrelsesmedlemmer i virksomheden afgifter á kr. 3000 pr. ledelsesmedlem, da årsrapporten blev modtaget for 3. påbegyndte måned efter indsendelsesfristens udløb.

Erhvervsstyrelsens påkravsbrev af 4. november 2015 er sendt til selskabets digitale postkasse, att.: ledelsen. Det må efter styrelsens vurdering lægges til grund, at styrelsens påkravsbrev af den 4. november 2015 er kommet frem til selskabets ledelse, idet det er afsendt til selskabets digitale postkasse, og idet eBoks A/S den 4. marts 2016 overfor styrelsen har bekræftet, at brevet er modtaget hos brugeren. Brevet blev i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150, stk. 1, er sendt til selskabets ledelse på selskabets adresse (her den digitale postkasse).

Det kan derfor efter styrelsens vurdering ikke lægges til grund, at selskabets ledelse, som anført af klager, ikke har modtaget det pågældende brev.

Endvidere følger det af bemærkningerne til § 10 i lov om Offentlig Digital Post, at det er modtagerens eget ansvar at tømme postkassen og gøre sig bekendt med indholdet af meddelelser, der er kommet frem til den pågældende, og at adressaten således bærer risikoen ved ikke at gøre sig bekendt med indholdet af vedkommendes digitale postkasse. Når der er tale om en digital postkasse tilknyttet et CVR-nr., må dette ansvar påhvile selskabets øverste ledelse, dvs. i det konkrete selskab, bestyrelsen.

...

Det er styrelsens vurdering, at Bs sygdom ikke er tilstrækkeligt dokumenteret, eksempelvis i form af lægeerklæring, en udtalelse fra en læge eller en journal fra hospitalsindlæggelsen. Endvidere bemærker styrelsen, at sygdomsperioden ligger efter den rettidige frist for indsendelse af årsrapport, som er den 2. november 2015.

Styrelsen anser det derfor ikke for dokumenteret, at B var fuldt uarbejdsdygtig i perioden op til indsendelsesfristens udløb.

Det fremgår af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at afgiftsfritagelse efter konkret vurdering kan ske helt eller delvist, såfremt forsinkelsen skyldes ganske upåregnelige forhold, herunder alvorlig sygdom. Det er en forudsætning, at pågældende person er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen. Det er styrelsens vurdering, at det ikke er dokumenteret, at B er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelse, hvorfor det ikke er dokumenteret, hvorvidt sygdomsforløbet har haft en afgørende betydning for rettidig indsendelse af årsrapporten, således at de øvrige bestyrelsesmedlemmer ikke egenhændigt har været i stand til at forestå dette.

I årsregnskabslovens § 8 fremgår det klart, at hvert enkelt medlem af virksomhedens øverste ledelse har ansvar for, at årsrapporten indsendes inden for fristen. Her må det øverste ledelsesorgan med sine beføjelser sikre sig, at den daglige ledelse opfylder sin pligt, f.eks. ved at det øverste organ overvåger dispositionerne og griber ind i tide.

Styrelsen bemærker i denne sammenhæng klagers brev til Erhvervsankenævnet af 29. januar 2016, hvori det fremgår, at direktøren og eneaktionær i selskabet, B, har været indlagt til rygoperation fire på hinanden følgende gange i 2015, og at Bs "intellekt" har været svækket, på grund af de mange fuldbedøvelser han var igennem i løbet af 2015.

Det er styrelsens vurdering, at det er bestyrelsens ansvarsområde at føre den fornødne kontrol med direktions opgavevaretagelse, således der kan gribes ind i tide, hvis ikke direktionen udøver sit hverv på en behørig måde.

Styrelsen finder på den anførte baggrund ikke, at der er grundlag for fritagelse for afgifterne. Fritagelse ville være betinget af, at bestyrelsesmedlemmerne kunne godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kunne lægges de pågældende til last.

Det er efter styrelsens opfattelse ikke dokumenteret, hvorvidt bestyrelsesmedlemmerne har gjort alt, hvad der var muligt, for at sikre at årsrapporten - trods hindringen - blev aflagt og indsendt så hurtigt som muligt til styrelsen, således at forsinkelsen ikke kan lægges de pågældende bestyrelsesmedlemmer til last.

Klagers oplysning om, at han har været omhyggelig med at åbne sin digitale postkasse, hver eneste gang der klikker et digitalt brev ind, da han tidligere har modtaget en bøde på kr. 2000 for ikke at have kørt bilen til syn i rette tid, kan ikke tillægges værdi i denne sag.

På baggrund af ovenstående finder styrelsen ikke, at der foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer i virksomheden skal fritages for de pålagte afgifter.
...”

Ved skrivelse af 22. marts 2016 har A bemærket:

”...

Efter modtagelsen af materiale fra Erhvervsstyrelsen tillader jeg mig at fastslå følgende:

Jeg har på intet tidspunkt før end modtagelsen af bødekraft for for sent fremsendelse af regnskaber blevet præsenteret for nogen form for rykerskrivelse, advarsel eller noget som helst andet fra Erhvervsstyrelsen. Det er stik i strid med den måde, hvorpå forvaltningen generelt set kan agere overfor borgerne i relation til pålæggelse af bøder. Man må da have en advarsel først, således at der gives tid til at man kan rette for sig før end bødes langes ud. Det kan ikke ske uden varsel.

Subsidiært til det ovenfor anførte skal jeg fastholde, at de mere eller mindre ulykkelige omstændigheder der ligger forud for forsinkelsen med hensyn til indsendelse af regnskabet bør diskulpere i henseende til pålagte bøder:

B's sygdom – hvor jeg senere vil vende tilbage med en nærmere beskrivelse af forløbet og årsagerne, men hvor det helt klart kan lægges til grund, at det skyldes sygdom, at B – der nu er eller fylder 90 år – ikke har kunnet varetage selskabets rettidige regnskabsaflæggelse i samarbejde med revisor.

Yderligere kan jeg dokumentere allerede ved udgangen af december måned at have fremsendt min underskrift på regnskabet til revisor, men at denne afventede indsendelsen af regnskabet, indtil alle bestyrelsesmedlemmer havde underskrevet på et og samme regnskab, der herefter cirkulerede mellem bestyrelsesmedlemmerne.

Havde jeg vidst der var noget som helst i relation til indhentelse af underskrifter, havde jeg jo blot sørget for, at alle bestyrelsesmedlemmer havde givet revisor en opringning om, at han havde fuldmagt til at skrive deres navn på regnskabet og herefter sørge for, at det blev indsendt. Originale underskrifter fra bestyrelsesmedlemmerne personligt kunne herefter være indhentet ”post festum”.
...”

Ved skrivelse af 14. april 2016 har A yderligere bemærket:

”...

Efter nu på ny at have haft lejlighed til at drøfte [sagen] med B, skal jeg anføre, at B – der er 90 år gammel – i både 2014 og 2015 gennemgik en

lang og kompliceret rygoperation i fuld narkose og ifølge hans læge skyldes de problemer B har haft i tiden derefter, at narkosen desværre har påvirket min klients hukommelse m.v., at han har haft meget svært ved at koncentrere sig om tingene.

B har ved flere lejligheder søgt at rette henvendelse til sin læge for at modtage en skreven lægeerklæring derpå, men det er ikke lykkedes at komme i kontakt med. Det vil B gøre nu ved personlig fremmøde i konsultationen, og jeg vil herefter eftersende en lægeerklæring.

Med henvisning til det overfor anførte og det tidligere overfor styrelsen anførte, skal jeg fastholde, at konklusionen bør være, at afgørelsen om bødepålæg annulleres under disse omstændigheder.
...”

A har den 20. april 2016 fremsendt lægeerklæring dateret den 18. april 2016 vedrørende B.

Ankenævnet udtaler:

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 årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt., at hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget i Erhvervsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring. Ifølge stk. 2, skal angives en frist i påkravsbrevet på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport, og efter § 151 pålægger Erhvervsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse en afgift, hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering.

Da årsrapporten for perioden 19. december 2013 til 31. maj 2015 for K ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen inden udløbet af indsendelsesfristen på 5 måneder i årsregnskabslovens § 138, sendte styrelsen i medfør af lovens § 150, stk. 1, den 4. november 2015 et påkravsbrev til selskabets ledelse.

Brevet blev fremsendt til selskabets digitale postkasse.

Klagerne gør til støtte for klagen gældende, at hverken de eller selskabet har modtaget et påkravsbrev.

Det følger af § 7 i lov om Offentlig Digital Post, at Erhvervsstyrelsen kan anvende Offentlig Digital Post til kommunikation med selskaber. Juridiske enheder skal som udgangspunkt tilsluttes offentlig digital post, jf. lovens § 3, stk. 2. K er således også tilsluttet postløsningen. eBoks A/S' har ifølge det oplyste overfor Erhvervsstyrelsen den 4. marts 2016 bekræftet, at K har modtaget styrelsens påkravsbrev i selskabets postløsning.

Meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post, anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen, jf. § 10, nr. 1, i lov om Offentlig Digital Post.

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en afgift, 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 ham eller hende til last.

Klagerne har til støtte for klagen tillige gjort gældende, at direktøren og eneaktionæren i selskabet, B umiddelbart før jul blev indlagt med en hjerneblødning, og at han endvidere har været indlagt fire på hinanden følgende gange til rygoperation i 2015. Indlæggelsen før jul ligger efter den rettidige frist for indsendelse af selskabets årsrapport, som er den 2. november 2015, og med de gentagne indlæggelser af selskabets direktør med henblik på rygoperation ses der ikke at foreligge upåregnelige forhold i forhold til de enkelte bestyrelsesmedlemmers ansvar for selskabets indsendelse af årsrapporten inden udløbet af den lovfastsatte indsendelsesfrist.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens §

152, tiltræder ankenævnet de ved Erhvervsstyrelsens skrivelser af 22. januar 2016 pålagte afgifter, hvorved bemærkes, at det følger af lovens § 151, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen pålægger hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse afgiften.

20) Kendelse af 29. november 2016 (J.nr. 2016-4118).

Klagen afvist, da genstanden for ankenævnsbehandlingen ikke længere aktuel.

Lov om Erhvervsankenævnet § 1, årsregnskabslovens § 163 samt offentlighedslovens § 37.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Arne Nabe Poulsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 13. maj 2016 har advokat A på vegne af K A/S klaget over en af Erhvervsstyrelsen truffet afgørelse af 12. maj 2016 vedrørende selskabets årsrapport for 2014 samt styrelsens beslutning om at meddele aktindsigt i nogle dokumenter vedrørende en sag om regnskabskontrol af selskabet.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 12. maj 2016 hedder det:

”Kontrol af årsrapporten for perioden 1. juli – 31. december 2014 for K A/S, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med en undersøgelse i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, gennemgået virksomhedens årsrapport for perioden 1. juli – 31. december 2014.

Afgørelse [Afgørelsen fokuserer på ét væsentligt punkt vedrørende virksomhedens indtægtskriterie. Da årsrapporten for 2015 er nært forestående, er det på grund af det konstaterede forholds væsentlighed fundet hensigtsmæssigt at udskyde undersøgelsen af eventuelle andre forhold til modtagelsen af årsrapporten for 2015.]

Styrelsen finder, at årsrapporten indeholder en så væsentlig fejl vedrørende virksomhedens indtægtskriterie, at årsregnskabet ikke giver et retvisende billede af virksomhedens aktiver og passiver, finansielle stilling samt resultatet, jf. årsregnskabslovens § 11.

Fejlen består i følgende:

1. Virksomheden har anvendt produktionsmetoden til at indregne omsætningen vedrørende salg af LED lyskilder til erhverv, offentlige og private, uanset at betingelserne herfor ikke var opfyldt, jf. årsregnskabslovens § 83 a, sammenholdt med § 49, stk. 1, 1. pkt.
2. Da den indregnede avance vedrører produktion, som det ikke er dokumenteret var udført på balancedagen, så kunne avancen ikke indregnes, uanset om virksomheden kunne have anvendt produktionsmetoden. Dette følger af definitionen på produktionsmetoden i årsregnskabslovens bilag 1, D, nr. 8.

Virksomheden kan dog anvende produktionsmetoden for selve monteringen af lamper hos kunden, da dette er udtryk for levering af en service. Dette forudsætter dog, at anvendelsen af produktionsmetoden sker i overensstemmelse med regnskabsreglerne. Det vil sige, at indtægten indregnes i takt med arbejdets udførelse.

Henset til fejls indvirkning på årsregnskabet har styrelsen vurderet, at der er behov for, at regnskabsbrugerne informeres om fejlen hurtigst muligt og samtidig får korrekte oplysninger om virksomhedens økonomiske situation.

Endvidere er det styrelsens vurdering, at det er væsentligt, at virksomheden bliver opmærksom på fejlen således, at denne ikke gentages i årsrapporten for 2015.

Styrelsen påbyder derfor virksomhedens ledelse at berigtige forholdet således, at der indsendes en berigtiget, revideret og godkendt årsrapport for perioden 1. juli – 31. december 2014, jf. årsregnskabslovens § 161. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest den 10. juni 2016.

Hvis der ikke modtages en ny behørig årsrapport inden denne frist, er indsendelsespligten efter årsregnskabslovens § 138 ikke opfyldt, hvorfor virksomheden vil blive oversendt til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3.

Erhvervsstyrelsen påbyder samtidig virksomheden at indregne indtægter fra salg af varer med lang kredit, som beskrevet under afsnittet om finansieringsomkostninger.

(...)

Beskrivelse af sagen

Erhvervsstyrelsen har den 7. marts 2016 fremsendt en række spørgsmål til virksomhedens årsrapport. Spørgsmålene omfattede følgende regnskabsposter:

- a) Igangværende arbejder for fremmed regning
- b) Finansielle omkostninger
- c) Tilgodehavender
- d) Gæld til leverandører

e) Optagelse af lån til nærtstående parter

Styrelsen har modtaget et foreløbigt svar den 15. marts 2016. Herefter blev der afholdt et uformelt møde i virksomheden, den 17. marts 2016, hvor virksomhedens direktør og revisor præsenterede virksomheden og dens forretningsmodel.

Den af styrelsen efterspurgte dokumentation er modtaget efterfølgende, senest den 5. maj 2015.

Styrelsen sendte et udkast til afgørelse i høring hos virksomheden den 21. april 2016. I udkastet anmodede styrelsen om virksomhedens kommentarer til høringsudkastet samt om yderligere dokumentation, hvis virksomheden fortsat var af den opfattelse, at den kunne anvende produktionsmetoden. Virksomheden besvarede denne henvendelse den 11. maj 2016.

Det er statsautoriseret revisor B, som har besvaret henvendelserne på vegne af virksomheden.

Styrelsen har bemærket, at virksomheden ikke har medsendt al den dokumentation om virksomhedens brug af produktionsmetoden, som styrelsen anmodede om i brev af 21. april 2016.

Styrelsen har dog besluttet at træffe en afgørelse på det foreliggende grundlag, da virksomheden har haft mulighed for at fremsende den manglende dokumentation.

Styrelsen har i forbindelse med sagen indhentet oplysninger fra SKAT vedrørende virksomhedens køb og salg af varer og tjenesteydelser til lande, både i og udenfor EU. Formålet med at indhente disse oplysninger var at sammenholde dem med virksomhedens bogførte køb og salg af varer og tjenesteydelser.

Igangværende arbejder for fremmed regning

Der fremgår følgende i virksomhedens årsrapport for perioden 1. juli – 31. december 2014 under afsnittet om anvendt regnskabspraksis:

Entreprisekontrakter

Igangværende arbejder værdiansættes til forventet avance med fradrag af forventede finansieringsomkostninger i forbindelse med betaling. Der er hensat omkostninger til dækning af eventuelle kalkulationsafvigelser.

Entreprisekontrakter var ved udgangen af 2014 indregnet i virksomhedens balance til kr. 116.353.950. Dette udgjorde ca. 40 % af den samlede balancesum.

Styrelsen forudsætter på denne baggrund, at virksomheden anvender produktionsmetoden til indregning og måling af igangværende arbejder, jf. årsregnskabslovens § 83 a, sammenholdt med § 49, stk. 1, 1. pkt.

Dette er også bekræftet af statsautoriseret revisor B i brev af 5. april 2016.

Dette betyder, at en ordre indregnes under igangværende arbejder til den forventede avance f.eks. 40 % med fradrag af forventede finansieringsomkostninger frem til betaling.

Den praksis, som virksomheden beskriver, kan dog ikke genfindes i årsregnskabsloven. Hvis produktionsmetoden anvendes, skal igangværende arbejder indregnes til salgsværdien, jf. definitionen i årsregnskabslovens bilag 1, D, nr. 8:

Produktionsmetoden er en indtægtsmetode, ifølge hvilken indtægter og omkostninger indregnes i resultatopgørelsen i takt med, at arbejdet bliver udført. Når produktionsmetoden anvendes, måles det igangværende arbejde i balancen til den opgjorte salgsværdi af den udførte del af arbejdet.

Salgsværdien for et igangværende arbejde udgør den forholdsmæssige andel af den kontraktfastsatte pris henholdsvis kalkulerede salgspris, der er indtjent for den på balancedagen udførte andel af det samlede entreprisarbejde.

Igangværende arbejder skal således indregnes og måles til den samlede salgsværdi og ikke, som beskrevet i anvendt regnskabspraksis, alene til avancen.

Styrelsen har på baggrund af årsrapporten og det fra virksomheden modtagne materiale vurderet, om:

1. Virksomheden kan anvende produktionsmetoden på sine leverancer til kunder.
2. Om den af virksomheden anvendte regnskabspraksis er i overensstemmelse med årsregnskabslovens krav til anvendelse af produktionsmetoden.

Styrelsen har primært fokuseret på pkt. 1, da en manglende mulighed for at anvende produktionsmetoden bevirker, at det er uden betydning om produktionsmetoden er anvendt korrekt. Styrelsen har dog valgt at medtage nogle betragtninger om pkt. 2, da virksomheden bør være opmærksom på, hvordan produktionsmetoden skal anvendes, hvis virksomheden udfører arbejde som opfylder lovgivningens krav til at blive indregnet efter produktionsmetoden.

Ad. 1

Virksomheden oplyser ... i årsrapporten, at aktiviteten er:

Produktion, udvikling og salg af LED lyskilder til erhverv, offentlige og privat samt efter bestyrelsens skøn dermed beslægtet virksomhed.

Virksomheden sælger alt fra små specialordrer, f.eks. individuelt tilpasset lys til en modebutik, til lamper som anvendes i gadebelysning i større byer med indbygget wi-fi hotspots m.v.

Virksomhedens grundlæggende aktivitet er således salg af standardlamper og tilbehør, som i større eller mindre udstrækning er tilpasset kundens særlige behov.

Virksomheden tilbyder også at lade underleverandører (og egne rejsemontører) montere lamperne m.v.

Statsautoriseret revisor B begrundet i brev af 5. april 2016 valget af indtægtskriterie således:

Produktionsmetoden anvendes, idet virksomheden har egentlig produktion i form af samling af komponenter til det endelige produkt og kvalitetskontrol af det egentlige produkt samt installation.

Dette suppleres i brev af 11. maj 2016 til styrelsen:

Vi har her vedhæftet IAS no. 11, hvor vi henviser til pkt. 23 og 24, hvilket er begrundelsen for at aktivere igangværende arbejder vedr. entreprisekontrakter.

Regnskabsmæssig behandling af entreprisekontrakter

Her kan ske regnskabsmæssig aktivering af kontrakter, når alle aspekter af kontrakten er kendt ved årets afslutning.

Der skal aktiveres en forventet omsætning og passiveres de forventede omkostninger evt. incl. IPO vedr. administration samt finansieringsomkostninger.

Ved fastpriskontrakter kan omsætning og omkostninger medtages, når der er sikkerhed for leverance og betaling jfr. punkt 23.

Ved cost-plus kontrakter kan omsætning og omkostninger medtages, når der er sikkerhed for cashflow samt leverance jfr. punkt 24.

I regnskabet for K A/S for 2014 er den fulde forventede omsætning og de fulde forventede omkostninger indregnet under igangværende arbejder og der er vist et nettoresultat af samtlige igangværende kontrakter pr. 31.12.14.

Ifølge bemærkningerne til årsregnskabslovens § 49 i lovforslag L138 fra 2000/1 gælder følgende for valg af metoder til indregning af virksomhedens omsætning:

Forslaget viderefører gældende ret for indregning og måling af nettoomsætningen. Denne skal således normalt indregnes på salgstidspunktet, da dette tidspunkt ofte anses for indtjeningstidspunktet, dvs. det tidspunkt, hvor pålideligheden i indregningen er tilstrækkelig stor.

Kan nettoomsætningen opgøres pålideligt på et tidligere tidspunkt – jf. IAS 11 og Regnskabsvejledning 6 om produktionsmetoden – kan der ske

indregning på dette tidligere tidspunkt. Forslaget rummer således både salgsmetoden og produktionsmetoden.

Virksomhedens ledelse skal vælge den indtægtsmetode, som bedst viser et retvisende billede. Det betyder, at virksomheden normalt vil skulle benytte produktionsmetoden, hvis virksomheden deltager i entrepriseopgaver eller på anden måde producerer til ordre. Metoden kan dog alene benyttes for de opgaver, der opfylder betingelserne i Regnskabsvejledning 6 og IAS 11 om entreprisekontrakter. På dette felt forudsættes lovens rammer at skulle udfyldes ved standarder. Regnskabsvejledning 6, der er under revision, og som herefter formentligt vil ligge ret tæt op ad IAS 11, vil her være egnet.

Den dagældende Regnskabsvejledning 6 lå tæt op ad den internationale regnskabsstandard IAS 11. Da Regnskabsvejledning 6 er ophævet efterfølgende, tager styrelsens fortolkning udgangspunkt i IAS 11, således som også forudsat i lovbemærkningerne.

IAS 11 indeholder en række betingelser for at anvende produktionsmetoden. Definitionen af en entreprisekontrakt fremgår af IAS 11, afsnit 3:

En entreprisekontrakt er en individuelt forhandlet kontrakt om anlæg, opførelse eller bygning af et aktiv eller flere aktiver, som er nært forbundne eller indbyrdes afhængige med hensyn til deres design teknologi og funktion eller deres endelige formål eller anvendelse.

Dette suppleres i IAS 11, afsnit 4:

En entreprisekontrakt kan indgås om opførelse, anlæg eller bygning af et enkelt aktiv, eksempelvis en bro, bygning, dæmning, rørledning, vej, et skib eller en tunnel. En entreprisekontrakt kan også være indgået om anlæg, opførelse eller bygning af et aktiv eller flere aktiver, som er nært forbundne eller indbyrdes afhængige med hensyn til design, teknologi og funktion eller endelige formål eller anvendelse. Som eksempler kan nævnes kontrakter om opførelse af raffinaderier og andet komplekst produktionsanlæg og driftsmidler.

Heraf følger det, at IAS 11 [IASB har også udstedt et fortolkningsbidrag til IAS 11. Dette benævnes IFRIC 15. Fortolkningsbidraget vedrører opførelse af bygninger. Her kan produktionsmetoden anvendes i visse tilfælde, hvor kontrollen over ejendommen, samt risici og fordele ved ejendommen overgår til kunderne i takt med produktionen. Dette ses dog ikke at være relevant i den konkrete situation.] kan og skal anvendes, når der er tale om konstruktion af særlige aktiver, hvis udformning er forhandlet med den enkelte kunde.

Standardens fokus, jf. IAS 11 afsnit 4, er på større aktiver, hvis færdiggørelse normalt strækker sig over mere end én regnskabsperiode. Dette supplerer IAS 11, afsnit 3, som kræver, at aftalen skal være individuelt forhandlet, hvilket betyder, at kunden skal have mulighed for at ændre grundlæggende på aktivets udformning, funktionalitet m.v.

Anvendelse af produktionsmetoden er en undtagelse fra hovedreglen, som er anvendelse af leveringsmetoden, jf. lovbemærkningerne ovenfor. Metoden kan derfor kun anvendes, hvis den opfylder betingelserne i IAS 11.

IAS 11 omfatter ikke serieproducerede produkter, uanset om kunden har mulighed for at få foretaget en vis grad af tilpasning af produkterne. F.eks. kan en virksomhed, som normalt producerer shampoo, modtage ordre fra en supermarkeds kæde på en shampoo i supermarkeds kædens egen indpakning. Dette bevirker ikke, at produktionsmetoden hverken kan eller skal anvendes på denne kontrakt.

Salg af denne type produkter er også kendetegnet ved, at kontrollen over produkterne, samt risici og fordele knyttet til produkterne, først overgår til kunden ved produktets levering.

I disse tilfælde er det leveringsmetoden, som er relevant som indtægtskriterium efter årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt. Efter denne metode indregnes indtægten på salgstidspunktet, dvs. det tidspunkt hvor varen leveres, og salget således gennemføres.

Leveringsmetoden (undertiden benævnt "faktureringsmetoden", da levering og fakturering tit sker på samme tidspunkt) er den langt mest udbredte metode til at indregne indtægter i resultatopgørelsen.

Metoden er ikke beskrevet nærmere i årsregnskabsloven. Derimod kan der også her hentes inspiration i IFRS. Metoden er således beskrevet i IAS 18, afsnit 14-19.

Virksomheden leverer dog også service til sine kunder. Der tænkes her primært på selve monteringen af lamper ude hos kunder. Denne del af kontrakten skal adskilles fra leverancen af lamper m.v. og indregnes selvstændigt i resultatopgørelsen.

Servicekontrakter skal for virksomheder i regnskabsklasse C indregnes efter produktionsmetoden, hvis betingelserne herfor er opfyldt, jf. årsregnskabslovens § 83 a, sammenholdt med § 49, stk. 1, 1. pkt. Da der ikke er tale om entreprisekontrakter, er IAS 11 som udgangspunkt ikke relevant som fortolkningsbidrag her. Forholdet er derimod reguleret i IAS 18, afsnit 20-28. Bemærk her, at IAS 18, afsnit 21, henviser til IAS 11 for vejledning til, hvordan produktionsmetoden kan anvendes på servicekontrakter.

Ud fra den kopi af en aftale om leverancer til C, som styrelsen har modtaget, fremgår det, at montering dog udgør en mindre andel af det samlede projekt (ca. 12 %). I kontrakten med Starbucks ses der ikke at indgå montering.

Styrelsen har vurderet revisors henvisning til afsnit 23 og 24 i IAS 11. Styrelsen mener imidlertid ikke, at denne henvisning er relevant, da an-

vendelsen af de pågældende bestemmelser fordrer, at der er tale om en entreprisekontrakt omfattet af IAS 11, hvilket ikke er tilfældet i denne sag.

På baggrund af ovenstående er det styrelsens opfattelse, at virksomheden ikke kan anvende produktionsmetoden på leverancer af LED lyskilder til erhverv, offentlige og private. Styrelsen lægger vægt på to forhold, som hver især bevirker, at produktionsmetoden ikke kan anvendes, jf. § 49, stk. 1, 1. pkt., med henvisning til IAS 11, afsnit 3 og 4:

- a) Virksomheden sælger standardprodukter, som tilpasses kundens ønsker. Der er således ikke tale om, at der grundlæggende konstrueres et særligt produkt til kunden.
- b) Virksomhedens produkter har hver især en relativt kort produktions-tid og afviger således grundlæggende fra opførelsen af en bro, bygning, dæmning, rørledning, vej, et skib eller en tunnel.

Virksomheden skal således i stedet anvende leveringsmetoden.

Dette betyder konkret, at virksomheden først kan indregne avance på leverancer til kunder i takt med, at produkterne overdrages til kunderne.

Ad 2.

Uanset at virksomheden efter styrelsens opfattelse ikke kan anvende produktionsmetoden så er også virksomhedens faktiske anvendelse af produktionsmetoden som nævnt i indledningen efter styrelsens opfattelse i strid med, hvordan metoden skal anvendes under årsregnskabsloven.

I henhold til anvendt regnskabspraksis måles igangværende arbejder til forventet avance med fradrag af finansieringsomkostninger.

Styrelsen har modtaget en oversigt over posten igangværende arbejder. Den viser sammenfattende følgende (alle tal i hele tusinde) [Oversigten indeholder ikke oplysninger om færdiggørelsesgrad, herunder hvordan denne er opgjort.]:

Kontraktsum	306.195
Budgettede omkostninger	-122.478
Omkostninger til banker	-36.743
Kommission	-30.619
Igangværende arbejder i alt	116.354

Det indregnede beløb er således alene udtryk for den forventede avance på ordren.

Den korrekte anvendelse af produktionsmetoden er, at der indregnes indtægter og omkostninger i resultatopgørelsen i takt med virksomhedens udførelse af arbejdet i henhold til kontrakt.

Samtidig indregnes der et tilgodehavende i balancen tilsvarende den indtægt, som indregnes i resultatopgørelsen. Herfra fratrækkes kundens acountbetalinger.

Posten igangværende arbejder skal således være udtryk for værdien af det arbejde, som er udført pr. balancedagen, fratrukket de modtagne betalinger.

Dette er således en væsentlig anden praksis, end den af virksomheden anvendte.

Det forhold, at virksomheden har indregnet avancen på projekterne – og intet andet end avancen - er en indikation på, at virksomheden har indregnet avance på planlagte leverancer.

Hvis tallet i balancen var korrekt, så ville dette være udtryk for, at kunderne havde betalt et beløb tilsvarende vareforbrug m.v., men ikke en eneste krone af avancen.

Styrelsen finder det usandsynligt, at kunderne skulle have betalt nøjagtig for de medgåede omkostninger, men ikke for nogen del af avancen.

Dette strider også mod det beskrevne om virksomhedens forretningsmodel, hvorefter kunden først betaler over en årrække efter at projekterne er afsluttet.

Alternativt skulle virksomheden endnu ikke have betalt nogen del af omkostningerne til underleverandørerne. Dette ville dog stride mod tidligere modtagne oplysninger om, at betaling sker kontant ved levering fra underleverandører.

Styrelsens formodning om, at produktionen ikke er gennemført helt eller delvist pr. 31. december 2014, understøttes af oplysninger modtaget fra SKAT.

Den største kontrakt på balancedagen var på t.kr. 186.250 og var med Starbucks i Schweiz. I henhold til oplysningerne fra SKAT, så har virksomheden haft et yderst begrænset salg til kunder udenfor EU i 2014. (I henhold til kontrakt som er modtaget efterfølgende, kan disse produkter dog være leveret indenfor EU. Salget ses dog ikke indberettet som et EU-salg til SKAT).

Styrelsen har også bemærket, at den næststørste kontrakt er et salg til C. Kontraktsummen er på t.kr. 79.164. Dette salg ses ikke indberettet til SKAT som salg til en kunde i EU.

Virksomheden oplyste under mødet med styrelsen, at produktionen (ved underleverandører) finder sted i Kina. Produkterne sendes herefter med fly til Danmark for færdiggørelse/sammensætning og kvalitetskontrol.

Produkterne sendes så fra Danmark til den endelige kunde.

Erhvervsstyrelsen har modtaget oplysninger om virksomhedens import fra lande uden for EU (samt om import fra andre EU-lande) i 2014. Denne import er så begrænset, at den ikke kan dække over et vareforbrug på t.kr. 122.478.

Virksomheden blev forelagt disse oplysninger i brev af 21. april 2016. Virksomheden har ikke kommenteret oplysningerne.

Virksomheden har i skrivelse af 11. maj 2015 oplyst, at ingen leverancer i 2015 er finansieret via sikkerhedsstillelse fra EKF, og at fordringerne således ikke er solgt til et pengeinstitut. Virksomheden har således selv ydet kredit til kunderne.

Styrelsen skal gøre opmærksom på, at da kreditten er langfristet og rentefri, kan dette give anledning til særlige regnskabsmæssige problemstillinger, da virksomheden ikke kun sælger en vare, men også yder finansiering. Dette er beskrevet nærmere nedenfor under finansieringsomkostninger.

Konklusion på igangværende arbejder

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at virksomhedens salg af LED lyskilder til erhverv, offentlige og private ikke hverken kan eller skal indregnes efter produktionsmetoden.

Årsagen er, at virksomhedens produktion ikke opfylder definitionen i IAS 11, afsnit 3 og 4, på en entreprisekontrakt. Disse bestemmelser udfylder årsregnskabslovens rammebestemmelser om valg af indtægtskriterium, jf. årsregnskabslovens § 83 a, sammenholdt med § 49, stk. 1, 1. pkt.

Hvis produktionsmetoden kunne anvendes, skulle det i givet fald ske på en væsentlig anden måde end virksomhedens anvendte praksis således, at indtægten (og derved også avancen) blev indregnet i takt med arbejdets udførelse, dvs. i takt med entreprisens gennemførelse. Posten igangværende arbejder skulle afspejle salgsværdien af det udførte arbejde, fratrukket betalinger fra kunden.

Finansieringsomkostninger

Statsautoriseret revisor B anfører i besvarelsen af 11. maj 2015, at finansieringsomkostninger kan indregnes som en del af igangværende arbejder. I denne forbindelse henvises der til IAS 23.

I henhold til årsregnskabslovens § 44, stk. 2, kan renter af kapital, der er lånt til at finansiere fremstilling af varer, og som vedrører fremstillingsperioden, indregnes i kostprisen. Der er en forskel mellem årsregnskabsloven og IFRS, da årsregnskabsloven alene giver en mulighed for at indregne renter i kostprisen, mens IFRS kræver indregning af renter i kostprisen.

Bestemmelserne vedrører dog renter i fremstillingsperioden. De finansieringsomkostninger som fremkommer ved sikring af fordringen på kunden og det tab, som realiseres ved salg af fordringen til et pengeinstitut, vedrører imidlertid selve salget og ikke fremstillingsperioden. Disse omkostninger skal således ikke indgå som en del af varenes kostpris og dermed heller ikke indregnes i vareforbruget.

Virksomheden yder deres kunder en langfristet kredit. Det er oplyst, at denne er rentefri. Kreditten er en integreret del af virksomhedens forretningsmodel.

Dette betyder, at virksomheden reelt sælger to ydelser:

1. En vare
2. En finansiering

I henhold til årsregnskabslovens § 13, stk. 1, nr. 8, skal:

Hver transaktion, begivenhed og værdiændring skal indregnes og måles hver for sig, ligesom de enkelte forhold ikke må modregnes med hinanden (bruttoværdi).

Dette betyder, at de to ydelser skal separeres, og indtægterne skal fordeles på de to ydelser. Her kan der hentes vejledning i IAS 18, afsnit 11.

I de fleste tilfælde har vederlaget form af likvider, og den beløbsmæssige størrelse af omsætningen udgør modtagne eller tilgodehavende beløb i likvider. Når modtagelsen af likvider udskydes, kan dagsværdien af vederlaget dog være mindre end den nominelle værdi af de modtagne eller tilgodehavende beløb i likvider. En virksomhed kan eksempelvis yde rentefri kredit til køber eller som vederlag for salg af varer acceptere et gældsbevis fra køber forrentet til en rentesats, der er under markedsrenten. Når der i realiteten er tale om en finansieringstransaktion, beregnes dagsværdien af vederlaget ved diskontering af alle fremtidige indbetalinger til en opgjort rente. Den opgjorte rente er den af følgende satser, som med størst nøjagtighed kan fastsættes:

- a) den gældende rente for et tilsvarende instrument, hvis udsteder har en tilsvarende kreditværdighed, eller*
 - b) en rentesats, der diskonterer instrumentets nominelle værdi til den aktuelle kontante salgspris for de pågældende varer eller tjenesteydelser.*
- Forskellen mellem dagsværdien og den nominelle værdi af vederlaget indregnes som renteindtægt i overensstemmelse med afsnit 29 og 30 og i overensstemmelse med IAS 39.*

Dette betyder, at virksomheden skal indregne salget til dagsværdien af fordringen på kunden.

Forskellen mellem pålydende værdi og dagsværdien er således udtryk for en reduktion af nettoomsætningen og ikke en finansieringsomkostning.

Fordringen skal herefter indregnes til amortiseret kostpris.

...”

I klageskrivelsen af 13. maj 2016 har advokat A anført:

”...

Påstande

Påstand 1: Erhvervsstyrelsens afgørelse/beslutning om at offentliggøre en afgørelse om klagers årsrapport for 2014, herunder på styrelsens hjemmeside, ophæves.

Påstand 2: Erhvervsstyrelsens afgørelse/påstand om at give aktindsigt i dokumenter vedrørende klager ophæves.

Subsidiært: Erhvervsstyrelsens afgørelse/beslutning om at offentliggøre en afgørelse om klagers årsrapport for 2014, og/eller at give aktindsigt i dokumenter vedrørende klager udsættes indtil klager har haft rimelig mulighed til at blive hørt og tage stilling til sagen.

...

Sagsfremstilling

Sagen udspringer af indklagedes undersøgelser af klagers årsrapport 2014, indklagedes behandling af anmodninger om aktindsigt i sagens dokumenter og indklagedes ønske om at offentliggøre en afgørelse om klagers årsrapport 2014, herunder på virk.dk og erst.dk.

Indklagede fremsendte den 10. maj 2016 en række dokumenter til klageren, som indklagede ønskede at give aktindsigt i, og gav en frist til den 11. maj 2016 kl. 7, såfremt klageren havde bemærkninger til det fremsendte (...)

Klager fremsendte den 10. maj 2016 et svar til indklagede, hvor klager gjorde gældende, at det af styrelsen fremsendte materiale ikke er omfattet af retten til aktindsigt, da dokumenterne indeholdt fortrolige oplysninger om HL's forretningsforhold og da offentliggørelse af materialet kunne have væsentlig økonomisk betydning for HL, jf. offentlighedslovens § 30. (...)

Den 12. maj 2016 fremsendte indklagede en e-mail af til indklagede, hvor indklagede fremsendte afgørelse om K A/S's årsrapporten 2014, der påtænkes offentliggjort, herunder på styrelsens hjemmeside.

Den 13. maj 2016 fremsendte klager en e-mail af til indklagede, hvor indklagede protestede mod aktindsigt og offentliggørelse af afgørelsen (...). Som bilag til e-mailen vedhæftede klager breve fra B og udkastet til styrelsens afgørelse, hvori klager havde udstreget fortrolige oplysninger om forretningsforhold, som klager mener i særlig grad er undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30.

Anbringender

Indledningsvist skal jeg bemærke, at indklagede ikke har givet klager rimelig frist til at tage stilling til indholdet i afgørelsen af 12. maj, som adskiller sig fra tidligere udkast. Klager har ret til en rimeligfrist til at blive hørt og ikke blot få timer til at besvare.. Ligeledes bemærkes, at der ikke er lovhjemmel til at offentliggøre indklagedes afgørelse om klagers årsrapporten for 2014 på hverken virk.dk eller erst.dk.

Det er af styrelsen (...) fremsendte materiale og styrelsens afgørelse om klagers årsrapport for 2014 er ikke omfattet af retten til aktindsigt, da materialet indeholder fortrolige oplysninger om forretningsforhold og da offentliggørelse af materialet kan have væsentlig økonomisk betydning for K, jf. offentlighedsloven § 30. Offentliggørelse af materialet kan således skade samarbejdet mellem klager og dets samarbejdspartnere, ligesom materialet vil kunne udnyttes af selskabets konkurrenter.

Som eksempler på fortrolige oplysninger kan jeg nævne følgende: fortrolige informationer om forretningsforhold vedrørende klagers forretningsmodel, avance og omkostninger på ordrer, herunder i breve af 15. marts 2016 og 5. april 2016 fra B samt på s. 6-8 i udkastet til Erhvervsstyrelsens afgørelse.

Jeg skal videre henviser til, at der på s. 706 i Offentlighedskommissionens betænkning er angivet følgende eksempler på oplysninger, der er omfattet af udtrykket ”tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- og forretningsforhold el.lign” i offentlighedslovens § 30:

*”Som eksempler på sådanne oplysninger kan dog bl.a. nævnes oplysninger om produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsforbindelser, kundelister, forretningsbetingelser, kontraktvilkår, forretningsmæssige strategier og markedsføringsforanstaltninger. Endvidere kan nævnes oplysninger om etableringsomkostninger, driftsomkostninger, salgsomkostninger samt oplysninger om **virksomhedens regnskaber og økonomiske forhold i øvrigt**, herunder dens skattemæssige situation.” [min fremhævelse i fed]*

Videre skal jeg henviser til en afgørelse fra Erhvervsankenævnet fra 18. maj 2006, som er refereret i Thomas Andersen Thranes artikel U.2012B.181, hvor nævnet tog stilling til anmodning om aktindsigt i oplysninger om Erhvervsstyrelsens tilsyn med et selskabs regnskaber. Erhvervsankenævnet lagde til grund, at ”de oplysninger, som efter deres karakter er offentlige”. Herefter tiltrådte nævnet, at oplysningerne havde fortrolig karakter, og at de derfor var omfattet af tavshedspligt. Det opsummeres i artiklen, at ”På virksomhedsniveau viser praksis, at det navnlig er oplysninger om indholdet af regnskaber, der er undtaget aktindsigt.”

Det følger endvidere af forarbejderne til offentlighedsloven, at der i forhold til oplysninger, der er omfattet af offentlighedsloven § 30, gælder en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en

nærliggende risiko for, at virksomhed eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning (se Karnov's note 169 til § 30).

Offentliggørelse af de fortrolige oplysninger kan have væsentlig økonomisk betydning for klager og offentliggørelse af materialet vil således kunne skade samarbejdet mellem klager og selskabets samarbejdspartnere, ligesom materialet vil kunne udnyttes/misbruges af selskabets konkurrenter, hvorved klager vil kunne lide omfattende økonomisk skade i form af bl.a. tabt omsætning og avance.

Af samme årsager som beskrevet ovenfor bør indklages afgørelse om klagers årsrapport for 2014 ikke offentliggøres, da afgørelsen indeholder oplysninger, som er undtaget fra aktindsigt. Endvidere indeholder afgørelsen oplysninger, som er omfattet af indklagedes tavshedspligt som offentlig myndighed, jf. forvaltningslovens § 27.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 21. juni 2016 udtalt:

”...

Erhvervsstyrelsen skal indledningsvis anmode om, at klagen afvises i sin helhed, da den ikke er egnet til realitetsbehandling.

Det skyldes, at klagers primære påstand går på, at styrelsen ikke offentliggør afgørelsen og ikke meddeler den ansøgte aktindsigt, mens den subsidiære påstand går på, at der ikke foretages offentliggørelse henholdsvis meddeles aktindsigt, inden klager har haft rimelig mulighed for at blive hørt og tage stilling til sagen. Klager kan efter styrelsens vurdering ikke gives medhold i nogle af påstandene allerede fordi, offentliggørelse er sket, og aktindsigt er meddelt. Styrelsen vil dog på trods heraf give en udtalelse i sagen for det tilfælde, at Erhvervsankenævnet realitetsbehandler sagen.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 26. maj 2015 årsrapporten for perioden 1. juli 2014 til 31. december 2014 for K A/S.

Årsrapporten, der indeholder et revideret årsregnskab, blev i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, udtaget til kontrol.

Ved gennemgang af årsrapporten identificerede Erhvervsstyrelsen en række regnskabsposter, som styrelsen anmodede virksomhedens ledelse om at redegøre nærmere for. Styrelsen havde særligt fokus på posten igangværende arbejder for fremmede regning og anvendelsen af produktionsmetoden som indtægtskriterie. Styrelsen anmodede derfor den 7. marts 2016 virksomhedens ledelse om at indsende en fyldestgørende redegørelse samt dokumenter for de pågældende poster.

Styrelsen modtog henholdsvis den 15. marts 2016 og 5. april 2016 samt de efterfølgende dage redegørelser og dokumentation fra statsautoriseret revisor B på vegne af virksomheden.

Styrelsen sendte på baggrund af det modtagne materiale et udkast til afgørelse samt følgebrev til virksomhedens ledelse den 21. april 2016, med frist for virksomhedens ledelse til at komme med bemærkninger til udkastet senest den 6. maj 2016. Denne frist blev senere forlænget til den 11. maj 2016.

Styrelsen modtog yderligere dokumenter fra statsautoriseret revisor B den 5. maj 2016 samt en redegørelse af 11. maj 2016. Af den modtagne redegørelse fremgik det, at dele af de dokumenter, som styrelsen efterspurgte i sit følgebrev af 21. april 2016, vil blive fremsendt, men at det først vil ske, hvis dokumentationen ikke er omfattet af aktindsigt.

Styrelsen traf den 12. maj 2016 afgørelse om klagers årsrapport for 2014 på det foreliggende grundlag.

Da klagen vedrører dels styrelsens beslutning om offentliggørelse af den ovenfor nævnte afgørelse af 12. maj 2016, dels styrelsens afgørelse i forbindelse med anmodning om aktindsigt i dokumenter relateret til denne kontrolsag, er de to forhold behandlet særskilt nedenfor:

- 1) Styrelsens behandling af anmodning om aktindsigt
- 2) Styrelsens beslutning om at offentliggøre afgørelsen af 12. maj 2016

Ad 1 Styrelsens behandling af anmodning om aktindsigt

Styrelsen modtog den 2. og 3. maj 2016 anmodning om aktindsigt i korrespondancen i den ovenfor omtalte kontrolsag fra JP Finans og Børsen.

Da det var styrelsens vurdering, at nogle af dokumenterne i den omhandlede sag indeholder oplysninger om klager, der muligvis var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedslovens § 30, sendte styrelsen et høringsbrev til virksomhedens ledelse den 2. maj 2016 med svarfrist den 9. maj 2016 kl. 9. Styrelsen opfordrede i brevet virksomheden til at meddele styrelsen, hvis den mente, at specifikke oplysninger var undtaget fra aktindsigt med henvisning til offentlighedslovens § 30 om fortrolige oplysninger.

Statsautoriseret revisor B anmodede den 5. maj 2016 på vegne af virksomheden om forlængelse af fristen for virksomhedens bemærkninger til styrelsens udkast til afgørelse af 21. april 2016. Styrelsen meddelte den 6. maj 2016 på anmodningen om fristforlængelse, idet fristen blev forlænget til den 11. maj. Styrelsen gjorde i svaret opmærksom på, at fristen for virksomhedens bemærkninger til anmodningen om aktindsigt ikke var omfattet af fristforlængelsen, hvorfor fristen herfor fortsat var den 9. maj 2016 kl. 9.

Styrelsen modtog en mail fra statsautoriseret revisor B den 9. maj 2016 kl. 7.51, hvori revisor anmodede om, at styrelsen uddybede, at fristen for

bemærkninger til aktindsigten ikke var forlænget. Revisor skrev endvidere, at styrelsen efterfølgende kunne forvente svar den 9. maj 2016.

Styrelsen sendte en mail til statsautoriseret revisor B den 9. maj 2016 kl. 9.49, hvori det blev oplyst, at den oprindelige frist var den 9. maj 2016 kl. 9, men at styrelsen havde besluttet helt særligt at forlænge fristen for virksomhedens bemærkninger til den 9. maj 2016 kl. 12.

Styrelsen modtog efterfølgende to mails den 9. maj 2016 henholdsvis kl. 11.24 og kl. 11.58, fra virksomhedens bestyrelsesformand D. Af de modtagne mails fremgik generelle bemærkninger til, hvad der efter virksomhedens vurdering var undtaget fra aktindsigt. Virksomheden henviste i de to mails ikke til konkrete oplysninger i de fremsendte dokumenter, som virksomheden mente, var undtaget fra aktindsigt.

Styrelsen sendte derfor en mail til bestyrelsesformand D den 9. maj 2016 kl. 13.38, hvoraf det fremgik, at styrelsen havde modtaget virksomhedens generelle bemærkninger men ikke bemærkninger til konkrete oplysninger og dokumenter.

Styrelsen modtog den 9. maj 2016 kl. 23.51 en mail fra statsautoriseret revisor B, der bl.a. anmodede om et møde med mundtlig forhandling samt om, at der blev givet udsættelse af fristen til 12. maj 2016. Det fremgår ikke nærmere af mailen hvilken frist, der her blev refereret til.

Styrelsen sendte svar til statsautoriseret revisor B den 10. maj 2016, hvori det blev oplyst, at fristen for at komme med bemærkninger til aktindsigten var overskredet, og at de generelle bemærkninger, som styrelsen modtog, ville indgå i styrelsens endelige vurdering.

Styrelsen modtog efterfølgende samme dag en mail fra bestyrelsesformand D, som oplyste, at han ikke var enig i styrelsens svar til statsautoriseret revisor B, jf. ovenfor. Der blev endvidere anmodet om afholdelse af et møde, før styrelsen udleverede dokumenter i forbindelse med imødekommelse af anmodningen om aktindsigt.

Styrelsen sendte derefter et svar til bestyrelsesformand D på mail den 10. maj 2016. I forlængelse af svaret valgte styrelsen endvidere at vedhæfte de dokumenter, som styrelsen påtænkte at udlevere i forbindelse med aktindsigten, og der blev givet en ny frist til den 11. maj 2016 kl. 7 for virksomheden til at komme med bemærkninger.

Bestyrelsesformand D sendte derefter et svar på mail til styrelsen den 10. maj 2016, hvoraf det fremgik, at han ikke var enig i styrelsens fremstilling af sagen, og han anmodede endnu en gang om, at der afholdtes et møde, og om at fristen blev udsat til et sådan møde var gennemført.

Styrelsen modtog derudover også samme dag en mail fra advokat A, som på vegne af virksomheden besvarede styrelsens mail fra den 10. maj 2016. Af mailen fremgik det bl.a., at advokat A var af den opfattelse, at styrelsen ikke havde givet virksomheden rimelig tid til at fremkomme

med bemærkninger i forbindelse med anmodningen om aktindsigt. Endvidere gjorde advokat A bl.a. opmærksom på, at styrelsen ikke havde givet virksomheden rimelig mulighed for et møde til drøftelse og gennemgang af sagen om aktindsigt til trods for virksomhedens anmodning heraf. I forhold til de dokumenter, som styrelsens havde vedhæftet i mailen af 10. maj 2016, og som styrelsen vurderede skulle udleveres i aktindsigtssagen, oplyste advokat A bl.a., at de dokumenter ikke var omfattet af aktindsigt, hvorfor styrelsen skulle undtage alle disse dokumenter fra aktindsigt.

Styrelsen svarede advokat A den 11. maj 2016 ved en mail. Styrelsen oplyste, at det var blevet besluttet helt særligt at forlænge virksomhedens frist for at komme med bemærkninger igen til den 13. maj 2016 kl. 12. Det fremgik endvidere af styrelsens svar, at virksomhedens bemærkninger skulle formuleres helt konkret i forhold til de enkelte passage i de fremsendte dokumenter, og at bemærkningerne skulle redegøre præcist for, på hvilken måde aktindsigt i de pågældende oplysninger ville være af væsentlig økonomisk betydning for virksomheden, jf. betingelserne i offentlighedslovens § 30, stk. 1, nr. 2, for undtagelse af oplysninger for aktindsigt.

Styrelsen modtog virksomhedens bemærkninger på mail den 13. maj 2016 kl. 11.53. Af mailen fremgik det, at det stadig var virksomhedens opfattelse, at ingen af de fremsendte dokumenter var omfattet af retten til aktindsigt. Virksomheden havde dog også foretaget udstregning af konkrete passager i de fremsendte dokumenter.

På baggrund af de konkrete udstregninger i de modtagne dokumenter foretog styrelsen den 13. maj 2016 en endelig vurdering af, hvilke oplysninger der var undtaget fra aktindsigt, og færdigbehandlede derefter anmodning om aktindsigt den 17. maj 2016.

Ad 2 Styrelsens beslutning om at offentliggøre afgørelsen af 12. maj 2016

Styrelsen sendte afgørelsen i regnskabskontrolsagen til virksomheden den 12. maj 2016. Efterfølgende den samme dag meddelte styrelsen virksomhedens ledelse, at styrelsen påtænkte at offentliggøre afgørelsen på styrelsens hjemmeside den 13. maj 2016.

Da afgørelsen efter styrelsens vurdering indeholdte oplysninger, som ville være undtaget fra aktindsigt, medsendte styrelsen afgørelsen, hvori styrelsen havde markeret de dele, som styrelsen umiddelbart havde vurderet var undtaget fra aktindsigt. Virksomhedens ledelse blev oplyst om, at såfremt der efter deres opfattelse var yderligere oplysninger, som var undtaget fra aktindsigt, skulle styrelsen senest den 13. maj 2016 kl. 12 have virksomhedens konkrete bemærkninger til, hvilke dele der efter virksomhedens vurdering ikke var omfattet af aktindsigt.

Styrelsen modtog efterfølgende en mail fra advokat A den 12. maj 2016 og en mail fra bestyrelsesformand D den 12. maj 2016. I begge mails

blev der anmodet om, at der blev afholdt et møde mellem virksomheden og styrelsen.

Styrelsen valgte at imødekomme denne anmodning og meddelte den 12. maj 2016 bestyrelsesformand D, at det var muligt at afholde et møde den 13. maj 2016 kl. 9. Bestyrelsesformand D bekræftede efterfølgende mødeinvitationen på mail den 12. maj 2016.

Der blev den 13. maj 2016 kl. 9 afholdt et møde mellem virksomheden og styrelsen, hvor virksomheden fik mulighed for at fremlægge sine synspunkter. Virksomheden påpegede bl.a., at afgørelsen indeholdt fortrolige oplysninger, og at det ville have væsentlig økonomisk betydning for virksomheden, hvis anmodningen om aktindsigt i disse oplysninger blev imødekommet. Virksomheden var derfor af den opfattelse, at afgørelsen ikke kunne offentliggøres – heller ikke delvist. Endvidere ønskede virksomheden, såfremt styrelsen stadig agtede at offentliggøre afgørelsen, at offentliggørelsen blev udskudt nogle dage, således at virksomheden havde mulighed for at forberede sig på mediernes henvendelser, herunder få en pressemeddelelse klar. Styrelsen gjorde igen virksomheden opmærksom på, at virksomheden skulle komme med bemærkninger på konkrete passager, og at det ikke er tilstrækkeligt blot at påpege at et dokument indeholder fortrolige oplysninger, hvorfor det skal undtages fra aktindsigt. Det blev således gjort klart over for virksomheden, at et dokument som udgangspunkt ikke undtages fra aktindsigt, fordi dokumentet indeholder fortrolige oplysninger, men at disse oplysninger derimod som udgangspunkt vil blive udstreget. Styrelsen gjorde endvidere opmærksom på at der i forhold til en eventuel offentliggørelse af afgørelsen, ikke kunne tages højde for, at virksomheden skulle have fornøden tid til at forbedre sig på henvendelser som følge af offentliggørelsen. Til sidst blev det oplyst, at styrelsen tog virksomhedens bemærkninger til efterretning, og at de ville indgå i styrelsens overvejelser om eventuel offentliggørelse.

Efter mødet besluttede styrelsen at fastholde beslutningen om at offentliggøre afgørelsen den 13. maj 2016, efter der var foretaget en udstregning af de oplysninger, som styrelsen vurderede som værende fortrolige. Offentliggørelsen skete kl. 13.57 på styrelsens hjemmeside.

Sagens retlige omstændigheder

Afsnittet er opdelt således:

- 1) Styrelsens behandling af anmodning om aktindsigt
- 2) Styrelsens beslutning om at offentliggøre afgørelsen af 12. maj 2016

Ad 1) Styrelsens behandling af anmodning om aktindsigt

Ifølge offentlighedslovens § 7 kan enhver forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling.

I følge offentlighedslovens § 30, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om

drifts- eller forretningsforhold el. lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Det følger af bemærkningerne til bestemmelsen [L 144 2012/1], at myndigheden ved vurderingen af, om oplysninger skal undtages fra aktindsigt med henvisning til § 30, nr. 2, skal foretage en konkret vurdering, der falder i to led. Myndigheden skal først tage stilling til, hvorvidt der er tale om oplysninger vedrørende forretningsforhold m.v. Er det tilfældet, skal myndigheden dernæst foretage en vurdering af, om aktindsigt i disse oplysninger må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der – typisk af konkurrencemæssige grunde – påføres den pågældende person eller virksomhed navnlig økonomisk skade af nogen betydning.

Der gælder i forhold til oplysninger, der er omfattet af nr. 2, en klar formodning for, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning.

Forvaltningsmyndighederne bør dog indhente en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for, at en udlevering af oplysninger om forretningsforhold m.v. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade.

Det følger af offentlighedslovens § 34, at der som udgangspunkt skal gives aktindsigt i den del af dokumentets indhold, som ikke kan undtages efter § 30 (delvis aktindsigt). Det gælder dog ikke, hvis en sådan delvis aktindsigt vil medføre en prisgivelse af det eller de hensyn, der er nævnt i § 30, hvis meddelelse af aktindsigt vil indebære, at der gives en klart vildledende information, eller hvis det resterende indhold i dokumentet ikke har et forståeligt eller sammenhængende meningsindhold.

Det følger endvidere af offentlighedslovens § 36, stk. 2, at en anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles inden 7 dage efter modtagelsen, medmindre det på grund af sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvist ikke kan lade sig gøre. Styrelsen er således også underlagt en lovbestemt tidsfrist for behandlingen af aktindsigtssager.

Ad 2 Styrelsens beslutning om at offentliggøre afgørelsen af 12. maj 2016

Ifølge forvaltningslovens § 27, stk. 1, nr. 2, har offentlige ansatte tavshedspligt, jf. straffelovens § 152 og §§ 152 c-152 f, med hensyn til oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at oplysningerne ikke videregives.

Det vil med andre ord sige, at tavshedspligten omfatter oplysninger, der er vurderet som omfattet af § 30, nr. 2, i offentlighedsloven.

Forvaltningsloven omhandler imidlertid ikke direkte myndighedernes adgang til af egen drift at offentliggøre dokumenter, herunder afgørelser. I Justitsministeriets betænkning nr. 1516 fra 2010 om offentlige myndig-

heders offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser mv. er der i afsnit 2.2 anført følgende:

”Oplysninger af rent objektiv karakter eller allerede offentligt tilgængelige oplysninger vil i almindelighed ikke være fortrolige og dermed ikke omfattet af tavshedspligten efter § 27. På samme måde vil heller ikke andre oplysninger, der kan henføres til fysiske eller juridiske personer, men som er af en sådan karakter, at de ville skulle udleveres efter reglerne om aktindsigt i offentlighedsloven, være af fortrolig karakter. Offentliggørelse af sådanne oplysninger vil derfor som alt-overvejende hovedregel heller ikke være i strid med tavshedspligten i forvaltningslovens § 27.

Folketingets Ombudsmand har således i en udtalelse gengivet i beretningen for 1996, side 51 ff., fremhævet, at en myndighed som udgangspunkt er berettiget til at offentliggøre sager, som ifølge offentlighedsloven ville være undergivet aktindsigt på begæring af pressen, idet det blev anført, at offentlige myndigheder ikke generelt er afskåret fra gennem pressen at søge at påvirke de retsundergivnes adfærd. Offentlige myndigheder må på denne baggrund have adgang til at offentliggøre oplysninger af egen drift i sådanne sager. Det må antages, at lignende betragtninger i et vist omfang også gør sig gældende, når offentliggørelse af kontrolresultater, afgørelser mv., der alene indeholder oplysninger, som der ville være adgang til aktindsigt i efter offentlighedsloven, sker på internettet. I forhold til oplysninger om fysiske personer gælder dog særligt, at en sådan offentliggørelse efter omstændighederne kan være i strid med persondataloven, jf. dette kapitels pkt. 4.

Det bemærkes i den forbindelse, at der – som anført i dette kapitels pkt. 3.1.2 – som følge af offentlighedslovens § 2, stk. 2, vil være oplysninger om disciplinære sanktioner, der ikke vil skulle udleveres efter reglerne om aktindsigt i offentlighedsloven, uanset at de pågældende oplysninger ikke er fortrolige.

Der må imidlertid gælde det grundlæggende krav, at forvaltningsmyndigheder ved offentliggørelsen af oplysninger – også for eksempel på internettet – skal overholde god forvaltningsskik. Dette gælder også, selvom oplysningerne ikke er fortrolige og på begæring vil skulle udleveres efter offentlighedslovens regler om aktindsigt. Det må desuden med udgangspunkt i de almindelige forvaltningsretlige grundsatninger herom i sådanne tilfælde kræves, dels at offentliggørelsen er sagligt begrundet og således sker til varetagelse af hensyn, som ikke efter de gældende regler på området er uvedkommende, dels at offentliggørelsen er proportional med formålet med offentliggørelsen, og således ikke er unødvendig eller uforholdsmæssigt indgribende for borgeren i forhold til de hensyn, der søges varetaget med offentliggørelsen. Endeligt skal forvaltningsmyndigheder have sig for øje, at der stilles krav om en vis grad af konsekvens i administrationen af et område, således at en myndighed – heller ikke i forbindelse med vurderingen af, om der skal ske offentliggørelse af oplysninger – kan be-

handle to forhold, der på væsentlige punkter ligner hinanden, forskelligt, med mindre der er særlige saglige grunde hertil. De nævnte forvaltningsretlige principper har i praksis navnlig betydning i forhold til offentliggørelse af oplysninger om juridiske personer, idet de pågældende principper i forhold til oplysninger om fysiske personer må antages i al væsentlighed at være indeholdt i persondatalovens § 5, stk. 1-3, jf. dette kapitels pkt. 4.2.1.”

Reglerne om tavshedspligt i forvaltningslovens § 27 begrænser således ikke myndighedens adgang til at offentliggøre oplysninger, herunder afgørelser, hvis oplysningerne er af en sådan karakter, at de ville skulle oplyses efter reglerne om aktindsigt i offentlighedsloven. Herudover skal grundlæggende forvaltningsretlige krav til saglighed, proportionalitet og ligebehandling overholdes i forbindelse med offentliggørelse.

Styrelsens udtalelse

Ad 1) Styrelsens behandling af anmodning om aktindsigt

Det er styrelsens vurdering, at styrelsens behandling af E og Fs anmodninger om aktindsigt i korrespondancen mellem styrelsen og virksomheden er foretaget i overensstemmelse med offentlighedslovens bestemmelser.

Da styrelsen modtager en anmodningen om aktindsigt fra E den 2. maj 2016, identificerer styrelsen samme dag de dokumenter, der som udgangspunkt er omfattet af aktindsigten. Det er dog styrelsens opfattelse, at flere af dokumenterne kan indeholde oplysninger, der muligvis er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedslovens § 30 om fortrolige oplysninger.

For at få belyst risikoen for, om udlevering af de omhandlede oplysninger vil kunne have væsentlig økonomisk betydning for virksomheden, sender styrelsen den 2. maj 2016 et høringsbrev til virksomhedens digitale postkasse. Styrelsen sender sammen med høringsbrevet de dokumenter, som styrelsen har identificeret som værende omfattet af anmodningen om aktindsigt. Af høringsbrevet fremgår det, at såfremt virksomheden har bemærkninger til de fremsendte dokumenter, skal disse være modtaget i styrelsen senest den 9. maj 2016 kl. 9. Styrelsen vælger dog helt ekstraordinært at forlænge fristen ad flere omgange, således at den sidst givne frist er den 13. maj 2016 kl. 12.

Styrelsen skal som udgangspunkt færdigbehandle en anmodning om aktindsigt inden 7 dage efter modtagelsen, medmindre det på grund af sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvist ikke kan lade sig gøre. På baggrund af sagens omfang og kompleksitet er det styrelsens vurdering, at den oprindelige høringsfrist på 7 dage for virksomheden til at komme med bemærkninger var rimelig. Styrelsen er derfor ikke enig i, at styrelsen ikke har givet virksomheden rimelig frist til at komme med bemærkninger i forhold til aktindsigt, som det blev anført af advokat A i mail af 10. maj 2016 (benævnt ... i klageskriftet).

Af høringsbrevet fremgår det, at såfremt virksomheden mener, at der er oplysninger, som bør undtages aktindsigt, så skal virksomheden præcist angive, hvilke oplysninger/dele af materialet det drejer sig om. Virksomheden blev endvidere opfordret til at redegøre for, hvorfor en begrænsning af aktindsigten er af væsentlig økonomisk betydning, beskrive hvilke konkrete økonomiske eller andre former for skadesvirkning, virksomheden forventer, vil indtræde som følge af, at der gives aktindsigt i de oplysninger, samt beskrive hvordan skadevirkningerne vil eller kan indtræde som følgevirkning af, at der gives aktindsigt i oplysningerne.

Efter at styrelsen har forlænget fristen første gang, modtager styrelsen i første omgang bemærkninger fra virksomhedens bestyrelsesformand D i to mails af 9. maj 2016. Af de to mail fremgår det bl.a., at bestyrelsesformand D ikke har detaljeret kendskab til, hvad styrelsen agter at give aktindsigt i, til trods for at styrelsen den 2. maj 2016 har sendt alle de omfattede dokumenter til virksomhedens digitale postkasse. Det fremgår endvidere af de to mails, at der ikke skal gives aktindsigt i fortrolig information, herunder interne arbejdsdokumenter. Styrelsen foretager herefter en vurdering af de omfattende dokumenter og vurderer, at en lang række dokumenter helt er undtaget fra aktindsigt, da de indeholder fortrolige oplysninger i sådan et omfang, at det resterende indhold i disse dokumenter efter udstregning af fortrolige oplysninger ikke har et forståeligt eller sammenhængende meningsindhold. I de resterende dokumenter er det styrelsens vurdering, at der også er oplysninger som vil være undtaget fra aktindsigt, men der er for så vidt angår disse dokumenter større usikkerhed om, hvilke konkrete oplysninger der vil være omfattet af undtagelsen.

Styrelsen sender derfor efterfølgende den 10. maj 2016 en mail til bestyrelsesformand D, hvori det præciseres, at formålet med den foretagne høring er, at virksomheden skal fremsende bemærkninger, der relaterer sig til konkrete oplysninger og passager i de omfattede dokumenter. Mailen er vedhæftet de dokumenter, som styrelsen på daværende tidspunkt agter at give aktindsigt i, og styrelsen har i de omfattede dokumenter udstreget de passager i agterskrivelsen af 21. april 2016, som styrelsen vurderer vil være undtaget fra aktindsigt. Da styrelsen er underlagt en lovbestemt tidsfrist for behandlingen af aktindsigtssager, og da der er væsentlig færre antal dokumenter for virksomheden at forholde sig til, er det styrelsens vurdering, at en frist til den 11. maj 2016 kl. 7 er en rimelig frist, særligt da der er tale om dokumenter, som virksomheden allerede i forbindelse med høringen fra den 2. maj til den 9. maj havde lejlighed til at forholde sig til.

Styrelsen modtager efterfølgende en mail fra advokat A den 10. maj 2016 kl. 23.16. Af mailen fremgår det, at de dokumenter, som styrelsen den 10. maj 2016 fremsendte til bestyrelsesformand D, ikke er omfattet af retten til aktindsigt, da dokumenterne indeholder fortrolige oplysninger om virksomhedens forretningsforhold, og offentliggørelse af dokumenterne kan have væsentlig økonomisk betydning for virksomheden. Som eksempler på fortrolige oplysninger, fremhæver Advokat A brevene fra B af 15. marts 2016 og 5. april 2016 samt side 6-8 i styrelsens agter-

skrivelse af 21. april 2016, hvori der efter hans opfattelse fremgår fortrolige informationer om virksomhedens forretningsforhold som forretningsmodel, avance samt omkostninger. Styrelsen havde på daværende tidspunkt foretaget en del udstregninger af oplysninger på side 8 i styrelsens agterskrivelse. Det er endvidere advokat As opfattelse, at der fremgår fortrolige oplysninger i dokumenterne i form af forretningsforhold vedrørende sammensætning og karakteren af virksomhedens produkter, herunder i form af monterings andel af det samlede projekt beskrevet på side 6 i styrelsens agterskrivelse.

Advokat A gør endvidere opmærksom på, at styrelsen bør imødekomme bestyrelsesformand Ds anmodning om at afholde et møde til drøftelse af gennemgang af sagen om aktindsigt, samt at såfremt styrelsen vælger at give aktindsigt i de fremsendte dokumenter, skal virksomheden straks orienteres herom.

I forhold til anmodningen om at afholde et møde om styrelsens behandling af anmodningerne om aktindsigt, er det styrelsens vurdering, at der ikke var behov for at holde sådan et møde, idet virksomheden var indrømmet en lang frist til at afgive sine bemærkninger, og idet der ikke var nogen anledning til at tro, at virksomheden på et sådant møde kunne fremkomme med oplysninger, som ikke kunne anføres skriftligt over for styrelsen. Den oprindelige frist for virksomhedens bemærkninger blev forlænget ad flere omgange, og virksomheden fik i alt 11 dage til at afgive sine bemærkninger, hvilket under hensyntagen til sagens omfang må anses for en meget lang frist. Det er således styrelsens vurdering, at styrelsen var fuldt berettiget til at afvise klagers anmodning om et sådant møde.

I forhold til anmodningen om at styrelsen straks skulle orientere virksomheden, såfremt styrelsen vælger at give aktindsigt i dokumenterne, påhviler der ikke efter offentlighedslovens bestemmelser en sådan pligt at orientere den berørte virksomhed om, hvilke dele af dokumenterne styrelsen har vurderet til at være omfattet af aktindsigt. Henset til ovenstående er det styrelsens vurdering, at det var berettiget, at styrelsens ikke imødekom denne anmodning.

Styrelsen sender advokat A svar på mail den 11. maj 2016, hvoraf det fremgår, at virksomheden får en endelig frist til at komme med bemærkninger til den 13. maj 2016 kl. 12. Der bliver bl.a. igen præciseret, at bemærkningerne skal formuleres helt konkret i forhold til de enkelte passager i de fremsendte dokumenter.

Den 13. maj 2016 kl. 11.53 får styrelsen en mail fra advokat A, hvoraf det fremgår, at det stadig er virksomhedens opfattelse, at alle dokumenter er undtaget fra aktindsigt. Der er dog til mailen vedhæftet en fil, hvori virksomhedens udstregninger på konkrete passager fremgår. Der er kun foretaget konkrete overstregninger i brevene fra B af 15. marts 2016 og 5. april 2016 samt i styrelsens agterskrivelse af 21. april 2016.

Styrelsen foretager derefter en endelig vurdering, hvor virksomhedens bemærkninger bliver sammenholdt med de udstregninger, som styrelsen allerede havde foretaget.

I forhold til brevene fra B af 15. marts 2016 og 5. april 2016 imødekommer styrelsen stort set virksomhedens vurdering og undtager næsten alle de oplysninger fra aktindsigt, som virksomheden har markeret. Den eneste oplysning i de to breve, hvor styrelsen ikke giver virksomheden medhold, er oplysningen på side 1 i brevet af 15. marts 2016 og på side 2. i brevet af 5. april 2016 om, hvorfor produktionsmetoden anvendes. Det er således styrelsens vurdering, at der ikke er en klar formodning om, at udlevering af denne oplysning indebærer en nærliggende risiko for, at virksomheden vil lide skade af betydning.

I forhold til agterskrivelsen af 21. april 2016 imødekommer styrelsen ligeledes stort set virksomhedens vurdering og undtager næsten alle de oplysninger fra aktindsigt, som virksomheden har markeret. Der er enkelte passager, som ikke bliver undtaget fra aktindsigt, da det er styrelsens vurdering, at der enten ikke er tale om fortrolige oplysninger, eller at det er oplysninger, hvor styrelsen vurderer, at der ikke er en nærliggende risiko for, at virksomheden vil lide skade af betydning.

I forhold til de resterende dokumenter, er det styrelsens vurdering, at de ikke indeholder oplysninger, som vil være undtaget fra aktindsigt.

Styrelsen færdigbehandler den 17. maj 2016 de to anmodninger om aktindsigt.

Samlet set er det således styrelsens vurdering, at behandlingen af anmodningerne om aktindsigt fra E og F, herunder den endelige vurdering af hvilke oplysninger, der skal undtages med henvisning til fortrolighed, er foretaget i overensstemmelse med offentlighedslovens bestemmelser.

Ad. 2) Styrelsens beslutning om at offentliggøre afgørelsen af 12. maj 2016

Det er styrelsens vurdering, at styrelsen var berettiget til at foretage offentliggørelse af afgørelsen af den 12. maj. Styrelsen har således ret til af egen drift at offentliggøre oplysninger, herunder afgørelser, jf. Folketingets Ombudsmand i en udtalelse gengivet i beretningen for 1996, side 51 ff. Forvaltningslovens § 27 om tavshedspligt indebærer, at der ikke må offentliggøres oplysninger der er undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2 (fortrolige oplysninger). Afgørelsen blev offentliggjort i den form, hvori der kunne være meddelt aktindsigt heri, idet oplysninger, der er vurderet at være fortrolige i henhold til offentlighedslovens § 30, nr. 2, er udeladt.

Myndigheders adgang til af egen drift at offentliggøre oplysninger forudsætter, at beslutningen om at foretage offentliggørelse er sagligt begrundet, at offentliggørelse ikke er en uforholdsmæssigt indgribende foran-

staltning set i forhold til formålet med offentliggørelse, og at lige forhold behandles ens.

Beslutningen om at offentliggøre afgørelsen var sagligt begrundet. Det var således vurderingen, at styrelsens afgørelse af 12. maj 2016, der indebærer påbud om berigtigelse af virksomhedens årsrapport for 2014 ville medføre, at virksomhedens korrigerede regnskab vil indeholde en væsentlig reduktion af årets resultat og egenkapital. På denne baggrund var det styrelsens vurdering, at virksomhedens kreditorer og andre regnskabsbrugere havde en legitim interesse i hurtig offentliggørelse, der således ikke burde afvente virksomhedens eventuelle bemærkninger. Virksomheden havde således udstedt erhvervsobligationer for knap kr. 600 mio. Virksomheden havde allerede haft 11 dage til at meddele styrelsen hvilke dele af agterskrivelsen, der efter virksomhedens vurdering skulle undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 30, nr. 2. Den endelige afgørelse indeholder ikke væsentlig flere oplysninger, hvorfor det er styrelsens vurdering, at virksomheden inden for en kort frist ville kunne komme med bemærkninger vedrørende de nye oplysninger, som ikke fremgik af agterskrivelsen, hvorfor styrelsen finder fristen den 13. maj 2016 kl. 12 for rimelig. Der blev endvidere afholdt møde med virksomheden den 13. maj, hvorfor det er styrelsens opfattelse, at virksomheden samlet set har haft rimelig tid og lejlighed til at fremføre sine synspunkter over for styrelsen, når der samtidig henses til det ovenfor anførte modstående hensyn, som var en hurtig offentliggørelse af hensyn til offentlighedens interesse i sagen. Hensynet til offentlighedens interesse i sagen, herunder særligt kreditorernes interesse, fandtes at veje så tungt, at offentliggørelse ikke burde udskydes. En sådan udskydelse kunne således potentielt have påført kreditorerne og andre interessenter unødvendige tab, hvis de handlede på baggrund af regnskabets udvisende, idet de var uvidende om de regnskabsmæssige fejl, som styrelsen pegede på i afgørelsen.

Styrelsen har den 10. juni 2016 modtaget virksomhedens berigtigede årsrapport, hvor styrelsens tidligere vurdering blev bekræftet, idet årets resultat er reduceret fra kr. 46 mio. til kr. 4 mio., mens egenkapitalen er reduceret fra kr. 64 mio. til kr. -24 mio.

Det er endvidere styrelsens vurdering, at offentliggørelsen var proportional set i forhold til det formål, der lå til grund for beslutningen om offentliggørelsen. Offentliggørelsen vurderes således ikke at have været uforholdsmæssig indgribende over for virksomheden set i forhold til formålet med offentliggørelsen, som var at varetage hensynet til offentligheden, herunder særligt til virksomhedens eksisterende og eventuelt kommende kreditorer. Styrelsen skal gøre opmærksom på, at virksomheden, inden styrelsens afgørelse blev truffet og efterfølgende offentliggjort, i forvejen var genstand for betydelige medieinteresse. Afgørelsen er offentliggjort i den form, hvori der ville kunne være meddelt aktindsigt heri, idet oplysninger, der er vurderet at være fortrolige i henhold til offentlighedslovens § 30, nr. 2, er udeladt. Det er således Erhvervsstyrelsens vurdering, at offentliggørelsen ikke har været unødigt indgribende over for virksomheden, idet der ikke med styrelsens offentliggørelse er

offentliggjort oplysninger, som ikke kunne være offentliggjort af de medier, som efterfølgende vil have fået aktindsigt i afgørelsen.

Endelig er det styrelsens vurdering, at det forvaltningsretlige princip om, at lige forhold skal behandles lige, er overholdt i forbindelse med den foretagne offentliggørelse. Det er ikke styrelsens normale praksis at offentliggøre en afgørelse af egen drift, som styrelsen har truffet i en regnskabskontROLSAG vedrørende en ikke-børsnoteret virksomhed. Det er dog i den konkrete sag styrelsens vurdering, at den pågældende virksomhed har flere karakteristika som en børsnoteret virksomhed, da virksomheden har en spredt investorkreds relateret til, at virksomheden har udstedt værdipapirer i form af erhvervsobligationer. Styrelsen har samtidigt ikke inden for de senere år truffet afgørelse i en sag, hvor der i samme omfang har været et særligt hensyn at tage til, at offentligheden fik kendskab til sagen.

Samlet set er det således vurderingen, at styrelsen var berettiget til at offentliggøre den omhandlede afgørelse uden at afvente yderligere.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov.

I henhold til årsregnskabslovens § 163, stk. 1, kan afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet. Det samme gælder Erhvervsstyrelsens afgørelser om aktindsigt, jf. nærmere offentlighedslovens § 37, stk. 1.

Klager har i forbindelse med sagens indbringelse for Erhvervsankenævnet nedlagt påstand om ophævelse af Erhvervsstyrelsens afgørelser om dels at offentliggøre en afgørelse om klagers årsrapport for 2014, dels at give aktindsigt i dokumenter vedrørende klager. Klager har endvidere nedlagt en subsidiær påstand om, at Erhvervsstyrelsens afgørelser udsættes, indtil klager har haft rimelig mulighed for at blive hørt og tage stilling til sagen.

Det fremgår af sagen, at Erhvervsstyrelsen har offentliggjort den omhandlede afgørelse den 13. maj 2016 og har meddelt aktindsigt i de omhandlede dokumenter den 17. maj 2016.

På denne baggrund er genstanden for ankenævnets sagsbehandling som rekursinstans ikke længere er aktuel. Nævnet finder herefter ikke anledning til at realitetsbehandle klagen.

Klagen afvises således og klagegebyret tilbagebetales.

21) Kendelse af 7. december 2016 (J.nr. 2016-3274).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Gert Fisker Tomczyk, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 13. april 2016 har K på vegne af ledelsesmedlemmerne i A ApS, B A/S, C A/S, D ApS og E 11 ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 17. marts 2016 pålagde dem afgifter på 500 kr. pr. ledeshverv for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. oktober 2014 til 30. september 2015 samt 18. december 2014 til 30. september 2015.

Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 29. juni 2016 udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen pålagde den 17. marts 2016 de enkelte ledelsesmedlemmer i ... [A ApS (CVR ...), B A/S (CVR ...), C A/S (CVR ...), D ApS (CVR ...) og E ApS (CVR ...)] adfærdsregulerende afgifter á kr. 500 – én afgift pr. ledelsesmedlem - som følge af, at virksomhedernes årsrapporter for 01-10-2014 til 30-09-2015 og 18-12-2014 til 30-09-2015 var modtaget for sent i styrelsen.

Årsrapporterne skulle have været styrelsen i hænde senest den 29. februar 2016.

Da der efter fristens udløb ikke var modtaget årsrapporter for ovennævnte virksomheder, sendte styrelsen den 4. marts 2016 påkravsbreve til virksomhedernes digitale postkasse, hvori det fremgår, at styrelsen uden yderligere varsel ville anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomhederne, hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 1. april 2016.

Det fremgik også af påkravsbrevene, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos styrelsen senest den 16. marts 2016 ville de enkelte ledelsesmedlemmer blive pålagt afgifter, når årsrapporterne blev modtaget i styrelsen.

Styrelsen modtog alle årsrapporter den 17. marts 2016.

Fordi årsrapporterne blev modtaget efter udløbet af afgiftsfristen (den 16. marts 2016) i styrelsens påkravsbreve af 4. marts 2016 og efter påbegyndelsen af den første måned efter indsendelsesfristens udløb, blev ledelsesmedlemmerne pålagt en afgift på kr. 500, jf. styrelsens breve af 17. marts 2016.

...

I klageskrivelse af 13. april 2016 har ...K anført, at ledelsesmedlemmerne ønsker at klage over de pålagte afgifter for hver af selskaberne, idet alle årsrapporterne er fremsendt den 16. marts 2016, hvilket fremgår af bilag fra Penno.

I førnævnte redegørelse 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.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et påkravsbrev til virksomhedens ledelse på virksomhedens digitale postkasse 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.

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.

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 10, stk. 1., at når en årsrapport er modtaget i Erhvervsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en digitalt genereret kvittering til indberetteren. Kvitteringen sendes til den e-mail adresse, indberetteren har oplyst i forbindelse med indberetning af den pågældende årsrapport. Indsenderen vil altså straks efter årsrapporten er modtaget hos styrelsen modtage en kvittering pr. e-mail.

Det er modtagelsestidspunktet i Erhvervsstyrelsen, som er afgørende for, om indsendelsesfristen anses for overholdt, hvilket følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 25, stk. 2.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om, at der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens øverste ledelse en adfærdsregulerende afgift, såfremt årsrapporten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

Af årsregnskabslovens § 151, stk. 3, fremgår, 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.

Styrelsens udtalelse

Det er styrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for at fritage ledelsesmedlemmerne for de af Erhvervsstyrelsen pålagte afgifter.

Virksomhedernes regnskabsår udløb den 30. september 2015, hvorfor årsrapporterne skulle have været modtaget hos Erhvervsstyrelsen senest den 29. februar 2016.

I henhold til påkravsbrevene af 4. marts 2016, skulle årsrapporterne have været styrelsen i hænde senest 16. marts 2016, såfremt ledelsesmedlemmerne skulle undgå at blive pålagt afgifter.

Erhvervsstyrelsen modtog imidlertid først årsrapporterne den 17. marts 2016, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift, jf. styrelsens påkravsbreve. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor de enkelte ledelsesmedlemmer afgifter á kr. 500 pr. ledelsesmedlem, da årsrapporterne blev modtaget efter 1. påbegyndte måned efter indsendelsesfristens udløb.

Når en årsrapport er modtaget i Erhvervsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en digitalt genereret kvittering til indberetteren. Kvitteringen sendes til den e-mail adresse, indberetteren har oplyst i forbindelse med indberetning af den pågældende årsrapport. Indsenderen vil således straks efter årsrapporten er modtaget hos styrelsen modtage en kvittering pr. e-mail.

Af den til styrelsen fremsendte dokumentation, indgår bl.a. kvitteringer hvoraf det fremgår, at årsrapporterne er underskrevet digitalt via Penneo.com. Denne dokumentation kan dog efter Erhvervsstyrelsens vurdering ikke tillægges værdi i denne sag, da dokumenterne alene er et udtryk for, hvornår de forskellige ledelsesmedlemmer, dirigent og evt. revisor påtegner årsrapporterne. Dokumenterne har således efter styrelsens opfattelse ikke noget med selve indberetningen af årsrapporterne til styrelsen at gøre.

Ydermere kan Erhvervsstyrelsen fremvise dokumentation, i form af kvitteringer for indberetning af årsrapporterne, der er dateret den 17. marts 2016, hvorfor de i styrelsens påkravsbreve nævnte frister for undgåelse af afgift ikke er overholdt.

Styrelsen finder det derfor på det foreliggende grundlag ikke godtgjort, at årsrapporterne er modtaget i styrelsen inden for indsendelsesfristen. Det er modtagelsestidspunktet i Erhvervsstyrelsen, der er afgørende for, om indsendelsesfristen anses for overholdt. Styrelsen har den 17. marts 2016 modtaget årsrapporterne, hvorfor indsendelsesfristen og fristerne i påkravsbrevene ikke er over overholdt.

På baggrund af ovenstående finder styrelsen ikke, at der foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at de enkelte ledelsesmedlemmer skal fritages for de pålagte afgifter.
...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

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 årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt., at hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget i Erhvervsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring. Ifølge stk. 2 skal angives en frist i påkravs-brevet på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport og efter § 151 pålægger Erhvervsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse

en afgift, hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering.

Da årsrapporterne for perioden 1. oktober 2014 til 30. september 2015 samt 18. december 2014 til 30. september 2015 ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen inden udløbet af indsendelsesfristen på 5 måneder i årsregnskabslovens § 138, sendte styrelsen i medfør af lovens § 150, stk. 1, den 4. marts 2016 påkravsbreve til selskabernes digitale postkasse. Det fremgik af påkravsbrevene, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos styrelsen senest den 16. marts 2016 ville de enkelte ledelsesmedlemmer blive pålagt afgifter, når årsrapporterne blev modtaget i styrelsen.

Klager oplyser, at årsrapporterne er fremsendt den 16. marts 2016 og fremlægger som dokumentation bilag fra Penneo.com.

Af den fremlagte dokumentation fremgår alene, hvornår de enkelte ledelsesmedlemmer digitalt har underskrevet årsrapporterne. Dokumentationen angår således ikke, hvornår årsrapporterne er indberettet til styrelsen.

Det følger af indsendelsesbekendtgørelsens § 10, stk. 1, at når en årsrapport er modtaget i Erhvervsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en digitalt genereret kvittering til indberetteren til den e-mail adresse, indberetteren har oplyst i forbindelse med indberetning af årsrapporten. Styrelsen har under sagens behandling i ankenævnet fremlagt kvitteringer fremsendt til indberetteren for, at årsrapporterne er modtaget i styrelsen den 17. marts 2016.

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en afgift, 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 ham eller hende til last.

Herefter og da der ikke i øvrigt er anført ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens §

152, tiltræder ankenævnet de ved Erhvervsstyrelsens skrivelser af 17. marts 2016 pålagte afgifter, hvorved bemærkes, at det følger af lovens § 151, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen pålægger hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse afgiften.

22) Kendelse af 7. december 2016 (J.nr. 2016-6774).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Arne Nabe Poulsen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 12. juli 2016 har K på egne vegne og vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i A A/S, B ApS, C ApS, D ApS og E ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelser af 11. juli 2016 pålagde dem afgifter på 2.000 kr. pr. ledelseshverv for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. januar 2015 til 31. december 2015.

Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 29. august 2016 udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Alle fem ... virksomheder [A A/S, CVR-Nr. ..., B ApS, CVR-Nr. ..., C ApS, CVR-Nr. ..., D ApS, CVR-Nr. ... og E ApS, CVR-Nr. ...] har kalenderåret som regnskabsperiode. Da virksomhedernes årsrapporter for perioden 1. januar 2015 til den 31. december 2015 henholdsvis den 30. december 2014 til den 31. december 2015 ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen inden de i årsregnskabslovens § 138, stk. 1 2. pkt. fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 henholdsvis den 9. juni 2016 og den 14. juni 2016 en skrivelse til virksomhedernes digitale postkasse med påkrav om at modtage årsrapporterne senest den 21. juni 2016 henholdsvis den 24. juni 2016. Styrelsen meddelte samtidig, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af virksomhedernes øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medhør af årsregnskabslovens §§ 150-152.

Styrelsen meddelte endvidere, at hvis årsrapporterne ikke blev modtaget senest den 7. juli 2016 henholdsvis den 12. juli 2016, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3.

Den 11. juli 2016 modtager styrelsen årsrapporterne, og ved skrivelse af 11. juli 2016 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, hvert ledelsesmedlem i de enkelte virksomheder en afgift på 2.000 kr.
..."

I klageskrivelse af 12. juli 2016 har K anført:

"Vedrørende afgift i henhold til årsregnskabslovens § 151.

Nedennævnte selskaber er koncernforbundne:

- CVR ..., A A/S
- CVR ..., B ApS
- CVR ..., C ApS
- CVR ... D ApS
- CVR ... E ApS

Med baggrund en træls oplevelse i forbindelse med afslutningen af årsregnskabet for 2014 blev det besluttet at skifte revisor. Da selskaberne er forbundne blev det besluttet for alle selskaber.

Bestyrelsen i A A/S har gentagne gange bedt ledelsen om at sikre, at afleveringsfristerne for selskabets årsrapporter fremadrettet blev overholdt.

Det gav så nogle udfordringer, idet selskabets bogholder valgte at fra-træde umiddelbart før den afsluttende bogføring var på plads og selv om der straks blev søgt en medarbejder til afløsning, lykkedes det først pr 1/7 2016 at få en kvalificeret afløser

Revisorskiftet har desværre givet udfordringer, primært for den nye revisor, idet den tidligere revisor (...) været alt andet en samarbejdsvillig til at udveksle oplysninger med den nye revisor.

Disse ting i forening gør, at det først var muligt at afslutte alle 5 regnskaber og indberette dem i går, 11/7 2016.

Med baggrund ovennævnte omstændigheder, som har været ude af både bestyrelsens hænder og ledelsens hænder, anmodes herved om, at de pålagte afgifter til alle 5 selskabers ledelse frafaldes."

I førnævnte redegørelse af 29. august 2016 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”Styrelsens udtalelse

I henhold til årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds årsrapport være modtaget i Erhvervsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Modtages en årsrapport for sent, finder reglerne i årsregnskabslovens §§ 150 -152 anvendelse. Årsregnskabslovens § 151 omhandler den afgift, som bliver pålagt hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse ved for sen modtagelse af årsrapporten.

Bestemmelsen er udtryk for, at det er af stor betydning, at årsrapporterne modtages rettidigt i styrelsen, og ikke mindst af hensyn til regnskabsbrugere er det vigtigt, at oplysningerne i de offentliggjorte årsrapporter er aktuelle. Pålæggelse af afgift til den øverste ansvarlige ledelse på grund af for sen indberetning af årsrapport skal tilskynde virksomhedsledelserne til at prioritere regnskabsaflæggelsen højt. Der påhviler derfor et virksomheds ledelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

I henhold til § 152, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis det over for styrelsen er godtgjort, at ledelsesmedlemmet har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges denne til last.

I medhør af årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke et ledelsesmedlem, hvis det ansvarspådragende er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere og lignende.

Det forhold, at virksomhederne har foretaget revisorskifte og det har givet nogle udfordringer, kan således ikke anses som ganske særlige omstændigheder. Et eventuelt ansvarspådragende forhold hos rådgivere, herunder en revisor kan ikke i sig selv fritage et ledelsesmedlem for afgift. Forholdet er således et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og den pågældende rådgiver. Samme forhold gør sig også gældende for en virksomheds ansatte, herunder bogholdere.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at de ledelsesmedlemmerne skal fritages for de pålagte afgifter på 2.000 kr.

...”

Ved skrivelse af 30. august 2016 har K yderligere anført:

...”

Selskabernes ledelse (både direktion og bestyrelse) er meget opmærksomme på gældende tidsfrister og vi er også helt klar over, at personalemæssige udfordringer ikke som sådan er ”gyldig grund”.

I perioden 20/5 2016 til 6/7 2016 har der været daglig kontakt med selskabernes nye revisor for at sikre fremdrift i regnskabsudarbejdelsen.

Desværre viste det sig midt i den periode, at der var bogføringsmæssige fejl fra den tidligere bogholder. Dette løses men samtidig kan selskabernes nye revisor ikke fravrister oplysninger fra selskabernes tidligere revisor.

Bestyrelsen i selskaberne har gentagne gange spurgt til, hvor langt regnskabsudarbejdelsen var. Her har svaret været det samme som ovenfor angivet. Bestyrelsen har indskærpet, at det dels er utilfredsstillende og dels forbundet med risiko for bøder / afgifter og risiko for tvangsopløsning, såfremt regnskaberne afleveres for sent, men det er klart vores indtryk, at direktionen sammen med ny revisor virkelig har arbejdet for at få regnskaberne klar til tiden – eller i det mindste med en meget mindre forsinkelse end det blev tilfældet.

Det er således vores opfattelse, at der er tale om en ekstraordinær situation, som betinger, at afgifterne frafalder.”

Ankenævnet udtaler:

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 årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt., at hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget i Erhvervsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring. Ifølge stk. 2 skal angives en frist i påkravs-brevet på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport og efter § 151 pålægger Erhvervsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse en afgift, hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering.

Da årsrapporterne for perioden 1. januar 2015 til 31. december 2015 for A A/S, B ApS, C ApS, D ApS og E ApS ikke var modtaget i Erhvervsstyrelsen inden udløbet af indsendelsesfristen på 5 måneder i årsregnskabslovens § 138, sendte styrelsen i medfør af lovens § 150, stk. 1, den 9. juni 2016 og den 14. juni 2016 påkravsbreve til selskabernes digitale postkasse. Det fremgik af påkravsbrevene, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos styrelsen senest den 21. juni 2016 hen-

holdsvis den 24. juni 2016 ville de enkelte ledelsesmedlemmer blive pålagt afgifter, når årsrapporterne blev modtaget i styrelsen.

Årsrapporterne blev modtaget i Erhvervsstyrelsen den 11. juli 2016.

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en afgift, 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 ham eller hende til last.

Det af klagerne anførte om fratrædelsen af bogholderen og skiftet af selskabernes revisor udgør ikke sådanne ganske særlige omstændigheder omfattet af årsregnskabslovens § 152.

Herefter og da ikke der i øvrigt er anført ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152, tiltræder ankenævnet de ved Erhvervsstyrelsens skrivelser af 11. juli 2016 pålagte afgifter.

4.4. REVISORLOVEN

23) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-7427).

Revisor ikke meddelt en frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.

Revisorlovens §§ 3 og 4, samt § 8, stk. 3.

(Carsten Møllekilde, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. juni 2015 har statsautoriseret revisor K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 26. maj 2015 har givet afslag på ansøgning om dispensation for manglende afholdelse af efteruddannelsestimer.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse af 11. august 2015 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog i mail af 25. februar 2015 statsautoriseret revisor Ks anmodning om dispensation om afholdelse af de resterende efteruddannelsestimer i løbet af 2015.

I brevet til mailen oplyses det, at statsautoriseret revisor K i perioden 2012-2014 havde afholdt 68,83 timer (oprundet til 69), og at statsautoriseret revisor K derfor manglede at afholde 51 timers efteruddannelse. Dette antal timer blev reduceret til 44, i brev af 26. maj 2015 på grund af dokumenteret fravær fra stillingen som statsautoriseret revisor i en periode på mere end 2 sammenhængende måneder.

Statsautoriseret revisor K begrundede anmodningen om dispensationen med sygdom. Statsautoriseret revisor K fik i maj 2012 konstateret, at han havde prostatakræft, og han blev opereret i december 2012.

I juni 2014 fik statsautoriseret revisor Ks hustru konstateret uhelbredelig kræft i bugspytkirtlen og leveren. Hustruen døde den 17. november 2014.

Erhvervsstyrelsen anmodede i mail af 11. marts 2015 statsautoriseret revisor K om at indsende dokumentation for sit fravær fra stillingen som godkendt revisor for den pågældende periode.

Erhvervsstyrelsen modtog i mails af 30. marts 2015 og 15. april 2015 med beskrivelser af statsautoriseret revisor Ks sygdomsforløb. Det oplystes, at statsautoriseret revisor K i perioden 19. december 2012 til 23. marts 2013 var fraværende fra sin stilling. Han var dog nødsaget til at tage telefonen under sit sygdomsforløb, idet han på daværende tidspunkt drev sin revisionsvirksomhed som en enkeltmandsvirksomhed.

Det fremgik desuden af brevene, at statsautoriseret revisor K passede sin hustru under dennes sygdomsforløb i 2014 og frem til hustruens død den 17. november 2014, samtidig med at han skulle passe sin revisionsvirksomhed.

Det blev i telefonisk samtale den 27. marts 2015 oplyst, at under sin kone's sygdomsforløb var han nødsaget til at være ved hendes side det meste af tiden under sygdomsforløbet, og når hun var lagt i seng om aftenen, kunne han bagefter udføre sit arbejde i revisionsvirksomheden.

Erhvervsstyrelsens afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2015

Erhvervsstyrelsen gav i brev af 26. maj 2015 statsautoriseret revisor K afslag på dispensation for afholdelse af manglende efteruddannelsestimer i løbet af 2012, efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 22, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3. [Lov nr. 468 af 17. juni 2008] ...”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. maj 2015 hedder det:

”Ansøgning om dispensation for manglende efteruddannelse

...

Efter efteruddannelsesbekendtgørelsens § 19, stk. 1, [Bekendtgørelse nr. 1406 af 11. december 2013] kan en revisor reducere antallet af lovpligtige efteruddannelsestimer, hvis revisor er fraværende fra sin stilling i en periode på mere end to sammenhængende måneder eller derover.

I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 22, stk. 1, jf. revisorlovens § 8, stk. 3, [Lov nr. 468 af 17. juni 2008] har Erhvervsstyrelsen mulighed for at give frist, hvis en revisor mangler at gennemføre en mindre del af efteruddannelsen, dog maksimalt 40 timer.

Erhvervsstyrelsen har gennemgået dine redegørelser for dit sygdomsforløb og de begivenheder, der ramte din familie i perioden 2012-2014. Det er derpå styrelsens vurdering, at du mangler at afholde 44 timers efteruddannelse i perioden 2012-2014.

Da du således mangler mere end 40 timers efteruddannelse, kan styrelsen derfor ikke give dig frist til at gennemføre den manglende efteruddannelse.

...

Konsekvenser ved afslag på dispensation

Erhvervsstyrelsen vil på baggrund af dette afslag på din dispensationsanmodning iværksætte en kontrol af din efteruddannelse. I den forbindel-

se vil de oplyste forhold vedrørende dit sygdomsforløb og din hustrus død indgå i Erhvervsstyrelsens kontrol af din afholdte efteruddannelse for perioden 2012-2014
...”

I klageskrivelse af 22. juni 2015 har K anført:

”Klage over Erhvervsstyrelsens afslag på ansøgning om dispensation

...

1. Erhvervsstyrelsen har reduceret antallet af lovpligtige efteruddannelses timer med 7 timer, da jeg var fraværende min stilling i perioden 19. december 2012 til 26. marts 2013.

19. december 2012 til 26. marts 2013 er 3 sammenhængende måneder, hvorfor jeg vel bør kunne reducere de lovpligtige efteruddannelses timer med 10,5 eller oprundet 11 timer.

I vejledning om bekendtgørelse om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer (version 2.0 af 10. september 2009) står der vedrørende den dengang gældende lovs § 15, stk. 2 ...: Såfremt revisor er berettiget til at reducere timer i de 120 timers efteruddannelse, vil reduktionen beregnes tilbage fra den 1. fraværsdag, der udløste fravær i mere end 2 sammenhængende måneder.

Jeg har under **mit** sygdomsforløb været borte i mere end 3 sammenhængende måneder.

2. Det er samtidigt også min opfattelse, at jeg under **min hustrus sygdomsforløb** er berettiget til at reducere timer i de 120 timers efteruddannelse. Min hustru og jeg mistede vores datter i 2006, og da der ikke var pårørende eller andre, der kunne være der og tage over, var det mig der passede og plejede hende under hendes sygdomsforløb. Hende prognose var meget dårlig – et halvt år. Enhver kan vel forestille sig, hvordan hun og jeg havde det. Jeg skulle være der hele tiden og være med til alt. Og sikkert på grund af de psykiske pres jeg levede under og som blev større med tiden, fik jeg to blodpropper. Den første i begyndelsen af oktober og den sidste den 5. november 2014. Så jeg var i den grad fraværende min stilling som revisor under hendes sygdomsforløb fra slutningen af maj måned og helt frem til 31. december 2014.

Det er derfor efter min opfattelse, at jeg her er berettiget til at reducere de 120 timers efteruddannelse med 28 timer for 7 sammenhængende måneders fravær i 2014.

Jeg mangler herefter 12 timers efteruddannelse.
...”

I førnævnte redegørelse af 11. august 2015 fra Erhvervsstyrelsen fremgår videre:

”...

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 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 § 19, 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 § 19, 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 § 22, 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.

Styrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen fastholder sit afslag på at give statsautoriseret revisor K en frist til at gennemføre sin resterende del af sin efteruddannelse for perioden 2012-2014.

Statsautoriseret revisor K mangler at gennemføre 44 timer for perioden 1. januar 2012 – 31. december 2014, efter en reduktion på 7 timer på baggrund af sit fravær fra stillingen i perioden 19. december 2012 – 23. marts 2013.

I henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 19, stk. 2, kan der kun foretages en reduktion i antallet af efteruddannelsestimer med 7 timer for hver gang fraværet overskrider 2 måneder. Idet statsautoriseret revisor Ks fravær fra sin stilling som statsautoriseret revisor har været på 3 måneder, kan der maksimalt reduceres med 7 timer i efteruddannelsestimerne.

Idet statsautoriseret revisor K mangler flere end 40 efteruddannelsestimer for perioden 1. januar 2012 – 31. december 2014, kan han ikke få en dispensation med frist til at gennemføre den resterende del af efteruddannelsen for perioden 1. januar 2012 – 31. december 2014.

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 44 timers efteruddannelse og er derfor ikke berettiget til at få frist i henhold til efteruddannelsesbekendtgørelsens § 22, stk. 1.

...”

K har ved skrivelse af 27. september 2015 fastholdt sin klage af 22. juni 2015 og i det hele henholdt sig til sine bemærkninger heri. Skrivelsen var vedlagt en lægeerklæring dateret den 10. september 2015.

Ankenævnet udtaler:

En revisor, som 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 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.

I henhold til lovens § 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.”

Erhvervsstyrelsen har i medfør af § 4, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1406 af 11. december 2013 (efteruddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om obligatorisk efteruddannelse af godkendte revisorer.

I henhold til bekendtgørelsens § 2, stk. 1, skal revisor for at opfylde kravene til efteruddannelse inden for en periode på tre år deltage i mindst 120 timers efteruddannelse. Treårs-perioder efter § 2, stk. 1, beregnes fra den 1. januar 2009 og løber som faste treårs-intervaller, jf. bekendtgørelsens § 3, stk. 1.

Det fremgår af efteruddannelsesbekendtgørelsens § 19, stk. 1 og 2, at såfremt revisor er fraværende fra sin stilling – og skyldes dette ikke deponering, bortfald,

fratagelse eller frakendelse – i en periode på to sammenhængende måneder eller derover, reduceres kravet til efteruddannelsens omfang på 120 timer med 7 timer pr. to måneders fravær fra stillingen. Revisor skal som betingelse for reduktionen kunne dokumentere lovligt forfald, f.eks. uarbejdsdygtighed fra den pågældende stilling på grund af sygdom.

I henhold til bekendtgørelsens § 22, 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 til efteruddannelse inden for den fastsatte frist, kan Erhvervsstyrelsen ifølge bekendtgørelsens § 22, stk. 4, fratage revisor godkendelsen, jf. lovens § 8, stk. 2, nr. 2.

K har i perioden 1. januar 2012 til 31. december 2014 gennemført 69 timers efteruddannelse og mangler derfor at deltage i 51 timers uddannelse i perioden. K har dokumenteret, jf. bekendtgørelsens § 19, stk. 1, sidste punktum, at han i perioden 19. december 2012 til 26. marts 2013 har været fraværende fra stillingen på grund af egen sygdom mens der ikke er fremlagt dokumentation for lovligt forfald i andre perioder, herunder angående det oplyste om hustruens sygdom og bortgang i 2014. K er dermed berettiget til 7 timers reduktion i efteruddannelseskravet, jf. bekendtgørelsens § 19, stk. 2. Han mangler i perioden således 44 timers efteruddannelse.

Det følger af bekendtgørelsens § 22, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen kan meddele frist til gennemførelse af maksimalt 40 timers manglende efteruddannelse. Det tiltrædes derfor, at styrelsen ikke har meddelt frist til gennemførelse af den manglende efteruddannelse.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 26. maj 2015.

4.5. FORSIKRINGSFORMIDLINGSLOVEN

24) Kendelse af 4. april 2016 (J.nr. 2015-5189).

Afslag på ansøgning om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling.

Forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

(Anders Hjulmand, Ingrid Henriksen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 27. april 2015 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 10. april 2015 har afslået en ansøgning om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 10. april 2015 hedder det:

” ...

Afslag på ansøgning om dispensation til livsforsikringsmægler

Finanstilsynet har behandlet din ansøgning af 15. december 2014 vedrørende tilladelse til som ansat i A A/S at udøve livsforsikringsmægling i medfør af § 4, stk. 2, jf. § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr.1065 af 22. august 2013.

Tilsynet kan ikke imødekomme din ansøgning, idet du ikke en forsikringsmægleruddannelse eller anden relevant uddannelse, der kan give merridt for den manglende mægleruddannelse.

Baggrund:

I din ansøgning har du dokumenteret, at du er cand. polit. og har en licentiatgrad i økonomi.

Du har endvidere oplyst, at du bl.a. har bestridt følgende stillinger.

- August 2009 - : Partner, medejer og bestyrelsesformand for A A/S
- 2002-2009 CPO indkøbschef for [pengeinstitut]
- 1999-2002: CEO og CFO for [pengeinstitut]
- 1995-1999: Økonomidirektør for [pengeinstitut]
- 1992-1995: Direktør for [pengeinstitut]

Tilsynet har fået Forsikringsakademiet (FOAK) til at vurdere, om du med din uddannelse kan få merridt for hele eller dele af forsikringsmægleruddannelsen, og FOAK har i den forbindelse oplyst, at der ikke er noget i din formelle uddannelse som kan begrunde en dispensation for fagene indenfor forsikringsmægling/liv.

Finanstilsynet har ved følgende mail af 26. januar 2015 orienteret dig om:

"Forsikringsakademiet vurderer ikke, at der er noget i din formelle uddannelse, som skulle kunne give dispensation for fagene indenfor forsikringsmægling/liv. Forsikringsakademiet anfører, at det er vanskeligt at gennemskue dine faglige kompetence og erfaring gennem de praktiske forløb i dine forskellige jobs. Akademiet foreslår derfor, at der laves en realkompetencevurdering af dine faglige kompetencer indenfor forsikringsmægling/liv. Formålet med denne er at give dig adgang til den mundtlige forsikringsmæglereksamen. Denne løsning vil være forbundet med egenbetaling på ca. 2.500 kr., og vil medføre, at du får adgang til forsikringsmæglereksamen med henblik på at få et eksamensbevis som forsikringsmægler inden for liv.

Tilsynet har ikke hjemmel til at kræve, at du gennemgår denne realkompetencevurdering som Forsikringsakademiet foreslår, og såfremt du ikke ønsker denne løsning, er der to muligheder:

- 1) Du enten kan fremkomme med yderligere dokumentation for, at du har en anden relevant teoretisk uddannelse, der kan ligestilles med de krav, der er fastsat til forsikringsmægleruddannelsen, eller*
- 2) Du kan bede tilsynet træffe afgørelse på baggrund af de oplysninger, som du allerede har indsendt*

Jeg skal venligst bede dig om at meddele mig, hvilken af de tre løsninger, som du vil gå videre med."

I din mail af 2. februar 2015 meddelte du, at du ville fremsende yderligere dokumentation for din uddannelsesmæssige og erfaringsmæssige baggrund, og den 30. marts 2015 har tilsynet modtaget en mail fra dig, hvor der er vedhæftet en række udtalelser om dit virke samt dokumentation for, at du har arbejdet som forsikringsmæglerassistent siden august 2009.

Retsgrundlag:

Kravene til al opnå tilladelse som forsikringsmægler følger af § 9 i bekendtgørelse nr.1065 af 22. august 2013 af lov om forsikringsformidling. Her fremgår det, at Finanstilsynet giver tilladelse til, at en person kan udøve forsikringsmægling, når denne overholder fit & proper kravene i lovens § 8, stk. 2, samt de fastsatte krav om teoretisk uddannelse og praktisk viden vedrørende forsikringsmægling, der følger af § 9, stk. 2, der lyder således:

"Stk. 2. Personer, der ansøger om tilladelse til at være forsikringsmægler, skal besidde en teoretisk uddannelse og praktisk kunnen om forsikringsmæglervirksomhed. Finanstilsynet fastsætter nærmere regler herom."

De nærmere krav til den teoretisk uddannelse og praktisk kunnen er udmøntet i bekendtgørelse nr. 401 af 25. april 2007 om forsikringsformidlers uddannelse, og her fremgår følgende af § 3:

"§ 3. En person, der ansøger Finanstilsynet om tilladelse til at udøve skades- og eller livsforsikringsmægling i medfør af § 6 og § 7 i lov om forsikringsformidling skal for at opfylde § 4

- 1) fremlægge bevis for at besidde teoretisk viden inden for henholdsvis skadesforsikrings- og eller livsforsikringsmægling, som angivet i § 4, og*
- 2) skal forud for eller sideløbende med den teoretiske uddannelse, som angivet i § 4 kunne dokumentere at have erhvervet praktisk kendskab til forsikringsmægling ved 2 års ansættelse på fuld tid i en forsikringsmæglervirksomhed, et forsikringsselskab eller ved anden beskæftigelse, hvor tilsvarende kundskaber er erhvervet "*

Efter § 3, nr. 2, skal ansøgeren dokumentere det nødvendige praktiske kendskab til forsikringsmægling, og af tilsynets praksis følger det, at dette skal være i form af en arbejdsgivererklæring, som er underskrevet af den virksomhed, hvor ansøgeren har været ansat, og hvor arbejdet er udført.

Tilsynet har, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelse af lov om forsikringsformidling, mulighed for dispensere for kravene i § 9, stk. 2, dvs. de krav der er fastsat i § 3,1 bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse.

Af Finanstilsynet praksis følger det, at kundskaber erhvervet ved anden relevant teoretisk uddannelse, der kan ligestilles med de krav, der er fastsat til forsikringsmægleruddannelsen, kan give dispensation for den manglende mægleruddannelse. Det er ikke en forudsætning, at den anden teoretiske uddannelse er afsluttet med en eksamen, men at den teoretiske uddannelse skal kunne give merridt i forhold til mægleruddannelsen. Af denne praksis følger det samtidig, at den praktiske kunnen, jf. § 3, nr. 2, stadig skal være opfyldt, og at den skal være i en kombination af langvarig ansættelse i et eller flere forsikringsselskaber.

Afgørelse

Idet du ikke har gennemført forsikringsmægleruddannelsen, har Finanstilsynet foretaget en konkret vurdering af den teoretiske uddannelse, du har gennemført i stedet for forsikringsmægleruddannelsen.

Som tidligere nævnt følger det af praksis, at en anden teoretisk uddannelse eller relevante gennemførte fag, kan træde i stedet for mægleruddannelsen, hvis enten uddannelsen eller fagene kan give merridt i forhold til mægleruddannelsen.

FOAK har gennemgået dine uddannelser og meddelt, at disse ikke er merritgivende til forsikringsmægleruddannelsen. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at du ikke kan opnå en tilladelse efter dispensation, jf. § 9, stk. 4, i bekendtgørelse af lov om forsikringsformidling, og på denne baggrund giver tilsynet dig afslag på din ansøgning som forsikringsmægler.
...”

I klageskrivelsen af 27. april 2015 har K anført:

”Anke over Finanstilsynets afslag på:

Ansøgning om godkendelse som forsikringsmægler (liv) i henhold til dispensation

...

Anbringender - primært

Jeg anker Finanstilsynets afgørelse, idet der efter min opfattelse ikke er foretaget en samlet vurdering af mine forhold. Det er en sådan samlet vurdering, der ville kunne begrunde en dispensation i henhold til lov om Forsikringsformidling, § 9, stk. 4.

Finanstilsynet har i sin afgørelse ovenfor fremført, at jeg ikke har en forsikringsmægleruddannelse, og fremfører yderligere, at Forsikringsakademiet ikke vil give merit for min uddannelse på Forsikringsmægleruddannelsen. Finanstilsynet har dog afgjort, at jeg har de krævede 2 års praktisk erfaring med Forsikringsmægling.

Finanstilsynets krav om merit for uddannelsen i sin helhed på Forsikringsakademiet er ækvivalent med et krav om, at jeg som helhed har taget uddannelsen, hvilket ikke er et meningsfyldt kriterie, når jeg søger om dispensation.

Dette dokumenteres yderligere med, ... [Finanstilsynets] .. brev af 26/1 2015 ...

Det er vigtigt at forstå, at dette ikke er noget specielt tilbud, idet Forsikringsakademiet helt generelt tilbyder en realkompetencevurdering, således at uddannelsen og eksamen evt. kan tages efter et kortere forløb end normalt, ...

Finanstilsynets forslag i sit brev af 26/1 er altså at tage Forsikringsmægleruddannelsen, som jeg i min ansøgning har søgt om dispensation fra.

Anbringender – sekundært

Uanset at Finanstilsynet ikke har foretaget en konkret vurdering af min teoretiske uddannelse og praktiske erfaring, er jeg opmærksom på, at jeg skal have en 'anden relevant teoretisk uddannelse' for at opnå dispensation.

Det fremgår af min ansøgning og mit CV, at jeg har virket som undervisningsassistent på Handelshøjskolen (cand. merc. studiet) og ekstern lektor på Handelshøjskolen på Institut for Finansiering. Finanstilsynet anfører i sin mail af 26/1:

Kendelsen betyder, at anden relevant teoretisk uddannelse, der kan ligestilles med de krav, der er fastsat til forsikringsmægleruddannelsen, kan danne baggrund for den konkrete vurdering af dispensationsansøgningen. Det betyder, at en eksamineret assurandør fra Forsikringsakademiet, en jurist eller cand. Merc. med relevante fag inden for den finansielle branche, kan opnå dispensation fra forsikringsmægleruddannelsen.

Da jeg altså har haft kompetencer til at undervise og uddanne cand. merc.'er og da jeg har været ansat på Institut for Finansiering, der som bekendt underviser i 'relevante fag inden for den finansielle branche', kan det undre at jeg – såfremt man skulle mene at Finanstilsynet har foretaget en reel vurdering – ikke kan opnå dispensation.

Min PhD grad er som anført i mit CV inden for Økonometri – altså statistisk økonomisk metode til at måle størrelser. Allerede som cand. polit. lærer man inden for økonometri (valg fag) om f.eks. varians-covarians matricer og fordelinger, altså de mekanismer der også ligger under den finansielle branches vurdering af om investeringer ligger på den efficiente rand, fastsættelse af optionspriser mv. Tilbagediskontering, interne renter, amortisering mv. er en del af det obligatoriske forløb på 1. del. Anvendt i praksis er dette vist fx i de som bilag vedlagte 'Beregningsforudsætninger' for [forsikringsmæglerselskab].
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 27. maj 2015 udtalt:

” ...

Ved e-mail af 30. marts 2015 har klager fremsendt yderligere dokumentation i form af udtalelser vedrørende sine faglige kompetencer som forsikringsmægler fra en række samarbejdspartnere,

Ved brev af 10. april 2015 meddelte Finanstilsynet klager afslag på dens ansøgning om tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling,

Ved brev af 27. april 2015 har klager indbragt Finanstilsynets afgørelse af 10. april 2015 for Erhvervsankenævnet, Klager har i den forbindelse anført, at Finanstilsynet ikke har foretaget en konkret vurdering af klagers teoretiske uddannelse og praktiske erfaring i forhold til § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling, idet klager har gennemført anden teoretiske uddannelse og har praktiske erfaring, som bør kunne danne grundlag for dispensation for uddannelseskraevne.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Det følger af § 4, stk. 2, i lov om forsikringsformidling, at ansatte, der udøver forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse hertil af Finanstilsynet.

Af lovens §§ 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 for alle, som skal udøve aktivitet som forsikringsmægler.

Finanstilsynet har med hjemmel i § 9, stk. 2, i lov om forsikringsformidling udstedt bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen), der nærmere definerer, hvilke krav der stilles til forsikringsmægleres teoretiske uddannelse og praktiske kunnen.

§ 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling indeholder 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. 2, i lov om forsikringsformidling.

§ 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling er indsat ved lov nr. 362 af 19. maj 2004. ...

Det følger af Finanstilsynets praksis, at kundskaber erhvervet ved anden relevant teoretisk uddannelse, der kan ligestilles med de krav, der er fastsat til forsikringsmægleruddannelsen, kan medføre, at Finanstilsynet kan meddele dispensation for den manglende mægleruddannelse. Det er ikke en forudsætning, at anden teoretisk uddannelse er afsluttet med en eksamen, men den skal kunne give merit i forhold til mægleruddannelsen. Efter Finanstilsynets praksis skal kravet om praktisk kunnen, jf. § 3, nr. 2, i uddannelsesbekendtgørelsen, fortsat være opfyldt, og den skal være i kombination med langvarig ansættelse i et eller flere forsikringsselskaber.

3. Finanstilsynets vurdering

Udgangspunktet efter § 4, stk. 1, i lov om forsikringsformidling er, at ansatte, der udøver forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse her til af Finanstilsynet. Finanstilsynet kan dog i henhold til § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling meddele en ansøger tilladelse som forsikringsmægler, uagtet at personen ikke opfylder de uddannelsesmæssige krav, der er fastsat i medfør af § 9, stk. 2, og udmøntet i bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse.

Finanstilsynet skal ved vurderingen af muligheden for at meddele tilladelse foretage en konkret vurdering af ansøgerens samlede forhold i forhold til de krav, der er fastsat i bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse.

Klager har dokumenteret, at han er uddannet cand. polit. og har en licentiatgrad i økonometri. Klager har siden august 2009 arbejdet som partner, medejer og bestyrelsesformand for forsikringsmæglervirksomheden A A/S, og klager har endvidere fremsendt en række udtalelser om sit virke som forsikringsmæglerassistent. Ligeledes har klager erfaring inden for den finansielle branche hos bl.a. [pengeinstitut] og [pengeinstitut].

Idet klager ikke har gennemført forsikringsmægleruddannelsen, har Finanstilsynet fortaget en konkret vurdering af klagers samlede forhold, herunder klagerens erfaring fra forsikringsbranchen/forsikringsmæglerbranchen, samt hvorvidt hans teoretiske uddannelse kan træde i stedet for de krav, der er fastsat i bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse, og om klagers forhold kan føre til, at Finanstilsynet kan give dispensation for den manglende mægleruddannelse.

Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at forsikringsmægleruddannelsen inden for liv bl.a. indeholder et juridisk modul og et metodemodul, der indeholder det teoretiske fundament for forsikringsmæglerens arbejdsmetoder. Udover dette indeholder uddannelsen en række teoretiske moduler, der tilsammen udgør forsikringsmægleruddannelsen.

Det er Finanstilsynets vurdering, at klager har tilstrækkelig praktisk erfaring som forsikringsmæglerassistent i en forsikringsmæglervirksomhed, men at en forsikringsmægler både skal have praktisk og teoretisk erfaring inden for forsikringsmægling.

For at kunne vurdere om klagers uddannelse indeholder elementer, der kan medføre, at Finanstilsynet kan meddele dispensation, har Finanstilsynet indhentet Forsikringsakademiets vurdering af, om klagers uddannelse vil kunne sidestilles helt eller delvist med forsikringsmægleruddannelsen.

Forsikringsakademiet har oplyst, at der ikke er noget i klagers formelle uddannelse, der kan begrunde en dispensation for fagene inden for livsforsikringsmægling.

Finanstilsynet anerkender, at klager har en længere videregående uddannelse og praktisk erfaring, men idet klagers uddannelse ikke opfylder de krav, der fastsat i bekendtgørelse om forsikringsformidlers uddannelse, og det ydermere vurderes, at der ikke kan dispenseres for disse i forhold til klagerens uddannelse, er det tilsynets vurdering, at klagers uddannelse ikke er tilstrækkelig relevant for hvervet som forsikringsmægler. Tilsynet bemærker i den forbindelse, at bekendtgørelsen blandt andet stiller krav om teoretisk uddannelse inden for jura, produkter og forsikringsmægleres arbejdsmetode. Disse fag er ikke indeholdt i klageren uddannelse som cand.polit. og licentiat i økonometri.

På denne baggrund er det Finanstilsynets opfattelse, at der ikke kan dispenseres for den manglende uddannelse, og at klager på denne baggrund ikke kan opnå tilladelse til at blive forsikringsmægler. Det er i den forbindelse tilsynets opfattelse, at klagers praktiske erfaring ikke i sig selv kan være dispensationsgivende, idet der både skal lægges vægt på anden relevant uddannelse og praktisk erfaring inden for forsikringsmægling.

4. Konklusion

Idet klager ikke har gennemført forsikringsmægleruddannelsen, har Finanstilsynet fortaget en konkret vurdering af klagerens teoretiske uddan-

nelse, der i givet fald skal træde i stedet for forsikringsmægleruddannelsen.

Det følger af praksis, at en anden teoretisk uddannelse eller relevante gennemførte fag, kan træde i stedet for mægleruddannelsen og begrunde en dispensation fra denne, hvis enten uddannelsen eller fagene kan udgøre den teoretiske baggrund, som en forsikringsmægler skal være i besiddelse af for at kunne udføre arbejdet som forsikringsmægler. Herved forstås, at de gennemførte fag skal kunne give merit i forhold til indholdet på mægleruddannelsen.

Finanstilsynet finder, at klagers uddannelse ikke indeholder elementer, der er meritgivende i forhold til forsikringsmægleruddannelsen, og tilsynet fastholder dermed, at klager ikke har en relevant uddannelse, der kan træde i stedet for forsikringsmægleruddannelsen. Klager kan på denne baggrund ikke meddeles tilladelse som forsikringsmægler efter dispensationsbestemmelsen i § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling.
...”

I skrivelse af 15. juni 2015 har K yderligere anført:

”...

2 Afgørelsens retslige grundlag:

...

Finanstilsynet fastholder ... kravet om, at min teoretiske uddannelse i sin helhed skal kunne give merit på Forsikringsakademiet (FOAK), hvilket netop ikke er et meningsfyldt kriterie, når jeg søger om dispensation.

Det fremgår da også klart af sagsforløbet, at Finanstilsynet ikke har forsøgt at vurdere mine samlede forhold, udover at fremsende min dispensationsansøgning til FOAK, og referere deres vurdering, ...

Jeg har ikke tidligere haft direkte adgang til korrespondancen mellem tilsynet og FOAK, men denne fremgår nu af Finanstilsynets udtalelse af 27. maj. Det dokumenteres her uden tvivl, at tilsynet ønsker, at der kan gives direkte merit overførsel for samtlige fag i forsikringsmægleruddannelsen (liv) – hvilket viser at tilsynet i sin tolkning af retsgrundlaget stiller et krav, der er ækvivalent til, at jeg havde taget uddannelsen.

...

FOAK giver i sit svar 15. januar afslag for at give dispensation for fagene. Men anfører samtidigt *'Her kan vi ikke gennemskue, hvorvidt han har den nødvendige faglige kompetence og erfaring'*. Det foreslås derfor at foretage en faglig opgave: *'Så får vi belyst, hvorvidt han har opnået den nødvendige faglige kompetence gennem, dels hans uddannelse, dels hans praktiske arbejde i [forsikringsmæglerselskab]'*.

FOAK vil altså ikke give meritoverførsel, men anfører samtidigt at man ikke kan gennemskue, om jeg har den nødvendige faglige kompetence svarende til at have gennemført forsikringsmægleruddannelsen. Er-

hvervsankenævnet anmodes derfor i sin behandling af min klagesag i sin helhed at se bort fra henvendelsen til FOAK, der således ikke er relevant.

Uanset et retsligt grundlag og praksis med udelukkende at støtte sig til FOAK, har Finanstilsynet dog givet mig mulighed for at indsende yderligere dokumentation for mine faglige kompetencer, hvilken type dokumentation har ikke været specificeret.

Jeg har derfor indhentet en række udtalelser fra en række af Finanstilsynets godkendte forsikringsmæglere, da disse jo må formodes at kende det faglige niveau de selv har, samt mit faglige niveau, især da de betaler for konsulenttydelser leveret af mig indenfor de fagområder, hvor de har modtaget uddannelse på FOAK. I sin afgørelse af 10. april henviser tilsynet til det modtagne materiale, som i øvrigt ikke er kommenteret end-sige vurderet på nogen måde (udover at det måske indgår i vurderingen af min praktiske erfaring).

Såfremt tilsynet måttet have ønsket yderligere information, i anden form, etc. havde det naturligvis også kunnet forsøges fremskaffet, fx vedrørende mit virke som underviser på CBS, eksakt oplysninger om uddannelser/efteruddannelser, eller hvad man måttet have ønsket. Nok er det at konstatere at dette materiale, i lighed med øvrige forhold er ignoreret, til fordel for FOAKs bedømmelse i en e-mail på 13 linjer af 15. januar 2015, idet tilsynets grundlag for at bedømme min ansøgning udelukkende er en e-mail til FOAK.

Finanstilsynets afgørelse bør derfor omgøres, idet der ikke er foretaget en konkret vurdering af mine samlede forhold, som er det grundlag, som loven og praksis angiver.

3. Finanstilsynets vurdering.

Uanset at Finanstilsynet ikke har foretaget en samlet konkret vurdering af min teoretiske uddannelse og praktiske erfaring, har tilsynet i sin udtalelse af 27. maj ændret sin argumentationsform, således at der konkret henvises til mine kompetencer og de krævede kompetencer som forsikringsmægler.

Primært bør der ses bort fra disse nye argumenter, der formentlig bygger på en erkendelse af, at afgørelsen af 10. april som nævnt ovenfor, bygger på et forkert grundlag, nemlig at dispensation kræver at man har uddannelsen.

Sekundært er de vurderinger, der fremkommer i udtalelsen af 27. maj ikke korrekte. Først og fremmest anfører tilsynet igen og fejlagtigt: 'Forsikringsakademiet har oplyst, at der ikke er noget i klagers formelle uddannelse, der kan begrunde en dispensation for fagene inden for livsforsikringsmægling'. FOAK har klart svaret, at de ikke kan vurdere den samlede opnåede kompetence.

Hvilke uddannelser kan danne baggrund for dispensation.

...

Det anføres tydeligt [i Finanstilsynets udtalelse] at kombinationen af en videregående uddannelse, praktisk erfaring og efteruddannelse, kan danne grundlag for dispensation.

Der kan her yderligere henvises til E-mail fra Finanstilsynet ... af 26. januar 2015: *'Det betyder, at en eksamineret assurandør fra Forsikringsakademiet, en jurist eller cand. Merc. med relevante fag indenfor den finansielle branche, kan opnå dispensation fra forsikringsmægleruddannelsen.'* Der henvises her bl.a. til kendelserne i Erhvervsankenævnet af 27. marts 2009, hvor Finanstilsynets praksis om at dispensationsansøgere skal tage forsikringsmægleruddannelsen blev underkendt.

Kendelserne er dels j.nr. 2008-0016957, hvor tilsynet fx anfører *'klager mangler et undervisningsforløb i arbejdsmetode for at besidde de efter uddannelsesbekendtgørelsen krævede teoretiske kompetencer'* idet klager har FX2 eksamen fra 1975 fra FOAK. Finanstilsynet anfører også, at det er eksamen fra FOAK (og ikke kompetencen eller deltagelse i et undervisningsforløb) som vil kunne føre til en dispensation. Klager skriver: *'Hertil kan jeg anføre at forsikringsmæglerbranchen i stigende omfang netop ansætter specialister uden præcis uddannelse som forsikringsmægler. Dette sker som følge af en stigende efterspørgsel herpå fra kundernes side. Det er netop derfor i kundernes og branchens interesse, at der kan gives tilladelse efter stk. 4 også til specialister, så disse kan udøve forsikringsmægling uden at gennemgå uddannelse i generelle forsikringsprodukter eller skulle være underlagt tilsyn af andre forsikringsmæglere.'* For at underbygge sin faglige kunnen anfører klager at: *'Jeg har endvidere i 6 år været underviser i de faglige uddannelser på Forsikringsakademiet...'*

Den anden kendelse af 27. marts 2009 er j.nr. 2008-0016956, hvor klager er uddannet cand. jur. fra 1986, og anfører at der er foretaget selvstudium og gennemgået intern uddannelse i forsikringsmæglerlovgivningen. Klager anfører *'Det synes ikke rimeligt, at der alene skulle kunne gives tilladelse til at udøve forsikringsmægling som ansat i en forsikringsvirksomhed, hvis der er gennemført én specifik generel uddannelse på en navngivet privat uddannelsesinstitution i og med at branchen i dag efterspørger specialister med længerevarende uddannelse, herunder akademiske. Det synes heller ikke rimeligt, at personer med sådanne langvarige uddannelser skal supplere med den i Uddannelsesbekendtgørelsen nævnte uddannelse i fuldt omfang, herunder at jurister skal gennemføre moduler i juridiske discipliner, hvor hverken undervisere eller censor er jurister.'* Herudover anfører klager: *'at Forsikringsakademiet ikke i mit tilfælde har givet merit for juridiske moduler'*.

Yderligere fremgår det indirekte af en kendelse af 24. august 2010 (j.nr. 2010-0020972) at Finanstilsynet anerkendte, at klagers cand. merc. jur. uddannelse ... var tilstrækkelig *'disse teoretiske kompetencer er tilstrækkelige til at opfylde de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen'*.

I kendelse af 4. oktober 2013 (j. nr. 2013-0033525) anfører klager at '*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 ikke er foretaget en konkret vurdering af mine samlede forhold til den dispensationsmulighed, der foreligger i henhold til Lov om Forsikringsformidling § 9 stk. 4*'

Klager peger uddannelsesmæssigt på diverse moduler fra FOAK, dog ikke fx modul 4.86 arbejdsmetode, samt på sin afsluttede HA uddannelse fra CBS (i dag bachelor graden på cand. merc. studiet) – klager mangler endvidere kun hovedopgaven for at have afsluttet cand. merc. studiet. I sin argumentation fastholder tilsynet – trods de ovenfor angivne tidligere afgørelser – at '*Da klager ikke dokumenterede at have bestået livsforsikringsmægleruddannelsen fra F, opfyldte klager efter Finanstilsynets vurdering ikke det krav om teoretisk uddannelse, ... følger af lov om forsikringsformidling*'.

Der er altså en lang række uddannelser på kandidatniveau, der giver anledning til dispensation. Specielt giver generelt en advokat / cand. jur. uddannelse, en cand. merc. (generel) uddannelse, en cand. merc. uddannelse med vægt på relevante finansielle fag, og en cand. merc. jur. uddannelse grundlag for dispensation.

Hvilke mangler anføres der for min teoretiske uddannelse.

Finanstilsynet anfører ... i sin udtalelse af 27. maj: '*...at bekendtgørelsen blandt andet stiller krav om teoretisk uddannelse indenfor jura, produkter og forsikringsmæglerens arbejdsmetode.*' Disse fag er ikke indeholdt i klageren uddannelse som cand. polit. og licentiat i økonometri'. Sætningen er især værd at bemærke, da den udgør det eneste i bemærkningerne, der ikke også står i afgørelsen, og som nævnt afviger fra afgørelsens manglende konkrete forholdene sig til min uddannelse og kompetence. Argumentet er forkert.

Vedrørende jura, så kunne der tages jura fag på cand. polit. studiet (og omvendt), begge hører jo til Det Samfundsvidenskabelige Fakultet på Københavns Universitet, tidligere med obligatoriske fag fra begge discipliner i begge studier. Konkret har jeg som cand. polit. haft Ef-fag (med vægten på EU ret) og Forvaltningslære (med vægt på forvaltningsret) undervist af jurister ... Jeg har herudover udført opgaver for godkendte forsikringsmæglere, hvor emnerne også dækker de vidensområder, forsikringsmæglerne undervises i indenfor regler og lovgivning, det fremgår fx af udtalelse fra [forsikringsmæglerfirma] og af udtalelsen fra [forsikringsmæglerfirma], som fremsendt til tilsynet. Endvidere er der i udarbejdelsen af fx bilaget 'Beregningsforudsætning', ... ved inddeling i risikogrupper netop taget højde for EU direktiver, endnu ikke indarbejdet i dansk lov, hvilket er et eksempel på udnyttelse af viden baseret på EU-ret.

Det nævnte område '*forsikringsmæglerens arbejdsmetode*' er netop det modul, som '*en eksamineret assurandør fra Forsikringsakademiet*' ikke har taget på FOAK, og netop en eksamineret assurandør får dispensation,

det fremgår i øvrigt også af kendelser fra Erhvervsankenævnet i 2009 og 2013 at dispensation skal gives, uanset at der ikke er givet merit for modulet 'arbejdsmetode' på FOAK. For en god ordens skyld henvises igen til udtalelser fra [forsikringsmæglerfirma] og [forsikringsmæglerfirma], som igen er har modtaget rådgivning om udbud, uvildig rådgivning og arbejdsmetode.

Området '*produkter*' nævnes herudover som et område, der ikke er dækket af min uddannelse. Det er kun korrekt i forbindelse med en vurdering af om jeg har gennemgået modulet på deltidsuddannelsen på FOAK. I en korrekt vurdering af forsikringsprodukter efterspørges der i branchen specialistviden, der kræver en stærkere teoretisk baggrund. I vurderingen af markedsrenteprodukter, forskellige udbetalingsformer, udbetaling af depot via rater eller via livrenter, garanti produkter, kræves der i mæglerbranchen specialistviden i dag. Til at bedømme og beskrive produkter kræves der en solid matematisk og statistisk (økonometrisk) baggrund, som jeg fx har via en række relevante kurser som cand. polit. og PhD, og som andre også har, fx cand. act. eller cand.merc. 'er med specialisering i finansiering (men ikke i markedsføring eller organisation). Denne baggrund er fx demonstreret i ... bilag vedr. [forsikringsmæglerselskab] beregningsforudsætninger og eksemplet på en produktrapport. Udover risiko, afkast, prognoser og investering indeholder forsikringsprodukter naturligvis også andre elementer, hvor jeg som det fremgår af CV og arbejdsgivererklæringer, har udarbejdet rapporter om forsikringsbetingelser, dækninger m.v.

Vedrørende produkter har jeg i det fremsendte materiale ... koncentreret mig om det mest mæglerrelevante. Herudover har jeg som direktør i [forsikringsmæglerselskab] netop rådgivet om produktudvikling hos selskaberne og udarbejdet rapporter til ledelsen med benchmark af deres produkter mod konkurrenterne, dette er dokumenteret i dels mit CV og dels i arbejdsgivererklæringen. [Forsikringsmæglerselskab] er måske det analysehus – baseret på min uddannelse, erhvervserfaring fra den finansielle sektor med finansielle produkter og konkret arbejde for pensionskasser, pensionselskaber og andre mæglere (flere udover dem der er indhentet udtalelser fra) – der har den største produktexpertise på det danske marked. Det forekommer ud fra en betragtning af min samlede forhold helt grundløst at anføre at uddannelsen på FOAK omfatter '*produkter*', idet jeg udfører rådgivningsopgaver på produktområdet for aktører i markedet, hvor der er ansat i hundredevis af assurandører – men hvor produkterne naturligvis udvikles af medarbejdere med supplerende eller højere kompetencer, typisk jurister, aktuarer og andre med en akademisk baggrund.

Dette arbejde kan naturligvis dokumenteres vedr. rapporter, udtalelser og lignende, og jeg har naturligvis været velvillig overfor ethvert krav fra tilsynet om dokumentation, bl.a. demonstreret via den af 30/3 2015 fremsendte dokumentation.

4. Konklusion

Finanstilsynets konklusion i sin udtalelse dateret 27. maj: '..., at klager ikke har en relevant uddannelse, der kan træde i stedet for forsikringsmægleruddannelsen.' er ikke korrekt.

Det fremgår specielt tydeligt, at cand. merc. uddannelsen – det være sig generelt eller med vægt på jura eller med vægt på finansiering – uomtvistelig giver adgang til dispensation. Som det fremgår af mit CV har jeg i 8 år undervist på CBS, tilknyttet først cand. merc. bachelor delen (HA), siden på Institut for Finansiering (i 'International Finansiering') ... Det er naturligvis ikke meningsfyldt at skulle gennemføre en uddannelse, som jeg har kompetence på universitetslektor niveau til at undervise på. Udover min kandidatgrad har jeg en PhD grad i økonomi, der akademisk svarer til kompetencen som universitetslektor. Situationen kan på sin vis ses analogt til afgørelserne fra 2009, hvor den ene klager underviser på FOAK (og ikke har uddannelsen og de juridiske fag, men naturligvis som underviser har en højere kompetence), mens den anden klager som cand.jur. henviser til det urimelige i, at skulle undervises på et lavere kompetence niveau end sit eget. Finanstilsynet har ikke forholdt sig til mine kompetencer som universitetslektor og underviser på cand. merc. studiet på CBS. Specielt nævnes cand. merc. studiet. med 'relevante fag indenfor den finansielle branche'. Her kan henvises til en karriere i den finansielle branche, hvor den solide ballast indenfor økonomi, statistik og matematik i min uddannelse, kombineret med efteruddannelse og erhvervs erfaring, har medført godkendelse fra fx fra SEC i USA som direktør for [pengeinstitut], hvilket kræver noget mere end en almindelig cand. merc. eksamen eller lignende.

Afslutningsvist kan det anekdotisk anføres, at min uddannelse i dels 'Regnskabsanalyse', dels praktiske erfaring i [pengeinstitut] med at lede statsautoriserede revisorer som økonomidirektør og regnskabschef, jo ikke gør mig til revisor. Dog har markedet haft gavn af disse kompetencer, i forbindelse med min analyse af forsikringsselskabets ...balancevækst i 2013 regnskabet for en journalist (der selv angiver at være cand. merc. i finansiering og regnskabsanalyse). Omtalen og debatten om regnskabet vakte tilsynets interesse ... som efter en undersøgelse ikke alene var enig i det rimelige i at offentligheden interesserede sig for årsagerne til selskabets balancevækst, men faktisk påtalte regnskabet for ikke at indeholde '*en væsentlig information for regnskabsbrugerne*' vedrørende årsagerne til balancens vækst og størrelse. Jeg er naturligvis ikke revisor – som de statsautoriserede der godkendte regnskabet – men det er da godt, at specialister indenfor forsikring analyserer og interesserer sig for regnskaber.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, nr. 2, er Finanstilsynets tilfaldelse 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 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 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.”

Erhvervsankenævnet tiltræder efter en konkret bedømmelse af K's samlede forhold, at han ikke er meddelt tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling i henhold til forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4. K's cand.polit-embedseksamen og PhD-grad indenfor økonometri sammenholdt med hans undervisningsaktivitet på Handelshøjskolen i fag ”inden for den finansielle branche” er således ikke en uddannelsesmæssig baggrund, som i kombination med hans praktiske baggrund fra pengeinstitutverdenen og hans relevante erfaring fra forsikringsmæglervirksomheden, A A/S siden 2009 kan sidestilles til forsikringsmægleres teoretiske

uddannelse, eller som giver ham den tilstrækkelige forsikringsmæssige viden og indsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 10. april 2015.

4.6. LOV OM VÆRDIPAPIRHANDEL

25) Kendelse af 10. februar 2016 (J.nr. 2015-14231).

Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1, forvaltningslovens § 9, samt offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2.

(Arne Nabe Poulsen, Lone Møller og Steen Mejer)

Erhvervsankenævnet har den 1. december 2015 modtaget klageskrivelse fra advokat A, der på vegne af K PLC klager over Finanstilsynets afgørelse af 6. november 2015, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning om aktindsigt i materiale udover den af Finanstilsynet offentliggjorte redegørelse af 9. juli 2015 vedrørende forløbet indtil B A/S' beslutning om at indlevere selskabets tilladelser til at drive et reguleret marked og to multilaterale handelsfaciliteter.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 6. november 2015 hedder det i den til dansk oversatte version:

”Anmodning om aktindsigt vedrørende B A/S

Finanstilsynet har modtaget dit brev af 2. november 2015 som opfølgning på din tidligere anmodning om aktindsigt af 21. september 2015. Ved brev af 2. november 2015 anmoder du om aktindsigt vedrørende B A/S, herunder dokumenter vedrørende dokumentationen af B A/S' frivillige afståelse af sine danske licenser som markedsoperatør pr. 18. august 2015 samt yderligere dokumenter, som kan offentliggøres.

Din anmodning fremsættes på vegne af European Capital Venture PLC, som var optaget til handel på C[C var en multilateral handelsfacilitet, jf. § 40 i værdipapirhandelsloven, som blev drevet af B A/S] indtil B A/S' frivillige afståelse af sine danske licenser som markedsoperatør.

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme din anmodning på vegne af din klient K PLC om yderligere dokumenter vedrørende dokumentation af B A/S' frivillige afståelse af sine danske licenser som markedsoperatør pr. 18. august 2015.

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 § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v., hvem der anses for part i forhold til Finanstilsynet. Det fremgår af bestemmelsen, at som part i forhold til Finanstilsynet anses kun virksomheder omfattet af § 7, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., et registreret betalingssystem, værdipapirhandleren, en godkendt udenlandsk clearingcentral, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er truffet af Finanstilsynet, retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3, som indeholder en liste over de, som ud over stk. 1 kan anses som part i forhold til Finanstilsynet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at din klient ikke kan anses som part i den specifikke tilsynssag, og derfor har din klient ikke ret til aktindsigt i henhold til § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v. Din klient er derfor ikke berettiget til dokumenter vedrørende B A/S' frivillige afståelse af sine danske licenser som markedsoperatør pr. 18. august 2015 samt yderligere dokumenter i henhold til forvaltningsloven.

I henhold til offentlighedslovens § 7, stk. 1, kan enhver, med de undtagelser der følger af lovens §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En tilsynsmyndighed kan give yderligere aktindsigt i henhold til lovens § 14, medmindre andet følger af reglerne om tavshedspligt m.v.

Efter offentlighedslovens § 9, stk. 1, skal en anmodning om adgang til oplysninger/dokumenter angive de dokumenter og de sager, som den pågældende ønsker oplysning om.

Efter offentlighedslovens § 35 er pligten til at meddele oplysninger begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt, som gælder for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Det forudsættes i § 84 a, stk. 1, i værdipapirhandelsloven, jf. lovbeholdtgørelse nr. 831 af 12. juni 2014 med senere ændringer, at ansatte hos Finanstilsynet er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig forpligtelse til at overholde tavshedspligten. Adgangen til aktindsigt er derfor begrænset i forhold til generelle bestemmelser, jf. § 35 i offentlighedsloven.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i forskellige specifikke hensyn. Det væsentligste hensyn er Finanstilsynets mulighed for at gennemføre 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 særligt vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle de oplysninger, som tilsynet finder nødvendige, udleveret.

§ 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. medfører, at Finanstilsynet ikke kan meddele aktindsigt i videre omfang end efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven, da muligheden for at give yderligere aktindsigt (meroffentlighed) i henhold til § 14 i offentlighedsloven er begrænset af tavshedspligten.

...”

Advokat A klagede den 1. december 2015 til Erhvervsankenævnet over Finanstilsynets afgørelse. Han anførte i den forbindelse:

” ...

The Appellant is K PLC, a public company established under the laws of the United Kingdom formerly listed on the ... regulated by the FSA.

The Appellee is the Financial Services Authority, Finanstilsynet, (FSA).

This is an appeal under the Danish Access to Public Administration Files Act (1985).

The subject matter of the information requested are materials surrounding the closure of the B A/S on August 18, 2015 pursuant to an agreement between B A/S and FSA.

This is an appeal from a November 6, 2015 decision by the Financial Services

Authority attached herein as Exhibit...

The B A/S consisted of three markets regulated by the FSA including a European regulated stock exchange and two multilateral trading facilities (MTFS). K PLC was listed on one of the MTFS with a market capitalization exceeding €50 million. Approximately a hundred companies were listed on the B A/S during the period in question with a market capitalization exceeding approximately €2 billion Euros. The vast majority of B A/S listed companies had no connection to Denmark likewise the majority of B A/S Corporate Advisors and Brokers were not Danish. Similarly, most investors were not Danish and most contact with investors and companies was carried out from the ... B A/S office. Nonetheless, FSA was the regulator at all times.

B A/S was operated by the Danish Company B A/S which was owned by the Swedish company D AB and in turn B A/S licensed its technology from another Swedish entity, B A/S Technology AB. B A/S maintained offices in ..., ..., and [Europæiske byer]

The only publicly available statement about the B A/S closure on August 18, 2015 is the one issued by FSA which indicated the B A/S was closed due to massive gross negligence by B A/S and criminal and civil frauds some of its participants. The FSA report however speaks only in generalities and only mentions B A/S by name.

FSA does not provide particulars of any sort. The FSA report is attached herein as Exhibit B.

Based on the report supra, B A/S violated its own rules and was grossly negligent. Nonetheless, the FSA despite knowing of these lapses as early as 2013 permitted the B A/S to operate until August 2015. Exhibit ...

Appellant further requested information from the Swedish FSA (Exhibit ...) and the UK Financial Conduct Authority (FCA). (Exhibit ...) The Swedish has no information on B A/S and FCA refused to conduct a search for information as too burdensome.

The main obstacle to release of any information by FSA is that FSA claims that the Appellant does not have standing:

It is the view of the FSA, that your client is not considered to be a party in the specific supervisory case, and therefore your client does not have right of access to information according to section 84b in the Securities Trading Act. Your client is therefore not entitled to files related to the voluntary relinquishment by B A/S of its Danish operator license effective as of 18th august 2015 and collateral materials according to the public administration act (forvaltningsloven)

The B A/S was a public stock exchange. The Appellant was a Company listed on that exchange's MTF. The Appellant had a market capitalization in excess of €50 million. The closure of the exchange for apparent misconduct directly and negatively affected the Appellant and its investors. It is inconceivable that FSA is permitted to classify as secret the entirety of its dealings with B A/S which resulted in a negotiated closing of a European Stock Exchange regardless of the Securities Trading Act. If this were the case, the FSA would be allowed to operate in a veritable black hole regarding public stock exchanges.

There has been no civil or criminal prosecution of B A/S, its officers, directors, or associates. This is seemingly at odds with the FSA statement on B A/S which suggests gross negligence, fraud and criminality occurred.

Victims of the B A/S, listed companies and investors, are left only with the vagaries of a single statement issued by FSA. This is not transparency and openness but instead suggests a cover up of potential misfeasance, nonfeasance, malfeasance and/or cronyism. Additionally, lack of information and prosecution permits the responsible parties to continue to work in the financial sector with no hint of impropriety having oc-

curred when in fact they were responsible for €2 billion in market capitalization being lost.

Finally, lack of transparency harms the EU single market. The B A/S operated under a Danish financial passport, mainly outside Denmark. The FSA appeared to be lax if not negligent in its approach to what it termed gross negligence and criminal behavior by the B A/S and its associates because it was occurring outside Denmark. Now the FSA seeks to classify as secret its dealing with B A/S regarding the closure after having released a statement blaming the B A/S for rule violations. The FSA on the one hand accuses FSA of gross negligence and unnamed B A/S associates of criminality but on the other hand protects these parties from public exposure by misusing the secrecy exemption.

Therefore, we request that an actual review of the materials withheld be conducted by this tribunal and relevant materials be released if in the public interest. Blanket assertions of secrecy should not be tolerated in a situation where €2 billion has disappeared and the reputation and integrity of Danish financial markets are brought into question.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. januar 2016 udtalt:

”...

11. Sagsfremstilling

Den 6. juli 2015 offentliggjorde B A/S en meddelelse om, at B A/S havde besluttet at indlevere selskabets tilladelser til at drive et reguleret marked og to multilaterale handelsfaciliteter til Finanstilsynet.

Den 9. juli 2015 offentliggjorde Finanstilsynet en redegørelse om inspektionen af B A/S Market[s] A/S på sin hjemmeside (...). Det fremgår af slutningsvist af redegørelsen, at ”[h]enset til, at B A/S har besluttet at indlevere selskabets tilladelser, vil Finanstilsynet i sagens natur henlægge sagen om inddragelse af B A/Ss tilladelser.”

Den 21. september 2015 anmodede Advokat A (...) på vegne af en række unavngivne investorer og selskaber Finanstilsynet om aktindsigt i alt materiale vedrørende B A/S og D AB, der ejer B A/S.

Ved afgørelse af 5. oktober 2015 (...) meddelte Finanstilsynet afslag på aktindsigt. I perioden fra Finanstilsynet modtog aktindsigtsanmodningen og til afslaget blev meddelt var der telefonisk kontakt mellem Finanstilsynet og Advokat A, hvor klager blev oplyst om, at anmodningen ville blive behandlet hurtigst muligt.

Den 2. november 2015 anmodede Advokat A om aktindsigt på vegne af K PLC, et engelsk selskab som indtil den 18. august 2015 var optaget til

handel på B A/S' multilaterale handelsfacilitet, C(...). Det fremgik af aktindsigtsanmodningen, at anmodningen omfattede materiale udover den af Finanstilsynet offentliggjorte redegørelse af 9. juli 2015 vedrørende forløbet op til B A/S beslutning om at indlevere selskabets tilladelser til at drive et reguleret marked og to multilaterale handelsfaciliteter.

Ved afgørelse af 6. november 2015 (...) meddelte Finanstilsynet afslag på aktindsigtsanmodningen indgivet på vegne af K PLC.

Ved e-mail af 1. december 2015 indbragte Advokat A Finanstilsynets afslag på aktindsigt af 6. november 2015 for Erhvervsankenævnet (...).

Finanstilsynets afgørelser af 5. oktober 2015 og 6. november 2015 er udarbejdet på engelsk. Til brug for Erhvervsankenævnets behandling af klagen er begge afgørelser oversat til dansk. Der er ikke anvendt en autoriseret oversætter.

12. Afgørelsens retlige grundlag

12.1. Forvaltningsloven

§ 9 i forvaltningsloven regulerer parterets ret til aktindsigt i afgørelsessager. Følgende fremgår af stk. 1:

”§ 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.”

12.2. Offentlighedsloven

§ 7 i lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven) regulerer den generelle ret til aktindsigt i den offentlige forvaltning. Stk. 1 har følgende ordlyd:

”§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.”

§ 14 i offentlighedsloven indeholder bestemmelser om meroffentlighed. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 14. Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 23-35. Der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Stk. 1 gælder også i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som indgår i sager, der er undtaget fra aktindsigt efter §§ 19-21.”

Retten til aktindsigt efter offentlighedsloven begrænses bl.a. af § 35 i offentlighedsloven, der har følgende ordlyd:

”§ 35. 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.”

12.3. Lov om værdipapirhandel m.v.

§ 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. indeholder bestemmelser om en særlig tavshedspligt for Finanstilsynets ansatte. Af stk. 1, 1-3. pkt., fremgår:

”§ 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, og eksperter, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør.”

§ 84 a, stk. 2-12, i lov om værdipapirhandel m.v. præciserer og modificerer tavshedspligten, som er fastsat i lovens § 84 a, stk. 1.

§ 84 b i lov om værdipapirhandel m.v. indeholder en udtømmende opregning af, hvem der kan anses som part i sager omfattet af loven. § 84 b, stk. 1-3, har følgende ordlyd:

”§ 84 b. Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene selskaber omfatter af § 7, stk. 1, et registreret betalingssystem, 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:

1) Et selskab, som søger om tilladelse til drift af et reguleret marked, værdipapirclearingvirksomhed og registreringsvirksomhed, jf. § 8, stk. 1.

2) Et medlem af en bestyrelse eller en direktion, som Finanstilsynet modtager oplysninger om i forbindelse med godkendelse i medfør af § 9, stk. 1 og 2.

3) Den påtænkte erhverver eller besidderen af en kvalificeret andel, når Finanstilsynet behandler sager om godkendelse af erhvervelser, jf. §§ 10, 10 a og 10 b, samt når Finanstilsynet reagerer som følge af manglende underretning om en andel eller ophæver stemmeretten, som er knyttet til den pågældende ejers andel, jf. § 10 d, stk. 1-3.

4) Den, der overtræder lovens forbud mod at benytte betegnelser omfattet af § 16, stk. 2, og § 42 d, stk. 1.

5) Den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af § 29 om indberetning af aktiebesiddelser eller for overtrædelse af kapitel 10.

6) Den, der for Finanstilsynet indbringer en af en operatør af et reguleret marked, et selskab, der driver en alternativ markedsplads, en clearing-central 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.

7) 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.

8) Den, som Finanstilsynet i medfør af § 33, stk. 2, har bestemt at indberetningspligten påhviler.

9) Den, der af Finanstilsynet pålægges at udarbejde interne regler efter § 37, stk. 1 og 2, eller foretage ændringer heri.

Stk. 3. Som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem, en revisor, en direktør eller andre ledende medarbejdere i et selskab omfattet af § 7 eller i andre virksomheder omfattet af loven, hvis Finanstilsynets påtale eller påbud i medfør af loven eller dennes forskrifter er rettet direkte mod pågældende.”

13. Finanstilsynets vurdering

13.1. Aktindsigt i henhold til forvaltningsloven

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.

§ 84 b i lov om værdipapirhandel m.v. indeholder en udtømmende opregning af, hvem der kan anses som part i sager omfattet af loven og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

Af § 84 b, stk. 1, følger, at som part i forhold til Finanstilsynets afgørelser anses alene selskaber omfattet § 7, stk. 1, i loven, et registreret betalingssystem, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet retter sig imod, jf. dog stk. 2 og 3.

§ 84 b, stk. 2 og 3, indeholder bestemmelser om i hvilke tilfælde en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1, tillige kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse.

Som det fremgår af Finanstilsynets redegørelse om inspektion af B A/S, har Finanstilsynet ikke truffet afgørelse om inddragelse af B A/S' tillæ-

delser, da B A/S frivilligt besluttede at indlevere selskabets tilladelser. Finanstilsynets sag blev derfor henlagt, uden at der blev truffet afgørelse.

Såfremt Finanstilsynet i den konkrete sag havde truffet afgørelse om inddragelse af B A/S' tilladelse til at drive et reguleret marked og to multilaterale handelsfaciliteter, ville en sådan afgørelse alene blive rettet mod B A/S, hvorfor K PLC ikke ville kunne anses som part efter § 84 b, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v.

Ligeledes ville K PLC, som var optaget til handel på B A/S ..., ikke være omfattet af de øvrige bestemmelser i § 84 b, stk. 2 og 3, i lov om værdipapirhandel m.v. i forhold til en af Finanstilsynet (hypotetisk) truffet afgørelse om inddragelse af tilladelser rettet mod B A/S, hvorfor K PLC ikke ville kunne anses for at være part i forhold til en sådan afgørelse.

Det bemærkes endvidere, at Finanstilsynet ikke har truffet afgørelse rettet mod K PLC, hvorfor K PLC ikke kan opnå partsstatus efter § 84 b, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v.

Det er således alene B A/S, der ville være part i forhold til en af Finanstilsynet truffet afgørelse om inddragelse af tilladelse, jf. § 84 b, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., såfremt Finanstilsynet havde truffet en sådan.

Med henvisning til ovenstående bemærkninger kan der ikke gives aktindsigt efter forvaltningsloven.

13.2. Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven

Udgangspunktet efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven 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. En undtagelse til dette udgangspunkt følger af § 35 i offentlighedsloven, der begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I medfør af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten efter § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. omfatter fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås i henhold til forarbejderne til bestemmelsen (lov nr. 133 af 24. februar 2009, jf. lov nr. 1383 af 20. december 2004) oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med lov om værdipapirhandel m.v. 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 Finanstilsynet skønner nødvendige, udleveret. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må virksomhederne således kunne nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

I henhold til forarbejderne til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. (lov nr. 133 af 24. februar 2009, jf. lov nr. 1383 af 20. december 2004) skal begrebet tilsynsvirksomhed ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapital 25 om tilsyn i lov om værdipapirhandel m.v. Det medfører bl.a., at sager der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 83, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, ikke omfattet.

Oplysningerne, som Finanstilsynet har vedrørende forløbet indtil B A/S' beslutning om at indlevere selskabets tilladelser, er modtaget som led i Finanstilsynets tilsyn med B A/S i medfør af loven – og dermed som led i tilsynsvirksomheden.

Ved afgørelsen af om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed er omfattet.

Finanstilsynet har vurderet, at oplysningerne i sagen om forløbet indtil B A/S' beslutning om at indlevere selskabets tilladelser er omfattet af tavshedspligten i § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v.

Med henvisningen til det ovenfor anførte kan der ikke gives aktindsigt efter § 7 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

13.3. Meroffentlighed

Finanstilsynet har overvejet, om der er grundlag for at meddele K PLC aktindsigt ud fra et princip om meroffentlighed, jf. § 14, stk.1, i offentlighedsloven.

Det fremgår dog af § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, at der ikke kan gives aktindsigt i videre omfang, hvis dette vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Som anført ovenfor vurderer Finanstilsynet, at oplysningerne, som Finanstilsynet er i besiddelse af vedrørende forløbet op til, at B A/S besluttede at indlevere selskabets tilladelser, er underlagt tavshedspligten i § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., hvorfor det ikke er muligt at give meraktindsigt, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

14. Konklusion

Med henvisning til ovenstående bemærkninger fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 6. november 2015.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 18. januar 2016 heroverfor bemærket:

”...

The FSA was tasked with regulating two MTFs (Multilateral Trading Facility) and one European Stock Exchange operating collectively as B A/S as defined under Danish Securities Trading Act §§ 16 & 17. The B A/S styled itself a European Global Market and operated offices in London and Sweden. The majority of investors, listed companies, brokers, and corporate advisors involved with the B A/S were based outside Denmark. The B A/S aggressively used the so called European passport under the Single Market to portray itself as a global market. Despite its humble beginnings, the B A/S claimed listed market capitalization of close to 2 billion Euros by 2014, some of the total market capitalization being very likely fraudulent and designed for criminal purposes.

The FSA was aware of these matters and the scope of B A/S Markets' global reach. The FSA was repeatedly warned about the presence of easily verified criminal elements associated with the B A/S as early as 2013 and ongoing by whistleblower Richard Smith of the United Kingdom.

Only in 2015 did the FSA act definitively to halt the abuses of the B A/S Markets. However, instead of referring for prosecution the malefactors who were mainly outside Denmark and sanctioning the B A/S Markets, the FSA published a single statement or allegation of gross negligence by the B A/S and permitted the B A/S to surrender their operating license in August 2015.

The remaining legitimate B A/S companies and their shareholders were left with no recourse and holding the proverbial empty bag. While B A/S surrendered their license, they denied any wrongdoing despite the public statements of FSA. Likewise, those companies and brokers who were suspected of market abuse suffered no adverse consequences in Denmark due to FSA's apparent hands off policy. Since August 2015 the FSA has deflected or not responded to requests that it take action on its original public finding or statement of gross negligence by B A/S Markets.

The capital losses however are very real. 1-2 billion Euros in market capitalization vanished when the B A/S ceased operations in August 2015. Shareholders who paid cash were left with valueless, illiquid shares. Companies that had spent significant hard cash to obtain and maintain a B A/S listing, usually expending far in excess of 100,000 Euros each, were left with nothing to show for their expenditures.

The problem was compounded not only by FSA's lack of follow through and shareholders' losses but by B A/S Market's truculent attitude that it had engaged in no wrongdoing when in fact, it obviously did hence the public statement by FSA. FSA for its part has not responded to a request to impound the B A/S Markets' share capital which according to Section 8(2)(2) of the Danish Securities Trading Act, that an operator of a regulated market shall have a share capital of no less than DKK 8 million. Petitioner has no idea if the paid in capital of DKK 8 million ever existed or if it did, was ever audited and what has become of it.

K PLC and its shareholders are representative of those persons and entities directly affected by the B A/S failure and naturally need information in order to pursue a contested claim for compensation as they are aware the Danish Securities Trading Act does not provide any investor protection schemes. As B A/S primarily operated in the United Kingdom and listed many North American companies, litigation may likely occur outside Denmark.

FSA contends it cannot release any information about its investigation and dealings with B A/S as it is confidential by law presumably under §84 of the of the Danish Securities Trading Act.

However, FSA has the discretion to release some information that would assist petitioner pursuant to §84(3),(4),(5) of the of the Danish Securities Trading Act. FSA has many options including withholding some information or redacting information in the case of genuine privacy concerns. On the other hand, if the withholding of information exists solely to shield B A/S from liability and/or mask FSA's failure to regulate prudently, the motivation is surely wrong and unlawful. There must be some balance in a situation where FSA has acted in disregard of the stakeholders it ostensibly is tasked with protecting from market abuse and contrary to openness and transparency. B A/Sf or its part by denying any wrongdoing despite the FSA finding has created further confusion.

Finally, Petitioner is shocked at FSA's blanket position to cover up the B A/S failure. While it is true the FSA has no investor protection scheme, the FSA professes to follow the guidelines of the International Organization of Securities Commissions (IOSC) and the European Securities and Markets Authority (ESMA) both of which stress transparency. For example, IOSC has three Objectives of securities regulation. These are: protecting investors; ensuring that markets are fair, efficient and transparent; and reducing systemic risk. Petitioner does not understand how withholding all information about B A/S accomplishes any of those objectives except to cover up whatever accommodation was reached which permits B A/S to deny wrongdoing despite a seemingly public finding by FSA that the market has to be closed because of many instances of gross negligence.

In conclusion, petitioner does not doubt FSA's lawyer has crafted a parochial argument that seemingly supports FSA's position that all information on the B A/S is confidential. Confidentiality however must serve a proper purpose, in this case a public stock market and its officers are shielded from liability and no public purpose served. Release of these

records may prove embarrassing to FSA however these interests must be balanced against the interests of investors, companies, the reputation of Danish financial markets and Single Market guidelines.

Therefore, given that the secret is out and B A/S publicly stands accused of gross negligence by FSA and has surrendered its license; a request for further information by aggrieved companies and shareholders is not unreasonable.

If FSA cannot see that it has duty not just blind adherence to rules but also to stakeholders, the good reputation of the Danish markets and the Single Market; then an interagency solution should be designed either by the Companies Board or the Parliamentary Ombudsman as the current position of FSA is intolerable to the principles it claims to espouse. In short, no investor should feel confident investing in a Danish FSA regulated security or market when secret deals are made and confidentiality used as sword to fend off the investor seeking a remedy.
...”

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt i henhold til 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 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. I stk. 2 anføres imidlertid nogle tilfælde, hvor en anden end virksomheder omfattet af stk. 1 tillige anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Da der i sagen vedrørende B A/S' beslutning om at indlevere selskabets tilladelse til at drive et reguleret marked og to multilaterale handelsfaciliteter ikke af Finanstilsynet er eller vil blive truffet en afgørelse, som retter sig mod K PLC, jf. værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1 – og da K PLC heller ikke er omfattet af

nogle af de i lovens § 84 b, stk. 2, opregnede tilfælde – er klager ikke part i sagen, hvorfor der ikke kan meddeles aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

2. *Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven*

I henhold til offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, 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 § 35, 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 i værdipapirhandelsloven 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.
...”

Finanstilsynets oplysninger vedrørende forløbet indtil B A/S' beslutning om at indlevere selskabets tilladelser er fortrolige og modtaget som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at de af klager ønskede oplysninger er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. værdipapirhandelslovens § 84 a, og at klager således heller ikke efter offentlighedsloven, herunder regler om meroffentlighed, har krav på aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor den påklagede afgørelse fra Finanstilsynet.

26) Kendelse af 14. april 2016 (J.nr. 2016-2340)

Efter en konkret vurdering blev aktionær i børsnoteret selskab anset som part i forhold til fondsbørs' beslutning om sletning af selskabet fra handel og officiel notering.

Værdipapirhandelslovens §§ 22, 83 a, 84 b, stk. 2, nr. 6, og 88, samt bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 (betingelsesbekendtgørelsen) § 1, stk. 1 og § 14, stk. 2 og bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 (delegationsbekendtgørelsen) §§ 1, 6, stk. 3 og 7.

(Finn L. Meyer, Arne Nabe Poulsen, Lone Møller, Susanne Nielsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. marts 2016 har Advokat A på vegne af K, der er minoritetsaktionær i B A/S klaget til Erhvervsankenævnet over, ”at ... [fondsbørsen] den 24. februar 2016 har imødekommet en ansøgning fra B A/S om sletning fra notering, og at Finanstilsynet den 13. marts 2016 [16. marts 2016] har afvist at behandle en klage herom”. Der blev samtidigt anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning for sletningen.

Erhvervsankenævnet forholder sig i første omgang udelukkende til spørgsmålet om, hvorvidt klager har partsstatus og dermed er klageberettiget.

... [fondsbørsen] A/S har på ankenævnets opfordring – til nævnets fortrolige behandling - fremsendt ... [fondsbørsen]s beslutninger af 24. februar 2016, hvorved anmodningen fra B A/S om sletning fra handel tages til følge og anmodningen om sletning fra officiel notering imødekommes.

Sagens omstændigheder:

Det fremgår af sagen, at Advokat A ved skrivelse af 7. marts 2016 klagede til Finanstilsynet over, at ... [fondsbørsen] den 24. februar 2016 har imødekommet en ansøgning fra B A/S om sletning fra notering. Der blev nedlagt påstand om, at Finanstilsynet ophævede ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning af udstederen fra

notering, og samtidigt anmodedes der om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. Vedrørende det formelle spørgsmål om klagers klageberettigelse anførtes:

”Til støtte for, at min klient – og andre minoritetsaktionærer, der måtte klage til Finanstilsynet – er klagebeføjede, henviser jeg til VHL § 84 b, stk. 2, nr. 7, [VHL § 84 b, stk. 2, nr. 6] hvorefter Finanstilsynet kan tillægge andre end udstederen selv partsstatus i særlige tilfælde. Jeg gør gældende, at en beslutning om, at et værdipapir skal slettes fra notering, er vidtgående eller principiel, jf. ... Erhvervsankenævnets kendelse af 18. oktober 2012 (nævnets j.nr. 2012-0032824), der i en tilsvarende situation hjemviste en klage, som Finanstilsynet havde forhåndsafvist, til fornyet, konkret behandling af klageberettigelsen hos Finanstilsynet. ...”

Finanstilsynet besvarede klagen den 16. marts 2016 med følgende:

”Vedrørende Deres henvendelse om klage over den af ... [fondsbørsen] A/S trufne afgørelse om at imødekomme en anmodning fra B A/S om sletning fra handel og officiel notering

De har ved mail af 7. marts 2016 på vegne af ... K (”klageren”) klaget over, at ... [fondsbørsen] A/S (”... [fondsbørsen]”) den 24. februar 2016 har imødekommet en ansøgning fra B A/S (”udstederen”) om sletning fra notering.

Finanstilsynet har lagt til grund, at Deres klage vedrører dels sletning fra officiel notering, jf. § 22, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., dels sletning fra handel, jf. § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

1. Sletning fra officiel notering

Finanstilsynet skal herved gøre opmærksom på, at Finanstilsynet ikke har kompetence til at behandle klager over sletning fra officiel notering.

Det følger af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., at Finanstilsynet kan bestemme, at tilsynets beføjelser efter regler fastsat i henhold til lovens § 22, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., kan udøves på tilsynets vegne af en operatør af et reguleret marked på nærmere fastsatte vilkår.

Det følger endvidere af § 88, stk. 2, jf. stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., at afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne, kan indbringes for erhvervsankenævnet senest 4 uger efter at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Finanstilsynet har i medfør af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. udstedet bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 - (delegationsbekendtgørelsen).

I henhold til denne bekendtgørelses § 7 kan afgørelser truffet af OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S inden for det delegerede område indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelet den pågældende.

Finanstilsynet skal således henvise Dem til at rette henvendelse til Erhvervsankenævnet, såfremt De ønsker at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra officiel notering.

Det bemærkes, at fristen herfor er 4 uger efter, at afgørelsen fra ... [fondsbørsen] er meddelt pågældende.

2. Sletning fra handel

De anfører i Deres henvendelse, at klageren og andre minoritetsaktionærer, der måtte klage til Finanstilsynet, er klagebeføjede og henviser i den forbindelse til Erhvervsankenævnets kendelse af 18. oktober 2012 (nævntes j.nr. 2012-0032824).

For så vidt angår ... [fondsbørsen]s afgørelse om at imødekomme en ansøgning fra udstederen om sletning fra handel, jf. § 25, stk. 3 i lov om værdipapirer m.v., skal Finanstilset gøre opmærksom på, at muligheden for at indbringe en afgørelse truffet af en operatør af et reguleret marked for Finanstilsynet kun er muligt for den person, som afgørelsen retter sig til, jf. § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet skal i den anledning henvise til, at § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v., blev ændret ved lov nr. 403 af 28. april 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., straffeloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v., retsplejeloven og forskellige andre love. Af bemærkningerne hertil, jf. L119/2013, fremgår bl.a. følgende:

”Endelig foreslås det præciseret, at klageadgangen alene tilkommer den, som afgørelsen er rettet imod. I den gældende formulering af stk. 3, kan en afgørelse indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Den nuværende formulering har givet anledning til tvivl om, hvem der var berettiget til at indbringe afgørelser til Finanstilsynet. Finanstilsynet har antaget den fortolkning, at ved formuleringen af den gældende bestemmelse, hvorefter en afgørelse kan indbringes senest 4 uger efter, afgørelsen er meddelt den pågældende, er den klageberettigede alene vedkommende virksomhed eller person, som afgørelsen var rettet til. Denne praksisforeslås kodificeret, hvorved det præciseres, at klageadgangen alene tilkommer den, som den oprindelige afgørelse truffet af operatøren af det regulerede marked eller den multilaterale handelsfacilitet, en clearingcentral eller en værdipapircentral er rettet imod. Det er således alene tale om en præcisering af gældende ret i relation til, hvem der er klageberettiget til Finanstilsynet”

Finanstilsynet skal således gøre opmærksom på, at klageren og andre minoritetsaktionærer ikke er berettiget til at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning af B A/S fra handel til Finanstilsynet, da en sådan klageadgang kun er mulig for den, som afgørelsen retter sig imod.”

Advokat A klagede herefter den 17. marts 2016 til Erhvervsankenævnet over, at ... [fondsbørsen] den 24. februar 2016 har imødekommet ansøgningen fra B A/S om sletning fra notering, og at Finanstilsynet har afvist at behandle klagen herom. I klageskrivelsen anføres blandt andet:

”...

Jeg nedlægger over for Erhvervsankenævnet følgende

PÅSTANDE:

Påstand I – partsstatus

Klageren tillægges partsstatus, og hans klage til Erhvervsankenævnet tages under realitetsbehandling af Nævnet.

Påstand II – opsættende virkning

i. Klagen tillægges opsættende virkning for sletningen af B A/S på ... [fondsbørsen], mens sagen verserer for Erhvervsankenævnet, således at B A/S forbliver noteret, mens klagen verserer for Erhvervsankenævnet.

ii. Såfremt sagen hjemvises til Finanstilsynet som påstået under påstand IV, tillægges klagen ligeledes opsættende virkning for sletningen, mens sagen efterfølgende verserer for Finanstilsynet, såfremt sagen hjemvises til Finanstilsynet som påstået under påstand IV, således at B A/S forbliver noteret, mens klagen verserer for Finanstilsynet.

Påstand III – Nævnet realitetsbehandler

Erhvervsankenævnet foretager selv realitetsbehandlingen af klagen.

Påstand IV – Nævnet ophæver ... [fondsbørsen]s afgørelse

For det tilfælde at Erhvervsankenævnet i overensstemmelse med påstand III overtager realitetsbehandlingen af sagen, nedlægges der påstand om, at Erhvervsankenævnet ophæver ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning af B A/S fra notering.

Påstand V – Subsidiært: Finanstilsynet realitetsbehandler

For det tilfælde at Erhvervsankenævnet ikke i overensstemmelse med påstand III overtager realitetsbehandlingen af sagen, nedlægges der på-

stand om, at Erhvervsankenævnet a) ophæver Finanstilsynets afgørelse af 13. marts 2016 [16. marts 2016] om at afvise sagen fra realitetsbehandling, og b) hjemviser sagen til Finanstilsynet til realitetsbehandling af klagen.

Det er uantageligt, at man kun vil anse det udstedende selskab, der selv har anmodet om afnoteringen, for at være klageberettiget, hvorimod de hundreder af minoritetsaktionærer, som afnoteringen rammer økonomisk, ikke anses for klageberettigede af Finanstilsynet.

ANBRINGENDER:

Til støtte for de nedlagte påstande gør jeg følgende anbringender gældende:

Påstand I - partsstatus

Til støtte for, at min klient – og andre minoritetsaktionærer, der måtte klage til Finanstilsynet - er klagebeføjede, henviser jeg til VHL § 84 b, stk. 2, nr. 7, hvorefter Finanstilsynet kan tillægge andre end udstederen selv partsstatus i særlige tilfælde.

Jeg gør herved gældende, at en beslutning om, at et værdipapir skal slettes fra notering, er vidtrækkende eller principiel, jf. ... Erhvervsankenævnets kendelse af 18. oktober 2012 (nævnets j.nr. 2012-0032824), der i en tilsvarende situation hjemviste en klage, som Finanstilsynet havde forhåndsafvist, til fornyet, konkret behandling af klageberettigelsen hos Finanstilsynet.

Påstand II – opsættende virkning

Klagen bør tillægges opsættende virkning for sletningen, således at noteringen opretholdes, indtil klagesagen er afgjort.

Til støtte herfor henviser jeg til værdipapirhandelslovens ("VHL") § 88, stk. 3, 2. pkt., og til, at der vil kunne ske uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges suspensiv virkning, idet klagemuligheden vil blive meningsløs, hvis sletningen faktisk er eksekveret.

... [fondsbørsen] tillod i sin afgørelse om sletning (afnotering), at sidste handelsdag bliver den 8. april 2016; udstederen har efter det oplyste besluttet, at sidste handelsdag er den 21. april 2016.

Under alle omstændigheder er suspensiv virkning af klagen nødvendig, idet en afgørelse af sagens realitet ikke realistisk kan forventes inden for nogen af disse frister.

Påstand III – Nævnet realitetsbehandler

Det er helt åbenlyst, at Finanstilsynet ikke ønsker at tage stilling til sagen, ganske ligesom det var tilfældet i den anførte nævnssag fra 2012,

hvor Nævnet måtte pålægge Finanstilsynet at tage stilling til klageberettigelsen – hvorefter Finanstilsynets endelige afgørelse alligevel var, at tilsynet ikke ville realitetsbehandle sagen.

Det er uantageligt, at man kun vil anse det udstående⁴ selskab, der selv har anmodet om afnoteringen, for at være klageberettiget, hvorimod de hundreder af minoritetsaktionærer, som afnoteringen rammer økonomisk, ikke anses for klageberettigede af Finanstilsynet

Jeg gør gældende, at så ineffektive – reelt ikke-eksisterende – retsmidler for minoritetsaktionærer i et børsnoteret selskab stemmer meget dårligt med Danmarks internationale forpligtelser, dels

- a) efter EU-retten, særligt direktiv 2007/36 om udøvelse af aktionærrettigheder i børsnoterede selskaber samt efter overtagelsesdirektivet, 2004/25, og dels
- b) efter de europæiske grundrettigheder, herunder særligt protokol nr. 1, artikel 1, til Den Europæiske Menneskeretskonvention om beskyttelse af ejendomsrettigheder (possessions). Dette har Erhvervsankenævnet nu muligheden for at rette op på ved selv at overtage realitetsbehandlingen af sagen, dels fordi Finanstilsynet åbenlyst ikke vil realitetsbehandle, og dels fordi Finanstilsynet i sin afvisning af 13. marts 2016, [16. marts 2016] ..., selv henviser til at klage til Erhvervsankenævnet over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning.

Dette har Erhvervsankenævnet nu muligheden for at rette op på ved selv at overtage realitetsbehandlingen af sagen, dels fordi Finanstilsynet åbenlyst ikke vil realitetsbehandle, og dels fordi Finanstilsynet i sin afvisning af 13. marts 2016 [16. marts 2016], ..., selv henviser til at klage til Erhvervsankenævnet over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning.

Jeg nedlægger derfor under påstand III en påstand om overspringelse af Finanstilsynet, når dette åbenlyst ikke vil beskæftige sig med sagen. Det er ikke et ukendt forvaltningsretligt fænomen, at en sådan overspringelse af én ud af flere rekursinstanser kan blive mulig eller (som her) nødvendig.

Påstand IV – Nævnet ophæver ... [fondsbørsen]s afgørelse

For det tilfælde, at Nævnet følger min påstand III og realitetsbehandler sagen, nedlægger jeg påstand om, at nævnet ophæver ... [fondsbørsen]s urigtige afgørelse om afnotering og dermed sikrer en fortsat notering af B A/S.

Påstand V – Subsidiært: Finanstilsynet realitetsbehandler

Hvis Nævnet mod forventning ikke selv vil realitetsbehandle som påstået af mig i påstand III og IV, bør Nævnet ligesom i den ... omhandlede nævnsafgørelse fra 2012 hjemvise sagen til Finanstilsynet til behandling af spørgsmålet om partsstatus.

Det, der for alvor vækker bekymring i denne henseende, er imidlertid, at da Nævnet gjorde dette i afgørelsen fra 2012, afviste Finanstilsynet alligevel at give minoritetsaktionærerne partsstatus. Derfor er påstand III og IV ubetinget de mest effektive til beskyttelse af minoritetsaktionærerne.

Nærmere til støtte for påstand III og IV – Nævnet realitetsbehandler sagen og ophæver ... [fondsbørsen]s afgørelse

Til støtte for, at Erhvervsankenævnet bør ophæve ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning af udstederen fra notering, gør jeg følgende gældende:

Betingelserne for sletning i VHL § 25, stk. 3, sammenholdt med pkt. 2.9 i Regler for udstedere, er ikke opfyldt, idet det er **sandsynligt, at en sletning fra notering vil være til væsentlig skade for investorernes interesser og/eller til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.**

En sletning vil betegne en børs- og markedsretlig glidebane i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med en sletning: Der bør rettes et så gunstigt tilbud til minoritetsaktionærerne, at hovedaktionæren opnår mere end 90 pct. af kapitalen og dermed kan tvangsindløse de resterende under 10 pct. I nærværende sag har ... [fondsbørsen] tilladt en sletning trods en minoritet på oprindelig over 20 pct. af selskabets kapital, og dette er ikke meningen med forskrifterne om sletning.

Hvis sletning tillades i en situation som den foreliggende, **underminerer det reelt tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct.** og erstatter – i strid med lovgivningsmagtens intentioner med tvangsindløsnings- og sletningsreglerne – 90 pct.-grænsen med en anden og langt lavere grænse, nemlig en 67 pct.-grænse, idet minoritetsaktionærerne herefter aldrig kan vide sig sikre mod, at en hovedaktionær, der konkret behersker et flertal som til vedtægtsændringer, kan beslutte sletning og dermed fra dag til dag forvandle en hidtil likvid børsnoteret aktie til en illikvid unoteret aktie. Forvandlingen sker reelt ikke med virkning fra den sidste handelsdag; den sker reelt med virkning fra det tidspunkt, hvor en intention om sletning er fremført og ikke kan afvises som en realitet af markedet. En sådan flytning af grænsen for tvangsindløsning og sletning fra 90 pct. til 67 pct. bør ... [fondsbørsen] og Finanstilsynet ikke medvirke til. – Undermineringen bliver kun større af det forhold, at de 90 pct. beregnes af hele selskabskapitalen, mens de 67 pct. beregnes af stemmer/kapital på den konkrete generalforsamling, dvs. typisk af et mindre beløb end hele selskabskapitalen.

Ifølge presseforlydender, der ikke synes at være afkræftet af udstederen eller af C A/S [majoritetsaktionær], **synes sletningen at være led i en slagplan**, der synes at have haft til hensigt at *squeeze* minoritetsaktionærerne ud og gennemføre en sletning, uanset at der ved C A/S' indtræden som majoritetshaver var minoritetsaktionærer på over 20 pct. af selskabskapitalen hos udstederen. De pågældende presseforlydender om den nævnte slagplan fremgår af en artikel i ..., ...

Slagplanen fik virkning – antagelig helt som tilsigtet – allerede før den ekstraordinære generalforsamling i oktober 2015 og før anmodningen om sletning, hvilket ses af, at dengang ca. 2.200 aktionærer herved successivt blev reduceret til ca. 1.300 aktionærer.

Der fremlægges ... en oversigt over aktionærfordelingen, hvoraf det fremgår, at C A/S erhvervede 76,12 pct., og at **der var næsten 22 pct. minoritetsaktionærer**, der fordelte sig med 8,26 pct., som klageren har kontakt med, og 13,53 pct. øvrige minoritetsaktionærer. – Efter gennemførelsen af C A/S ' endelige købstilbud var fordelingen som følger: C A/S 78,90 pct., minoritetsaktionærerne 19,64 pct. og udstederens beholdning af egne aktier 1,46 pct. Minoritetsaktionærernes andel af selskabskapitalen var således lige under 20 pct. Fraregnes udstederens beholdning af egne aktier, var minoritetsaktionærernes andel 19,93 pct.

Idet jeg på ny erindr om, at kriteriet for sletning ifølge VHL § 25, stk. 3, er, om det er sandsynligt, at en sletning vil være til væsentlig skade (a) for investorenes interesser og/eller til skade (b) for markedets ordentlige funktion [min litrering], gør jeg gældende, at en sletning i en situation som den foreliggende både vil være til væsentlig skade for investorenes interesser og vil være til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion (det er imidlertid tilstrækkeligt til at være til hinder for sletning, at blot ét af disse kategorier af hensyn skades væsentligt, dvs. enten (a) eller (b)):

- **Til væsentlig skade for investorenes interesser.** Jeg henviser til, at hele forløbet har ført til et værditab for investorerne. Kursen på udstederens aktier faldt med 42,78 pct. i løbet af de første 3 handelsdage efter offentliggørelsen af sletningen. En likvid børsnoteret aktie blev forvandlet til (forventningen om) en illikvid unoteret aktie.
- **Til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.** På et marked som det danske findes der som bekendt mange noterede selskaber, hvor hovedaktionærens andel af selskabskapitalen ligger i intervallet 67 – 90 pct. Der er i erhvervspressen med rette rejst det spørgsmål, om disse grupper af minoritetsaktionærer efter en afgørelse som den her anfægtede bør frygte for en sletning, med markante værdifald til følge, jf. ..., ... En sådan udvikling vil i væsentlig grad være skadelig for markedet, og den vil kunne undergrave tilliden både til markedet generelt og mere specifikt også undergrave tilliden til ... [fondsbørsen]. Bekymringen ses klart udtrykt i udsagn i erhvervspressen som ...

...

De vigtigste dele af sagsforløbet kan opsummeres som følger:

- 1) Bestyrelsens redegørelse, ..., om det frivillige bud af 10. juli 2015 på 34 kr. pr. aktie.

- 2) Bestyrelsens redegørelse, ..., om tillæg af 10. august 2015 til det frivillige bud. Buddet hæves til 40 kr. pr. aktie. Det ses på s. 8, at et konkurrerende bud fra F ApS på netop 40 kr. forventedes.
- 3) Indsigelse af 21. august 2015 over for ... [fondsbørsen], ..., D mod sletningen på egne og en række andre minoritetsaktionærs vegne. Det ses, at der da er 1.347 minoritetsaktionærer hos udstederen.
- 4) Bestyrelsens redegørelse, ..., om pligtmæssigt tilbud af 24. august 2015.
- 5) En række minoritetsaktionærer holder møde med ... [fondsbørsen] den 2. november 2015. Som ... fremlægges de slides, minoritetsaktionærerne anvendte ved forelæggelsen af sagen for ... [fondsbørsen].

Sammenfattende gør jeg på klagerens vegne gældende over for Finanstilsynet [Erhvervsankenævnet], at sletningsreglerne i VHL § 25, stk. 3, og i pkt. 2.9 i Regler for udstedere er anvendt på en måde, der

- er til væsentlig skade for investorernes interesser og/eller til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion,
- betegner en børns- og markedsretlig glidebane i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med en sletning,
- underminerer tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct. (af hele selskabskapitalen) og erstatter den med en 67 pct.-grænse (af den repræsenterede kapital),
- synes at være et led i en slagplan, der synes at have haft til hensigt at *squeeze* minoritetsaktionærerne ud og gennemføre sletning, uanset at der ved C A/S' indtræden som majoritetshaver var minoritetsaktionærer på 20 pct. af selskabskapitalen hos udstederen, og
- risikerer at undergrave tilliden til markedet generelt og til ... [fondsbørsen] specielt.

...”

I anledning af klagen rettede Erhvervsankenævnet blandt andre henvendelse til Finanstilsynet. Finanstilsynet skrev herefter den 21. marts 2016 følgende til Erhvervsankenævnet:

”...

Finanstilsynet har dagsdato videresendt Erhvervsankenævnets henvendelse til ... [fondsbørsen] A/S til besvarelse.

1. Sagsfremstilling

Sletning fra officiel notering

Finanstilsynet oplyste den 16. marts 2016 til Advokat A, at Finanstilsynet ikke har kompetence til at behandle klager over sletning fra officiel notering.

Det følger af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., at finanstilsynet kan bestemme, at tilsynet beføjelser efter regler fastsat i

henhold til lovens § 22, stk. 2, kan udøves på tilsynets vegne af en operatør af et reguleret marked på nærmere fastsatte vilkår.

Det følger endvidere af § 88, stk. 2, jf. stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., at afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne, kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Finanstilsynet har i medfør af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. udstedt bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 - (delegationsbekendtgørelsen).

I henhold til denne bekendtgørelses § 7 kan afgørelser truffet af OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S inden for det delegerede område indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Finanstilsynet henviste således Advokat A til at rette henvendelse til Erhvervsankenævnet, såfremt Advokat A ønskede at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra officiel notering.

Sletning fra handel

For så vidt angår ... [fondsbørsen]s afgørelse om at imødekomme en ansøgning fra B A/S ("udstederen") om sletning fra handel, jf. § 25, stk. 3 i lov om værdipapirer m.v., henlede Finanstilsynet Advokat As opmærksom på, at muligheden for at indbringe en afgørelse truffet af en operatør af et reguleret marked for Finanstilsynet kun er muligt for den person, som afgørelsen retter sig til, jf. § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet gjorde på den baggrund Advokat A opmærksom på, at klageren og andre minoritetsaktionærer ikke har adgang til at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelsen om sletning af B A/S fra handel til Finanstilset, da afgørelsen herom ikke retter sig mod dem.

2. Konklusion

Finanstilsynet har således efter tilsynets opfattelse ikke truffet afgørelse i sagen vedrørende henvendelsen fra Advokat A eller de øvrige klagere. Finanstilsynet har alene ved besvarelsen af henvendelserne vejledt om reglerne om, hvortil ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra officiel notering kan indbringes, samt hvem der er tillagt klageadgang ved ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra handel.

Idet kompetencen til at træffe afgørelse vedrørende såvel sletning fra officiel notering som sletning fra handel tilkommer ... [fondsbørsen], har Finanstilsynet dags dato videresendt Erhvervsankenævnets henvendelser til ... [fondsbørsen] til besvarelse.

...”

Advokat A kommenterede herpå ved skrivelse af 25. marts 2016 med blandt andet følgende bemærkninger:

”...

Finanstilsynets udtalelse indeholder en række relevante og nyttige henvisninger til regler i værdipapirhandelsloven (VHL), men forholder sig hverken til sagens realitet eller til det helt påtrængende spørgsmål om sagens formalitet: suspension af ... [fondsbørsen]s beslutning om at slette B A/S fra notering – og da slet ikke til sagens realitet om, hvorvidt det har været berettiget at foretage sletningen af B A/S fra notering.

Det er kernen i Finanstilsynets udtalelse, at Finanstilsynet ikke er klageinstans i sagen, og at klagen derfor skal rettes direkte til Erhvervsankenævnet (hvilket jo imidlertid allerede er sket).

På klagerens vegne gør jeg gældende, at Erhvervsankenævnet bør følge denne retsopfattelse og dermed bør

- a) tage substantiel stilling til klagerens partsstatus (ikke blot hjemvise dette til afgørelse hos Finanstilsynet),
- b) tage stilling til klagerens påstand om, at klagen tillægges opsættende virkning, og herved bør tillægges klagen opsættende virkning, og
- c) tage substantiel stilling til selve klagen, dvs. afgøre denne i realiteten.

Finanstilsynets hørings svar bærer i det hele præg af, at Finanstilsynet finder, at sagens spørgsmål i deres helhed, både for så vidt angår sagens formalitet (suspension og partsstatus) og sagens realitet (var det forkert at slette B A/S fra børsnotering?) henhører under Erhvervsankenævnet.

Denne opfattelse kan jeg på klagerens vegne tilslutte mig, og herefter kan mine påstande under sagen forenkles til at være som følger:

PÅSTANDE:

Påstand I - partsstatus

Klageren tillægges partsstatus, og hans klage til Erhvervsankenævnet tages under realitetsbehandling af Nævnet.

Anbringender:

Til støtte for, at min klient – og andre minoritetsaktionærer, der måtte klage til Finanstilsynet - er klagebeføjede, henviser jeg til bemærkningerne nedenfor ... om betydningen af VHL § 84 b, stk. 2, nr. 6, og side 13 om § 4, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af Finanstilsynets beføjelser til ... [fondsbørsen].

Jeg gør tillige gældende, at en beslutning om, at et værdipapir skal slettes fra notering, er vidtrækkende eller principiel, jf. ... Erhvervsankenævnets kendelse af 18. oktober 2012 (nævnets j.nr. 2012-0032824).

Det er uantageligt, at man kun vil anse det udstedende selskab, der selv har anmodet om afnoteringen, for at være klageberettiget, hvorimod de hundreder af minoritetsaktionærer, som afnoteringen rammer økonomisk, ikke anses for klageberettigede af Finanstilsynet.

...

Påstand III – Nævnet realitetsbehandler

Erhvervsankenævnet foretager selv realitetsbehandlingen af klagen.

Anbringender:

Som det ses af Finanstilsynets hørings svar, anser Finanstilsynet Erhvervsankenævnet for at være klageinstans i forhold til ... [fondsbørsen]s afgørelse om afnotering.

Hvis Erhvervsankenævnet er enig heri, kan Finanstilsynet i det hele springes over i nærværende sag, og alle afgørelser i sagen skal herefter træffes af Erhvervsankenævnet. Det gælder både 1) afgørelsen om klagenes partsstatus, 2) afgørelsen om naturligvis!) at suspendere afnoteringen, indtil nærværende klagesag er afgjort, 3) selve den materielle klage: Var betingelserne for afnotering (*delisting*, sletning) opfyldt, eller er ... [fondsbørsen] gået for vidt i denne sag? (hvilket klageren og jeg mener er tilfældet).

...

JURAEN I SAGEN

Da det juridiske grundlag for en sag som nærværende, både hvad angår substans, kompetence og klagemulighed, er ændret talrige gange gennem tiden, skal jeg hermed rekapitulere de relevante lovregler i VHL og den til området knyttede bekendtgørelse.

...

Først følger de relevante VHL-regler:

§ 22. Finanstilsynet kan efter anmodning fra en udsteder af aktier, aktiecertifikater eller obligationer træffe beslutning om officiel notering af det pågældende værdipapir, hvis dette er optaget eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked.

Stk. 2. Finanstilsynet fastsætter regler om betingelserne for officiel notering af værdipapirer, jf. stk. 1, og om suspension og sletning af værdipapirer fra sletning

VHL § 22 behandler nogle vigtige kompetencespørgsmål:

Det er Finanstilsynet, der har den originære kompetence til at træffe beslutning om optagelse til handel på et reguleret marked, jf. § 22, stk. 1.

Ligeledes er det Finanstilsynet, der fastsætter reglerne om betingelser for notering og for suspension og sletning af papirer fra notering, jf. § 22, stk. 2.

Udtrykket ”originær” kompetence står i modsætning til ”delegeret” kompetence, cf. almindelige forvaltningsretlige begreber.

§ 25. En operatør af et reguleret marked kan suspendere eller slette værdipapir fra handelen på det regulerede marked, hvis værdipapiret ikke længere opfylder det regulerede markeds regler. Suspension eller sletning må dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Stk. 2. En operatør, der efter stk. 1 træffer beslutning om suspension eller sletning af et værdipapir, skal hurtigst muligt offentliggøre denne beslutning og meddele Finanstilsynet de relevante oplysninger.

Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Stk. 4. En udsteder har ret til at få et værdipapir slettet fra handelen på et reguleret marked, hvis værdipapiret i forbindelse hermed optages til handel eller er optaget til handel på et andet reguleret marked.

VHL § 25 behandler det materielle spørgsmål om sletning fra handelen.

En anmodning fra det noterede selskab (udstederen) om sletning tages til følge, dog ikke, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion, jf. § 25, stk. 3.

Under nærværende sag gøres det gældende, at en sletning vil være til væsentlig skade

- for investorernes interesser, idet imødekommelsen af anmodningen om sletning har ført til et værditab for investorerne (kursen på udstederens aktier faldt med 42,78 pct. i løbet af de første 3 handelsdage efter offentliggørelsen af sletningen, og en likvid børsnoteret aktie blev forvandlet til (forventningen om) en illikvid unoteret aktie), samt
- til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, idet der på et marked som det danske findes mange noterede selskaber, hvor hovedaktionærens andel af selskabskapitalen ligger i intervallet 67 – 90 pct., hvorfor der i erhvervspressen med rette er rejst det

spørgsmål, om disse grupper af minoritetsaktionærer efter en afgørelse som den her anfægtede bør frygte for en sletning, med markante værdifald til følge,

§ 83 a. Finanstilsynet kan bestemme, at tilsynets beføjelser efter (...) 2) § 22, stk. 1, og regler udstedt i medfør af § 22, stk. 2, kan udøves på tilsynets vegne af en operatør af et reguleret marked på nærmere fastsatte vilkår, (...)

Det er denne bestemmelse om delegation, der – efter en betydelig offentlig debat om kompetenceforholdet mellem det offentlige (Finanstilsynet) og private operatører (nu ... [fondsbørsen]) før en årrække siden førte til den nuværende kompetencefordeling.

Nedenfor vender jeg tilbage til den bekendtgørelse ("delegationsbekendtgørelsen"), gennem hvilken Finanstilsynet delegerede sin originære kompetence på dette vigtige retsområde til ... [fondsbørsen], og inden for hvilke rammer denne kompetence skal udøves, jf. atter delegationsbekendtgørelsen.

§ 84 b. Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene selskaber omfattet af § 7, stk. 1, et registreret betalingssystem, 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:

(...)

6) 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.

Det vil ses, at bestemmelsen efter sin ordlyd alene regulerer de tilfælde, hvor der er tale om en klage til Finanstilsynet. Det er der ikke i nærværende sag, såfremt Erhvervsankenævnet beslutter at følge Finanstilsynets egen retsopfattelse, hvorefter alene Erhvervsankenævnet, ikke Finanstilsynet, er klageinstans.

Der er også gode reale grunde til, at det kun er ved klagesager direkte til Finanstilsynet, at der skal være et indskrænket partsbegreb. Ved disse sager er klageren ofte en privatperson eller en virksomhed, hvorimod Finanstilsynets afgørelser drejer sig om finansielle virksomheders forhold, som normalt (med god grund) er omgærdet med ekstrem tavshedspligt.

Helt anderledes er det i de modsat rettede sager om markedets forhold, herunder notering, afnotering mv. af børsnoterede virksomheder.

§ 88. Afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov, regler udstedt i medfør af denne lov og forordninger udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/109/EF af 15. december 2004 om harmonisering af gennemsigtighedskrav i forbindelse med oplysninger om udstedere, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. (...).

Stk. 2. Stk. 1 finder tillige anvendelse på afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne.

Stk. 3. Afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder, selskaber, der driver multilaterale handelsfaciliteter, clearingcentraler eller værdipapircentraler i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven kan af den, som afgørelsen retter sig til, indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Indbringelsen kan tillægges opsættende virkning.

Stk. 4. Erhvervsankenævnets afgørelser og afgørelser, Finanstilsynet træffer efter stk. 3, kan af den, som afgørelsen retter sig til, ved et sagsanlæg senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, indbringes for domstolene.

Stk. 5. Afgørelser vedrørende registrering, ændring eller udslettelse af rettigheder i en værdipapircentral truffet af en værdipapircentral og afgørelser truffet af Klagenævnet for Værdipapircentraler er ikke omfattet af stk. 1-4.

Her er selve klagebestemmelsen i forhold til Finanstilsynet hhv. Erhvervsankenævnet i VHL.

Det vil ses, at VHL § 88, stk. 2 og stk. 3, peger i modsat retning, når det drejer sig om at klage over en afgørelse fra en operatør af et reguleret marked (læs her: ... [fondsbørsen]' afgørelse om sletning af B A/S fra notering:

- Stk. 2 synes at måtte føre til, at afgørelser truffet af ... [fondsbørsen] ("virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne") skal påklages til Erhvervsankenævnet.
- Stk. 3 synes at måtte føre til, at afgørelser truffet af ... [fondsbørsen] ("operatører af regulerede markeder") skal påklages til Finanstilsynet selv. Dette stemmer også bedst med den (uskrevne) almindelige forvaltningsretlige grundsætning om, at afgørelser truffet af en myndighed mv. der har modtaget delegeret kompetence, skal påklages til den myndighed, hvorfra kompetencen er delegeret (dvs. påklages til den myndighed, der har den originære kompetence).

Det er væsentligt at bemærke, at Finanstilsynet selv tilsyneladende tillægger stk. 2 størst betydning, dvs. at afgørelsen i den foreliggende sag i sin substans bør afgøres af Erhvervsankenævnet.

Dette støttes af, hvad der blev anført i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007, gennem hvilken Finanstilsynet delegerede kompetencen til ... [fondsbørsen], jf. bekendtgørelsens § 7.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at Erhvervsankenævnet bør tilslutte sig Finanstilsynets opfattelse af kompetenceforholdet, dvs. med den følge, at

- a) Rette og eneste klageinstans for afgørelsen fra ... [fondsbørsen] om sletning af B A/S fra notering dermed er Erhvervsankenæv-

- net, og at
- b) at Erhvervsankenævnet dermed har kompetencen til at
- a. tillægge nærværende klage suspensiv virkning,
 - b. anerkende klagerens partsstatus og klageberettigelse og
 - c. give klageren medhold i substansen og dermed ophæve ...
[fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra notering af B A/S.

Herefter skal jeg gennemgå bestemmelserne i den bekendtgørelse, hvorved Finanstilsynet uddelegerede kompetencen til optagelse til notering, suspension og sletning fra notering mv. til ... [fondsbørsen].

Bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007

§ 1. *Finanstilsynet delegerer i medfør af lov om værdipapirhandel m.v. § 83 a, stk. 1, nr. 2, sin beføjelse efter den i stk. 2 nævnte bestemmelse til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S, jf. dog § 2.*

Stk. 2. Delegationen til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S omfatter Finanstilsynets beføjelser efter § 22, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., samt reglerne udstedt i medfør af § 22, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v.

Stk. 3. Delegationen til OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S omfatter sager, der relaterer sig til aktier, aktiecertifikater og obligationer, der er eller vil blive optaget til handel på de respektive markedspladser.

§ 2. *Delegationen til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S omfatter ikke Finanstilsynets beføjelser efter § 15 i bekendtgørelse om betingelserne for officiel notering af værdipapirer.*

§ 3. *Finanstilsynet kan i konkrete sager ved skriftlig meddelelse tilbagekalde bemyndigelsen til OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S.*

Det vil ses af § 1, stk. 1, at der ved bekendtgørelsen sker delegation af kompetence fra Finanstilsynet til blandt andet ...[Fondsbørsen], og af § 1, stk. 2, at delegationen blandt omfatter de kompetencer, der er nævnt foran, dvs. beføjelserne efter VHL § 22, stk. 1, til at træffe beslutning om officiel notering af det pågældende værdipapir, hvis dette er optaget eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked.

Når § 2 i bekendtgørelsen henviser til, at visse beføjelser ikke med bekendtgørelsen delegeres til ...[Fondsbørsen], er der herved tale om de beføjelser, der omhandles i § 15, jf. §§ 4 og 5, i bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer, dvs. om kursværdien af aktier hhv. obligationer som betingelse for optagelse til notering. Disse undtagelser fra delegationen ses ikke at have betydning for nærværende sag.

Heller ikke § 3 i bekendtgørelsen, hvorefter Finanstilsynet i konkrete sager kan tilbagekalde bemyndigelsen, ses at have betydning her.

§ 4. OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S skal ved varetagelsen af de delegerede myndighedsopgaver overholde de krav, som stilles til de kompetente myndigheder i direktivet vedrørende betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs samt oplysninger, der skal offentliggøres om disse værdipapirer.

Stk. 2. OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S varetager de delegerede myndighedsopgaver i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler og god forvaltningsskik.

Stk. 3. OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S skal opfylde forvaltningslovens regler om vejledning, repræsentation, aktindsigt, partshøring, begrundelse og klagevejledning samt lov om offentlighed i forvaltningen, når de træffer afgørelse inden for det delegerede område.

§ 5. OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S kan kræve betaling for varetagelsen af de opgaver, de har fået delegeret efter § 1. Betalingen skal fastsættes på markedsmæssige vilkår.

§ 6. Finanstilsynet kan udveksle fortrolige oplysninger i sager inden for det delegerede område med OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S.

Stk. 2. OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S er inden for det delegerede område underlagt tavshedspligten i lov om værdipapirhandel m.v. § 84 a, stk. 1 og 2.

Stk. 3. Kun fysiske eller juridiske personer, som i medfør af lov om værdipapirhandel m.v. er tillagt partsstatus inden for det delegerede område, anses som parter i forhold til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S, når disse træffer afgørelse på Finanstilsynets vegne.

Delegationsbekendtgørelsens § 4 er herved den helt afgørende forskrift af betydning for nærværende sag.

Jeg fremhæver herom på klagerens vegne følgende, som jeg høfligst opfordrer Erhvervsankenævnet til at tage i betragtning ved sagens afgørelse:

... [fondsbørsen] skal varetage de delegerede myndighedsopgaver i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler og god forvaltningsskik (idet det vil erindres, at det, der i dag nærmest fremstår som en privat operatøropgave, reelt er en myndighedsopgave), jf. bekendtgørelsens § 4, stk. 2.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at dette i nærværende sammenhæng indebærer,

at de aktionærer i B A/S, der reelt er berørt af ... [fondsbørsen]s afgørelse, dvs. minoritetsaktionærene, må have partsstatus, og at ... [fondsbørsen]s optræden i sagen i meget ringe grad stemmer med de grundlæggende forvaltningsretlige principper, herunder ligebehandlingsgrundsætningen.

... [fondsbørsen] skal i medfør af bekendtgørelsens § 4, stk. 3, opfylde den danske forvaltningslovs regler om vejledning, repræsentation, aktindsigt, partshøring, begrundelse og klagevejledning samt lov om offentlighed i forvaltningen, når ... [fondsbørsen] træffer afgørelse inden for det delegerede område.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at dette i nærværende sammenhæng indebærer, både at dem, der berøres af afnoteringen, må have partsstatus, og at der burde være foretaget en udstrakt høring af minoriteten, inden afnotering godkendtes.

§ 7. Afgørelser truffet af OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S inden for det delegerede område kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Her ses igen den retsopfattelse, som Finanstilsynet i dag lægger til grund, og som altså fandt udtryk i delegationsbekendtgørelsen (men som er tvivlsom ud fra VHL § 88, stk. 1-3, jf. bemærkningerne hertil foran s. 9-10, hvorefter Finanstilsynet ingen kompetence har i disse klagesager, hvorfor klage om alle sagens spørgsmål, formalitet såvel som realitet, skal ske til Erhvervsankenævnet.

Jeg kan på klagerens vegne tilslutte mig denne retsopfattelse – og dermed tilslutte mig, at sagen nu i sin helhed, både formalitets- og realitetsmæssigt, skal afgøres af Erhvervsankenævnet.

Der er derfor ikke behov for på ny at foretage høring af eller anden forelæggelse af sagen for Finanstilsynet, og sagen kan herefter i sin helhed afgøres af Erhvervsankenævnet for så vidt angår

- a) klagerens status som part og klageberettiget,
- b) klagens opsættende virkning for afnotering af B A/S og
- c) Nævnets afsluttende kendelse med ophævelsen af afgørelsen om afnotering af B A/S.”

... [fondsbørsen] har ved skrivelse af 30. marts 2016 udtalt:

” ...

... [fondsbørsen] [skal] bemærke, at klagen til Erhvervsankenævnet både angår ... [fondsbørsen]'s beslutning om at imødekomme B A/S' anmodning om sletning fra handel samt fra notering. ... [fondsbørsen] skal i den forbindelse gøre opmærksom på, at der her er tale om to separate beslutninger, og at der kun er ankeadgang til Erhvervsankenævnet for så vidt angår den afgørelse, der omhandler beslutningen om at imødekomme selskabets anmodning om sletning fra *officiel notering*. Denne ankeadgang gælder kun, såfremt man er part i sagen.

Sletning fra optagelse til handel

Spørgsmålet om sletning fra optagelse til handel er reguleret i lov om værdipapirhandel § 25, stk. 3.

Det fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, at kompetencen til at træffe beslutning om sletning/suspension fra optagelse til handel er tillagt operatøren af det regulerede marked direkte i loven. Børsens udøvelse af disse beføjelser sker ikke som led i en myndighedskompetence, men på baggrund af en kompetence, der er tillagt børsen som privat virksomhed direkte i loven.

En beslutning om sletning fra optagelse til handel vil kunne ankes til Finanstilsynet efter vphl § 88, stk. 3, til fuld prøvelse af den som afgørelsen retter sig mod. Det vil i dette tilfælde sige B A/S. Lov om værdipapirhandel åbner ikke op for, at andre kan indbringe operatøren af det regulerede markeds (...[fondsbørsen]'s) afgørelse for Finanstilsynet. Der henvises her til tidligere Erhvervsankenævnskendelse af 30. april 2013 (j.nr. 2012-0032825), der blandt andet fastslår, at en minoritetsaktionær ikke skal anses som part i en sag vedrørende en mulig overtrædelse af vphl § 25, stk. 3. Det følger således også heraf, at Erhvervsankenævnet ikke er ankeinstans for ... [fondsbørsen]'s beslutning om at imødekomme B A/S anmodning om sletning fra optagelse til handel. Det er ... [fondsbørsen]'s opfattelse, at Finanstilsynet har svaret Erhvervsankenævnet selvstændigt for så vidt angår den del af den indbragte klage. Spørgsmålet om ankeadgang for så vidt angår ... [fondsbørsen]'s beslutning om at imødekomme B A/S' anmodning om sletning fra handel, skal således ikke behandles nærmere her.

Sletning fra officiel notering

Anderledes stiller det sig med afgørelsen om *sletning fra officiel notering*.

Et selskab, der anmoder om optagelse til handel på børsen behøver ikke at anmode om officiel notering, men rent praktisk foregår det oftest sådan, at en udsteder anmoder om optagelse til handel og officiel notering samtidig. Omvendt kan et selskab ikke være officielt noteret uden samtidig at være optaget til handel. Den reelle prøvelse af et selskab, der ønsker at blive handlet på et reguleret marked, sker i forhold til reglerne om optagelse til handel, idet de krav, der stilles til et selskab, der ønsker at blive handlet på et reguleret marked sker i forhold til regler, der knytter

sig til optagelsen til handel – herunder prospektkrav, oplysningsforpligtelser mv. I forhold til de krav, der knytter sig til at blive optaget til officiel notering, er der tale om nogle ganske få ekstra krav, der for størstedelens vedkommende vil være opfyldt allerede i kraft af optagelsen til handel. Optagelse til officiel notering har således i højere grad karakter af en formalitet i modsætning til kravene til optagelse til handel. Netop derfor, kan et selskab ikke være optaget til officiel notering uden at være optaget til handel samtidigt, hvorimod det modsatte godt kan finde sted.

Reglerne om officiel notering findes i vphl § 22. Det følger af denne bestemmelse, at en udsteder kan anmode Finanstilsynet om at træffe beslutning om officiel notering af et værdipapir, **hvis værdipapiret er eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked** [... [fondsbørsen]’s fremhævning]. Det følger endvidere i § 22, stk. 2, at Finanstilsynet fastsætter regler om betingelserne for officiel notering og om suspension og sletning af værdipapirer fra notering. Disse regler er udformet i bekendtgørelse nr. 1069 af 04/09-2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer (betingelsesbekendtgørelsen). Reglerne for suspension og ophævelse af officiel notering fremgår af §§ 12 – 14 i denne bekendtgørelse. Kompetencen til at træffe beslutning om optagelse til officiel notering samt sletning herfra er således lovgivningsmæssigt tillagt Finanstilsynet på et offentligretligt grundlag.

Det følger af bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til OMX Den Nordiske Børs København A/S, at Finanstilsynet delegerer sine beføjelser efter vphl § 22, stk. 1 samt reglerne udstedt i medfør af vphl § 22, stk. 2 til OMX Den Nordiske Børs København A/S (nu ... [fondsbørsen] A/S). Denne delegation er videre omfattet af en delegationsaftale indgået mellem Finanstilsynet og OMX Den Nordiske Børs København.

Det følger af § 6, stk. 3, i ovennævnte bekendtgørelse, at:

”Kun fysiske eller juridiske personer, som i medfør af lov om værdipapirhandel m.v. er tillagt partsstatus inden for det delegerede område, anses som parter i forhold til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S, når disse træffer afgørelse på Finanstilsynets vegne.”

Det følger endvidere af bekendtgørelsens § 7, at:

”Afgørelser truffet af OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S inden for det delegerede område kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.”

Det er således afgørende for vurderingen af, hvorvidt Erhvervsankenævnet kan behandle klagen fra klager, om klager kan siges at være part i sagen efter partsbegrebet, som det er reguleret i lov om værdipapirhandel.

... [fondsbørsen] skal derfor opfordre Erhvervsankenævnet til først at tage stilling til spørgsmålet om klageadgang overfor Erhvervsankenævnet. Først derefter – og kun såfremt klager anses som klageberettiget, bør der foretages en egentlig prøvelse af ... [fondsbørsen]'s beslutning om at imødekomme B A/S' anmodning om sletning fra officiel notering.

...

Partsstatus og klageadgang

Da sagen vedrørende afgørelsen om sletning fra officiel notering er truffet af ... [fondsbørsen] på delegation fra Finanstilsynet og dermed som myndighed, er det § 88, stk. 1 og 2, der finder anvendelse på den af ... [fondsbørsen] truffne beslutning (i modsætning til afgørelsen om sletning fra handel, hvor det er vphl § 88, stk. 3, der finder anvendelse).

Spørgsmålet om partsstatus reguleres i vphl § 84 b. Vphl § 84 b, stk. 1, opremser, hvem det er, der alene kan anses som part i en sag i forhold til tilsynet (det begrænsede partsbegreb). Det fremgår bl.a. heraf, at udstederen af værdipapirer, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig i mod, anses som part i forhold til Finanstilsynet. I dette tilfælde altså B A/S.

I vphl § 84 b, stk. 2 og 3, opremses en række undtagelser til det begrænsede partsbegreb i bestemmelsens stk. 1. Der er, efter ... [fondsbørsen]'s vurdering, ingen af disse undtagelser, der kan føre til, at en anden part end selve det udstedende selskab, skal anses som part i en afgørelse vedrørende sletning fra officiel notering.

Undtagelsen i vphl § 84 b, stk. 2, nr. 6, vedrører klager til Finanstilsynet over en af en operatør af et reguleret marked truffet beslutning, jf. vphl § 88, stk. 3. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på spørgsmålet om officiel notering, da denne afgørelse er truffet på vegne af Finanstilsynet, og dermed som myndighed. Som tidligere nævnt er rækkevidden af denne bestemmelse i øvrigt behandlet i Erhvervsankenævnskendelse af 30. april 2013 (j.nr. 2012-0032825), hvor Erhvervsankenævnet tiltrådte Finanstilsynets vurdering af, at en minoritetsaktionær ikke kan anses som part ved en mulig overtrædelse af vphl § 25, stk. 3.

Undtagelsen i vphl § 84 b, stk. 2, nr. 7, finder heller ikke anvendelse, da den alene knytter sig til overtagelsestilbudssituationer, og altså ikke sager vedrørende sletning fra officiel notering. I øvrigt fremgår det af bemærkningerne til L 176 fremsat den 12. marts 2003, at der med forslaget 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”.

På baggrund af ovenstående finder ... [fondsbørsen] derfor ikke, at undtagelserne i vphl § 84 b, stk. 2 og 3 giver mulighed for, at en minoritetsaktionær kan anses som part i en sag om sletning fra officiel notering, og

dermed vil en sådan minoritetsaktionær ikke være klageberettiget i forhold til Erhvervsankenævnet vedrørende ... [fondsbørsen]'s beslutning om at imødekomme B A/S' anmodning om sletning fra officiel notering. Det modsatte resultat ville også forekomme unaturligt, når en minoritetsaktionær ikke kan anses som part vedrørende selve spørgsmålet om optagelse til handel.

... [fondsbørsen] skal derfor gøre gældende, at klager ikke er klageberettiget i forhold til ... [fondsbørsen]'s afgørelse om at imødekomme B A/S anmodning om sletning fra officiel notering, og dermed ikke er berettiget til at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet som appelinstant.

Konklusion

På baggrund af ovenstående skal ... [fondsbørsen] gøre gældende:

...

- at klager ikke kan anses for part i forhold til ... [fondsbørsen]'s afgørelse om at imødekomme B A/S' anmodning om sletning fra officiel notering, og dermed ikke er berettiget til at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet som appelinstant.

...”

Ved skrivelse af 31. marts 2016 har Advokat A yderligere bemærket:

”...

Klagerens FORMALITETSPÅSTANDE for Nævnet præciseres til at være sålydende:

- I. Klagen over ... [fondsbørsen]'s afgørelse om sletning af B A/S fra notering tages under realitetsbehandling af Erhvervsankenævnet.
- II. Klagen tillægges opsættende virkning for sletningen fra notering.
- III. ... [fondsbørsen] må, indtil nævnets afgørelse om sagens realitet foreligger, ikke foretage tiltag, der kan foregribe nævnets realitetsafgørelse, herunder ved at afnotere B A/S fra handel.

Om formalitetspåstand I) - klagerens partsstatus og klageberettigelse

Idet jeg i dette indlæg sonder mellem sletning fra handel og sletning fra notering (jeg vender tilbage til, at disse to spørgsmål reelt er fuldstændig sammenhængende, jf. slutningen af nærværende indlæg, ligger det fast, at klage over sletning fra notering sker direkte til Erhvervsankenævnet, jf. § 7 i delegationsbekendtgørelsen (bkg. nr. 1214 af 12. oktober 2007).

Afgørende for, om Erhvervsankenævnet kan realitetsbehandle klagen fra min klient, er i denne forbindelse, om han har partsstatus. Det følger af § 6, stk. 3, i delegationsbekendtgørelsen, at det er afgørende herfor, om min klient i medfør af værdipapirhandelsloven (VHL) mv. ”er tillagt partsstatus inden for det delegerede område”.

Dette fører atter til VHL § 84 b, hvorefter hovedreglen er, at kun udstederen selv har partsstatus, jf. § 84 b, stk. 1.

Der er imidlertid en række (alle udvidende) undtagelser hertil i § 84 b, stk. 2.

Efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, tilkommer der også partsstatus til ”øvrigt, som Finanstilsynet anser som part i sagen”.

Når denne bestemmelse læses i sammenhæng med den citerede bestemmelse fra § 7 i delegationsbekendtgørelsen (hvorefter klage over ... [fondsbørsen]s afgørelser om notering indbringes for Erhvervsankenævnet), skal VHL § 84 b, stk. 2, nr. 6, i nærværende sag læses således, at der tilkommer partsstatus til ”øvrigt, som Erhvervsankenævnet anser som part i sagen”.

Herefter er det relevant at fokusere på, hvordan lovgivningsmagten samt Finanstilsynet selv anskuer partsbegrebet. ... [fondsbørsen] henviser flere gange til Erhvervsankenævnets kendelse af 30. april 2013 (j.nr. 2012-0032825), og jeg er enig i, at denne kendelse har betydning. ...

Kendelsen er særlig interessant pga. de udførlige citater, den indeholder om myndighedernes syn på partsbegrebet. Derimod er kendelsen mindre interessant på grund af sit resultat. Der var nemlig to spørgsmål i sagen, og det er kun i det ene af disse spørgsmål (”Mulig overtrædelse af § 25, stk. 3”), at Nævnet stadfæster Finanstilsynets afgørelse om afslag på aktindsigt. I det andet spørgsmål (”Klage over afnotering af A A/S”) havde Finanstilsynet fuldt ud efterkommet klagerens anmodning om aktindsigt. Denne sondring ses af kendelsen. ...

Hvad angår partsbegrebet kan følgende synspunkter læses af kendelsen (og det er på disse punkter, kendelsen må anses for at have betydning i nærværende sag):

For det første refererer Finanstilsynet lovmotiverne for, at det ikke er ”tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus” ... - Hertil er blot at sige: Nej, naturligvis ikke. Det vil altid være en konkret vurdering, hvor indgribende en sag er for minoritetsaktionæren. Han eller hun kan hverken på forhånd siges altid at have partsstatus – ej heller kan han/hun siges aldrig at have partsstatus.

For det andet udtrykker Finanstilsynet selv sit syn på partsbegrebet således, at partsstatus fordrer, at man har ”en væsentlig individuel interesse i sagen” ... – Det kan man kun tilslutte sig, eftersom det med den citerede

definition er den helt gængse forvaltningsretlige definition af partsbegrebet, Finanstilsynet har citeret.

Jeg mener, at Nævnet kan lægge denne definition til grund. Den betyder samtidig, at der ikke er noget specielt "indskrænkende" eller "restriktivt" ved partsbegrebet i VHL § 84 b, stk. 2, nr. 6 ("øvrige, som [Erhvervsankenævnet]") anser som part i sagen"). Det er dermed forvaltningsrettens velkendte partsbegreb, der skal finde anvendelse.

Ombudsmandens praksis og teoriens definition af partsbegrebet er gengivet hos Sten Bønsing: Almindelig forvaltningsret, 3. udgave, 2013, s. 105, nemlig således (efter omtale af den direkte adressat som part) [forfatterens egne fremhævelser]:

"Der kan være andre personer, der også er meget påvirket af en afgørelse uden dog at være den direkte adressat. Disse kan der også være behov for at give partsrettigheder. Partsbegrebet udvides derfor til også at dække andre, der har en direkte, væsentlig og individuel interesse i en afgørelse"

Forfatteren skriver videre (s. 106), at der er tale om "én samlet vurdering, hvor alle tre kriterier indgår i et samlet hele".

Endelig nævner forfatteren (s. 108), at en gruppe af personer, der hver for sig ikke har tilstrækkelig individuel og væsentlig interesse, kan "kumulere" (dvs. samle deres interesse/sager under ét) og dermed få partsstatus (hvis da ikke de allerede har dette i forvejen).

Dette uddyber forfatteren ved at henvise til Ombudsmandens praksis og Hans Gammeltoft-Hansen i Forvaltningsret, 2. udgave, 2002, s. 79, der opstiller en test for, hvornår kumulationen kan føre til en partsstatus, som ellers ikke ville være der: Ombudsmanden tænker sig, at gruppen af de mange interessenter erstattes af en enkelt person. Hvis en sådan enkelt persons interesse måtte kunne anerkendes som væsentlig, må en kumulation af de mange hver for sig uvæsentlige interesser ligeledes anerkendes. Men ville byrden eller genen for en tænkt enkelt person være under væsentlighedstærsklen, er det samme tilfældet for summen af personerne.

Under nærværende sag gør jeg over for Nævnet gældende,

at min klient på egen hånd opfylder kravet om at have en direkte, væsentlig og individuel interesse i sagen om sletning fra notering, fordi hans aktier i B A/S gennem en sletning fra notering forvandles fra likvide, nemt omsættelige aktier til illikvide, svært omsættelige aktier af en langt lavere værdi,

men også,

at den nævnte kumulationstest fra Ombudsmandens praksis må føre til, at min klient anskuet sammen med de talrige øvrige

minoritetsaktionærer, der ligesom han er imod sletningen fra notering, har partsstatus.

Hvis Nævnet kan tilslutte sig denne partsstatus, er min klient klageberettiget over for Nævnet uden at skulle opfylde yderligere betingelser, jf. den nævnte bestemmelse i § 7, sammenholdt med § 6, stk. 3, i delegationsbestemmelsen.

Den af ... [fondsbørsen] citerede kendelse af 30. april 2013 fra Nævnet (j.nr. 2012-0032825) ændrer ikke ved det anførte. Finanstilsynet havde som nævnt fuldt ud imødekommet klagerens anmodning om aktindsigt i sagen om "Klage over afnotering af A A/S", og det var derfor den anden af de to sager om aktindsigt, nemlig sagen om "Mulig overtrædelse af § 25, stk. 3", der var til behandling for Nævnet ... [Nævnets kendelse af 30. april 2013]

Om denne anden sag, som altså var genstand for klagen, er det ikke overraskende, at der ikke blev statueret partsstatus. Her ville minoritetsaktionæren kigge "ind" i det udstedende selskabs forhold, og herom bemærkede Nævnet meget rammende ... [min fremhævelse]:

"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".

Dette synspunkt fra Nævnets side kan man kun tilslutte sig. De såkaldte forvaltningsmæssige beføjelser er reelt meget beskedne for minoritetsaktionærer, hvorimod de økonomiske beføjelser står i centrum. Men i nærværende sag er det jo til forskel fra sagen fra 2013 de økonomiske beføjelser, sagen omhandler.

Det er de økonomiske beføjelser, der i væsentlig grad forringes, når et selskab går fra at være noteret til at være unoteret, hvorved aktierne forvandles fra likvide til illikvide værdipapirer, og hvorved reglerne om pensionsopsparing fører til, at de fleste af minoritetsaktionærerne må sælge Mols-aktierne ud af deres pensionsdepot, fordi der er begrænsninger i muligheden for at investere pensionsopsparing i unoterede aktier.

Minoritetsaktionærerne investerede pensionsopsparing i aktier i B A/S i tillid til, at dette netop kunne lade sig gøre med noterede aktier, men nu risikerer de at stå med unoterede aktier, som da skal ud af pensionsdepotet. Adskillige af de minoritetsaktionærer, som min klient har kontakt med, har allerede modtaget henvendelse fra deres depotbank om disse indgribende konsekvenser.

Helt konkret har min klient 292 andre minoritetsaktionærer på sin liste over dem, der tilslutter sig hans indsigelse. Heraf har 103 minoritetsaktionærer tilsluttet sig klagen til Finanstilsynet, hvoraf nogle også har skrevet til Nævnet. Ca. 20 af de minoritetsaktionærer, som min klient har

kontakt med, har modtaget henvendelser fra deres bank vedrørende konsekvenserne for deres pensionsdepot af en sletning fra notering.

Sammenfattende om formalitetspåstand I gør jeg gældende, at min klient, både alene og anskuet ud fra den forvaltningsretlige kumulationstest, bør tillægges partsstatus af Nævnet og dermed klageberettigelse i medfør af VHL § 84 b, stk. 2, nr. 6, sammenholdt med § 7 og § 6, stk. 3, i delegationsbekendtgørelsen.

Om formalitetspåstand II og III ...

Spørgsmålene om sletning fra handel og sletning fra notering, har, som det da også ses af ... [fondsbørsen]s indlæg af 30. ds., en meget nær sammenhæng. ... [fondsbørsen] nævner handelen først og betegner nærmest noteringen som en "formalitet" i konsekvens heraf.

Jeg gør gældende, at handel og notering er så stærkt sammenhængende, at de reelt må ansues under ét (selv om der er forskellige klageregler, og selv om ... [fondsbørsen] er privatretligt fungerende operatør for handelen, men offentligretligt fungerende delegations-modtager med myndighedsbeføjelser og myndighedsforpligtelser vedrørende noteringen).

Jeg gør endvidere gældende, at det i lovens og EU-direktivernes øjne er noteringen, der må betragtes som det primære. Både betingelsesbekendtgørelsen og det direktiv, der styrer disse regler, fokuserer på noteringen.

I myndighedernes egen sprogbrug er sammenhængen om muligt endnu stærkere, jf. fx Finanstilsynets karakteristik af forholdet som "afnotering af selskabets aktier fra handel" ..., Nævnets kendelse af 30. april 2013), hvor Finanstilsynet i én sætning formår at integrere sletning fra notering og sletning fra handel.

Ligeså samme kendelse ..., hvor Finanstilsynet karakteriserer forholdet som ... [fondsbørsen]s afgørelse om "at afnotere A/S A fra handel og officiel notering".

Det er i denne forbindelse vigtigt at erindre om, at ... [fondsbørsen] i kraft af delegationsbekendtgørelsens § 4, stk. 2, er underlagt pligten til at varetage sine myndighedsopgaver i forbindelse med noteringen "i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler og god forvaltningsskik".

Det ville stemme meget dårligt med ... [fondsbørsen]s pligt til at agere i overensstemmelse med god forvaltningsskik, såfremt ... [fondsbørsen] - i tilfælde af, at klageren får anerkendt partsstatus af Nævnet, og at Nævnet giver hans klage opsættende virkning - gjorde disse rettigheder for klageren illusoriske ved "suverænt at beslutte" (... [fondsbørsen]s egne ord ..., i ... [fondsbørsen]s indlæg af 30. ds.) at aktierne i B A/S skal slettes fra handel, skønt der fortsat verserer en klage over sletningen fra noteringen.

Jeg går derfor med al respekt ud fra, at den citerede bemærkning ("suverænt beslutte") må bero på en lapsus. ... [fondsbørsen] må naturligvis ikke udøve sine privatretlige beføjelser (efter VHL § 25 om handel) på en måde, som tilsidesætter ... [fondsbørsen]s pligter i forbindelse med udøvelsen af ... [fondsbørsen]s offentligretlige beføjelser (efter VHL § 22 om notering).

..."

Ved skrivelse af 3. april 2016 har advokat E på vegne af B A/S anført:

"...

På vegne af B A/S, ... ("B A/S" eller "Selskabet"), tillader jeg mig hermed at fremkomme med et indlæg i relation til Erhvervsankenævnets behandling af ovennævnte klage. Indlægget vedrører primært klagerens påståede partsstatus, samt klagers anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning.

Det er min vurdering, at klager ikke kan tillægges partsstatus og dermed ikke er berettiget til at påklage ... [fondsbørsen]' afgørelse om at slette Selskabet fra officiel notering til Erhvervsankenævnet. Det er derfor min opfattelse, at klagen skal afvises.

... [fondsbørsen] har truffet afgørelsen om sletning af Selskabets aktier fra officiel notering på vegne af Finanstilsynet i henhold til Bekendtgørelse om delegation af beføjelser til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S ("Delegationsbekendtgørelsen") § 1, stk. 2. Afgørelsen er truffet efter Bekendtgørelse om betingelserne for officiel notering af værdipapirer ("Noteringsbekendtgørelsen") § 14, stk. 2.

Partsstatus

Efter Delegationsbekendtgørelsen § 7 kan afgørelser truffet af ... [fondsbørsen] inden for det delegerede område indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Yderligere følger det af Delegationsbekendtgørelsens § 6, stk. 3, at kun fysiske og juridiske personer, som i medfør af lov om værdipapirhandel mv. er tillagt partsstatus inden for det delegerede område, anses som parter i forhold til afgørelser truffet af ... [fondsbørsen] på Finanstilsynets vegne.

Formuleringen "den pågældende som afgørelsen er meddelt" skal forstås som den, som afgørelsen retter sig til. Dette er i overensstemmelse med formuleringen i værdipapirhandelslovens § 88, stk. 3, der blandt andet vedrører klage over en afgørelse vedrørende sletning fra handel. Som også fremhævet af Finanstilsynet i dets høringssvar af 21. marts 2016 og af ... [fondsbørsen] i høringssvar af den 30. marts 2016 medfører dette, at alene Selskabet er klageberettiget i forhold til ... [fondsbørsen]s afgørelse

om sletning af Selskabets aktier fra handel, jf. værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3.

Jeg tilslutter mig desuden ... [fondsbørsen]s vurdering i hørings svar af 30. marts 2016, at bestemmelsen om udvidet partsstatus i værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 6 ikke finder anvendelse i denne sag. Bestemmelsen § 84b, stk. 2, nr. 6 henviser til bestemmelsen i værdipapirhandelslovens § 88, stk. 3, der vedrører afgørelser truffet efter ... [fondsbørsen]s eget regelsæt. Dette er som ovenfor nævnt ikke tilfældet i denne sag, der er truffet iht. Delegationsbekendtgørelsen.

Hvis Erhvervsankenævnet uanset dette skulle finde, at det ikke er udelukket at tildele andre personer end udstederselskabet partsstatus for så vidt angår spørgsmålet om sletning fra notering, vil jeg tillade mig at komme med nedenstående kommentarer til muligheden for at tildele K partsstatus.

Erhvervsankenævnet har i en tidligere kendelse taget stilling til, hvorvidt en minoritetsaktionær var klageberettiget/kunne tillægges partsstatus i forhold til at indbringe en klage til Finanstilsynet over en af ... [fondsbørsen] truffet afgørelse om sletning i henhold til værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 7 (nuværende nr. 6) og § 88, stk. 3. På daværende tidspunkt refererede § 88, stk. 3 til den klageberettigede som "den pågældende, som afgørelsen er meddelt". Dette blev ved lov 2014/403 (efter afgørelsen af den pågældende sag) ændret til at være den, som afgørelsen retter sig til (hvilket også er nærmere uddybet i Finanstilsynets notat af 16. marts 2016 til klager i denne sag). Det bemærkes, at denne kendelse af 30. april 2013 (j.nr. 2012-0033089, sletning) er forskellig fra den kendelse som klager har henvist til (2012-0032825, aktindsigt). I kendelsen (j.nr. 2012-0033089, sletning) som behandles i det følgende, afviste Finanstilsynet at tillægge den pågældende minoritetsaktionær partsstatus i forhold til spørgsmålet om sletning, hvilket blev stadfæstet af Erhvervsankenævnet.

I kendelsen fra 2013 henviser Erhvervsankenævnet til lovbemærkningerne til partsbestemmelsen i § 84b i lovforslag L 176 fremsat den 12. marts 2003.

Det følger af lovforarbejderne, at det daværende Fondsråd fik hjemmel til konkret at tillægge partsstatus i sager af vidtrækkende eller principiel betydning, hvor afgørelsen er truffet af en fondsbørs. Det følger dog også udtrykkeligt, at "det ikke [er] tiltænkt, at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus, jf. det generelle snævre partsbegreb i den finansielle lovgivning som helhed". Finanstilsynets vurdering, som citeres i kendelsen, var også, at "en (minoritets)aktionær i et selskab, der 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".

Erhvervsankenævnet konkluderede på denne baggrund, at ”aktionærer med mindre aktieposter i et selskab må i almindelighed forventes at have købt aktierne med det formål at få forrentet deres kapital, men uden en forventning om at kunne udøve andet end en begrænset indflydelse på ledelsen af selskabet på generalforsamlingen.”

Den pågældende minoritetsaktionær besad 0,124 % af stemmerettighederne i udstederselskabet på tidspunktet for generalforsamlingen, hvor forslaget om afnotering blev vedtaget med 99,5 % af den fremmødte kapital og stemmerettigheder. Erhvervsankenævnet tiltrådte derfor, at Finanstilsynet ikke havde anset minoritetsaktionæren som part i sagen, og at minoritetsaktionæren som konsekvens heraf ikke kunne indklage den af ... [fondsbørsen] truffne afgørelse om afnotering.

Det må lægges til grund, at samme fortolkning af, hvem der er klageberettiget, som blev anvendt i kendelsen af 30. april 2013, også finder anvendelse i forhold til nærværende klage, hvis Erhvervsankenævnet skulle vurdere, at bestemmelsen om det udvidede partsbegreb i værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 6 potentielt kan finde anvendelse. Dette henses til, at klageberettigede i begge sager er ”den pågældende som afgørelsen er meddelt”. Erhvervsankenævnet må derfor vurdere, om det er muligt at tillægge andre end udstederselskabet partsstatus i forhold til ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra notering, og i så fald om klager K kan anses som part. Alene hvis det er tilfældet, kan K være klageberettiget.

Ifølge Selskabets ejerbog besad K på tidspunktet for afholdelse af Selskabets ekstraordinære generalforsamling den 22. oktober 2016, hvor forslaget om afnotering blev vedtaget, 2.769 stk. aktier i Selskabet svarende til 0,0196 % af Selskabets samlede stemmerettigheder. På den ekstraordinære generalforsamling blev forslaget om afnotering vedtaget med 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer. Ud fra vurderingen i kendelsen af 30. april 2013, kan K ikke anses for at have en aktiepost af en sådan størrelse, at K har en så væsentlig, individuel interesse i sletningen af Selskabets aktier fra officiel notering, at K kan tillægges partsstatus. At flere aktionærer med hver sin lille beholdning måtte dele synspunkter med K ændrer ikke herpå.

Det fremgår af Selskabets ejerbog, at K den 10. juli 2015 forøgede sin ejerandel i Selskabet, til trods for at det på dette tidspunkt blev meddelt til markedet, at tilbudsgiver havde til hensigt at søge om en afnotering af Selskabet. K har siden formindsket sin ejerandel, så K i dag besidder 1040 aktier i Selskabet, svarende til 0,0071 % af stemmerne og aktiekapitalen i Selskabet.

Det bemærkes med henvisning til afgørelsen fra 2013, at sådanne mindre aktionærer ikke vil have vanskeligt ved at afhænde deres aktiepost og dermed kan det heller ikke antages, at klagerens ”økonomiske beføjelser” forringes. De af klageren fremhævede forhold om investering gennem pensionsdepoter blev tilsvarende behandlet i afgørelsen fra 2013, uden at dette påvirkede Erhvervsankenævnets vurdering. Finanstilsynet

bemærkede i den sammenhæng, 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.

Det er derfor min vurdering, at Erhvervsankenævnet skal afvise Ks klage, idet K ikke er klageberettiget i forhold til ... [fondsbørsen]s afgørelse om at slette Selskabets aktier fra officiel notering, da K ikke kan tillægges partsstatus.

Såfremt Erhvervsankenævnet vælger at anse K som klageberettiget, vil der i øvrigt opstå en meget u hensigtsmæssig diskrepans i lovgivningen, hvis minoritetsaktionærer får mulighed for at påklage ... [fondsbørsen]s beslutning om sletning fra officiel notering, men ikke samtidig kan påklage beslutningen om sletning fra handel. Jeg kan i den forbindelse i det hele tilslutte mig argumentationen i høringsvaret fra ... [fondsbørsen].

...”

Den 4. april 2016 er Advokat A fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

”Da det formalitetsindlæg, som det udstedende selskabs advokat indgav til Erhvervsankenævnet i aftes, indeholder nogle ukorrekte angivelser om klagerens, Ks, aktiebesiddelser i det udstedende selskab, og da disse oplysninger i et grænseområde kan få betydning for vurderingen af klagerens partsstatus, er jeg nødsaget til at berigtige de pågældende faktuelle angivelser.

Min klient, ..., forklarer:

”Historien bag mine handler er, at jeg i læseferien julen/nytåret 2014 taler investeringscases med min læsemakker, og vi brainstormer om virksomheder, vi kan lave en værdiansættelse på for at få lidt erfaring med det.

Her vælger vi B A/S, fordi selskabet er i gang med en turnaround, og selskabets forhold er overskuelige - ..., der skal omsætte nok til breakeven.

I takt med, at investerings-casen vedrørende B A/S forekommer mere og mere solid, køber jeg op. Jeg er desuden deltager på B A/S's generalforsamlinger i både 2014 og 2015. Pga. nyt job i ... er jeg forhindret i at deltage på den ekstraordinære generalforsamling i oktober 2015 (2 dage efter, at min datter blev født).

Det helt essentielle er, at B A/S den 3. juli 2015 meddeler markedet, at der kommer et købstilbud. Prisen nævnes i børsmeddelelsen, hvorimod de nærmere vilkår ikke nævnes, og herunder nævnes planerne om afnotering heller ikke.

Sideløbende med, at jeg forsøger at danne vores gruppe af småaktionærer, foretager jeg én handel den 8. juli 2015, dvs. to dage før C A/S offentliggør planerne om afnotering.

Det samlede resultat er, at jeg nu har 1.000 stk. aktier i B A/S. I indlægget fra B A/S s advokat nævnes det, at jeg i dag har 1.040 stk. aktier. Denne oplysning er altså ikke korrekt, og den viser samtidig, hvad man som mindretalsaktionær står overfor, når et selskab er på vej til afnotering: De sidste 40 stk. aktier var aktier, som jeg havde i mine to pensionsdepoter, og her blev jeg af banken tvunget til at sælge disse aktier (som følge af de regler for pensionsdepoter, som nævntes af min advokat i formalitetsindlægget af 31. marts: nemlig at en investering i en unoteret aktie skal være på mindst 100.000 kr.; ellers skal den ud af depotet).

I øvrigt foreligger der en tidlig principbeslutning i den arbejdsgruppe af utilfredse aktionærer i B A/S, som jeg deltager i. Vi besluttede allerede den 9. juli 2015, at ingen af os længere vil handle aktier i B A/S, netop for at man ikke skal kunne beklikke vores troværdighed.

Fredag den 10. juli 2015 tages der kontakt til C A/S for at indlede dialog mellem C A/S og småaktionærerne. Denne henvendelse affejes imidlertid med en latter.

Om mit salg af aktier i B A/S bemærker jeg følgende: Jeg solgte 1.769 stk. aktier i februar 2016 på den første handelsdag efter, at ... [fondsbørsen] havde godkendt afnoteringen. Min familie og jeg havde købt hus i november 2015, og aktiebeholdningen (inkl. mine aktier i andre selskaber) skulle finansiere udbetalingen på vores hus. Vi har familielån, som indfries i takt med, at aktierne afhændes. Jeg kan derfor økonomisk ikke tåle, at en aktie pludselig går fra at være en børsnoteret aktie til at blive unoteret, idet omsætteligheden er altafgørende for mig, således at jeg gennem salg af aktier kan indfri familielånet og klare udbetalingen på vores hus.

Får vi ikke medhold i, at aktierne i B A/S skal vedblive at være børsnoterede aktier, vil jeg være nødt til også at sælge de resterende aktier. Salget af de 1.769 stk. aktier ud af da i alt 2.769 stk. aktier var derfor udtryk for en tabsbegrænsning gennem en gevinsthjemtagning.

Min gennemsnitlige købskurs er ca. 24 kr. pr. aktie.”

Jeg kan i det hele henvise til min klients foran gengivne bemærkninger, og jeg anmoder om, at bemærkningerne indgår ved Nævnets bedømmelse af klagesagens relevante faktum vedrørende klagerens egenskaber som aktionær i det udstedende selskab.”

... [fondsbørsen] har vedrørende partsspørgsmålet den 4. april 2016 afsluttende bemærket:

”(...) ... [fondsbørsen]’s bemærkninger relaterer sig alene til spørgsmålet om sletning fra officiel notering, hvor Erhvervsankenævnet er ankeinstans på ... [fondsbørsen]’s beslutning – truffet af ... [fondsbørsen] på delegation fra Finanstilsynet. ... [fondsbørsen] skal således ikke forholde sig til Finanstilsynets afvisning af, at behandle klagen vedrørende ... [fondsbørsen]’s imødekomme af B A/S’ anmodning om sletning fra optagelse til handel (spørgsmålet om klageadgang efter værdipapirhandelslovens § 88, stk. 3.). Dette tilkommer rettelig Finanstilsynet.

I skrivelsen af 31. marts, 2016 præciserer Advokat A på vegne af sin klient, at klagerens formalitetspåstande for nævnet er sålydende:

1. Klagen over ... [fondsbørsen] A/S’ afgørelse om sletning tages under realitetsbehandling af Erhvervsankenævnet.
2. Klagen tillægges opsættende virkning for sletningen fra notering.
3. ... [fondsbørsen] A/S må, indtil nævnets afgørelse om sagens realitet foreligger, ikke foretage tiltag, der kan foregribe nævnets realitetsafgørelse, herunder ved at afnotere B A/S fra handel.

Hertil skal ... [fondsbørsen] bemærke:

Ad. formalitetspåstand nr. 1

... [fondsbørsen] skal præcisere, at ... [fondsbørsen] ikke finder, at klager er klageberettiget i forhold til ... [fondsbørsen]’s afgørelse efter værdipapirhandelslovens § 88, stk. 2, jf. § 88, stk. 1. Det følger af værdipapirhandelslovens § 88, stk. 1, at afgørelser truffet af Finanstilsynet kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter at afgørelsen er meddelt den pågældende. Den ”pågældende” kan, efter ... [fondsbørsen]’s vurdering, kun være B A/S.

... [fondsbørsen] skal i den anledning henvise til, at § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. blev ændret ved lov nr. 403 af 28. april 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., straffeloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v., retsplejeloven og forskellige andre love. Af bemærkningerne hertil, jf. L119/2013, fremgår bl.a. følgende:

”Endelig foreslås det præciseret, at klageadgangen alene tilkommer den, som afgørelsen er rettet imod. I den gældende formulering af stk. 3, kan en afgørelse indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Den nuværende formulering har givet anledning til tvivl om, hvem der var berettiget til at indbringe afgørelser til Finanstilsynet. Finanstilsynet har antaget den fortolkning, at ved formuleringen af den gældende bestemmelse, hvorefter en afgørelse kan indbringes senest 4 uger efter, afgørelsen er meddelt den pågældende, er den klageberettigede alene vedkommende virksomhed eller person, som afgørelsen var rettet til. Denne praksis foreslås kodificeret, hvorved det præciseres, at klageadgangen alene tilkommer den, som den oprindelige

afgørelse truffet af operatøren af det regulerede marked eller den multilaterale handelsfacilitet, en clearingcentral eller en værdipapircentral er rettet imod. Det er således alene tale om en præcisering af gældende ret i relation til, hvem der er klageberettiget til Finanstilsynet.”

Selvom ovennævnte bemærkning knytter sig til ændring af værdipapirhandelslovens § 88, stk. 3, er det den samme fortolkning, der gør sig gældende i forhold til værdipapirhandelslovens § 88, stk. 1, da ordlyden ”er meddelt den pågældende” har været identisk i de to bestemmelser indtil ovennævnte regelændring. Derfor må ovennævnte bemærkning også anses for relevant i forhold til fortolkningen af værdipapirhandelslovens § 88, stk. 1.

... [fondsbørsen]’s afgørelse om imødekommelse af anmodning om sletning fra officiel notering er meddelt B A/S den 24. februar, 2016 som den eneste part i sagen, og kan derfor, efter ... [fondsbørsen]’s vurdering, kun ankes af Mols-Linens A/S. Allerede derfor, er det ... [fondsbørsen]’s vurdering, at klager ikke er klageberettiget efter værdipapirhandelslovens § 88, stk. 2, jf. § 88, stk. 1.

Dertil kommer, at det følger af § 7 i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til OMX Den Nordiske Børs København A/S (herefter delegationsbekendtgørelsen), at:

”Afgørelser truffet af OMX Den Nordiske Børs København A/S henholdsvis Dansk Autoriseret Markedsplads A/S inden for det delegerede område kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.”

... [fondsbørsen] lægger til grund, at denne bestemmelse i forhold til sætningen ”senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.” skal fortolkes i overensstemmelse med værdipapirhandelslovens § 88, stk. 1, og at ”pågældende” dermed kun kan fortolkes som B A/S.

Endvidere følger det af § 6, stk. 3, i delegationsbekendtgørelsen, at:

”Kun fysiske eller juridiske personer, som i medfør af lov om værdipapirhandel m.v. er tillagt partsstatus inden for det delegerede område, anses som parter i forhold til OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S, når disse træffer afgørelse på Finanstilsynets vegne”

For så vidt angår dette spørgsmål om partsstatus skal ... [fondsbørsen] henvise til sin skrivelse af 30. marts 2016, vedrørende fortolkningen af partsbegrebet i værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1 og 2.

I skrivelsen fra Advokat A af 31. marts 2016 gennemgås nogle betragtninger omkring partsbegrebet efter den almindelige forvaltningsret. ... [fondsbørsen] skal hertil bemærke, at ... [fondsbørsen] ikke finder disse bemærkninger relevante, da lovgiver jo netop, via det begrænsede partsbegreb i lov om værdipapirhandel, har gjort op med den almindelige for-

valtningslovs fortolkning af begrebet og fastslået, at begrebet skal fortolkes indskrænkende. Af den årsag finder ... [fondsbørsen] det ikke relevant at diskutere, hvorvidt klager udfra almindelige forvaltningsretlige principper og teorier har en væsentlig, individuel interesse i sagen, eller om en sådan kan opnås udfra en såkaldt "forvaltningsretlig kumulations-test". ... [fondsbørsen] skal derfor ikke forholde sig yderligere til den af klagers argumentation.

... [fondsbørsen] skal på baggrund af ovenstående præcisere, at der er ... [fondsbørsen]'s vurdering at:

- Der ikke er klageadgang for klager, hverken efter værdipapirhandelslovens § 88, stk. 2, jf., stk. 1, eller delegationsbekendtgørelsens § 7, for andre end den ... [fondsbørsen]'s afgørelse retter sig mod jf. fortolkningen af "pågældende" – dvs. B A/S, og at
- Klager kan ikke anses som part i sagen om ... [fondsbørsen]'s imødekommelse af B A/S' anmodning om sletning fra officiel notering, jf. delegationsbekendtgørelsens § 6, stk. 2., da værdipapirhandelsloven - specifikt § 84 b, stk. 1 og 2, ikke giver mulighed for, at andre end selve udstederen kan være part i en sag om sletning fra officiel notering.

...

... [fondsbørsen] skal således samlet gøre gældende at:

- der ikke er klageadgang for klager vedrørende afgørelsen om sletning fra officiel notering, hverken efter værdipapirhandelslovens § 88, stk. 2, jf., stk. 1, eller efter delegationsbekendtgørelsens § 7, for andre end den ... [fondsbørsen]'s afgørelse retter sig til jf. fortolkningen af "pågældende" – dvs. B A/S, at
- klager kan ikke anses som part i sagen om ... [fondsbørsen]'s imødekommelse af B A/S' anmodning om sletning fra officiel notering, jf. delegationsbekendtgørelsens § 6, stk. 2, da værdipapirhandelsloven, specifikt § 84 b, stk. 1 og 2, ikke giver mulighed for, at andre end selve udstederen kan være part i en sag om sletning fra officiel notering,

..."

Finanstilsynet er den 5. april 2016 fremkommet med følgende indlæg:

"...

Finanstilsynet har modtaget Erhvervsankenævnets mail af 31. marts 2016, Advokat As mail af 31. marts 2016 samt advokat E's mail af 3. april 2016 i ovennævnte sag.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 18. marts 2016 Erhvervsankenævnet, at kompetencen til at træffe afgørelse vedrørende såvel sletning fra officiel notering som sletning fra handel tilkommer ... [fondsbørsen], hvorfor Finanstilsynet ved brev af samme dato videresendte Erhvervsankenævnets henvendelse af 17. marts 2016 til ... [fondsbørsen] til besvarelse.

Som tillige nævnt i Finanstilsynets brev af 18. marts 2016, er det opfattelse, at tilsynet ikke har truffet afgørelse i anledning af henvendelsen fra Advokat A. Tilsynets har alene vejledt denne om reglerne om, hvortil ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra officiel notering kan indbringes, samt hvem der er tillagt klageadgang vedrørende ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra handel.

På baggrund af det oplyste fra Advokat A ved mail af 31. marts 2016 skal Finanstilsynet dog oplyse følgende vedrørende klageadgang i henhold til lov om værdipapirhandel m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 1530 af 2. december 2015:

1. Det retlige grundlag

1.2 For så vidt angår den af ... [fondsbørsen] truffe afgørelse om sletning fra handel følger det af § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v., at afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder, selskaber, der driver multilaterale handelsfaciliteter, clearingscentraler, eller værdipapircentraler i henhold til denne lov eller regler udstedet i medfør af loven kan indbringes for Finanstilsynet af den, som afgørelsen retter sig til, senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Indbringelsen kan tillægges opsættende virkning.

Denne bestemmelse blev ændret ved lov nr. 403 af 28. april 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., straffeloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v., retsplejeloven og forskellige andre love. Af bemærkningerne hertil, jf. L 119/2013, fremgår bl.a. følgende:

”Endelig foreslås det præciseret, at klageadgangen alene tilkommer den, som afgørelsen er rettet imod. I den gældende formulering af stk. 3, kan en afgørelse indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Den nuværende formulering har givet anledning til tvivl om, hvem der var berettiget til at indbringe afgørelser til Finanstilsynet. Finanstilsynet har antaget den fortolkning, at ved formuleringen af den gældende bestemmelse, hvorefter en afgørelse kan indbringes senest 4 uger efter, afgørelsen er meddelt den pågældende, er den klageberettigede alene vedkommende virksomhed eller person, som afgørelsen var rettet til. Denne praksisforeslås kodificeret, hvorved det præciseres, at klageadgangen alene tilkommer den, som den oprindelige afgørelse truffet af operatøren af det regulerede marked eller den multilaterale handelsfacilitet, en clearingcentral eller en værdipapircentral er rettet imod. Det er således alene tale om en præcisering af gældende ret i relation til, hvem der er klageberettiget til Finanstilsynet”

Det fremgår således udtrykkeligt af bestemmelsen og bemærkningerne hertil, hvem der kan indbringe en klage over en af ... [fondsbørsen] truffet afgørelse om sletning fra handel.

Det er således alene den, som afgørelsen retter sig til, der kan indbringe klagen og derved opnå partsstatus i forbindelse med klagesagens behandling.

2.2. For så vidt angår den af ... [fondsbørsen] truffet afgørelse om sletning fra officiel notering er kompetencen til at træffe afgørelse herom delegeret til Nasdaq i medfør af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., jf. § i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 - (delegationsbekendtgørelsen) ("delegationsbekendtgørelsen").

... [fondsbørsen]s afgørelser herom kan indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 88, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. § 7 i delegationsbekendtgørelsen.

Det følger af § 6, stk. 3, i delegationsbekendtgørelsen, at kun fysiske eller juridiske personer, som i medfør af lov om værdipapirhandel m.v. er tillagt partsstatus inden for det delegerede område, anses som parter i forhold til ... OMX Den Nordiske Børs København A/S og Dansk Autoriseret Markedsplads A/S, når disse træffer afgørelse på Finanstilsynets vegne.

Advokat A gør i sin henvendelse af 31. marts 2016 til Erhvervsankenævnet gældende, at § 84 b, stk. 2, nr. 6, i lov om værdipapirhandel m.v. finder anvendelse i forhold til spørgsmålet om partsstatus ved klager over sletning fra officiel notering.

..."

Erhvervsankenævnet har i perioden 18. marts til 14. april 2016 modtaget erklæringer fra mere end 100 aktionærer i B A/S til støtte for klagen i nærværende ankenævns sag. I de standardiserede støtteerklæringer med enslydende formulering hedder det.

"Idet jeg herved afgiver min udtalelse til støtte for den klage til Nævnet, som advokat, dr. jur. Advokat A har indsendt til nævnet på vegne af ... K, og uden at jeg herved gør mig til selvstændig klager i sagen, men blot støtter den allerede indgivne klage, skal jeg til støtte for den indgivne klage (j.nr. 2016-2340) anføre følgende:

Sletningen af B A/S fra notering berører mig direkte i form af, at mine aktier i praksis bliver umulige at omsætte, hvilket er til væsentlig skade for mig. Mit alternativ er at sælge i markedet til en kurs der er 40 %

mindre end kursen dagen før afgørelsen om afnotering blev offentliggjort.

Jeg ønsker at klagen har opsættende virkning idet en afnotering af B A/S vil føre til væsentlig og uoprettelig skade. Jeg ønsker at Finanstilsynet omstøder ... [fondsbørsen]s afgørelse om at tillade sletning af B A/S fra notering.

Jeg kan i al væsentlighed tilslutte mig de argumenter, der er fremført i klageskrivelsen indsendt til Erhvervsankenævnet d. 17. marts 2016 fra ... Advokat A på vegne af ... K.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 22, stk. 1, i værdipapirhandelsloven, kan Finanstilsynet efter anmodning fra en udsteder af en aktie træffe beslutning om officiel notering af aktien, hvis den er optaget til handel på et reguleret marked.

Ifølge § 22, stk. 2, fastsætter Finanstilsynet regler om betingelserne for officiel notering af værdipapirer, jf. stk. 1, og om suspension og sletning af værdipapirer fra notering.

Ved bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 (betingelsesbekendtgørelsen) har Finanstilsynet fastsat sådanne regler.

Efter § 83 a, stk. 1, nr. 2, i værdipapirhandelsloven kan Finanstilsynet bestemme, at tilsynets beføjelser efter § 22, stk. 1, og regler udstedt i medfør af § 22, stk. 2, kan udøves på tilsynets vegne af en operatør af et reguleret marked på nærmere fastsatte vilkår.

Finanstilsynet har ved bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 (delegationsbekendtgørelsen) delegeret de anførte beføjelser til ... [fondsbørsen].

Ifølge § 25, stk. 3, i værdipapirhandelsloven skal operatøren af et reguleret marked tage anmodningen til følge, såfremt udstederen af et værdipapir, der er optaget til handel på det regulerede marked, fremsætter anmodning om sletning fra handelen. Sletningen kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at det-

te ville være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Der er i § 88 i værdipapirhandelsloven fastsat regler om klageadgang til administrativ prøvelse af afgørelser truffet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven.

Det fremgår således af § 88, stk. 1, at afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Efter § 88, stk. 2, fremgår det videre, at stk. 1, tillige finder anvendelse på afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne.

Efter § 88, stk. 3, kan afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven af den som afgørelsen retter sig til, indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Til supplerung af disse lovbestemte klagemuligheder er det i § 7 i delegationsbekendtgørelsen fastsat, at afgørelser truffet af ... [fondsbørsen] inden for det delegerede område kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Nævnet er enig med ... [fondsbørsen], som i skrivelsen af 30. marts 2016 anfører, at det er en betingelse for officiel notering af en aktie, at den er optaget til handel eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked. Dette følger af betingelsesbekendtgørelsens § 1, stk. 1.

Da en aktie således efter betingelsesbekendtgørelsen ikke kan opretholde sin status som officielt noteret uden tillige at være optaget til handel, og der ikke er andre konkrete bestemmelser, der regulerer forholdet, finder ankenævnet, at klageadgangen for beslutninger om sletning af en aktie fra officiel notering nødvendigvis må betragtes i sammenhæng med klagemulighederne for beslutninger om ak-

tiens sletning fra handel. I modsat fald ville klageadgangen vedrørende spørgsmålet om aktiens sletning fra officiel notering være illusorisk i situationer hvor der – som i denne sag – forinden eller samtidigt træffes beslutning om aktiens sletning fra handel.

Som part i forhold til Finanstilsynet anses ifølge værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1, som hovedregel visse i bestemmelsen nærmere angivne virksomheder, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, 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 tillige som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, anses som part i sagen 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.

Det fremgår af værdipapirhandelslovens § 83 a, stk. 5, at bestemmelsen i § 84 b, stk. 2, nr. 6, finder tilsvarende anvendelse i det omfang operatører af regulerede markeder har fået tillagt beføjelser efter stk. 1.

Finanstilsynet kan som anført således konkret tillægge en aktør partsstatus, hvor afgørelser truffet af en fondsbørs er indbragt for Finanstilsynet.

§ 84 b, stk. 2, i værdipapirhandelsloven blev i 2003 ændret i forbindelse med vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed. Af lovbemærkningerne til § 84 b, stk. 2, nr. 6 (dengang nr. 8) i lovforslaget (L 176 fremsat den 12. marts 2003) fremgår:

” ...

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 aktio-

nærer 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 Finansstilsynet, 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 indbragt 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 overtagelsestilbud 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.
...”

Det ses af lovbemærkningerne, at partsbegrebet med lovændringen i 2003 blev tiltænkt et udvidet anvendelsesområde, således at udgangspunktet om, at en afgø-

relse truffet efter værdipapirhandelsloven kan påklages til Erhvervsankenævnet efter § 88, kunne fastholdes, og at klageadgangen derved ikke fratages personer, som er uenige i en afgørelse. I modsat fald ville de alene være henvist til at gå til domstolene.

Det anføres udtrykkeligt i bemærkningerne, at der foreslås en udvidelse af de situationer, hvor der, jf. § 84 b, stk. 2, via en konkret vurdering tillægges partsstatus.

Samtidigt anføres det under bemærkningerne vedrørende stk. 2, nr. 7, at det ikke er tiltænkt, ”at minoritetsaktionærer generelt skal tillægges partsstatus”. Uanset om bemærkningen refererer til stk. 2, nr. 7, må den antages at have et sådant indhold, at den er lige så relevant i forhold til stk. 2, nr. 6. Ud fra en modsætningslutning kan det således udledes, at det ikke er udelukket, at minoritetsaktionærer efter en konkret vurdering kan tillægges partsstatus.

Dette blev således også fastslået ved Erhvervsankenævnets kendelse af 18. oktober 2012 (j.nr. 2012-0032824), hvor sagen netop blev hjemvist til Finanstilsynet til tilsynets konkrete stillingtagen til, hvorvidt aktionæren skulle tildeles partsstatus.

En beslutning om, at en aktie skal slettes fra notering på en fondsbørs træffes med hjemmel i § 14, stk. 2, i betingelsesbekendtgørelsen.

En beslutning om sletning af et selskab fra handel sker med hjemmel i § 25, stk. 3, i værdipapirhandelsloven.

Som anført finder ankenævnet, at beslutninger med hensyn til sletning fra notering såvel som sletning fra handel i relation til klageadgangen skal ses i sammenhæng.

... [fondsbørsen]s beslutning af 24. februar 2016, hvorefter B A/S’ anmodning om sletning fra handel tages til følge, og ... [fondsbørsen]s beslutning af samme dato om sletning af selskabet fra notering kan ifølge den lovfastsatte klageadgang i §

88, stk. 3, efter ankenævnets opfattelse, således indbringes for Finanstilsynet, og klagen vil skulle behandles af tilsynet, såfremt klager af Finanstilsynet anses som part efter § 84 b, stk. 2, nr. 6.

Som nævnt er det i § 83 a, stk. 5, udtrykkeligt fastlagt, at bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse i det omfang operatører af regulerede markeder har fået tillagt beføjelser efter stk. 1.

Der ses ikke at være holdepunkter for, at klagebestemmelsen i § 7 i delegationsbekendtgørelsen skulle derogere den i lovens § 88, stk. 3, fastsatte klagebestemmelse, og at Finanstilsynet som følge deraf ikke skulle være forpligtet til i anledning af klagen at foretage en konkret vurdering af partsspørgsmålet efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, og at Erhvervsankenævnet som følge deraf – som det er opfattelsen hos Finanstilsynet og ... [fondsbørsen] – derfor skulle være rette klageinstans vedrørende spørgsmålet om sletning fra notering, mens beslutningen om at imødekomme anmodningen om sletning fra handel ikke skulle kunne påklages.

Det bemærkes herved, at delegationsbekendtgørelsen (den nuværende) – hvori der henvises til partsbegrebet i værdipapirhandelsloven, jf. bekendtgørelsens § 6, stk. 3, – er fra 2007, og at bestemmelsen i § 88, stk. 3, efter bekendtgørelsens ikrafttræden blev justeret ved ændringslov nr. 403 af 28. april 2014, uden at der i forbindelse hermed fandtes at være anledning til at anføre eller tydeliggøre, at retsopfattelsen skulle være den, at anvendelsesområdet for § 88, stk. 3, og dermed klageadgangen til Finanstilsynet i denne henseende skulle være udhulet ved udstedelsen af delegationsbekendtgørelsen.

Ved Finanstilsynets tilbagemelding den 16. marts 2016 til K i anledning af hans klage til tilsynet over, at ... [fondsbørsen] den 24. februar 2016 ”har imødekommet en ansøgning fra B A/S (”udstederen”) om sletning fra notering” lægger Finanstilsynet til grund, at klagen vedrører dels sletning fra officiel notering, jf. § 22, stk. 2, i værdipapirhandelsloven, dels sletning fra handel, jf. § 25, stk. 3, i værdipapirhandelsloven, og henviser klager til at rette henvendelse til Erhvervsankenævnet, såfremt han ønsker at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra officiel notering.

Videre gør tilsynet opmærksom på, at ”klageren [han] og andre minoritetsaktionærer ikke er berettiget til at klage over ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning af B A/S fra handel til Finanstilsynet.”

Finanstilsynet burde ikke have forhåndsafvist klagers klageadgang som sket den 16. marts 2016 med henvisning til den ved lov nr. 403 af 28. april 2014 foretagne ændring af § 88, stk. 3, i værdipapirhandelsloven.

Finanstilsynet skulle have forholdt sig til, om klager efter en konkret vurdering skulle tildeles partsstatus efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, og dermed er klageberettiget efter § 88, stk. 3.

Som det fremgår af de til støtte for tilsynets opfattelse i skrivelsen af 16. marts 2016 citerede lovbemærkninger i lovforslag L 119 er der – for så vidt angår afgørelser truffet efter denne lov eller regler udstedt i medfør af loven – med ændringen alene tale om en præcisering af gældende ret i relation til, hvem der er klageberettiget til Finanstilsynet.

Finanstilsynet har således ikke behandlet klagen fra K efter de i loven udtrykkeligt fastsatte forskrifter, hvorfor ankenævnet principielt burde hjemvise sagen til Finanstilsynet til behandling af spørgsmålet om, hvorvidt klager efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, skal tildeles partsstatus.

Under de konkrete omstændigheder og ikke mindst af hensyn til de korte tidsfrister, der gælder i denne sag i relation til en børsnoteret aktie, finder ankenævnet det dog nødvendigt, at nævnet undlader at hjemvise sagen, og at nævnet i stedet selv forholder sig til spørgsmålet om klagers partsstatus. Der er herved navnlig lagt vægt på dels den åbenlyse betydning af en hurtigst mulig afklaring af parts-spørgsmålet, dels at ankenævnet har opfattet Finanstilsynets tilkendegivelser, herunder under sagens behandling i nævnet, således at tilsynet i realiteten har forholdt sig til spørgsmålet.

Ved den konkrete vurdering af spørgsmålet om klagers partsstatus finder ankenævnet, at udgangspunktet må tages i, at aktionærer med mindre aktieposter i et børsnoteret selskab i almindelighed må forventes at have købt aktierne primært med et formål om at få forrentet kapitalen bedst muligt og med en forventning om kun i mindre udstrækning at kunne udøve indflydelse på ledelsen af selskabet på generalforsamlingen.

Under de foreliggende omstændigheder, hvor en majoritetsaktionær først har fremsat frivilligt købstilbud, jf. § 31 i værdipapirhandelsloven og senere pligtmæssigt købstilbud, jf. § 32, og hvor tilbudsmotagerne af det pligtmæssige tilbud kun i begrænset omfang accepterede den tilbudte pris, og der efter tilbuddenes gennemførelse stadig er en tilbageværende gruppe af minoritetsaktionærer med en samlet andel af aktierne i en størrelsesorden af knap 20 % af såvel selskabskapitalen som stemmerettighederne, og som dermed altså ikke er forpligtet til at lade deres aktier indløse i henhold til selskabslovens § 70, og hvor et betydeligt antal aktionærer repræsenterende 13.15 % af det samlede antal afgivne stemmer på generalforsamlingen stemte imod et beslutningsforslag om ”afnotering af selskabets aktier”, og hvor klagers efterfølgende indbringelse af ... [fondsbørsen]s beslutning om selskabets sletning fra handel og notering til Finanstilsynet og Erhvervsankenævnet støttes af et stort antal aktionærer, som repræsenterer en langt fra ubetydelig andel af selskabets aktionærer, finder ankenævnet ud fra en konkret bedømmelse, at sagen er af så vidtrækkende og principiel betydning, og at K har en sådan individuel væsentlig interesse i sagen, at Erhvervsankenævnet meddeler ham partsstatus i forhold til ... [fondsbørsen]s beslutninger om sletning af B A/S fra handel og notering, jf. værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 6, jf. § 83 a, stk. 5, sammenholdt med delegationsbekendtgørelsens § 1, stk. 2, og § 6, stk. 3.

Erhvervsankenævnet vil herefter realitetsbehandle klagen over beslutningerne om B A/S' sletning fra handel og notering.

Ankenævnet finder under de givne omstændigheder og under hensyntagen til behovet for hurtigst mulig afklaring af spørgsmålet om sletningen, at hverken § 88, stk. 3 eller § 88, stk. 4, er til hinder for, at sagen ikke hjemvises til Finanstilsynet til realitetsbehandling. Ankenævnet foretager herefter - af de anførte grunde - som

rekursinstans i forhold til afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til værdipapirhandelsloven jf. lovens § 88, stk. 1, realitetsbehandlingen.

Nævnet vil - forinden klagen realitetsbehandles - behandle klagers anmodning om, at klagen tillægges opsættende virkning.

27) Kendelse af 26. april 2016 (J.nr. 2016-2441).

K ikke anset som part og anmodning om aktindsigt blev ikke imødekommet.

Forvaltningslovens § 9, værdipapirhandelslovens §§ 83, stk. 1, og 84 a, stk. 1 og offentlighedslovens § 14.

(Lone Møller, Arne Nabe Poulsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 12. marts 2016 har journalist K klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af 1. marts 2016, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning af 23. februar 2016 om aktindsigt i alle sager, som Finanstilsynet har undersøgt siden 2013 vedrørende kursmanipulation på sociale medier. Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter den 21. marts 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 1. marts 2016 hedder det:

”Afslag på anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sager vedrørende kursmanipulation på sociale medier

Finanstilsynet har modtaget din mail af 23. februar 2016 (bilag ...), hvori du anmoder om aktindsigt i alle sager, som Finanstilsynet har undersøgt siden 2013 vedrørende kursmanipulation på sociale medier. I mailen af 23. februar 2016 anmoder du Finanstilsynet om at bekræfte, at Finanstilsynet ikke har politianmeldt denne type af sager siden 2013 samt at resourcehensyn har spillet ind i den beslutning.

Afgørelse

Finanstilsynet kan på grund af den udvidede tavshedspligt i lov om værdipapirhandel m.v. ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt.

Finanstilsynet kan bekræfte, at Finanstilsynet ikke siden 2013 har politianmeldt denne type sager. Det oplyste Finanstilsynet i mail af 10. februar 2016 fra B.

Med hensyn til ressourcer bemærker Finanstilsynet, at Finanstilsynet generelt fører et risikobaseret tilsyn. I forlængelse heraf bemærkes, at Finanstilsynet er afhængig af at modtage henvendelser om mistænkelig adfærd, der f.eks. er foregået på sociale medier. Finanstilsynet kan oplyse, at siden artikel med C ... har Finanstilsynet behandlet 2 sager, hvor baggrunden for undersøgelsen af sagen har været henvendelse fra borger om udtalelser på sociale medier. Dertil kommer, at Finanstilsynet generelt ved undersøgelser af markedsmisbrugssager, herunder kursmanipulationssager, undersøger sociale medier. Det bemærkes, at Finanstilsynet som offentlig myndighed er underlagt almindelige forvaltningsretlige principper.

Begrundelse

Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven

Udgangspunktet efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven 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. En undtagelse til dette udgangspunkt følger af § 35 i offentlighedsloven, der begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I medfør af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten efter § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. omfatter fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås i henhold til forarbejderne til bestemmelsen (L 133/2009, jf. L 1383/2004) oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn i henhold til lov om værdipapirhandel m.v. Det er afgørende, at oplysninger kan videregives 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 Finanstilsynet skønner nødvendige, udleveret. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må der således kunne næres tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

I henhold til forarbejderne til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. (L 133/2009, jf. L 1383/2004) skal begrebet tilsynsvirksomhed ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapital 25 om tilsyn, kontrol m.v. i lov om værdipapirhandel m.v. Det medfører bl.a., at sager, f.eks. markedsmisbrugssager, der relaterer sig til kontrolforpligtelsen i § 83, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i

medfør heraf, er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, ikke omfattet.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er omfattet.

Med henvisning til det ovenfor anførte kan der ikke gives aktindsigt efter § 7 i offentlighedsloven. Dette følger af § 35 i offentlighedsloven, jf. 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.
...”

K klagede ved skrivelse af 12. marts 2016 til Finanstilsynet over afgørelsen.

Finanstilsynet fastholdt tilsynets afgørelse og har herefter den 21. marts 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet. I den forbindelse har Finanstilsynet udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 23. februar 2016 har journalist K anmodet om aktindsigt i alle sager, som Finanstilsynet siden 2013 har undersøgt om kursmanipulation på de sociale medier. K anmodede endvidere Finanstilsynet om at bekræfte, at Finanstilsynet ikke siden 2013 har politianmeldt denne type af sager, samt at ressourcehensyn har spillet ind i forbindelse med beslutningen herom. Aktindsigtsanmodningen vedlægges som bilag ...

Ved afgørelse af 1. marts 2016 gav Finanstilsynet afslag på aktindsigtsanmodningen. Afslaget er begrundet i, at de ønskede oplysninger er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Finanstilsynets afgørelse af 1. marts 2016 vedlægges som bilag ...

Ved e-mail af 4. marts 2016 rettede K på ny henvendelse til Finanstilsynet med henblik på at få besvaret en række yderligere spørgsmål, jf. bilag ...

Ved e-mail af 7. marts 2016 anmodede Finanstilsynet K om at oplyse, hvorvidt e-mail af 4. marts 2016 skulle opfattes som en klage over Finanstilsynets afgørelse om afslag på aktindsigt, ligesom Finanstilsynet i forlængelse heraf forsøgte at besvare de spørgsmål, som K rejste i sin e-mail af 4. marts 2016.

Ved e-mail af 12. marts 2016 bekræftede K, at han ønsker at påklage Finanstilsynets afslag på aktindsigt, jf. e-mailkorrespondancen i bilag ...

Finanstilsynet har ved e-mail af 14. marts 2016 orienteret K om, at klagen over Finanstilsynets afgørelse videresendes til Erhvervsankenævnet, ligesom Finanstilsynet i denne sammenhæng på ny har forsøgt at besvare Ks spørgsmål, jf. bilag ...

2. Det retlige grundlag

Ifølge § 7, stk. 1, jf. stk. 2, i offentlighedsloven, har enhver, med de undtagelser, der fremgår af §§ 19-35 i offentlighedsloven, ret til aktindsigt. § 7, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

”Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og*
- 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.”*

Pligten til at meddele aktindsigt er i medfør af offentlighedslovens § 35 begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt. § 35 har følgende ordlyd:

”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.”

I henhold til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v., har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af stk. 1, fremgår følgende:

”Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

3. Finanstilsynet vurdering

Udgangspunktet efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven 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. En undtagelse hertil følger af § 35 i offentlighedsloven, der begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I medfør af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v., er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten efter § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., omfatter fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomhe-

den. Ved fortrolige oplysninger forstås i henhold til forarbejderne til bestemmelsen (L 133/2009, jf. L 1383/2004) oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn i henhold til lov om værdipapirhandel m.v. Det er afgørende, at oplysninger kan videregives 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 Finanstilsynet skønner nødvendige, udleveret.

I henhold til forarbejderne til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. (L 133/2009, jf. L 1383/2004) skal begrebet tilsynsvirksomhed ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 25 om tilsyn, kontrol m.v. i lov om værdipapirhandel m.v. Det medfører bl.a., at sager, herunder sager vedrørende markedsmisbrug, der relaterer sig til kontrolforpligtelsen i § 83 i lov om værdipapirhandel m.v., hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, er omfattet af tilsynsvirksomheden.

Ved afgørelsen af, hvorvidt der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, er omfattet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at de sager, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Finanstilsynet har på denne baggrund vurderet, at der ikke kan gives aktindsigt efter § 7 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har vurderet, om der i medfør af meroffentlighedsprincippet i § 14 i offentlighedsloven har været grundlag for at meddele K oplysninger i videre omfang. Adgangen til meroffentlighed gælder imidlertid efter § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven ikke, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglen. På baggrund heraf har Finanstilsynet ikke meddelt K meroffentlighed, jf. tillige bilag ...

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at de sager, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt i henhold til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 1. marts 2016, hvorefter der ikke er adgang til aktindsigt i de ønskede oplysninger.
...”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger:

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 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. I stk. 2 anføres imidlertid nogle tilfælde, hvor en anden end virksomheder omfattet af stk. 1 tillige anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Da K ikke er omfattet af den i lovens § 84 b, stk. 2, opregnede personkreds kan han ikke anses som part, hvorfor der ikke kan meddeles aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

4. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, 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 § 35, 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 i værdipapirhandelsloven 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 bemærknin-

gerne 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 erhvervskunder. 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. kaudionerer 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.
...”

Oplysninger i alle sager, som Finanstilsynet har undersøgt siden 2013 vedrørende kursmanipulation på sociale medier er fortrolige og modtaget som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. værdipapirhandelslovens § 83, stk. 1, og er dermed omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 84 a, stk. 1, og er derfor ikke offentligt tilgængelige.

Adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 gælder ikke, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. § 14, stk. 1, 2. pkt.

Det tiltrædes således, at K heller ikke efter reglerne i offentlighedsloven er meddelt aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 1. marts 2016.

28) Kendelse af 1. juli 2016 (J.nr. 2016-5267).

K ikke meddelt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Værdipapirhandelsloven § 84a og Offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2 og § 14.

(Sys Rovsing og Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. juni 2016 har journalist K klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af samme dato, hvori tilsynet ikke imødekom en anmodning af 30. maj 2016 om aktindsigt i ”De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet

af shortselling af danske aktier de seneste to år”. Finanstilsynet fastholdt afgørelsen og har herefter den 16. juni 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2016 hedder det:

”Afgørelse om aktindsigt – kvartalsvis opgørelse

Ved telefonsamtale den 2. juni 2016 har du [klager] anmodet om en fornyet behandling af aktindsigtsanmodningen af 30. maj 2016 for så vidt angår punkt 3: ”De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet af shortselling af danske aktier de seneste to år.” Finanstilsynet traf første afgørelse den 2. juni 2016.

Finanstilsynet har behandlet anmodningen efter offentlighedslovens regler.

Afgørelse

Der kan ikke gives aktindsigt i overensstemmelse med anmodningen. Det skyldes, at de efterspurgte opgørelser er undtaget aktindsigt, da de er omfattet af den særlige tavshedspligt, som Finanstilsynets medarbejdere er underlagt.

Retsgrundlag

Shortselling-forordningen

Efter artikel 5 i short selling-forordningen (236/2012/EU) skal der gives meddelelse til Finanstilsynet, når en person har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, hvis aktier er optaget til handel i et handelssystem, der når eller falder under 0,2 pct. af den udstedte aktiekapital. Positionen offentliggøres ikke.

Efter artikel 6 skal det offentliggøres, når en person har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, hvis aktier er optaget til handel i et handelssystem, der når eller falder under 0,5 pct. af den udstedte aktiekapitel. Denne meddelelse offentliggøres i Finanstilsynets OASM-system (oasm.finanstilsynet.dk).

I medfør af artikel 11, stk. 1, skal Finanstilsynet stille oplysninger i oversigtsform til rådighed for ESMA på kvartalsbasis vedrørende korte nettopositioner i udstedt aktiekapital [...], hvor den er den relevante kompetente myndighed og modtager meddelelser i henhold til artikel 5, 7 og 8.

Offentlighedsloven

Efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven kan enhver forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Efter § 7, stk. 2, i offentlighedsloven omfatter retten alle

dokumenter og indførsler i journaler m.v., dog med de undtagelser, der fremgår af §§ 19-35.

Efter § 35 i offentlighedsloven kan pligten til at meddele aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov.

Tavshedspligt efter lov om værdipapirhandel m.v.

I medfør af § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten omfatter i henhold til forarbejderne fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med lov om værdipapirhandel m.v. Det er afgørende, at virksomhederne kan give oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Det er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige, udleveret. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må virksomhederne og kunderne således kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

I henhold til forarbejderne til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. skal begrebet "tilsynsvirksomhed" ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapital 25 om tilsyn i lov om værdipapirhandel m.v. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 83, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, er omfattet af tilsynsvirksomheden. Dette omfatter også short selling-forordningen. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, ikke omfattet.

Det fremgår af § 84 a, stk. 6, nr. 24, i lov om værdipapirhandel m.v., at:

"Bestemmelsen i stk. 1 er ikke til hinder for, at fortrolige oplysninger videregives til:

[...] 24) Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed, Det Europæiske Råd for Systemiske Risici samt organer etableret af Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed, under forudsætning af at modtagerne af oplysninger har behov herfor til varetagelsen af deres opgaver."

Det fremgår videre af stk. 8, at:

"Alle, der i henhold til stk. 5-7 modtager fortrolige oplysninger fra Finanstilsynet eller Erhvervsstyrelsen som led i styrelsens opgaveløsning i medfør af § 83, stk. 2 og 3, er med hensyn til disse oplysninger undergivet den i stk. 1 omhandlede tavshedspligt."

Begrundelse

Finanstilsynet modtager indberetninger efter artikel 5 i short selling-forordningen som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed med korte positioner (short selling). Oplysningerne indsamles med henblik på, at der vil kunne ”træffes foranstaltninger under ekstraordinære omstændigheder”, jf. betragtning 2 i præamblen til short selling-forordningen.

Den opgørelse, som Finanstilsynet kvartalsvis sender til ESMA efter artikel 11, stk. 1, indeholder data for de indberetninger, der er modtaget efter artikel 5 og dermed også de offentliggjorte data efter artikel 6. Opgørelsen sonderer ikke mellem de to typer af indberetninger, da den genereres ud fra de indberetninger, der modtages af Finanstilsynet efter artikel 5, der både indeholder data, der skal offentliggøres, og data, der ikke offentliggøres.

Der anmodes om aktindsigt i ”De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet af short selling af danske aktier de seneste to år.” Helt lavpraktisk er den omtalte kvartalsvise opgørelse en række data med en dato, en akties navn og ISIN-kode og en procent for samlede korte positioner. Der er ingen brødtekst, herunder betragtninger eller konklusioner om data.

Den samlede procentsats i opgørelsen er ikke brudt ned og kan ikke brydes ned i de poster, som tallet er en sammenlægning af. Det er derfor ikke muligt at identificere, om den samlede procentsats er summen af korte positioner indberettet efter artikel 5 i short selling-forordningen og/eller positioner, der også er offentliggjort efter artikel 6. Det er derfor ikke muligt at ekstrahere, så det kun er de rækker, der vedrører offentliggjorte oplysninger, der fremgår.

Skulle en tilsvarende opgørelse udarbejdes omfattende alene de offentliggjorte oplysninger modtaget efter artikel 6, ville det kræve en manuel sammenstilling af de offentliggjorte oplysninger. En sådan sammenstilling kan ikke genereres af Finanstilsynets system, jf. den tidligere fremsendte afgørelse om aktindsigt af 2. juni 2016.

Der er tale om oplysninger indsamlet som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Oplysningerne er dermed omfattet af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. og dermed undtaget aktindsigt efter offentlighedsloven, jf. § 35 i offentlighedsloven. Det vurderes endvidere ikke muligt at ekstrahere i opgørelserne, således at alene tidligere offentliggjorte oplysninger fremgår, da disse ikke kan adskilles fra de ikke-offentliggjorte oplysninger.

Opgørelserne sendes kvartalsvis i overensstemmelse med artikel 11 i short selling-forordningen til ESMA. Det faktum, at opgørelsen videregives til ESMA, medfører ikke, at oplysningerne ikke længere er omfattet af tavshedspligt. Det skyldes, at Finanstilsynet efter § 84 a, stk. 6, nr. 24, i lov om værdipapirhandel m.v. kan dele oplysninger med ESMA. I henhold til § 84 a, stk. 8, kan oplysningerne kun videregives, hvis modtageren er underlagt samme tavshedspligt, som det er tilfældet for Fi-

nanstilsynets medarbejdere. Dette for at sikre, at oplysninger, der er underlagt særlig tavshedspligt hos Finanstilsynet, fortsat er beskyttet, hvis de videregives.

På baggrund af ovenstående vurderes det samlet, at der ikke kan gives aktindsigt i de ønskede oplysninger, da der er tale om fortrolige oplysninger, der er underlagt skærpet tavshedspligt efter § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v., da oplysningerne er modtaget som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Det er ikke muligt at ekstrahere oplysninger, der tidligere er offentliggjort, og dermed ikke omfattet af tavshedspligten. Det faktum, at oplysningerne videresendes til ESMA, medfører ikke, at oplysningerne ændrer karakter og ikke længere er omfattet af tavshedspligt.

Meroffentlighed

Finanstilsynet har vurderet, om der kan gives aktindsigt efter princippet om meroffentlighed, jf. § 14 i offentlighedsloven.

Som anført ovenfor er der tale om oplysninger, der er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt. Der kan derfor ikke gives meraktindsigt efter § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

...”

K klagede ved skrivelse af 7. juni 2016 til Finanstilsynet over afgørelsen. Han anførte i den forbindelse:

”Klage over afgørelse om aktindsigt

Jeg har modtaget vedhæftede afslag på min anmodning om aktindsigt i oplysninger vedrørende det samlede/aggregerede niveau for korte positioner i danske aktier.

Det grundlæggende argument fra Finanstilsynet er:

Finanstilsynet er kun efter short selling-forordningen forpligtet til at offentliggøre enkelttegninger på mere end 0,5 %.

Enkeltegninger under 0,5 % er ikke omfattet af offentliggørelsesforpligtelse.

Når jeg anmoder om det samlede/aggregerede niveau for aktier, vil Finanstilsynets særlige tavshedspligt medføre, at tilsynet ikke kan udlevere oplysninger om det samlede offentliggørelsestærsklen på 0,5 %.

I øvrigt anerkender Finanstilsynet, at de har de efterspurgte data som produceres til brug for de kvartalvise rapporter til ESMA. Jeg anerkender, at Finanstilsynet ikke er forpligtet til at offentliggøre enkelttegninger under 0,5 %. Det er heller ikke det, jeg har anmodet om. Jeg har anmodet om at få oplyst samlede/aggregerede niveauer for hver aktier (over 0,5 %, eventuelle positioner under 0,5 % kan streges ud).

Men short selling-forordningen fastsætter netop en offentliggørelsestærskel på 0,5 %:

”Artikel 6 stk. 2: En relevant offentliggørelsestærskel er en procentdel, der svarer til 0,5 % af den udstedte aktiekapital i det pågældende selskab,”

Det må naturligvis føre til, at der bør gives aktindsigt i samlede/aggregerede niveauer, som er over 0,5 %, på samme vis som enkelttegninger over 0,5 % offentliggøres.

Når forordningen så tydeligt specificerer en offentliggørelsestærskel, kan tilsynet ikke der påberåbe sig den særlige tavshedspligt efter offentlighedsloven og lov om værdipapirhandel.

Til sidst vil jeg lige bemærke, at de oplysninger jeg har anmodet om, har stor offentlig interesse, da det finansielle system og danske virksomheders aktier har stor indflydelse på samfundet.

Håbet meget min klage er tydelig og kan bruges til at vurdere, om Finanstilsynet ikke tager fejl i deres afvisning af min anmodning.

...”

Finanstilsynet fastholdt tilsynets afgørelse og har herefter den 16. juni 2016 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet. I den forbindelse har Finanstilsynet udtalt:

”...

15. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 30. maj 2016 modtog Finanstilsynet en anmodning om aktindsigt fra journalist K, ... (**bilag...**):

”Anmodning om aktindsigt til Finanstilsynet

Jeg ønsker hermed at anmode om aktindsigt i oplysninger vedrørende shortselling af danske noterede aktier.

Konkret vil jeg bede jer om:

- 1) *En datasammenstilling af oplysninger om, hvor mange danske aktier, der alt i alt er shortet måned for måned siden januar 2007 (eller så langt tilbage som muligt) herunder værdien af de shortede aktier.*
- 2) *En datasammenstilling af oplysninger om, hvor mange danske aktier der shortet måned for måned siden januar 2007 (eller så langt tilbage som muligt) herunder værdien af de shortede aktier fordelt på hvert papir. Evt. over en hvis tærskel, fx 0,5 procent.*
- 3) *De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet af shortselling af danske aktier de seneste to år.*

Finanstilsynet har de efterspurgte data i 1) og 2), som efter offentlighedslovens § 11 burde kunne trækkes med "få og enkle kommandoer". Og da oplysningerne om shortselling af danske aktier allerede i et vist omfang er offentligt tilgængeligt (de enkelte meddelelser), vil jeg mene at oplysninger vedrørende et samlet overblik også må være omfattet af offentlighedsloven.

Giv endelig besked, hvis I har spørgsmål til min anmodning"

Den 2. juni 2016 traf Finanstilsynet afgørelse om afslag på klagers anmodning om aktindsigt (**bilag ...**). Det fremgår af afgørelsen, at denne er behandlet efter § 11 i offentlighedsloven, da Finanstilsynet forstod anmodningen som en anmodning om dataudtræk. Det fremgår af afgørelsen, at der ikke kan gives aktindsigt, med følgende begrundelse:

"Det skyldes, at oplysninger ikke kan fremskaffes ved få og enkle kommandoer, men vil kræve en manuel bearbejdning ud fra allerede offentliggjorte oplysninger."

Der er endvidere en uddybende begrundelse i afgørelsen, hvorefter fremgår, at Finanstilsynet ikke i medfør af § 11 i offentlighedsloven er forpligtet til manuelt at sammenstille oplysninger, der allerede er offentliggjort.

Ved telefonsamtale den 2. juni 2016 gjorde K Finanstilsynet opmærksom på, at han for så vidt angår punkt 3 i anmodningen af 30. maj 2016 ønskede en behandling af sagen efter alle offentlighedslovens regler. Finanstilsynet oplyste, at der ville blive truffet en sådan afgørelse.

For så vidt angår punkt 3 i anmodningen traf Finanstilsynet afgørelse den 7. juni 2016 (**bilag ...**). Afgørelsen gav afslag på anmodningen om aktindsigt med følgende begrundelse:

"Det skyldes, at de efterspurgte opgørelser er undtaget aktindsigt, da de er omfattet af den særlige tavshedspligt, som Finanstilsynets medarbejdere er underlagt."

Der er endvidere en uddybende begrundelse i afgørelsen, hvorefter fremgår, at den kvartalsvise opgørelse indeholder aggregeret data, der både er offentliggjort og ikke-offentliggjort. De ikke-offentliggjorte oplysninger er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt i disse. Det fremgår endvidere, at:

"Den samlede procentsats i opgørelsen er ikke brudt ned og kan ikke brydes ned i de poster, som tallet er en sammenlægning af. Det er derfor ikke muligt at identificere, om den samlede procentsats er summen af korte positioner indberettet efter artikel 5 i short selling-forordningen og/eller positioner, der også er offentliggjort efter artikel 6. Det er derfor ikke muligt at ekstrahere, så det kun er de rækker, der vedrører offentliggjorte oplysninger, der fremgår."

Skulle en tilsvarende opgørelse udarbejdes omfattende alene de offentliggjorte oplysninger modtaget efter artikel 6, ville det kræve en manuel sammenstilling af de offentliggjorte oplysninger. En sådan sammenstilling kan ikke genereres af Finanstilsynets system, jf. den tidligere fremsendte afgørelse om aktindsigt af 2. juni 2016.”

Den 7. juni 2016 modtog Finanstilsynet en klage over afgørelsen af 7. juni 2016 vedrørende punkt 3 (bilag ...).

Det fremgår bl.a. af klagen, at:

”Det må naturligvis føre til, at der bør gives aktindsigt i samlede/aggregerede niveauer, som er over 0,5 %, på samme vis som enkelttegninger over 0,5 % offentliggøres. Når forordningen så tydeligt specificerer en offentliggørelsestærskel, kan tilsynet ikke påberåbe sig den særlige tavshedspligt efter offentlighedsloven og lov om værdipapirhandel.”

16. Afgørelsens retlige grundlag

Short selling-forordningen

Formålet med short selling-forordningen (236/2012/EU) fremgår af betragtning 2 i præambelen til forordningen, der lyder således:

”For at sikre et velfungerende indre marked og for at forbedre betingelserne for dets funktion, især hvad angår de finansielle markeder, samt for at sikre forbruger- og investorbeskyttelse på højt niveau er det derfor hensigtsmæssigt at etablere en fælles lovgivningsmæssig ramme med hensyn til krav og beføjelser vedrørende short selling og credit default swaps og at sikre større koordinering og overensstemmelse mellem medlemsstaterne, når der skal træffes foranstaltninger under ekstraordinære omstændigheder. Det er nødvendigt at harmonisere reglerne for short selling og visse aspekter af credit default swaps for at forebygge, at der opstår hindringer for et velfungerende indre marked, da det ellers er sandsynligt, at medlemsstaterne fortsat vil træffe divergerende foranstaltninger.”

Efter artikel 5, stk. 1 og 2, i forordningen skal der gives meddelelse til Finanstilsynet, når en person har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, hvis aktier er optaget til handel i et handelssystem, der når eller falder under 0,2 pct. af den udstedte aktiekapital. Positionen offentliggøres ikke.

”1. En fysisk eller juridisk person, der har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, som har aktier optaget til handel i et handelssystem, skal underrette den relevante kompetente myndighed, jf. artikel 9, når den pågældende position når eller

falder under en i nærværende artikels stk. 2 nævnt relevant meddelelsestærskel.

2. En relevant meddelelsestærskel er en procentdel, der svarer til 0,2 % af den udstedte aktiekapital i det pågældende selskab, og hver 0,1 % derover.”

Efter artikel 6, stk. 1 og 2, skal det offentliggøres, når en person har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, hvis aktier er optaget til handel i et handelssystem, der når eller falder under 0,5 pct. af den udstedte aktiekapital. Denne meddelelse offentliggøres i Finanstilsynets OASM-system (oasm.finanstilsynet.dk).

”1. En fysisk eller juridisk person, der har en kort nettoposition i den udstedte aktiekapital i et selskab, som har aktier optaget til handel i et handelssystem, skal fremlægge oplysninger om denne position til offentligheden, jf. artikel 9, når den pågældende position når eller falder under en i stk. 2 i nærværende artikel nævnt relevant offentliggørelsestærskel.

2. En relevant offentliggørelsestærskel er en procentdel, der svarer til 0,5 % af den udstedte aktiekapital i det pågældende selskab, og hver 0,1 % derover.”

I medfør af artikel 11, stk. 1, skal Finanstilsynet stille oplysninger i oversigtsform til rådighed for ESMA:

”1. De kompetente myndigheder skal stille oplysninger i oversigtsform til rådighed for ESMA på kvartalsbasis vedrørende korte nettopositioner i udstedt aktiekapital og udstedte statsobligationer og udækkede positioner i credit default swaps på statsobligationer, hvor den er den relevante kompetente myndighed og modtager meddelelser i henhold til artikel 5, 7 og 8.”

Offentlighedsloven

Efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven kan enhver forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Efter § 7, stk. 2, i offentlighedsloven omfatter retten alle dokumenter og indførsler i journaler m.v., dog med de undtagelser, der fremgår af §§ 19-35.

Efter § 35 i offentlighedsloven kan pligten til at meddele aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov.

Tavshedspligt efter lov om værdipapirhandel m.v.

I medfør af § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Tavshedspligten omfatter i henhold til forarbejderne fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiel virksomheds for-

retningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

§ 84a, stk. 1, har følgende ordlyd:

”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. 1.-3. pkt. finder tillige anvendelse på ansatte i Erhvervsstyrelsen, for så vidt angår oplysninger, som de får kendskab til gennem opgaveløsningen efter § 83, stk. 2 og 3.”

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med lov om værdipapirhandel m.v. Det er afgørende, at virksomhederne kan give oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Det er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige, udleveret. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må virksomhederne og kunderne således kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

I henhold til forarbejderne til § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. skal begrebet ”tilsynsvirksomhed” ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapital 25 om tilsyn i lov om værdipapirhandel m.v. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 83, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, er omfattet af tilsynsvirksomheden. Dette omfatter også short selling-forordningen. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, ikke omfattet.

Det fremgår af § 84 a, stk. 6, nr. 24, i lov om værdipapirhandel m.v., at:

”Stk. 6. Bestemmelsen i stk. 1 er ikke til hinder for, at fortrolige oplysninger videregives til:

[...]

24) Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed, Det Europæiske Råd for Systemiske Risici samt organer etableret af Den Europæiske Værdipapir- og Markedstilsynsmyndighed, under forudsætning af at modtagerne af oplysninger har behov herfor til varetagelsen af deres opgaver.”

Det fremgår videre af stk. 8, at:

”Stk. 8. Alle, der i henhold til stk. 5-7 modtager fortrolige oplysninger fra Finanstilsynet eller Erhvervsstyrelsen som led i styrelsens opgaveløsning i medfør af § 83, stk. 2 og 3, er med hensyn til

disse oplysninger undergivet den i stk. 1 omhandlede tavshedspligt.”

17. Finanstilsynets vurdering

Short selling-forordningen

Finanstilsynet modtager indberetninger efter artikel 5 i short selling-forordningen som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed med korte positioner (short selling). Oplysningerne indsamles med henblik på, at der vil kunne *”træffes foranstaltninger under ekstraordinære omstændigheder”*, jf. betragtning 2 i præamblen til short selling-forordningen.

Den opgørelse, som Finanstilsynet kvartalsvis sender til ESMA efter artikel 11, stk. 1, indeholder data for de indberetninger, der er modtaget efter artikel 5 og dermed også de offentliggjorte data efter artikel 6. Opgørelsen sonderer ikke mellem de to typer af indberetninger, da den genereres ud fra de indberetninger, der modtages af Finanstilsynet efter artikel 5, der både indeholder data, der skal offentliggøres, og data, der ikke offentliggøres.

Der anmodes om aktindsigt i *”De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet af short selling af danske aktier de seneste to år”*. Den omtalte kvartalsvise opgørelse indeholder en række data med en dato, en akties navn og ISIN-kode og en procentsats for de samlede korte positioner. Der er ingen brødtekst, herunder betragtninger eller konklusioner om data.

Den samlede procentsats i opgørelsen er ikke brudt ned og kan ikke brydes ned i de poster, som tallet er en sammenlægning af. Det er derfor ikke muligt at identificere, om den samlede procentsats er summen af korte positioner indberettet efter artikel 5 i short selling-forordningen og/eller positioner, der også er offentliggjort efter artikel 6. Det er derfor ikke muligt at ekstrahere, så det kun er de rækker, der vedrører offentliggjorte oplysninger, der fremgår.

Skulle en tilsvarende opgørelse udarbejdes omfattende alene de offentliggjorte oplysninger modtaget efter artikel 6, ville det kræve en manuel sammenstilling af de offentliggjorte oplysninger. En sådan sammenstilling kan ikke genereres af Finanstilsynets system, jf. afgørelsen af 2. juni 2016.

Særlig tavshedspligt

Der er tale om oplysninger indsamlet som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed. Oplysningerne er dermed omfattet af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v. og dermed undtaget aktindsigt efter offentlighedsloven, jf. § 35 i offentlighedsloven. Det vurderes endvidere ikke muligt at ekstrahere i opgørelserne, således at alene tidligere offentliggjorte oplysninger fremgår, da disse ikke kan adskilles fra de ikke-offentliggjorte oplysninger.

Opgørelserne sendes kvartalsvis til ESMA i overensstemmelse med artikel 11 i short selling-forordningen. Efter § 84 a, stk. 6, nr. 24, i lov om værdipapirhandel m.v. kan Finanstilsynet dele oplysninger med ESMA. I henhold til § 84 a, stk. 8, bliver modtageren af fortrolige oplysninger underlagt samme tavshedspligt, som gælder for Finanstilsynets ansatte. Dette for at sikre, at oplysninger, der er undergivet særlig tavshedspligt hos Finanstilsynet, fortsat er beskyttet, hvis de videregives.

Samlet vurdering

På baggrund af ovenstående vurderer Finanstilsynet samlet, at der ikke kan gives aktindsigt i de ønskede oplysninger, idet der blandt disse oplysninger findes fortrolige oplysninger, der er modtaget som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed er undergivet skærpet tavshedspligt efter § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

Det er ikke muligt at adskille, hvilke oplysninger, der tidligere er offentliggjort og dermed ikke er omfattet af tavshedspligten, fra de oplysninger, der er omfattet af tavshedspligten. Det faktum, at oplysningerne videregives til ESMA, medfører ikke, at oplysningerne ændrer karakter og ikke længere er omfattet af tavshedspligt.

Ovenstående medfører, at der ikke som anført i klagen kan gives aktindsigt i ”samlede/aggregerede niveauer, som er over 0,5 %”. Det skyldes, at der i forbindelse med vedtagelsen af short selling-forordningen er taget stilling til, hvilke oplysninger, der skal offentliggøres, hvilket kun er positioner over 0,5 pct. Giver Finanstilsynet aktindsigt i en kumulation af indberettede positioner uden skelen til, om det samlede tal består af tidligere offentliggjorte eller ikke-offentliggjorte oplysninger, vil Finanstilsynet bryde sin tavshedspligt i medfør af § 84 a i lov om værdipapirhandel m.v.

Forordningen har netop tydeligt taget stilling til, at det er enkeltpositioner over 0,5 pct., der skal offentliggøres. Dette fremgår af artikel 6, stk.1, i short selling-forordningen, der omtaler ”en kort position”, ”denne position” og ”den pågældende position”. Disse er at finde på Finanstilsynets hjemmeside. De er tilgængelige for alle, og det står alle frit for at sammenstille disse. Finanstilsynets system kan imidlertid ikke foretage denne sammenstilling, hvilket fremgår af og er begrundet i afgørelsen af 2. juni 2016.

Meroffentlighed

Finanstilsynet har vurderet, om der kan gives aktindsigt efter princippet om meroffentlighed, jf. § 14 i offentlighedsloven.

Som anført ovenfor er der tale om oplysninger, der er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt. Der kan derfor ikke gives meraktindsigt efter § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

18. Konklusion

Med henvisning til ovenstående bemærkninger fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 7. juni 2016.

...”

Ved skrivelse af 21. juni 2016 har K yderligere anført:

”...

Jeg er blevet bedt om at kommentere Finanstilsynets bemærkninger til min klage, angående aktindsigt i samlede niveau for shortselling i danske aktier.

Det grundlæggende argument for Finanstilsynet er fortsat:

- 1) *Finanstilsynet er kun efter short selling-forordningen forpligtet til at offentliggøre enkeltegninger på mere end 0,5 %.*
- 2) *Enkeltegninger under 0,5 % er ikke omfattet af offentliggørelsesforpligtigelse.*
- 3) *Når jeg anmoder om det samlede/aggregerede niveau for hver aktie, vil Finanstilsynets særlige tavshedspligt medføre, at tilsynet ikke kan udlevere oplysninger om det samlede niveau for hver aktie, fordi det tal udgøres af flere enkeltegninger under offentliggørelsestærsklen på 0,5 %.*

Samlet slutter tilsynet deraf, at fordi de ikke er forpligtet specifikt i loven til at offentliggøre enkeltpositioner under 0,5 procent, så er oplysninger om det samlede niveau over 0,5 procent (som de samler sammen i de kvartalsvise rapporter) omfattet af tavshedspligt, idet det samlede niveau i sagens natur opsummerer en stribe enkeltpositioner under 0,5 procent, og som der ikke er offentlighed omkring.

Men, intet sted i forordningen står der, at det samlede niveau for short selling positioner over 0,5 procent er omfattet af tavshedspligt. Det er noget tilsynet selv udleder.

Min holdning er modsat den, at når enkeltpositioner over 0,5 procent er omfattet af offentlighed, fører det til, at også det samlede niveau over 0,5 procent ikke kan siges at være omfattet tavshedspligt, men må ligesom enkeltpositioner over 0,5 procent være omfattet af offentlighed.

Short selling-forordningen fastsætter en offentliggørelsestærskel på 0,5 %:

”Artikel 6 stk. 2: En relevant offentliggørelsestærskel er en procentdel, der svarer til 0,5 % af den udstedte aktiekapital i det pågældende selskab,”

Forordningens intention er altså at skabe offentlighed om, at der i en given aktie er købt korte positioner over 0,5 procent. Det er lige relevant for offentlighed, om det er den samme person (evt. juridisk) som har tegnet mere end 0,5 procent, eller om det er flere personer, som tilsammen

har short positioner over 0,5 procent. Og når der i forordningen er en specifik offentliggørelsestærskel, giver det ikke mening at afvise offentligheden aktindsigt i oplysninger om short positioner over 0,5 procent.

Derudover henholder jeg mig til bemærkningerne i min klageskrivelse.”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, 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 § 35, 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 i værdipapirhandelsloven 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 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.

...”

Det fremgår af artikel 6, stk. 1, i short selling-forordningen, at det er enkeltpositioner over 0,5 pct., der skal offentliggøres. Oplysninger om positioner modtaget i Finanstilsynet efter artikel 5 i short selling-forordningen er ikke offentligt tilgængelige. ”De kvartalsvise opgørelser foretaget af Finanstilsynet af shortselling af danske aktier de seneste to år”, som der anmodes om aktindsigt i, indeholder ifølge det oplyste aggregerede data af oplysninger modtaget efter såvel artikel 6 som

artikel 5 i forordningen. Der er således tale om både offentliggjorte oplysninger og oplysninger modtaget efter artikel 5 som led i Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. værdipapirhandelslovens § 83, stk. 1, og som dermed er omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 84 a, stk. 1. Disse oplysninger er derfor samlet set ikke offentligt tilgængelige.

Finanstilsynet findes – uanset bestemmelsen i offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2 – ikke at kunne pålægges i forbindelse med modtagelsen af en anmodning om aktindsigt manuelt at skulle udarbejde opgørelser, som ikke findes i forvejen, og som ikke kan genereres i IT-systemet, hvorved der sker sammenstilling af tidligere offentliggjorte oplysninger, som er tilgængelige på Finanstilsynets hjemmeside, og hvorved der sker udeladelse af ikke offentligt tilgængelige oplysninger. Da en sådan opgørelse ikke foreligger, tiltrædes det, at der heller ikke kan meddeles aktindsigt heri.

Adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 gælder ikke, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. lovens § 14, stk. 1, 2. pkt.

Det tiltrædes således, at K ikke er meddelt aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2016.

29) Kendelse af 15. august 2016 (J.nr. 2016-2340).

Ikke grundlag for at tilsidesætte de skøn som fondsbørsen har lagt til grund for fondsbørsens afgørelse om at imødekomme B A/S' anmodning om afnotering og sletning fra handel.

Værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, og bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer § 14, stk. 2.

(Finn L. Meyer, Arne Nabe Poulsen, Susanne Nielsen, Lone Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A klagede den 17. marts 2016 på vegne af K, der er minoritetsaktionær i B A/S til Erhvervsankenævnet over, ”at ...[fondsbørsen] den 24. februar 2016 har imødekommet en ansøgning fra B A/S om sletning fra notering”.

Ankenævnet har den 19. april 2016 tillagt klagen opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

...[fondsbørsen] ... har ved beslutninger af 24. februar 2016 taget en anmodning fra B A/S om sletning fra handel til følge og imødekommet selskabets anmodning om sletning fra officiel notering.

I ...[fondsbørsen]s beslutning af 24. februar 2016 om sletning fra handel hedder det:

”B A/S – anmodning om sletning fra handel

...[fondsbørsen] har den 4. december 2015 via advokat C, D [advokatfirma] modtaget anmodning om sletning af B A/S's aktier fra handel og officiel notering på ...[fondsbørsen].

Via datterselskabet E A/S fremsatte F K/S den 10. juli 2015 et frivilligt købstilbud til aktionærerne i B A/S (selskabet) med en tilbudspris på 34 kr. pr. aktie. F K/S' frivillige tilbud blev den 7. august 2015 forhøjet til 40 kr. pr. aktie og den 21. august 2015 meddelte F K/S, at man som følge af at man havde opnået kontrol med selskabet, ville fremsætte et pligt-mæssigt købstilbud til aktionærerne i selskabet på 40 kr. pr. aktie. Det pligt-mæssige tilbud blev afsluttet og meddelelsen om det endelige resultat blev offentliggjort den 23. september 2015. F K/S ejede herefter 78,90 % af kapitalen og stemmerettighederne i selskabet (svarende til 80,07 % efter fradrag af B A/Ss beholdning af egne aktier).

I anmodningen anføres det som rationale for sletningen bl.a., at selskabet ikke har planer om at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor selskabet ikke har behov for børsnoteringen. Det anføres videre at de årlige omkostninger på ca. 2 mio. kr., der er forbundet med børsnoteringen, derfor efter bestyrelsens opfattelse er unødige og overstiger de fordele, som en børsplatform giver enkeltinvestorer.

Efter ... [fondsbørsen]s opfattelse er dette udsagn ikke repræsentativt for enkeltinvestorerne, hvilket underbygges af de mange indsigelser og modstanden fra aktionærerne mod sletningen. Det er endvidere ... [fondsbørsen]s vurdering, at den årlige omkostning ved at være børsnoteret er en mindre post i et selskab som B A/S, der ikke er et nødlidende selskab.

Generalforsamling

På selskabets ekstraordinære generalforsamling, afholdt den 22. oktober 2015 havde F K/S stillet forslag om sletning af selskabet, og dette forslag blev vedtaget med 86,84 pct. af de afgivne stemmer.

92,28 % af selskabets aktiekapital og stemmer var repræsenteret på generalforsamlingen. 73 aktionærer var fysisk tilstede, 2 aktionærer havde udfyldt afkrydsningsfuldmagt og 163 aktionærer havde afgivet brevstemme. I alt deltog således 238 aktionærer svarende til 17,6 % af samtlige navnenoterede aktionærer (1.347) i generalforsamlingen.

For forslaget om sletning stemte 5 aktionærer, der repræsenterede 11.185.900 stemmer, svarende til 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer. 228 aktionærer, der repræsenterede 1.693.699 stemmer, stemte imod forslaget, svarende til 13,15 % af det samlede antal afgivne stemmer. 5 aktionærer, der repræsenterede 1310 stemmer, stemte blankt, svarende til 0,01 % af det samlede antal afgivne stemmer.

I forbindelse med behandlingen af forslaget var der indlæg fra flere aktionærer. 9 minoritetsaktionærer talte imod en sletning af selskabet på generalforsamlingen.

Aktionærstruktur

Det er oplyst, at selskabet pr. 9. november 2015 havde 1.302 navnenoterede aktionærer.

F K/S ejer i alt 11.176.947 aktier i selskabet, svarende til 78,90 % af det samlede antal aktier (80,07 % efter fradrag af egne aktier).

Selskabet har derudover en anden storaktionær der, efter det oplyste, pr. 20. oktober 2015 ejede 6,15 % af aktiekapitalen og stemmerrettighederne.

Selskabets egenbeholdning af aktier udgør 207.450 aktier, svarende til 1,46 % af aktiekapitalen og stemmerrettighederne.

Omsætning og likviditet

... [fondsbørsen] har analyseret omsætningen i selskabets aktie i perioden fra primo 2014 og frem. Den gennemsnitlige daglige omsætning i 2014 var 263.215 kr. og 12.708 aktier, mens den gennemsnitlige daglige omsætning i første halvår af 2015 steg til 727.581 kr. og 26.273 aktier. I første halvår af 2015 offentliggjorde selskabet det første positive resultat i en årrække samt offentliggjorde to meddelelser om opjusteringer. Efter udløbet af tilbudsperioden, fra september 2015 til og med januar 2016 har den gennemsnitlige daglige omsætning været 660.782 kr. og 12.166 aktier.

Selskabet bemærker i forbindelse med anmodningen om sletning, at B A/S ikke længere opfylder spredningskravet i ... [fondsbørsen]s regelsæt, idet de ca. 80 % af B A/Ss aktier, der besiddes af F K/S, i fremtiden ikke vil være en del af free float. Hvis også den anden storaktionærs aktier og selskabets egne aktier fratrækkes, vil der være et free float i aktien på under 15 %.

... [fondsbørsen] skal hertil bemærke, at opgørelsen af free float i henhold til ... [fondsbørsen]s regelsæt (punkt 2.3.7) tager udgangspunkt i, at 25 % af aktierne inden for samme klasse er fordelt i offentligheden. I denne sammenhæng betyder ”offentligheden” en person, som direkte eller indirekte ejer mindre end 10 % af selskabets aktier eller stemmerettigheder. I henhold til denne definition er free float i selskabet 21,10 % (og 19,64 % hvis selskabets egne aktier også fraregnes). Dette er ikke en så lille free float, at selskabet ikke ville kunne opretholde sin notering på ...[fondsbørsen]. Endvidere bemærkes, at der været en tilgang i antallet af aktionærer siden F K/S’ fremsættelse af købstilbud.

Retligt grundlag

Det fremgår af punkt 2.9 i Regler for udstedere af aktier på ...[fondsbørsen], at ... [fondsbørsen] i overensstemmelse med § 25 i Lov om værdipapirhandel kan træffe afgørelse om sletning fra handel.

Det fremgår af værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, at fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning vil være til skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion, vil ... [fondsbørsen] skulle tage stilling til, om skadesvirkningerne kan imødegås ved opstilling af konkrete betingelser, der skal opfyldes af selskabet, for at en sletning kan gennemføres.

Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning vil være til væsentlig skade, vil ... [fondsbørsen] ikke kunne imødekomme anmodningen om sletning.

Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning ikke vil være til skade for hensynet til investorernes interesse eller markedets ordentlige funktion, vil en sletning kunne ske uden opstilling af yderligere betingelser fra ... [fondsbørsen]s side.

Vurdering

På baggrund af den information ... [fondsbørsen] har modtaget og gennemgået, er det ... [fondsbørsen]s vurdering, at der ikke er fremkommet indsigelser eller er andre forhold der taler væsentligt imod en sletning af selskabet. Herunder er det ... [fondsbørsen]s vurdering, at den usikkerhed, der har været rejst omkring selskabets værdi, hvilket er understreget af den seneste tids kursudvikling, ikke er tilstrækkeligt underbygget til at kunne konkludere, at F K/S har opnået urimelige fordele på bekostning af de øvrige aktionærer eller selskabet. Endvidere er det vurderingen, at der – trods den store modstand fra en række minoritetsaktionærer, ikke er fremkommet forhold, som taler væsentligt imod, at ... [fondsbørsen] skal imødekomme anmodning om sletning af selskabet. Hovedparten af ind-

sigelserne mod en sletning drejer sig om, at selskabet efter en sletning ikke længere vil være underlagt en oplysningspligt, ligesom der ikke længere vil være en handelsplads, hvor aktien kan omsættes. Ingen af disse indvendinger kan imidlertid statuere en væsentlig skade for investorerne, alene af den årsag, at det således aldrig ville være muligt for et selskab at blive slettet fra handel.

... [fondsbørsen] har dog noteret sig, at minoritetsaktionærerne har været meget aktive og er fremkommet med forskellige indsigelser mod at selskabet slettes fra handel. ... [fondsbørsen] har generelt forståelse for minoritetsaktionærernes synspunkter i denne henseende, og herunder den frustration og usikkerhed som hele forløbet har medført for markedet.

... [fondsbørsen] lægger således til grund

- at F K/S har fremsat såvel et frivilligt som et pligtmæssigt købstilbud til aktionærerne i selskabet,
- at bestyrelsen i selskabet til brug for sin vurdering af det oprindelige købstilbud indhentede en fairness opinion (...),
- at bestyrelsen har anbefalet aktionærerne, at tage imod tilbuddet af 24. august 2015,
- at bestyrelsen støtter F K/S' ønske om sletning af selskabets aktier,
- at aktionærerne i selskabet har haft et tilstrækkeligt grundlag til på generalforsamlingen at kunne træffe beslutning om forslaget om sletning af selskabet fra handel på ...[fondsbørsen],
- at aktionærerne i selskabet i en lang periode har haft mulighed for at sælge deres aktier velvidende, at selskabet ville blive søgt slettet fra handel på ...[fondsbørsen] – endda til en kurs der var højere end tilbudskursen,
- at minoritetsaktionærerne har været særdeles aktive i forhold til spørgsmålet om sletning fra handel ved deltagelse på generalforsamling og ved frembringelse af indsigelser, men at det er ... [fondsbørsen]s vurdering, at der ikke er fremkommet indsigelser eller er andre forhold, der taler for at en sletning af selskabet vil resultere i væsentlig skade,
- at der er en tilstrækkelig likviditet i aktien til at kunne opretholde optagelse til handel, hvorfor denne del af selskabets argumentation ikke indgår i vurderingen,
- at aktionærerne igennem både et frivilligt og pligtmæssigt tilbud er blevet tilbudt en pris i overensstemmelse med lovgivningens krav til overtagelsestilbud, og at aktionærerne er blevet tilbudt en tilbudskurspræmie på 23,1 % i forhold til lukkekursen den 2. juli 2015,
- at der ved ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning ikke bør tages et særligt hensyn til aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden efter fremsættelsen af det pligtmæssige tilbud,
- at de aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden mellem fremsættelsen af det frivillige tilbud den 10. juli og indtil det pligtmæssige tilbud den 21. august, har været vidende om, at der var en be-

tydelig risiko for, at F K/S ville opnå en tilstrækkelig høj andel af aktierne til at kunne træffe en selskabsretlig beslutning om at anmode om sletning,

- at den kursudvikling, der har været i aktien efter udløbet af købstilbuddet ikke umiddelbart kan forklares med baggrund i de oplysninger, der er offentliggjort fra selskabet,
- at der efter selskabets opfattelse ikke er manglende kursrelevante oplysninger i markedet, jf. brev af 4. februar 2016 fra selskabets bestyrelsesformand,
- at der ikke er et tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at F K/S opnår en urimelig fordel ved sletningen af selskabet.

I situationer, hvor der imidlertid er sandsynlighed for, at en sletning vil være til skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion, selvom der ikke er tale om væsentlig skade, kan ... [fondsbørsen] fastsætte betingelser for at afhjælpe denne skade. I sådanne tilfælde kan ... [fondsbørsen] eksempelvis kræve, at selskabet sikrer, at aktionærerne kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen] ved at tilbyde at købe de udestående aktier. De resterende aktionærer vil således have mulighed for at afhænde deres aktier velvidende, at selskabet vil blive slettet fra handel på ... [fondsbørsen] på baggrund af ... [fondsbørsen]s imødekommelse af selskabets anmodning om sletning fra handel. ... [fondsbørsen] finder ikke anledning til at fravige denne praksis i den konkrete sag.

Afgørelse

... [fondsbørsen] imødekommer hermed anmodningen om sletning fra handel af B A/S under forudsætning af, at selskabet sikrer, at der fremsættes et købstilbud på vilkår svarende til det af F K/S tidligere fremsatte pligtmæssige købstilbud, medmindre lovgivningen foreskriver en højere kurs. Dette kan evt. opfyldes ved, at F K/S i perioden frem til sletning ligger en stående købsordre i markedet, forudsat at dette ikke er i strid med kapitel 10 i lov om værdipapirhandel.

Selskabet skal offentliggøre en meddelelse om ... [fondsbørsen]s afgørelse og ... [fondsbørsen] finder det væsentligt, at meddelelsen særligt fremhæver følgende forhold:

- at selskabets anmodning om sletning er blevet imødekommet af ... [fondsbørsen] under forudsætning af fremsættelse af et fornyet købstilbud eller en stående købsordre,
- at selskabet efter udløb af tilbudsperioden således vil blive slettet fra handel,
- at en aktionær kan vælge at fortsætte som aktionær i det unoterede selskab,
- at det af et nyt tilbudsdokument klart skal fremgå, hvilke konsekvenser den efterfølgende sletning fra handel vil have for selskabets oplysningsforpligtelser og omsætteligheden af selskabets aktie.

Selskabet skal endvidere gøre aktionærerne opmærksomme på sletningen, når der fremadrettet offentliggøres meddelelser fra selskabet.

... [fondsbørsen] vurderer, at sletningen af selskabet kan tage effekt minimum 6 uger efter ... [fondsbørsen]s offentliggørelse af meddelelse om sletningen, således at sidste handelsdag er den 8. april 2016.
...”

Den af ...[fondsbørsen] truffe beslutning af 24. februar 2016 om B A/S' sletning fra officiel notering har følgende ordlyd:

”B A/S – anmodning om sletning fra officiel notering

...[fondsbørsen] har den 4. december 2015 via advokat C, D modtaget anmodning om sletning af B A/Ss aktier fra handel og officiel notering på ...[fondsbørsen].

... [fondsbørsen] har ved brev af 24. februar 2016 imødekommet B A/Ss anmodning om sletning fra handel under visse nærmere opstillede forudsætninger.

B A/S er imidlertid optaget til såvel handel som *officiel notering* på ...[fondsbørsen] og betingelserne for officiel notering er fastsat i bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 (”betingelsesbekendtgørelsen”).

Det følger af betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, at hvis en udsteder af værdipapirer fremsætter anmodning om ophævelse af en officiel notering, skal anmodningen tages til følge, medmindre [Finanstilsynet] finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.

Finanstilsynets kompetence er, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til OMX Den Nordiske Børs København, delegeret til ... [fondsbørsen].

... [fondsbørsen] har ved imødekommelsen af sletningen fra handel lagt til grund:

- at F K/S har fremsat såvel et frivilligt som et pligtmæssigt købstilbud til aktionærerne i selskabet,
- at bestyrelsen i selskabet til brug for sin vurdering af det oprindelige købstilbud indhentede en fairness opinion fra ...,
- at bestyrelsen har anbefalet aktionærerne, at tage imod tilbuddet af 24. august 2015,
- at bestyrelsen støtter F K/S' ønske om sletning af selskabets aktier,

- at aktionærerne i selskabet har haft et tilstrækkeligt grundlag til på generalforsamlingen at kunne træffe beslutning om forslaget om sletning af selskabet fra handel på ...[fondsbørsen],
- at aktionærerne i selskabet i en lang periode har haft mulighed for at sælge deres aktier velvidende, at selskabet ville blive søgt slettet fra handel på ...[fondsbørsen] – endda til en kurs der var højere end tilbudskursen,
- at minoritetsaktionærerne har været særdeles aktive i forhold til spørgsmålet om sletning fra handel ved deltagelse på generalforsamling og ved frembringelse af indsigelser, men at det er ... [fondsbørsen]s vurdering, at der ikke er fremkommet indsigelser eller er andre forhold, der taler for at en sletning af selskabet vil resultere i væsentlig skade,
- at der er en tilstrækkelig likviditet i aktien til at kunne opretholde optagelse til handel, hvorfor denne del af selskabets argumentation ikke indgår i vurderingen,
- at aktionærerne igennem både et frivilligt og pligtmæssigt tilbud er blevet tilbudt en pris i overensstemmelse med lovgivningens krav til overtagelsestilbud, og at aktionærerne er blevet tilbudt en tilbudskurspræmie på 23,1 % i forhold til lukkekursen den 2. juli 2015,
- at der ved ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning ikke bør tages et særligt hensyn til aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden efter fremsættelsen af det pligtmæssige tilbud,
- at de aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden mellem fremsættelsen af det frivillige tilbud den 10. juli og indtil det pligtmæssige tilbud den 21. august, har været vidende om, at der var en betydelig risiko for, at F K/S ville opnå en tilstrækkelig høj andel af aktierne til at kunne træffe en selskabsretlig beslutning om at anmode om sletning,
- at den kursudvikling, der har været i aktien efter udløbet af købstilbuddet ikke umiddelbart kan forklares med baggrund i de oplysninger, der er offentliggjort fra selskabet,
- at der efter selskabets opfattelse ikke er manglende kursrelevante oplysninger i markedet, jf. brev af 4. februar 2016 fra selskabets bestyrelsesformand,
- at der ikke er et tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at F K/S opnår en urimelig fordel ved sletningen af selskabet.

Ovennævnte lægges endvidere til grund ved vurderingen af om sletningen fra officiel notering strider mod investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.

... [fondsbørsen] finder herefter, at der ikke er fremkommet indsigelser eller er andre forhold, der taler imod en sletning af selskabet fra officiel notering, hvorfor ... [fondsbørsen] imødekommer anmodningen om sletning fra officiel notering af B A/S under samme forudsætninger, som gør sig gældende ved imødekommelsen af selskabets anmodning om sletning fra handel.

... [fondsbørsen] vurderer, at sletningen af selskabet kan tage effekt minimum 6 uger efter ... [fondsbørsen]s offentliggørelse af meddelelse om sletningen, således at sidste handelsdag er den 8. april 2016.
...”

Advokat A indbragte den 17. marts 2016 ...[fondsbørsen]s beslutning om at imødekomme ansøgningen fra B A/S om sletning fra notering. I klageskrivelsen anføres blandt andet:

” ...

Jeg nedlægger over for Erhvervsankenævnet følgende

PÅSTANDE:

...

Påstand IV – Nævnet ophæver ...[fondsbørsen]s afgørelse

For det tilfælde at Erhvervsankenævnet i overensstemmelse med påstand III overtager realitetsbehandlingen af sagen, nedlægges der påstand om, at Erhvervsankenævnet ophæver ...[fondsbørsen]s afgørelse om sletning af B A/S fra notering.

...

ANBRINGENDER:

Til støtte for de nedlagte påstande gør jeg følgende anbringender gældende:

...

Påstand IV – Nævnet ophæver ...[fondsbørsen]s afgørelse

For det tilfælde, at Nævnet følger min påstand III og realitetsbehandler sagen, nedlægger jeg påstand om, at nævnet ophæver ...[fondsbørsen]s urigtige afgørelse om afnotering og dermed sikrer en fortsat notering af B A/S.

...

Nærmere til støtte for påstand III og IV – Nævnet realitetsbehandler sagen og ophæver ...[fondsbørsen]s afgørelse

Til støtte for, at Erhvervsankenævnet bør ophæve ...[fondsbørsen]s afgørelse om sletning af udstederen fra notering, gør jeg følgende gældende:

Betingelserne for sletning i VHL § 25, stk. 3, sammenholdt med pkt. 2.9 i Regler for udstedere, er ikke opfyldt, idet det er **sandsynligt, at en sletning fra notering vil være til væsentlig skade for investorernes**

interesser og/eller til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.

En sletning vil betegne en børs- og markedsretlig glidebane i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med en sletning: Der bør rettes et så gunstigt tilbud til minoritetsaktionærerne, at hovedaktionæren opnår mere end 90 pct. af kapitalen og dermed kan tvangsindløse de resterende under 10 pct. I nærværende sag har ...[fondsbørsen] tilladt en sletning trods en minoritet på oprindelig over 20 pct. af selskabets kapital, og dette er ikke meningen med forskrifterne om sletning.

Hvis sletning tillades i en situation som den foreliggende, **underminerer det reelt tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct.** og erstatter – i strid med lovgivningsmagtens intentioner med tvangsindløsnings- og sletningsreglerne – 90 pct.-grænsen med en anden og langt lavere grænse, nemlig en 67 pct.-grænse, idet minoritetsaktionærerne herefter aldrig kan vide sig sikre mod, at en hovedaktionær, der konkret behersker et flertal som til vedtægtsændringer, kan beslutte sletning og dermed fra dag til dag forvandle en hidtil likvid børsnoteret aktie til en illikvid unoteret aktie. Forvandlingen sker reelt ikke med virkning fra den sidste handelsdag; den sker reelt med virkning fra det tidspunkt, hvor en intention om sletning er fremført og ikke kan afvises som en realitet af markedet. En sådan flytning af grænsen for tvangsindløsning og sletning fra 90 pct. til 67 pct. bør ...[fondsbørsen] og Finanstilsynet ikke medvirke til. – Undermineringen bliver kun større af det forhold, at de 90 pct. beregnes af hele selskabskapitalen, mens de 67 pct. beregnes af stemmer/kapital på den konkrete generalforsamling, dvs. typisk af et mindre beløb end hele selskabskapitalen.

Ifølge presseforlydender, der ikke synes at være afkræftet af udstederen eller af F K/S, **synes sletningen at være led i en slagplan**, der synes at have haft til hensigt at *squeeze* minoritetsaktionærerne ud og gennemføre en sletning, uanset at der ved F K/S' indtræden som majoritetshaver var minoritetsaktionærer på over 20 pct. af selskabskapitalen hos udstederen. De pågældende presseforlydender om den nævnte slagplan fremgår af en artikel i Berlingske Business den 13. august 2015, ...

Slagplanen fik virkning – antagelig helt som tilsigtet – allerede før den ekstraordinære generalforsamling i oktober 2015 og før anmodningen om sletning, hvilket ses af, at dengang ca. 2.200 aktionærer herved successivt blev reduceret til ca. 1.300 aktionærer.

[Af] ... en oversigt over aktionærfordelingen, ... fremgår, at F K/S erhvervede 76,12 pct., og at **der var næsten 22 pct. minoritetsaktionærer**, der fordelte sig med 8,26 pct., som klageren har kontakt med, og 13,53 pct. øvrige minoritetsaktionærer. – Efter gennemførelsen af F K/S' endelige købstilbud var fordelingen som følger: F K/S 78,90 pct., minoritetsaktionærerne 19,64 pct. og udstederens beholdning af egne aktier 1,46 pct. Minoritetsaktionærernes andel af selskabskapitalen var således lige under 20 pct. Fraregnes udstederens beholdning af egne aktier, var minoritetsaktionærernes andel 19,93 pct.

Idet jeg på ny erindrer om, at kriteriet for sletning ifølge VHL § 25, stk. 3, er, om det er sandsynligt, at en sletning vil være til væsentlig skade (a) for investorernes interesser og/eller til skade (b) for markedets ordentlige funktion [min litrering], gør jeg gældende, at en sletning i en situation som den foreliggende både vil være til væsentlig skade for investorernes interesser og vil være til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion (det er imidlertid tilstrækkeligt til at være til hinder for sletning, at blot ét af disse kategorier af hensyn skades væsentligt, dvs. enten (a) eller (b)):

- **Til væsentlig skade for investorernes interesser.** Jeg henviser til, at hele forløbet har ført til et værditab for investorerne. Kursen på udstederens aktier faldt med 42,78 pct. i løbet af de første 3 handelsdage efter offentliggørelsen af sletningen. En likvid børsnoteret aktie blev forvandlet til (forventningen om) en illikvid unoteret aktie.
- **Til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.** På et marked som det danske findes der som bekendt mange noterede selskaber, hvor hovedaktionærens andel af selskabskapitalen ligger i intervallet 67 – 90 pct. Der er i erhvervspressen med rette rejst det spørgsmål, om disse grupper af minoritetsaktionærer efter en afgørelse som den her anfægtede bør frygte for en sletning, med markante værdifald til følge, jf. Økonomisk Ugebrev Finans/CFO den 6. marts 2016, ... En sådan udvikling vil i væsentlig grad være skadelig for markedet, og den vil kunne undergrave tilliden både til markedet generelt og mere specifikt også undergrave tilliden til ...[fondsbørsen]. Bekymringen ses klart udtrykt i udsagn i erhvervspressen som ”**Efter B A/S: Luk det danske aktiemarked!**”, jf. Økonomisk Ugebrev Formue den 27. februar 2016, ...

En række af de argumenter, som Erhvervsankenævnet vil finde i **præmisserne til ...[fondsbørsen]s afgørelse**, er efter min opfattelse ikke holdbare. Herom bemærker jeg følgende [min litrering]:

- a) Der lægges vægt på, at der forelå en **fairness opinion**, som sagde god for den oprindeligt tilbudte kurs på 34 kr. pr. aktie. – Men et løsrevet citat fra en sådan erklæring er uden værdi, når forudsætninger og spørgsmål mv. til erklæringsafgiveren ikke fremlægges.
- b) Der lægges vægt på, at **udstederens bestyrelse anbefalede en sletning**. – Men rettelig anførte bestyrelsen alene sletningen som en mulighed, ikke som en anbefaling. Af referatet fra den ekstraordinære generalforsamling den 22. oktober 2015, ..., ses det, at bestyrelsen ikke tog stilling. I øvrigt vil en bestyrelse oftest være i samklang med den hovedaktionær, der ønsker sletningen, og med al respekt bør bestyrelsens holdning derfor ikke tillægges alt for

betydelig vægt ved afgørelsen om at imødekomme en anmodning om sletning.

- c) Der lægges vægt på, at aktionærerne havde **et tilstrækkeligt grundlag for på generalforsamlingen at tage stilling til forslaget om sletning**. – Men dette ændrer jo intet ved, at minoritetsaktionærerne stod over for et flertal, der kunne gennemtrumfe beslutningen.
- d) Der lægges vægt på, at aktionærerne havde **en lang periode til at sælge deres aktier med fuld viden om sletningen**. – Men det er jo netop dette, der er sagens kerne, og som argumentationsmæssigt vender den stik modsatte vej i forhold til ...[fondsbørsen]s afgørelse: – Når først sletning er introduceret som en mulighed, skønt hovedaktionæren endnu ikke har over 90 pct. af selskabskapitalen, sker enhver notering af aktien i skyggen af den herved skabte forventning om, at aktien vil blive afnoteret og dermed illikvid.
- e) Der lægges vægt på, at **den noterede kurs lå højere end tilbudskursen**. – Men dette viser jo blot, at markedet havde betydelige forventninger til udstederens indtjeningsmæssige udvikling, ligesom også usikkerheden og tvivlen om, hvorvidt sletning virkelig ville ske trods hovedaktionærens besiddelse af kun ca. 67 pct. af selskabskapitalen, må antages at have spillet ind. Faktisk er det en ganske imponerende kursudvikling i en aktie, hvor hovedaktionæren kører så hårdhændet et løb i forhold til minoritetsaktionærerne.
- f) Der lægges vægt på, at en sletning **ikke vil påføre minoritetsaktionærerne væsentlig skade**. – Men dette er ikke korrekt, allerede fordi sletningen vil forvandle aktien fra en noteret likvid aktie til en unoteret illikvid aktie, vel at mærke: for minoritetsaktionærer, der ikke kunne have været tvangsindløst, idet 90+ pct. grænsen ikke blev nået gennem tilbuddene til minoritetsaktionærerne.
- g) Der lægges vægt på, at en henvisning til **ophøret af oplysningsforpligtelserne** ikke er noget reelt argument mod sletning, fordi det vil kunne anføres imod enhver sletning. – Men dette ræsonnement overser, at der er meget stor forskel på det, der bør være normalsituationen for sletning: at der kun er nogle få pct. minoritetsaktionærer tilbage, og det, der er situationen her: at der ved forløbets begyndelse var 22 pct. minoritetsaktionærer i selskabet. En minoritet af en sådan størrelse har en helt naturlig og berettiget forventning om, at udstederens oplysningsforpligtelser vil fortsætte med at gælde.
- h) Der lægges vægt på, at der **ikke bør tages ”særlige hensyn” til aktionærer, der købte aktier i perioden efter fremsættelsen af det pligtmæssige bud**. – Men et sådant ræsonnement stemmer ikke med det børns- og selskabsretlige ligebehandlingsprincip, idet der

ikke er nogen som helst hjemmel til at underkaste bestemte kategorier af aktionærer en anden behandling end andre aktionærer ud fra deres ejertid i selskabet.

- i) Samme svigtende hensyntagen til det børs- og selskabsretlige krav om ligebehandling ses i bestyrelsesformandens redegørelse på den ekstraordinære generalforsamling, ... jf. referatets ..., hvoraf det ses, at udstederen mener at kunne anskue de ca. 9 pct. (ud af de i alt godt 20 pct.) minoritetsaktionærer, der købte aktier efter den 2. juli 2015, på en anden måde end de øvrige aktionærer, således at de i ét eller andet omfang ikke fuldt ud skulle tælle med, når man beregner den samlede minoritet. Med denne anskuelsesmåde får udstederen reduceret omfanget af minoritetsaktionærer, som der skal tages hensyn til, til en procentdel tæt på tvangsindløsningsgrænsen – men rigtigheden af en sådan anskuelsesmåde må på det bestemtteste bestrides.
- j) Der lægges vægt på, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at tilbudsgiveren ville opnå **en urimelig fordel ved sletningen**. – Men der er tværtimod netop grundlag for at antage noget sådant, idet tilbudsgiverens bud burde have været så meget højere, at det herved var lykkedes at købe langt de fleste minoritetsaktionærer ud, og i hvert fald over indløsningsgrænsen på 90 pct. I stedet fik tilbudsgiveren lov til at nøjes med et bud på kun 34 kr., der kun nødtvungent og i kraft af muligheden for et konkurrerende bud på 40 kr., blev forhøjet til disse 40 kr.

De vigtigste dele af sagsforløbet kan opsummeres som følger:

- 6) Bestyrelsens redegørelse, ..., om det frivillige bud af 10. juli 2015 på 34 kr. pr. aktie.
- 7) Bestyrelsens redegørelse, ..., om tillæg af 10. august 2015 til det frivillige bud. Buddet hæves til 40 kr. pr. aktie. Det ses på s. ..., at et konkurrerende bud fra G ApS på netop 40 kr. forventedes.
- 8) Indsigelse af 21. august 2015 over for ...[fondsbørsen], ... fra cand.oecon. H mod sletningen på egne og en række andre minoritetsaktionærers vegne. Det ses, at der da er 1.347 minoritetsaktionærer hos udstederen.
- 9) Bestyrelsens redegørelse, ..., om pligtmæssigt tilbud af 24. august 2015.
- 10) En række minoritetsaktionærer holder møde med ...[fondsbørsen] den 2. november 2015. ...

Sammenfattende gør jeg på klagerens vegne gældende over for Finanstilsynet [Erhvervsankenævnet], at sletningsreglerne i VHL § 25, stk. 3, og i pkt. 2.9 i Regler for udstedere er anvendt på en måde, der

- er til væsentlig skade for investorernes interesser og/eller til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion,
- betegner en børs- og markedsretlig glidebane i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med en sletning,

- underminerer tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct. (af hele selskabskapitalen) og erstatter den med en 67 pct.-grænse (af den repræsenterede kapital),
 - synes at være et led i en slagplan, der synes at have haft til hensigt at *squeeze* minoritetsaktionærerne ud og gennemføre sletning, uanset at der ved F K/S' indtræden som majoritetshaver var minoritetsaktionærer på 20 pct. af selskabskapitalen hos udstederen, og
- risikerer at undergrave tilliden til markedet generelt og til ...[fondsbørsen] specielt.

...”

...[fondsbørsen] har ved skrivelse af 30. marts 2016 udtalt:

”...

Sletning fra optagelse til handel

Spørgsmålet om sletning fra optagelse til handel er reguleret i lov om værdipapirhandel § 25, stk. 3.

Det fremgår af ordlyden af denne bestemmelse, at kompetencen til at træffe beslutning om sletning/suspension fra optagelse til handel er tillagt operatøren af det regulerede marked direkte i loven. ... [fondsbørsen]s udøvelse af disse beføjelser sker ikke som led i en myndighedskompetence, men på baggrund af en kompetence, der er tillagt ... [fondsbørsen] som privat virksomhed direkte i loven.

En beslutning om sletning fra optagelse til handel vil kunne ankes til Finanstilsynet efter vphl § 88, stk. 3, til fuld prøvelse af den som afgørelsen retter sig mod. Det vil i dette tilfælde sige B A/S. Lov om værdipapirhandel åbner ikke op for, at andre kan indbringe operatøren af det regulerede marked (...[fondsbørsen]’s) afgørelse for Finanstilsynet. Der henvises her til tidligere Erhvervsankenævnskendelse af 30. april 2013 (j.nr. 2012-0032825), der blandt andet fastslår, at en minoritetsaktionær ikke skal anses som part i en sag vedrørende en mulig overtrædelse af vphl § 25, stk. 3. Det følger således også heraf, at Erhvervsankenævnet ikke er ankeinstans for ...[fondsbørsen]’s beslutning om at imødekomme B A/S anmodning om sletning fra optagelse til handel. Det er ...[fondsbørsen]’s opfattelse, at Finanstilsynet har svaret Erhvervsankenævnet selvstændigt for så vidt angår den del af den indbragte klage. Spørgsmålet om ankeadgang for så vidt angår ...[fondsbørsen]’s beslutning om at imødekomme B A/S’ anmodning om sletning fra handel, skal således ikke behandles nærmere her.

Sletning fra officiel notering

Anderledes stiller det sig med afgørelsen om *sletning fra officiel notering*.

Et selskab, der anmoder om optagelse til handel på ... [fondsbørsen] behøver ikke at anmode om officiel notering, men rent praktisk foregår det oftest sådan, at en udsteder anmoder om optagelse til handel og officiel notering samtidig. Omvendt kan et selskab ikke være officielt noteret uden samtidig at være optaget til handel. Den reelle prøvelse af et selskab, der ønsker at blive handlet på et reguleret marked, sker i forhold til reglerne om optagelse til handel, idet de krav, der stilles til et selskab, der ønsker at blive handlet på et reguleret marked sker i forhold til regler, der knytter sig til optagelsen til handel – herunder prospektkrav, oplysningsforpligtelser mv. I forhold til de krav, der knytter sig til at blive optaget til officiel notering, er der tale om nogle ganske få ekstra krav, der for størstedelens vedkommende vil være opfyldt allerede i kraft af optagelsen til handel. Optagelse til officiel notering har således i højere grad karakter af en formalitet i modsætning til kravene til optagelse til handel. Netop derfor, kan et selskab ikke være optaget til officiel notering uden at være optaget til handel samtidigt, hvorimod det modsatte godt kan finde sted.

Reglerne om officiel notering findes i vphl § 22. Det følger af denne bestemmelse, at en udsteder kan anmode Finanstilsynet om at træffe beslutning om officiel notering af et værdipapir, **hvis værdipapiret er eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked** [...[fondsbørsen]’s fremhævning]. Det følger endvidere i § 22, stk. 2, at Finanstilsynet fastsætter regler om betingelserne for officiel notering og om suspension og sletning af værdipapirer fra notering. Disse regler er udformet i bekendtgørelse nr. 1069 af 04/09-2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer (betingelsesbekendtgørelsen). Reglerne for suspension og ophævelse af officiel notering fremgår af §§ 12 – 14 i denne bekendtgørelse. Kompetencen til at træffe beslutning om optagelse til officiel notering samt sletning herfra er således lovgivningsmæssigt tillagt Finanstilsynet på et offentligt grundlag.

Det følger af bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til ...[fondsbørsen], at Finanstilsynet delegerer sine beføjelser efter vphl § 22, stk. 1 samt reglerne udstedt i medfør af vphl § 22, stk. 2 til ...[fondsbørsen] (nu ...[fondsbørsen]). Denne delegation er videre omfattet af en delegationsaftale indgået mellem Finanstilsynet og OMX Den Nordiske Børs København.
...”

Den 4. april 2016 har Advokat A fremsendt følgende yderligere bemærkninger:

”...

Min klient, der er nyuddannet cand. merc., forklarer:

”Historien bag mine handler er, at jeg i læseferien julen/nytåret 2014 taler investeringscases med min læsemakker, og vi brainstormer om virksomheder, vi kan lave en værdiansættelse på for at få lidt erfaring med det.

Her vælger vi B A/S, fordi selskabet er i gang med en turnaround, og selskabets forhold er overskuelige - 3 færger, der skal omsætte nok til breakeven.

I takt med, at investerings-casen vedrørende B A/S forekommer mere og mere solid, køber jeg op. Jeg er desuden deltager på B A/Ss generalforsamlinger i både 2014 og 2015. Pga. nyt job i ... er jeg forhindret i at deltage på den ekstraordinære generalforsamling i oktober 2015 (2 dage efter, at min datter blev født).

Det helt essentielle er, at B A/S den 3. juli 2015 meddeler markedet, at der kommer et købstilbud. Prisen nævnes i børsmeddelelsen, hvorimod de nærmere vilkår ikke nævnes, og herunder nævnes planerne om afnotering heller ikke.

Sideløbende med, at jeg forsøger at danne vores gruppe af småaktionærer, foretager jeg én handel den 8. juli 2015, dvs. to dage før F K/S offentliggør planerne om afnotering.

Det samlede resultat er, at jeg nu har 1.000 stk. aktier i B A/S. I indlægget fra B A/Ss advokat nævnes det, at jeg i dag har 1.040 stk. aktier. Denne oplysning er altså ikke korrekt, og den viser samtidig, hvad man som mindretalsaktionær står overfor, når et selskab er på vej til afnotering: De sidste 40 stk. aktier var aktier, som jeg havde i mine to pensionsdepoter, og her blev jeg af banken tvunget til at sælge disse aktier (som følge af de regler for pensionsdepoter, som nævntes af min advokat i formalitetsindlægget af 31. marts: nemlig at en investering i en unoteret aktie skal være på mindst 100.000 kr.; ellers skal den ud af depotet).

I øvrigt foreligger der en tidlig principbeslutning i den arbejdsgruppe af utilfredse aktionærer i B A/S, som jeg deltager i. Vi besluttede allerede den 9. juli 2015, at ingen af os længere vil handle aktier i B A/S, netop for at man ikke skal kunne beklikke vores troværdighed.

Fredag den 10. juli 2015 tages der kontakt til F K/S for at indlede dialog mellem F K/S og småaktionærerne. Denne henvendelse affejes imidlertid med en latter.

Om mit salg af aktier i B A/S bemærker jeg følgende: Jeg solgte 1.769 stk. aktier i februar 2016 på den første handelsdag efter, at ...[fondsbørsen] havde godkendt afnoteringen. Min familie og jeg havde købt hus i november 2015, og aktiebeholdningen (inkl. mine aktier i andre selskaber) skulle finansiere udbetalingen på vores hus. Vi har familielån, som indfries i takt med, at aktierne afhændes. Jeg kan derfor økonomisk ikke tåle, at en aktie pludselig går fra at være en børsnoteret aktie til at blive unoteret, idet omsætteligheden er altafgørende for mig, således at jeg gennem salg af aktier kan indfri familielånet og klare udbetalingen på vores hus.

Får vi ikke medhold i, at aktierne i B A/S skal vedblive at være børsnoterede aktier, vil jeg være nødt til også at sælge de resterende aktier. Salget

af de 1.769 stk. aktier ud af da i alt 2.769 stk. aktier var derfor udtryk for en tabsbegrænsning gennem en gevinsthjemtagning.

Min gennemsnitlige købskurs er ca. 24 kr. pr. aktie.”

Jeg kan i det hele henvise til min klients foran gengivne bemærkninger, og jeg anmoder om, at bemærkningerne indgår ved Nævnets bedømmelse af klagesagens relevante faktum vedrørende klagerens egenskaber som aktionær i det udstedende selskab.”

Erhvervsankenævnet har i perioden 18. marts til 14. april 2016 modtaget erklæringer fra mere end 100 aktionærer i B A/S til støtte for klagen i nærværende ankenævns sag.

Advokat C har på vegne af B A/S ved indlæg af 3. maj 2016 anført:

”...

I det følgende beskrives først under *pkt. 1 sagens faktuelle baggrund*, herunder tilbudsprocessen, den ekstraordinære generalforsamling vedrørende spørgsmålet om afnotering, ...[fondsbørsen]s afgørelse om afnotering, kursudviklingen siden fremsættelse af det oprindelige købstilbud og aktionærsammensætningen i Selskabet. Derefter behandles i *pkt. 2 den juridiske baggrund*, herunder den retlige regulering, vedtagelseskravene til en beslutning om afnotering, de selskabsretlige beskyttelsesregler og de af Klager fremhævede internationale regler. Endelig behandles i *pkt. 3 spørgsmålet om, hvorvidt en afnotering vil være til væsentlig skade*, omfattende ...[fondsbørsen]s praksis og de to kriterier om væsentlig skade for investorerne interesser og markedets ordentlige funktion.

Sammenfattende er det B A/Ss vurdering, at en afnotering af Selskabets aktier fra ...[fondsbørsen] ikke vil være til væsentlig skade for investorerne interesser eller markedets ordentlige funktion, og at Erhvervsankenævnet dermed skal stadfæste ...[fondsbørsen]s afgørelse. Idet der i øvrigt henvises til nedenstående redegørelse, skal det specielt fremhæves:

- At investorerne ikke lider *væsentlig skade* som følge af naturlige generiske konsekvenser af en afnotering, som f.eks. adgangen til at afsætte sine værdipapirer over ... [fondsbørsen], eventuel påvirkning på aktiens pris som følge af afnotering eller adgang til oplysninger, som børsnoterede selskaber er forpligtede til at afgive,
- at *investorerne interesser* ikke væsentligt tilsidesættes ved en afnotering, idet selskabsretlige minoritetsbeskyttelsesregler i alle henseender er overvejet og iagttaget, at Selskabet, og dermed investorerne som sådan, ingen interesse har i fortsat notering, og at aktionærerne har haft og fortsat har mulighed for at afhænde deres aktier op mod afnoteringen, samt

- at afnotering ikke vil medføre væsentlig skade for *markedets ordentlige funktion*, blandt andet fordi dette kriterium skal ses som en ordensforskrift relateret til markedets mekanismer (gennemsigthed, eksekvering af handler, etc.), som ikke omfatter hensyntagen til, om der ved en afnotering bliver færre aktier til salg på en privat handelsplatform som ...[fondsbørsen], eller i øvrigt hvordan en afnotering måtte påvirke aktiviteten på det private aktiemarked som helhed (selv hvis dette blev påvirket negativt).

I Faktuel baggrund

1.1 Tilbudsprocessen

Den 3. juli 2015 meddelte F K/S gennem datterselskabet E A/S ("F K/S"), at F K/S ville fremsætte et frivilligt købstilbud til aktionærerne i B A/S.

Forud for købstilbuddet havde F K/S været i dialog med Selskabets daværende storaktionærer Finansiell Stabilitet, L og I samt med J (som agerede i henhold til fuldmagter fra konkursboer). Drøftelserne havde resulteret i aftaler mellem F K/S og de førnævnte, hvorefter F K/S forud for tilbuddet havde indgået aftale med I om køb af dette selskabs aktier, mens de øvrige tre aktionærer havde givet tilsagn om at sælge deres aktier i et frivilligt købstilbud fremsat af F K/S. Allerede i indgåelsen af disse aftaler ligger der en beskyttelse af minoritetsaktionærerne, idet aftalerne var indgået med professionelle aktører, hvoraf særligt I har betydelig brancheindsigt, ligesom det kan fremhæves, at kuratorer og Statens afviklingselskab (Finansiell Stabilitet) har særlige forpligtelser til at sikre korrekt værdiansættelse. Købstilbuddet reflekterede dermed forhandlede vilkår mellem professionelle markedsaktører. Meddelelse om indgåelse af aftale med I blev givet til markedet den 3. juli 2015, samme dag som F K/S' forventede købstilbud med en tilbudspris per aktie i B A/S på kr. 34 blev offentliggjort.

F K/S fremsatte tilbuddet ved tilbudsdokument af 10. juli 2015.

Bestyrelsen havde til brug for den første lovpligtige redegørelse indhentet en fairness opinion fra sin finansielle rådgiver, M, der var dateret den 3. juli 2015. M vurderede heri, at tilbudskursen var fair for aktionærerne.

F K/S' frivillige tilbud blev den 7. august 2015 forhøjet til kr. 40 per aktie, og tillæg til tilbudsdokumentet blev offentliggjort den 10. august 2015. Bestyrelsen fandt tilbuddet positivt for Selskabets aktionærer og anførte dette i den lovpligtige redegørelse, der udsendtes til Selskabets aktionærer.

Den 21. august 2015 meddelte F K/S, at F K/S ville fremsætte et pligt-mæssigt købstilbud til aktionærerne i B A/S på kr. 40 per aktie som følge af, at F K/S havde opnået kontrol med Selskabet ved køb af aktier fra J, Finansiell Stabilitet, L og den tidligere anførte aktiepost fra I.

Tilbudsdokumentet for det pligt-mæssige tilbud blev offentliggjort den 24. august 2015. Efter afslutningen af dette tredje og sidste tilbud den 22.

september 2015 ejede F K/S aktier i Selskabet svarende til 78,90 % af kapitalen og stemmerettighederne (80,07 % efter fradrag af B A/Ss beholdning af egne aktier).

Det var allerede i tilbudsdokument af 10. juli 2015 anført, at F K/S ville søge aktierne afnoteret fra ...[fondsbørsen] i det tilfælde, hvor F K/S efter gennemførelsen af købstilbuddet ejede mere end 75 %, men mindre end 90 % af aktierne i Selskabet. Denne hensigt blev gentaget i tillægget til købstilbuddet den 7. august 2015 samt i tilbudsdokumentet for det pligt-mæssige købstilbud. ...

Det bemærkes, at G ApS, som en del af forløbet omkring F K/S' erhvervelse af den kontrollerende aktiepost i B A/S, den 19. august 2015 meddelte, at G ApS havde besluttet at fremsætte et konkurrerende købstilbud til alle aktionærer i B A/S til kurs 41. Dette tilbud blev den 2. september 2015 erstattet af et nyt frivilligt købstilbud til Selskabets minoritetsaktionærer til kurs 44, dog betinget af opnåelse af en samlet ejerandel på minimum 10 %. Sidstnævnte tilbud blev imidlertid ikke gennemført, hvilket blev meddelt markedet den 15. september 2015. Såfremt G ApSs tilbud betragtes som to tilbud, har der således samlet været fremsat i alt fire frivillige købstilbud til Selskabets aktionærer og et pligt-mæssigt til kurser varierende mellem 34 og 44.

1.2 Ekstraordinær generalforsamling vedr. afnotering

Den 17. september 2015 anmodede F K/S bestyrelsen i B A/S om at indkalde til en ekstraordinær generalforsamling. F K/S stillede i den forbindelse bl.a. forslag om, at generalforsamlingen skulle bemyndige bestyrelsen til at søge B A/Ss aktier afnoteret fra ...[fondsbørsen].

Baggrunden for anmodningen var, at B A/S ikke havde, og fortsat ikke har eller forventer at få, planer om at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor Selskabet ikke havde interesse i fortsat børsnotering. De årlige omkostninger på ca. kr. 2 mio. samt de interne ressourcer i forbindelse med administration, der er forbundet med børsnoteringen, var derfor efter bestyrelsens opfattelse unødige og overstiger de fordele, som en børsplatform kan give enkeltinvestorer. I denne sammenhæng er der naturligvis også et hensyn at tage til potentielle fremtidige investorer, som ikke kan have en interesse i at investere i et selskab, der ikke ønsker at være børsnoteret, og hvor børsnoteringen er økonomisk uhensigtsmæssig.

Den ekstraordinære generalforsamling, hvor spørgsmålet om afnotering blev behandlet som dagsordenens pkt. 2.1, blev afholdt den 22. oktober 2015.

Selskabet havde på tidspunktet for generalforsamlingen (af praktiske grunde opgjort per den 20. oktober 2015) 1.347 aktionærer, hvoraf alene 238 aktionærer, svarende til 17,6 % af samtlige navnenoterede aktionærer i Selskabet, valgte at deltage i generalforsamlingen.

Aktionærer, der repræsenterede 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer, stemte for bemyndigelsen til bestyrelsen til at søge en afnotering. 228 aktionærer, svarende til 13,15 % af det samlede antal afgivne stemmer, stemte imod forslaget. 0,01 % af det samlede antal afgivne stemmer stemte blankt. ...

1.3 ...[fondsbørsen]s afgørelse om afnotering

På baggrund af bemyndigelsen indsendte bestyrelsen den 4. december 2015 en begrundet anmodning til ...[fondsbørsen] om sletning af Selskabets aktier fra handel og officiel notering. I den forbindelse har bestyrelsen naturligvis vurderet, om beslutningen lovligt kunne gennemføres, og således også, ligesom ...[fondsbørsen], vurderet, at der ikke skete en tilsidesættelse af minoritetsinteresser som beskrevet i værdipapirhandelsloven § 25, stk. 3. ...

Den 24. februar 2016 meddelte ...[fondsbørsen], at ...[fondsbørsen] vurderede, at der ikke var kommet indsigelser eller andre forhold, der talte væsentligt imod, at ...[fondsbørsen] imødekom anmodningen. ...[fondsbørsen] imødekom derfor anmodningen om afnotering under forudsætning af, at Selskabet sikrede, at der blev fremsat et købstilbud til de resterende aktionærer på vilkår svarende til F K/S' pligtmæssige købstilbud af 24. august 2015.

Denne betingelse blev opfyldt ved, at F K/S indlagde en stående købsordre i markedet på køb af B A/Ss aktier på kr. 40 per aktie. Sidste handelsdag for Selskabets aktier på ...[fondsbørsen] blev sat til 21. april 2016.

Dette stående købstilbud er fortsat gældende, og efter det oplyste vil F K/S fortsat være interesseret i at erhverve aktier efter en afnotering. I denne sammenhæng, og dermed i relation til likviditeten efter en afnotering, bemærkes yderligere, at bestyrelsen på Selskabets ordinære generalforsamling den 21. april 2016 tilkendegav at ville støtte minoritetsaktionærernes mulighed for at sælge deres aktier efter en eventuel afnotering, hvilket blandt andet, i det omfang der er eller kommer frie reserver, kan ske ved udnyttelse af den bemyndigelse til køb af egne aktier, som blev vedtaget på samme generalforsamling. Det bør i øvrigt bemærkes, at en kapitalfond som F K/S helt grundlæggende erhverver aktier for at afhænde dem igen, så aktionærene må også antages at få mulighed for at sælge deres aktier sammen med F K/S indenfor F K/S' typiske ejerperiode som er tre til syv år.

1.4 Kursudviklingen

Lukkekursen for B A/S den 2. juli 2015, dagen før fremsættelsen af F K/S' tilbud, var kr. 32,50. Som det er sædvanligt i forbindelse med et overtagelsestilbud, steg kursen på Selskabets aktier efter fremsættelse af tilbuddet. Ved afslutningen af F K/S' pligtmæssige tilbud den 22. september 2015 lå lukkekursen derfor på kr. 44,40. Som nævnt ovenfor har F K/S' hensigt om at søge Selskabet afnoteret været kendt siden offentliggørelsen af første tilbudsdokument den 10. juli 2015.

Efter afslutningen af købstilbuddet den 22. september 2015 fortsatte kursen med at stige, uden at dette umiddelbart kunne begrundes i Selskabets forhold. Selskabet opjusterede forventningerne for 2015 den 22. oktober 2015, men dette resulterede ikke i en kursstigning i dagene efter. Således lå lukkekursen på kr. 45,90 den 22. oktober 2015 og på kr. 45,60 på oktobers sidste handelsdag den 30. oktober 2015.

Den 4. december 2015 blev det oplyst, at Selskabets bestyrelse havde indgivet anmodning om afnotering til ...[fondsbørsen]. På trods af denne anmodning steg kursen fra en lukkekurs på kr. 60,00 den 4. december 2015 (lukkekursen var 54,50 den 3. december 2015) til kr. 97,00 den 24. februar 2015. Selskabet udsendte i denne periode ingen selskabsmeddelelser, og stigningen kan derfor ikke begrundes i Selskabets forhold, men må betragtes som rent spekulativt motiveret eller for en aktionærs vedkommende drevet af et ønske om en strategisk positionering.

Meddelelse om, at ...[fondsbørsen] havde imødekommet anmodningen, blev offentliggjort efter markedets lukketid den 24. februar 2016. Kursen faldt næste dag og endte på en lukkekurs den 25. februar 2016 på kr. 69,50, dvs. en kurs, der fortsat var højere end kursen den 4. december 2015 og markant højere end kursen den 2. juli 2015 og kursen den 22. oktober 2015.

Lukkekursen den 2. maj 2016 var kr. 74,50.

1.5 Aktionærsammensætningen i B A/S

Til brug for anmodningen til ...[fondsbørsen] indgivet den 4. december 2015 indhentede Selskabet en opgørelse over dets aktionærer per den 9. november 2015.

Selskabet havde den 9. november 2015 i alt 1.302 navnenoterede aktionærer.

F K/S ejede i alt 11.176.947 aktier i Selskabet, svarende til 78,90 % af det samlede antal aktier og 80,07 % efter fradrag af egne aktier.

Selskabet har derudover en anden storaktionær, N, G ApS, der personligt og gennem selskabet G ApS ("G ApS"), den 11. september 2015 gav meddelelse om ejerskab af 709.362 aktier i Selskabet, svarende til 5,01 % af aktiekapitalen og stemmerettighederne. G ApS har endnu ikke givet meddelelse om at have passeret grænsen på 10 % af aktiekapitalen og stemmerettighederne.

Selskabet havde en beholdning af egne aktier på i alt 207.450 aktier, svarende til 1,46 % af aktiekapitalen og stemmerettighederne.

Under 15 % af aktiekapitalen og stemmerettighederne i Selskabet var dermed udestående, når der bortses fra F K/S', G ApSs og B A/Ss beholdning af aktier.

Overtagelsestilbuddene på B A/S og den presseomtale, der opstod i denne forbindelse, skabte interesse fra investorer, der ikke tidligere havde været aktionærer i Selskabet.

Samlet set betød det, at B A/S per 9. november 2015 havde tre kategorier af aktionærer, nemlig

- i. en majoritetsaktionær i form af F K/S med ca. 80 %,
- ii. 226 nye navnenoterede aktionærer, inkl. G ApS, der havde erhvervet deres aktier efter 2. juli 2015, svarende til knap 10 %, og
- iii. 1.078 (gamle) navnenoterede aktionærer, der havde været aktionærer også før 2. juli 2015, og som havde godt 9 % af kapitalen.

Selskabets aktionærsammensætning opgjort per den 9. november 2015 kan opstilles skematisk som følger:

	Nominelt kr.	Stk. aktier	% af samlet kapital
Nye aktionærer (efter 2. juli 2015)	27.379.040	1.368.952	9,66
Eksisterende aktionærer (per 2. juli 2015)	26.389.780	1.319.489	9,31
Ikke-navnenoterede aktionærer	1.876.640	93.832	0,67
F K/S	223.538.940	11.176.947	78,90
B A/Ss egne aktier	4.149.000	207.450	1,46
I alt	283.333.400	14.166.670	100

Som det fremgår, havde en betydelig del af Selskabets minoritetsaktionærer erhvervet aktierne velvidende om F K/S' overtagelsestilbud, og om F K/S' hensigt om en afnotering af Selskabets aktier.

Af Selskabets 1.302 aktionærer (opgjort den 9. november 2015) havde 1.078 været navnenoterede aktionærer både den 2. juli 2015 (dagen før meddelelsen om F K/S' købstilbud) og den 9. november 2015. Disse 1.078 navnenoterede aktionærer havde en andel af den udstedte kapital inkl. egne aktier på 9,31 %. Herudover havde 227 navnenoterede aktionærer erhvervet deres aktier – eller i hvert fald ladet disse navnenotere – efter 2. juli 2015. Korrigeres der for aktier tilhørende F K/S, var der efter 2. juli 2015 tilkommet 226 nye navnenoterede aktionærer, inkl. G ApS. Disse nye

aktionærers samlede aktiebesiddelse svarede til 9,66 % af den udstedte kapital inkl. egne aktier.

I forhold til deltagelse og afgivning af stemmer på generalforsamlingen den 22. oktober 2015 vedrørende spørgsmålet om afnotering kan det konstateres, at af de 1.116 gamle aktionærer valgte 188 at deltage i afstemningen vedrørende dagsordenens pkt. 2.1 om afnotering. Det vil sige, at alene ca. 17 % af de gamle aktionærer valgte at deltage i beslutningen. Af de 188 stemte 180 imod forslaget om afnotering. Af de 231 nye aktionærer, inkl. F K/S, valgte 50 at deltage i afstemningen vedrørende afnotering, hvilket betød, at ca. 22 % af de nye aktionærer deltog i denne beslutning. Ud af de 50 nye aktionærer stemte 48 imod forslaget om afnotering.

I henhold til en ny opgørelse fra O per 29. april 2016, kan det oplyses, at selskabet i dag har 1044 aktionærer, og at de tre kategorier af aktionærer nu fordeler sig som følger:

- i. en majoritetsaktionær i form af F K/S med ca. 80 %,
- ii. 302 nye navnenoterede aktionærer, inkl. G ApS, der har erhvervet deres aktier efter 2. juli 2015, svarende til ca. 12 %, og
- iii. 741 (gamle) navnenoterede aktionærer, der har været aktionærer også før 2. juli 2015, og som har 6,4 % af kapitalen.

Der er altså sket en væsentlig reduktion af antallet af gamle aktionærer.

2 *Juridisk baggrund*

2.1 *Den retlige regulering*

Selskabets anmodning om sletning fra handel og officiel notering blev fremsat i henhold til værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3 og bekendtgørelse om officiel notering af værdipapirer ("**Noteringsbekendtgørelsen**") § 14, stk. 2.

Efter værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3 skal en operatør af et reguleret marked som udgangspunkt tage anmodningen om sletning fra handel til følge, medmindre der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for (i) investorerne interesser eller (ii) markedets ordentlige funktion. Ligeledes følger det af Noteringsbekendtgørelsen, at anmodning om ophævelse af officiel notering skal tages til følge, medmindre sletningen ikke er i investorerne, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.

I tillæg til de lovfastsatte regler stiller ...[fondsbørsen] i regler for udstedere af aktier af 26. november 2015 ("**Udstederreglerne**") afsnit 2.9, krav om, at forslaget om sletning fremsættes som et separat punkt på dagsordenen på en generalforsamling i de situationer, hvor der ikke sikres fuldt ejerskab af udstederselskabet gennem tvangsindløsning.

2.2 *Vedtagelseskrav*

Der er ikke i værdipapirhandelsloven eller i Noteringsbekendtgørelsen fastsat krav om, at en beslutning om at anmode om afnotering skal forelægges og vedtages på selskabets generalforsamling. I relation til Udste-

derreglernes krav om generalforsamlingsbeslutning er der heller ikke krav til en særlig majoritet for vedtagelsen, der dermed i princippet kan vedtages med simpel majoritet. Såfremt der i forbindelse med generalforsamlingen skal foretages vedtægtsændringer, kan det medføre majoritetskrav på mindst 2/3 af den på generalforsamlingen repræsenterede stemmer og kapital.

Klager sammenligner beslutningen om afnotering med tvangsindløsningsbestemmelsen i selskabslovens § 70. Tvangsindløsning kan foretages af en aktionær, der ejer mere end 90 % af stemmerne og kapitalen i et selskab (eksklusiv egne aktier). I tilfælde hvor tvangsindløsning iværksættes, imødekommer ...[fondsbørsen], som ovenfor nævnt, anmodningen om afnotering uden at stille krav om afholdelse af generalforsamling. Det har dog aldrig været anset som en forudsætning, at en aktionær skulle besidde mere end 90 % af aktiekapitalen og stemmerne i et selskab, før et selskab kunne afnoteres. Hertil kommer også, at en tvangsindløsning er væsentligt mere indgribende end en afnotering. Ved en tvangsindløsning fratages ejendomsretten over den pågældende aktie. Ved en afnotering bibeholder aktionæren sine aktier og samtlige forvaltningsmæssige og økonomiske rettigheder, som aktionæren er tillagt i henhold til selskabsloven. Afnotering kan påvirke aktionærens mulighed for efterfølgende salg af sine aktier, men dette imødekommes blandt andet ved, at ...[fondsbørsen], som i den foreliggende sag, stiller krav om, at der fremsættes et købstilbud til aktionærene. Dermed varetages det eneste relevante investorbeskyttelseskrav, nemlig at aktien kan afhændes, såfremt det ønskes.

Der er dermed ikke den sammenhæng mellem tvangsindløsningsgrænsen, der kræver mere end 90 % ejerskab af et selskab, og afnotering af et selskab, som anført af Klager i klageskrivelsen af 17. marts 2016. Klager anfører blandt andet, at *”hvis sletning tillades i en situation som den foreliggende, underminerer det reelt tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct. og erstatter – i strid med lovgivningsmagtens intentioner med tvangsindløsnings- og sletningsreglerne – 90 pct. – grænsen med en anden og langt lavere grænse, nemlig en 67 pct.- grænse [..]”*. Klager sidestiller dermed kriterierne for en tvangsindløsning og en afnotering, hvilket er uden hjemmel i lovgivningen og i strid med hensigten bag reglerne om afnotering. Hertil bemærkes, at hvis dette var lovgivers intention, ville det have været specifikt reguleret i bestemmelsen. Et uhjemlet krav om 90 % majoritet stemmer desuden dårligt overens med det faktum, at indgivelse af ansøgning om optagelse til handel og officiel notering kan ske ved bestyrelsesbeslutning i kombination med en generalforsamlingsbeslutning, der gennemfører eventuelle nødvendige vedtægtsændringer.

I de tilfælde, hvor fuldt ejerskab opnås, herunder hvor der iværksættes en tvangsindløsning, imødekommer ...[fondsbørsen] anmodning om tvangsindløsning uden yderligere krav (herunder krav om et købstilbud frem til sletning eller afholdelse af generalforsamling). Hvis afnotering alene kunne ske ved en aktionærs opnåelse af tvangsindløsningsmajoritet, vil disse yderligere tiltag og vurderinger ift. tvangsindløsning være uden betydning. Ligeledes ville det i realiteten betyde, at det ville være unød-

vendigt at foretage en konkret vurdering i relation til kriterierne *investorerne interesser og markedets ordentlige funktion*. En afvisning af at tillade afnotering som følge af (generiske) indsigelser om et manglende marked, adgang til information mv., der altid vil kunne gøres gældende i tilfælde, hvor der ikke kan ske tvangsindløsning, vil således medføre, at der ikke foretages den konkrete vurdering, der kræves efter lovgivningen. Dette vil reelt medføre, at der foretages ”skøn under regel”. Det må derfor kræves, at der, for at afvisning kan komme på tale, kan peges på forhold, der konkret medfører *væsentlig skade* og ikke blot forhold, der vil gøre sig gældende ved afnoteringer i almindelighed.

Endeligt skal fremhæves, at en majoritet på 2/3 af stemmerne og kapitalen på en generalforsamling i henhold til selskabsloven kan vedtage beslutninger, der må anses som langt mere indgribende for aktionærene, herunder ændre selskabets formål. Ligeledes er det generelt antaget, at man ved en bestyrelsesbeslutning og/eller en generalforsamlingsbeslutning med simpelt flertal f.eks. kan vedtage at sælge samtlige selskabets aktiver (medmindre en ændring af vedtægternes formålsbestemmelse er påkrævet – og selv i denne situation kan ændringen gennemføres med 2/3 flertal).

Der er således ikke – hverken i værdipapirhandelsloven eller selskabsloven – fastlagt særlige vedtagelseskrav for beslutning om at søge et selskabs aktier slettet fra handel eller officiel notering. Dette har basis i det forhold, at børsmarkedet er et forum for kapitalfremskaffelse og ikke et forum for udøvelse af aktionærrettigheder. Det skal således være muligt for selskaber at søge om optagelse til handel, hvis dette er hensigtsmæssigt for selskabet, og blive afnoteret, når det ikke længere er i selskabets interesse at være noteret.

2.3 *De selskabsretlige beskyttelsesregler*

Efter selskabslovens § 108 må der på en generalforsamling ikke træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning. Konkret må der i denne sammenhæng lægges vægt på, om ønsket om afnotering ikke er sagligt begrundet, men tjener særinteresser, f.eks. enkelte aktionærers. I dette ligger blandt andet spørgsmålet om, hvorvidt der sker en formueforskydning, der opnås helt eller delvist vederlagsfrit. Dette kan ikke siges at være tilfældet i den foreliggende sag. Beslutningen er således sagligt begrundet i Selskabets forhold, idet det er økonomisk og administrativt u hensigtsmæssigt at opretholde en notering, ligesom Selskabet ikke har benyttet eller påtænker at benytte børsplatformen til kapitalfremskaffelse. Beslutningen på generalforsamlingen om at anmode Selskabets bestyrelse om at søge Selskabet afnoteret kan derfor ikke betragtes som en ugyldig generalforsamlingsbeslutning efter denne bestemmelse, da en afnotering ikke giver visse kapitalejere, i dette tilfælde F K/S, nogle fordele på bekostning af de øvrige aktionærer eller B A/S.

Desuden må det understreges, at minoritetsaktionærene efter afnoteringen fortsat vil være omfattet af minoritetsbeskyttelsesreglerne i selskabs-

loven, herunder reglerne til beskyttelse af minoritetsaktionærernes økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder. Det synes da heller ikke at være gjort gældende, at minoritetsrettigheder er tilsidesat i den foreliggende sag, og det er således alene vurderingen af, om afnoteringen er til væsentlig skade, der er relevant.

2.4 *Aktionærrettighedsdirektivet, Overtagelsestilbudsdirektivet og EMRK*

For så vidt angår Aktionærrettighedsdirektivet, er det uklart, hvilke forpligtigelser heri Klager henviser til, idet aktionærernes rettigheder varetages af selskabslovens almindelige bestemmelser. Yderligere beskyttelseskrav, der gælder særligt for noterede selskaber, skal i sagens natur ikke opretholdes efter en notering.

Med henvisning til Overtagelsestilbudsdirektivet formodes det, at Klager henviser til, at direktivet indeholder formkrav for *indløsning* i forbindelse med et gennemført overtagelsestilbud. Afnotering er imidlertid ikke reguleret i Overtagelsestilbudsdirektivet, men derimod i direktiv 2004/39/EF ("**MiFID**"). MiFID, artikel 41, danner basen for værdipapirhandelsloven § 25, stk. 1 (beslutning om sletning truffet af det regulerede marked), og har med sin formulering om, at sletning kan ske "*medmindre der er sandsynlighed for, at et sådant skridt vil vise sig at være til betydelig skade for investorinteresser eller markedets ordentlige funktion*", også været fundamentet for den i den foreliggende sag relevante bestemmelse om sletning efter anmodning (værdipapirhandelsloven § 25, stk. 3). Et argument om, at beslutningen skulle være i strid med EU-retten, må derfor afvises.

Endelig henviser Klager til den private ejendomsret som fastsat i EMRK. I den sammenhæng skal blot understreges, at der ikke er tale om, at den enkelte aktionær "berøves sin ejendom", som beskyttelsen i EMRK protokol 1, art. 1 vedrører.

3 *Vurdering af om afnotering er til væsentlig skade*

Som nævnt ovenfor har ...[fondsbørsen] imødekommet anmodningen om afnotering, da ...[fondsbørsen] ikke fandt det sandsynliggjort, at en sletning af B A/Ss aktier fra handel og officiel notering var (i) til væsentlig skade for (ii) investorerne interesser eller (iii) markedets ordentlige funktion. Spørgsmålet om væsentlighedsvurderingen behandles overordnet umiddelbart nedenfor. I afsnit 3.1 beskrives ...[fondsbørsen]s regler og praksis kortfattet, mens skade for investorernes interesser behandles nedenfor under afsnit 3.2. I afsnit 3.3 behandles spørgsmålet om væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.

Som også fremhævet i anmodningen om afnotering vedlagt som bilag 3, tillægger værdipapirhandelsloven alene operatøren af et reguleret marked kompetence til at nægte sletning fra handel, hvis Operatøren kan sandsynliggøre, at sletningen fra handel vil medføre en væsentlig skade for investorerne eller for markedets ordentlige funktion. Værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, tillægger dermed ikke operatøren kompetence til at

nægte sletning, hvis der ikke er klare holdepunkter for, at sådan væsentlig skade foreligger. Der er således tale om et meget klart udgangspunkt, og der må være betydelige beviskrav i relation til den ”væsentlige skade”, der skal kunne begrunde en nægtelse af afnotering.

Det fremgår ikke af bestemmelsen i værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, eller af den EU-retlige regulering i MiFID i øvrigt, hvad der skal forstås ved væsentlig skade på investorenes interesser og markedets ordentlige funktion.

I relation til investorenes og markedets interesser kan dette næppe udstrækkes til forhold ud over det børsretlige. Dette vil særligt være investorenes berettigede interesse i, at operatørens markedsplads fungerer ordentligt, samt at handler afvikles effektivt og med den nødvendige gennemsigtighed i forhold til pris mv. Dette er også i tråd med ...[fondsbørsen]’s praksis, der typisk har anvendt bestemmelserne om tvungen sletning i situationer, hvor selskaberne ikke har opfyldt deres oplysningsforpligtelser eller på anden vis ikke har levet op til de krav, der stilles til at være på børsmarkedet. Kriteriet kan ikke omfatte almindelige forhold, som f.eks. adgangen til at kunne afsætte sine værdipapirer over ... [fondsbørsen] eller til at modtage oplysninger, som børsnoterede selskaber er forpligtet til at udsende efter de særlige regler, der gælder for disse, da det ellers ville gøre afnotering umulig og bestemmelserne om afnotering efter anmodning indholdsløse.

3.1 ...[fondsbørsen]s praksis

Fra ...[fondsbørsen]s praksis og Udstederreglerne, pkt. 2.9, kan udledes, at ...[fondsbørsen] historisk har lagt vægt på nedenstående forhold som et led i vurderingen af, om sletning fra handel er til væsentlig skade for investorenes interesse eller markedets ordentlige funktion.

- Om beskyttelsen af minoritetsinteresserne er blevet tilsidesat, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet,
- tilslutningen (og evt. indsigelser) på en generalforsamling, hvor punktet om afnotering behandles,
- adgangen til, at aktionærerne kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen], og
- hvor mange cirkulerende aktier og tilbageværende aktionærer, der er i det
- pågældende selskab, samt de cirkulerede aktiers markedsværdi, og
- hvis der ikke er opnået fuldt ejerskab, at selskabet, som anmoder om sletning, har en betydelig ejerkoncentration.

I forbindelse med revisionen af Udstederreglerne den 1. juli 2015, blev det i ...[fondsbørsen]s praksis opstillede krav om betydelig ejerkoncentration uden for situationer, hvor der opnås fuldt ejerskab, afskaffet. Denne ændring er i tråd med værdipapirhandelslovens fokus på skadevirkninger for investorerne og markedet, herunder tilsidesættelse af minoritetsinteresser fremfor ejerkoncentration.

Som det fremgår af ...[fondsbørsen]s afgørelse af 24. februar 2016, må der sondres mellem den almindelige skadevirkning for aktionærene, der i sagens natur følger af en afnotering, i hvilke tilfælde ...[fondsbørsen] kan beslutte at tillade sletning, f.eks. under betingelse af, at der fremsættes et stående købstilbud frem mod afnoteringen, og væsentlig skadevirkning, hvor der ikke kan tillades sletning.

...[fondsbørsen]s praksis samt øvrige betragtninger fremført af Klager i forbindelse med klagen er nærmere behandlet nedenfor under afsnit 3.2 og afsnit 3.3

3.2 *Væsentlig skade for investorernes interesse*

Det kan efter B A/Ss vurdering ikke antages, at der er børsretlige forhold i relation til investorernes interesse, der er tilsidesat i den foreliggende sag. En afnotering af Selskabet vil således ikke påvirke investorerne, udover hvad der er en naturlig følge af en afnotering (almindelig skadevirkning).

(a) *Minoritetsbeskyttelse*

Som redegjort for under afsnit 2.3, kan en afnotering ikke anses for at tillægge F K/S utilbørlige fordele på bekostning af de øvrige aktionærer eller Selskabet. Minoritetsbeskyttelsen er udtømmende reguleret i selskabsloven, og hverken selskabslovens generalklausul eller bestemmelser om ligebehandling er tilsidesat i denne sag. Hertil kommer, at der ikke kan indfortolkes et krav om, at en anmodning om sletning skal kombineres med, at der gennemføres en indløsning af minoritetsaktionærerne. Et krav af denne karakter har ingen hjemmel og ville gøre bestemmelsen i værdipapirhandelsloven § 25, stk. 3, indholdsløs.

(b) *Værditab og likviditet*

Klager fremhæver i sit indlæg af 17. marts 2016, at afnoteringen er til væsentlig skade for investorernes interesse, da beslutningen har medført et værditab for investorerne. Dette begrundes med, at ”Kursen på udstederens aktier faldt med 42,78 pct. i løbet af de 3 første handelsdage efter offentliggørelsen af sletningen. En likvid børsnoteret aktie blev forvandlet til (forventningen om) en illikvid børsnoteret aktie”. I den sammenhæng skal indledningsvist bemærkes, at værditab som følge af ophør af optagelse til handel er et af de forhold, som altid kan forekomme ved en afnotering, og således ikke kan tillægges selvstændig vægt ved vurderingen af begrebet *væsentlig skade*, da afnotering ellers aldrig ville kunne finde sted.

Endvidere skal det, som nærmere behandlet under afsnit 1.4, fremhæves, at kursen på B A/Ss aktier var steget fra en lukkekurs på kr. 32,50 før offentliggørelsen af F K/S' tilbud til en lukkekurs på kr. 97,00 den 24. februar 2016, hvor meddelelse om, at ...[fondsbørsen] havde imødekommet anmodning om sletning fra handel og officiel notering, blev offentliggjort. Det havde fra offentliggørelse af første tilbudsdokument den 10. juli 2015 været kendt i markedet, at F K/S ville anmode om en afnotering, uden at denne forventning om en mulig afnotering forhindrede kursen i at stige. Som nævnt ovenfor udsendte B A/S ingen selskabsmeddelelser i perioden fra 4. december 2015 og frem til ...[fondsbørsen]s afgørelsen den 24. februar 2016. I denne periode må der også have været en forventning om, at ...[fondsbørsen] kunne imødekomme anmodningen, og lukkekursen steg alligevel fra kr. 60,00 den 4. december 2015 til kr. 97,00 den 24. februar 2016. Minoritetsaktionærernes påståede værditab som følge af afnoteringen er derfor baseret på en kurs, der i forvejen ikke var funderet i Selskabets forhold, og som må anses som rent spekulativt motiveret eller for en aktionærs vedkommende drevet af et ønske om en strategisk positionering.

I relation til den handlede volumen kan oplyses, at der i perioden 1. januar 2015 til 2. juli 2015 (dagen inden offentliggørelse af F K/S' købstilbud) var en gennemsnitlig daglig volumen i aktien på ca. 26.057 *stk. aktier*.

I perioden fra 3. juli 2015 til den 21. september 2015 (dagen inden meddelelse om endeligt resultat) var den gennemsnitlige daglige volumen i aktien på ca. 42.855 *stk. aktier*, mens den i perioden fra den 22. september 2015 til den 3. december 2015 (dagen inden indgivelse af anmodning om afnotering) var på ca. 8.055 *stk. aktier*.

I perioden fra 4. december 2015 til den 23. februar 2016 (dagen inden ...[fondsbørsen]s imødekommelse af anmodning om afnotering) var der en gennemsnitlig daglig volumen i aktien på ca. 10.730 *stk. aktier*, mens der i perioden fra den 24. februar 2016 til den 29. april 2016, var en gennemsnitlig daglig volumen i aktien på ca. 13.067 *stk. aktier*.

Det er således ikke korrekt, som anført af Klager, at aktien forvandlede til en illikvid aktie ved offentliggørelsen af meddelelsen om imødekommelse af sletning. Det havde aktien været siden afslutningen af købstilbuddet, hvilket er helt naturligt, som følge af ejerkoncentrationen og idet F K/S' hensigt om at søge Selskabet afnoteret havde været meddelt markedet siden offentliggørelsen af tilbudsdokumentet. Den positive påvirkning på volumen siden meddelelsen om indgivelse af anmodning om afnotering må tilskrives mediernes omtale af sagen, og dermed må volumen også forventes at falde igen, selv hvis en notering opretholdes.

(c) *Forningelse af økonomiske beføjelser*

Klager fremhæver videre i sit indlæg af 31. marts 2016, at minoritetsaktionærernes økonomiske beføjelser i væsentlig grad forringes, idet de minoritetsaktionærer, der har investeret i B A/S som en del af deres pensionsopsparing, kan blive nødsaget til at tage disse ud af depotet, da der

stilles visse begrænsninger for, hvor mange unoterede aktier der kan placeres i et pensionsdepot. Dette forekommer ikke at være et forhold, der under den børse- eller selskabsretlige regulering kan tillægges vægt. Reglerne kan ikke udstrækkes til at beskytte minoritetsaktionærens placering af værdier, og den eventuelle ulempe det må være for minoritetsaktionærerne at trække dem ud igen. Der henvises i øvrigt til Finanstilsynet bemærkninger i pkt. 3.2 til Erhvervsankenævnets kendelse af 30. april 2013 (J.nr. 2012-0033089), herunder særligt, at en investors placering af en aktiebeholdning i et pensionsdepot ikke er blandt de rettigheder og interesser, der er knyttet til at være investor i et selskab, herunder f.eks. retten til at møde på en generalforsamling, afgive stemmer mv.

(d) Tilslutning og adgang til at afhænde aktier

For så vidt angår tilslutningen på generalforsamlingen og aktionærernes adgang til at afhænde deres aktier, skal fremhæves, at en meget stor del af kapitalen, nemlig 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer, stemte for bemyndigelsen til bestyrelsen til at søge om afnotering, hvorimod alene 13,5 % stemte imod forslaget. Som fremhævet ovenfor i afsnit 2.2 er der intet krav om kvalificeret majoritet til at træffe en sådan beslutning. Som også nærmere redegjort for i anmodningen om afnotering, bilag 3, pkt. 6.3, begrænsede indsigelserne fra aktionærerne sig desuden til forhold om begrænsning af likviditeten i aktien, og at informationsniveauet vil blive formindsket efter en afnotering.

Som anført af ...[fondsbørsen] i afgørelsen af 24. februar 2016, kan ingen af disse indvendinger imidlertid statuere en væsentlig skade for investorerne allerede af den årsag, at det således aldrig ville være muligt for et selskab at blive slettet fra handel.

Uanset dette kan det tilføjes, at skønt Selskabet har været genstand for stor investorinteresse siden 3. juli 2015, er det sandsynligt, at likviditeten vil falde yderligere fremadrettet henset til den store ejerkoncentration. Det bør desuden fremhæves, at over halvdelen af Selskabets minoritetsaktionærer, målt på andel af aktiekapitalen, som nærmere beskrevet i afsnit 1.5, er blevet aktionærer, efter offentliggørelse af F K/S' overtagelsestilbud. Disse minoritetsaktionærer må antages at have accepteret risikoen ved afnotering ved deres investering i B A/S.

Det må i øvrigt forventes, at minoritetsaktionærerne fortsat kan have adgang til at sælge deres aktier, såfremt de ønsker det, herunder til F K/S. I denne sammenhæng har Selskabets bestyrelse desuden på selskabets ordinære generalforsamling tilkendegivet, at ville støtte minoritetsaktionærernes mulighed for at sælge deres aktier efter en eventuel afnotering, hvilket blandt andet kan ske ved udnyttelse af bemyndigelse til køb af egne aktier, som vedtaget på selskabets ordinære generalforsamling i april 2016.

For så vidt angår spørgsmålet om reduceret adgang til information, kan det nævnes, at F K/S, i sin egenskab af kapitalfond, blandt andet følger DVCA's retningslinjer for "Aktivt ejerskab og åbenhed i kapitalfonde", herunder af særlig relevans kravene til rapportering og corporate gover-

nance i kapitalfondsejede selskaber. Aktionærerne vil derudover naturligvis fortsat have adgang til Selskabets årsrapporter mv. Det skal i tillæg hertil fremhæves, at lovkravet om kvartalsrapporter eller periodemeddelelser for første og tredje kvartal blev ophævet per 26. november 2015, og selv ved en fortsat notering kan informationsniveauet blive centreret omkring den årlige rapportering. B A/S har i øvrigt i indkaldelsen til den ordinære generalforsamling oplyst følgende om den fortsatte oplysning til aktionærerne:

”B A/Ss bestyrelse agter også efter en afnotering, uanset at selskabet ikke er forpligtet hertil, at opretholde et højt finansielt rapporteringsniveau. Selskabet vil derfor fortsat på hjemmesiden offentliggøre sin årsrapport, halvårsregnskabsmeddelelse og kvartalsvise orientering om trafiktal.”

Endelig skal det bemærkes, at det ikke kan anses som en minoritetsret-tighed at have adgang til et informationsniveau, som påkrævet under de børsretlige regler.

3.3 *Væsentlig skade for markedets ordentlige funktion*

Det kan ikke antages, at der er børsretlige forhold i relation til markedets ordentlige funktion, der er tilsidesat i den foreliggende sag. En afnotering af Selskabet vil således ikke påvirke markedet, udover hvad der er en naturlig følge af en afnotering (almindelig skadevirkning).

(a) *Ejerkoncentration og cirkuleret mængde aktier*

Det var tidligere et krav efter ...[fondsbørsen]s Udstederregler, at der var opnået en betydelig ejerkoncentration i selskabet, såfremt der ikke samtidig med afnoteringen skete tvangsindløsning. Dette krav er imidlertid afskaffet med Udstederreglerne af 1. juli 2015.

Uanset dette bemærkes, at free-float i B A/Ss aktier er væsentligt reduceret i forhold til før F K/S' købstilbud. Elimineres herfra F K/S' og G ApSs aktiebeholdning samt B A/Ss beholdning af egne aktier var mindre end 15 % af Selskabets aktier i free-float, svarende til ca. 2.000.000 aktier på tidspunktet for indgivelse af anmodningen om afnotering.

Dette er ikke i sig selv nok til, at Selskabet ikke ville kunne opretholde sin notering i forhold til Udstederreglerne, men der er væsentlig forskel på denne situation, hvor Selskabet selv har søgt om en afnotering, og til en situation, hvor ... [fondsbørsen] egenhændigt ville kræve selskabet afnoteret som følge af manglende free-float. En ejerkoncentration som i det foreliggende tilfælde må alt andet lige betragtes som betydelig.

Det skal endvidere fremhæves, at det strider mod markedets (og eventuelle fremtidige investorers) interesse at fastholde notering af selskaber, der ikke ønsker at være optaget til handel, og hvis økonomiske forhold tilsiger, at en fortsat optagelse udgør en belastning for selskabets økonomiske forhold.

(b) *Hensyn til markedet som helhed*

Der ses intet grundlag for, at der ved vurderingen af, om afnotering er til skade for markedets ordentlige funktion, skal tages hensyn til det danske aktiemarked som helhed, om der bliver færre aktier til salg på ... [fondsbørsen] i København eller kvaliteten af den private aktiekultur.

Som beskrevet ovenfor må bestemmelsen derimod ses som en ordensforskrift, der vedrører, hvorvidt den pågældende afnotering kan påvirke ...[fondsbørsen]s funktioner i henhold til Udstederreglerne, herunder hensynet til at markedet drives på en betryggende og hensigtsmæssig måde, markedets sunde funktion, redelig og korrekt handel, mv. jf. værdipapirhandelsloven § 18. Hensynet til investorerne kan i øvrigt iagttages ved, at ...[fondsbørsen] som i det foreliggende tilfælde stiller krav om, at aktionærerne tilbydes at afhænde deres aktier.

Uanset at der ikke i betragtningen skal tages hensyn til det danske aktiemarked som helhed, skal det bemærkes, at en meget restriktiv adgang til afnotering, herunder f.eks. opstilling af et krav om tvangsindløsningsmajoritet kan afskrække selskaber fra at blive noteret i første omgang, idet det reelt vil stavnsbinde dem til kapitalmarkedet, og de dertil knyttede omkostninger og krav om interne ressourcer. Et fleksibelt marked for finansiering er en forudsætning for et velfungerende marked, herunder for at sikre, at markedet er attraktivt for små- og mellemstore virksomheder. Dette omfatter, at selskaber kan blive afnoteret, når det ikke længere er økonomisk hensigtsmæssigt for dem at forblive på markedet.

...”

...[fondsbørsen] har i en redegørelse af 3. maj 2016 udtalt:

”...

1. Retligt grundlag

Det retlige grundlag for anmodning om sletning fra optagelse til handel findes i § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel. Denne er formuleret som følger:

”Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion.”

§ 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel m.v. blev senest ændret ved L20 (2006). Det fremgår heraf, at ”de foreslåede stk. 3 og 4 viderefører de gældende bestemmelser i stk. 3 og 4, med de konsekvensrettelser, der følger af, at reglerne om optagelse til notering og om fondsbørser og autoriserede markedspladser ændres. Endvidere er der i stk. 3 sket en sproglig tilpasning til det foreslåede stk. 1”.

I den oprindelige værdipapirhandelslov – lov nr. 1072 fra 1995 – var § 26, stk. 3 (nu § 25, stk. 3) formuleret som følger:

”Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er noteret på en fondsbørs, anmodning om sletning fra noteringen, skal anmodningen tages til følge, medmindre ...[fondsbørsen] finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse...”

I bemærkningerne til forslag til lov om værdipapirhandel fra 1995 (L 71) er der i relation til bestemmelsen om sletning (§ 26) bl.a. anført følgende:

”...

Mens det for en udsteder er frivilligt at søge værdipapirer optaget til notering på en fondsbørs, har en udsteder, der har fået værdipapirer optaget til notering, ikke automatisk krav på at få en anmodning om sletning af et værdipapir fra noteringen imødekommet. En udsteders anmodning om sletning skal dog, jf., stk. 3, imødekommes, medmindre den pågældende fondsbørs ud fra en samlet vurdering finder, at sletningen ikke vil være i investorernes, låntagers og værdipapirmarkedets interesse.

...

Sletning vil kunne nægtes, såfremt bestyrelsen for en fondsbørs har formodning om, at dette vil være til skade for aktionærene eller er egnet til at skaffe visse aktionærer eller andre en utilbørlig fordel på andre aktionærers eller selskabets bekostning.”

I værdipapirhandelsloven med kommentarer, Werlauff & Moalem (2006), er der i relation til § 25, stk. 3, bl.a. anført følgende:

”...

Udgangspunktet er her børsretligt, at selskabets anmodning om afnotering tages til følge, jf. hovedreglen i VHL § 25, stk. 3. Men ...[fondsbørsen] kan afslå anmodningen, hvis den ”finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse”. Der skal herved anlægges betragtninger, som i nogen grad er parallelle med principperne bag de selskabsretlige generalklausuler i AL §§ 63, stk. 1, og 80, dvs. om ønsket om afnotering ikke er sagligt begrundet i selskabets interesse, men tjener særinteresser, fx enkelte aktionærers...”

I Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Jesper Lau Hansen (2011), er der i relation til § 25, stk. 3 bl.a. anført følgende:

”...

Anmodningen om sletning kan skyldes, at udgifterne ved optagelse (afgift til operatøren, publicitetsomkostninger, udgifter til regeloverholdelse, mv.) overstiger fordelene ved den øgede likviditet.

...

Formuleringen af 1. pkt. i stk. 3 giver indtryk af, at en sådan anmodning som udgangspunkt skal imødekommes, medmindre hensynet til investorerne, dvs. de nuværende aktionærer, taler imod, jf. 2. pkt. Der nævnes også markedets ordentlige funktion, men det er vanskeligt at se et hensyn hertil, som ikke dækkes af hensynet til investorerne.

...

Da bestemmelsen viderefører de ældre bestemmelser, må tidligere praksis kunne anvendes. Dansk praksis synes at være meget restriktiv, muligvis også mere restriktiv end svensk.

...

Forarbejderne til den opr. lov 1072/1995 oplyste, at operatøren skal afvise at imødekomme anmodningen, såfremt den har formodning om, at en sletning vil være til skade for aktionærerne eller er egnet til at skaffe visse aktionærer eller andre en utilbørlig fordel på andre aktionærers eller selskabets bekostning, jf. FT 1995/96 A 1992. Denne formulering fra forarbejderne modsvarer ordlyden i SL § 108 om majoritetsmisbrug på generalforsamlingen, men efter selskabsretten kræves yderligere, at majoritetsmisbruget er åbenbart. Et tilsvarende krav kan næppe gælde for afgørelse om at tillade sletning. Det er ikke afklaret i forarbejderne, hvor stor opbakningen bag anmodningen om sletning skal være hos udstederens aktionærer.

...

Efter denne tidligere praksis [opsummeret i Afgørelser og Udtalelser 2003, nr. 3.2] [Bilag ... – Afgørelser og Udtalelser 2003, pkt. 3.2] krævede KF reelt, at alle aktionærer tiltrådte anmodningen om sletning, og anmodningen skulle derfor have været drøftet på en generalforsamling som særskilt punkt. Referatet skal forelægges KF. Hvis der var uenige aktionærer, skulle disse have et indløsningsstilbud, enten i medfør af reglerne om tvangsindløsning efter asl § 20b, eller som et frit købstilbud. Indsigelse fra selv ganske få minoritetsaktionærer vil således hindre sletning, medmindre de tilbydes en indløsningsmulighed på markedsvilkår. Markedsvilkår kan efter omstændighederne være den højeste pris, som hovedaktionæren har betalt de sidste seks måneder, jf. A&U 2001, nr. 1.22, hvilket synes inspireret af reglerne om tilbudspligt. Minoritetsaktionærerne skal have haft mulighed for indløsning eller at sælge til en fair pris, hvorimod det ikke er en hindring for sletning, at de ikke tager imod et tilbud herom.

...

KF udtaler også [i Afgørelser og Udtalelser 2001, nr. 1.24], at i tilfælde, hvor der ikke synes at foreligge krænkelse af minoriteten, vil sletning blive imødekommet, såfremt der fremsættes købstilbud, der giver minoriteten en mulighed for at afhænde deres aktier... ”

Det retlige grundlag for anmodning om sletning fra officiel notering findes i § 22 i lov om værdipapirhandel. Heraf fremgår følgende:

”§ 22. Finanstilsynet kan efter anmodning fra en udsteder af aktier, aktiecertifikater eller obligationer træffe beslutning om officiel notering af det pågældende værdipapir, hvis dette er optaget eller vil blive optaget til handel på et reguleret marked.

Stk. 2. Finanstilsynet fastsætter regler om betingelserne for officiel notering af værdipapirer, jf. stk. 1, og om suspension og sletning af værdipapirer fra notering.”

Denne regel er for så vidt angår et selskabs anmodning om sletning uddybet i § 14, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer:

”...

Stk. 2. Fremsætter en udsteder af værdipapirer anmodning om ophævelse af en officiel notering, skal anmodningen tages til følge, medmindre Finanstilsynet finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.”

Som tidligere gennemgået i ... [fondsbørsen]s indlæg til Erhvervsankennævnet af henholdsvis 30. marts 2016 og 4. april 2016 vedrørende formaliteten i denne sag, så skal spørgsmålet om optagelse til officiel notering samt dermed om sletning herfra, primært anses som en formalitet i forhold til spørgsmålet om optagelse til handel samt sletning herfra. ... [fondsbørsen] skal henvise til denne skrivelse i forhold til en gennemgang af forholdet mellem disse to optagelsesformer. Som der fremgår af nævnte indlæg foregår den materielle vurdering af spørgsmålet om anmodning om sletning i forhold til optagelsen til handel. Derfor vil gennemgangen af det retlige grundlag nedenfor relatere sig til denne del.

Det følger af pkt. 2.9 i ... [fondsbørsen]s regler for udstedere af aktier at:

”... [fondsbørsen] kan i overensstemmelse med § 25 i Lov om værdipapirhandel træffe afgørelse om sletning fra handel”.

For så vidt angår den del af bestemmelsen, der vedrører et selskabs anmodning om sletning fra optagelse til handel, fremgår det af vejledningen til denne bestemmelse at:

”...

Hvis et selskab anmoder om sletning, skal denne anmodning, ifølge værdipapirhandelsloven, tages til følge, medmindre ... [fondsbørsen] på baggrund af en vurdering af selskabets tilstand og særlige situation finder, at sletning er til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for investorenes interesser, vurderes det bl.a., om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet. Forslaget om sletning skal fremsættes som et separat punkt på dagsordenen på en generalforsamling, og ... [fondsbørsen] lægger i sin vurdering bl.a. vægt på aktionærdeltagelsen og på eventuelle indsigelser fra aktionærerne. En generalforsamlingsbeslutning om at slette selskabet fra handel på ... [fondsbørsen] begrundes derfor ikke i sig selv en sletning.

Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, kontrolleres det bl.a. hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer, der er i det pågældende selskab.

I situationer, hvor ... [fondsbørsen] finder, at der er sandsynlighed for, at sletning vil være til skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion, men hvor ... [fondsbørsen] vurderer, at denne skade kan afhjælpes, kan ... [fondsbørsen] fastsætte betingelser for sletning. Hensigten hermed er, at skaden for investorerne eller markedets ordentlige funktion, efter opfyldelsen af disse betingelser, ikke er så væsentlig, at en anmodning om sletning ikke kan imødekommes. ... [fondsbørsen] vil normalt kræve, at selskabet sikrer, at aktionærerne kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen]. Aktionærer vil således have mulighed for at afhænde deres aktier med den viden, at selskabet efterfølgende bliver slettet fra ... [fondsbørsen].

Ifølge værdipapirhandelsloven har et selskab, hvis aktier er optaget til handel, ret til at få et værdipapir slettet fra handlen på ... [fondsbørsen], såfremt værdipapiret i forbindelse hermed optages eller er optaget til handel på et andet reguleret marked.

I situationer, hvor der sikres fuldt ejerskab af et selskab som følge af en tvangsindløsning, sletter ... [fondsbørsen] selskabet uden videre.”

Ovennævnte vejledning fremgår af ... [fondsbørsen]s regelsæt, og er opstået på baggrund af tidligere sager, hvor et selskab har anmodet om sletning.

2. Beskrivelse praksis for sletning fra handel samt ... [fondsbørsen]s generelle anvendelse af reglerne

Det følger af lov om værdipapirhandel § 25, stk. 3, at hvis en udsteder fremsætter en anmodning om sletning fra handelen, så skal operatøren af det regulerede marked tage denne anmodning til følge, men at sletning dog ikke kan foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning vil være til skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion, vil ... [fondsbør-

sen] skulle tage stilling til, om skadesvirkningerne kan imødegås ved opstilling af konkrete betingelser, der skal opfyldes af selskabet, for at en sletning kan gennemføres. Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning vil være til *væsentlig* skade, vil ... [fondsbørsen] ikke kunne imødekomme anmodningen om sletning.

Såfremt ... [fondsbørsen] finder, at en sletning ikke vil være til skade for hensynet til investorernes interesse eller markedets ordentlige funktion, vil en sletning kunne ske uden opstilling af yderligere betingelser fra ... [fondsbørsen]s side.

Reguleringen indeholder ikke en fortolkning af, hvordan begrebet væsentlig skade skal forstås. Ligeledes indeholder reguleringen ikke retningslinjer for et selskabs beslutning om at anmode om sletning. Endelig indeholder værdipapirhandelsloven ikke regler om beskyttende foranstaltninger, der kan imødegå en eventuel skadesvirkning som følge af en sletning fra handel.

I Afgørelser og Udtalelser 2003 er ... [fondsbørsen]s praksis ved behandling af sager om frivillig sletning fra handel beskrevet ... – Afgørelser og Udtalelser 2003, pkt. 3.2]. Denne praksisbeskrivelse danner i store træk grundlag for kommentaren til punkt 2.9 Sletning fra handel i Regler for udstedere af aktier. Beskrivelsen fra 2003 bygger på en forespørgsel om sletning i 2003, hvor ... [fondsbørsen] for at imødekomme selskabets anmodning om sletning satte som betingelse, at der skulle fremsættes et købstilbud efter reglerne i værdipapirhandelsloven.

... [fondsbørsen]s vurdering af begrebet væsentlig skade

... [fondsbørsen] har ikke tidligere (tilbage til 1995) afvist en anmodning om sletning fra handel. Der findes ikke i loven eller i bemærkningerne en fortolkning af, hvad væsentlig skade er. De direkte konsekvenser ved en sletning er, at der ikke længere er en markedsplads for aktierne samt at selskabet ikke længere vil være underlagt oplysningsforpligtelser. Dette kan imidlertid ikke statuere en væsentlig skade for investorerne, alene af den årsag, at det således aldrig ville være muligt for et selskab at blive slettet fra handel. Endvidere er udgangspunktet i § 25 ”at anmodningen skal tages til følge”, og dermed må der være gjort op med, at skadesvirkningerne herved, ikke i sig selv, kan være væsentlige nok til at forhindre en sletning.

Hvad angår kravet om, at sletning ikke må foretages, hvis det vil være til væsentlig skade for investorernes interesser, skal det bemærkes, at dette hensyn har et bredt sigte, og at det ikke skal forveksles med et minoritetshensyn, hvor den enkelte aktionær skal beskyttes mod en sletning. Der er tale om en generel vurdering af hensynet til investorernes interesser og markedets funktion.

Selskabet har ikke et ubetinget krav på at blive slettet fra handlen, men der kan siges at gælde en slags formodningsregel. Når ... [fondsbørsen] tager stilling til om sletning er til skade for investorernes interesser, vurderes bl.a. om beskyttelsen af minoritetsaktionærerne er blevet tilsidesat, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for an-

dre aktionærer eller selskabet. Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til skade for markedets ordentlige funktion, kontrolleres bl.a. hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer, der er i det pågældende selskab.

Vurderingen af væsentlig skade ved behandling af anmodning om sletning fra handel er særligt relevant i de situationer, hvor en majoritetsaktionær ikke opnår fuldt ejerskab eller mulighed for tvangsindløsning. Siden 2003 har ... [fondsbørsen] behandlet et antal sager, hvor blandt andet selskabets historik og økonomiske situation er taget i betragtning. ... [fondsbørsen]s erfaring viser dog, at de forskellige sager om sletning sjældent kan sammenlignes fuldt ud, da der ofte er særlige forhold der gør sig gældende i de konkrete sager. Tidligere var det primært selskaber, der kunne kategoriseres som nødlidende eller i økonomiske problemer, der anmodede om sletning, men senere har enkelte mere veldrevne selskaber også anmodet om sletning.

... [fondsbørsen]s betingelser for at imødekomme anmodning om sletning

Som nævnt indeholder loven ikke rammer for, hvorvidt en operatør af en markedsplads kan opstille betingelser for at imødekomme eventuelle skadesvirkninger ved en sletning – ej heller rækkevidden af de betingelser som findes nødvendige for at imødegå, at investorernes interesse eller markedets ordentlige funktion lider væsentlig skade.

... [fondsbørsen] har udviklet en praksis, som netop har til hensigt at beskytte investorerne ved blandt andet at betinge en sletning med, at selskabet skal sikre, at aktionærene kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen]. Ifølge denne praksis stiller ... [fondsbørsen] typisk krav om, at der fremsættes et købstilbud forud for at selskabet slettes fra optagelse til handel. Aktionærer vil således have mulighed for at afhænde deres aktier med den viden, at selskabet efterfølgende bliver slettet fra optagelse til handel på ... [fondsbørsen].

I nogle af ... [fondsbørsen]s tidligere sager om sletning har der været et (eller flere) forudgående købstilbud – i andre sager har der ikke været et købstilbud forud for selskabets anmodning om sletning. Det er vanskeligt og vidtrækkende for en operatør af en markedsplads at skulle sætte en specifik kurs som betingelse for et købstilbud. ... [fondsbørsen] mener ikke, at rækkevidden til at sætte betingelser kan udstrækkes til at diktere en kurs for et købstilbud. ... [fondsbørsen] mener heller ikke, at man kan bruge begreber som en fair pris eller markedspris, som tidligere er set anvendt i ... [fondsbørsen]s afgørelser om sletning, da dette, alt efter situationen, kan tolkes til ugunst for minoritetsaktionærene. Derfor er praksis med tiden blevet udviklet til, at betingelsen for at skulle fremsætte et købstilbud skal ske med henvisning til reglerne om overtagelsestilbud. Denne praksis er blevet vurderet og accepteret af Finanstilsynet [... og ... – Finanstilsynets vurdering af sager].

... [fondsbørsen] stiller ikke betingelser for at imødekomme en anmodning om sletning, hvor betingelsen udstrækker sig til efter, at selskabet er slettet fra handel.

Antal sletninger på ...[fondsbørsen]'s regulerede marked (hovedmarkedet) i perioden 1. januar 2003 til 29. april 2016 (dog inkl. 18.5.2016)

En oversigt over slettede selskaber kan findes på ...[fondsbørsen]'s hjemmeside: (...)

Baggrund	Antal
Tvangsindløsninger (samt indløsningsret)	54
Konkurser	22
Fusioner	16
Likvidation	7
Anmodning (< 90 % ejerkoncentration)	19
Øvrige	10
I alt	128

Tvangsindløsning ved mindst 90 %

I situationer, hvor der sikres fuldt ejerskab af et selskab som følge af en tvangsindløsning, sletter ... [fondsbørsen] selskabet uden videre.

Det er ... [fondsbørsen]'s generelle vurdering, at eventuelle skadesvirkninger ved en sletning fra handel er yderst begrænsede i situationer, hvor aktierne bliver tvangsindløst. I situationer med tvangsindløsning er processen reguleret af selskabsloven, hvorfor ... [fondsbørsen] ikke finder, at der skal tages yderligere beskyttelseshensyn. ... [fondsbørsen] vil i disse tilfælde slette selskabets aktier uden at opstille betingelser. Sletning foretages enten den første dag i 4-ugers perioden, når tvangsindløsning indledes eller den sidste dag i 4-ugers perioden.

På samme vis sletter ... [fondsbørsen] selskaber fra handel uden at opstille betingelser i situationer, hvor et selskab erklæres konkurs, ved fusion med et andet børsnoteret selskab eller i tilfælde af at selskabet likvideres – typisk efter at der foreligger et likvidationsregnskab.

Anmodning om sletning, hvor der ikke er sikret 90 % ejerskab

... [fondsbørsen]'s praksis for behandling af sager om sletning fra handel, hvor der ikke er sikret 90 % ejerskab og dermed mulighed for tvangsindløsning, tager udgangspunkt i en anmodning fra 2003, hvor ... [fondsbørsen] for at kunne imødekomme selskabets anmodning om sletning betingede, at spørgsmålet om sletning blev taget op som et selvstændigt punkt

på en generalforsamling, samt at selskabet sikrede at minoritetsaktionærerne fik mulighed for at kunne sælge deres aktier i perioden frem til at selskabets aktier blev slettet fra handel.

Siden 2003 har ... [fondsbørsen]s praksis for at behandle anmodninger om sletning forudsat, at selskabet skulle behandle spørgsmålet om sletning som et separat punkt på en generalforsamling. Dette er ikke et krav i loven. En generalforsamlingsbeslutning om at slette selskabet fra handel på ... [fondsbørsen] begrundes imidlertid ikke i sig selv en sletning. ... [fondsbørsen] lægger i sin vurdering derudover vægt på bl.a. aktionærdeltagelsen og på eventuelle indsigelser fra aktionærerne.

Derudover er det ... [fondsbørsen]s praksis, at ... [fondsbørsen] ”I situationer, hvor ... [fondsbørsen] finder, at der er sandsynlighed for, at sletning vil være til skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion, men hvor ... [fondsbørsen] vurderer, at denne skade kan afhjælpes, kan ... [fondsbørsen] fastsætte betingelser for sletning. Hensigten hermed er, at skaden for investorerne eller markedets ordentlige funktion, efter opfyldelsen af disse betingelser, ikke er så væsentlig, at en anmodning om sletning ikke kan imødekommes. ... [fondsbørsen] vil normalt kræve, at selskabet sikrer, at aktionærerne kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen]. Aktionærer vil således have mulighed for at afhænde deres aktier med den viden, at selskabet efterfølgende bliver slettet fra ... [fondsbørsen].”

Derudover vil ... [fondsbørsen] typisk betinge, at selskabet i en meddelelse efter at anmodning om sletning er imødekommet skal beskrive, hvilke konsekvenser dette vil medføre for aktionærerne.

... [fondsbørsen] kan som operatør af et reguleret marked sætte forskellige betingelser, som måtte vurderes relevante. Dog må betingelserne i praksis ikke forhindre at selskabet kan slettes fra handel.

Ved e-mail af 9. maj 2013 har Finanstilsynet tilkendegivet, at;

”Som det ses af bestemmelsen, skal en udsteders anmodning om afnotering som udgangspunkt imødekommes af operatøren af det regulerede marked. Det er dog en betingelse herfor, at det sikres, at investorernes interesser eller markedets ordenlige funktion ikke lider væsentlig skade.”,

samt videre at,

”Rækkevidden af de betingelser, som operatøren af det regulerede marked finder nødvendige for at afdække risikoen for, at afnoteringen ikke medfører, at investorernes interesser eller markedets ordenlige funktion lider væsentlig skade, fastsættes som udgangspunkt af operatøren selv. Det skal dog nævnes, at såfremt operatøren af det regulerede marked fastsætter så mange betingelser og krav, at en afnotering i praksis ikke kan lade sig gøre, vil dette som udgangspunkt stride mod bestemmelsens hovedregel – at en anmodning om afnotering som udgangspunkt skal imødekommes.” [e-mail fra Finanstilsynet af 5. september 2013]

... [fondsbørsen]s forståelse og praksis efter drøftelser med og tilkendegivelser fra Finanstilsynet er, at ... [fondsbørsen] som operatør kan fastsætte forskellige betingelser for at kunne imødekomme anmodning om sletning – for at imødegå de skadesvirkninger, der måtte opstå som følge af at en aktie ikke længere vil kunne handles på en markedsplads og at aktionærene ikke længere vil have samme transparens omkring selskabet – men at rækkevidden af disse betingelser ikke vil forhindre at en sletning optagelse til handel kan ske.

Oversigt over foretagne sletninger fra optagelse til handel fra 2003 til 2016 (hovedaktionær <90 %):

År	Selskab	Betingelse	antal aktionærer
2009	...	Ingen betingelser (ingen aktiviteter, nødlidende – under afvikling)	29000
2010	...	Ingen betingelser (ingen aktiviteter, nødlidende – under afvikling)	na
2011	...	Ingen betingelser (betydelige økonomiske vanskeligheder, markedsværdi, meget begrænset værdi af beholdninger)	293
2012	...	Betingelse om købstilbud efter reglerne for tvangsindløsning	11600 (ca.)
2012	...	Ingen betingelser (betydelige økonomiske vanskeligheder, markedsværdi, meget begrænset værdi af beholdninger)	1155
2013	...	Ingen betingelser (pga vedtægtsbestemt indløsningsret)	610 / 568
2013	...	Købstilbud - på samme vilkår som tidligere (6 uger)	575
2013	...	Ingen betingelser (dobbeltnoteret på ... - UP hjælper og bekoster aktionærene)	734 depoter
2014	...	Ingen betingelser (migreret fra aktier til investeringsbeviser - optaget til handel)	
2015	...	Forudsættes at selskabet fortsætter tilbagekøb til fast kurs frem til sletning)	3500
2016	...	Forudsættes at selskabet fortsætter tilbagekøb til fast kurs frem til sletning)	<400

Som det fremgår af tabellen ovenfor har ... [fondsbørsen] i perioden behandlet 18 (19 inkl. ...[udenlandsk national bank], men den er ikke relevant for praksis) sager som er ført til sletning fra optagelse til handel,

hvor selskabet ikke har haft en hovedaktionær med mere end 90 % aktiemajoritet.

Nedenfor er beskrevet fire relevante sager om anmodning om sletning fra optagelse til handel, hvor selskabet ikke har haft en hovedaktionær, der ejede mere end 90 % af aktierne. To af sagerne blev afsluttet med, at selskaberne valgte ikke at opfylde de opstillede betingelser for at imødekomme en anmodning om sletning fra optagelse til handel. Dermed forblev de optagede til handel.

Selskab 1 - anmodning om sletning fra handel

Beskrivelsen af ... [fondsbørsen]s praksis ved sletninger fra 2003 bygger på en forespørgsel om sletning i 2003, hvor ... [fondsbørsen] for at imødekomme selskabets anmodning om sletning satte som betingelse, at der skulle fremsættes et købstilbud efter reglerne i værdipapirhandelsloven. Nedenfor er gengivet ... [fondsbørsen]s vurdering af sagen.

”Det følger af værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, at fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til notering, anmodning om sletning, skal anmodningen tages til følge, medmindre ...[fondsbørsen] finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.

...[fondsbørsen] skal således på baggrund af en konkret vurdering af selskabets forhold og den konkrete situation vurdere, om en afnotering vil tilsidesætte investorernes eller værdipapirmarkedets interesser.

I det omfang der forud for afnoteringen er sket en fuldstændig indløsning af minoriteten under anvendelse af og i overensstemmelse med reglerne i værdipapirhandelsloven eventuelt kombineret med en tvangsindløsning efter aktieselskabslovens regler, er minoritetsproblemet elimineret. ...[fondsbørsen] sletter således også rutinemæssigt selskaber i tilfælde, hvor der er opnået eller er sikkerhed for en 100 % 's ejerkoncentration som følge af tvangsindløsning eller fusion.

Som udgangspunkt vil afnotering i andre tilfælde normalt forudsætte en betydelig ejerkoncentration.

Et centralt element i investorbeskyttelseshensynet i relation til nægtelse af afnotering er, om der i forbindelse med afnoteringen foreligger en tilsidesættelse af minoritetsbeskyttelseshensyn. Dette er baggrunden for ...[fondsbørsen]s praksis om at kræve spørgsmål om afnotering taget op som et selvstændigt punkt på en generalforsamling i selskabet. ...[fondsbørsen] vil efterfølgende - på basis af en udskrift af referatet fra generalforsamlingen om dette punkt - konstatere i hvilket omfang, der har været indvendinger mod afnoteringen, og i givet fald vurdere karakteren af disse indvendinger.

I sådanne tilfælde stiller ...[fondsbørsen] som yderligere forudsætning for en afnotering, at selskabet via et købstilbud sikrer, at selskabets aktionærer kan afhænde deres aktier frem til en afnotering på ...[fondsbørsen]. ”

...[fondsbørsen] havde på det foreliggende grundlag og efter en samlet vurdering ikke fundet anledning til at fravige sin hidtidige praksis på området.

Baggrunden herfor var blandt andet, at [SELSKABET] på tidspunktet for en ønsket afnotering havde cirka 2.300 navnenoterede aktionærer, at [SELSKABET] ikke havde en hovedaktionær, der ejer mere end 90 % af aktiekapitalen og stemmerne i selskabet, og de øvrige aktionærer således ikke havde mulighed for at kræve tvangsindløsning efter aktieselskabslovens regler, og at 30 af de fremmødte aktionærer med i alt 3.219 stemmer, svarende til 1,11 % af de afgivne stemmer, stemte imod forslaget om afnoteringen fra ...[fondsbørsen] på selskabets ekstraordinære generalforsamling den 3. december 2002, hvor 46,97% af B-aktiekapitalen var repræsenteret.

...[fondsbørsen] skulle således på det foreliggende grundlag afslå [SELSKABET]'s anmodning om afnotering.

Under hensyntagen til omfanget og indholdet af aktionærernes indsigelser på den ekstraordinære generalforsamling samt omfanget af børsaktiviteten i selskabets aktier havde ...[fondsbørsen] imidlertid besluttet, at en afnotering af [SELSKABET]'s aktier fra ...[fondsbørsen] i det konkrete tilfælde kunne ske, hvis [SELSKABET] via et købstilbud efter reglerne i værdipapirhandelsloven sikrede, at selskabets aktionærer kunne afhænde deres aktier forud for en afnotering på ...[fondsbørsen].

Selskab 2 – anmodning om sletning fra handel herunder Finanstilsynets undersøgelse

I denne sag var det særligt det store antal minoritetsaktionærer, der var fokus på i ... [fondsbørsen]'s vurdering af skadesvirkningerne. Endvidere var det en af de første sager, hvor en storaktionær forud for anmodningen om sletning havde fremsat et købstilbud til minoritetsaktionærerne. ... [fondsbørsen] besluttede at imødekomme anmodningen om sletning, men henset til antallet af aktionærer dog betinget af, at selskabets hovedaktionær skulle fremsætte et fornyet købstilbud. ... [fondsbørsen] vurderede, at et købstilbud skulle fremsættes på vilkår svarende til vilkårene for en tvangsindløsning (i forhold til kursen), da der dermed ville blive opnået en ligebehandling af aktionærerne, idet kursen var faldet efter gennemførelsen af det frivillige tilbud.

På baggrund af modtagne klager over ... [fondsbørsen]'s afgørelse fra minoritetsaktionærer, der ikke blev anset som part i sagen, gennemførte Finanstilsynet af egen drift en tilsynsundersøgelse af ... [fondsbørsen]'s beslutning om sletning og procedurerne for håndtering af anmodninger om sletning ud fra ... [fondsbørsen]'s praksis. Finanstilsynets vurdering var, at ... [fondsbørsen]'s kontrolforanstaltninger til sikring af beskyttelseshensynene i § 25, stk. 3, 2. pkt. i lov om værdipapirhandel m.v., i tilstrækkelig grad varetages gennem ... [fondsbørsen]'s ”forretningsgang for sletning af selskab på ... [fondsbørsen]”

Finanstilsynet vurderede endvidere, at sletning i den konkrete sag, ikke ville være til væsentlig skade for investorenes interesser samt at såfremt ... [fondsbørsen] ikke havde imødekommet selskabets anmodning om

sletning, ville dette have været til væsentlig ulempe for det flertal af de øvrige aktionærer, som til generalforsamlingen havde stemt for sletningen, eller som havde forholdt sig passive.

...

Selskab 3 – anmodning om sletning fra handel, Finanstilsynets vurdering af klage

Et selskab anmodede ... [fondsbørsen] om sletning fra handel efter at have gennemført et tilbagekøb af aktier.

... [fondsbørsen] fandt ikke, at det tidligere gennemførte tilbagekøbstilbud kunne begrunde en afvigelse fra ... [fondsbørsen]s hidtidige praksis, hvorefter der kræves fremsat et købstilbud, når der ikke er opnået eller er sikkerhed for at opnå 100 % ejerskab.

På den baggrund besluttede ... [fondsbørsen] således at imødekomme ansøgningen under forudsætning af opfyldelse af visse af ... [fondsbørsen] nærmere fastsatte betingelser. ... [fondsbørsen] betingede blandt andet, at der blev fremsat et fornyet tilbud til de resterende aktionærer i selskabet samt at købstilbuddet fremsattes på samme vilkår som det tidligere tilbagekøbstilbud, dog således at aktionærerne fik en rimelig frist til at kunne acceptere købstilbuddet. Det var ... [fondsbørsen]s vurdering, at det med disse betingelser blev sikret, at visse aktionærer ikke havde opnået en urimelig fordel frem for andre aktionærer.

Selskabet indklagede afgørelsen til Finanstilsynet. Finanstilsynets vurdering af sagen vedlægges anonymiseret...

Selskab 4 - anmodning om sletning

Et selskabs hovedaktionær – [HOVEDAKTIONÆREN]– fremsatte et købstilbud til aktionærerne i [SELSKABET], idet [HOVEDAKTIONÆREN] forventede at øge sin kontrol med selskabet ved indgåelse af en aftale om køb af yderligere ca. 13,5 % aktier til kurs 10 kr. pr. aktie, således at [HOVEDAKTIONÆREN] ville kontrollere ca. 77 % af aktierne og ca. 79 % af stemmerne. Samtidigt anmodede [HOVEDAKTIONÆREN] selskabet om at medtage et dagsordenspunkt til behandling på selskabets ordinære generalforsamling.

Det fremgik desuden af købstilbuddet, at [HOVEDAKTIONÆREN] som tilbudsgiver ville gennemføre tvangsindløsning jf. Selskabslovens § 70, såfremt der opnås det fornødne ejerskab hertil på 90 % af aktierne.

Det fremgik af resultatet af købstilbuddet, at [HOVEDAKTIONÆREN] havde modtaget accept fra 186 aktionærer med 166.025 stk. aktier.

Af ansøgning om sletning fremgik, at [HOVEDAKTIONÆREN] ejer 79,64 % af selskabets aktiekapital på nom. 31.951.020, svarende til 6.390.204 aktier, mens selskabet besidder 2,48 % egne aktier.

Selskabet afholdt generalforsamling, hvor 92,41 % af den stemmeberettigede kapital var repræsenteret, fordelt på 7 fremmødte aktionærer. Det blev oplyst, at selskabet pr. generalforsamlingsdatoen havde [x] navne-noterede aktionærer.

Forslaget om sletning blev vedtaget med 89,15 % af den tilstedeværende kapital, fordelt på 5 aktionærer af de tilstedeværende aktionærer, mens 10,85 % af den tilstedeværende kapital, fordelt på 2 aktionærer, stemte imod.

Af det fremsendte protokollat af generalforsamlingen fremgik, at to af de fremmødte aktionærer gjorde indsigelse mod forslaget blandt andet med henvisning til, at værdien af selskabet, og dermed værdien af aktierne, både på kort og lang sigt, bedst fremmes som fortsat børsnoteret selskab.

Om baggrunden for at ansøge om sletning oplyses, at [SELSKABET] i 20XX realiserede et underskud på 19 mio. kr. Af årsrapporten for 20XX fremgik således bl.a., at selskabets likviditet mod slutningen af 20XX havde været under pres. Med udgangspunkt i budgettet for 20XX vurderede ledelsen, at selskabet ville have tiltrækkelig likviditet til finansiering af selskabets fortsatte drift i 20XX. Det fremgik videre, at forventningerne til omsætningen var forbundet med en vis usikkerhed, men at selskabet med kort varsel havde mulighed for at iværksætte tiltag, herunder reducere sine omkostninger væsentligt, såfremt likviditetsbudgettet kom under yderligere pres som følge af, at den forventede vækst i omsætningen i 20XX på 5-9 % ikke blev realiseret.

Af indkaldelsen til generalforsamling fremgik, at bestyrelsen støttede det fremsatte forslag om sletning af [SELSKABET], og at det var bestyrelsens opfattelse, at selskabets interesser, når selskabets stilling og situation blev taget i betragtning, var varetaget bedre ved at slette selskabet end ved en fortsat notering, dels som følge af de administrative byrder, der er forbundet med at være børsnoteret, dels fordi en notering vanskeliggør muligheden for bl.a. fremtidig kapitaltilførsel til selskabet. Det var videre bestyrelsens opfattelse, at selskabet – målt på omsætning – grundlæggende var for lille til at være børsnoteret, særligt når det tages i betragtning, at én aktionær besad ca. 80 % af aktiekapitalen. Omkostningerne til at udarbejde et prospekt ved en fremtidig kapitalforhøjelse var alt for høje sammenholdt med størrelsen af en sådan kapitalforhøjelse, idet en for stor del af provenuet ville gå til dækning af omkostninger. Bestyrelsen vurderede videre, at kredsen af investorer ved en evt. kapitalforhøjelse ville begrænse sig til hovedaktionæren, når selskabets seneste resultater tages i betragtning.

Efter bestyrelsens opfattelse ville selskabet ved en sletning have bedre og mere fleksible muligheder for at opnå tilførsel af yderligere egenkapital, og selskabet ville dermed bedre kunne varetage sine langsigtede interesser, såfremt den beskrevne likviditetsrisiko fra årsrapporten måtte indtræffe i løbet af 20XX.

Det var ... [fondsbørsen]s vurdering, at selskabets aktionærkreds overordnet havde forholdt sig passivt overfor spørgsmålet om sletning, idet alene 7 ud af selskabets [x] navnenoterede aktionærer var repræsenteret på den generalforsamling, hvor aktionærene skulle tage stilling til en sletning af selskabet. [HOVEDAKTIONÆREN] oplyste i meddelelse om fremsættelse af købstilbuddet, at [HOVEDAKTIONÆREN] havde anmodet selskabet om at optage et punkt på dagsordenen for den ordinære generalforsamling, hvorefter generalforsamlingen bl.a. skulle behand-

le et forslag om sletning af selskabets aktier. I tilbudsdokumentet oplyste [HOVEDAKTIONÆREN], at man ville søge aktierne i [SELSKABET] slettet, og at [HOVEDAKTIONÆREN] ville gennemføre tvangsindløsning i henhold til selskabsloven, såfremt [HOVEDAKTIONÆREN] som følge af købstilbuddet opnåede 90 % af aktierne i selskabet.

Det er på den baggrund vurderingen, at aktionærerne i [SELSKABET] og markedet havde været oplyst om [HOVEDAKTIONÆREN]s intention om at søge selskabet slettet.

Selskabets aktier blev dagen før købstilbuddets fremsættelse handlet til kurs 7,60, således at købstilbuddet medførte en præmie på ca. 31 % i forhold til markedskursen.

... [fondsbørsen] fandt, at der ikke var grundlag for at konkludere, - herunder at de indsigelser og den kritik, som var fremkommet på generalforsamlingen, ikke indeholdt argumenter for, - at en sletning af [SELSKABET] ville være til væsentlig skade for investorernes interesse og markedets ordentlige funktion, jf. § 25 i værdipapirhandelsloven, såfremt visse af ... [fondsbørsen] nærmere fastsatte betingelser blev opfyldt forud for sletning af selskabet.

... [fondsbørsen] imødekom ansøgningen om sletning af [SELSKABET] under forudsætning af, at [HOVEDAKTIONÆREN] forud for en sletning fremsatte et fornyet købstilbud på tilsvarende vilkår, som var gældende for det tidligere fremsatte købstilbud, og således at aktionærerne fik en rimelig frist til at kunne acceptere købstilbuddet, jf. tilbudsreglerne i øvrigt.

... [fondsbørsen] fandt det væsentligt, at tilbudsdokumentet nøje beskrev, hvorledes de aktionærer, som ikke accepterede købstilbuddet, vil være stillet efter en sletning af selskabet, hvorfor nedenstående forhold burde beskrives i tilbudsdokumentet eller i en meddelelse, som skulle offentliggøres sammen med tilbudsdokumentet:

- Fremtidsplaner for selskabet som et unoteret selskab.
- Hvorledes aktionærerne ville være stillet som aktionærer i et unoteret selskab i forhold til at eje aktier i et selskab optaget til handel.
- Hvorledes selskabet ville informere aktionærerne efter en sletning samt om disses eventuelle muligheder for at kunne deltage i eventuelle kapitalrejsninger.
- At selskabet 2 uger efter offentliggørelse af resultatet af købstilbuddet ville blive slettet, idet ... [fondsbørsen] havde imødekommet selskabets ansøgning om sletning, dog betinget af fremsættelse af et fornyet købstilbud på tilsvarende vilkår som var gældende for det tidligere fremsatte købstilbud.
- At tilbudsdokumentet blev fremsendt til de navnenoterede aktionærer.

3. B A/S – sagens faktiske omstændigheder

Den 4. december 2015 anmodede advokat C, D på vegne af B A/S, om sletning af selskabets aktier fra handel og officiel notering på ...[fondsbørsen]._____

Forløb forud for anmodning om sletning fra handel ...:

Købstilbud:

B A/S offentliggjorde den 3. juli 2015, at storaktionæren F K/S (F K/S, Holdingselskabet af 29. juni 2015 A/S) ville fremsætte et frivilligt købstilbud til aktionærene i (selskabet).

F K/S fremsatte tilbuddet den 10. juli 2015 med en tilbudspris på 34 kr. pr. aktie á nominelt 20 kr. I forbindelse hermed gjorde F K/S markedet bekendt med intentionen om at søge selskabet slettet fra handel på ...[fondsbørsen]. I forhold til lukkekursen den 2. juli 2015 (dagen før offentliggørelsen af beslutningen om at fremsætte et købstilbud) var der tale om en tilbudskurspræmie på 4,6 %.

Til brug for sin vurdering af det oprindelige købstilbud (på 34 kr.) har bestyrelsen indhentet en fairness opinion fra M, dateret den 3. juli 2015. Denne fairness opinion er udarbejdet efter at selskabet første gang den 22. april 2015 og anden gang den 18. juni 2015 havde opjusteret forventningerne til 2015, og efter at M havde haft adgang til internt, ikke offentliggjort budget/prognosemateriale for hele 2015.

Den 7. august forhøjede F K/S efter forhandlinger med selskabets bestyrelse tilbudskursen til 40 kr. og tilbudsperioden blev samtidig forlænget til udløb den 24. august 2015. Tilbudskurspræmien kan herefter opgøres til 23,1 % i forhold til lukkekursen den 2. juli 2015.

Den 21. august 2015 meddelte F K/S, at man som følge af at man havde opnået kontrol med selskabet, ville fremsætte et pligtmæssigt købstilbud til aktionærene i selskabet på 40 kr. pr. aktie.

Det pligtmæssige tilbud blev afsluttet og meddelelsen om det endelige resultat blev offentliggjort den 23. september 2015. F K/S var herefter ejer af 78,90 % af kapitalen og stemmerettighederne i selskabet (svarende til 80,07 % efter fradrag af B A/Ss beholdning af egne aktier).

Selskabets bevæggrunde for at søge sletning:

B A/S anfører i sin anmodning om sletning fra handel og officiel notering, at F K/S' ønske om en sletning er begrundet i et ønske om at skabe de bedste rammer for B A/Ss videre udvikling.

Det fremgår at bestyrelsen støtter forslaget, herunder under hensyn til, at selskabet ikke har planer om at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor selskabet ikke har behov for børsnoteringen. Det anføres videre at de årlige omkostninger på ca. 2 mio. kr., der er forbundet med børsnoteringen, derfor efter bestyrelsens opfattelse er unødige og overstiger de fordele, som en børsplatform giver enkeltinvestorer.

Det anføres videre, at der i den forbindelse skal tages højde for, at den reelle likviditet i aktien er meget begrænset som følge af aktionærsammensætningen.

Selskabet bemærker i øvrigt i forbindelse med anmodningen om sletning, at B A/S ikke længere opfylder spredningskravet i ... [fondsbørsen]s regelsæt, idet de ca. 80 % af B A/Ss aktier, der besiddes af F K/S, i fremtiden ikke vil være en del af free float. Hvis også Ps aktier og selskabets egne aktier fratrækkes, vil der være et free float i aktien på under 15 %.

Forventninger:

B A/Ss forventninger til regnskabsåret 2015 blev oprindeligt offentliggjort sammen med årsregnskabet for 2014 ved selskabsmeddelelse nr. 241 af 3. marts 2015, hvor det med udgangspunkt i en række forudsætninger omkring trafikudviklingen blev oplyst, at B A/S forventede et positivt resultat i 2015 i intervallet 25 mio. DKK til 35 mio. DKK efter skat, mod et resultat i 2014 på 21,4 mio. DKK efter skat, men før indregning af erstatning i forbindelse med forsikrings sag.

Ved selskabsmeddelelse nr. 246 af 22. april 2015 vedrørende periode-meddelelse for 1. kvartal 2015 opjusterede B A/S på baggrund af en stærk trafikudvikling i kalenderårets første måneder forventningerne til årets resultat 2015 fra et resultat i intervallet 25 mio. DKK til 35 mio. DKK efter skat til et resultat i intervallet 35 mio. DKK til 45 mio. DKK efter skat.

Ved selskabsmeddelelse nr. 248 af 18. juni 2015 opjusterede B A/S på baggrund af en fortsat stærk trafikudvikling forventningerne til årets resultat i intervallet 35 mio. DKK til 45 mio. DKK efter skat til et resultat i intervallet 50 mio. DKK til 60 mio. DKK efter skat.

Selskabets turn-around proces:

Det fremgår af bestyrelsens redegørelse afgivet i forbindelse med det frivillige, offentlige købstilbud fremsat den 10. juli 2015 "at den nuværende ledelse i B A/S i 2011 igangsatte en omfattende turn-around proces.

Det fremgår endvidere af bestyrelsens redegørelse, at repræsentanter for aktionærer udgørende ca. 46 % løbende har støttet ledelsens arbejde i relation til turn-around processen med henblik på, at der herefter kunne ske en afhændelse af disse aktiebesiddelser.

Bestyrelsen igangsatte efter udløbet af regnskabsåret 2014 undersøgelser, som havde til formål at afdække mulighederne for gennem en placering af ovennævnte aktieposter at skabe en mere stabil og varig ejerstruktur, der ville kunne understøtte selskabets kommercielle udvikling på en måde, som ville tilgodese virksomheden, medarbejderne, aktionærene og øvrige interessenters interesser, eventuelt ved et køb af hele virksomheden.

Processen har omfattet henvendelser til et antal potentielle industrielle og finansielle investorer i såvel Danmark som internationalt. Der har imid-

lertid ikke fra de kontaktede industrielle eller finansielle investorers side været en interesse for at købe hele selskabet.

I maj 2015 blev bestyrelsen kontaktet af repræsentanter for en række større aktionærer, der repræsenterer i alt ca. 76 % af aktierne, som meddelte, at de havde indgået en procesaftale i maj 2015 om på nærmere aftalte vilkår og betingelser at ville afhænde disse aktier til F K/S. Procesaftalen forudsatte, at B A/Ss bestyrelse ville lade F K/S og F K/S' rådgivere gennemføre en begrænset juridisk, finansiell og teknisk gennemgang af B A/Ss virksomhed, og at F K/S på baggrund heraf ville fremsætte et offentligt købstilbud til samtlige B A/Ss aktionærer om køb af deres aktier på samme vilkår som de store aktionærer omfattet af Procesaftalen. Herefter indledte bestyrelsen i maj 2015 en dialog med F K/S om rammerne for Due Diligence.

Bestyrelsen oplyser i redegørelsen at det tilbud, der er fremsat af F K/S (den 10. juli 2015), indeholder den højeste pris, som er blevet tilbudt pr. aktie i selskabet, og tilbuddet er det eneste, som bestyrelsen har kendskab til, som har omfattet et tilbud til samtlige selskabets aktionærer.

Generalforsamling:

På selskabets ekstraordinære generalforsamling, afholdt den 22. oktober 2015 havde F K/S stillet forslag om sletning af selskabet og dette forslag blev vedtaget med 86,84 pct. af de afgivne stemmer, jf. detaljeret gennemgang nedenfor.

92,28 % af selskabets aktiekapital og stemmer var repræsenteret på generalforsamlingen. 73 aktionærer var fysisk tilstede, 2 aktionærer havde udfyldt afkrydsningsfuldmagt og 163 aktionærer havde afgivet brevstemme. I alt deltog således 238 aktionærer svarende til 17,6 % af samtlige navnenoterede aktionærer (1.347) i generalforsamlingen.

For forslaget om sletning stemte 5 aktionærer, der repræsenterede 11.185.900 stemmer, svarende til 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer. 228 aktionærer, der repræsenterede 1.693.699 stemmer, stemte imod forslaget, svarende til 13,15 % af det samlede antal afgivne stemmer. 5 aktionærer, der repræsenterede 1310 stemmer, stemte blankt, svarende til 0,01 % af det samlede antal afgivne stemmer.

I forbindelse med behandlingen af forslaget var der indlæg fra flere aktionærer. 9 minoritetsaktionærer (herunder P, som er en væsentlig minoritetsaktionær) talte imod en sletning af selskabet på generalforsamlingen.

Aktionærstruktur:

Selskabet har oplyst, at de pr. 9. november 2015 har 1.302 navnenoterede aktionærer.

F K/S ejer i alt 11.176.947 aktier i selskabet, svarende til 78,90 % af det samlede antal aktier (80,07 % efter fradrag af egne aktier).

Selskabet har derudover en anden storaktionær, P, der personligt og gennem selskabet G ApS, den 11. september 2015 gav meddelelse om ejerskab af 709.362 aktier i selskabet, svarende til 5,01 af aktiekapitalen og stemmerettighederne.

Selskabets egen beholdning af aktier udgør 207.450 aktier, svarende til 1,46 % af aktiekapitalen og stemmerettighederne.

	Nominelt kr.	Stk. aktier	% af samlet kapital
F K/S	223.538.940	11.176.947	78,90
Nye aktionærer (efter 2. juli 2015)	27.379.040	1.368.952	9,66
Eksisterende aktionærer (pr. 2. juli 2015)	26.389.780	1.319.489	9,31
Ikke-navnenoterede aktionærer	1.876.640	93.832	0,67
B A/Ss egne aktier	4.149.000	207.450	1,46
I alt	283.333.400	14.166.670	100

... [fondsbørsen] har på forespørgsel modtaget ajourførte informationer opgjort pr. 14. juli 2015. Det fremgår heraf, at der i perioden mellem den 2. juli 2015 og 14. juli 2015 er registreret 78 nye navnenoterede aktionærer, svarende til 2 % af den udstedte kapital. I lighed med de ovenfor anførte eksisterende aktionærer pr. 2. juli 2015 har disse aktionærer (dvs. i alt 11,31 %) således investeret i aktier i selskabet forud for offentliggørelsen af intentionen om at søge selskabet slettet fra ... [fondsbørsen]. Derfor bør de i forhold til spørgsmålet om sletning betragtes på lige fod med gruppen af eksisterende aktionærer, der på erhvervestidspunktet ikke havde kendskab til F K/S' hensigt om at søge selskabet slettet fra handel. Omvendt formodes der således at være mere end 7 % af aktionærerne, der har investeret i aktierne med den viden, at selskabet vil søge om at blive slettet fra optagelse til handel. Når opgørelsestidspunktet er den 14. juli og ikke den 10. juli, hvor intentionen om sletning blev offentliggjort, skyldes det hensynet til afvikling af handler (t+2). Derfor er den 14. juli det rette opgørelsestidspunkt.

Omsætning og likviditet:

Selskabet har oplyst, at selskabets aktier i perioden 2. juli 2014 til 2. juli 2015 har haft en gennemsnitlig handelsvolumen på ... [fondsbørsen] på 18.448 aktier og en gennemsnitlig omsætning på kr. 489.956. Det er selskabets forventning, at denne omsætning ikke kan opretholdes fremover, henset til ejerstrukturen efter gennemførelsen af F K/S' overtagelsestilbud, hvor en væsentlig del af aktierne ikke er i free float. Selskabet anfører at de ca. 80 % af B A/Ss aktier, der besiddes af F K/S, i fremtiden ikke vil være en del af free float, samt at hvis også Ps aktier og selskabets beholdning af egne aktier fratrækkes, vil der være et free float i aktien på ca. 15 %. Selskabet sammenholder dette med situationen før F K/S' købstilbud, hvor selskabets 4 tidligere storaktionærer ejede ca. 75 % af aktierne i selskabet, og hvor der således var et free float i aktien på ca. 25 %.

Selskabet bemærker således, at B A/S efter F K/S' erhvervelse af aktier ikke længere opfylder hovedspredningskravet i udstederreglerne punkt 2.3.7.3 om fordeling af 25 % af aktierne i offentligheden.

... [fondsbørsen] har analyseret omsætningen i aktien i perioden fra primo 2014 og frem. Den gennemsnitlige daglige omsætning i 2014 var 263.215 kr. og 12.708 aktier, mens den gennemsnitlige daglige omsætning i første halvår af 2015 steg til 727.581 kr. og 26.273 aktier. I første halvår af 2015 offentliggjorde selskabet det første positive resultat i en årrække samt offentliggjorde to meddelelser om opjusteringer. Efter udløbet af tilbudsperioden, fra september 2015 til januar 2016 har den gennemsnitlige daglige omsætning været 660.782 kr. og 12.166 aktier.

Minoritetsaktionærernes indsigelser:

... [fondsbørsen] har modtaget en række henvendelser/indsigelser fra mindre aktionærer (5), ligesom der er afholdt møde med "gruppen af småaktionærer", der efter eget udsagn repræsenterer ca. 300 småaktionærer. ... [fondsbørsen] har endvidere modtaget en indsigelse fra Dansk Aktionærforening.

Hovedparten af indsigelserne mod en sletning drejer sig om, at selskabet efter en sletning ikke længere vil være underlagt en oplysningspligt, ligesom der ikke længere vil være en handelsplads, hvor aktien kan omsættes.

Herudover er der fra forskellige minoritetsaktionærer fremkommet indvendinger mod tilbudskursen på de 40 kr. som flere mener ikke er en "fair pris". Argumenterne og påstanden fra minoritetsaktionærerne går på, at markedskursen ikke afspejler, at selskabet er i positiv vækst samt at kursen på de to købstilbud fra F K/S udelukkende er baseret på historiske tal og ikke til den faktiske udvikling og forventninger til fremtiden.

Kursudviklingen:

I halvårsmeddelelsen offentliggjort den 20. august 2015 fastholdt selskabet forventningerne til 2015 og oplyste endvidere for første gang om forventningerne til 2016, hvoraf det også fremgik at selskabet havde sikret en fast oliepris i 2016. Selskabet forventer et EBIT-resultat i størrelsesordenen 146 mio. kr. og et resultat for 2016 i størrelsesordenen 92 mio. kr.

Kursen på B A/S aktien er steget fra kursniveauet 45-50 kr. i perioden forud for selskabets anmodning om sletning til et kursniveau over 80 kr. Selskabet har ikke offentliggjort selskabsmeddelelser indeholdende kursrelevante oplysninger siden den 12. november 2015, hvor selskabet offentliggjorde periodemeddelelse for 1. – 3. kvartal. I denne periodemeddelelse fastholdt selskabet forventningerne til 2015 og fastsatte forventninger til resultatet for 2016 til et resultat efter skat i intervallet 90 – 100 mio. kr. ... [fondsbørsen] anmodede den 1. februar 2016 B A/S om at forholde sig til, om der mangler offentliggørelse af kursrelevante oplysninger i markedet. Selskabet oplyste ved brev af 4. februar 2016, at selskabet ikke mener, at der er manglende kursrelevante oplysninger i markedet.

4. ... [fondsbørsen]s vurdering i sagen om B A/S

Ved ... [fondsbørsen]s afgørelse af, om en anmodning om sletning skal imødekommes, følger det af værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, at ... [fondsbørsen] som udgangspunkt skal tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for at sletning vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion. ... [fondsbørsen] er derfor forpligtet til at foretage en undersøgelse og vurdering af, om der er sandsynlighed for, at en sletning af B A/S vil være til væsentlig skade for investorernes (aktionærernes) interesser eller markedets ordentlige funktion.

... [fondsbørsen]s vurdering i den konkrete sag skal ses på baggrund af de faktiske omstændigheder, det retlige grundlag samt ... [fondsbørsen]s praksis, som er gennemgået ovenfor.

F K/S gjorde i forbindelse med offentliggørelse af tilbudsdocumentet den 10. juli 2015 opmærksom på intentionen om at søge B A/S slettet fra handel på ... [fondsbørsen]. Den oprindelige købstilbudsperiode løb fra den 10. juli 2015 og sluttede den 12. august 2015. Tilbudskursen var 34 kr. pr. aktie á nominelt 20 kr. I forhold til lukkekursen den 2. juli 2015 (dagen før offentliggørelsen af beslutningen om at fremsætte et købstilbud) var der tale om en tilbudskurspræmie på 4,6 %.

Den 7. august forhøjede F K/S efter forhandlinger med selskabets bestyrelse tilbudskursen til 40 kr. og tilbudsperioden blev samtidig forlænget til udløb den 24. august 2015. Tilbudskurspræmien kunne herefter opgøres til 23,1 % i forhold til lukkekursen den 2. juli 2015. Den 21. august 2015 meddelte F K/S, at man som følge af at man havde opnået kontrol med selskabet, ville fremsætte et pligtmæssigt købstilbud til aktionærerne i selskabet på 40 kr. pr. aktie. Det pligtmæssige tilbud blev afsluttet og meddelelsen om det endelige resultat blev offentliggjort den 23. september 2015.

Alle handler foretaget efter offentliggørelsen af tilbudsdocumentet 10. juli 2015 er således blevet foretaget med viden om, at selskabet ville blive søgt slettet fra handel på ... [fondsbørsen], såfremt F K/S ville opnå den fornødne majoritet til selskabsretligt at kunne træffe beslutning herom. Af tilbudsdocumentet fremgår, at tilbudsgiver på visse betingelser havde opnået uigenkaldelige forhåndstilsagn om at erhverve 76,19 % af aktierne og stemmerettighederne på tidspunktet for offentliggørelsen af købstilbuddet.

Af meddelelse om fremsættelse af pligtmæssigt tilbud offentliggjort den 21. august fremgår, at F K/S har erhvervet 76,18 % af aktierne og stemmerettighederne i selskabet. Efter dette tidspunkt har der således været sikkerhed for, at F K/S besad den fornødne majoritet til at kunne stemme en beslutning om sletning igennem på en generalforsamling. Handler foretaget efter dette tidspunkt er således utvivlsomt foretaget med den viden.

Det har således været ... [fondsbørsen]s holdning, at der ved en vurdering af skadesvirkningen for investorerne ved en sletning, ikke skal tages sær-

lige hensyn til denne gruppe af aktionærer, der trods den kendte risiko for sletning, alligevel har valgt at investere i selskabet.

I henhold til kommentaren til punkt 2.9 i ... [fondsbørsen]s regelsæt skal ... [fondsbørsen] bl.a. vurdere, om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet.

Med henblik på at kunne foretage denne vurdering, anmoder ... [fondsbørsen] normalt selskabet om at tage spørgsmålet om sletning op som et selvstændigt punkt på en generalforsamling. På basis af en udskrift af referatet fra generalforsamlingen om dette punkt, foretager ... [fondsbørsen] herefter en vurdering af eventuelle kommentarer eller indvendinger. ... [fondsbørsen] har i dette tilfælde endvidere modtaget en række henvendelser, som også har indgået i ... [fondsbørsen]s vurdering af, om en sletning vil give visse aktionærer en urimelig fordel. Ligeledes har der været afholdt et møde med ”gruppen af småaktionærer”, der efter eget udsagn repræsenterer ca. 300 småaktionærer. ... [fondsbørsen] har endvidere modtaget en indsigelse fra Dansk Aktionærforening[e-mail fra Dansk Aktionærforening].

92,28 % af selskabets aktiekapital og stemmer var repræsenteret på den ekstraordinære generalforsamling. I alt deltog 238 aktionærer svarende til 17,6 % af samtlige navnenoterede aktionærer (1.347) i generalforsamlingen.

For forslaget om sletning stemte 5 aktionærer, der repræsenterede 11.185.900 stemmer, svarende til 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer. 228 aktionærer, der repræsenterede 1.693.699 stemmer, stemte imod forslaget, svarende til 13,15 % af det samlede antal afgivne stemmer. 5 aktionærer, der repræsenterede 1310 stemmer, stemte blankt, svarende til 0,01 % af det samlede antal afgivne stemmer.

I forhold til andre selskaber der har anmodet om og er blevet slettet fra ... [fondsbørsen] inden for de senere år, er antallet af aktionærer i B A/S ikke specielt højt. I ..., som blev slettet i 2012, var der fx ca. 11.600 aktionærer. I den sag var det bl.a. ... [fondsbørsen]s vurdering, at aktionærkredsen havde forholdt sig passivt over for spørgsmålet om sletning.

Der har, siden det blev kendt, at F K/S ønskede at slette B A/S fra handel på ... [fondsbørsen] været massiv opmærksomhed herom.

Minoritetsaktionærene i B A/S har været endog særdeles aktive i forhold til hvad ... [fondsbørsen] har set i tidligere sletningstilfælde. Over 90 % af aktiekapitalen var repræsenteret på generalforsamlingen og 13,15 % af det samlede antal afgivne stemmer stemte imod en sletning. I Selskab 2, som refereret til i dette dokument's afsnit 2, var 85,20 % af aktiekapitalen repræsenteret på generalforsamlingen, mens alene 0,45 % stemte imod en sletning og i Selskab 3, som refereret til i dette dokument's afsnit 2, var 92,41 % af aktiekapitalen repræsenteret på generalforsamlingen og 10,85 % stemte imod en sletning.

Der var på generalforsamlingen den 22. oktober 2015 indlæg fra 9 minoritetsaktionærer, hvoraf den ene var P, der må betegnes som en væsentlig

minoritetsaktionær (>5 %), og en anden var Q, der er initiativtager til gruppen af småaktionærer, der efter eget udsagn repræsenterer ca. 300 småaktionærer. ... [fondsbørsen] har endvidere efterfølgende modtaget en række henvendelser/indsigelser fra mindre aktionærer.

Minoritetsaktionærene har således gjort meget for at give deres holdning til sletningen til kende, og det anføres da også af Jesper Lau Hansen, Værdipapirhandelsloven med kommentarer (2004-2005) s. 95, at "Indsigelser fra selv ganske få minoritetsaktionærer vil således hindre sletning, medmindre de tilbydes en indløsningsmulighed på markedsvilkår.". Referencen til markedsvilkår må her skulle forstås i sammenhæng med, at der ikke forud for anmodningen har været fremsat et købstilbud efter overtagelsestilbudsreglerne, således som det har været tilfældet i senere praksis og også er det i B A/S-sagen.

Hovedparten af indsigelserne, der er fremkommet mod en sletning har drejet sig om, at selskabet efter en sletning ikke længere vil være underlagt en oplysningspligt, ligesom der ikke længere vil være en handelsplads, hvor aktien kan omsættes. Efter ... [fondsbørsen]s vurdering, kan ingen af disse indvendinger imidlertid i sig selv statuere en væsentlig skade for investorerne i § 25, stk. 3's, forstand. Såfremt dette var tilfældet, ville det således aldrig være muligt for et selskab at blive slettet fra handel. Endvidere er udgangspunktet i § 25, stk. 3, " at anmodningen skal tages til følge", og dermed må der være gjort op med, at de naturlige konsekvenser ved en sletning herved, ikke i sig selv, kan være væsentlige nok til at forhindre en sletning.

At det generelt kan være i investorerne og værdipapirmarkedets interesse at opretholde en børsnotering synes heller ikke tilstrækkeligt til at begrunde et afslag på sletning. Det er i længden ikke i hverken investorernes eller værdipapirmarkedets interesse at fastholde en notering af aktier, som det udstedende selskab ikke selv ønsker.

I sin anmodning om fra sletning fra optagelse til handel anførte selskabet, at selskabet ikke har planer om at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor selskabet ikke har behov for børsnoteringen. Det anførtes videre, at de årlige omkostninger på ca. 2 mio. kr., der er forbundet med børsnoteringen, derfor efter bestyrelsens opfattelse er unødige og overstiger de fordele, som en børsplatform giver enkeltinvestorer.

Efter ... [fondsbørsen]s opfattelse er dette udsagn ikke repræsentativt for enkeltinvestorerne, hvilket underbygges af de mange indsigelser og modstanden mod sletningen fra aktionærene. Det er endvidere ... [fondsbørsen]s vurdering, at den årlige omkostning ved at være børsnoteret er en mindre post i et selskab som B A/S, der ikke er et nødlidende selskab.

Herudover er der fra forskellige minoritetsaktionærer fremkommet indvendinger mod tilbudskursen på de 40 kr. som flere mener ikke er en "fair pris". Argumenterne og påstanden fra minoritetsaktionærene går på, at markedskursen ikke afspejler at selskabet er i positiv vækst samt at kursen på de to købstilbud fra F K/S udelukkende er baseret på historiske tal og ikke til den faktiske udvikling og forventninger til fremtiden.

Til brug for sin vurdering af det oprindelige købstilbud (på 34 kr.) har bestyrelsen indhentet en fairness opinion fra M, dateret den 3. juli 2015. Denne fairness opinion er udarbejdet efter at selskabet første gang den 22. april 2015 og anden gang den 18. juni 2015 havde opjusteret forventningerne til 2015, og efter at M havde haft adgang til internt, ikke offentliggjort budget/prognosemateriale for hele 2015. ... [fondsbørsen] har ikke fået forelagt denne fairness opinion til gennemgang, men har lagt til grund, at en sådan har været bestilt af- og udarbejdet til B A/S ledelse for at kunne tage stilling til det oprindelige købstilbud fra F K/S. Når ... [fondsbørsen] ikke har udbedt sig denne fairness opinion skyldes det, at ... [fondsbørsen] som markedsplads ikke skal eller kan forholde sig til, hvad en korrekt kurs er for en aktie, og derfor heller ikke skal sætte en specifik kurs for et købstilbud for at kunne imødekomme en anmodning om sletning fra optagelse til handel. I sidste ende må det være ledelsen i det pågældende selskabs ansvar at vurdere, om et givent tilbud er tilstrækkeligt attraktivt til at ville anbefale det til selskabets aktionærer. Det fremgår i den sammenhæng, at bestyrelsen for B A/S først i sin redegørelse af 14. august 2015 vedrørende tillæg til tilbudsdokument af 10. august 2015 (det forhøjede frivillige tilbud) anbefalede sine aktionærer at acceptere det fremsatte købstilbud.

Kursen på F K/S' to købstilbud indeholdt en præmie i forhold til lukkekursen på B A/S den 2. juli 2015 på hhv. 4,6 % og 23,1 % (det forhøjede og det pligtmæssige tilbud). ... [fondsbørsen] kan ikke kræve, at et købstilbud skal indeholde en specifik kurspræmie til minoritetsaktionærerne – og må henholde sig til, at de to købstilbud er afgivet i overensstemmelse med reglerne for overtagelsestilbud.

I halvårsmeddelelsen offentliggjort den 20. august 2015 fastholdt selskabet forventningerne til 2015 og oplyste endvidere for første gang om forventningerne til 2016, hvoraf det også fremgik, at selskabet havde sikret en fast oliepris i 2016. Selskabet forventede et EBIT-resultat i størrelsesordenen 146 mio. kr. og et resultat for 2016 i størrelsesordenen 92 mio. kr.

Kursen på B A/S aktien steg fra kursniveauet 45-50 kr. i perioden forud for selskabets anmodning om sletning i efteråret 2015 til et kursniveau over 90 kr. (højeste lukkekurs var kurs 97 i februar 2016). Den væsentligste del af denne kursstigning har fundet sted i perioden efter selskabet formelt indsendte sin anmodning om sletning fra optagelse til handel til ... [fondsbørsen] dateret den 4. december 2015. Selskabet har ikke offentliggjort selskabsmeddelelser indeholdende kursrelevante oplysninger siden den 12. november 2015, (bortset fra anmodning om sletning fra optagelse til handel offentliggjort den 4. december 2015), hvor selskabet offentliggjorde periodemeddelelse for 1. – 3. kvartal, og indtil ... [fondsbørsen] traf beslutning om at imødekomme selskabets anmodning på visse betingelser den 24. februar 2016. I denne periodemeddelelse fastholdt selskabet forventningerne til 2015 og fastsatte forventninger til resultatet for 2016 til et resultat efter skat i intervallet 90 – 100 mio. kr. ... [fondsbørsen] anmodede den 1. februar 2016 B A/S om at forholde sig til, om der manglede offentliggørelse af kursrelevante oplysninger i markedet. Selskabet oplyste ved brev af 4. februar 2016, at selskabet ikke mente, at

der var manglende kursrelevante oplysninger i markedet. Der er således ikke noget af det fra selskabet til markedet oplyste, der kan forklare den voldsomme kursstigning. Det er muligt, at kursstigningen skyldes, at markedet havde høje forventninger til udsteders indtjeningsmæssige udvikling, men det er også muligt, at stigningen skyldes anden form for spekulation - eksempelvis at visse aktionærer har haft en interesse i at købe mest muligt op - eventuelt for at forhindre en tvangsindløsningssituation. Pointen er, at det ikke er muligt for ... [fondsbørsen] at konkludere præcist, hvad det er, der har drevet denne kraftige kursudvikling.

Prisen på olie må antages at være et væsentligt element for B A/S' driftsomkostninger – og selskabet har således sikret sig olieprisen med fastpriskontrakter for hele 2016, hvilket fremgår af selskabets forventninger. I perioden fra juli 2015, hvor F K/S fremsætter købstilbud og frem til februar 2016 er olieprisen faldet fra ca. 63 USD til ca. 34 USD. Det kan ikke udelukkes, at olieprisudviklingen kan have haft indflydelse på kursudviklingen for aktien trods den udmeldte fastpriskontrakt for 2016.

(...)

... [fondsbørsen] har endvidere ikke kunne finde oplysninger om professionelle analytikere, der løbende har dækket B A/S i perioden forud for selskabets anmodning om sletning fra optagelse til handel.

... [fondsbørsen] har således ikke grundlag for at konkludere, at kursen for B A/S-aktierne ikke er fair eller korrekt – hverken i perioden forud for offentliggørelsen af købstilbuddet eller i den efterfølgende periode.

... [fondsbørsen] har lagt til grund;

- at aktien har været omsat dagligt og at markedet løbende har dannet en kursværdi for aktien,
- at bestyrelsen har fået foretaget en fairness-opinion, samt at bestyrelsen, med denne som grundlag, anbefaler aktionærerne at tage imod det forhøjede købstilbud på kurs 40,
- at ... [fondsbørsen] ikke har grundlag for at konkludere, at selskabet skulle have overtrådt oplysningsforpligtelserne, hvorfor markedet må forudsættes at have tilstrækkelige oplysninger til at fastsætte kursen.

Selskabet har anført i forbindelse med anmodningen om sletning, at B A/S ikke længere opfylder spredningskravet i ... [fondsbørsen]s regelsæt, idet de ca. 80 % af B A/S' aktier, der besiddes af F K/S, i fremtiden ikke vil være en del af free float. Hvis også Ps aktier og selskabets egne aktier fratrækkes, vil der være et free float i aktien på under 15 %.

... [fondsbørsen] har hertil bemærket, at opgørelsen af free float i henhold til ... [fondsbørsen]s regelsæt (punkt 2.3.7) tager udgangspunkt i at 25 % af aktierne inden for samme klasse er fordelt i offentligheden. I denne sammenhæng betyder "offentligheden" en person, som direkte eller indirekte ejer mindre end 10 % af selskabets aktier eller stemmerettigheder. I henhold til denne definition er free float i selskabet 21,10 % (og 19,64 % hvis selskabets egne aktier også fraregnes). Dette er ikke en

så lille free float, at selskabet ikke ville kunne opretholde sin notering på ... [fondsbørsen]. Forud for F K/S' overtagelse af de tidligere hovedaktionærers aktiebeholdninger var free float i selskabet i omegnen af 33 %. Siden F K/S' fremsættelse af købstilbud har der været en netto-tilgang i antallet af aktionærer trods markedets viden om, at selskabet var i en proces mod en ønsket sletning. Dette har således ikke afholdt nye aktionærer fra at gå ind i selskabet.

Endvidere har det været selskabets forventning, at omsætningen i aktien ikke vil kunne opretholdes fremover henset til ejerstrukturen. Hertil har ... [fondsbørsen] bemærket, at henset til at selskabet har været igennem en turn-around proces med en forbedret indtjening og et stærkt cash flow, kan dette have været medvirkende til at forklare den øgede omsætning i aktien siden 2014. Denne proces kan forventes at skabe et grundlag for fortsat likviditet i aktien trods den ændrede ejerstruktur.

... [fondsbørsen] har yderligere bemærket, at B A/S på dagen for den ekstraordinære generalforsamling offentliggjorde endnu en opjustering, hvorefter resultatet blev opjusteret fra intervallet 50 - 60 mio. DKK til 60 -70 mio. DKK efter skat. Denne meddelelse blev offentliggjort kl. 9.30 den 22. oktober, 2015. Dette var på præcis samme tidspunkt, som den ekstraordinære generalforsamling gik i gang. Det betød, at kun de på generalforsamlingen fremmødte investorer havde mulighed for at tage dette med i betragtning i forhold til afstemningen om sletning. Det kan ikke udelukkes, at nogen af de aktionærer, der havde valgt ikke at deltage i generalforsamlingen, ville have haft en anden holdning til spørgsmålet om sletning, såfremt de havde vidst, at selskabets økonomiske forventninger havde ændret sig siden fremsættelsen af det pligtmæssige tilbud. Det er dog ... [fondsbørsen]s vurdering, at dette ikke ville have ændret på, at forslaget om sletning fra handel var blevet vedtaget, da F K/S allerede havde den fornødne majoritet. ... [fondsbørsen] har derudover ikke modtaget henvendelser om, at selskabsmeddelelsen om opjusteringen skulle have haft betydning for minoritetsaktionærers holdning og deltagelse på den ekstraordinære generalforsamling.

På baggrund af den information ... [fondsbørsen] har modtaget og gennemgået, har det været ... [fondsbørsen]s vurdering, at der ikke er fremkommet indsigelser eller foreligger andre forhold, der taler væsentligt imod en sletning af selskabet. Herunder har det været ... [fondsbørsen]s vurdering, at den usikkerhed, der har været rejst omkring selskabets værdi, hvilket er understreget af den seneste tids kursudvikling, ikke har tilstrækkeligt underbygget til at kunne konkludere, at F K/S skulle have opnået urimelige fordele på bekostning af de øvrige aktionærer eller selskabet. Endvidere har det været vurderingen, at der ikke var fremkommet forhold, som talte væsentligt imod, at ... [fondsbørsen] skulle imødekomme anmodningen om sletning af selskabet.

... [fondsbørsen] har således lagt til grund:

- at F K/S har fremsat såvel et frivilligt som et pligtmæssigt købstilbud til aktionærerne i selskabet,
- at bestyrelsen i selskabet til brug for sin vurdering af det oprindelige købstilbud indhentede en fairness opinion fra M,

- at bestyrelsen har anbefalet aktionærerne, at tage imod tilbuddet af 24. august 2015,
- at bestyrelsen støtter F K/S' ønske om sletning af selskabets aktier,
- at aktionærerne i selskabet har haft et tilstrækkeligt grundlag til på generalforsamlingen at kunne træffe beslutning om forslaget om sletning af selskabet fra handel på ...[fondsbørsen],
- at aktionærerne i selskabet i en lang periode har haft mulighed for at sælge deres aktier velvidende at selskabet ville blive søgt slettet fra handel på ...[fondsbørsen] – endda til en kurs der var højere end tilbudskursen,
- at minoritetsaktionærerne har været særdeles aktive i forhold til spørgsmålet om sletning fra handel ved deltagelse på generalforsamling og ved frembringelse af indsigelser, men at det er ... [fondsbørsen]s vurdering, at der ikke er fremkommet indsigelser eller er andre forhold der taler for at en sletning af selskabet vil resultere i væsentlig skade,
- at der er en tilstrækkelig likviditet i aktien til at kunne opretholde optagelse til handel, hvorfor denne del af selskabets argumentation ikke indgår i vurderingen,
- at aktionærerne igennem både et frivilligt og pligtmæssigt tilbud er blevet tilbudt en pris i overensstemmelse med lovgivningens krav til overtagelsestilbud og at aktionærerne er blevet tilbudt en tilbudskurspræmie på 23,1 % i forhold til lukkekursen den 2. juli 2015,
- at der ved ... [fondsbørsen]s afgørelse om sletning ikke bør tages et særligt hensyn til aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden efter fremsættelsen af det pligtmæssige tilbud,
- at de aktionærer, der har erhvervet aktien i perioden mellem fremsættelsen af det frivillige tilbud den 10. juli og indtil det pligtmæssige tilbud den 21. august, har været vidende om, at der var en betydelig risiko for, at F K/S ville opnå en tilstrækkelig høj andel af aktierne til at kunne træffe en selskabsretlig beslutning om at anmode om sletning,
- at den kursudvikling, der har været i aktien efter udløbet af købstilbuddet ikke umiddelbart kan forklares med baggrund i de oplysninger, der er offentliggjort fra selskabet,
- at der efter selskabets opfattelse ikke er manglende kursrelevante oplysninger i markedet, jf. brev af 4. februar 2016 fra selskabets bestyrelsesformand,
- at der ikke er et tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at F K/S opnår en urimelig fordel ved sletningen af selskabet,

I situationer, hvor der imidlertid er sandsynlighed for, at en sletning vil være til skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion, uden at der er tale om en væsentlig skade, kan ... [fondsbørsen] fastsætte betingelser for at afhjælpe denne skade. I sådanne tilfælde kan ... [fondsbørsen] eksempelvis kræve, at selskabet sikrer, at aktionærerne kan afhænde deres aktier, indtil selskabet bliver slettet fra handlen på ... [fondsbørsen] ved at tilbyde at købe de udestående aktier. De resterende

aktionærer vil således have mulighed for at afhænde deres aktier velvillende, at selskabet vil blive slettet fra handel på ... [fondsbørsen] på baggrund af ... [fondsbørsen]s imødekommelse af selskabets anmodning om sletning fra handel. ... [fondsbørsen] har ikke fundet anledning til at fravige denne praksis i den konkrete sag.

I lyset af kursudviklingen i aktien i perioden efter anmodning om sletning fra handel har ... [fondsbørsen] overvejet alternative modeller for at opstille betingelser for at imødekomme B A/Ss anmodning.

1. Købstilbud på markedskurs eller til en gennemsnitskurs
2. Kræve ny fairness opinion

Ad 1) Kursen på B A/S er efter selskabets anmodning om sletning steget markant uden at der er tilgået markedet nye selskabsspecifikke oplysninger.

Finanstilsynet har ved udkast til afgørelse om beslutning om sletning af selskab 3, som refereret til i dette dokument afsnit 2, vurderet, at ... [fondsbørsen] har adgang til at opstille betingelser for at imødekomme en anmodning om sletning. Dog har Finanstilsynet ved e-mail af 5. september 2013 tilkendegivet, at det vil stride mod bestemmelsens hovedregel såfremt ... [fondsbørsen] fastsætter så mange betingelser og krav, at en sletning i praksis ikke kan lade sig gøre.

Det er ... [fondsbørsen]s vurdering, at adgangen til at opstille betingelser ikke kan udstrækkes til at kunne kræve et nyt købstilbud til en markedskurs, der er dobbelt så høj som kursen på det forudgående købstilbud eller til en gennemsnitskurs. Såfremt ... [fondsbørsen] gjorde dette, ville det ligeledes skabe ulighed mellem de aktionærer, der accepterede det oprindelige købstilbud på kurs 40, og dem der efterfølgende ville blive tilbudt en højere kurs, medmindre disse aktionærer efter lovgivningen vil være berettiget til den samme højere kurs. Endvidere har ... [fondsbørsen] ikke praksis for at stille betingelser til kursen for et købstilbud, der afviger fra reglerne i bekendtgørelse om overtagelsestilbud. Det er dertil vurderingen, at ... [fondsbørsen] ikke med hjemmel i værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, kan stille så vidtgående betingelser. Endeligt er det for ... [fondsbørsen] uklart, hvilke faktorer, der har forårsaget den store kursstigning i perioden efter selskabets anmodning om sletning fra handel.

Ad 2) Selskabets bestyrelse har selv foranlediget, at der blev foretaget en fairness opinion for at kunne forholde sig til F K/S' købstilbud i forbindelse med udarbejdelsen af bestyrelsens redegørelse. Nogle minoritetsaktionærer har indikeret, at kursen for købstilbuddet ikke er fair og at forudsætningerne for den gennemførte fairness opinion ikke er offentligt kendt. ... [fondsbørsen] har ikke grundlag for at konkludere, at kursen på købstilbuddet var urimelig, og har heller ikke grundlag for at mistænke selskabet for ikke at have opfyldt oplysningsforpligtelserne.

Aktien har været handlet dagligt og kursen på købstilbuddene har på fremsættelsestidspunkterne været højere end markedskursen. ... [fondsbørsen] har ikke praksis for at betinge en sletning med, at selskabet får

foretaget en uvildig værdiansættelse. I en enkelt sag om sletning af et selskab fra First North, hvor der var en helt åbenlys diskrepans mellem selskabets markedsværdi og værdierne i selskabet, opstillede ... [funds-børsen] som betingelse, at selskabet skulle gennemføre en uvildig værdiansættelse af selskabet. Det bemærkes en passant, at det omhandlede selskab valgte ikke at forfølge anmodningen om sletning yderligere.

På baggrund af ovenstående fandt ... [funds-børsen], at en sletning skulle betinges af, at F K/S fremsatte et købstilbud på vilkår svarende til det tidligere fremsatte pligtmæssige købstilbud, medmindre lovgivningen foreskrev en højere kurs, hvilket kunne have været tilfældet eksempelvis efter overtagelsestilbudsreglerne. ... [funds-børsen] anfører endvidere, at dette evt. kunne opfyldes ved, at F K/S i perioden frem til sletning lagde en stående købsordre i markedet, forudsat at dette ikke ansås at være i strid med kapitel 10 i lov om værdipapirhandel.

Ved fremsættelse af et fornyet købstilbud fandt ... [funds-børsen] det endvidere væsentligt, at tilbudsgiver i tilbudsdokumentet særligt fremhævede følgende forhold:

- at selskabets anmodning om sletning er blevet imødekommet af ... [funds-børsen] under forudsætning af fremsættelse af et fornyet købstilbud eller en stående købsordre,
- at selskabet efter udløb af tilbudsperioden således vil blive slettet fra handel,
- at en aktionær kan vælge at fortsætte som aktionær i det unoterede selskab,
- at det af et nyt tilbudsdokument klart skal fremgå, hvilke konsekvenser den efterfølgende sletning fra handel vil have for selskabets oplysningsforpligtelser og omsætteligheden af selskabets aktie.

Selskabet skulle endvidere gøre aktionærerne opmærksomme på sletningen, når der fremadrettet offentliggøres meddelelser fra selskabet.

... [funds-børsen] vurderede, at sletningen af selskabet ville kunne tage effekt minimum 6 uger efter ... [funds-børsen]s offentliggørelse af meddelelse om sletningen.

På baggrund af ovenstående vurdering besluttede ... [funds-børsen] således at imødekomme B A/S' anmodning om sletning på de ovennævnte betingelser.

Henset til den store bevågenhed som sagen har haft samt henset til et ønske om yderligere at sikre, at den af ... [funds-børsen] truffne beslutning var korrekt af respekt for alle berørte parter, valgte ... [funds-børsen], at forelægge sit udkast til afgørelse samt det relevante bagvedliggende materiale for Advokatpartnerselskabet Mazanti-Andersen Korsø Jensen med henblik på en vurdering af ... [funds-børsen]s udkast til afgørelse i lyset af rammerne i lov om værdipapirhandel § 25, stk. 3, og den eksisterende praksis. For så vidt angår Advokat R og Advokat S vurdering af dette spørgsmål, henvises til uddrag af skrivelse fra disse vedlagt som bilag ...

... [fondsbørsen] bad ligeledes om en vurdering af, om der i den konkrete sag kan antages at foreligge en utilbørlig fordel for en aktionær på bekostning af øvrige aktionærer, der kan begrunde, at skadesvirkningerne ved en sletning er så væsentlige, at en anmodning om sletning ikke skal imødekommes. Advokaternes vurdering af dette spørgsmål fremgår ligeledes af ovennævnte uddrag i bilag ... Som det fremgår af bilaget har advokaternes gennemgang ikke medført bemærkninger, der har medført ændringer i ... [fondsbørsen]s udkast til afgørelse. ... [fondsbørsen]s afgørelse meddeltes herefter B A/S den 24. februar 2016.

5. Klagers påstande og argumenter

Det fremgår af klagers skrivelse af 17. marts, 2016 til Erhvervsankenævnet, at klager gør gældende, at ”betingelserne for sletning i lov om værdipapirhandel § 25, stk. 3, sammenholdt med pkt. 2.9 i Regler for udstedere af aktier, ikke er opfyldt, idet det er sandsynligt, at en sletning fra notering vil være til væsentlig skade for investorernes interesser og/eller til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion.” Det fremgår ligeledes, at ”en sletning vil betegne en børsmarkedsretlig glidebane, i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med sletning.” Det anføres, at der ”bør rettes et så gunstigt tilbud til minoritetsaktionærerne, at hovedaktionæren opnår mere end 90 % af kapitalen og dermed kan tvangsindløse de resterende under 10 %.” Det fremføres ligeledes, at såfremt en sletning ”tillades i en situation, som den foreliggende underminerer det reelt tvangsindløsningsgrænsen på 90 %”. ... [fondsbørsen] er ikke enig i denne tolkning af reglerne. Såfremt ovenstående skulle være udgangspunktet, ville det ikke være relevant overhovedet at have en sletteregel, idet et selskab, hvor hovedaktionæren opnår mere en 90 % af kapitalen, altid vil kunne tvangsindløse og dermed ad den vej opnå en sletning af selskabet.

Som det fremgår under afsnittet vedrørende ... [fondsbørsen]s praksis, som beskrevet i afsnit 2, vil ... [fondsbørsen] i tilfælde, hvor en hovedaktionær besidder mindre end 90 % altid foretage en konkret vurdering af, om der foreligger skadesvirkning, og om denne er væsentlig, for enten investorerne eller markedet, hvorimod sletning fra optagelse til handel accepteres uden videre i tilfælde, hvor der besiddes mere end 90 %. ... [fondsbørsen]s imødekommelse af B A/S’ anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering, kan således ikke betegnes som en børsmarkedsretlig glidebane, men som værende i tråd med ... [fondsbørsen]s hidtidige praksis, der er blevet vurderet af Finanstilsynet – både i forhold til konkrete sager, men også i en undersøgelse foretaget af Finanstilsynet i 2012 med netop det formål, at gennemgå ... [fondsbørsen]s håndtering af anmodninger om sletning fra optagelse til handel. Undersøgelsen var foranlediget af ... [fondsbørsen]s imødekommelse af selskab 2’s anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering, som refereret til i dette dokumentets afsnit 2. Som det fremgår, vurderede Finanstilsynet, at ... [fondsbørsen] ikke fandtes at have overtrådt § 25, stk. 3 i lov om værdipapirhandel mv. ved at have imødekommet Selskab 2’s anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering. Finanstilsynet vurderede endvidere, at ... [fondsbørsen]s

kontrolforanstaltninger til sikring af beskyttelseshensynene i § 25, stk. 3, 2. pkt. i lov om værdipapirhandel m.v., i tilstrækkelig grad varetages gennem ... [fondsbørsen]s ”forretningsgang for sletning af selskab på ...[fondsbørsen]”. Det er ... [fondsbørsen]s erfaring efter at have håndteret en lang række sager om sletning, at ingen sager er ens. Der har i alle sager været elementer, der var forskellige fra tidligere tiders sager, og som gør den enkelte sag speciel. Derfor er sager om sletning vanskelige at behandle og forbundet med et meget omfattende vurderingsarbejde fra ... [fondsbørsen]s side. ... [fondsbørsen] er sig altid meget bevidst, at der kan være minoritetsaktionærer, der føler sig ramt af en imødekommelse af et selskabs anmodning om sletning. ... [fondsbørsen] har ligeledes stor forståelse for, at den kendsgerning, at der ikke længere vil være en markedsplads for den pågældende aktie, og dermed ikke længere være samme gennemsigtighed i forhold til prisdannelsen eller samme likviditet i aktien, uvægerligt vil føles som en skadesvirkning for den enkelte aktionær, der ikke ønsker en sletning. ... [fondsbørsen] er dog forpligtet til at behandle sagen inden for rammerne af lov om værdipapirhandel, og det vil, efter ... [fondsbørsen]s vurdering, stride mod bestemmelsen i § 25, stk. 3, såfremt denne konsekvens, i sig selv, skulle kunne medføre, at der ikke alene er tale om en skadesvirkning, men om en så væsentlig skadesvirkning, at en anmodning om sletning ikke ville kunne imødekommes. Såfremt dette var tilfældet, ville et selskab aldrig kunne blive slettet, hvis der er uenige minoritetsaktionærer eller hvis hovedaktionæren besidder mindre end 90 % og dermed ikke kan tvangsindløse. Der er, efter ... [fondsbørsen]s vurdering, intet i § 25, stk. 3, der giver belæg for en sådan indskrænkende fortolkning. Dermed er der heller ikke, efter ... [fondsbørsen]s vurdering, juridisk belæg for den kobling mellem tvangsindløsningsreglerne i selskabslovgivningen og slettereglen i børsretten, som ellers anført af klager. Det er fortsat ... [fondsbørsen]s vurdering, at lovgiver med ordlyden af § 25, stk. 3, hvorefter en anmodning om sletning som udgangspunkt skal tages til følge, har gjort op med, at disse to elementer (forringet gennemsigtighed og likviditet) som altid vil være til stede ved en sletning, ikke i sig selv kan betragtes som en så væsentlig skadesvirkning, at en anmodning skal afslås. Det er i forlængelse heraf ... [fondsbørsen]s vurdering, at den kendsgerning, at en investor måtte have valgt at placere sin aktiebeholdning i et pensionsdepot ikke er et spørgsmål relateret til de rettigheder og interesser, der er knyttet til at være investor i et selskab. Dertil kommer, at ... [fondsbørsen] ingen muligheder har for at vide, hvorfra de midler som en investor vælger at investere med, kommer. Det forekommer ligeledes vanskeligt at argumentere for, at skadesvirkningen for den investor, der har valgt at investere med pensionsmidler, skal anses for mere væsentlig, end for den investor, der valgt at investere med frie midler. Dette uanset, at konsekvenserne for investorerne kan være forskellige, idet investoren med aktierne i pensionsdepotet kan være tvunget til at sælge ved en sletning af aktiernes optagelse til handel, hvorimod den investor, der har investeret med frie midler ikke kommer ud i samme tvangssalgssituation, og kan vælge at forblive investor i det unoterede selskab.

Klager anfører videre, at ”ifølge presseforlydender, der ikke synes at være afkræftet af udstederen eller af F K/S, synes sletningen at være led i en

slagplan, der synes at have til hensigt at squeeze minoritetsaktionærerne ud og gennemføre en sletning. ”Hertil skal ... [fondsbørsen] anføre, at ... [fondsbørsen] i sine afgørelser ikke kan lægge spekulationer i pressen til grund, såfremt den ikke er i besiddelse af konkret information, der kan understøtte en sådan påstand. ... [fondsbørsen] har således ikke mulighed for at tage stilling til rigtigheden af sådanne udsagn, men må alene forholde sig til regelgrundlaget, de faktiske omstændigheder, som de er oplyst for ... [fondsbørsen], praksis og de oplysninger, ... [fondsbørsen] selv har mulighed for at indhente. I den sammenhæng har det været af væsentlig betydning for ... [fondsbørsen], at der er gennemført både et forhøjet frivilligt og et pligtmæssigt købstilbud i overensstemmelse med de offentligretlige regler herfor til en kurs, der på fremsættelsestidspunktet for forhøjelsen af det frivillige tilbud (til kurs 40) lå 23,1 % over lukkekursen den 2. juli, hvor intentionen om at fremsætte et frivilligt tilbud (dengang til kurs 34) blev offentliggjort. Der er, som nævnt, intet i reglerne omkring overtagelsestilbud, der kan medføre et krav om, at en tilbudskurspræmie skal være af en given størrelse. Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt at se, at den voldsomme kursudvikling i aktien først er sket på et senere tidspunkt i forløbet og efter at intentionen om sletning er fremsat og der er opnået sikkerhed for, at F K/S er i besiddelse af en tilstrækkelig mængde aktier til at kunne træffe en gyldig selskabsretlig beslutning på den ekstraordinære generalforsamling om at anmode om sletning. Den store stigning i kursen er især sket i perioden fra december 2015 og frem. Det vil sige på det tidspunkt, hvor selskabet formelt havde anmodet ... [fondsbørsen] om sletning fra optagelse til handel og officiel notering.

Det anføres af klager, at det, at kursen på selskabets aktier, har ligget højere end tilbudskursen [og således ikke er faldet, som det ellers normalt ses, når en intention om at anmode om sletning offentliggøres i markedet forstås], blot viser, at markedet havde betydelige forventninger til udsteders indtjeningsmæssige udvikling. ... [fondsbørsen] har som nævnt ikke belæg for at konkludere, at det er denne forventning, der har drevet kursen til et så højt niveau, eller om det skyldes anden form for spekulation.

Klager anfører endvidere, at ... [fondsbørsen]s argument om, at der ikke skal tages særlige hensyn til aktionærer, der købte aktien i perioden efter fremsættelsen af det pligtmæssige tilbud, ikke er holdbart. Det anføres, at ”sådan tænkning stemmer ikke med det børs- og selskabsretlige ligebehandlingsprincip, idet der ikke er nogen som helst hjemmel til at underkaste bestemte kategorier af aktionærer en anden behandling end andre aktionærer ud fra deres ejertid i selskabet. ”Hertil skal ... [fondsbørsen] bemærke, at der ikke er tale om, at der gøres forskel i aktionærernes rettigheder – hverken selskabsretligt eller børsretligt. Ligeledes forholder ... [fondsbørsen] sig ikke til aktionærers ejertid i selskabet. ... [fondsbørsen]s argument går alene på, at der ikke kan siges at være samme skadesvirkning for en investor, der investerer i en aktie med den viden, at selskabet er i en sletningsproces til at kunne stemme det igennem på en generalforsamling. Det forekommer ikke rimeligt, at en investor, der investerer i en aktie fuldt oplyst herom, skal kunne forhindre, at et selskab kan slettes ud fra en skadesvirkningsvurdering af sletningen for den pågældende investor. Dette gælder så meget desto mere for de

investorer, der investerer i en aktie med den viden, at hovedaktionæren ikke alene har en intention om at anmode om sletning fra optagelse til handel, men også besidder den fornødne majoritet for at kunne stemme det igennem på selskabets generalforsamling. Derfor har ... [fondsbørsen] valgt at se bort fra disse investorer i sin vurdering af skadesvirkningen set i forhold til mængden af minoritetsaktionærer. Ud fra ... [fondsbørsen]s opgørelse som fremgår under afsnit 3, betyder dette, at det ud af de ca. 20 % minoritetsaktionærer, der af klager lægges til grund, alene er de 11,31 %, der var aktionærer forud for offentliggørelsen af intentionen om at søge selskabet slettet (den 10. juli). De investorer, der har valgt at investere i selskabet efterfølgende, har altså kunnet indkalkulere risikoen herfor. Derfor forekommer det ikke rigtigt at medtage hensynet til disse investorer i vurderingen af skadesvirkningen for investorerne. Som det fremgår af ... [fondsbørsen]s gennemgang af praksis på området for sletning, så lægges der ved vurderingen af om en sletning vil medføre en væsentlig skadesvirkning for enten investorer eller markedet, vægt på, om en investor vil opnå en urimelig fordel ved sletningen på bekostning af de øvrige aktionærer. I ... [fondsbørsen]s afgørelse har ... [fondsbørsen] lagt vægt på, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at tilbudsgiveren vil opnå en sådan urimelig fordel ved sletningen. Det anføres af klager, at der "tværtimod netop er grundlag for at antage noget sådant, idet tilbudsgivers bud burde have været så meget højere, at det herved var lykkedes at købe langt flere minoritetsaktionærer ud, og i hvert fald over indløsningsgrænsen på 90 %." Hertil skal ... [fondsbørsen] anføre, at det at en tilbudspræmie efter en aktionærs vurdering ikke er tilstrækkelig høj i forhold til, hvad man vil acceptere, på ingen måder er det samme som at sige, at en aktionær opnår en urimelig fordel i forhold til de øvrige aktionærer. Det skal i den sammenhæng erindres, at lovgivningens regler for overtagelsestilbud herunder i forhold til pris har været overholdt af tilbudsgiver, og at ingen aktionær er tvunget til at tage imod tilbuddet. En aktionær har således mulighed for at forblive i selskabet, uanset om det er optaget til handel eller ej med de minoritetsbeskyttelsesregler, der ligger i selskabslovgivningen.

6. Sammenfatning

Som redegjort ovenfor er der ingen nemme sager, når ... [fondsbørsen] skal tage stilling til en anmodning fra et selskab om sletning. ... [fondsbørsen] søger i alle sager på bedste vis at afveje alle relevante hensyn ud fra det eksisterende regelgrundlag, den eksisterende praksis som i flere situationer har været gennemgået og tilrådt af Finanstilsynet og en sags faktiske omstændigheder. Når ... [fondsbørsen] træffer sin beslutning i en konkret sag, tilkommer det ikke ... [fondsbørsen] at vurdere, om det lovgivningsmæssige udgangspunkt i lov om værdipapirhandel er det korrekte. ... [fondsbørsen] har igennem lang tid ønsket mere objektive regler på området for sletning. Dette er imidlertid et politisk spørgsmål, som ikke skal inddrages i den konkrete behandling af en given anmodning om sletning. Denne bør alene behandles på det foreliggende juridiske grundlag. Efter at have foretaget en nøje afvejning af sagen, har det således været ... [fondsbørsen]s vurdering, at det juridisk set var den rigtige beslutning at imødekomme selskabets anmodning. Dette er blandt andet

baseret på, at de indvendinger mod en sletning, som ... [fondsbørsen] har modtaget, primært har gået på den skadesvirkning den forringede likviditet og prisgennemsigtighed ved en sletning ved medføre for minoritetsaktionærene.

... [fondsbørsen] har i nærværende skrivelse henvist til en række andre sager. Af fortrolighedsmæssige årsager, har ... [fondsbørsen] ikke vurderet, at ... [fondsbørsen] kan fremlægge disse sager uredigeret. Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde det relevant at gennemgå disse sager i fuldstændig og uredigeret form, er ... [fondsbørsen] villig til at fremlægge disse, såfremt det sikres, at disse sager ikke kommer til offentlighedens og de øvrige parter i sagens kendskab, idet dette vil medføre en overtrædelse af tavshedspligt bestemmelser i lov om værdipapirhandel mv.”

Ved skrivelse af 16. maj 2016 har Advokat A anmodet om mundtlig forhandling af sagen. I skrivelsen anføres endvidere:

” ...

1. Påstand

Klagerens påstand til sagens realitet er (...) at Erhvervsankenævnet op hæver beslutningen af 24. februar 2016 fra ... [fondsbørsen] om at imødekomme anmodningen fra B A/S (selskabet) om sletning af selskabet fra notering.

2. Nævnet har fuld prøvelsesret, også vedrørende skønsudøvelse

For en ordens skyld anføres det, at Nævnet har fuld prøvelsesret vedrørende den påklagede beslutning, herunder også beføjelse til at efterprøve det skøn, der er udøvet af ...[fondsbørsen] som grundlag for beslutningen.

...[fondsbørsen] udøver sine kompetencer vedrørende notering af værdipapirer i kraft af forvaltningsretlig delegation fra Finanstilsynet, jf. § 1 i bkg. nr. 1214 af 12. oktober 2007 (delegationsbekendtgørelsen) ..., og ...[fondsbørsen] skal herved varetage de delegerede myndighedsopgaver i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige regler, god forvaltningsskik mv., jf. § 4, stk. 2-3.

Forholdet mellem ...[fondsbørsen] og Nævnet har samme karakter som forholdet mellem en forvaltningsmyndighed og dennes rekursinstans. Medmindre andet fremgår af regelgrundlaget, skal rekursinstansen foretage en fuldstændig prøvelse, herunder også for så vidt angår udøvelsen af et forvaltningsretligt skøn.

På denne baggrund gør jeg gældende, at Nævnet skal foretage samme prøvelse i forhold til ...[fondsbørsen], som Nævnet ville skulle foretage, hvis den påklagede afgørelse var truffet af Finanstilsynet selv.

Dette gælder også – og navnlig – vurderingen af, i hvilket omfang retlige standarder som ”urimelig”, ”utilbørlig”, ”skade” mv. får betydning for sagens afgørelse.

Det gør ingen forskel, at der skelnes mellem sletning fra handel og sletning fra notering, og at kun noteringen er omfattet af den delegerede kompetence. Som det bemærkedes af Nævnet i kendelsen om partsstatus, er der en nær sammenhæng mellem handel og notering.

Kravene til rigtigheden af og klagemulighederne over ...[fondsbørsen]s afgørelser om sletning fra notering, må derfor ikke kunne gøres illusoriske af, at der ikke er tilsvarende klagemuligheder over ...[fondsbørsen]s afgørelser vedrørende sletning fra handel. I modsat fald ville ...[fondsbørsen] overtræde sine pligter efter delegationsbekendtgørelsens § 4, stk. 2, til at iagttage almindelige forvaltningsretlige regler og god forvaltningsskik.

Det her anførte om Nævnets beføjelse til at prøve skønsmæssige spørgsmål gælder også for regelsæt, der er fastsat af ...[fondsbørsen] selv, og som uddyber de beføjelser, der er delegeret til ...[fondsbørsen] fra Finanstilsynet. Som Nævnet vil se nedenfor, har ...[fondsbørsen] selv fastsat nogle uddybende bestemmelser til nærmere forståelse af kriterierne for sletning; en vurdering ud fra disse principper hører derfor også ind under Nævnets kompetence.

3. Retsgrundlaget om sletning fra notering og sletning fra handel

Det retsgrundlag, der har betydning for sagens afgørelse, er følgende [mine understregninger], idet jeg på ny understreger, at der er væsentlig sammenhæng mellem sletning fra notering og sletning fra handel, jf. bemærkningerne ovenfor, og idet jeg vender tilbage til retsgrundlaget ved tvangsindløsning nedenfor:

3.1. Sletning fra notering – loven som uddybet ved bekendtgørelse

Sagens retsgrundlag om sletning fra notering er som følger:

Ifølge værdipapirhandelslovens § 22, stk. 2, fastsætter Finanstilsynet reglerne om blandt andet sletning fra notering.

Efter § 14, stk. 2, i bkg. nr. 1069 af 4. september 2007 (betingelsesbekendtgørelsen) ..., skal en anmodning om sletning fra notering tages til følge, medmindre Finanstilsynet (nu: ...[fondsbørsen]) finder, at ”sletningen ikke er i investorenes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse”

3.2. Sletning fra handel – loven som uddybet ved ...[fondsbørsen]s eget regelsæt

Sagens retsgrundlag om sletning fra handel er som følger:

Efter værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, skal ...[fondsbørsen] tage en anmodning om sletning fra handel til følge, og ikke hvis der er sandsyn-

lighed for, at sletningen vil være til ”væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion”.

I ...[fondsbørsen]s regelsæt ”Regler for udstedere” af 26. november 2015 ... anføres det i punkt 2.9.:

”Hvis et selskab anmoder om sletning, skal denne anmodning, ifølge værdipapirhandelsloven, tages til følge, medmindre ... [fondsbørsen] på baggrund af en vurdering af selskabets tilstand og særlige situation finder, at sletning er til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.”

Videre anføres det i pkt. 2.9. om begrebet ”væsentlig skade for investorernes interesser”:

”Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for investorernes interesser, vurderes det bl.a., om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet.”

Herefter hedder det i pkt. 2.9. om begrebet ”væsentlig skade for markedets ordentlige funktion”:

”Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, kontrolleres det bl.a. hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer der er i det pågældende selskab.”

4. Hvis B A/S havde været unoteret og ansøgte om notering - ville den blive børsnoteret

Det er efter klagerens opfattelse tankevækkende og i høj grad relevant i relation til selskabets anmodning om sletning, at hvis selskabet i dag havde været et unoteret selskab, der anmodede om notering på ...[fondsbørsen], ville det opfylde alle relevante kriterier for et blive børsnoteret.

Der er offentlig interesse omkring selskabet; det opfylder alle selskabs- og børslovgivningens krav til et børsnoteret selskab; det har en meget betydelig spredning af selskabets aktier, nemlig over 1.000 aktionærer i indland og udland – med en vis malice kunne man tilføje: trods alle den nye hovedaktionærs (kapitalfonden F K/S’) bestræbelser for at få mindretalsaktionærerne til at forlade selskabet.

Det er således et i enhver henseende børsegnet selskab, der nu søger om tilladelse til at forlade ... [fondsbørsen], hovedsageligt efter ønske fra den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S.

Vel at mærke: Et børsegnet selskab, som 1) ejer et færgeselskab i væsentlig fremgang og med stadigt mere positive børsmeddelelser (selskabsmeddelelser) fra selskabet, 2) har over 1.000 mindretalsaktionærer,

betragtet i modsætning til over hovedaktionæren, kapitalfonden F K/S, som 1 ud af de således mere end 1.001 aktionærer, og som 3) har mindretalsaktionærer, der ejer 20 pct. af selskabets samlede aktiekapital (her betragtet som modsætning til tvangsindløsningsgrænsen, hvor der skal være under 10 pct. mindretalsaktionærer, for at hovedaktionæren kan gøre sig til enekapitalejer ved at tvangsindløse mindretalsaktionærene).

Det er dermed efter klagerens opfattelse absurd, at et sådant – i meget høj grad børsegnet selskab – skal kunne få lov til at blive taget af ... [fondsbørsen], blot fordi dets nye hovedkapitalejer, kapitalfonden F K/S, ønsker noget sådant.

Det bør herved komme i betragtning, at ...[fondsbørsen] i sin accept af anmodningen afviste alle selskabets forretningsmæssige begrundelser for ansøgningen. Dermed fremstår ”ønsket” fra den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, som hovedargumentet for at imødekomme selskabets anmodning om afnotering – ganske vist sammen med endnu et argument, nemlig i form af en henvisning fra ...[fondsbørsen] til bestyrelsens støtte til afnoteringen, men dette yderligere argument for at imødekomme ansøgningen er helt åbenbart forkert, idet der ikke foreligger nogen erklæring fra bestyrelsen om en sådan støtte.

Tværtimod har selskabets bestyrelsesformand på to generalforsamlinger – uanset opfordringer til at meddele bestyrelsens og sin egen stillingtagen - ikke entydigt udtalt en sådan, men i stedet udtalt, at afnoteringen er et ønske fra F K/S.

Derfor er reelt kun selve generalforsamlingsbeslutningen i selskabet tilbage som det eneste argument for at imødekomme anmodningen om afnotering – og netop dette argument (generalforsamlingens beslutning) kan ifølge ...[fondsbørsen]s egne Regler for udstedere, pkt. 9.2., ikke være grund nok til en imødekommelse af anmodningen.

5. Den nære sammenhæng mellem afnotering og tvangsindløsning

B A/S (selskabet) gør under sagen gældende, at spørgsmålet om tvangsindløsning er irrelevant.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at intet kunne være mere forkert. Det ses af hele sagsforløbet, at selskabets nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, konsekvent stiler efter at blive eneaktionær i B A/S, og at der i denne forbindelse – for så vidt ganske åbenrigtigt fra den nye hovedaktionærs, F K/S’, side – sker en klar sammenkædning af spørgsmålet om 1) sletning fra notering og 2) tvangsindløsning. Dette ses således klart af selskabets tilbud af 10. juli 2015, hvor det blandt andet hedder [mine understregninger]:

”Hvis Tilbudsgiver ved Gennemførelsen ejer eller erhverver 90 % eller mere af samtlige Aktier opgjort i overensstemmelse med punkt 3.7, vil Aktierne blive afnoteret fra ...[fondsbørsen] efter Gennemfø-

relsen, og der vil blive gennemført Tvangsindløsning af minoritetsaktionærer i overensstemmelse med Selskabslovens §§ 70-72.”

6. Tilbudsprocessen vedrørende B A/S har tydeligvis været tilrettelagt med henblik på at kunne tvangsindløse mindretalsaktionærene (selskabets og hovedaktionærens ”Plan A”)

Jeg gør på klagerens vegne gældende, at hele tilbudsprocessen omkring selskabet tydeligvis har været tilrettelagt med det mål for øje at kunne bringe mindretalsaktionærernes andel af selskabets aktiekapital ned under 1/10 af denne, således at den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, opnåede ret efter selskabslovens § 70 som styret af artikel 15 i overtagelsesdirektivet, 2004/25 ... Man kan passende kalde dette primære mål for selskabets og dets hovedaktionærs ”Plan A”.

Hvis dette mål blev nået, ville den tilbudte kurs pr. definition skulle betragtes som ”rimelig”, jf. selskabslovens § 70, stk. 4 (direktivets artikel 15, stk. 5, *in fine*).

Facit (”Plan A”) ville dermed for den nye hovedaktionær blive, at der kunne ske tvangsindløsning af mindretallet på under 1/10, at den nye hovedaktionær herved blev enejer af B A/S på en både hurtig og billig måde, at der ikke skulle betales en højere kurs herfor end den kurs, der blev tilbudt aktionærene ved det gennemførte overtagelsestilbud, at syn og skøn vedrørende tilbuddets rimelighed nemlig ville være udelukket, jf. henvisningen i § 70, stk. 2, 3. led, *in fine*, og at sletning fra notering og handel herefter ville være en formssag, når selskabet efter en fremgangsmåde, som den nævnte, nu kun havde én ejer.

Det er således helt afgørende at sætte fokus på sammenhængen mellem 1) på den ene side pligten til at give tilbud (dvs. give en ret) til mindretalsaktionærene ved overtagelse af kontrollen over et børsnoteret selskab, og 2) muligheden for i samme arbejdsgang at tvangsindløse minoritetsaktionærene (dvs. påføre dem en pligt).

Retsstillingen herom fremgår i Danmark i dag af selskabslovens § 70. Reglerne styres af overtagelsesdirektivet, dvs. direktiv 2004/25.

Det vil ses, hvordan direktivet selv sammenkæder 1) den nye hovedaktionærs pligt til at give identisk tilbud til mindretalsaktionærene, stort set svarende til dansk rets mangeårige regler om pligtmæssigt tilbud ved overtagelse af kontrollen, med 2) den nye hovedaktionærs ret til at tvangsindløse mindretalsaktionærer, som ikke ønsker at tage imod den nye hovedaktionærs pligtmæssige indløsningsstilbud, dog forudsat at den nævnte 9/10-grænse nås, dvs. at selskabet står tilbage med en minoritet på under 10 pct.

Direktivets artikel 15 er i sin helhed sålydende [mine understregninger]:

1. Medlemsstaterne sikrer, at bestemmelserne i stk. 2-5 finder anvendelse efter fremsættelse af et tilbud til samtlige indehavere af kapitalandele i målselskabet vedrørende samtlige deres kapitalandele.

2. Medlemsstaterne sikrer, at tilbudsgiveren kan forlange, at alle indehaverne af de resterende kapitalandele skal sælge vedkommende disse kapitalandele til en rimelig pris. Medlemsstaterne sikrer, at denne rettighed finder anvendelse i følgende situationer:
 - a) hvis tilbudsgiveren har erhvervet kapitalandele, der udgør mindst 90 % af målselskabets stemmeberettigede kapital og 90 % af målselskabets stemmerettigheder, eller
 - b) hvis tilbudsgiveren efter accept af tilbuddet har erhvervet eller har indgået fast aftale om at erhverve kapitalandele, der udgør mindst 90 % af målselskabets stemmeberettigede kapital og 90 % af de stemmerettigheder, som var omfattet af tilbuddet.

I de tilfælde, der er nævnt i litra a), kan medlemsstaterne fastsætte et højere minimum, som dog ikke må overstige 95 % af den stemmeberettigede kapital og 95 % af stemmerettighederne.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der findes regler, som gør det muligt at beregne, hvornår tærsklen er nået.
Hvis målselskabet har udstedt flere klasser af kapitalandele, kan medlemsstaterne fastsætte, at retten til indløsning for tilbudsgiver kun kan udøves i den klasse, i hvilken tærsklen i stk. 2 er nået.
4. Hvis tilbudsgiveren ønsker at udøve sin ret til indløsning, skal den pågældende gøre dette inden for tre måneder, efter at den i artikel 7 omhandlede tilbudsperiode er udløbet.
5. Medlemsstaterne sikrer, at der garanteres en rimelig pris. Denne pris skal antage samme form som modydelsen i tilbuddet eller bestå af kontanter. Medlemsstaterne kan bestemme, at der i det mindste som alternativ skal tilbydes kontanter.

Efter et frivilligt tilbud i de under stk. 2, litra a) og b), nævnte tilfælde betragtes modydelsen i tilbuddet som rimelig, når tilbudsgiveren ved accept af tilbuddet har erhvervet mindst 90 % af den stemmeberettigede kapital, som var omfattet af tilbuddet.

Efter et obligatorisk tilbud betragtes modydelsen i tilbuddet som rimelig.”

Direktivets regler om tvangsindløsning efter et gennemført overtagelsestilbud er implementeret ved selskabslovens § 70, således som denne blev udformet ved lov nr. 616 af 12. juni 2013, nemlig således:

- a) Den nye hovedaktionærs mulighed for at tvangsindløse efter et gennemført overtagelsestilbud findes i § 70, stk. 2, 3. pkt., som knytter sig til § 70, stk. 1, og som derfor forudsætter, at der er opnået mere end 9/10 af aktiekapitalen og mere end 9/10 af stemmerne i målselskabet, dvs. at der skal være tale om indløsning af en minoritet på under 10 pct.

- b) Reglen fra direktivet om, at den tilbudte kurs pr. definition er rimelig, stadig forudsat den nye hovedaktionær når op på de 9/10, genfindes i selskabslovens § 70, stk. 4.
- c) I konsekvens heraf er syn og skøn – som jo ellers er minoritetsaktionærens redningsplanke ved en tvangsindløsning – afskåret i netop den her beskrevne situation i kraft af de helt centrale 4 små ord "... jf. dog stk. 4" efter omtalen af muligheden for syn og skøn i § 70, stk. 2, 3. led, hvorved der henvises til § 70, stk. 4, som (styret af direktivets artikel 15, stk. 5, sidste led) ophøjer kursen ved et gennemført overtagelsestilbud til pr. definition at være "rimelig", når 9/10-grænsen er nået.

Det forekommer indlysende, at den nye hovedaktionærs og selskabets handlemåde i nærværende sag må have været tilrettelagt med henblik på om muligt at få flest muligt af selskabets mindretsaktionærer til at acceptere tilbuddet om indløsning, således at den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, kunne nå op på 9/10 af aktiekapitalen og stemmerne og dermed opnå retten til at tvangsindløse den således tilbageværende minoritet på under 1/10 af kapitalen.

Dette ses af blandt andet følgende elementer i sagen:

- 1) Det fremhæves gang på gang i processen, at selskabet under alle omstændigheder vil blive søgt slettet fra notering og handel.
- 2) Der tales fx i bestyrelsens redegørelse af 14. august 2015 om "F K/S' og Tilbudsgivers erklærede hensigter om afnotering".
- 3) For at ingen af mindretsaktionærene skal være i tvivl om, hvor ubekvemt og tabsgivende det vil være at blive tilbage i et unoteret selskab, udpensles det, at en sådan overgang fra at eje en noteret aktie til at eje en unoteret aktie vil gøre det "umuligt eller vanskeligt at sælge" aktien, jf. atter bestyrelsens udtalelse af 14. august 2015.

Trods disse gentagne bemærkninger vedrørende den erklærede hensigt om afnotering og den næsten totale afskæring af aktiens omsættelighed, dette vil medføre, lykkedes det ikke at kyse mindretsaktionærene væk i et sådant omfang, at deres andel af aktiekapitalen kom under 10 pct. Selskabet havde efter gennemførelsen af processen stadig mindretsaktionærer, der ejede over 20 pct. af selskabets aktiekapital.

Og ikke nok med dét – så stærk var markedets tiltro til værdien af B A/S, at børskursen fortsatte med at stige. I det første tilbud af 10. juli 2015 blev der tilbudt 34 kr. pr. aktie. I tilbuddet af 7. august 2015 blev der tilbudt 40 kr. pr. aktie. Ved udgangen af 2015 var kursen 61,50 kr. pr. aktie. Pr. 12. maj 2016 var kursen 84,50 kr. pr. aktie.

Undervejs faldt aktien til 69,5 kr. pr. aktie, da ...[fondsbørsen] den 24. februar 2016 bekendtgjorde, at ...[fondsbørsen] imødekom anmodningen om sletning fra notering. Herved faldt aktien med over 28 pct. fra det ene øjeblik til det andet og med yderligere væsentlige fald de følgende handelsdage – hvilket på én og samme tid viser, at en unoteret aktie er langt mindre værd end en noteret aktie, og at markedet ganske enkelt ikke forud for ...[fondsbørsen]s annoncering kunne tro på en afnotering af et selskab med en minoritet på over 20 pct.

På én børsdag faldt markedsværdien af mindretalsaktionærernes aktier i selskabet således over 28 pct. Der tilførtes ikke herved selskabets nye hovedaktionær noget tab, idet selskabet som investeringsobjekt utvivlsomt havde samme værdi efter som før annonceringen om afnotering. Tabet på over 28 pct. ramte alene mindretalsaktionærerne, og jeg gør på klagerens vegne gældende, at dette også var hensigten fra hovedaktionærens side.

Efter at ...[fondsbørsen] havde imødekommet selskabets anmodning om sletning fra notering og handel, annoncerede selskabet, at den 21. april 2016 skulle være sidste noteringsdag; derefter ville B A/S være et unoteret selskab, dvs. uden den offentlighed om selskabets forhold, der som bekendt kræves i relation til noterede selskaber.

Kun 19 dage efter, at noteringen skulle være ophørt, udsendte selskabet selskabsmeddelelse nr. 305 af 10. maj 2016 fra B A/S ... hvori det blev meddelt, at selskabet havde vundet en udbudskonkurrence om ... for perioden 2018-2028, med mulighed for forlængelse til 2030.

En sådan sejr, der efter det oplyste vil medføre omtrent en fordobling af B A/S' aktiviteter, og omtales af bestyrelsesformanden som et "kvantespring", har jf. selskabet været under forberedelse i flere år. Selve udbuddet fandt sted ved bekendtgørelse af 4. november 2015 (2015/S 213-390348), og det er sandsynligt, at selskabet ikke længe derefter må have besluttet sig for at deltage.

Værdien af kontrakten skal efter EU's udbudsregler angives i opslaget (bekendtgørelsen). Værdien er angivet til 3.673.000.200 kr. + moms.

Det ses ligeledes af bekendtgørelsen, at værdien reelt er højere, idet det nævnte beløb på over 3,6 milliarder kroner + moms er det tilskud, som vinderen af udbuddet (B A/S) modtager fra det offentlige som tilskud. Derudover tilkommer billetindtægter, betaling for salg af mad og drikkevarer etc. også B A/S.

B A/S forberedte og deltog således i denne budgivning sideløbende med, at selskabet først indledte salgsproces på egen hånd primo 2015, indgik i eksklusiv købstilbudsproces med F K/S i maj 2015 og efter gennemført tilbudsproces søgte om sletning fra notering, tilsyneladende uden at hverken ...[fondsbørsen] eller markedet fik besked herom, før B A/S faktisk fik tildelt kontrakten til over 3,6 milliarder kroner. Dette skete på trods af en uopfordret henvendelse fra ...[fondsbørsen] den 1. februar

2016 til selskabets bestyrelse om eventuelt manglende information i markedet, hvilket blev afvist af selskabet i brev af 4. februar 2016.

Udbudslovens § 5, stk. 1 og 2, om fortrolighed kræver ikke automatisk fortrolighed om alle aspekter af en udbudsrunde. Efter stk. 1 har tilbudsgiveren (B A/S) krav på, at ordregiveren ikke videregiver oplysninger, som tilbudsgiveren har meddelt ordregiveren som fortrolige. Efter stk. 2 kan ordregiveren pålægge tilbudsgiverne fortrolighed med hensyn til oplysninger, som ordregiveren har stillet til rådighed.

Ingen af disse bestemmelser ses at have afskåret B A/S fra at orientere kapitalmarkedet om selve sin intention om at indgive bud i tilknytning til den offentligt tilgængelige udbudsbekendtgørelse. Selv om selve indgivelsen havde været fortrolig, undskylder dette ikke selskabets handlemåde; det burde ikke, mens en sag af en så stor indtjeningsmæssig betydning for selskabet verserede, have arbejdet for at få selskabet slettet fra notering og handel.

Først ved selve indgivelsen af budet ved budfristens allersidste dag den 18. april 2016 blev markedet oplyst om intention og realisering af budafgivelse. Denne information er altså holdt tilbage af selskabet indtil absolut sidste mulighed for offentliggørelse.

Dertil må det antages at være usandsynligt, at en professionel køber som kapitalfonden F K/S i sin due diligence-undersøgelse af B A/S op til fremsættelse af købstilbuddet 10. juli 2015 skulle have overset disse forhold. Selskabets nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, har derfor efter alt at dømme haft en væsentlig informationsfordel i forhold til mindretalsaktionærerne i selskabet.

7. Hvis tvangsindløsning ikke lykkedes, ville en afnotering kunne udmatte mindretalsaktionærerne og dermed alligevel bringe dem under 1/10-grænsen for tvangsindløsning (selskabets og hovedaktionærens "Plan B")

Jeg gør som nævnt gældende, at slutmålet for selskabet og dets nye hovedaktionær ("Plan A") må have været, at der kunne ske tvangsindløsning af mindretallet på under 1/10, at den nye hovedaktionær herved blev enejer af B A/S på en både hurtig og billig måde, at der ikke skulle betales en højere kurs herfor end den kurs, der blev tilbudt aktionærerne ved det gennemførte overtagelsestilbud, at syn og skøn vedrørende tilbuddets rimelighed nemlig ville være udelukket, jf. henvisningen i § 70, stk. 2, 3. led, *in fine*, og at sletning fra notering og handel herefter ville være en formssag, når selskabet efter en fremgangsmåde som den nævnte nu kun havde én ejer.

Jeg gør imidlertid endvidere gældende, at den stadigt fastholdte og klart bekendtgjorte hensigt om afnotering samtidig fungerede som en "Plan B" for selskabet og hovedaktionæren. "Plan B" var ganske enkelt, at kunne man overtale ...[fondsbørsen] til at imødekomme en ansøgning om sletning fra notering og handel, uanset at selskabet havde mere end 1.000 mindretalsaktionærer med mere end 20 pct. af selskabets aktiekapital, så

ville en sådan forvandling af likvide noterede aktier til illikvide unoterede aktier gøre mindretsaktionærernes aktier ”umulige eller vanskelige at sælge”, jf. bestyrelsens egne ord i udtalelsen 14. august 2015.

Herved ville mindretallet være fastlåst i et selskab, hvor der ikke længere var et marked for handel med selskabets aktier, og følgen ville naturnødvendigt blive, at der kun var én reel måde for den enkelte mindretsaktionær at komme ud af selskabsforholdet på, nemlig ved at sælge sine aktier enten til hovedaktionæren eller til selskabet selv.

Over tid ville følgen heraf atter blive, at antallet af mindretsaktionærer med logisk nødvendig ville sive – for til sidst at ende med en situation, hvor mindretsaktionærerne var bragt under 1/10-grænsen og dermed kunne tvangsindløses, jf. atter selskabslovens § 70.

For selskabet og hovedaktionæren ville ”Plan B” tage længere tid end ”Plan A”, men den ville ende på samme måde, nemlig med hovedaktionæren som selskabets eneaktionær.

Ved en sådan tvangsindløsning under ”Plan B” ville der ganske vist kunne kræves syn og skøn efter selskabslovens § 70, stk. 2, 2. led, jf. § 67, stk. 3 (idet der jo nu ikke var nogen gennemført overtagelse at referere til vedrørende indløsningskursens rimelighed). Til gengæld ville kursen nu dreje sig om en unoteret aktie, hvor udgangspunktet selvsagt ikke kan være en børskurs, men derimod efter praksis ofte selskabets regnskabsmæssige indre værdi (nettoformue), eventuelt med visse korrektioner, jf. bemærkninger og praksis refereret hos Peer Schaumburg-Müller & Advokat A: Selskabsloven med kommentarer (2. udgave, 2014) s. 463 f. om indløsningskursen på unoterede aktier.

Det ville – alt andet lige – få stor betydning ved værdiansættelsen af et selskab som B A/S, hvor forholdet mellem børskurs og indre værdi (kurs/indre værdi) er meget højt – med en børskurs på 83 kr. pr. aktie pr. 12. maj 2016 er forholdet kurs/indre værdi 13,49, jf. dagbladet ... [fondsbørsen]s kursliste den 13. maj 2016.

Med andre ord vil kapitalmarkedet, så længe aktien er børsnoteret, give en pris på over 13 kr. for hver 1 kr., selskabet har i regnskabsmæssig egenkapital.

Det vil ses, at det herved vil kunne blive langt, langt billigere for hovedaktionæren at tvangsindløse mindretsaktionærers aktier, hvis først selskabet er blevet til et unoteret selskab.

Vel er ”Plan B” således langsommere end ”Plan A”, men slutmålet om eneejerskab vil stadig blive opnået af hovedaktionæren, og tilmed med potentielt langt lavere udgifter til tvangsindløsning end under ”Plan A”.

Jeg gør gældende, at ...[fondsbørsen] – meget muligt uforvarende – herved er kommet til at medvirke til en handlemåde, som børs- og kapitalmarkedsmæssigt er uhørt og uantagelig efter danske børsretlige begreber. Jeg gør samtidig gældende, at den eneste måde, dette kan og bør standses

på, er ved at Erhvervsankenævnet ophæver ...[fondsbørsen]s imøde-kommelse af B A/Ss anmodning om sletning fra notering.

8. Beslutningen om sletning fra notering er til væsentlig skade for investorernes interesser

Som jeg citerede ovenfor fra ...[fondsbørsen]s "Regler for udstedere" af 26. november 2015, gælder det ifølge punkt 2.9. blandt andet, at når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for investorernes interesser, vurderes det bl.a., om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet."

To anbringender fra klageren herom:

For det første bemærker jeg, at der i Mols-sagen faktisk er tale om, at "visse aktionærer [vil få] urimelige fordele frem, for andre aktionærer." Sagen er jo, at en minoritet på mere end 20 pct. af den samlede selskabskapital, og omfattende mere end 1.000 ud af selskabets mere end 1.001 aktionærer, dvs. alle andre end kapitalfonden F K/S, der er blevet selskabets nye hovedaktionær, lider meget betydelige tab som følge af den ansøgte sletning fra notering, idet alene meddelelsen om sletning fra notering fik aktiekursen til at falde med over 28 pct.

For det andet bemærker jeg, at både "Plan A" og "Plan B" er designet til at gøre selskabets nuværende hovedaktionær til dets eneaktionær, og vel at mærke på et tidspunkt, hvor der ad flere gange er foretaget opjusteringer af selskabets forventninger (blandt andet den 22. oktober 2015 og den 12. november 2015), ligesom der – navnlig – er en indtægt på over 3,6 mia. kr. + billet-, mad- og drikkevaresalg på vej til selskabet i kraft af det vundne udbud vedrørende

Der undrages herved en gruppe på omkring 1.000 mindretalsaktionærer - som har en sådan kapitalmæssig størrelse (20 pct. af aktiekapitalen i selskabet), at den ikke kunne være tvangsindløst - deres retmæssige andel af disse meget betydelige merindtægter, der nu med sikkerhed vil tilflyde selskabet. Noget sådant er i den grad til skade for mindretalsaktionærerne, ligesom det tilfører hovedaktionæren en utilbørlig fordel på mindretalsaktionærernes bekostning, og derfor er det i strid med pkt. 9.2 i ...[fondsbørsen]s egne Regler for udstedere af aktier at imødekomme en anmodning om sletning i en sådan situation.

Denne utilbørlige skadevirkning rammer almindelige mennesker, der som investorer har købt små aktieposter i selskabet. Derimod rammer det ikke den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, der ligesom andre kapitalfonde må have fokuseret sin investering i selskabet på selskabets virkelige værdier, og som derfor a) for sin egen investerings vedkommende er fuldstændig indifferent over for aktiekursens bevægelser, og som tværtimod b) modsat andre aktionærers behov blot ønsker sig den lavest mulige aktiekurs for at gøre det billigst muligt for hovedaktionæren at indløse de andre aktionærer.

Når det hedder i Reglernes pkt. 2.9. om begrebet ”væsentlig skade for investorerne interesser”, at det skal tillægges betydning, om en sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet, må man hertil svare, at ja – det vil give visse aktionærer (læs: den nye hovedaktionær, kapitalfonden F K/S) urimelige fordele frem for andre aktionærer (læs: selskabets mindretalsaktionærer, der ejer 20 pct. af aktiekapitalen i selskabet).

Derfor bør Erhvervsankenævnet følge klagerens påstand og ophæve ...[fondsbørsen]s beslutning om sletning fra notering.

9. Beslutningen om sletning fra notering er ydermere til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion

Som allerede citeret hedder det herefter i pkt. 2.9. om begrebet ”væsentlig skade for markedets ordentlige funktion” [min fremhævelse]:

”Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, kontrolleres det bl.a. hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer der er i det pågældende selskab.”

Dette er enkelt at besvare i nærværende sag, og jeg gør gældende, at dette kriterium, der er opstillet af ...[fondsbørsen] selv i dens eget regelsæt, ikke er blevet taget tilstrækkeligt i betragtning af ...[fondsbørsen] ved dennes afgørelse: Selskabet har mere end 1.000 mindretalsaktionærer, og de ejer tilsammen over 20 pct. af hele aktiekapitalen i selskabet.

Det er uhørt, at et selskab i en sådan situation, her foranlediget af en ny hovedaktionær, kapitalfonden F K/S, får lov af ...[fondsbørsen] til at lade selskabet slette fra notering.

Hundreder af mindretalsaktionærer, der har købt mindre aktieposter i B A/S til deres pensionsopsparing, er nu tvunget til (og tvinges nu af deres depotførende banker til) at gøre klar til at sælge deres aktier i B A/S, fordi man kun kan have pensionsopsparing anbragt i noterede aktier, hvis man har pensionsopsparing for mindst 100.000 kr. i det pågældende selskab – og det har de fleste mennesker i Danmark jo ikke.

En sletning vil betegne en børsmarkedsretlig glidebane i forhold til det, der bør være normalsituationen i forbindelse med en sletning: Der bør rettes et så gunstigt tilbud til minoritetsaktionærene, at hovedaktionæren opnår mere end 90 pct. af kapitalen og dermed kan tvangsindløse de resterende under 10 pct. I nærværende sag har ...[fondsbørsen] tilladt en sletning trods en minoritet på oprindelig over 20 pct. af selskabets kapital, og dette er ikke meningen med forskrifterne om sletning.

Alternativt bør der være væsentlig opbakning fra minoriteten til afnoteringsplanerne, da det i nogle tilfælde (specielt ved selskaber med væsentlige økonomiske vanskeligheder) kan være en fordel at søge afnotering. I et sådan tilfælde vil det indlysende være i selskabets interesse, hvilket

bekræftes af en eventuel opbakning fra minoriteten. Dette er i øvrigt tilfældet i nogle ...[fondsbørsen]s eksempler på afnoterede selskaber.

Ovenstående er samtidig en klar afvisning fra klagerens side af de i sagen fremførte argumenter om, at afnoteringer ikke kan finde sted i praksis, hvis man håndhæver en 90 pct. grænse.. De eksempler, ...[fondsbørsen] har fremlagt, viser, at der har været særlig baggrund for det i de tilfælde, hvor man har tilladt en afnotering med en minoritet over 10 pct. Denne baggrund har typisk været, at der var en særlig opbakning til afnoteringen blandt mindretalsaktionærerne, fx pga. selskabets økonomiske situation.

Hvis sletning tillades i en situation som den foreliggende, underminerer det reelt tvangsindløsningsgrænsen på 90 pct. og erstatter – i strid med lovgivningsmagtens intentioner med tvangsindløsnings- og sletningsreglerne – 90 pct.-grænsen med en anden og langt lavere grænse, nemlig en 67 pct.-grænse, idet minoritetsaktionærerne herefter aldrig kan vide sig sikre mod, at en hovedaktionær, der konkret behersker et flertal som til vedtægtsændringer, kan beslutte sletning og dermed fra dag til dag forvandle en hidtil likvid børsnoteret aktie til en illikvid unoteret aktie.

Forvandlingen sker reelt ikke med virkning fra den sidste handelsdag; den sker reelt med virkning fra det tidspunkt, hvor en intention om sletning er fremført og ikke kan afvises som en realitet af markedet. En sådan flytning af grænsen for tvangsindløsning og sletning fra 90 pct. til 67 pct. bør ...[fondsbørsen] og Finanstilsynet ikke medvirke til. – Undermineringen bliver kun større af det forhold, at de 90 pct. beregnes af hele selskabskapitalen, mens de 67 pct. beregnes af stemmer/kapital på den konkrete generalforsamling, dvs. typisk af et mindre beløb end hele selskabskapitalen.

Tvangsindløsningsreglerne er også tidligere blevet søgt omgået (læs: søgt gjort nemmere at anvende for en ny hovedaktionær). I en årrække fremvoksede der således en praksis, hvorefter børsnoterede selskaber med et dobbelt 9/10 flertal på en generalforsamling efter aktieselskabslovens § 79 (svarende til selskabslovens § 107) besluttede at indføre indløsningsregler i vedtægterne. Herved slap disse selskaber for at komme op på over 9/10 af hele aktiekapitalen for at kunne tvangsindløse mindretalsaktionærerne i medfør af aktieselskabslovens § 20 b (nu selskabslovens § 70); de skulle blot mønstre et flertal på 9/10 af den fremmødte kapital og 9/10 af de repræsenterede stemmer på den generalforsamling, der indføjede indløsningsreglen i vedtægterne.

...[fondsbørsen] godkendte dette i børsretlig sammenhæng, når blot der ikke forløb mere end nogle måneder fra vedtagelsen, og til selskabet besluttede den konkrete indløsning – men efter protest fra en mindretalsaktionær (ATP) i et selskab (TDC), der ville indføre en sådan indløsningsregel i vedtægterne, forkastede Erhvervsstyrelsen fremgangsmåden ud fra det selskabsretlige regelsæt, idet Erhvervsstyrelsen betragtede fremgangsmåden som en omgåelse af tvangsindløsningsreglerne.

Erhvervsstyrelsens standpunkt, hvorefter fremgangsmåden var en omgåelse af reglerne om tvangsindløsning, blev stadfæstet af Østre Landsret i UfR 2007.2546 Ø, TDC-dommen ...

I dommen er kernen i Erhvervsstyrelsens synspunkt gengivet således (UfR trykt udgave s. 2561 f., elektronisk udgave s. 12) [mine understregninger og tilføjelser]:

”Aktieselskabslovens § 79, stk. 2, nr. 3), kan ikke anvendes til at vedtage en vedtægtsbestemt tvangsindløsningsret for en hovedaktionær, der ikke opfylder betingelserne for tvangsindløsningsret i aktieselskabslovens § 20 b [nu selskabslovens § 70], og hvorved der sker en tilsidesættelse af de heri indeholdte væsentlige hensyn til minoritetsbeskyttelse, herunder (1) krav om besiddelse af 9/10 af samtlige aktier og ikke kun tilslutning fra 9/10 af de afgivne stemmer på generalforsamlingen, (2) tiltræden af selskabets bestyrelse, (3) krav til fastsættelse af indløsningskurs og -proces samt (4) gensidighed i form af en modsvarende ret for minoritetsaktionærer til at kræve sig indløst, jf. aktieselskabslovens § 20 d [nu selskabslovens § 73].”

Det, der blev bremset af Erhvervsstyrelsen og Østre Landsret ved TDC-dommen i 2007, kunne man betegne som ”Omgåelse af tvangsindløsningsreglerne, version 1.0”. Det, som B A/S og dets nye hovedaktionær forsøger at gennemtrumfe i nærværende sag, kunne man passende betegne som ”Omgåelse af tvangsindløsningsreglerne, version 2.0”.

Version 2.0 er lige så meget i strid med de hensyn, der ligger bag tvangsindløsningsreglerne (som gengivet af Erhvervsstyrelsen i TDC-sagen), som fremgangsmåden i TDC-sagen var. Dengang forkastede Erhvervsstyrelsen og Østre Landsret omgåelsesforsøg version 1.0, og nu bør Erhvervsankenævnet tilsvarende forkaste omgåelsesforsøg version 2.0.

Ved nu at bremse omgåelsesforsøg version 2.0 bliver der ikke påført B A/S eller dets nye hovedaktionær nogen skade. De må blot opretholde den børsnotering, som selskabet har haft gennem en årrække, og lade markedet fastsætte kursen på aktien – i stedet for kunstigt at ville standse denne markedsmekanisme gennem en uretmæssig afnotering, der er til væsentlig skade for minoritetsaktionærene i kraft af de vidtrækkende konsekvenser, en afnotering vil medføre for den betydelige del af selskabets aktionærer, der har takket nej til købstilbuddet, og som tillige yderst aktivt har ydet massiv modstand mod de fremsatte afnoteringshensigter. En modstand, der blandt manifesterede sig ved et usædvanligt stor fremmøde på selskabets ekstraordinære generalforsamling den 22. oktober 2015 og ved de usædvanligt mange stemmer, der blev afgivet imod forslaget om bemyndigelse til at søge afnotering. En modstand, der adskiller sig væsentligt fra alle de af ...[fondsbørsen] tidligere nævnte sammenlignelige afnoteringer.

Hvis der fortsat er et ønske hos selskabets hovedaktionær om at blive eneejer, kan selskabet fx iværksætte ét eller flere tilbagekøbsprogrammer, fx under anvendelse af forordning nr. 2273/2003 i tilknytning til di-

rektiv 2003/6. Kommer mindretalsaktionærerne derved en dag under 1/10 af aktiekapitalen, kan der iværksættes tvangsindløsning – nu vel at mærke med de retssikkerhedsgarantier, en sådan indebærer, jf. Erhvervsstyrelsens bemærkninger i UfR 2007.2546 Ø, TDC.

Jeg kan derfor på klagerens vegne i det hele tilslutte mig, hvad én af Danmarks førende specialister i børs- og kapitalmarkedsret, advokat C, D, udtalte til erhvervspressen (FINANS den 24. juli 2015): ”Hvis ikke det lykkes for F K/S at få 90 pct. af aktierne, så taler sandsynligheden for, at så kan de heller ikke få selskabet afnoteret”.

Klarere og bedre kan det næppe udtrykkes, hvad der af markedet og førende aktører og rådgivere anses for ”korrekt børsjura” på dette område.

Også derfor bør Erhvervsankenævnet følge klagerens påstand og ophæve ...[fondsbørsen]s beslutning om sletning fra notering.”

Advokat C har ved skrivelse af 23. maj 2016 bemærket:

”...

Klagers indlæg af 16. maj 2016 (**”Klagers Indlæg”**) indeholder ikke nye argumenter af betydning for sagen.

Klagers Indlæg indeholder derimod en lang række synspunkter og påstande, der efter B A/S’ (**”B A/S”** eller **”Selskabet”**) opfattelse er uden betydning for sagen. B A/S ser derfor et behov for at præcisere, hvad Erhvervsankenævnet skal forholde sig til, jf. afsnit 1 nedenfor.

Klagers argumenter giver desuden anledning til visse uddybende bemærkninger, jf. afsnit 6-10

I afsnit 7 opsummeres begrundelsen for, at ...[fondsbørsen] afgørelse om at imødekomme anmodningen om afnotering er korrekt og bør tiltrædes af Erhvervsankenævnet.

1 Erhvervsankenævnet skal tage stilling til afgørelsen om afnotering

Indledningsvis skal det præciseres, at sagen drejer sig om afnotering og ikke om tvangsindløsning. Størstedelen af Klagers Indlæg vedrører spørgsmålet om ejendomsretten til aktier og om kursfastsættelse. Dette er helt irrelevant for spørgsmålet om afnotering, idet Selskabets hovedaktionær ikke har eller får mulighed for at tvinge minoritetsaktionærerne til at sælge deres aktier uden for reglerne om tvangsindløsning, og da en tvangsindløsning er uden sammenhæng med en afnotering. Hvis en tvangsindløsning senere måtte blive relevant, indeholder Selskabsloven regler herom, der sikrer korrekt kursfastsættelse.

For så vidt angår den kursfastsættelse, der fandt sted ved hovedaktionærens købstilbud i 2015, så er heller ikke denne relevant for den forelig-

gende sag. Værdipapirhandelsloven og tilhørende bekendtgørelser har udførlige regler til sikring af korrekt kursfastsættelse ved overtagelsestilbud – regler som alle er overholdt i det foreliggende tilfælde og som er påset af Finanstilsynet.

Relevant for Erhvervsankenævnets behandling er alene, at Værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3 og Betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, fastslår, at et ønske om at slette et selskabs aktier fra handel og notering skal imødekommes, medmindre helt konkrete væsentlige omstændigheder tilsiger det modsatte.

Udgangspunktet er således klart. Erhvervsankenævnet skal derfor udelukkende forholde sig til, om der konkret foreligger forhold, der kan føre til en fravigelse af dette klare udgangspunkt.

2 *Klagers påstand vedrørende Selskabets egnethed til notering*

I Klagers Indlæg afsnit 3 anføres, at ”Hvis B A/S havde været unoteret og ansøgte om notering – ville det blive børsnoteret”.

Dette er uden relevans for en vurdering af, hvorvidt afnoteringen af Selskabets aktier er til væsentlig skade for investorerne og markedets ordentlige funktion. Afnotering er i henhold til de foreliggende regler ikke begrænset til selskaber, der er uegnede til at blive på ... [fondsbørsen].

Anmodningen om afnotering er begrundet i, at B A/S ikke har (eller forventer at få), behov for at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor Selskabet ikke har en interesse i fortsat børsnotering.

3 *Klagers påstand om den nære sammenhæng mellem afnotering og tvangsindløsning*

Klager sætter i sit indlæg lighedstegn mellem tvangsindløsning og afnotering. Dette er forkert.

Selskabet henviser til de tidligere fremførte argumenter for, at disse to situationer ikke kan sidestilles. Det skal fremhæves:

- At der hverken i værdipapirhandelsloven, selskabsloven eller andetsteds stilles særlige majoritetskrav for vedtagelse af en afnotering, herunder intet krav om en tvangsindløsningsmajoritet efter selskabsloven og det implementerede overtagelsestilbudsdirektiv.
- At der er afgørende forskel på at miste ejendomsretten over en aktie, hvilket selvsagt kræver øget beskyttelse, og en afnotering, hvor ejendomsretten til aktien bibeholdes, herunder de forvaltningsmæssige og økonomiske rettigheder, der er tilknyttet ejerskab af aktien.

I Klagers Indlæg afsnit 5 fremhæves et uddrag fra tilbudsdocumentet, hvoraf det fremgår, at F K/S ville søge selskabet afnoteret, såfremt man opnåede tvangsindløsningsmajoritet. Dette benyttes som argumentation

for at sammenkæde spørgsmålet om afnotering og tvangsindløsning. Klager undlader imidlertid at fremhæve et lige så væsentligt afsnit i tilbudsdocumentet af 10. juli 2015, hvor det følger, at: ”Hvis Tilbudsgiver ved Gennemførelsen ejer eller erhverver mere end 75 %, men mindre end 90 % af samtlige Aktier opgjort [...], vil Aktierne stadig blive søgt afnoteret fra ...[fondsbørsen].” F K/S har derfor fra tilbudsdocumentets offentliggørelse loyalt oplyst, at Selskabet ville blive forsøgt afnoteret uafhængigt af, om F K/S opnåede 90 % af Selskabets aktiekapital og stemmerettigheder. Uanset dette har mange af de nuværende aktionærer efterfølgende købt aktier – antageligvis begrundet i ikke-beskyttelsesværdige spekulative forhold.

Erhvervsankenævnet skal alene tage stilling til, hvorvidt ...[fondsbørsen]s imødekommelse af anmodningen om at slette B A/Ss aktier er til væsentlig skade for investorerne eller markedets ordentlige funktion og ikke til en eventuel fremtidig tvangsindløsning.

Det må i denne sammenhæng på det bestemteste afvises, at afnoteringen skulle være en omgåelse af tvangsindløsningsreglerne. Aktionærernes retsstilling i de to situationer kan og bør ikke sidestilles og er af gode grunde heller ikke sidestillet af lovgiver. Modsat en tvangsindløsning sker der ved en afnotering ingen forrykkelse eller nogen form for ændring i forholdet mellem F K/S og de øvrige aktionærer i relation til deres respektive økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder, og selskabslovens minoritetsbeskyttelsesregler vil være aldeles upåvirkede af en afnotering.

4 Klagers påstand om, at minoriteten unddrages deres andel af betydelige merindtægter i Selskabet

I Klagers Indlæg afsnit 6 behandles det forhold, at Selskabet er blevet valgt af Transport- og Byggeministeriet som kommende operatør af de bornholmske færgeruter. Dette er irrelevant for sagen. Det kan i øvrigt nævnes, at konkurrenten Danske Færger A/S har klaget over tildelingen.

B A/S er et selskab i drift, hvilket betyder, at der naturligt sker udvikling i forretningen, og dette vil selvsagt også være tilfældet, mens processen om afnotering af Selskabets aktier er i gang. Klager kan således ikke forudsætte, at Selskabet til skade for både aktionærer og øvrige interessenter sætter igangværende processer i stå. Den positive udvikling af Selskabets forretning kan ikke være et element i en vurdering af, hvorvidt selve afnoteringen er til væsentlig skade for investorerne interesser eller markedets ordentlige funktion. Dette er en del af B A/Ss ordinære drift, som fortsætter med eller uden en afnotering. Desuden vil de nuværende aktionærer via deres ejerskab af aktier i Selskabet også få del i en eventuel værditilvækst i Selskabet efter en afnotering.

I Klagers Indlæg antydes, at minoritetsaktionærerne ved en eventuel senere tvangsindløsning ikke er sikret en korrekt værdiansættelse, idet der mangler reference til en børskurs. Dette er forkert – og i øvrigt irrelevant – idet selskabsloven netop sikrer en uafhængig kursfastsættelse med

domstolsprøvelse. Det bemærkes i øvrigt, at børskursen ikke ukritisk kan forventes lagt til grund. Der skal således altid foretages en konkret vurdering – uanset om Selskabet er noteret eller ej.

5 Klagers påstand om, at minoritetsinteresser er tilsidesat og at afnotering giver F K/S en utilbørlig fordel

Klager henviser til, at F K/S konsekvent har stilet efter at blive eneaktionær og henviser i den forbindelse til, at der skulle foreligge diverse planer om at ”kyse” mindretalsaktionærerne i et sådant omfang, at tvangsindløsning kan gennemføres. Dette kan kun betragtes som spekulationer fra Klagers side.

Afnoteringen er som nævnt ovenfor begrundet i, at B A/S ikke har, eller forventer at få, behov for at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen]. De årlige omkostninger og de interne ressourcer i forbindelse med den administration, der er forbundet med børsnoteringen, er derfor unødvendige for selskabet.

At F K/S har haft et helt legalt og, i forbindelse med et overtagelsestilbud, helt sædvanligt ønske om at blive eneaktionær i Selskabet, har ikke betydet, at F K/S dermed på nogen måde har tilsidesat minoritetsaktionærernes rettigheder. Som også fremhævet i ...[fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016, og forarbejderne til værdipapirhandelsloven, er det således det selskabsretlige utilbørlighedskriterium, der er den relevante standard. I den foreliggende sag sker der en fuldstændig ligebehandling af aktionærerne. Klager har da heller ikke påberåbt sig, at der skulle være sket overtrædelse af de selskabsretlige minoritetsbeskyttelsesregler.

For så vidt angår pensionsdepoter bemærkes, at der ikke kan eller skal tages hensyn til aktionærers individuelle placering af midler samt, at Finanstilsynet i henhold til artikel i Jyllandsposten den 16. maj 2015, der er vedlagt som bilag, har oplyst, at de gældende regler herom påtænkes ændret pr. 1. juli 2016, således at der i tilfælde af afnotering vil være mulighed for, at de aktionærer, der måtte ønske dette, vil kunne beholde deres aktier i pensionsdepotet uden negative afgiftsmæssige konsekvenser.

Der er ingen faktuelle omstændigheder i sagen, der skulle begrunde, at F K/S opnår en utilbørlig fordel ved en afnotering af Selskabet, og Klager kan da heller ikke henviser til konkrete forhold, der skulle give F K/S utilbørlige fordele.

I den forbindelse kan det fremhæves, at Klager ikke har søgt at anfægte de trufne beslutninger efter selskabslovens regler om utilbørlige beslutninger, hvilket ville have været den korrekte fremgangsmåde, såfremt Klager måtte være af den opfattelse, at generalforsamlingen havde truffet en beslutning, der måtte medføre en utilbørlig fordel for en aktionær. Det er påfaldende, at Klager således søger at gøre noget, der basalt set er et anliggende mellem aktionærerne, til et forhold, der rammer Selskabet og markedet.

Det skal i øvrigt fremhæves, at bestyrelsen i sin redegørelse for købstilbuddet i 2015 klart giver aktionærene oplysning om de generiske følger af afnoteringen – herunder med hensyn til handel efter en afnotering.

Når Klager i øvrigt anfører, at der ”bør” kunne stilles krav om tilslutning fra mere end 90 % af aktiekapitalen og betegner den manglende eksistens af et sådant krav som en ”glidebane” må det erindres, at lovgiver netop ikke har valgt at opstille et sådant krav. Tværtimod har lovgiver opstillet det udgangspunkt, at et selskabs anmodning om afnotering skal imødekommes, samt i øvrigt fastsat, at der ikke blot kan, men også skal, foretages et konkret skøn.

6 *Klagers påstand om, at kurstabet udgør en væsentlig skade for minoritetsaktionærene*

Klager fremhæver kursnedgangen ved offentliggørelsen af beslutningen om afnotering som et hovedargument for, at afnoteringen er til væsentlig skade for investorenes interesse.

Som tidligere nævnt, og som også anført af ...[fondsbørsen] i dets indlæg af 3. maj 2016, kan kursstigningen i efteråret/vinteren 2015/2016 ikke umiddelbart forklares ud fra Selskabets forhold. Kursfaldet skal ses i lyset af den meget markante spekulation i perioden efter sommeren 2015.

Det skal i denne forbindelse endnu engang fremhæves, at den tilbudte kurs i selve købstilbuddet var i overensstemmelse med lovgivningens krav til overtagelsestilbud, og at en vurdering af den tilbudte kurs ikke er relevant for afgørelsen af, om afnotering vil være til væsentlig skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion. Kurspåvirkning som følge af en afnotering kan i øvrigt ikke anses som en væsentlig skade, da det er en uundgåelig generisk følge af afnoteringen.

7 *...[fondsbørsen]s afgørelse er korrekt - Selskabets afsluttende bemærkninger*

Det er Selskabets klare vurdering, at ...[fondsbørsen]s afgørelse af 24. februar 2016 om at imødekomme Selskabets anmodning om at slette Selskabets aktier fra handel og officiel notering er korrekt.

Udgangspunktet efter værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3 og Betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2 er, at ...[fondsbørsen] skal imødekomme en anmodning om sletning fra handel og notering. Dette udgangspunkt kan alene fraviges, hvis der er konkrete omstændigheder, der sandsynliggør, at sletning vil være til væsentlig skade for (i) investorenes interesse eller (ii) markedets ordentlige funktion. Der skal således bortses fra de naturlige og sædvanlige skadevirkninger, der følger af en afnotering. ...[fondsbørsen] har som erfaren markedsaktør ikke vurderet, at sådanne omstændigheder var til stede.

...[fondsbørsen]s afgørelse er korrekt, da alle retlige krav for en afnotering er opfyldt, og da der ikke foreligger særlige grunde til at fravige lovens klare udgangspunkt, særligt henset til følgende:

A. Der foreligger ikke væsentlig skade for investorernes interesse, da:

- Beslutningen om at anmode ...[fondsbørsen] om afnotering er truffet med et klart flertal på 86,84 % af de fremmødte stemmer på en ekstraordinær generalforsamling i Selskabet;
- Der er af lovgiver ikke fastsat krav om særlig majoritet for vedtagelsen af en afnotering, ligesom det ikke er en individualrettighed for minoriteten i et selskab, at et selskabs aktier er optaget til handel og notering;
- En afnotering påvirker hverken F K/S' eller de øvrige aktionærenes ejendomsret til aktierne eller deres forvaltningsmæssige og økonomiske rettigheder og kan dermed ikke sidestilles med tvangsindløsning;
- Beslutningen på generalforsamlingen er klart ikke udtryk for majoritetsmisbrug efter selskabslovens § 108;
- En ændring af ...[fondsbørsen]s afgørelse om afnotering vil reelt indebære en tilsidesættelse af en lovlige generalforsamlingsbeslutning og indførelse af et vedtagelseskrav, som er ulovhjemlet i både værdipapirhandels- og selskabsloven;
- F K/S opnår ikke en utilbørlig fordel ved afnoteringen, idet afnoteringen er begrundet i manglende fordele ved at lade Selskabet forblive noteret, og minoritetsaktionærene vil via deres fortsatte ejerskab også få del i en fremtidig værditilvækst i Selskabet;
- Det forhold, at der efter afnoteringen ikke længere vil være en handelsplads, hvor aktien omsættes, kan ikke anses som en væsentlig skade, da det er en uundgåelig generisk følge af afnoteringen, og da aktionærene har haft og fortsat vil have mulighed for at afhænde deres aktier;
- Selskabet har til hensigt at opretholde et passende informationsniveau til investorerne, herunder udsendelse af fire årlige finansielle rapporter. I øvrigt skal det fremhæves, at manglende adgang til de oplysninger, som børsnoterede selskaber er forpligtede til at afgive, ikke kan anses som en "væsentlig skade", da det er en uundgåelig generisk følge af afnoteringen;
- Kursnedgangen på aktien efter offentliggørelsen af ...[fondsbørsen]s afgørelse om afnotering skal ses i lyset af den kraftige og spekulative kursstigning på Selskabets aktier, der skete trods viden i markedet om, at Selskabet ville blive søgt afnoteret, og kurspåvirkning som følge af en afnotering kan ikke anses som en væsentlig skade, da det er en uundgåelig generisk følge af afnoteringen; og

- En række minoritetsaktionærer har købt aktier vel vidende, at Selskabet kunne blive afnoteret, og må betragtes som at have accepteret denne risiko ved købet, ligesom der i øvrigt ikke kan tages hensyn til aktionærers individuelle placering af midler, f.eks. i et pensionsdepot, og at reglerne om sådan placering desuden forventes ændret.

B. Der foreligger ikke væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, da:

- Kriteriet om markedets ordentlige funktion skal ses som en ordensforskrift relateret til markedets mekanismer, som ikke omfatter hensyntagen til, om der ved en afnotering bliver færre aktier til salg på en privat handelsplatform, eller i øvrigt, hvordan en afnotering vil påvirke det private aktiemarked som helhed;
- Antallet af aktionærer i et selskab kan ikke i sig selv begrunde, at en afnotering vil være til *væsentlig* skade, og der er tidligere set afnotering af selskaber med et højere antal minoritetsaktionærer;
- Mindre end 15 % af Selskabets aktier er i free-float, hvis der bortses fra Selskabets, F K/S' og G ApS' beholdning af aktier; og
- Det er hverken i minoritetsaktionærernes eller markedets interesse - herunder potentielle fremtidige investorer - at fastholde en notering af aktier, som det udstedende selskab ikke selv ønsker.

...

Afslutningsvist skal det for en god ordens skyld nævnes, at Selskabet fortsat er af den opfattelse, at Erhvervsankenævnet alene har kompetence til at tage stilling til spørgsmålet om sletning fra notering. Det er dermed Selskabets opfattelse, at Erhvervsankenævnet ikke har kompetence til at afprøve ...[fondsbørsen]s afgørelse om at imødekomme anmodningen om at slette Selskabets aktier fra handel, men at denne kompetence alene tilkommer Finanstilsynet og domstolene.

Endelig skal det fremhæves, at skønnen over, hvorvidt der foreligger hensyn til markedet og investorerne, der tilsiger en undtagelse fra lovens hovedregel, bedst udøves af ...[fondsbørsen] og sekundært af Finanstilsynet, idet operatør og tilsynsmyndighed er tættere på markedet. Erhvervsankenævnet bør derfor udvise betydelig tilbageholdenhed med at tilside-sætte disses skøn og med at forbigå disse aktører/myndigheder.”

...[fondsbørsen] har ved indlæg af 25. maj 2016 yderligere anført:

” ...

1. Nævnets kompetence

Det er forsat ... [fondsbørsen]s vurdering, at Erhvervsankenævnet ikke

har kompetence til at tage stilling til spørgsmålet om sletning fra optagelse til handel efter lov om værdipapirhandel mv. § 25, stk. 3. I overensstemmelse med lov om værdipapirhandel mv. (vphl) tilkommer den kompetence Finanstilsynet som rekursinstans og derefter domstolene. ... [fondsbørsen] finder det besynderligt, at den kendsgerning, at Finanstilsynet har delegeret området for officiel notering til ... [fondsbørsen], skal have den konsekvens, at også ... [fondsbørsen]s afgørelser truffet som operatør af et reguleret marked efter vphl § 25, stk. 3, skal anses som myndighedsudøvelse og dermed være underlagt forvaltningsmæssige principper samt ankeadgang til Erhvervsankenævnet. Det følger direkte af vphl § 88, stk. 1, at der ikke kan ske indbringelse for Erhvervsankenævnet af beslutninger truffet af en operatør af et reguleret marked efter vphl § 88, stk. 3. Afgørelser efter vphl § 25, stk. 3, falder i denne kategori.

VPHL § 88 er formuleret således (... [fondsbørsen]s understregninger):

§ 88. Afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov, regler udstedt i medfør af denne lov og forordninger udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/109/EF af 15. december 2004 om harmonisering af gennemsigtighedskrav i forbindelse med oplysninger om udstedere, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Tilsvarende gælder for afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til artikel 37-42 i Kommissionens forordning nr. 1031/2010 af 12. november 2010 (CO₂-auktioneringsforordningen), Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 236/2012 af 14. marts 2012 (shortsellingforordningen) og regler udstedt i medfør heraf, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 648/2012 af 4. juli 2012 (EMIR-forordningen) med de begrænsninger, der følger af forordningen, og bortset fra artikel 14 og 15 samt forordninger og regler udstedt i medfør af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 648/2012 af 4. juli 2012 (EMIR-forordningen) samt Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 909/2014/EU af 23. juli 2014 (CSD-forordningen) samt forordninger og regler udstedt i medfør heraf. Bestemmelsen i 1. pkt. omfatter ikke afgørelser efter stk. 3 eller § 87. Bestemmelserne i dette stykke finder tillige anvendelse på afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen på Finanstilsynets vegne, jf. § 83, stk. 2 og 3, og § 83 b, stk. 2-4, samt på afgørelser truffet af Danmarks Nationalbank efter § 57 a, stk. 7.

Stk. 2. Stk. 1 finder tillige anvendelse på afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Finanstilsynets vegne.

Stk. 3. Afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder, selskaber, der driver multilaterale handelsfaciliteter, clearingcentraler eller værdipapircentraler i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven kan af den, som afgørelsen retter sig til, indbringes for Finanstilsynet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Indbringelsen kan tillægges opsættende virkning.

Stk. 4. Erhvervsankenævnets afgørelser og afgørelser, Finanstilsynet

træffer efter stk. 3, kan af den, som afgørelsen retter sig til, ved et sagsanlæg senest 8 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, indbringes for domstolene.

Det fremgår således tydeligt af bestemmelsen, at det er Finanstilsynet, der er den relevante rekursinstans, og at Finanstilsynets afgørelse herefter kan indbringes for domstolene.

Det ville formentlig ikke have været muligt for Erhvervsankenævnet, at udstrække sin kompetence efter reglerne om officiel notering til også at omfatte ... [fondsbørsen]s afgørelse efter vphl § 25, stk. 3, såfremt Finanstilsynet oprindeligt havde beholdt kompetencen vedrørende officiel notering selv og ikke havde delegeret denne til ... [fondsbørsen]. Det skal nævnes, at ... [fondsbørsen] oprindeligt påtog sig denne delegation – i øvrigt uden at opkræve Finanstilsynet betaling for at varetage denne begrænsede myndighedsudøvelse – alene for at gøre det administrativt nemmere for nye selskaber, der skal optages til handel. Intentionen var således, at en udsteder ikke behøvede at ansøge Finanstilsynet om optagelse til officiel notering i forlængelse af processen overfor ... [fondsbørsen] vedrørende optagelse til handel. Da optagelse til officiel notering siden implementeringen af MiFID og transperansdirektivet primært har været anset som en formalitet, gav dette mening. Det har aldrig været ... [fondsbørsen]s opfattelse, at ... [fondsbørsen] ved at acceptere denne delegation, dermed skulle acceptere, at ... [fondsbørsen]s kompetencer, rettigheder og pligter efter andre bestemmelser i værdipapirhandelsloven – herunder vphl § 25, stk. 3, ville blive ændret. Det er således ... [fondsbørsen]s holdning, at den af lovgiver tiltænkte model, hvorefter det først er det regulerede marked og dernæst Finanstilsynet, som er de to parter, der er tættest på markedet, der skal foretage vurderingen efter vphl § 25, stk. 3, ikke burde være sat ud af kraft. Derfor kan ... [fondsbørsen] tiltræde det af B A/S fremførte i B A/Ss indlæg af 23. maj 2016, hvorefter Erhvervsankenævnet bør udvise en betydelig tilbageholdenhed med at tilsidesætte skøn/forbigå den relevante myndighed – især på et område, hvor lovgiver ikke har tillagt Erhvervsankenævnet kompetence hertil.

I klagers indlæg er fremført en række argumenter, der skulle tale imod en sletning af selskabet fra optagelse til handel og optagelse til officiel notering. Det er ... [fondsbørsen]s vurdering, at ingen af disse argumenter bør føre til, at ... [fondsbørsen]s beslutning om at imødekomme selskabets anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering omgøres.

2. Klager anfører, at hvis B A/S havde været unoteret og ansøgte om notering, så ville det blive børsnoteret

... [fondsbørsen] skal hertil anføre, at det er muligt, men at ... [fondsbørsen] ikke har foretaget denne omfattende vurdering. Bl.a. ville der være usikkerhed omkring, hvorvidt spredningskravet vil være opfyldt, hvis selskabet havde skullet optages til handel på nuværende tidspunkt. Efter ... [fondsbørsen]s opfattelse, som er baseret på tal oplyst

af B A/S i sin anmodning om sletning, var der på tidspunktet for opgørelsen (opgjort pr. den 9. november 2015) en spredning af selskabets aktier i offentligheden på ca. 21,10 % (19,64 % hvis egne aktier fratrækkes). Kravet til aktiernes spredning i offentligheden er 25 %. Der ses mere lempeligt på den løbende opfyldelse af dette krav, når et selskab er optaget til handel end i forbindelse med selve optagelsen til handel. Det er således usikkert, hvordan dette forhold ville blive behandlet, såfremt selskabet havde skullet optages til handel i dag.

Det er imidlertid irrelevant for spørgsmålet om sletning, om selskabet havde kunnet optages til handel i dag. Reglen i § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel har ikke til formål kun at tillade sletning af selskaber, der ikke længere egner sig til optagelse til handel eller i al væsentlighed ikke opfylder betingelserne for optagelse til handel. Til det formål findes reglen i vphl § 25, stk. 1, hvorefter ... [fondsbørsen] kan slette eller suspendere et værdipapir fra handel på et reguleret marked, hvis værdipapiret ikke længere opfylder det regulerede markeds regler, forudsat at en sådan sletning/suspension ikke vil være til væsentlig skade for investorenes eller værdipapirmarkedets ordentlige funktion.

Under samme punkt anfører klager, at selskabet har over 1000 mindretalsaktionærer, der ejer 20 % af selskabets samlede aktiekapital. Hertil skal ... [fondsbørsen] henvise til sit indlæg af 3. maj 2016, hvori ... [fondsbørsen] lægger til grund, at ... [fondsbørsen] har valgt at se bort fra de investorer, der har investeret i aktien på et tidspunkt, hvor de var fuldt oplyste om F K/S' intention om at søge selskabet slettet fra optagelse til handel og officiel notering, når ... [fondsbørsen] skulle tage stilling til spørgsmålet om væsentlig skadesvirkning. Ud fra ... [fondsbørsen]s opgørelse betyder dette således, at ud af de ca. 20 % minoritetsaktionærer, der af klager lægges til grund, er det alene de ca. 11,31 %, der var aktionærer forud for offentliggørelsen af intentionen om at søge selskabet slettet (den 10. juli 2015). De investorer, der har valgt at investere i selskabet efterfølgende har altså kunnet indkalkulere risikoen for sletning forud for beslutningen om at ville investere i selskabet. Derfor forekommer det ikke rigtigt at medtage hensynet til disse investorer i vurderingen af skadesvirkningen for investorerne.

Af klagers indlæg fremgår endvidere, at det er "helt åbenbart forkert", når ...[fondsbørsen] i sin afgørelse har henvist til bestyrelsens støtte til afnoteringen, idet der ikke foreligger nogen erklæring fra bestyrelsen om en sådan støtte. Dette er ikke korrekt. ... [fondsbørsen] har lagt den anmodning om sletning til grund, som ... [fondsbørsen] har modtaget fra selskabet dateret den 4. december 2015. Heri fremgår det under punkt 2 på side 3, at "*F K/S' ønske om sletning af B A/Ss aktier fra handel og notering er begrundet i et ønske om at skabe de bedste rammer for B A/Ss videre udvikling. Bestyrelsen i B A/S støtter forslaget, under hensyntagen til, at B A/S ikke har planer om at foretage kapitalrejsning via ... [fondsbørsen], hvorfor selskabet ikke har behov for børsnoteringen....*". ... [fondsbørsen] har derfor taget til efterretning og lagt til grund, at selskabets beslutning, som angivet af selskabet i dets anmodning til ... [fondsbørsen] om sletning, støttes af bestyrelsen i B

A/S. Selskabets anmodning om sletning var vedlagt som bilag 3 til B A/Ss indlæg vedrørende realiteten i sagen dateret 3. maj 2016. ... [fondsbørsen] må således også på dette punkt tilbagevise klagers anbringender.

3. Klages påstand om sammenhæng mellem afnotering og tvangsindløsning

Som det fremgår af ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016, er der ikke en sådan nær sammenhæng mellem reglerne om sletning fra optagelse til handel og officiel notering i lov om værdipapirhandel og tvangsindløsningsreglerne i selskabslovgivningen, som anført af klager. Kun på ét punkt er der en kobling, og det er i forhold til ... [fondsbørsen]s praksis, hvorefter ... [fondsbørsen] altid imødekommer en anmodning om sletning, når der er opnået fuldt ejerskab eller mulighed for tvangsindløsning efter selskabslovgivningen. I disse tilfælde accepteres sletning uden yderligere prøvelse af spørgsmålet om væsentlig skadesvirkning. Bortset fra dette tilfælde, er der ingen sammenhæng mellem de to lovgivningers regler om henholdsvis tvangsindløsning og sletning fra optagelse til handel. Det samme gør sig gældende i forhold til praksis. Erhvervsankenævnet skal alene tage stilling til, om ... [fondsbørsen]s beslutning om at imødekomme anmodningen om at slette B A/Ss aktier fra optagelse til handel og officiel notering er til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion. Klagers gennemgang af forholdet mellem tvangsindløsningsreglerne og overtagelsestilbudsreglerne er derfor ikke relevante, da selskabet ikke befinder sig i en tvangsindløsningssituation. ... [fondsbørsen] kan her i det hele tiltræde det af B A/S anførte i punkt 3 i selskabets indlæg af 23. maj 2016.

Ligeledes er klagers gennemgang af og henvisning til TDC-sagen irrelevant, idet den sag angik adgangen til tvangsindløsning og ikke sletning fra optagelse til handel og officiel notering.

4. Klagers påstand om, at sletning fra optagelse til handel og officiel notering giver F K/S en utilbørlig fordel på bekostning af de øvrige aktionærer.

Som gennemgået i ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016, er der ikke noget i ... [fondsbørsen]s gennemgang af sagen, der har medført, at ... [fondsbørsen] har fundet, at F K/S skal anses for at have fået en utilbørlig fordel på bekostning af minoritetsaktionærerne. Det fremgår heller ikke konkret af klagers indlæg af 16. maj 2016, hvori denne fordel skulle bestå. Der henvises primært til det kurstab på ca. 28 % til kurs 69,5, som opstod på baggrund af meddelelsen om, at ... [fondsbørsen] imødekom selskabets anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering.

Som tidligere anført af ... [fondsbørsen] (afsnit 4 i ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016) har kursudviklingen i B A/S været ganske

bemærkelsesværdig i perioden efter F K/S' intention om at søge B A/S slettet fra optagelse til handel og officiel notering blev offentliggjort. Den store stigning er især indtruffet efter anmodningen om sletning fra optagelse til handel og officiel notering blev indleveret til ... [fondsbørsen] den 4. december 2015. Som anført af ... [fondsbørsen] i ovennævnte indlæg (side ...) er der ikke offentliggjort oplysninger fra selskabet, der kan begrunde den store kursstigning. Ligeledes har selskabet overfor ... [fondsbørsen] den 4. februar 2016 bekræftet, at selskabet ikke mente, at der manglede kursrelevante oplysninger i markedet. Det er således ikke muligt for ... [fondsbørsen] at konkludere præcist, hvad det er, der har drevet denne kraftige kursudvikling. Kursudviklingen kan være præget af den faldende oliepris og/eller spekulation om bl.a. spørgsmålet om sletning fra optagelse til handel og officiel notering, muligheden for konkurrerende bud, ønsket om at ville kunne blokere for en tvangsindløsning mv. Derudover har der under hele forløbet været meget medieomtale og udtalelser om selskabet, der kan have påvirket kursudviklingen. Det kan således ikke konkluderes med nogen form for sikkerhed, at kursstigningen alene skyldes markedets stærke tiltro til værdien af B A/S. Dertil kommer, at ... [fondsbørsen] ikke lægger til grund for en afgørelse om sletning, hvorledes kursen kan forventes at udvikle sig efterfølgende.

At kursen falder 28 % ved meddelelsen om imødekommelsen af selskabets anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering, skal således ses i lyset af den store og uforklarlige stigning, der har været i aktien i perioden op til ... [fondsbørsen]s afgørelse. Derudover vil det være forventeligt, at der ses et kursfald, når det besluttes at et selskab kan slettes, da et selskabs aktier herefter normalt må anses som værende mindre likvide. Som tidligere anført af ... [fondsbørsen], følger dette naturligt af en sletning, og dette kan ikke juridisk set betragtes som en væsentlig skadesvirkning. Ligeledes er det værd at erindre, at det står en aktionær frit for at forblive i selskabet efter en sletning fra optagelse til handel og officiel notering. Aktionærerne tvangsindløses netop ikke. Kursfaldet har således ikke betydning for de aktionærer, der ønsker at forblive aktionærer i selskabet efter sletning fra optagelse til handel og officiel notering.

I forhold til diskussionen omkring investering med pensionsmidler, henvises til ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj side 28 samt til EAN kendelse af 30/4-2013, side 12-13, hvori Finanstilsynet i en anden sag har kommenteret på netop dette spørgsmål.

Det skal bemærkes, at ... [fondsbørsen]s afgørelse blev betinget af, at selskabet skulle sikre fremsættelsen af et nyt købstilbud på vilkår svarende til det af F K/S tidligere fremsatte pligtmæssige tilbud, medmindre lovgivningen foreskrev en højere kurs. Denne betingelse blev stillet for at stille alle aktionærer lige med hensyn til muligheden for at kunne komme ud af aktien til minimum samme kurs som det forudgående købstilbud ved en sletning. Eftersom markedskursen var - og stadig er - højere end kursen i købstilbuddet, kunne/kan aktionærer, der måtte ønske at sælge inden sletning fra optagelse til handel og

officiel notering, opnå en højere kurs ved at sælge i markedet.

Klager gennemgår i sit indlæg af 16. maj en såkaldt plan A og B, som F K/S skulle have opereret efter i sine bestræbelser på at blive ene-ejer af B A/S og få B A/S slettet fra optagelse til handel og officiel notering på ... [fondsbørsen]. ... [fondsbørsen] har ingen bemærkninger til eller viden om, hvad F K/S eller B A/S selv måtte have gjort sig af overvejelser herom. ... [fondsbørsen] tager alene udgangspunkt i, om betingelserne for at blive slettet fra optagelse til handel (og heri implicit fra optagelse til notering) i vphl § 25, stk. 3, er opfyldt. ... [fondsbørsen] deltager derfor ikke i spekulation omkring, hvilke strategiske overvejelser F K/S eller selskabet måtte have gjort sig i den forbindelse. Når klager således anfører, at "...[fondsbørsen] – meget vel uforvarende – herved er kommet til at medvirke til en handlemåde, som børs- og kapitalmarkedsretligt er uhørt og uantagelig efter danske børsretlige begreber", så er det en kritik som ... [fondsbørsen] klart må afvise. ... [fondsbørsen] skal alene forholde sig til vphl § 25, stk. 3, og til hvorvidt der foreligger en skadesvirkning så væsentlig for investorerne eller markedets ordentlige funktion, at en sletning skal nægtes trods bestemmelsens udgangspunkt om, at en anmodning om sletning skal tages til følge.

Klager anfører endvidere, at gruppen af minoritetsaktionærer undrages "deres retsmæssige andel af disse meget betydelige merindtægter, der nu med sikkerhed vil tilflyde selskabet". Her referes især til det netop vundne udbud vedrørende Hertil skal ... [fondsbørsen] anføre, at der er tale om et forhold, der er indtruffet efter ... [fondsbørsen]s beslutning om at imødekomme selskabets anmodning om sletning. B A/S har, som tidligere anført, bekræftet overfor ... [fondsbørsen] den 4. februar 2016, at B A/S ikke mente, at der manglede kursrelevante oplysninger i markedet. Ligeledes har ... [fondsbørsen] ikke på det foreliggende grundlag fundet anledning til at konkludere, at selskabet ikke har overholdt sin oplysningsforpligtelse i den konkrete situation omkring [fondsbørsen] har i øvrigt bemærket, at der af B A/Ss konkurrent er indgivet en klage over tildelingen, og at der således er tale om et forhold, der endnu ikke er endeligt afklaret. Samtidig forholder det sig også sådan, at en aktionær kan vedblive med at være aktionær i selskabet også efter en sletning fra optagelse til handel, og dermed vil sådanne aktionærer via deres fortsatte ejerskab få andel i eventuelle fremtidige værditilvækster i selskabet.

Samlet set, er det ... [fondsbørsen]s vurdering, at intet af det af klager anførte, giver anledning til at konkludere, at F K/S skulle have opnået en utilbørlig fordel på bekostning af minoritetsaktionærene, og at der dermed skulle foreligge en væsentlig skadesvirkning for investorerne.

5. Klagers påstand om at sletning er til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion

Klager anfører, at ... [fondsbørsen] ikke har taget tilstrækkelig stilling til, om en sletning fra optagelse til handel og officiel notering vil være til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion. ... [fondsbørsen] er

ikke enig heri. ... [fondsbørsen] har forholdt sig til mængden af mindretsaktionærer og deres andel af aktiekapitalen i selskabet. Bl.a har ... [fondsbørsen] anført, at mængden af aktionærer i B A/S ikke er specielt højt sammenlignet med tidligere sager om afnotering. Samtidig har ... [fondsbørsen] forholdt sig til, at der ved en vurdering af spørgsmålet om væsentlig skadesvirkning ikke skal tages udgangspunkt i samtlige minoritetsaktionærer, men kun i den andel, som var aktionærer forud for F K/S offentliggørelse af intentionen om at søge selskabet slettet fra optagelse til handel og officiel notering. Dermed er den anførte mængde på ca. 20 % ikke i sig selv interessant. Dette er beskrevet nærmere i ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016.

... [fondsbørsen] skal ikke her igen forholde sig til klagers påstand om, at en sletning af B A/S vil underminere tvangsindløsningsgrænsen på 90 % samt at en sletning vil betegne en børs- og markedsretlig glidebane. For ... [fondsbørsen]s argumenter herom henvises til ... [fondsbørsen]s indlæg af 3. maj 2016.

Samtidig skal ... [fondsbørsen] anføre, at det i længden ikke er i hverken investorernes eller markedets interesse at fastholde en optagelse til handel og officiel notering, som selskabet ikke selv ønsker. ... [fondsbørsen] finder her, at den generelle interesse i at opretholde en optagelse til handel og officiel notering ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at begrunde et afslag på en anmodning om sletning fra optagelse til handel og officiel notering under henvisning til en væsentlig skadesvirkning for markedets ordentlige funktion.

Endelig skal det anføres, at B A/S er et small cap-selskab, og derfor ikke indgår i indeks som eksempelvis OMXC20 og OMXC20CAP. Ligeledes handles der ikke afledte finansielle instrumenter (derivater/certifikater) baseret på B A/S på ... [fondsbørsen]. Derfor er der ikke basis for at medtage disse momenter i en vurdering af, om en sletning fra optagelse til handel og officiel notering vil medføre en væsentlig skadesvirkning for markedets ordentlige funktion.

6. ... [fondsbørsen]s afsluttende bemærkninger

Der er med klagers indlæg af 16. maj 2016 ikke fremkommet nye informationer, der sandsynliggør, at en sletning fra optagelse til handel og optagelse til officiel notering vil være til væsentlig skade for investorernes interesse eller markedets ordentlige funktion, i den forstand som dette reguleres af vphl § 25, stk. 3.

Som anført af ... [fondsbørsen] i sit indlæg af 3. maj 2016 er det ikke ... [fondsbørsen]s opgave i en konkret sag om anmodning om sletning efter vphl § 25, stk. 3, at tage stilling til, om det lovgivningsmæssige udgangspunkt er korrekt og yder den beskyttelse, der findes relevant. ... [fondsbørsen] må forholde sig konkret til det gældende lovgivningsmæssige udgangspunkt i sin sagsbehandling. Baseret her på, er det forsat ... [fondsbørsen]s holdning, at ... [fondsbørsen]s beslutning om at imødekomme B A/Ss anmodning om sletning fra optagelse til handel og optagelse til officiel notering, er korrekt.”

Advokat A er ved skrivelse af 1. juni 2016 fremkommet med følgende afsluttende skriftlige bemærkninger:

”...

KLAGERENS ANBRINGENDER

1. Anmodningen fra B A/S om sletning fra notering burde ikke være imødekommet af ...[fondsbørsen], idet sletningen ikke er i investorenes eller værdipapirmarkedets interesse, jf. kriteriet i § 14, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer (betingelsesbekendtgørelsen).
2. Sletning fra notering er nært forbundet med sletning fra handel. Derfor bør der ved sletning fra notering tillige tages hensyn til betingelserne for sletning fra handel, herunder om der er sandsynlighed for, at sletningen vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion, jf. værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, om sletning fra handel. Herom gør klageren gældende, at klageren blot skal sandsynliggøre en skadevirkning som nævnt, og at en sådan skadevirkning faktisk er sandsynliggjort, hvorimod der ikke skal føres fuldt bevis for skadevirkningen, hvilket da normalt heller ikke vil være praktisk muligt. På baggrund af den sandsynliggjorte skadevirkning burde anmodningen om sletning fra notering ikke være imødekommet, og den bør derfor ophæves.
3. Af samme årsag - den nære sammenhæng mellem sletning fra notering og sletning fra handel - burde pkt. 9.2, 5. afsnit, i ...[fondsbørsen] Regler for udstedere af aktier af 26. november 2015 være taget i betragtning ved imødekommelsen af anmodningen om sletning fra notering. Det burde således nærmere være efterprøvet, om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, og om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer. Det gøres gældende, at mindretallets interesser ikke er blevet tilstrækkeligt varetaget, og at sletning vil give visse aktionærer (hovedaktionæren) urimelige fordele frem for andre aktionærer (de over 1.000 minoritetsaktionærer med 20 pct. af aktiekapitalen).
4. En sletning fra notering vil give selskabets hovedaktionær, F K/S, urimelige fordele frem for minoritetsaktionærerne, idet en sletning medfører en faktisk omsættelighedsbegrænsning og dermed en nedgang i minoritetsaktiernes formueværdi, hvorimod hovedaktionæren, som har stemt for sletningen fra notering, og som virker for at blive enejer af selskabet, ikke påvirkes af den nævnte faktiske omsættelighedsbegrænsning.

5. De oplysninger, der siden ...[fondsbørsen]s afgørelse er fremkommet om B A/Ss budgivning på og tildeling af bornholmsruterne, og hvorved der over en periode på 10 eller 12 år vil tilflyde selskabet et offentligt tilskud på 3,7 milliarder kroner plus retten til indtægterne ved salg af billetter, madvarer og drikkevarer fra ruterne i samme tidsrum, fører i sig selv til, at et selskab, der er i en sådan situation, og som har over 1.000 minoritetsaktionærer med 20 pct. af kapital og stemmer, ikke kan slettes fra notering til skade for en sådan minoritets interesser. Også derfor er ...[fondsbørsen]s afgørelse forkert, og den bør også derfor ophæves.
6. Der er heller ikke som foreskrevet i pkt. 2.9., 6. afsnit, i Regler for udstedere foretaget den fornødne kontrol af, hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer der er i selskabet. Et selskab, som har over 1.000 minoritetsaktionærer med 20 pct. af selskabets aktiekapital, og som ikke er kriseramt eller i øvrigt befinder sig i en helt ekstraordinær situation, er ikke egnet til sletning fra notering. En sådan sletning er til væsentlig skade for minoritetsaktionærernes interesser og til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, herunder for tilliden til og forudsigeligheden på kapitalmarkedet. Både markedet og de enkelte minoritetsinteresser skal således kunne stole på, at en hovedaktionær ikke vilkårligt kan berøve minoritetsaktionærerne væsentlige dele af værdien af deres aktier ved at indføre en faktisk omsættelighedsbegrænsning, således som det bliver tilfældet ved en sletning fra notering.
7. En imødekommelse af B A/S' anmodning sletning fra notering vil derfor i det hele a) være i strid med betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, idet sletningen ikke er i investorernes eller værdipapirmarkedets interesse, b) være i strid med værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, idet der er en sandsynlighed for, at sletningen vil være til væsentlig skade for investorernes interesser og markedets ordentlige funktion, c) være i strid med pkt. 2.9., 5. afsnit, i Regler for udstedere, idet minoritetsinteresserne ikke er blevet tilstrækkeligt varetaget, ligesom sletningen vil give hovedaktionæren urimelige fordele frem for andre aktionærer i selskabet, og d) være i strid med pkt. 2.9., 6. afsnit, i Regler for udstedere, idet ...[fondsbørsen] ikke har taget tilstrækkeligt i betragtning, hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer der er i selskabet. Af disse grunde, både hver for sig og samlet, burde anmodningen om sletning ikke være imødekommet, og den bør derfor ophæves.
8. ...[fondsbørsen] afgørelse, der er truffet under udøvelse af delegerede offentligretlige kompetencer, lider tillige af andre væsentlige retsmangler, idet a) der er taget uvedkommende hensyn i form af et bekvemmelighedshensyn, hvorefter ...[fondsbørsen] ikke ønsker et selskab noteret mod dets vilje, ligesom b) ...[fondsbørsen] har forsømt at inddrage og efterprøve de hensyn, som retsreglerne omkring afgørelsen forpligter ...[fondsbørsen] til at tage i betragtning. Jeg gør herved gældende, at der foreligger en sådan mangel i

henseende til afgørelsens tilblivelse og indhold, at dette i sig selv må føre til ophævelse af den påklagede afgørelse.

9. Når der er gennemført et pligtmæssigt tilbud i medfør af værdipapirhandelslovens § 31, kan selskabets nye hovedaktionær foretage tvangsindløsning af minoritetsaktionærene i medfør af selskabslovens § 70, jf. herved § 70, stk. 2, 3. pkt., men kun hvis den nye hovedaktionær ejer mere end 90 pct. af kapitalen og ligeledes mere end 90 pct. af stemmerne. Denne grænse må ikke sættes lavere end 90 pct. og ikke højere end 95 pct., jf. artikel 15, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/25/EF om overtagelsestilbud. Det vil være udtryk for omgåelse af selskabslovens § 70 og overtagelsesdirektivets artikel 15, hvis en hovedaktionær, der ikke opfylder det nævnte 90 pct.-krav, kan true minoritetsaktionærene med egenmægtigt at indføre en faktisk omsættelighedsbegrænsning og dermed gennemføre væsentlige begrænsninger af værdien af deres aktier ved at begære selskabet slettet fra notering. Gennem en sådan trussel om afnotering vil hovedaktionæren kunne gøre minoritetsaktionærenes ret til frit at bestemme, om de vil acceptere et købstilbud eller ej, illusorisk. I nærværende sag forstærkes dette forhold yderligere af, at hovedaktionærens pligtmæssige købstilbud blev efterfulgt af to frivillige købstilbud fra hovedaktionæren, stadig uden at hovedaktionæren nåede over den grænse på 90 pct. af kapital og stemmer, som kræves af loven og direktivet, for at tvangsindløsning kan finde sted. I hvert fald under sådanne omstændigheder burde anmodningen om sletning ikke være imødekommet, og den bør derfor ophæves.
10. Ligesom tidligere forsøg på omgåelse af reglerne om tvangsindløsning er blevet bremsset af Erhvervsstyrelsen og domstolene, bør også omgåelsesforsøget i nærværende sag bremses, hvilket nu kun kan ske ved at ophæve ...[fondsbørsen] beslutning om at imødekomme anmodningen om sletning fra notering. Hvis en hovedaktionær vil gøre sig til enejer af et børsnoteret selskab, må dette enten ske ved køb af minoritetsaktier eller ved at blive ejer af så stor en del af selskabet, at reglerne om tvangsindløsning med de deri indeholdte retssikkerhedsgarantier for minoritetsaktionærene finder anvendelse. Tidligere afviste omgåelsesforsøg bestod i at indføre en vedtægtsmæssig indløsningsregel (med 90 pct. af stemmer og kapital på en generalforsamling, men uden at hovedaktionæren ejede over 90 pct. af hele aktiekapitalen). Denne form for omgåelse blev standset af Erhvervsstyrelsen, der herved pegede på, at den nævnte metode tilsidesatte de væsentlige hensyn til minoritetsbeskyttelse, der er indeholdt i reglerne om tvangsindløsning, herunder muligheden for et sagkyndigt syn og skøn, samt gensidighed i form af en modsvarende ret for minoritetsaktionærer til at kræve sig indløst, ligeledes med mulighed for sagkyndigt syn og skøn over aktiernes værdi, jf. nu selskabslovens § 73 om indløsning efter krav fra minoritetsaktionærer. Domstolene stadfæstede Erhvervsstyrelsens afvisning af det nævnte omgåelsesforsøg, jf. UfR 2007.2546 Ø, TDC. – Fremgangsmåden i nærværende sag

er udtryk for et nyt omgåelsesforsøg, nemlig i form indførelsen af en faktisk omsættelighedsbegrænsning for minoritetens aktier gennem sletning af selskabet fra børsnotering. Under disse omstændigheder burde anmodningen om sletning ikke være imødekommet, og den bør derfor ophæves.

11. Endelig gør jeg gældende, at myndighederne, herunder ...[fondsbørsen] under udførelsen af delegerede offentligretlige kompetencer, ikke må medvirke til, at der sker krænkelse af grundlæggende rettigheder, herunder af artikel 1 i tillægsprotokol nr. 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Denne bestemmelse beskytter som bekendt ejendomsretten, idet den foreskriver, at enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Selv om der naturligvis kan ske visse indgreb i ejendomsretten, fx gennem tvangsindløsning efter klare og forudsigelige regler og med de fornødne retssikkerhedsgarantier, viser praksis i tilknytning til protokollens artikel 1, at i særdeleshed vilkårlige indgreb i ejendomsretten kan stride mod artikel 1. Jeg gør på klagerens vegne gældende, at en vilkårlig reduktion af værdien af minoritetsaktionærernes interesser i et selskab, fx gennem en vilkårlig beslutning om sletning fra børsnotering, med deraf følgende vilkårligt og væsentligt værdifald i minoritetsaktionærernes aktier, og med en tilsvarende vilkårlig tilførsel af merværdier til en hovedaktionær, strider mod protokollens artikel 1. – Disse forhold indebærer for det første, at en beslutning om noget sådant bør ophæves, mens dette endnu kan ske. Det indebærer endvidere, at sagen ikke blot vil kunne prøves af danske domstole, men også af Domstolen i Strasbourg. Det indebærer endelig, at der kan blive tale om et erstatningsansvar for det offentlige i medfør af konventionens artikel 41, hvis beslutningen ikke ophæves, og det tilsigtede vilkårlige indgreb i ejendomsretten dermed får lov til at stå ved magt.

KLAGERENS AFSLUTTENDE SKRIFTLIGE BEMÆRKNINGER

Som bekendt højtideligholder vi, at det i år er 400 år siden, William Shakespeare afgik ved døden. I ”Hamlet” lod han prins Hamlet sige, at der er mere mellem himmel og jord, end hvad øjet ser. Som det vil ses nedenfor, passer dette udsagn ganske udmærket på nærværende sag.

Ligeledes for 400 år siden stiftedes Danmarks første aktieselskab, ostindisk kompagni. I dets vedtægt (”Oktroj”) var der et krav om ligebehandling af aktionærerne (”Participanterne”), idet selskabet ikke måtte ”gøre denn ehne meehre til fordeel endh denn anddenn”, jf. Advokat A: Generalforsamling og beslutning, s. 29. Også dette påbud om ligebehandling er særdeles relevant i nærværende sag, jf. nedenfor.

Nu 400 år senere skal Nævnet afgøre en sag, der er både principiel og historisk, og som skal trække grænsen mellem brug og misbrug af majoritetsmagt i et børsnoteret selskab. Det er dog vigtigt at understrege, at

selv om sagen eventuelt ikke afgøres som en principiel sag, er der stof nok i sagen til en helt konkret afgørelse, der fører til ophævelse af den påklagede beslutning fra ...[fondsbørsen]. Allerede de oplysninger, der siden ...[fondsbørsen]s afgørelse er fremkommet om B A/Ss budgivning på og tildeling af bornholmsruterne, og hvorved der over en periode på 10 eller 12 år vil tilflyde selskabet et offentligt tilskud på 3,7 milliarder kroner plus retten til indtægterne ved salg af billetter, madvarer og drikkevarer fra ruterne i samme tidsrum, er i sig selv tilstrækkelige til at begrunde en ophævelse af ...[fondsbørsen]s afgørelse. Et selskab, der er i en sådan situation, og som har over 1.000 minoritetsaktionærer med 20 pct. af kapital og stemmer, kan ikke slettes fra notering til skade for en sådan minoritets interesser.

Det er principperne i selskabsrettens generalklausul, der herved er til prøvelse, dvs. forbuddet mod dispositioner, der vil give visse aktionærer en utilbørlig fordel frem for andre aktionærer, jf. nærmere min doktordisputats herom, som jeg forsvarede for præcis 25 år siden: ”Selskabsmasken; loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten”. Forbuddet mod sådan urimelig forskelsbehandling (selskabslovens § 108, tidligere aktieselskabslovens § 80) genfindes i pkt. 2.9, 5. afsnit, i ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere af aktier.

Dette vigtige retsområde – den fair balance mellem flertallets og mindretallets interesser – har interesseret mig i alle de mellemliggende 25 år, og nærværende sag er et alvorligt eksempel på, hvor galt det kan gå, når der ikke er en fair balance mellem disse interesser.

Tilsyneladende er der i nærværende sag truffet beslutninger af én offentligretlig aktør: Finanstilsynet, og af én privatretlig aktør: ...[fondsbørsen]. Hvad øjet imidlertid ikke umiddelbart ser, er, at det faktisk er to offentligretlige aktører, der har truffet beslutninger.

Den ene aktør, ...[fondsbørsen], udøver nemlig en delegeret offentligretlig kompetence og skal derfor agere som en offentlig myndighed, der skal iagttage myndighedsprincipper om ligebehandling, god forvaltningsskik mv. - Jeg gør gældende, at ...[fondsbørsen] ikke har levet op til de delegerede offentligretlige forpligtelser, der fulgte med de delegerede kompetencer, blandt andet pligten til iagttagelse af ligebehandling.

Den anden aktør, Finanstilsynet, har for en årrække siden delegeret sin kompetence vedrørende notering og afnotering til ...[fondsbørsen], og Finanstilsynet ville i nærværende sag end ikke realitetsbehandle klagen; Finanstilsynet vil gerne afgive mere generelle indlæg om retstilstanden, men disse må ifølge Finanstilsynet selv ikke ”betragtes som værende indgivet til støtte for hverken klageren eller den indklagede myndighed [dvs. ...[fondsbørsen]]”, jf. Finanstilsynets e-mail af 1. juni 2016 til Nævnet...

Tilsyneladende er der i sagen kun to private parter: klageren og det børsnoterede selskab, B A/S. Hvad øjet imidlertid ikke umiddelbart ser, er, at der reelt også er en tredje part. Bag det børsnoterede selskab står nemlig selskabets nye hovedaktionær, F K/S, som – uden formelt at have anmo-

det om partsstatus – alligevel er klagerens reelle modpart. Det er således først og fremmest F K/S' interesser, det børsnoterede selskab har varetaget gennem sin beslutning om afnotering. Det er ikke klagerens eller de mere end 1.000 andre mindretalsaktionærs interesser, der er blevet varetaget – og det er bestemt heller ikke kapitalmarkedets "ordentlige funktion", der er blevet varetaget, jf. herved værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3.

F K/S er en såkaldt kapitalfond. Den har juridisk form af et kommanditselskab, F K/S. Kommanditselskabets komplementar er en erhvervsdrivende fond, mens kommanditisterne er investorer, der konkret er inviteret indenfor i denne kapitalfond, og som i sagens natur forventer at tjene på kapitalfondens investeringer.

Personligt deler jeg ikke den kritik, der ofte ses fremført over for kapitalfonde og deres aktiviteter. Kapitalfonde kan udmærket gøre nytte ved at købe, forandre/sanere og derefter sælge virksomheder. De skal blot følge selskabsrettens og kapitalmarksrettens spilleregler, hvilket jeg ikke mener er sket i nærværende sag.

Man bør endvidere gøre sig klart, at kapitalfonden primært virker i sin egen og sine egne investorers økonomiske interesse. Dens intention er at købe en virksomhed så billigt som muligt og efterfølgende sælge den så dyrt som muligt. Salget kan ske gennem en (ny) børsintroduktion eller gennem et privat salg.

Kapitalfonden er ikke en industriel investor af mere blivende karakter, men en finansiel investor af mere midlertidig karakter. Allerede ved sin indtræden må den derfor nødvendigvis begynde at forberede sin udtræden.

En kapitalfond, der overtager kontrollen over et børsnoteret selskab, har tre muligheder:

1. Kapitalfonden kan affinde sig med en fortsat børsnotering, og at der er mindretalsaktionærer i det overtagne selskab. Herefter er det fortsat kapitalmarkedet, der regulerer, hvad mindretallets aktier i det børsnoterede selskab til enhver tid er værd.
2. Kapitalfonden kan stile efter at blive eneaktionær, enten straks ved sin overtagelse af kontrollen, dvs. gennem et tilstrækkelig attraktivt tilbud til mindretalsaktionærene, eller gennem senere opkøb i markedet, i begge tilfælde med det sigte at komme op over 90 pct. af kapital og stemmer i det børsnoterede selskab, så mindretalsaktionærene kan tvangsindløses. I disse tilfælde er der dé helt centrale retssikkerhedsgarantier, at hvis blot en enkelt mindretalsaktionær ønsker det, skal der udpeges uafhængige, sagkyndige skøns mænd, som da fastlægger værdien af mindretalsaktionærernes aktier, og at minoritetsaktionærene selv kan forlange sig indløst, jf. i det hele Erhvervsstyrelsens yderst præcise og rammende bemærkninger i UfR 2007.2546 Ø, TDC.

3. Kapitalfonden kan fremføre argumenter for en afnotering, hvoraf det klart fremgår, at en sådan beslutning er i selskabets og alle aktionærers interesse, ikke blot i hovedaktionærens egen interesse. Herved må kapitalfonden som hovedaktionær søge at opnå en udstrakt tilslutning til – eller i det mindste ingen væsentlig aktiv modstand mod – en beslutning om afnotering (og det er en sådan situation med udbredt aktionært tilslutning til afnotering, der karakteriserer de af ...[fondsbørsen] fremførte eksempler, helt modsat nærværende sag).

Men også her er der i nærværende sag noget mere, end hvad øjet umiddelbart ser, idet F K/S ser ud til at ville efterprøve en 4. fremgangsmåde, nemlig følgende:

4. Uden blot at have nærmet sig de mere end 90 pct. af kapital og stemmer, men med kontrol over kun 80 pct., og ligeledes med mere end 1.000 mindretalsaktionærer med 20 pct. af kapital og stemmer, bekendtgjorde F K/S hurtigt efter sin overtagelse af kontrollen, at man ville søge selskabet afnoteret. For at sikre sig, at enhver mindretalsaktionær havde forstået konsekvenserne af, at man får en likvid børsnoteret aktie forvandlet til en illikvid unoteret aktie, understregede F K/S i sine tilbud til mindretalsaktionærene, hvor byrdefuld en sådan forvandling er.

Jeg gør på klagerens vegne gældende, at denne 4. mulighed indebærer et forsøg på omgåelse af de retssikkerhedsgarantier, der ellers skal beskytte mindretallet, og at dette omgåelsesforsøg burde være standset af ...[fondsbørsen], hvilket nemt kunne være gjort, nemlig gennem et afslag på anmodningen om afnotering.

F K/S burde have båret den fulde udgift ved at blive eneaktionær, nemlig først gennem opkøb til markedspriser og dernæst gennem tvangsindløsning, med de hertil knyttede retssikkerhedsgarantier for mindretallet i form af sagkyndigt, uafhængigt skøn over værdien af aktierne. Gennem forsøget på at få lov til at anvende ”den 4. metode” søger F K/S at slippe for at bære den fulde udgift ved at blive eneaktionær.

Først burde F K/S have skaffet sig den fornødne ejerandel, dvs. over 90 pct. af kapitalen og stemmerne. Dernæst kunne man tvangsindløse, med de hertil knyttede retssikkerhedsgarantier. Endelig måtte man afnotere. Denne korrekte fremgangsmåde søger man i stedet at omgå ved at søge en afnotering hastet igennem, idet man herved udnytter det forhold, at en afnotering efter de gældende regler ikke udløser noget krav om et fagkyndigt syn og skøn. (Modsat den fremtidige retstilstand, der lægges op til af Finanstilsynet i et høringsbrev af 13. april 2016, ”... hvorefter reglerne om sletning uanset valget mellem forskellige mulige flertalskrav mv. foreslås udformet sådan, at der altid skal fastlægges en kurs af en uafhængig vurderingsmand).

Ved således tidsmæssigt at prøve at sætte en afnotering foran en tvangsindløsning søger man at omgå de helt centrale retssikkerhedsgarantier, der er forbundet med reglerne om tvangsindløsning.

Det kan næppe udtrykkes stærkere og klarere, end det er udtalt af direktøren for Dansk Aktionærforening, Jens Møller Nielsen, i et interview i Aktionæren 2016, nr. 2, s. 36 ... [min understregning]:

”For rigtig mange private aktionærer er en afnotering i praksis lig med en tvangsindløsning. Derfor er det totalt uacceptabelt, at en kapitalfond, som ikke har villet betale en tilstrækkeligt høj kurs for de 90 procent på ordentlig vis, nu får fri bane til at chikanere de sidste aktionærer ud”.

Hvis et selskab slettes fra notering, bliver dets aktier illikvide. Den minoritetsaktionær, der før sletningen ejede en likvid børsnoteret aktie, vil efter sletningen være ejer af en illikvid unoteret aktie. Det er videnskabeligt påvist af førende danske økonomividenskabelige forskere, at en illikvid aktie er omkring 30 pct. mindre værd end en likvid aktie (alt andet lige, dvs. når man uændret fastholder alle øvrige faktorer i selskabet, bortset fra spørgsmålet om likvid/illikvid). Jeg henviser herved til en videnskabelig artikel i Ledelse & Erhvervsøkonomi 2006, nr. 3, s. 157 ff. af Christian Petersen, Thomas Plenborg & Finn Schøler: ”Hvordan værdiansættes unoterede virksomheder i praksis?”...

Det fremgår af de pågældende eksperters forskning, som understøttes af andre undersøgelser, jf. noteapparatet i artiklen, at den manglende faktiske omsættelighed (dvs. ikke en juridisk, men en de facto omsættelighedsbegrænsning) medfører, at der skal indregnes en ”likviditetsrabat” ved værdiansættelsen.

Jeg henviser særligt til artiklens s. 168, tabel 10, de øverste 4 linjer. Heraf fremgår det, hvilken gennemsnitlig likviditetsrabat (der for en lægmandsbetragtning vel snarere burde hedde: ”illikviditetsrabat”) forskellige kategorier af investorer gennemsnitligt forlanger. Totalen for alle kategorier af investorer er 31,3 pct. i rabat for en illikvid aktie. Private-equity-fonde (dvs. kapitalfonde, således som F K/S i nærværende sag er), forlanger i gennemsnit en likviditetsrabat på 35,0 pct.

Med andre ord vil en likvid aktie, der bliver illikvid, herved normalt tabe mindst 30 pct. af sin værdi. Dette tab rammer minoritetsaktionærerne, men det rammer ikke en kapitalfond, der – som i nærværende sag – ønsker at blive ene-ejer og dermed have selskabet for sig selv. Jeg mener, at Nævnet kan lægge disse 30 pct. til grund som det typiske værditab for minoriteten ved en tvangsindløsning.

Det ændrer ikke herpå, at børskursen måske i tiden frem til afnoteringen kravler opad, for i det øjeblik afnoteringen træder i kraft, bliver den tidligere børskurs jo irrelevant, og minoriteten står tilbage med aktier, der vil være meget vanskelige at sælge, og hvor værditabet ved afnotering og illikviditet derfor er en realitet.

De mindst 30 pct. værdinedgang ved overgangen fra likvid til illikvid aktie, som er videnskabeligt påvist, jf. foran, stemmer ganske godt med erfaringerne fra nærværende sag, idet børskursen på B A/S faldt med 28

pct. på den første børsdag, der fulgte efter, at ...[fondsbørsen] havde godkendt selskabets anmodning om sletning fra notering.

Disse forhold understreger rigtigheden af klagerens anbringender om, at sletningen ikke er i investorernes og værdipapirmarkedets interesse, jf. betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, at sletningen tværtimod er til væsentlig skade for selskabets minoritetsaktionærer, jf. værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, og at sletningen giver visse aktionærer (F K/S) urimelige fordele frem for andre aktionærer (minoritetsaktionærerne), jf. pkt. 2.9, 5. afsnit, i ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere, dvs. i strid med generalklausulen (urimelighedsreglen) i pkt. 2.9., 5. afsnit, i ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere, der er formuleret med selskabsrettens generalklausul som forbillede (selskabslovens § 108, tidligere aktieselskabslovens § 80).

...

B A/S har ganske udmærkede fremtidsudsigter. Der er foretaget flere opjusteringer, og selskabet er ”i historisk god form og har for nylig præsenteret det bedste regnskab i rederiets historie”, jf. bemærkningerne i B A/Ss selskabsmeddelelse af 18. april 2016, ... hvor selskabet samtidig bekendtgjorde, at selskabet samme dag havde afgivet tilbud på bornholmsruterne.

Hvad særligt angår bornholmsruterne bemærker jeg på klagerens vegne:

B A/S har i årevis forberedt et tilbud på bornholmsruterne. Den 18. april 2016, dvs. 3 dage før afnoteringen skulle træde i kraft, indgav B A/S tilbud på disse, jf. ovenfor om selskabsmeddelelsen af 18. april 2016. På den ordinære generalforsamling den 21. april 2016 (der således efter planen skulle have været den sidste noteringsdag for selskabet) afgav B A/S tilbud på bornholmsruterne, og den 10. maj 2016 vandt B A/S udbuddet og fik tildelt ruterne for en 10- eller 12-årig periode. Herved udløses der tilskud til B A/S fra det offentlige på over 3,7 milliarder kroner, hvortil kommer indtægterne fra salg af billetter, mad og drikkevarer i perioden på mindst 10-12 år. Et kvantespring for B A/S (bestyrelsesformandens egne ord), der i sig selv vil fordoble selskabets aktiviteter.

Af referatet for B A/Ss ordinære generalforsamling den 21. april 2016 (der som nævnt efter planen skulle have været sidste noteringsdag for selskabet) fremgår det, s. 6, 1. afsnit, ... at bestyrelses formand, U, i sin beretning til generalforsamlingen blandt andet sagde følgende i tilknytning til selskabsmeddelelsen 3 dage tidligere om, at selskabet havde indgivet bud på bornholmsruten [min understregning]:

”Dette er nu ikke et nyt projekt for B A/S; faktisk har B A/S også budt på betjeningen af ... i 2009, men var ikke på daværende tidspunkt i stand til at stille den nødvendige garanti over for ministeriet, hvorfor projektet blev opgivet. Der har derfor gennem flere år været udført et betydeligt arbejde i rederiets organisation med henblik på at afgive et nyt tilbud, oprindeligt i 2015, men efter ministeriet udsatte budgivningen, i 2016. Såfremt færgebetjeningen af disse ruter tildeles B A/S,

vil det give mulighed for at kvantespring for rederiet i relation til volumen, ...”

Det er således dette selskab, B A/S, der gennem flere år, og således også gennem hele 2016, har forberedt sig på at afgive bud på ..., hvilket ville betyde et kvantespring fremad for B A/S, hvis selskabet vandt udbuddet.

Dette arbejde, der meget muligt kunne give selskabet en særdeles lukrativ 10- eller 12-årig opgave med et statstilskud på 3,7 milliarder kroner, foruden de ordinære indtægter fra sejlads, billetsalg, salg af mad og drikkevarer mv. (et ”kvantespring” fremad), var således i gang,

da F K/S overtog kontrollen over selskabet,
da der blev rettet både et pligtmæssigt tilbud og to frivillige tilbud til minoritetsaktionærene,
da det måtte konstateres, at der stadig var over 1.000 minoritetsaktionærer med over 20 pct. af kapital og stemmer,
da selskabet den 4. december 2015 ansøgte ...[fondsbørsen], om afnotering, og
da ...[fondsbørsen] tillod dette ved den under nærværende sag anfægtede beslutning af 24. februar 2016.

Tre (3) kalenderdage efter, at B A/S den 18. april 2016 indgav sit bud på ruten, nemlig den 21. april 2016, skulle der efter planen indtræde den sidste noteringsdag på ... [fondsbørsen] for B A/S.

Nitten (19) kalenderdage efter generalforsamlingen den 21. april 2016, der som nævnt skulle have været sidste noteringsdag, kunne B A/S bekendtgøre, at selskabet havde vundet udbuddet til de 3,7 milliarder kr. plus indtægter fra billetter, mad og drikkevarer om bord i en periode på 10-12 år.

Det er efter min opfattelse helt uforståeligt,

at ...[fondsbørsen] ikke i forbindelse med behandlingen af B A/S’ ansøgning af 4. december 2015 om sletning fra notering spurgte selskabet, om der var væsentlige, kursrelevante begivenheder på vej, som selskabet endnu ikke havde offentliggjort (og ligeledes uforståeligt, at ...[fondsbørsen], hvis man havde spurgt og fik det svar, at selskabet ville byde på bornholmsruten, ikke da gav afslag, eller i det mindste gav afslag for tiden på anmodningen om afnotering),

at ...[fondsbørsen] ikke efter modtagelsen af selskabets børsmeddelelse den 18. april 2016 om at have indgivet bud på ruten, tog forbehold over for selskabet om at genoverveje sin beslutning om at imødekomme anmodningen om sletning, eller direkte tilbagekaldte tilladelsen, og

at ...[fondsbørsen] ikke efter selskabets børsmeddelelse den 10. maj 2016 om at have vundet budgivningen på ruten insisterede på en nærmere forklaring fra selskabet, samt af egen drift tog skridt til at tilbagekalde tilladelsen til afnotering.

Begivenhedsforløbet efterlader et klart indtryk af, at der ikke har været taget nogen form for hensyn til de over 1.000 minoritetsaktionærer, der tilsammen ejer over 1/5 af B A/S, men hvis aktier fra det ene sekund til det andet forvandles fra likvide børsnoterede aktier til illikvide unoterede aktier, hvis en sletning fra notering får lov til at træde i kraft.

Det gælder i særlig grad, da det må anses for almindeligt kendt, at en likvid aktie, der bliver illikvid gennem afnotering, mister 30 pct. af sin værdi, jf. de ovenfor nævnte publicerede forskningsresultater af Christian Petersen, Thomas Plenborg & Finn Schøler: "Hvordan værdiansættes unoterede virksomheder i praksis?". Disse forskeres resultater bygger på holdninger og prisfastsættelse, som er almindeligt kendt.

Q, som klageren samarbejder med om klagesagen, har i 3 mails til selskabets bestyrelsesformand, U, stillet følgende spørgsmål:

"Jeg kan forstå, at arbejdet med at byde på ... har stået på længe. Kan du som bestyrelsesformand afvise, at F K/S har haft kendskab til B A/Ss planer om at byde på ... inden gennemførelsen af det pligtmæssige købstilbud den 27. september 2015? Her tænkes der både som led i F K/S' due diligence samt øvrige dialog med B A/S."

Dette centrale spørgsmål er hidtil forblevet ubesvaret. B A/S opfordres herved til at besvare spørgsmålet over for mig senest 5 dage før den mundtlige forhandling i Nævnet den 4. juli 2016. Hvis opfordringen ikke efterkommes, vil jeg anmode Nævnet om at lægge til grund, at selskabets hovedaktionær, F K/S, havde en viden som den nævnte den 27. september 2015, da F K/S afgav det pligtmæssige tilbud til aktionærerne i B A/S.

Besvarelsen af dette spørgsmål i relation til F K/S er imidlertid ikke afgørende for udfaldet af nærværende sag, hvor det ikke kun er hovedaktionærens viden, der er afgørende, men først og fremmest det noterede selskabs egen viden – og selskabet B A/S som sådant vidste begribeligvis, at det gennem flere år havde stræbt efter at opnå bornholmsruterne og nu var tættere på end nogensinde.

Alle disse væsentlige aktiviteter, merværdier mv. er det i sagens natur mere komfortabelt for en ny hovedaktionær at eje 100 pct. end kun at eje 80 pct. af. Med den valgte omgåelsesmetode, hvor afnotering søges hastet igennem, undgår man at betale dét, som et eneejerskab burde have kostet at opnå gennem en regelret og loyal fremgangsmåde i form af opkøb i markedet og/eller gennem et tilstrækkeligt fair købstilbud, så der blev opnået over 90 pct. af aktierne og stemmerne, samt efterfølgende tvangsindløsning med hertil knyttede retssikkerhedsgarantier.

Der foreligger herved et forsøg på omgåelse af den beskyttelse, som mindretsaktionærer er tiltænkt fra lovgivningsmagtens side.

Jeg gør på denne baggrund gældende,

- at hensynet til mindretalsinteresserne ikke er blevet tilstrækkeligt varetaget, jf. betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2,
- at en sletning vil give hovedaktionæren, F K/S, utilbørlige/urimelige fordele på mindretalsaktionærernes bekostning, jf. pkt. 2.9, afsnit 5, i ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere,
- at en sletning derfor vil være til væsentlig skade for mindretalsaktionærernes interesser, jf. værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3,
- at der ved beslutningen om sletning ikke er taget tilstrækkeligt hensyn til, hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer der er i selskabet (over 1.000 mindretalsaktionærer med ca. 20 pct. af kapital og stemmer), jf. pkt. 9.2., 6. afsnit, i ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere, og
- at en sletning ikke er i værdipapirmarkedets interesse, jf. betingelsesbekendtgørelsens § 14, stk. 2, men tværtimod vil være til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, jf. værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3.

Endvidere henviser jeg til, at andre, tidligere forsøg på omgåelse af den beskyttelse, som lovgivningsmagten har tilsikret mindretalsaktionærer, er blevet afvist af Erhvervsstyrelsen og domstolene, jf. TDC-dommen i UfR 2007.2546 Ø.

Her udtalte Erhvervsstyrelsen om den ”smarte” måde, hvorpå man den gang søgte at omgå reglerne om tvangsindløsning:

”Aktieselskabslovens § 79, stk. 2, nr. 3) [reglen om indførelse af indløsningsregler i vedtægterne, nu selskabslovens § 107] kan ikke anvendes til at vedtage en vedtægtsbestemt tvangsindløsningsret for en hovedaktionær, der ikke opfylder betingelserne for tvangsindløsningsret i aktieselskabslovens § 20 b [nu selskabslovens § 70], og hvorved der sker en tilsidesættelse af de heri indeholdte væsentlige hensyn til minoritetsbeskyttelse, herunder (1) krav om besiddelse af 9/10 af samtlige aktier og ikke kun tilslutning fra 9/10 af de afgivne stemmer på generalforsamlingen, (2) tiltræden af selskabets bestyrelse, (3) krav til fastsættelse af indløsningskurs og -proces samt (4) gensidighed i form af en modsvarende ret for minoritetsaktionærer til at kræve sig indløst, jf. aktieselskabslovens § 20 d [nu selskabslovens § 73] [min understregning]”.

...[fondsbørsen], der ellers er kendt som en velfungerende fondsbørs, må i forbindelse med sin beslutning om at imødekomme B A/S’ anmodning om afnotering antages at have overset, at vi her står med et nyt forsøg på omgåelse af de ”væsentlige hensyn til minoritetsbeskyttelse” (Erhvervsstyrelsens ord fra TDC-sagen), der ligger i indløsningsreglerne.

Hvis ...[fondsbørsen] nemlig havde gennemskuet, at der her søgtes hastet en afnotering igennem for at omgå indløsningsreglerne, så måtte ...[fondsbørsen] have standset dette forsøg på omgåelse. I stedet har

...[fondsbørsen] fejlagtigt imødekommet anmodningen uden at beskytte den væsentlige andel af selskabets aktionærer, der fortsat ønsker selskabet børsnoteret.

Det hensyn, som ...[fondsbørsen] nævner i sit processkrift: at man som børs ikke ønsker at have et selskab noteret "mod dets vilje", må vige for de her nævnte hensyn til forebyggelse af omgåelse. Det bekvemmelighedshensyn, som ...[fondsbørsen] herved påberåber sig, er i modstrid med de hensyn, som ...[fondsbørsen] burde have taget i betragtning, jf. det foran nævnte regelværk.

Hvis et sådant bekvemmelighedshensyn måtte have lov til at være afgørende, var der jo ingen grund til at opretholde de langt mere nuancerede forskrifter om de nærmere betingelser for sletning, som er citeret ovenfor. I så fald kunne det nævnte bekvemmelighedshensyn i sig selv afgøre sagen. Det, F K/S i 2016 overtog kontrollen over, var og er nu engang ikke blot et selskab, men et børsnoteret selskab.

På denne baggrund gør jeg yderligere gældende, at ...[fondsbørsen]s afgørelse – der som nævnt skal bedømmes forvaltningsretligt/offentligretligt – lider af alvorlige retsmangler, allerede fordi a) der er taget uvedkommende hensyn, ligesom b) det er forsømt at inddrage og efterprøve de hensyn, som regelværket forpligter ...[fondsbørsen] til at tage i betragtning. Jeg gør gældende, at der herved foreligger en sådan mangel i henseende til både tilblivelse og indhold, at dette i sig selv må føre til ophævelse af den påklagede afgørelse.

...[fondsbørsen]s formodninger, således som disse er fremført i ...[fondsbørsen]s indlæg under sagen for Nævnet, hvorefter der skulle ligge "spekulation" til grund for de stigende kurser på aktierne i B A/S, er forbavsende læsning, og rigtigheden heraf bestrides på klagerens vegne. ...[fondsbørsen] – der jo ellers selv eksisterer på baggrund af samfundets ønsket om et velfungerende kapitalmarked – ignorerer herved fuldstændig, at der har været flere opjusteringer fra selskabets side, og at det derfor er helt almindelige, fundamentale markedsforhold, der bevæger aktiekursen.

Sammenfattende gør jeg gældende, at når ...[fondsbørsen] ikke standsede omgåelsesforsøget, må dette i stedet standses af Nævnet. Ved at ophæve ...[fondsbørsen]s beslutning sætter Nævnet sagen tilbage på det sted, hvor sagen burde have befundet sig - nemlig dér, hvor selskabets nye hovedaktionær, F K/S, må tage stilling til, om F K/S 1) ønsker at fortsætte med mindretalsaktionærer i et fortsat børsnoteret B A/S, om F K/S 2) hellere vil stille efter at blive eneaktionær, hvilket da vil skulle ske på den af loven foreskrevne måde, dvs. gennem opkøb, tvangsindløsning efter de herom gældende forskrifter - og derefter en fornyet ansøgning om afnotering, eller 3) om F K/S hellere vil søge at opnå udbredt tilslutning til - eller dog ingen væsentlig modstand - imod en sletning.

Den 4. vej, som F K/S søger at benytte sig af i nærværende sag, nemlig at presse mindretallet ud af selskabet ved at indføre en faktisk omsætte-

lighedsbegrænsning via en afnotering, er derimod udtryk for et forsøg på omgåelse af lovens mindretalsbeskyttelse - og dermed naturligvis ikke farbar.

Erhvervsankenævnet bør derfor i det hele følge klagerens påstand og ophæve ...[fondsbørsen]s beslutning om sletning fra notering.”

Finanstilsynet er ved et indlæg af 10. juni 2016 fremkommet med følgende bemærkninger til sagen:

” ...

1. Finanstilsynets indledende bemærkninger

For så vidt angår den af ...[fondsbørsen] truffne afgørelse om sletning fra officiel notering er kompetencen til at træffe afgørelse herom delegeret til ...[fondsbørsen] i medfør af § 83 a, stk. 1, nr. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 om delegation af beføjelser til ...[fondsbørsen] og ... (”delegationsbekendtgørelsen”).

...[fondsbørsen]s afgørelser herom kan indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 88, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v. og § 7 i delegationsbekendtgørelsen. Finanstilsynet har således ingen rolle i denne type af sager.

For så vidt angår den af ...[fondsbørsen] truffne afgørelse om sletning fra handel følger det af § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v., at afgørelser truffet af operatører af regulerede markeder, selskaber, der driver multilaterale handelsfaciliteter, clearingcentraler eller værdipapircentraler i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven kan indbringes for Finans-tilsynet af den, som afgørelsen retter sig til, senest 4 uger efter, at afgørelser meddelt den pågældende. Indbringelsen kan tillægges opsættende virkning.

Erhvervsankenævnet traf ved kendelse af 14. april 2016 beslutning om at meddele K partsstatus i forhold til ...[fondsbørsen]s beslutning om sletning af B A/S fra handel og notering, jf. § 84 b, stk. 2, nr. 6, jf. § 83 a, stk. 5, i lov om værdipapirhandel m.v. sammenholdt med § 1, stk. 2, og § 6, stk. 3, i delegationsbekendtgørelsen.

Erhvervsankenævnet fandt under de givne omstændigheder og under hensyntagen til behovet for hurtigst mulig afklaring af spørgsmålet om sletningen, at hverken § 88, stk. 3, eller § 88, stk. 4, er til hinder for, at sagen ikke hjemvises til Finanstilsynet til realitetsbehandling. Erhvervsankenævnet vil herefter af de anførte grunde foretage realitetsbehandling af sagen.

Finanstilsynet har på den baggrund ikke haft lejlighed til som rekursinstans for ...[fondsbørsen]s afgørelse om sletning fra handel at tage stilling til ...[fondsbørsen]s afgørelse herom af 24. februar 2016.

Finanstilsynet kan på den baggrund alene udtale sig generelt om ovennævnte bestemmelse og praksis herom og således ikke om realiteten i den konkrete sag. Finanstilsynet kan af samme grund ikke indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed, jf. § 10, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

2. Det retlige grundlag

Sletning af aktier fra handel på udstederens anmodning følger af § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v., som har følgende ordlyd:

”Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.”

§ 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. blev senest ændret ved L 20 fra 2006. Det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at:

”De foreslåede stk. 3 og 4 viderefører de gældende bestemmelser i stk. 3 og 4, med de konsekvensrettelser, der følger af, at reglerne om optagelse til notering og om fondsbørser og autoriserede markedsplasser ændres. Endvidere er der i stk. 3 sket en sproglig tilpasning til det foreslåede stk. 1”.

Den gældende § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. har således baggrund i bestemmelser vedrørende officiel notering.

Den oprindelige bestemmelse – § 26, stk. 3, i lov nr. 1072 af 1995 om værdipapirhandel m.v. – havde følgende ordlyd:

”Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er noteret på en fondsbørs, anmodning om sletning fra noteringen, skal anmodningen tages til følge, medmindre ...[fondsbørsen] finder, at sletningen ikke er i investorernes, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.”

Det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen i L 71 fra 1995, at:

”I overensstemmelse med den gældende praksis på ...[fondsbørsen] forudsættes det, at ...[fondsbørsen], der jf. nedenfor skal foretage den samlede vurdering, altid indhenter investorernes stillingtagen til en sletning. Det er fundet væsentligt at fremhæve, at det bærende hensyn er, hvorvidt en sletning er i investorernes, låntagernes og værdipapirmarkedets interesse.”

Bestemmelsen har baggrund i artikel 14 i direktiv 79/279 af 5. marts 1979 om samordning af betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs, der omhandler sletning fra officiel notering. Dette direktiv blev i 2001 afløst af direktiv 2001/34/EF af 28. maj 2001 om betingelserne for værdipapirers optagelse til officiel notering på en fondsbørs. Bestemmelsen om sletning fra officiel notering fremgår af artikel 18, stk. 2.

Ved gennemførelse af MiFID I ved L 20 fra 2006 blev reglerne om officiel notering suppleret med reglerne om optagelse til handel. Reglerne om officiel notering har siden bl.a. fremgået af bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 om betingelserne for officiel notering af værdipapirer.

3. Finanstilsynets fortolkning af § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

3.1. Ordlydsfortolkning

Det ses af bestemmelsens ordlyd, at udgangspunktet for enhver anmodning fra et udstederselskab om sletning af dennes aktier fra handel på et reguleret marked er, at markedsoperatøren har pligt til at imødekomme en sådan anmodning.

Som undtagelse til udgangspunktet indeholder bestemmelsen et forbud for markedsoperatøren mod at imødekomme anmodningen i det tilfælde, hvor der er sandsynlighed for, at sletningen vil være til væsentlig skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Ovenstående betyder således, at en sletning godt kan imødekommes, selv om sletningen medfører uvæsentlig skade for investorenes interesse eller markedets ordentlige funktion.

En uvæsentlig skade kan f.eks. bestå i, at investorerne – efter sletning af aktier fra handel – underlægges begrænsninger i forhold til anvendelse af pensionsmidler. Netop dette er behandlet i Erhvervsankenævnets kendelse af 30. april 2013, hvori Erhvervsankenævnet stadfæstede Finanstilsynets afgørelse af 6. november 2012.

Af bestemmelsen ses, at det er markedsoperatøren, der har kompetencen til at foretage denne vurdering, idet markedsoperatøren beslutter, om en anmodning om sletning kan imødekommes eller afvises.

Bestemmelsen indeholder imidlertid ingen kriterier eller retningslinjer for, hvilke konkrete forhold og omstændigheder operatøren kan og skal lægge vægt på ved den samlede sandsynlighedsafvejning af, om eventuelle skadesvirkninger ved sletningen kan anses for at være "væsentlige" – og dermed have en sådan karakter, at undtagelsen (afvisning) opvejer udgangspunktet (imødekommelse).

3.2. Markedsoperatørens pligt til sikring af, at potentielle skadesvirkninger ikke er væsentlige

Det er Finanstilsynets vurdering, at bestemmelsen indeholder et forholdsvist vidt skøn for markedsoperatøren til selv at fastsætte ovennævnte kriterier eller retningslinjer. Det skyldes, at der ikke i loven eller lov-bemærkningerne findes konkrete forhold og omstændigheder, som nærmere præciserer, hvad der kan anses for at medføre en sandsynlig væsentlig skadesvirkning for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion.

I yderpunkterne er det Finanstilsynets vurdering, at en markedsoperatør på den ene side ikke ukritisk og uden at forholde sig til de mulige konsekvenser ved at imødekomme en anmodning om sletning fra handel kan imødekomme en sådan anmodning. Det skyldes, at markedsoperatøren i dette tilfælde ikke forholder sig til, om sletningen med en vis grad af *sandsynlighed* kan antages at medføre *væsentlige* skadesvirkninger til ugunst for investorenes interesse eller markedets ordentlige funktion ved sletningen.

Omvendt er det Finanstilsynets vurdering, at en markedsoperatør heller ikke kan opstille så mange kriterier og betingelser for at imødekomme en anmodning om sletning, at sletningen i praksis ikke kan lade sig gøre. Det skyldes, at dette i så fald vil stride mod bestemmelsens udgangspunkt – at en anmodning om sletning skal imødekommes.

Det er på denne baggrund Finanstilsynets vurdering, at med henblik på at iagttage og håndtere de ved sletningen potentielle/sandsynlige skadesvirkninger kan markedsoperatøren – inden for rammerne af § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. – opstille de kriterier og betingelser, som markedsoperatør finder nødvendige for at sikre sig, at markedsoperatøren både opfylder bestemmelsens udgangspunkt (imødekommelse af anmodningen) og udelukker sandsynligheden for, at imødekommelsen medfører væsentlig skade for investorenes interesser eller markedets ordentlige funktion.

3.3. *Praksis*

Finanstilsynet har kun én gang tidligere foretaget en vurdering af, om en markedsoperatør – i forbindelse med en anmodning fra et udstederselskab om sletning af dennes aktier fra handel på et reguleret marked – havde overholdt § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Sagen udsprang af en undersøgelse som led i Finanstilsynets generelle tilsynsvirksomhed og således ikke som led i Finanstilsynets særlige egenskab af rekursinstans, jf. § 88, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

Ved undersøgelsen undersøgte Finanstilsynet, hvilke kriterier og hensyn markedsoperatøren havde lagt til grund, da denne accepterede udstederens anmodning om sletning.

I den pågældende sag havde markedsoperatøren imødekommet en anmodning om sletning fra udstederen, hvor en storaktionær i selskabet på

tidspunktet for anmodningen om sletning besad ca. 71,31 pct. af aktierne og stemmerettighederne. Imødekommelsen var betinget af en række forhold, herunder;

At udstederen sikrede sig, at den pågældende storaktionær fremsatte et nyt købstilbud til aktionærene i udstederen.

At det nye købstilbud blev fremsat på vilkår svarende til vilkårene for en tvangsindløsning ved et købstilbud. Det betød konkret, at tilbudskursen mindst skulle svare til den højeste pris betalt af storaktionæren for køb (direkte eller indirekte) af aktier i udstederen gennem de seneste seks måneder før købstilbuddet.

At aktionærene i udstederen blev gjort opmærksom på konsekvenserne ved sletningen – herunder at aktionærene efterfølgende ikke ville modtage samme grad af informationer, og at der ikke ville være noget officielt marked for udstederens aktier.

Finanstilsynet fandt ved undersøgelsen ikke grundlag for at konkludere, at markedsoperatørens kontrolforanstaltninger, som indeholdt i operatørens forretningsgange, til varetagelse af beskyttelseshensynene efter § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. udgjorde en overtrædelse af reglerne i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet anerkendte dermed markedsoperatørens brug af konkrete kriterier og betingelser med henblik på at sikre, at markedsoperatøren både opfylder udgangspunkt i § 25, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. (imødekommelse af anmodningen) og samtidig udelukker sandsynligheden for, at imødekommelsen medfører *væsentlig* skade for investornes interesser eller markedets ordentlige funktion.

I den konkrete sag lagde Finanstilsynet bl.a. vægt på 1) fremmødet på selskabets generalforsamling, samt tilslutningen til forslaget om sletning, 2) at aktionærene i udstederen af tre omgange, via købstilbud fremsat af selskabets største aktionær, havde haft mulighed for at afhænde deres aktier til markedskurs eller over, samt 3) selskabets økonomiske situation (der var i den konkrete sag tale om et nødlidende selskab).

Finanstilsynet vurderede samtidig, at såfremt markedsoperatøren ikke havde imødekommet udstederens anmodning om sletning, ville dette have været til væsentlig ulempe for det flertal af de øvrige aktionærer, som til generalforsamlingen stemte for sletningen, eller som forholdte sig passive.”

Advokat C her den 14. juni 2016 besvaret en provokation fra klager på følgende måde:

”Klager har afgivet et skriftligt indlæg dateret 1. juni 2016.

Det pågældende indlæg indeholder ikke nye argumenter af betydning for sagen.

Klagers indlæg indeholder side 14 en provokation rettet mod B A/S ("selskabet), i det klager opfordrer Selskabet til at besvare følgende spørgsmål:

"Jeg kan forstå, at arbejdet med at byde på ... har stået på længe. Kan du som bestyrelsesformand afvise, at F K/S har haft kendskab til B A/Ss planer om at byde på ... inden gennemførelsen af det pligtmæssige købstilbud den 27. september 2015? Her tænkes der både som led i F K/S' due diligence samt øvrige dialog med B A/S."

Spørgsmålet bedømmes som aldeles irrelevant for det spørgsmål, der foreligger til afgørelse for Erhvervsankenævnet. Dette anfører Klager i øvrigt selv samme sted i sit indlæg, hvor det anføres, at

"Besvarelsen af dette spørgsmål i relation til F K/S er i øvrigt ikke afgørende for udfaldet af nærværende sag..."

På denne baggrund findes det ikke relevant at kommentere det anførte forhold.

Det skal pointeres at Erhvervsankenævnet udelukkende skal tage stilling til spørgsmålet om afnotering. Klager bruger meget plads på irrelevante forhold, herunder på spørgsmål om tvangsindløsning og kursfastsættelse. Det er derfor vigtigt på ny at pointere

- t der ikke foreligger en tvangsindløsning – aktionærene kan beholde deres aktier, A
- t kursfastsættelse blev påsat af Finanstilsynet i forbindelse med godkendelsen af tilbudsdokumentet, og dette kan ikke inddrages under nærværende sag. A

Endelig indikerer Klagers mange henvisninger til Selskabets bud på ..., at Klager indirekte gør gældende, at Selskabet ikke har overholdt oplysningsforpligtelserne. Berettigelsen heraf bestrides, men forholdet henhører i øvrigt ikke under Erhvervsankenævnet til afgørelse. Det bemærkes desuden, at ...[fondsbørsen] i sit indlæg af 25. maj 2016 nævner, at "... [fondsbørsen] ikke på det foreliggende grundlag [har] fundet anledning til at konkludere, at selskabet ikke har overholdt sin oplysningsforpligtelse i den konkrete situation omkring ...".

Afslutningsvis skal det fremhæves, at kompetencen til at behandle nærværende sag fremgår klart af VHPL § 88. At Erhvervsankenævnet har tiltaget sig kompetence til at behandle spørgsmålet om sletning fra optagelse til handel strider direkte mod den klare ordlyd i VHPL § 88. stk. 3. Når Erhvervsankenævnet på trods heraf vælger at behandle sagen, er det vigtigt, at Erhvervsankenævnet udviser betydelig tilbageholdenhed med at tilsidesætte de skøn, der rettelig bør foretages af ...[fondsbørsen] og Finanstilsynet. Som anført af såvel ...[fondsbørsen] som af Finanstilsynet

i deres indlæg, så er det klare udgangspunkt, at en begæring om afnotering skal imødekommes.”

Der har den 4. juli 2016 været afholdt mundtlig forhandling i sagen, hvor der i det væsentligste blev procederet i overensstemmelse med de afgivne processkrifter.

Ankenævnet udtaler:

Det af ...[fondsbørsen] og B A/S anførte kan ikke føre til en ændring af nævnets afgørelse af 14. april 2016, hvori det blev fastslået, at nævnet anser sig for kompetent til at træffe afgørelse, jf. ankenævnets kendelse af 14. april 2016.

Spørgsmålet om sletning fra handel og notering på et reguleret marked på baggrund af en anmodning fra udstederen af et værdipapir er reguleret i værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, bekendtgørelse nr. 1069 af 4. september 2007 (betingelsesbekendtgørelsen) § 14, stk. 2, samt ...[fondsbørsen]s regler for udstedere af aktier pkt. 2.9.

Af værdipapirhandelslovens § 25, stk. 3, fremgår:

”Stk. 3. Fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Sletning kan dog ikke foretages, hvis der er sandsynlighed for, at dette vil være til væsentlig skade for investorerne interesser eller markedets ordentlige funktion.”

Betingelsesbekendtgørelsen § 14, stk. 2, har følgende ordlyd:

”Stk. 2. Fremsætter en udsteder af værdipapirer anmodning om ophævelse af en officiel notering, skal anmodningen tages til følge, medmindre Finanstilsynet finder, at sletningen ikke er i investorerne, låntagernes eller værdipapirmarkedets interesse.”

Beføjelserne efter § 14, stk. 2, er i medfør af værdipapirhandelslovens § 83 a, stk. 1, nr. 2, ved bekendtgørelse nr. 1214 af 12. oktober 2007 (delegationsbekendtgørelsen) delegeret til ...[fondsbørsen].

I ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere af aktier pkt. 2.9. anføres det:

”... [fondsbørsen] kan i overensstemmelse med § 25 i Lov om værdipapirhandel træffe afgørelse om sletning fra handel”.

I lovbemærkningerne til bestemmelsen om sletning i § 25, stk. 3, (daværende § 26, stk. 3) i den oprindelige lov om værdipapirhandel fra 1995 lovforslag L 71 af 9. november 1995 er der blandt andet anført:

”...

Mens det for en udsteder er frivilligt at søge værdipapirer optaget til notering på en fondsbørs, har en udsteder, der har fået værdipapirer optaget til notering, ikke automatisk krav på at få en anmodning om sletning af et værdipapir fra noteringen imødekommet. En udsteders anmodning om sletning skal dog, jf., stk. 3, imødekommes, medmindre den pågældende fondsbørs ud fra en samlet vurdering finder, at sletningen ikke vil være i investorernes, låntagers og værdipapirmarkedets interesse.

...

Sletning vil kunne nægtes, såfremt bestyrelsen for en fondsbørs har formodning om, at dette vil være til skade for aktionærerne eller er egnet til at skaffe visse aktionærer eller andre en utilbørlig fordel på andre aktionærers eller selskabets bekostning.”

Ved den seneste ændring af bestemmelsen i § 25, stk. 3, i forbindelse med implementeringen af MiFID-direktivet i 2007 er det i lovbemærkningerne i L 20 af 4. oktober 2006 anført:

”De foreslåede stk. 3 og 4 viderefører de gældende bestemmelse i stk. 3 og 4, med de konsekvensrettelser, der følger af, at reglerne om optagelse til notering og om fondsbørser og autoriserede markedspladser ændres. Endvidere er der i stk. 3 sket en sproglig tilpasning til det foreslåede stk. 1.”

Der ses i forarbejderne til bestemmelsen i § 25, stk. 3, alene at være angivet få kriterier for den væsentlighedsvurdering, der efter bestemmelsen skal foretages af skadevirkningen for investorernes interesser eller markedets ordentlige funktion.

Af den vejledning til bestemmelsen, som fremgår af ...[fondsbørsen]s Regler for udstedere af aktier, og som ifølge ...[fondsbørsen]s oplysninger blandt andet er

baseret på tidligere sager, hvor et selskab har anmodet om sletning, anføres det vedrørende væsentlighedsvurderingen:

” ...

Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for investorernes interesser, vurderes det bl.a., om hensynet til minoritetsinteresserne er blevet tilstrækkeligt varetaget, eller om sletning vil give visse aktionærer urimelige fordele frem for andre aktionærer eller selskabet. Forslaget om sletning skal fremsættes som et separat punkt på dagsordenen på en generalforsamling, og ... [fondsbørsen] lægger i sin vurdering bl.a. vægt på aktionærdeltagelsen og på eventuelle indsigelser fra aktionærerne. En generalforsamlingsbeslutning om at slette selskabet fra handel på ... [fondsbørsen] begrundes derfor ikke i sig selv en sletning.

Når ... [fondsbørsen] tager stilling til, om sletning er til væsentlig skade for markedets ordentlige funktion, kontrolleres det bl.a. hvor mange cirkulerende aktier og aktionærer, der er i det pågældende selskab.

...”

Det retlige udgangspunkt og hovedreglen er således, at fremsætter en udsteder, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked anmodning om sletning fra handelen, skal operatøren af det regulerede marked tage anmodningen til følge. Er der tale om uvæsentlig skade, skal anmodningen om afnotering tages til følge i overensstemmelse med hovedreglen.

Manglende tilstedeværelse af en markedsplads for aktierne, og det faktum, at selskabet ikke længere vil være underlagt oplysningsforpligtelser, er ikke i sig selv forhold, som kan statuere væsentlig skade for investorernes interesser, da sletningen af et selskab fra handel på baggrund af en anmodning fra udsteder af værdipapiret i modsat fald ville umuliggøres, og da det ville være i direkte modstrid med ordlyden og formålet med § 25, stk. 3.

På B A/S' ekstraordinære generalforsamling den 22. oktober 2015, hvor hovedaktionæren F K/S havde fremsat forslag om sletning af selskabet fra handel og notering, deltog der aktionærer repræsenterende 92,28 % af selskabets kapital og stemmer. Dette svarer til 238 aktionærer ud af selskabets på daværende tidspunkt samlede antal navnenoterede aktionærer på 1.347, heraf 73 ved fysisk tilstedeværelse. Det af F K/S fremsatte forslag om selskabets sletning fra handel og notering

blev vedtaget med 86,84 % af det samlede antal afgivne stemmer. Af de 238 deltagende aktionærer stemte 5 for, 5 stemte blankt, mens 228 aktionærer, der repræsenterede 13,15 % af stemmerne, stemte imod.

Blandt de på generalforsamlingen deltagende aktionærer var der 9 minoritetsaktionærer, som tog ordet og talte imod forslaget om selskabets sletning fra handel og notering.

Den usikkerhed, der har været rejst om selskabets værdi, er ikke tilstrækkelig til at kunne konkludere, at F K/S har opnået en urimelig fordel på bekostning af de øvrige aktionærer eller selskabet.

Kursen på aktien i B A/S er steget væsentligt siden F K/S' fremsættelse af det frivillige offentlige købstilbud den 10. juli 2015 på 34 kr. pr. aktie - og det senere tillæg til købstilbuddet med forhøjelse af tilbudskursen til 40 kr. pr. aktie samt det efterfølgende pligtmæssige købstilbud på 40 kr. pr. aktie. Ankenævnet er enig med ...[fondsbørsen] i, at "det ikke er muligt for ... [fondsbørsen]" eller andre "at konkludere præcist, hvad det er, der har drevet den kraftige kursudvikling" men noterer sig, at aktionærene har haft mulighed for at sælge sine aktier til de væsentligt højere kurser.

Ankenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte de skøn, som ...[fondsbørsen] har udøvet, og som ligger til grund for ...[fondsbørsen]s afgørelse. Der er herved lagt vægt på de kontrolforanstaltninger til sikring af beskyttelseshensynene i lovgivningen, der er indgået i afgørelsen, og som Finanstilsynet som led i sin generelle tilsynsvirksomhed har anerkendt som tilstrækkelige kontrolforanstaltninger til sikring af beskyttelseshensynene i § 25, stk. 3, 2. pkt. i lov om værdipapirhandel m.v., i forbindelse med ...[fondsbørsen]s vurderinger ved et selskabs anmodning om sletning, jf. det af ...[fondsbørsen] til ankenævnet fremsendte indlæg af 3. maj 2016.

Nævnet bemærker hertil, at de selskabsretlige minoritetsbeskyttelsesregler er iagttaget ved afnoteringen, og bemærker, at minoritetsaktionærene efter afnoteringen fortsat er omfattet af de selskabsretlige minoritetsbeskyttelsesregler.

Ankenævnet lægger endvidere vægt på, at hovedaktionæren og andre i forbindelse med afnoteringen har fremsat i alt 4 frivillige købstilbud og et pligtmæssigt tilbud, og at aktionærerne således har haft mulighed for at afhænde deres aktier frem til afnoteringen til de tilbudte kurser og eller til de væsentligt højere noterede kurser.

Ankenævnet stadfæster derfor ...[fondsbørsen]s afgørelse af 24. februar 2016.

4.7. HVIDVASKLOVEN

30) Kendelse af 25. februar 2016 (J.nr. 2016-6584).

Tiltrædelse af påbud om, at klageren skal legitimere sine fysiske kunder.

Hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 11, § 6, § 12, § 14 og § 23.

(Sys Rovsing, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. juni 2015 har advokat A på vegne af K klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 8. maj 2015 har påbudt selskabet fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2, at notere og opbevare resultatet af undersøgelser ved større vekslinger samt at legitimere sine fysiske kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 14, stk. 1, jf. § 12, stk. 2, herunder indhente oplysninger om fysiske kunders adresse ved vekslinger, der overstiger 1.000 euro, i form af sundhedskort eller anden form for dokumentation.

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. maj 2015 hedder det:

”Afgørelse om overholdelse af hvidvaskloven

1. Indledning

Erhvervsstyrelsen aflagde den 9. april 2015 et kontrolbesøg hos K, CVR-nr. 10008263.

Formålet med besøget var at føre tilsyn med vekselkontorets overholdelse af hvidvaskloven.

2. Afgørelse

Erhvervsstyrelsen træffer i medfør af § 32, stk. 5 i hvidvaskloven afgørelse om, at:

- K fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2 skal notere og opbevare resultatet af undersøgelser foretaget ved større vekslinger.
- K fremover skal legitimere sine fysiske kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 14, stk. 1, jf. § 12, stk. 2, herunder indhente oplysninger om fysiske kunders adresse ved vekslinger, der overstiger 1.000 euro, i form af sundhedskort eller anden form for dokumentation.

- K senest den 5. juni 2015 skal ændre sine skriftlige interne regler således at disse opfylder kravene i hvidvasklovens § 25 og indsende kopi heraf til Erhvervsstyrelsen.

Opmærksomheden henledes på, at forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af hvidvasklovens § 6, stk. 2, § 12, stk. 2-3, § 14, stk. 1 og § 25, stk. 1, kan straffes med bøde, jf. lovens § 37, stk. 1. Ved særligt grove eller omfattende forsætlige overtrædelser af § 12, stk. 2-3, § 14, stk. 1 og § 25, stk. 1, kan straffen stige til fængsel indtil seks måneder, jf. § 37, stk. 2.

3. Sagsfremstilling

Erhvervsstyrelsen var den 9. april 2015 på et uanmeldt kontrolbesøg i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 1 og 4, hos K på vekselkontorets adresse.

I besøget deltog vekselkontorets stifter og direktør B. Fra Erhvervsstyrelsen deltog C, D og E.

Styrelsen spurgte indledningsvist ind til vekselkontorets aktiviteter.

Vekselkontoret oplyste at K, udover det pågældende kontor, består af yderligere 5 kontorer beliggende på ..., ..., ..., ... og et datterselskab i Kontorerne i Danmark hører alle under samme CVR-nr.

Alle kontorerne har adgang til et fælles IT-system, hvor kundeoplysninger registreres. Administration af systemet og de elektroniske kundeoplysninger varetages af kontoret i

Vekselkontoret oplyste videre, at der på ... er 4 ansatte inklusiv direktøren selv. Udover valutaveksling oplyste vekselkontoret, at de håndterer pengeoverførelser i samarbejde med F samt girobetalingsservice.

Vekselkontoret oplyste at være bekendt med hvidvaskloven via kurser igennem F samt løbende rådgivning fra deres advokat.

Styrelsen spurgte dernæst ind til vekselkontorets kunder.

Vekselkontoret oplyste, at K har en samlet kundeportefølje på 2.190 kunder, hvoraf 90 % er private kunder. Primært håndteres vekslinger for fysiske, private kunder på beløb under 7.500 kr. Det oplystes endvidere, at alle kunder med vekslinger på over 1.000 euro tilbydes et medlemskort og oprettes med et kundenummer.

Styrelsen oplyste i den forbindelse om de forskellige krav til legitimation og identifikation, der gælder for vekslinger over 1.000 euro for henholdsvis fysiske kunder og virksomhedskunder. Styrelsen fremhævede særligt, at fremvisning og kopi af sundhedskort eller tilsvarende dokumentation af kundens adresse, skal indhentes og opbevares på samme vis som billeddokumentation.

Vekselkontoret oplyste, at de ikke var bevidst om, at der også skulle tages kopi af sundhedskortet udover billede-ID.

Styrelsen pointerede, at vekselkontoret i forbindelse med et kontrolbesøg skal kunne dokumentere, at der er sket tilstrækkelig kundelegitimering, herunder indhentet adresseoplysning, styrelsen anbefaler, at sådan dokumentation af bevismæssige årsager foreligger i kopi.

Vekselkontoret oplyste, at de har abonnement til Folkeregistret og at kontoret i Ishøj tjekker kundens adresse løbende inden for et år som en del af vekselkontorets opdatering og ajourføring af kundeporteføljen.

Styrelsen gjorde opmærksom på, at legitimering af en kundes adresseoplysning skal foretages forud for vekslingen eller senest på samme tidspunkt som denne, og at det ikke er tilstrækkeligt at kontrollen sker efterfølgende.

Vekselkontoret oplyste, at der på ... kun kommer private kunder, og ingen virksomhedskunder. Da styrelsen spurgte ind til forskellen på de to typer af kunder kunne vekselkontoret imidlertid ikke redegøre for, hvordan de identificerede, om en kunde var privat eller virksomhed. Vekselkontoret oplyste, at deres kunder altid oplyste at vekslingen blev foretaget som privatperson.

Vekselkontoret oplyste imidlertid at være bekendt med de forskellige krav til legitimation for fysiske kunder og virksomhedskunder, herunder at der for virksomhedskunder skal indhentes CVR-udskrift.

Styrelsen spurgte ind til vekselkontorets kendskab til legitimering og identifikation af den reelle ejer samt klarlægning af virksomhedskundens ejer- og kontrolstruktur.

Vekselkontoret oplyste, at de virksomhedskunder, der veksler i deres butikker, kun er enkeltmandsvirksomheder, hvorfor vedkommende, som henvender sig, altid er den reelle ejer.

Under besøget spurgte styrelsen ind til vekselkontorets kendskab til opmærksomhedspligten.

Vekselkontoret oplyste, at de er opmærksomme på kundernes ageren og fremtoning, og afviser at foretage en veksling, hvis en kundes adfærd virker mistænkelig. Vekselkontoret oplyste videre, at der i sådanne tilfælde ikke indberettes til SØIK.

Styrelsen oplyste om pligten til og vigtigheden af underretning til Hvidvasksekretariatet i alle tilfælde, hvor en kundes veksling giver anledning til mistanke om hvidvask, også selvom vekslingen ikke fuldføres.

Vekselkontoret oplyste endvidere, at der ved alle vekslinger over 10.000 euro spørges ind til, hvor beløbet stammer fra.

Styrelsen oplyste supplerende, at vekselkontoret er forpligtet til at undersøge mistænksomme og store vekslinger ved at spørge ind til formålet med vekslingerne og notere forklaringen ned.

Styrelsen gjorde i den forbindelse opmærksom på, at når der er fundet behov for at spørge ind til formålet med en veksling, skal dette noteres på sagen og opbevares. Styrelsen oplyste videre, at det er styrelsens opfattelse, at en forklaring om at kunden skal rejse, ikke er uddybende nok. Undersøgelsespligten skal iagttages ud fra en risikovurdering ved hver enkelt kunderelation.

Vekselkontoret oplyste at være bekendt med indberetningsproceduren via SØIKs hjemmeside, og at de har indberettet 450-500 vekslinger inden for det sidste år gældende for alle K' danske kontorer.

Vekselkontoret oplyste, at de løbende og senest for ca. ½ år siden holdt møde med SØIK, hvor det blev aftalt, at alle vekslinger over 75.000 kr. automatisk indberettes.

Styrelsen oplyste i den forbindelse, at det ikke alene er beløbsstørrelsen, der er afgørende for, om der skal ske indberetning til hvidvasksekretariatet.

Styrelsen anmodede om på stedet at gennemse dokumentation for samtlige af Amagerkontorets vekslinger foretaget i 2014 og 2015.

Styrelsen konstaterede at der for et stort antal af vekslingerne alene var taget kopi af billede-ID, men at adresseoplysninger kun var indtastet i IT-systemet, uden at det for styrelsen var synligt, hvilken dokumentation, der var indhentet af vekselkontoret. Endvidere fandt styrelsen flere vekslinger, hvor sundhedskort udgjorde eneste kundelegitimation.

I de tilfælde, hvor sundhedskort var eneste dokument, efterså styrelsen om der forelå yderligere legitimation på kunderne i IT-systemet. Dette var ikke tilfældet.

Vekselkontoret oplyste, at kunder, som kun foreviser sundhedskort, bliver spærret i systemet, således at de næste gang ikke kan veksle førend billed-ID fremvises.

Hertil bemærkede styrelsen, at der desuagtet var foretaget vekslinger på beløb over 1.000 euro, og at det i den forbindelse er underordnet, at kunden spærres for fremtidige vekslinger. Styrelsen indskærpede, at der ikke må foretages vekslinger på beløb over 1.000 euro, hvis ikke kunden legitimeres.

Styrelsen konstaterede, at der generelt ikke ses at være fremvist sundhedskort eller tilsvarende adresseoplysning, idet der hverken foreligger kopi af sådan dokumentation eller er gjort notering om, at dokumentation er fremvist.

Styrelsen medtog kopi af et antal vekslinger, hvoraf det kan ses, at enten billed-ID eller adresseoplysning mangler.

Vekselkontoret forklarede, at der spørges ind til formålet med vekslingen og at IT-systemet blokerer, så der ikke kan arbejdes videre, hvis ikke der noteres noget ned på kunden ved vekslinger over 1.000 euro.

Ved gennemgang af stikprøver af konkrete vekslinger og tilsvarende elektronisk søgning i kundedatabasen kunne styrelsen konstatere, at de pågældende noteringer eksempelvis blot refererer, hvilket beløb kunden har solgt/købt for, mens der ikke redegøres for formålet med vekslingen.

4. Begrundelse

K driver bl.a. erhvervsmæssig virksomhed med valutaveksling og er således omfattet af hvidvaskloven i henhold til lovens § 1, stk. 1, nr. 11.

Opmærksomheds- og undersøgelsespligt

Det fremgår af hvidvasklovens § 6, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal være opmærksom på kundernes aktiviteter, som på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller terrorfinansiering. Dette gælder især komplekse eller usædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre i forhold til kunden.

Det fremgår af lovens § 6, stk. 2, at formålet med de transaktioner, der er nævnt i stk. 1, skal undersøges, og resultaterne heraf skal noteres og opbevares, jf. lovens § 23.

Ved styrelsens gennemgang af vekselkontorets bilag kunne det konstateres, at der ikke er sket tilstrækkelig notering på sagerne, idet formålet med vekslingen ikke fremgår.

På den baggrund er det styrelsens vurdering, at vekselkontoret, ved ikke at have noteret vekslingernes formål ned på sagerne, ikke har overholdt sin noteringspligt, og dermed overtrådt lovens § 6, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen skal for god ordens skyld oplyse, at det er styrelsens opfattelse, at en fast procedure om indberetning af alle vekslinger over 75.000 kr., ikke fritager vekselkontoret fra sit ansvar efter hvidvaskloven til at undersøge formålet med større eller usædvanlige vekslinger og til at notere og opbevare resultatet af disse undersøgelser.

Ved fremtidige vekslinger af store beløb skal vekselkontoret således, uanset om vekslingen underrettes til Hvidvasksekretariatet, sørge for at få spurgt ind til, hvor beløbet kommer fra, og hvad det vekslede beløb skal anvendes til.

Legitimation m.v.

I henhold til hvidvasklovens § 12, stk. 1, skal de af loven omfattede virksomheder og personer have kendskab til deres kunder i overensstemmel-

se med § 12, stk. 2-8, herunder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages forretningsmæssig forbindelse.

Det fremgår af § 12, stk. 2, at når kunden er en fysisk person, skal legitimationen omfatte navn, adresse og CPR-nr. eller anden lignende dokumentation, hvis den pågældende ikke har et CPR-nr.

I henhold til § 14, stk. 1, kan kravene i § 12 undlades, ved bistand til lejlighedskunder med enkeltstående transaktioner på under et beløb, der modsvarer værdien af 1.000 euro.

Styrelsen kunne ved en gennemgang af vekslingerne konstatere, at der i visse tilfælde kun sker kundelegitimering på baggrund af billede-ID. For så vidt angår kundernes adresseoplysning kunne vekselkontoret ikke dokumentere, at der var indhentet sundhedskort eller tilsvarende.

Af vekselkontorets oplysninger kan det endvidere konstateres, at den af kunden oplyste adresse ikke altid kontrolleres samtidig med, at vekslingen foretages. Det er ikke dokumenteret, at kravene er lempet ud fra en risikovurdering.

Endvidere kunne styrelsen konstatere, at der i visse tilfælde alene forelå dokumentation på kundens adresse, men intet billed-ID. Desuagtet er de pågældende vekslinger på beløb over 1.000 euro gennemført.

På den baggrund, er det styrelsens vurdering, at vekselkontoret ikke har indhentet tilstrækkelig legitimationsdokumentation for sine fysiske kunder, og dermed har overtrådt hvidvasklovens § 12, stk. 2.

Interne retningslinjer

Efter en gennemgang af vekselkontorets interne regler anser styrelsen disse for mangelfulde i forhold til hvidvasklovens § 25 på følgende punkt:

- 1) Ajourføring:** Reglerne indeholder intet om, hvordan kundeoplysningerne løbende holdes opdateret.

På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at vekselkontoret ikke har udarbejdet tilstrækkelige skriftlige interne regler.
..."

I klageskrivelse af 2. juni 2015 har advokat A anført:

"...

De punkter, som K ikke er enig i, er følgende:

- K fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2 skal notere og opbevare resultatet af undersøgelser ved større vekslinger.

- K fremover skal legitimere sine fysiske kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 14, stk. 1, jf. § 12, stk. 2, herunder indhente oplysninger om fysiske kunders adresse ved vekslinger, der overstiger 1.000 euro, i form af sundhedskort eller anden form for dokumentation.

K har imødekommet Erhvervsstyrelsens afgørelse om at ændre sine skriftlige interne regler med en tilføjelse om opdatering af kundeoplysninger, jfr. § 25. Der er tale om en de facto formalisering af de interne regler, hvorved der sker opdatering af kundeoplysningerne en gang i kvartalet.

Jeg anmoder samtidig om, at afgørelsen af 8. maj fjernes fra Erhvervsstyrelsens hjemmeside og korrigeres i overensstemmelse med Erhvervsankenævnets afgørelse.

Indledning

Indledningsvis oplyses, at undertegnede har været fast advokat for K i over 10 år. I den periode har jeg bistået selskabet med en række sager og har ydet rådgivning i relation til Lov om finansiel virksomhed samt Lov om betalingstjenester. Samtidig har undertegnede og konsulent G, som har en baggrund som chefkonsulent i Finanstilsynet, rådgivet om hvidvaskloven, herunder været behjælpelig med udarbejdelse af K's interne regler om hvidvaskloven. I den periode, hvor vi har været advokater for K, har direktør B været direktør og eneejer af koncernen.

K har stedse ønsket at overholde den finansielle lovgivning til punkt og prikke, herunder naturligvis Lov om hvidvask. I den anledning har mit kontor bistået K i betydeligt omfang, herunder arrangeret møde med SØIK med henblik på at sikre, at forretningsgangen hos K overholder myndighedernes krav.

Selskabets ca. 500 indberetninger fra de danske afdelinger i 2014 dokumenterer, at K forholder sig kritisk til de enkelte ekspeditioner.

K påbegyndte virksomheden i 1999. I år 2000 åbnede K en afdeling i Sverige under navnet H. I 2001 åbnede K en filial på ..., som drives fra adressen, K åbnede en filial på adressen ... i 2000 og en filial i ... i 2012. Filialen i ... fungerer i dag som koncernens hovedkontor. Virksomheden har løbende udbygget sin virksomhed med veksling af valuta samt betalingsformidling.

Det understreges, at K er fuldstændig enig i, at indberetninger af alle vekslinger over kr. 75.000 ikke fritager K fra sit ansvar efter hvidvaskloven til at undersøge formålet med usædvanlige vekslinger. K indberetter alle mistænkelige transaktioner, uanset beløb.

Som det ligeledes fremgår af Erhvervsstyrelsens afgørelse, har K under mødet hos SØIK den 23. oktober 2014 aftalt, at alle vekslinger over kr. 75.000 automatisk indberettes til SØIK.

Nærværende klage har først og fremmest til formål at få fastslået, at Ks praksis efterlever hvidvaskloven, og at kravene til dokumentation m.m. svarer til kravene til banker og andre vekselkontorer.

Ad Punkt 1 – ”K fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2 skal notere og opbevare resultatet af undersøgelser foretaget ved større vekslinger.”

I Erhvervsstyrelsens begrundelse, under punkt 4, er det blandt andet anført, at det er styrelsens vurdering, at vekselkontoret, ved ikke at have noteret vekslingsens formål ned på sagerne, ikke har overholdt sin noteringspligt og dermed overtrådt lovens § 6, stk. 2.

K er ikke enig i denne vurdering.

Som K allerede har meddelt i mail af 11. maj 2015, som vedhæftes, indberetter K alle mistænkelige transaktioner til SØIK. Transaktioner på kr. 75.000 bliver indberettet konsekvent, uanset om der er mistanke eller ej.

Styrelsen anfører alene det formelle krav, at der ikke er sket tilstrækkelig (fremhævnungen er sket af undertegnede) notering på sagerne. Styrelsen anfægter imidlertid ikke, at K stiller spørgsmålene eller selskabets risikovurdering.

K gør gældende, at kravet om formålsangivelse er opfyldt ved, at lejlighedskunder oplyser ”rejseformål”. For faste kunders vedkommende er ”rejseformål” det typiske formål med etablering af kundeforholdet. Der er derfor ikke behov for at notere det ved hver ekspedition. Spørgsmål til kunden sker på grundlag af en risikovurdering.

K har drøftet dette forhold med SØIK, som har understreget, at selskabet skal foretage en risikovurdering. I denne vurdering kan medarbejderne f.eks. se, når en fast kunde tidligere har tilbagevekslet overskydende rejsevaluta. Selskabet mener efter bedste evne at opfylde lovens § 6, stk. 2 ved at angive formålet.

Efter K’ møde med SØIK er det en fast forretningsgang hos K, at der ved enhver transaktion over EUR 1.000 spørges ind til formålet med transaktionen, ligesom svaret noteres på edb-anlægget.

K er af den opfattelse, at kravet om, at der skal spørges ind til, hvor beløbet kommer fra, når der ikke er tale om en mistænkelig transaktion, ikke har hjemmel i loven, ligesom en meget specificeret notering af, hvad beløbet skal anvendes til under en ferie, heller ikke har hjemmel i loven.

Ad Punkt 2 - Legitimation mv.

Erhvervsstyrelsen anfører blandt andet (side 6), at:

”Styrelsen kunne ved en gennemgang af vekslingerne konstatere, at der i visse tilfælde kun sker kundelegitimering på baggrund af billede-ID. For så vidt angår kundernes adresseoplysning kunne vekselkontoret ikke dokumentere, at der var indhentet sundhedskort eller tilsvarende.”

K er af den opfattelse, at de adresseoplysninger, som hvidvaskloven kræver, dokumenteres i oplysningerne fra CPR registeret. Oplysningerne er nyere end oplysningerne på et sundhedskort og giver dermed en mere pålidelig registrering end sundhedskortet. Logningen af svaret fra CPR registeret udgør dokumentation for, at kontrollen af adressen har fundet sted. Erhvervsstyrelsen ser bort fra, at K registrerer adresseoplysning på grundlag af oplysninger fra CPR registeret.

Det er videre K’ opfattelse, at kravet om kopi af sundhedskortet i forhold til K strider mod Erhvervsstyrelsens opgaver i forbindelse med afskaffelse af unødige administrative byrder.

K har noteret sig, at det krav om kopi af sundhedskortet, Erhvervsstyrelsen stiller til K, ikke stilles til andre virksomheder. K har således erfaret, at virksomheder som F, I ikke tager kopi el.lign. af deres kunders legitimationskort. Derimod er det, ifølge det oplyste, praksis, at bankerne, herunder SIFI-banker, taster oplysningerne ind i deres IT-system, herunder hvilken slags ID kunden har anvendt. Erhvervsstyrelsen bør ikke forskelsbehandle et vekselkontor som K og andre vekselkontorer/banker.

Ad Punkt 3 – ”K senest den 5. juni 2015 skal ændre sine skriftlige interne regler således at disse opfylder kravene i hvidvasklovens § 25 og indsende kopi heraf til Erhvervsstyrelsen.”

K har indsendt en opdateret udgave af selskabets hvidvaskinstruks til Erhvervsstyrelsen, hvor det bliver indføjet, at K som minimum opdaterer hvidvaskinstruksen mindst én gang om året, jf. hvidvasklovens § 25. ...

Der vedlægges en beskrivelse af K’ procedure, der omhandler identitetsoplysninger, dokumentationskrav mm. Denne beskrivelse er blevet forelagt Finanstilsynet og SØIK i forbindelse med ansøgningen om tilladelse til betalingsformidling.

...

Undertegnede anmoder på vegne K om mulighed for mundtlig forelæggelse, idet K vil være repræsenteret af undertegnede samt lic.jur. G.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 21. juli 2015 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Den 20. maj [9. april] 2015 aflagde Erhvervsstyrelsen et uanmeldt kontrolbesøg hos K i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 1 og 4.

Kontrolbesøget blev foretaget på baggrund af en generel risikovurdering og havde til formål at føre tilsyn med vekselkontorets overholdelse af hvidvaskloven.

På mødet deltog vekselkontorets ejer og direktør B og fra Erhvervsstyrelsen deltog fuldmægtig E, fuldmægtig D samt tilsynsførende C.

Under mødet spurgte styrelsen ind til vekselkontorets aktiviteter og generelle kendskab til hvidvaskloven.

Som afslutning på mødet anmodede styrelsen om på stedet at gennemse dokumentation for samtlige af kontorets vekslinger foretaget i 2014 og 2015, hvoraf styrelsen udtog et antal vekslinger til nærmere gennemgang.

Resultatet af kontrolbesøget, herunder de udtagne stikprøver, førte til styrelsens afgørelse af 8. maj 2015 med påbud om, at K fremover, i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2, skal notere resultatet af undersøgelser foretaget ved større vekslinger ned og opbevare disse. Endvidere indeholdte styrelsens afgørelse påbud om i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 2, jf. § 14, stk. 1, at legitimere fysiske kunder, herunder indhente adresseoplysninger ved vekslinger, der overstiger beløb på 1.000 euro.

Ad. Noteringspligten

Erhvervsstyrelsens gennemgang af de udtagne vekslinger viste, at vekselkontoret ikke, i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2, noterer resultatet af undersøgelser ned på sagerne, hvor en veksling grundet beløbets størrelse har foranlediget nærmere undersøgelser.

Vekselkontoret forklarede, at der spørges ind til formålet med vekslingen og at IT-systemet blokerer, så der ikke kan arbejdes videre i systemet, hvis ikke der noteres noget ned på kunden ved vekslinger på beløb over 1.000 euro.

De noteringer, som styrelsen observerede under kontrolbesøget, angav eksempelvis blot det beløb, som kunden havde solgt/købt for, mens der ikke var noteret noget ned omkring formålet med vekslingen. Til illustration vedlægges bilag A, hvoraf det ses, at der i skærbilledets noteringsfelt alene er angivet kommentaren: ”Kunden har kpt ock såld for ca. 97.000 dkk de senaster 12 måneder”.

Ovenstående observeringer førte til styrelsens konstatering af, at der er sket utilstrækkelig notering af resultatet af de undersøgelser, som vekselkontoret har fundet anledning til at foretage.

Under kontrolbesøget oplyste vekselkontoret, at der havde været afholdt møde med Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (herefter SØIK), hvor det blev aftalt, at alle vekslinger over 75.000 kr. automatisk indberettes.

I e-mail af 11. maj 2015 (bilag B) fra K til Erhvervsstyrelsen anfører vekselkontoret imidlertid, at det er blevet misforstået, at K har aftalt med SØIK, at transaktioner over 75.000 kr. indberettes automatisk.

I klagen fra klagers advokat anføres det, at transaktioner på 75.000 kr. konsekvent indberettes, og at det på mødet med SØIK den 23. oktober 2014 blev aftalt, at alle vekslinger over 75.000 kr. automatisk indberettes.

Af ovenstående fremgår det således, at klager og klagers advokat har uoverensstemmende opfattelser omkring, hvorvidt der er indgået den pågældende aftale med SØIK eller ej.

Styrelsen har ved e-mail af 25. juni 2015 rettet henvendelse til SØIK vedrørende forekomsten af en sådan aftale.

Ved e-mail af 7. juli 2015 (bilag C) oplyser SØIK, at der ikke er indgået aftaler af den nævnte art med vekselkontoret.

Ad. Legitimering

Af de stikprøver, som Erhvervsstyrelsen udtog under kontrolbesøget, fremgik det, at der for et stort antal af vekslingerne (jf. bilag D-G) alene var taget kopi af billed-ID, mens adresseoplysninger kun var indtastet i IT-systemet, uden at det for styrelsen var synligt, hvilken verificeringsdokumentation, vekselkontoret havde indhentet på kunden.

Styrelsen konstaterede således, at det generelt ikke ses at være godtgjort, at der er fremvist sundhedskort eller tilsvarende dokumentation for adresseoplysning, idet der hverken forelå kopi af sådan dokumentation eller var gjort notering på sagen om, hvilken dokumentation, der var fremvist af kunden.

Derudover fandt styrelsen to vekslinger for en kunde (jf. bilag H), begge på beløb over 1.000 euro, hvor sundhedskort udgjorde eneste kundelegitimation. I dette tilfælde efterså styrelsen, om der forelå yderligere legitimation på kunden i vekselkontorets IT-system, hvilket ikke var tilfældet.

Endelig fandt styrelsen en veksling på 2.255 euro, hvor der slet ikke var indhentet ID på kunden (jf. bilag I).

Vekselkontoret oplyste under tilsynsbesøget, at kunder, som kun foreviser sundhedskort, bliver spærret i systemet, således at de næste gang ikke kan veksle førend billed-ID også fremvises.

Hertil bemærkede styrelsen, at det er underordnet, at kunden spærres for fremtidige vekslinger og indskærpede derudover, at der ikke må foretages vekslinger på beløb over 1.000 euro, hvis ikke kunden samtidig legitimeres.

Klagers advokat anfører i sin klage, at ”kravet om kopi af sundhedskort i forhold til K strider mod Erhvervsstyrelsens opgaver...”.

Det bemærkes, at styrelsen hverken under kontrolbesøget eller i sin afgørelse har fremsat noget krav om, at kopi af sundhedskort skal foreligge. Derimod har styrelsen i sin afgørelse lagt vægt på, at det for styrelsen ikke kunne godtgøres, at der var sket legitimering af kundens adresse, idet der hverken forelå kopi af dokumentation eller var noteret noget ned om, at sådan verificerende dokumentation var fremvist af kunden.

I relation til klagers advokats henvisning til virksomheder som F og I bemærkes for god ordens skyld, at disse virksomheder ikke hører under Erhvervsstyrelsens tilsynsvirksomhed. De pågældende virksomheder er henholdsvis pengeoverførelses- og bankvirksomhed, som er underlagt Finanstilsynet.

I relation til ovenstående anfører klagers advokat i sin klage, at det er ”praksis, at bankerne, herunder FI-banker, taster oplysninger ind i deres IT-system, herunder hvilken slags ID kunden har anvendt”.

Hertil kan styrelsen påpege, at det under kontrolbesøget blev konstateret, at vekselkontoret netop ikke har gjort notering på deres sager om, hvilken dokumentation en kunde har anvendt.

For så vidt angår vekselkontorets indhentelse af kundens CPR-nr. oplyste vekselkontoret, at deres administration på kontoret i Ishøj løbende efterter CPR-oplysninger i CPR-registret.

Ovenstående procedure sker således ikke på samme tidspunkt som etableringen af kundeforholdet eller udførelsen af en transaktion.

Styrelsen gjorde i den forbindelse opmærksom på, at legitimation af kunden skal ske forud for eller senest på samme tidspunkt som vekslingen foretages, og at en efterfølgende kontrol af de afgivne CPR-oplysninger ikke er tilstrækkelig.

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af § 1, stk. 1, nr. 11, i hvidvaskloven [Lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme med senere ændringer], at loven finder anvendelse på virksomheder og personer, der erhvervsmæssigt udøver virksomhed med valutaveksling.

Det følger desuden af lovens § 32, stk. 1, at valutavekslingsvirksomhed er under tilsyn af Erhvervsstyrelsen.

Det følger af § 6, stk. 1 i hvidvaskloven, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal være opmærksom på kundens aktiviteter, som på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme. Dette gælder især komplekse

eller usædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden.

Opmærksomhedspligten gælder i forhold til både faste kundeforhold og lejlighedskunder og skal iagttages efter objektive kriterier, herunder usædvanlige store kontantbeløb, som skal vurderes forholdsmæssigt i forhold til kundens økonomi, jf. vejledning til hvidvaskloven [Vejledning om lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven), j.nr. 1911-0022.], kapitel 14.2.

Af hvidvasklovens § 6, stk. 2 følger det, at når der er fundet anledning til at undersøge et forhold nærmere, skal resultatet af sådanne undersøgelser noteres ned og opbevares i overensstemmelse med lovens § 23.

Noteringspligten omfatter faktuelle omstændigheder om kunden og transaktionen samt en konklusion, og notatet skal være tilstrækkeligt til at genopfriske hukommelsen og give andre en forståelse af sagen., jf. vejledning til hvidvaskloven, kapitel 14.3, pkt. 24.

En notering af hvilket beløb, der er vekslet for, eller enkeltstående bemærkninger som eksempelvis ”rejseformål”, giver således efter styrelsens opfattelse ikke de oplysninger, der i henhold til vejledningen er påkrævet, hvorfor vekselkontorets noteringer må anses for utilstrækkelige.

Vekslinger af større beløb bør i sig selv føre til nærmere undersøgelser af vekslingens formål og midlernes oprindelse, idet enhver mistanke skal kunne afkræftes helt, jf. hvidvasklovens § 7, stk. 1.

”Kend din kunde”-princippet er et grundlæggende element i bekæmpelsen mod hvidvask og finansiering af terrorisme. For at sikre dette kendskab indeholder loven en række krav til identifikation og legitimation, som skal opfyldes.

Identifikations- og legitimationskravene gælder for enhver transaktion på beløb, der modsvarer værdien af 1.000 euro eller derover, jf. lovens § 14, stk. 1.

I henhold til hvidvasklovens kapitel 4, skal der foretages identificering af virksomhedens kunder, hvilket for alle fysiske kunder medfører, at oplysninger i form af navn, adresse og CPR-nr. skal indhentes og registreres, jf. lovens § 12, stk. 2.

Således skal de af loven omfattede virksomheder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages forretningsmæssig forbindelse med disse, jf. § 12, stk. 1. Efter bestemmelsens stk. 2, skal sådan legitimation bl.a. omfatte adresse.

I henhold til vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.1, pkt. 48, skal en fysisk kundes adresse altid indgå i identitetsoplysningerne. Ydermere skal adressen være kundens permanente adresse (bopæl), og indhentes

adressen ikke, skal virksomheden kunne begrunde over for tilsynsmyndigheden, at indhentelse af adresse på kunden ikke er nødvendig, jf. vejledningens pkt. 50.

Der stilles ikke krav om forevisning af billedlegitimation i hvidvaskloven, men denne form for legitimation er imidlertid en sikker legitimationsmåde, når en kunde møder fysisk op, da virksomheden herved har mulighed for at sammenligne personens ansigt med billedet på legitimationsdokumentet. Det anbefales derfor, at virksomheden forlanger forevisning af billedlegitimation udstedt af offentlig myndighed, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2.1, pkt. 58.

Virksomheden skal altid være overbevidst om, at kunden er den, som kunden udgiver sig for at være. Således må der ikke foreligge omstændigheder, som kan give anledning til tvivl herom, jf. vejledningens pkt. 55.

En risikovurdering kan aldrig føre til, at der slet ikke foretages nogen form for legitimationshandling.

Er virksomheden sikker på kundens identitet som følge af, at kunden eksempelvis er familiemedlem eller en offentlig kendt person, kan legitimationshandlingen efter omstændighederne være udført ved en konstatering heraf. Begrundelsen for, at der ikke er indhentet legitimationsdokumenter, fordi kunden er kendt, skal imidlertid noteres på sagen, jf. vejledningens kapitel 10.4.2, pkt. 39.

Kravet om indhentelse af identitetsoplysninger på virksomhedens kunder omfatter, at virksomheden opbevarer oplysninger om, hvilke legitimationsdokumenter, der er anvendt. Det forudsættes, at virksomheden kan godtgøre over for tilsynsmyndigheden, at legitimationsproceduren har været tilstrækkelig., jf. vejledningens kapitel 16.2, pkt. 5.

Det følger af hvidvasklovens § 13, stk. 1, 1. pkt., at legitimationsproceduren skal afsluttes i forbindelse med etablering af kundeforholdet, dog senest inden udførelse af transaktionen. En verificering af de af kunden afgivne legitimationsoplysninger, efter en transaktion er gennemført, fx via efterfølgende opslag i CPR-registeret, anses således ikke i overensstemmelse med lovens krav til legitimationsproceduren.

I henhold til vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.7.1, pkt. 204, kan kravet om, at legitimationsproceduren skal være afsluttet senest inden udførelsen af transaktionen, ikke fraviges ud fra en risikovurdering.

Klagerens advokat har i øvrigt ikke fremført argumenter eller forhold, der giver styrelsen anledning til at ændre sin afgørelse, hvorfor styrelsen indstiller til, at Erhvervsankenævnet tiltræder den påklagede afgørelse.”

I skrivelse af 11. august 2015 har advokat A yderligere anført:

”...

Overordnede kommentarer

Indledningsvis kan det konstateres, at Erhvervsstyrelsen ikke forholder sig til det forhold, at K siden mødet i SØIK i efteråret 2015 har udbygget sine registreringssystemer, så selskabet på tidspunktet for kontrolbesøget automatisk opfyldte hvidvaskloven ved

- At alle formålsangivelser og oplysninger om, hvor pengene ”kommer fra” registreres systematisk (Illustration i bilag ...) samt
- At transaktioner ikke kunne gennemføres, hvis ikke alle oplysninger er indtastet i registreringssystemet (illustration af spærrebilledet i bilag ...).

Alle styrelsens kritikpunkter vedrører forhold i 2014, og dermed forhold, som var historiske allerede inden inspektionsbesøget. (I det fremsendte bilagsmateriale er der kun 2 transaktioner, der er foretaget i 2015.) Påbuddet hviler derfor på en mangelfuld vurdering af selskabets aktuelle forhold og på forældede data og tilsyneladende på antagelser om, at sagsbehandlingen svarer til styrelsens oplevelser i en række sager, hvor styrelsen har givet påbud.

Erhvervsstyrelsen synes mere optaget af at finde nuanceforskelle mellem det, K skriver, og det som undertegnede skriver på vegne af K frem for at koncentrere sig om sagens materielle indhold.

K og jeg har ikke divergerende opfattelser af sagen, tværtimod.

Jeg må derfor gentage, at K på tidspunktet for kontrolbesøget opfyldte hvidvasklovens krav om at have legitimationsoplysninger, inden der indledes et forretningsforhold eller foretages en transaktion, og opfyldte alle de krav, som påbuddet bygger på.

Jeg vedlægger derfor en udbygning af den beskrivelse af Ks A/S´ system, som tidligere er fremsendt. I bilag ... beskrives kort, hvordan transaktionerne i K gennemføres. I bilag ... vises, hvordan de oplysninger, som Erhvervsstyrelsen anfægter, indgår på skærmbillederne.

Det centrale er, at K efter mødet med SØIK kontrollerer alle adresseoplysninger i CPR-registret og, at disse oplysninger periodevis kontrolleres i registeret. Det er K’s klare vurdering, at CPR-registeret er den sikreste, eneste retvisende og opdaterede kontrolmetode, når adresseoplysninger i Danmark skal kontrolleres.

Et påbud om at tage kopi af sundhedskort giver derfor ikke mening, samtidig med, at et sådant krav udgør et administrativt dobbeltarbejde, hvor værdien af kopien tilmed aldrig vil have samme sikkerhed som kontrollen i CPR-registeret.

Kommentarer til bemærkningerne

Ad Noteringspligten

Det kan lægges til grund, at K foretager noteringer på sagen. K adskiller sig fra mange andre vekselkontorer ved, at hver eneste transaktion registreres i forbindelse med et kundekort. Herved har selskabet langt bedre muligheder for at finde mistænkelige transaktionsmønstre end vekselkontorer, som ikke registrerer transaktioner på en tilsvarende systematisk måde.

Det fremgår af eksempel Erhvervsstyrelsens Bilag ... at der er foretaget 12 noteringer. Dette bilag viser, at de kundebetjenende medarbejdere også benyttede noteringerne til at gøre kontrolfunktionen opmærksom på relevante forhold. Selskabet arbejder løbende på udbygningen af det automatiske overvågningssystem, som søger usædvanlige og mistænkelige transaktioner eller transaktionsmønstre.

Hvad angår Erhvervsstyrelsens bemærkninger ... om mødet med SØIK og "aftalen" med SØIK, kan det lægges til grund, at der ikke findes en formel aftale med SØIK. Allerede i de indledende drøftelser med SØIK, gjorde SØIK det klart, at de ikke indgår formelle aftaler. K har heller ikke opfattet det som en formel endsige skriftlig aftale, men benytter indernt ordet "aftale" om den indberetningspraksis, der er et udslag af drøftelserne, fordi medarbejderne ved, at "aftaler" skal holdes. I juridisk terminologi er det rette udtryk "ensidigt bindende tilsagn" om at følge en bestemt fremgangsmåde.

Ad Legitimering

Vejledningen bygger på en forudsætning om, at der er tale om enkeltstående ekspeditioner, og at vekselkontoret skal anmode om oplysninger, og legitimationsoplysningerne skal dokumenteres. K opfylder til fulde disse regler ved oprettelsen af kundeforholdet og har derfor også adresseoplysningerne, så længe kundeforholdet består.

Til det anførte ... om Erhvervsstyrelsens bilag ... bemærkes, at det udelukkende er billedlegitimationen, der mangler. Som Erhvervsstyrelsen selv anfører i sin retlige vurdering, er der i Danmark ikke er pligt til at have billed-ID. Heraf følger, at der heller ikke kan være pligt til at notere "manglende" billedidentifikation på sagen. Oplysningen ville i givet fald være "tom" og indholdsløs, da fraværet af billed-ID i sig selv angiver, at der ikke har foreligget en sådan.

Erhvervsstyrelsen tager i sin afgørelse ikke hensyn til, at det er K som selskab, der skal opfylde kravene i hvidvaskloven – ikke de enkelte forretningssteder. K flere forretningssteder og en central administrativ enhed. Den dokumentation, som Erhvervsstyrelsen påstår mangler i bilag ..., befandt sig i kontrolafdelingen. Jeg vedlægger kopi af pas-ID på kunden.

Da K skal indhente CPR-oplysninger på oprettelsestidspunktet, er dokumentationskravet opfyldt ved kundeforholdets oprettelse. Med ordet ”efterse” sigtes der til kontrol i tillæg til oplysningerne i systemet (back-office-kontrol), som K løbende foretager af adresseoplysninger.

Med hensyn til bilagene bemærkes, at disse illustrerer, at K opfylder legitimationskravet. Erhvervsstyrelsen har ikke fundet manglende adresser – eller påvist ugyldige adresser.

Med hensyn til påstanden om, at K ikke har de krævede oplysninger om kundenummer 11071, kan oplyses, at ikke alle oplysninger er tilgængelige i de enkelte afdelinger. Selskabets centrale kontrolenhed, der også forestår alle indberetninger til SØIK, samler al dokumentation. Jeg vedlægger kopi af pas-ID og sundhedskort (bilag ...) ad styrelsens bilag

Erhvervsstyrelsen har anført, at der mangler kopier af adresseoplysninger til kontrolformål. Der er ikke påvist tilfælde af, at den angivne adresse ikke svarer til kundens aktuelle adresse. Det kan i den forbindelse oplyses, at SØIK ikke har bedt om yderligere oplysninger i de mere end 2000 indberetninger, som K har foretaget.

Den fremgangsmåde, som fremgår af bilag 1, som er vedhæftet nærværende brev, har været fulgt siden begyndelsen af 2015 og var dermed den praksis, som selskabet fulgte på tidspunktet for kontrolbesøget.

Sammenfattende kan det lægges til grund, at Styrelsen ikke har påvist et eneste eksempel, hvor K ikke har overholdt legitimationskravet for kontrolbesøget i 2015. Styrelsen tager heller ikke i sin omtale af K i betragtning, at selskabet beskæftiger 2 medarbejdere med kontrolopgaver, datasøgning og analyse af transaktionsmønstre.

Da vurdering af K og selskabet systemer åbenbart afviger så meget fra normen i branchen, vil K meget gerne demonstrere systemet for Erhvervsankenævnet i selskabets lokaler.”

Erhvervsstyrelsen har i indlæg af 24. august 2015 anført:

” ...

Baggrund for Erhvervsstyrelsens afgørelse

Erhvervsstyrelsens afgørelse er baseret på både de generelle og konkrete observationer, som styrelsen foretog ved kontrolbesøget, herunder de forelagte bilag, de udtagne stikprøver, udtalelser fra K's ejer og direktør B samt demonstrering af vekselkontorets system.

Da kontrolbesøget danner grundlag for styrelsens afgørelse, må styrelsen derfor fortsat forholde sig til:

- 1) at CPR-registret som oplyst af vekselkontoret ikke tjekkes på samme tidspunkt som oprettelse af kundeforholdet,

- 2) at styrelsen ved stikprøvevis gennemgang af de forelagte bilag fandt eksempler på vekslinger for beløb der overstiger 1.000 euro, hvor vekselkontoret ikke har gjort notering på sagen om, hvilken dokumentation kunden har anvendt til legitimering,
- 3) at vekselkontoret ikke kunne dokumentere, at der var foretaget undersøgelser i forbindelse med vekslinger, der grundet beløbets størrelse burde foranledige nærmere undersøgelser, idet notering på sagerne herom var utilstrækkelig,
- 4) at visse vekslinger manglede enten billede-ID eller adresseoplysning.

Kommentarer til modpartens indlæg

Ved Erhvervsstyrelsens kontrolbesøg fik styrelsen ikke demonstreret de systemfunktioner, der nævnes i modpartens indlæg af 11. august 2015. Eftersom dette ikke blev gjort i tilstrækkeligt omfang til, at styrelsen kunne forene det med en overholdelse af hvidvasklovens [Lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme med senere ændringer.] pligter, afspejler styrelsens afgørelse de faktiske forhold, som styrelsen kunne forholde sig til ved kontrolbesøget.

Det bemærkes, at styrelsen ved det foretagne kontrolbesøg anmodede om at se samtlige af ... vekslinger foretaget i 2014 og 2015. Som grundlag for en vurdering af K' efterlevelse af hvidvaskloven udtages et antal vekslinger, som skal danne et repræsentativt billede af vekselkontorets kundeforhold. Det er givet, at styrelsens påbud udspringer af de vekslinger, som illustrerer manglende overholdelse af hvidvaskloven, frem for de vekslinger, hvor legitimering af kunderne samt efterlevelse af lovens øvrige pligter ikke giver anledning til yderligere kommentarer.

Til modpartens bemærkning om, at det er K som selskab, og ikke de enkelte forretningssteder, der skal opfylde kravene i hvidvaskloven, skal styrelsen understrege, at alle forretningssteder skal have adgang til de fulde kundeoplysninger. Således skal dokumenter og registreringer vedrørende transaktioner opbevares, så de kan fremfindes samlet, jf. hvidvaskloven § 23, stk. 2.

Forretningsstedet skal kunne besvare anmodninger om oplysninger om kundeforhold med navngivne personer hurtigt, jf. vejledning til hvidvaskloven [Vejledning om lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven), j.nr. 1911-0022.] kapitel 16, pkt. 3. Det kræver, at virksomheden i systemet kan finde oplysningerne frem samlet. Ved styrelsens kontrolbesøg, var det ikke muligt at få fremvist alle efterspurgte bilag.

Modpartens bilag 2-6, som viser skærbilleder og udtræk fra CPR-registret, ændrer ikke ved de observationer kontrolbesøget, herunder en gennemgangen af vekselkontorets system, resulterede i.

At visse vekslinger er foretaget i overensstemmelse med lovens regler,

ændrer ikke ved, at reglerne skal efterleves konsekvent ved alle vekslinger, for derved at imødegå risikoen for hvidvask.

Modpartens bilag 9, som viser pas og sygesikring på en kunde, ændrer ikke ved det faktum, at styrelsens udtagelse af andre vekslinger ikke levede op til hvidvasklovens legitimeringskrav.

Modparten henviser til, at kun to af de af styrelsen udtagne vekslinger er fra 2015. Ikke desto mindre viser disse to vekslinger netop, at legitimeringsproceduren ikke lever op til hvidvasklovens krav, idet styrelsens bilag D og F, som er fremlagt i forbindelse med styrelsens udtalelse af 21. juli 2015, viser vekslinger fra 2015 på beløb over 1.000 euro, hvor der alene er indhentet billed-ID, men mangler verificeringsdokumentation for adresse på de pågældende kunder.

I tillæg til ovenstående bemærkes det, at virksomheden er forpligtet til at leve op til lovens krav både i 2014 og 2015, og i øvrigt helt tilbage til virksomhedens opstart.

Af ovenstående kan modpartens bemærkning på side 4 om, at styrelsen ikke har påvist et eneste eksempel, hvor K ikke har overholdt legitimeringskravet i 2015, samtidig tilbagevises.

I samme afsnit omtaler modparten, at selskabet beskæftiger 2 medarbejdere med kontrolopgaver, datasøgning og analyse. Dette argument anser styrelsen for underordnet, idet styrelsens kontrolbesøg viste, at selskabets praktiske håndtering af disse opgaver, ikke er ensbetydende med overholdelse af lovens regler.

For så vidt angår noteringspligten, viser styrelsens tidligere fremlagte bilag A, at den notering, der er sket på den pågældende veksling, ikke angiver nogen faktuelle omstændigheder om hverken kunden eller transaktionen, som kan give udefrakommende en forståelse af sagen.

Slutteligt skal styrelsen endnu engang med henvisning til hvidvasklovens § 13, stk. 1, 1. pkt., samt vejledning til hvidvaskloven kapitel 104.7.1, pkt. 204, fastholde, at legitimeringsproceduren skal afsluttes i forbindelse med etablering af kundeforholdet.

Indhentelse af CPR-nummer på en kunde er ikke at betragte som afslutning af en sådan legitimeringsprocedure, når adressen, som det blev oplyst på kontrolbesøget, først tjekkes efterfølgende og uafhængigt af tidspunktet for transaktionen. Et efterfølgende opslag i CPR-registret anses ikke for at være tilstrækkeligt.

...”

Advokat A har i skrivelse af 14. september 2015 meddelt, at klager ikke har yderligere bemærkninger.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme anmodningen om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

K driver bl.a. erhvervmæssig virksomhed med valutaveksling og er således omfattet af hvidvaskloven, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 11.

Ad påbud vedrørende opmærksomheds- og undersøgelsespligt

Det fremgår af lovens § 6, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal være opmærksom på kunders aktiviteter, som på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme. Dette gælder især komplekse eller usædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden. Efter § 6, stk. 2, skal formålet med de transaktioner, der er nævnt i stk. 1, undersøges, og resultaterne heraf skal noteres og opbevares, jf. lovens § 23.

Erhvervsankenævnet lægger i overensstemmelse med Erhvervsstyrelsens sagsfremstilling til grund, at styrelsen – i forbindelse med de ved kontrolbesøget den 9. april 2015 stikprøvevis udtagne vekslinger – konstaterede tilfælde, hvor K ikke i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2, havde noteret formålet med den pågældende transaktion, hvor transaktionen var usædvanlig stor.

Uanset det af klager anførte tiltræder ankenævnet derfor, at Erhvervsstyrelsen har påbudt K fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2, at notere og opbevare resultatet af undersøgelser foretaget ved større vekslinger, idet påbuddet dog ændres til det følgende:

K skal fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 2 notere og opbevare resultatet af undersøgelser foretaget ved usædvanligt store transaktioner.

Ad påbud vedrørende legitimation

Det fremgår endvidere af hvidvasklovens § 12, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med stk. 2-8, herunder kræve, at *deres kunder legitimerer sig*, når der optages

en forretningsmæssig forbindelse med disse. Efter § 12, stk. 2, skal legitimationen for kunder som er fysiske personer omfatte navn, adresse og CPR-nr. I henhold til § 14, stk. 1, kan kravene i § 12 dog undlades ved bistand til lejlighedskunder med enkeltstående transaktioner på beløb, der ikke overstiger en værdi modsvarende 1.000 euro.

Det afgørende er, at der er kunden, som skal legitimere sig, jf. hvidvaskningslovens § 12, stk. 1.

I overensstemmelse med nævnte sagsfremstilling lægges endvidere til grund, at Erhvervsstyrelsen ved kontrolbesøget konstaterede tilfælde, hvor K ved vekslinger af beløb over 1.000 euro alene havde indhentet billede ID, men manglede verificeringsdokumentation for oplysninger om de pågældende kunders adresse.

Det bemærkes, at hvidvaskningsloven ikke stiller krav om, at der tages kopi af adresselegitimationen.

Ankenævnet lægger endvidere til grund, at kundens adresse ikke altid kontrolleres samtidig med og senest inden transaktionens gennemførelse. K's advokat A's kommentar på side 3 i dennes brev af 11. august 2015 ("*Da K skal indhente CPR-oplysninger på oprettelsestidspunktet, er dokumentationskravet opfyldt ved kundeforholdets oprettelse.*") ændrer ikke herpå, idet det ikke over for ankenævnet fremgår, at kunden fremlægger legitimation for kundens adresse.

På den baggrund kan ankenævnet tiltræde, at Erhvervsstyrelsen har påbudt K fremover at legitimere sine fysiske kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 14, stk. 1, jf. § 12, stk. 2, herunder indhente oplysninger om fysiske kunders adresse ved vekslinger, der overstiger 1.000 euro, i form af dokumentation af sundhedskort eller anden form for dokumentation. Det skal herved bemærkes, at anden form for dokumentation til verificering af oplysninger om kundernes adresse efter ankenævnets opfattelse kan udgøres af log-informationer om adresseoplysninger indhentet i CPR-registret forud for eller i forbindelse med foretagne vekslinger, dog senest inden udførelse af transaktionen.

31) Kendelse af 17. marts 2016 (J.nr. 2015-9490).

Revisionsvirksomhed meddelt en række påbud for manglende overholdelse af hvidvaskloven.

Hvidvaskloven § 1, stk. 1, nr. 15 og 17 samt §§ 6, 7, 12, 23 og 25.

(Finn L. Meyer, Sys Roving og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. august 2015 har K [revisionsvirksomhed] ApS klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 7. august 2015 har meddelt selskabet en række påbud for manglende overholdelse af hvidvaskloven.

Sagens omstændigheder

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. august 2015 hedder det:

”Afgørelse om overholdelse af hvidvaskloven

1. Indledning

Erhvervsstyrelsen aflagde den 27. maj 2015 et anmeldt kontrolbesøg hos K [revisionsvirksomhed] ApS.

Formålet med besøget var at føre tilsyn med selskabets overholdelse af reglerne i hvidvaskloven.

2. Afgørelse

Indledningsvist gøres K ApS opmærksom på, at idet selskabet er omfattet af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 15 og 17, er det selskabets ansvar, at kende til hvidvaskloven og efterleve de krav, der følger heraf.

Erhvervsstyrelsen træffer på baggrund af det ved kontrolmødet konstaterede og i medfør af § 32, stk. 5 i hvidvaskloven afgørelse om, at

- *K ApS fremover skal iagttage sin opmærksomhedspligt i overensstemmelse med hvidvasklovens § 6, stk. 1 og være opmærksom på kunder og kunders aktiviteter, der kan have tilknytning til hvidvask og undersøge forhold nærmere, samt notere og opbevare resultatet af undersøgelsen, jf. hvidvasklovens § 6, stk. 2.*
- K ApS fremover i overensstemmelse med hvidvasklovens § 7 skal underrette Hvidvasksekretariatet ved mistanke om kunders tilknytning til hvidvask, hvor en nærmere undersøgelse ikke kan afkræfte mistanken.
- K ApS for alle nuværende og nye kundeforhold skal legitimere sine virksomhedskunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 3 og § 14, stk. 1, 2. pkt., ved CVR-nr. og adresse, klarlægge den enkelte virksomhedskundes ejer- og kontrolstruktur samt legitimere virksomhedskundens reelle ejer samt legitimere og identificere alle

eventuelle fysiske kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 2.

- K ApS fremover skal opbevare identitets- og kontroloplysninger i mindst 5 år efter transaktionens gennemførelse, så de kan fremfindes samlet med henblik på, at kunne forevises hurtigt på anmodning, jf. hvidvasklovens § 23, stk. 2.
- *K ApS skal senest den 4. september 2015 udarbejde fyldestgørende skriftlige interne regler i overensstemmelse med hvidvasklovens § 25 og indsende kopi til Erhvervsstyrelsen.*

Erhvervsstyrelsen gør samtidig opmærksom på, at forsætlig eller groft uagtsom overtrædelse af hvidvaskloven § 6, stk. 2, § 7, stk. 1, 2. pkt., § 12, stk. 2-3, § 14, stk. 1, § 23, stk. 2, § 25, stk. 1-4 og § 31, kan straffes med bøde, jf. lovens § 37, stk. 1. og ved særlig grove eller omfattende forsætlige overtrædelser af hvidvasklovens § 6, stk. 2, § 7, stk. 1, 2. pkt., § 12, stk. 2-3, § 14, stk. 1 og § 23, stk. 2 kan straffen stige til fængsel indtil 6 måneder, jf. § 37, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen vil aflægge selskabet et nyt tilsynsbesøg på et senere tidspunkt med henblik på, at følge op på, om påbuddene og reglerne i hvidvaskloven generelt er overholdt.

3. Sagsfremstilling

Erhvervsstyrelsen aflagde den 27. maj 2015 anmeldt kontrolbesøg i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 1, hos K ApS, cvr-nr. ... på adressen, ...

I besøget deltog A og B, der begge er ansatte på kontoret og fra Erhvervsstyrelsen deltog C, D og E.

På mødet oplyste de ansatte, at der yderligere er 1 fuldtidsansat på kontoret, en revisor samt en deltids studentermedhjælp. Selskabet er startet tilbage i 1965, dog har direktøren F, der sjældent kommer på kontoret, først i februar 2015 overtaget virksomheden efter Revisor G, der døde.

De ansatte oplyste videre, at selskabets kunder har været kunder i mange år og at nye kundeforhold etableres gennem anbefalinger fra de eksisterende kunder. Selskabets kunder er primært boligselskaber, hvor de står for administrationen og mindre enkeltmandsvirksomheder, hvor de forestår revision, bogføring og forefaldende administrativt arbejde.

De ansatte oplyste, at de ikke var bekendte med, at selskabet er omfattet af hvidvaskloven og dermed heller ikke at selskabet er forpligtet til at opfylde en række krav bl.a. i forbindelse med etableringen samt løbende kundeforhold.

Erhvervsstyrelsen spurgte ind til opmærksomheds-, oplysnings- og noteringspligten efter hvidvaskloven, hvorom de ansatte forklarede, at de var opmærksomme på specielle og atypiske transaktioner, men i øvrigt ikke

vidste hvad de var forpligtet til at gøre, såfremt de blev opmærksomme eller mistænksomme.

De ansatte oplyste om en episode tilbage i 1980-erne, hvor en kunde ved en fejl havde fremsendt nogle kontoudtog, der ikke stemte overens med tal de tidligere havde set. Kort tid efter hændelsen blev kontoret kontak- tet af politiet, som led i politiets efterforskning, idet det viste sig, at kun- den var indblandet i narkotikahandel.

Erhvervsstyrelsen oplyste, at selskabet er forpligtet til at være opmærk- somme på kunder og kunders aktiviteter og til at spørge ind til formålet med usædvanlige eller mistænksomme forhold og pligten til at notere re- sultatet af disse undersøgelser.

Erhvervsstyrelsen oplyste videre om pligten til indberetning til Hvid- vasksekretariatet, via linket www.hvidvask.dk, i alle tilfælde hvor sel- skabet får mistanke om, at noget har tilknytning til hvidvask.

Erhvervsstyrelsen oplyste om de forskellige krav til kundelegitimering og -identifikation, der følger efter hvidvaskloven, afhængig af om kun- den er en fysisk person eller en virksomhed. Idet selskabet administrerer en del boliger, oplyste Erhvervsstyrelsen ligeledes om, at det for disse kunder er boligforeningens bestyrelsesmedlemmer, der skal legitimeres og identificeres.

Erhvervsstyrelsen gjorde derudover opmærksom på, at selskabet er for- pligtet til at udarbejde interne retningslinjer om de forskellige krav, der følger af hvidvaskloven, hvilket selskabet ikke havde gjort.

Erhvervsstyrelsen spurgte videre ind til opbevaring af dokumentation om kunder, hvortil de ansatte oplyste, qua selskabets ukendskab til hvidvask- loven, ikke havde indhentet.

Erhvervsstyrelsen kunne ikke foretage egentlig stikprøve, idet der ikke var indhentet dokumentation, og spurgte i stedet ind til selskabets kend- skab til deres kunder med udgangspunkt i den forud for mødet fremsend- te kundeliste.

OmApS CVR-nr. oplyste de ansatte, at ejeren er søn af en man- geårig kunde, en lokal optiker. Selskabet er pt. ikke aktivt, men at ideen bag selskabet var at udvikle et koncept, der gjorde briller unødvendige. Kontoret har lavet regnskab for selskabet. Identifikation og legitimation af selskabet er ikke sket.

Om H Invest SA , CVR-nr. ...kunne de ansatte oplyse er en virksomhed, der ejer udlejningsejendomme. Virksomhedens ejer, er pensionist og bor i gaden og opholder sig også en del i Luxembourg, hvilket forklarer virk- somhedsformen ”SA”, samt i Sydafrika. Kendskabet til virksomheden ud over de danske ejendomme, hvor kontoret står for administrationen og regnskab, kendte de dog ikke til. Identifikation og legitimation af selska-

bet er ikke sket, men de ansatte oplyste, at de har adgang til virksomhedens nem-id.

Om I ApS CVR-nr. ..., kunne de ansatte oplyse at virksomheden laver tryk og litografier og har været kunde i omkring 10 år. Ejeren er desuden lejer i en af de ejendomme som kontoret administrerer. Kontoret laver regnskaber for virksomheden, dog er selskabet så småt er ved at lukke ned, grundet manglende efterspørgsel i trykkeribranchen. Identifikation og legitimation af virksomheden er ikke sket.

4. Begrundelse

K ApS, CVR-nr. ... udøver erhvervmæssig virksomhed med bogføring, regnskaber og revision og er dermed omfattet af hvidvaskloven, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 15 og nr. 17.

Opmærksomheds- og underretningspligt

Det fremgår af hvidvasklovens § 6, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal være opmærksomme på kunders aktiviteter, der på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller terrorisme. Dette gælder især komplekse eller usædvanlige transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre i forhold til kunden.

Af lovens § 6, stk. 2, fremgår at formålet med de transaktioner, der er nævnt i stk. 1, skal undersøges og, at resultatet af undersøgelsen skal noteres og opbevares i mindst 5 år, jf. lovens § 23.

De ansatte oplyste under tilsynsbesøget, at de ikke har kendskab til opmærksomheds-, undersøgelses- og noteringspligten, der følger af hvidvaskloven.

Det er således Erhvervsstyrelsens opfattelse, at selskabet ikke har overholdt sin opmærksomheds- og undersøgelses- og noteringspligt i henhold til hvidvasklovens § 6, stk.1 og stk. 2.

Erhvervsstyrelsen skal for god ordens skyld gøre opmærksom på, at selskabet ved fremtidig mistænksom aktivitet, som på grund af deres karakter menes at kunne have tilknytning til hvidvask, skal spørge ind til aktiviteten og notere disse oplysninger ned i henhold til hvidvasklovens § 6, stk. 2.

Styrelsen skal endvidere gøre opmærksom på, at selskabet ikke nødvendigvis kan nøjes med at få en mundtlig forklaring, men vil om nødvendigt også skulle indhente dokumentation, som kan afkræfte en mistanke om, at aktiviteten har tilknytning til hvidvask eller terrorfinansiering.

Det fremgår af hvidvasklovens § 7, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal undersøge en kundes transaktion eller henvendelse nærmere hvis, der opstår mistanke om, at transaktionen eller henvendelsen har eller har haft tilknytning til hvidvask eller terrorisme og hvis denne mistanke ikke kan afkræftes, skal Statsadvokaten for Særlig Øko-

nomisk Kriminalitet - Hvidvasksekretariatet via www.hvidvask.dk, omgående underrettes, jf. lovens § 7, stk. 1.

Legitimation mv.

Det fremgår af hvidvasklovens § 12, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 2-8, herunder kræve at deres kunder legitimerer sig, når der optages forretningsmæssig forbindelse med dem.

For kundeforhold der er etableret før hvidvasklovens ikrafttræden, den 1. marts 2016, gælder at legitimation og identifikation af eksisterende kunder skal ske på et passende tidspunkt og på grundlag af en risikovurdering, og kan således ikke undlades. På denne baggrund er selskabet forpligtet til at indhente disse oplysninger for alle eksisterende kunder.

Det fremgår af § 12, stk. 2, at når kunden er en fysisk person, skal legitimationen omfatte navn, adresse og CPR-nr. eller anden lignende legitimation, hvis den pågældende ikke har et CPR-nr.

Efter § 12, stk. 3 fremgår det at når kunden er en virksomhed, skal legitimationen omfatte navn, adresse, CVR-nr. eller anden dokumentation, hvis virksomheden ikke har et CVR-nr. Virksomhedens ejer- og kontrolstruktur skal klarlægges, og virksomhedens reelle ejere skal legitimeres.

I henhold til § 12, stk. 7 kan legitimationsproceduren gennemføres ud fra en risikovurdering afhængig af risikoen ved den enkelte kunde eller forretningsforbindelse, produktet eller transaktionen, hvis selskabet kan godtgøre, at undersøgelsens omfang er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering, men denne risikovurdering kan aldrig føre til, at der ikke foretages nogen form for legitimationshandling.

Erhvervsstyrelsen konstaterede ved besøget, at der ikke i nogen tilfælde var indhentet dokumentation, ligesom selskabet ved stikprøve i kunder fra selskabets kundeliste, for så vidt angik ... Invest SA ikke kunne redegøre for selskabets kontrolstruktur og aktivitet i udlandet. Ved ikke at have foretaget konkrete risikovurderinger eller indhentet kundelegitimation og -identifikation findes selskabet at have overtrådt hvidvasklovens § 12, stk. 2, 3 og 7.

Opbevaring af identitetsoplysninger m.v.

Det følger af hvidvasklovens § 23, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal opbevare identitets- og kontroloplysninger, i mindst 5 år efter at kundeforholdet er ophørt, så de kan forevises samlet og hurtigt på anmodning.

I henhold til § 23, stk. 2 skal dokumenter og registreringer vedrørende transaktioner, skal opbevares, så de kan forevises samlet og hurtigt på anmodning i mindst 5 år efter transaktionens gennemførelse. Dette gælder også de i medfør af § 6, stk. 2, noterede oplysninger.

Idet selskabet ikke har indhentet dokumenter og registreringer eller foretaget notering på baggrund af undersøgelser finder Erhvervsstyrelsen at hvidvasklovens § 23, stk. 2 er overtrådt.

Interne regler og uddannelse m.v.

Det følger af hvidvasklovens § 25, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler om kundelegitimation, opmærksomheds-, undersøgelses og noteringspligt, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelse og instruktionsprogrammer for medarbejderne for at forebygge hvidvask og terrorfinansiering. Derudover skal selskabet, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 2 udpege en person på ledelsesniveau, der skal sikre at selskabet overholder pligterne efter loven.

Selskabet har ikke udarbejdet de nævnte interne retningslinjer og har således ikke opfyldt sin forpligtelse i henhold til hvidvasklovens § 25, stk. 1.

*Erhvervsstyrelsen meddeler selskabet påbud om, inden den 4. september 2015, at udarbejde fyldestgørende skriftlige interne regler i overensstemmelse med hvidvasklovens § 25.
..."*

I klageskrivelse af 11. august 2015 har K ApS anført:

"Vedr. klage over afgørelse om overholdelse af hvidvaskloven.

Vi er uenige i afgørelsen om manglende overholdelse af hvidvaskningsloven.

Begrundelsen for vores klage er følgende:

Punkt 1: For at kunne udføre vores arbejde vedr. bogføring, regnskabsassistance samt assistance med indberetninger af selvangivelse m.m. til Skat, samt andre diverse indberetninger, er det alt afgørende at vi har den pågældende kundes navn, adresse, cpr, cvr, samt bankforbindelse og kontoudtog fra bank, samt diverse oplysninger fra Skat og Erhvervsstyrelsen-

Disse oplysninger har altid dannet grundlag for at vi kan udføre vores arbejde i henhold til Regnskabsloven. Dermed har kunder altid skullet legitimere og identificere sig ved hjælp af ovenstående oplysninger. Disse oplysninger bliver og er altid blevet bevaret så længe kundeforholdet opretholdes og i mindst 5 år. Oplysningerne opbevares i kundens arkivkasse. Ovenstående procedure er altid blevet udført.

Denne procedure blev oplyst under kontrolbesøget til de fremmødte fra Erhvervsstyrelsen.

Dermed er § 12 stk.3 og § 14, stk. 1 punkt 2 overholdt.

Punkt 2: På side ... stk. 3 er der anført fejl navn på den ene ansat. Endvidere er der opgivet fejl antal ansatte samt oplysningerne vedr. selskabets dannelse er fejlbehæftet.

Navnet på ansat er AA og ikke A.

Dertil kan der oplyses at der ved kontrolmødets start blev bedt om legitimation af de ansatte der var tilstede i K ApS. Dette blev først senere pr. mail bedt om. (...)

Antal ansatte er: 1 Revisor (fuldtid) – 1. revisorassistent (fuldtid) – 1 kontorassistent (32 timer) samt en timelønnet studentermedhjælp.

Oplysningerne vedr. selskabet K ApS er forkerte. De korrekte oplysninger vedr. selskabet K ApS kan ses på cvr. Registret.

Punkt 3: Side ...

Vedr. cvr. ...

Da ejeren af virksomheden er kendt af selskabet siden barn og selskabet har kendt faderen til ejeren af virksomheden ... hører dette under kategorien "lav risiko kunde".

Der er for mange år siden indhentet navn – adresse – cpr. – cvr.

Dermed identifikation og legitimation overholdt. Endvidere eksistere selskabet ikke mere (heller ikke på kontroltidspunktet) Dette blev også oplyst under kontrolbesøget.

Vedr. cvr. ...

Denne kunde hører også til under kategorien "lav risiko kunde" ud fra den betragtning at K ApS har udført regnskabsmæssige assistance for ejerens ægtefælle gennem mange år da denne var selvstændig.

Derfor er der for længe siden afgivet navn, adresse, cpr. Cvr. Numre samt nemid til Borger.dk og nemid til virk.dk, skattemæssige oplysninger – da K ApS har bistået ejeren i diverse ydelser i forbindelse med folkepension m.m. – derudover har K ApS adgang til kundens Netbank.

Dermed er identifikation og legitimation overholdt. Og er løbende blevet opdateret. Hvilket blev oplyst under kontrolbesøget.

Vedr. cvr. ...

Denne kunde hører ind under kategorien "lav risiko kunde". Det er en kunde som K ApS har kendt i mange år og som desuden er lejer i en af de ejendomme som selskabet administrerer. Der er også her angivet navn, cpr, cvr, bankforbindelse og skattemæssige oplysninger i forbindelse med kundeforholdet.

Der er identifikation og legitimation overholdt. Og er løbende blevet opdateret. Hvilket blev oplyst under kontrolbesøget.

Side ... stk. 4 Begrundelse for afgørelse.

Der er anført forkert cvr. nummer.

Side ... Datoen må være en fejl.

Da rapporten er meget fejlbehæftet og fyldt med fejlagtige påstande som K ApS slet ikke kan genkende – kan vi på ingen måde acceptere afgørelsen.

Afgørelsen er så fejlbehæftet at den ikke virker seriøst.

K ApS gennemgik kundeprocedureerne efter kontrolbesøget og kan der af udtrykke at § 12 altid har været opfyldt.

Det er udtrykkeligt anført i hvidvaskningsloven § 12:

Faste kundeforhold

§ 12. De af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med stk. 2-8, herunder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages en forretningsmæssig forbindelse med disse, herunder når der åbnes en konto eller et depot.

Stk. 2. Hvis kunden er en fysisk person, skal legitimationen omfatte navn, adresse og cpr-nr. eller anden lignende dokumentation, hvis den pågældende ikke har et cpr-nr.

Stk. 3. Hvis kunden er en virksomhed, skal legitimationen omfatte navn, adresse, cvr-nr. eller anden lignende dokumentation, hvis virksomheden ikke har et cvr-nr. Virksomhedens ejer- og kontrolstruktur skal klarlægges, og virksomhedens reelle ejere skal legitimeres, jf. dog § 21, stk. 1, nr. 2.

Stk. 4. Der skal indhentes oplysninger om hver kundes formål med forretningsforbindelsen og det tilsigtede omfang heraf.

Stk. 5. Kundeforholdet skal løbende overvåges. Transaktioner, der gennemføres som led i kundeforholdet, skal overvåges for at sikre, at transaktionerne er i overensstemmelse med virksomhedens eller persons viden om kunden og kundens forretnings- og risikoprofil, herunder om nødvendigt midlernes oprindelse. Dokumenter, data eller andre oplysninger om kunden skal løbende ajourføres.

Stk. 6. Hvis der er tvivl om, hvorvidt tidligere indhentede oplysninger om kundens identitet er korrekte eller tilstrækkelige, skal der kræves ny legitimation som nævnt i stk. 2 og 3.

Stk. 7. De af loven omfattede virksomheder og personer kan beslutte at gennemføre legitimationsproceduren m.v. i stk. 1-5 ud fra en risikovurdering afhængig af risikoen ved den enkelte kunde eller forretningsforbindelse, produktet eller transaktionen. Virksomheden eller personen skal dog kunne godtgøre over for den myndighed, der fører tilsyn med den pågældendes overholdelse af loven, at undersøgelsens omfang er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering.

Stk. 8. For kundeforhold, som er etableret før denne lovs ikrafttræden, og for hvem der ikke foreligger de i stk. 1-5 nævnte oplysninger, skal der foretages legitimation og indsamling af oplysninger i henhold til stk. 1-5 på et passende tidspunkt og på grundlag af en risikovurdering.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i redegørelse af 14. september 2015 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Den 27. maj 2015 aflagde Erhvervsstyrelsen et anmeldt kontrolbesøg hos K (herefter ”klager”) i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 1.

I besøget deltog ... og B, der begge er ansatte hos klager, og fra Erhvervsstyrelsen deltog C, D og E.

Under mødet spurgte styrelsen ind til klagers ansatte, kunder, aktiviteter samt klagers generelle kendskab til hvidvaskloven og klagers procedurer i forbindelse med efterlevelse af hvidvaskloven.

Som afslutning på mødet udtog styrelsen en række stikprøver i kunder på baggrund af en forud for mødet fremsendt kundeliste. Styrelsen bad i forbindelse hermed om at se indhentet dokumentation for legitimering og identifikation for kunder.

Resultatet af kontrolbesøget førte til styrelsens afgørelse af 8. maj 2015 [7. august 2015] med en række påbud. Overordnet var styrelsens vurdering på baggrund af besøget og forklaringer fra de ansatte, at klager ikke havde kendskab til hvidvasklovens krav og ikke vidste, at selskabet var omfattet af loven.

Ad klagens punkt 1 – Legitimering af kunder

Erhvervsstyrelsen spurgte på kontrolbesøget bl.a. ind til klagers kendskab til hvidvasklovens krav til legitimering og identificering af kunder.

Som nævnt oplyste klager, at de forud for varslingen af kontrolbesøget ikke havde vidst, at de var omfattet af hvidvaskloven og at de ikke kendte til de krav, der følger af loven om bl.a. risikovurderinger, legitimering og identificering af kunder i forbindelse med etableringen af nye kundeforhold. Ligeledes kendte klager heller ikke til, at de for de kunder, hvor kundeforholdet var etableret før lovens ikrafttræden 1. marts 2006, ligeledes var forpligtede til at gennemføre en legitimerings- og identificeringsprocedure på et passende tidspunkt og på grundlag af en risikovurdering.

Klager oplyste, at mange af deres kundeforhold var opstået før den nuværende hvidvasklovs ikrafttræden, men at de ikke for disse kunder ikke

havde foretaget efterfølgende legitimering og identificering, da de ikke havde kendskab til hvidvasklovens krav herom.

For god ordens skyld og for at kunne vurdere, om hvidvasklovens krav om legitimering og identificering alligevel kunne være opfyldt, bad styrelsen om, at se dokumentation for legitimering og identificering af klagers kunder. Klager oplyste, at det ikke var muligt at fremvise, fordi der ikke var sket legitimering og identificering af kunderne, men at de for mange kunder havde adgang til kundens skattemappe.

Erhvervsstyrelsen vurderer, at en adgang til kunders skattemappe ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at opfylde hvidvasklovens krav til legitimering og identificering. Klager har ikke under kontrolbesøget godtgjort over for Erhvervsstyrelsen, at legitimationsproceduren blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering af den enkelte kunde, herunder idet der ikke var noteret noget ned herom som godtgørelse for denne procedure.

Det er således Erhvervsstyrelsen fortsatte vurdering, at klager ikke har iagttaget hvidvasklovens krav om legitimering og identificering af deres kunder.

Ad klagens punkt 2 – oplysninger om selskabet og dets ansatte

Oplysningerne omkring antallet af ansatte, samt oplysningerne vedrørende selskabets dannelse, mv. bygger alene på det af de ansatte oplyste under kontrolbesøget og fremgår derfor også af afgørelsens sagsfremstilling. Uoverensstemmelser med den fuldstændige udskrift fra CVR-registeret, fejl i gengivelse af ansattes navn og antallet af ansatte, anses ikke for relevant for afgørelsens udfald.

For så vidt angår legitimering af de deltagene på kontrolmødet, så beder styrelsen altid, blot for god ordens skyld, enten i forbindelse med eller efter kontrolbesøget om, at se legitimation på de deltagene. Efterfølgende indhentelse af disse oplysninger er således ikke ualmindelig, men styrelsen har naturligvis beklaget den ekstra byrde, som eftersendelse pr. e-mail medførte for de ansatte, der deltog i mødet.

Ad klagens punkt 3 – stikprøver i selskabets kunder:

På kontrolbesøget hos klager gjorde styrelsen opmærksom på, at i de tilfælde, hvor kundeforholdet er etableret før lovens ikrafttræden, den 1. marts 2006, er klager forpligtet til at indhente oplysningerne på et passende tidspunkt og på grundlag af en risikovurdering.

Klager oplyste, i forbindelse med stikprøvekontrollen i klagers kunder, at det ikke var muligt at fremvise nogen dokumentation, idet klager ikke var i besiddelse af en sådan.

I forhold til klagers efterfølgende indsigelser omkring konkrete kunder, som Erhvervsstyrelsen udtog stikprøve i, har styrelsen nedenstående kommentarer.

Vedrørende ... CVR-nr. ..., så er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at en kunde ikke umiddelbart kan anses som "lav risiko kunde" alene på baggrund af, at klager også har kundens far som kunde.

Klager har endvidere ikke under kontrolbesøget godtgjort over for Erhvervsstyrelsen, at legitimationsproceduren blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering af den enkelte af kunde, herunder idet der ikke var noteret noget ned herom.

Det bemærkes yderligere i klagen, at kunden er ophørt den 30. juni 2012. Dette har ingen betydning, idet det følger af loven, at dokumentation om kundeforhold skal opbevares i 5 år efter, at kundeforholdet er ophørt.

Vedrørende ... Invest SA, CVR-nr. ..., (det bemærkes at CVR-nummer er fejlanført som ..., i såvel afgørelse som klage), så stemmer oplysningerne i klagen om, at ejeren af kunden i klagen skulle have været gift med en anden tidligere kunde, ikke overens med det på kontrolbesøget oplyste.

For det tilfælde at denne forklaring havde været givet, havde denne faktuelle omstændighed dog ikke gjort, at kunden alene af denne grund kunne anses som "lav risiko kunde", idet der altid skal foretages en konkret risiko vurdering afhængig af risikoen ved den enkelte kunde. Derudover er der tale om en kunde med udenlands selskabsform, hvilket i sig selv gør, at risikoen skal anses som værende højere end normal jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2 punkt 67.

Vedrørende ... ApS CVR-nr. ..., så er det styrelsen vurdering, at det faktum, at kunden har boet i en ejendom administreret af klager, ikke per definition gør kunden til "lav risiko kunde".

Ovenstående kommentarer relaterer sig til de forhold, der fremgår af klagen. Erhvervsstyrelsen skal imidlertid bemærke, at der i forbindelse med kontrolbesøget ikke kunne fremvises dokumentation eller godtgøres for, at der var foretaget en risikovurdering.

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af § 1, stk. 1, nr. 17, i hvidvaskloven [Lovbekendtgørelse nr. 1022 af 13. august 2013 om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme med senere ændringer.], at loven finder anvendelse på virksomheder og personer, der yder samme ydelser som de i nr. 13-16 nævnte persongrupper, herunder skatterådgivere og eksterne bogholdere.

Det følger desuden af lovens § 32, stk. 1, at de persongrupper omfattet af lovens § 1, stk. 1, nr. 17 er under tilsyn af Erhvervsstyrelsen.

Det skal bemærkes, at Hvidvaskloven overordnede formål er, at bekæmpe hvidvask og terrorfinansiering og at et grundlæggende element til denne bekæmpelse er "kend din kunde"-princippet. Princippet udmønter sig i hvidvasklovens kapitel 4 i §§ 11-22 bl.a. ved krav om identifikation

og legitimation af kunden, der sikrer at kunden er den person, som kunden giver sig ud fra at være, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.1.

Hvidvaskloven foreskriver, at der kan – og i visse tilfælde skal – anvendes en risikovurdering i forbindelse med legitimationsproceduren. Således kan der foretages en såkaldt almindelig identificering og legitimering af virksomhedens kunder, der er fysisk tilstede og vurderes som lav eller normal risiko kunde, i henhold til lovens § 12, stk. 5-7. Er der derimod tale om en høj risiko eller distance-kunde, skal virksomheden anvende en risikovurdering, jf. hvidvasklovens § 19, samt vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.2 og 10.4.3.2.

Legitimationsproceduren skal ske i forbindelse med etableringen af kundeforholdet jf. lovens § 13 og for de kundeforhold, der er etableret før lovens ikrafttræden, skal virksomheden foretage legitimation og indsamle oplysningerne på et passende tidspunkt og på grundlag af en risikovurdering, jf. § 12, stk. 8.

Et passende tidspunkt kan eksempelvis være, når virksomheden ved udarbejdelse af årsregnskaber eller fremsendelse af fakturaer til kunden, alligevel har kontakt til kunden.

Det følger af vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.2, at virksomheden i forbindelse med en almindelig legitimationsprocedure kan foretage en konkret risikovurdering af kunden, som er en vurdering af risikoen for hvidvask eller finansiering af terrorisme og at kunden er den person, som kunden udgiver sig for at være.

En konkret risikovurdering kan dog aldrig føre til, at der ikke foretages nogen form for legitimeringshandling, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2.1 punkt 64.

I vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.2 punkt 39 opstilles et eksempel, hvor den ansatte i virksomheden er sikker på, hvem kunden er, fx fordi kunden er pågældendes nabo eller en offentlig kendt person og i sådanne tilfælde kan legitimationshandlingen efter omstændighederne være udført ved selve konstateringen af, men kan ikke stå alene da begrundelsen for, at der ikke er indhentet legitimationsdokumenter, skal noteres på sagen.

For udenlandske kunder følger det af vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2 punkt 67, at disse normalt vil være kunder, hvor risikoen skal anses for at være højere end normalt, selvom kunden kommer fysisk til stede for at legitimere sig.

Helt overordnet skal virksomheden altid være overbevist om, at kunden er den, som kunden udgiver sig for at være. Således må der ikke foreligge omstændigheder, som kan give anledning til tvivl herom, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2 punkt 55.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at klager ikke har fremført argumenter eller forhold, der giver styrelsen anledning til at ændre sin afgørelse, hvorfor styrelsen indstiller til, at Erhvervsankenævnet tiltræder den påklagede afgørelse”.

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K ApS er som revisionsvirksomhed omfattet af hvidvaskloven, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 15 og 17.

Det fremgår af hvidvasklovens § 6, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal være opmærksom på kunders aktiviteter, som på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme. Dette gælder især komplekse eller udsædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden. Efter § 6, stk. 2, skal formålet med de transaktioner, der er nævnt i stk. 1, undersøges, og resultaterne heraf skal noteres og opbevares, jf. lovens § 23.

Det fremgår af lovens § 7, at hvis der er mistanke om, at en kundes transaktion eller henvendelse har eller har haft tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme, skal de af loven omfattede virksomheder og personer undersøge transaktionen eller henvendelsen nærmere. Hvis mistanken vedrører lovovertrædelser, der kan straffes med fængsel i over 1 år, og denne mistanke ikke kan afkræftes, skal Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet omgående underrettes.

Det fremgår af § 12, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med stk. 2-8, herunder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages en forretningsmæssig forbindelse med disse. Efter § 12, stk. 2, skal legitimationen for kunder, som er fysiske personer, omfatte navn, adresse og cpr-nr. Hvis kunden er en virksomhed, skal virksomhedens ejer- og kontrolstruktur ifølge § 12, stk. 3, klarlægges, og virksomhedens reelle ejer legitimeres. Det fremgår af § 12, stk. 7, at legitimationsproceduren kan gennemføres ud fra en risikovurdering. Virksomheden eller

personen skal dog kunne godtgøre over for den tilsynsførende myndighed, at undersøgelsens omfang er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering.

Af lovens § 23, stk. 2, fremgår det, at dokumenter og registreringer vedrørende transaktioner skal opbevares, så de kan fremfindes samlet mindst 5 år efter transaktionernes gennemførelse. Dette gælder også de i medfør af § 6, stk. 2, noterede oplysninger.

Af lovens § 25, stk. 1, fremgår det, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler om kundelegitimation, opmærksomheds-, undersøgelses- og noteringspligt, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelses- og instruktionsprogrammer for medarbejderne for at forebygge 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.

Erhvervsankenævnet lægger i overensstemmelse med Erhvervsstyrelsens sagsfremstilling til grund, at de ved styrelsens forud anmeldte kontrolbesøg den 27. maj 2015 tilstedeværende medarbejdere hos K ApS oplyste, at de ikke var bekendte med, at selskabet er omfattet af hvidvaskloven og dermed heller ikke, at selskabet er forpligtet til at opfylde en række krav i forbindelse med etableringen af et kundeforhold samt løbende under kundeforholdets beståen. Det lægges endvidere til grund, at de ansatte ved kontrolbesøget på forespørgsel om opmærksomheds-, oplysnings- og noteringspligten efter hvidvaskloven oplyste, at de var opmærksomme på specielle og atypiske transaktioner, men i øvrigt ikke vidste, hvad de var forpligtet til at gøre, såfremt de blev opmærksomme eller mistænksomme.

Herefter, og da klager efter det oplyste i øvrigt ikke findes at have efterlevet de i hvidvaskloven ovenfor anførte krav, herunder om udarbejdelse af 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 medarbejderne mv., tiltræder Erhvervsankenævnet, at Erhvervsstyrelsen har meddelt påbud som sket.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. august 2015.

4.8. LOV OM ERHVERVSDRIVENDE FONDE

32) Kendelse af 19. maj 2016 (J.nr. 2015-10819).

Kendelse af 19. maj 2016 (2015-10819).

Sag hjemvist til fondsmyndighedens stillingtagen til om betingelserne for at nægte registrering af anmeldt ændring af suppleant fondens bestyrelse er opfyldt.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 24.

(Sys Roving, Finn Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. september 2015 har advokat A på vegne af K [Fond] klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved skrivelse af 11. august 2015 har nægtet at registrere en anmeldt ændring af en suppleant til fondens bestyrelse.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 11. august 2015 hedder det:

”K, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har modtaget din mail af 29. juni 2015, som omhandler en ændring af suppleanter i ovennævnte fond.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen kan ikke registrere den anmeldte ændring af ny suppleant til fondens bestyrelse, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 15, stk. 1, da styrelsen som fondsmyndighed den 19. februar 2015 har påbudt fondsbestyrelsens formand, at der ikke kan foretages ændringer vedrørende bl.a. ”bestyrelsesforhold”.

Påbuddet skal sikre varetagelse af fondens formål og interesser og er meddelt af styrelsen som fondsmyndighed i henhold til lovens § 24. Påbuddet inkluderer også ændring af suppleanter til fondens bestyrelse.

...

Begrundelse

Det er den 29. juni 2015 anmeldt, at der foretages ændringer i suppleanterne til fondens bestyrelse. Konkret er det anmeldt, at nuværende suppleant, B, udtræder pr. 29. maj 2015 og at den nye suppleant, C, indtræder samme dag.

Erhvervsstyrelsen har dog ved mail af 19. februar 2015 til fondens bestyrelsesformand D bl.a. skrevet således:

”På baggrund af den verserende sag om fondsbestyrelsens varetagelse af fondens formål og interesser, jf. § 38, stk. 1, 1. pkt., i lov om erhvervsdrivende fonde, og i lyset af, at der er stillet spørgsmålstejn ved beslutningsprocessen i fonden, skal Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed indskærpe overfor fondsbestyrelsen, at man indtil videre ikke træffer vidtgående beslutninger i fonden eller dennes datterselskaber om forhold i relation til fondens ejerforhold til fondens datterselskaber, bestyrelsesforhold, indgåelse eller ændring af incitamentsaftaler eller lignende bonusaftaler i såvel fonden som fondens datterselskaber, herunder også eventuelle udbetalinger på baggrund af allerede indgåede incitaments- eller andre bonusaftaler til medlemmer af fondens eller datterselskabernes ledelser.”

Da styrelsens påbud skal sikre varetagelse af fondens formål og interesser og angår ”bestyrelsesforhold”, hvilket efter styrelsens opfattelse også inkluderer suppleanter til bestyrelsen, kan der ikke foretages ændringer vedrørende disse. På den baggrund kan den foreslåede ændring af suppleanter til fondens bestyrelse ikke registreres hos Erhvervsstyrelsen.

Sagen er derfor registreringsnægtet og lukket pr. dags dato.

Når Erhvervsstyrelsens påbud om begrænsning af fondsbestyrelsens beslutningsret ophæves, kan der træffes beslutning om suppleanter, hvorefter der skal ske anmeldelse til styrelsen.

...”

I klageskrivelsen af 7. september 2015 har advokat A anført:

”...

Påstand:

Det pålægges Erhvervsstyrelsen, at registrere C som suppleant for bestyrelsesmedlemmet E.

Subsidiært påstås sagen hjemvist til fortsat behandling i Erhvervsstyrelsen.

Jeg vedlægger som bilag ... den påklagede afgørelse.

Jeg vedlægger som bilag ... kopi af fondens fundats.

Jeg henviser særligt til § 4, 6. og 7. afsnit, der er sålydende:

”Ved vakance for så vidt angår de under c og d nævnte bestyrelsesmedlemmer indtræder for de pågældende en af hver af disse udpeget efterfølger og så fremdeles.

Efterfølgeren skal på det ordinære bestyrelsesmøde udpeget for eet år ad gangen.

Det registrerede bestyrelsesmedlem E er det ene af de to bestyrelsesmedlemmer, som skal udpege efterfølger (=suppleant), og det er sket på hvert

ordinært bestyrelsesmøde (dvs. det man nu om stunder kalder årsmøde), og det skete senest på årsmødet i 2015, hvor han udpegede C som sin efterfølger.

På årsmødet året før, dvs. i 2014, havde E genudpeget B som suppleant.

Da suppleanten er registreret i CVR, blev suppleantændringen naturligvis anmeldt til Erhvervsstyrelsen, men Styrelsen nægtede at registrere det ved den påklagede afgørelse.

Anmeldelsen til registrering var sket rent rutinemæssigt af fondens administrator, og der var derfor ikke fremført nogen argumentation for det – som det måtte forekomme som selvfølgelige – forhold at ændringen naturligvis registreres.

Erhvervsstyrelsen sendte kopi af registreringsnægtelsen til undertegnede, der bistår fonden i forbindelse med andre sager i Styrelsen og ved e-mail den 17. august 2015 til Erhvervsstyrelsen ... påpegede jeg, at registreringsnægtelsen var uberettiget og opfordrede Styrelsen til at genoverveje sagen og anmodede om orientering, såfremt Styrelsen genoptog sagsbehandlingen, således at klage til Erhvervsankenævnet blev uden betydning. Den 27. fm. hørte jeg til sagen og fik samme dag besked om, at Erhvervsstyrelsen ikke ville genoptage sagen.

Jeg vedlægger som bilag ... kopi af min mailkorrespondance med Erhvervsstyrelsen fra den 11. til den 27. august 2015.

Nærværende klage er derfor nødvendig.

Til støtte for klagen henviser jeg til det, der er anført i min e-mail af 17. august 2015 (del af bilag 3). Erhvervsstyrelsen henvisning til erhvervsfondsloven § 24 må klart underkendes, idet § 24 giver hjemmel til at give ledelsen påbud om at bringe forhold ”i overensstemmelse med denne lov, bestemmelser fastsat i henhold til denne lov eller vedtægten”. § 24 giver derimod ikke hjemmel til det stik modsatte, nemlig at tilsidesætte fundatsens bestemmelser om årlig udpegning af personlige suppleanter for to bestyrelsesmedlemmer.

Den subsidiære påstand er nedlagt for det tilfældes skyld, at Erhvervsstyrelsen i sine bemærkninger til klagen måtte henvise til mulige hindringer for registrering, som Erhvervsstyrelsen endnu ikke har forholdt sig til som følge af at man blot har henholdt sig til det omhandlede påbud af 2015 og erhvervsfondslovens § 24.

...”

I omtalte e-mail af 17. august 2015 har advokat A anført:

”...

Som hjemmel for nægtelsen henviser styrelsen alene til styrelsens generelle og bredt formulerede indskærpelse fra februar i år. Dette var netop

en indskærpelse, dvs. en understregning af, at allerede gældende regler skal iagttages. En sådan indskærpelse skaber ikke en ny ret eller pligt i sig selv, men påminder om allerede bestående rettigheder og pligter.

Hertil kommer, at fondens fundats indeholder en udtrykkelig bestemmelse om, at visse bestyrelsesmedlemmer (i dag E og F) på hvert ordinært bestyrelsesmøde (dvs. årsmøde) skal udpege en suppleant. Denne bestemmelse påhviler det efter fundatsen de pågældende at iagttage, hvad de har gjort år efter år.

Det forekommer åbenbart, at styrelsen ikke ved en generel indskærpelse kan sætte fundatsen delvis ud af kraft. Tværtimod kunne styrelsen indskærpe iagttagelse af fundatsen.

Siden indskærpelsen i februar har der to gange tidligere været tale om ledelsesændringer i fondens dattervirksomheder (som også var opfattet af februar-indskærpelsen). Først da G ønskedes indvalgt i H A/S's ledelse. Dette var styrelsen indforstået med. Dernæst er et forslag om Ds indtræden i I A/S' bestyrelse fortsat under realitetsbehandling. Styrelsen kan efter en lighedsgrundsætning ikke blot summarisk afvise registreringen af C, der er udpeget i henhold til en klar og obligatorisk fundatsbestemmelse uden at interessere sig det mindste for hendes kvalifikationer. Jeg kan i den forbindelse oplyse, at C har en relevant uddannelsesbaggrund (...) og mangeårig ledelseserfaring fra internationalt arbejdende virksomheder.

På den baggrund henstiller jeg, at styrelsen genovervejer sagen.

Jeg bemærker, at selvom det materielle spørgsmål om, hvem der er Es suppleant, ikke afgøres ved registreringsagen, er det ønskeligt, at registreringen afspejler det materielle retsforhold, og at dette snarest sker.
..."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 21. september 2015 udtalt:

"...

Den 29. juni 2015 modtager Erhvervsstyrelsen en mail fra J, H A/S. Henvendelsen vedrører udskiftning af suppleant i fonden, hvorfor der er vedhæftet anmeldelse, paskopi og referat fra bestyrelsesmøde.

Den 11. august 2015 træffer Erhvervsstyrelsen på baggrund af de modtagne oplysninger afgørelse om, at registreringen afvises, da *"styrelsen som fondsmyndighed den 19. februar 2015 har påbudt fondsbestyrelsens formand, at der ikke kan foretages ændringer vedrørende bl.a. "bestyrelsesforhold".*

Sagens faktiske omstændigheder

Det er den 29. juni 2015 anmeldt, at der foretages en ændring i den ene af de to suppleanter til fondens bestyrelse, som skal udpeges i henhold til fondsvedtægtens § 4, stk. 6 og 7.

Konkret er det anmeldt, at nuværende suppleant, B, udtræder pr. 29. maj 2015 og at den nye suppleant, C, indtræder samme dag.

Af referatet fra fondens bestyrelsesmøde den 29. maj 2015, hvor ændringen vedtages, fremgår således:

”Ad punkt 8. Valg af suppleanter for c og d, jf. fundatsens § 4 L og E udpegede henholdsvis M og C som deres personlige suppleanter.”

Erhvervsstyrelsen havde forud for anmeldelsen ved mail af 19. februar 2015 til fondens bestyrelsesformand D bl.a. skrevet således:

”På baggrund af den verserende sag om fondsbestyrelsens varetagelse af fondens formål og interesser, jf. § 38, stk. 1, 1. pkt., i lov om erhvervsdrivende fonde, og i lyset af, at der er stillet spørgsmålstejn ved beslutningsprocessen i fonden, skal Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed indskærpe overfor fondsbestyrelsen, at man indtil videre ikke træffer vidtgående beslutninger i fonden eller dennes datterselskaber om forhold i relation til fondens ejerforhold til fondens datterselskaber, bestyrelsesforhold, indgåelse eller ændring af incitamentsaftaler eller lignende bonusaftaler i såvel fonden som fondens datterselskaber, herunder også eventuelle udbetalinger på baggrund af allerede indgåede incitaments- eller andre bonusaftaler til medlemmer af fondens eller datterselskabernes ledelser.”

Dette påbud om ikke at ”træffe vidtgående beslutninger” er meddelt i en anden verserende sag ... som kort fortalt handler om indgåelse af en incitamentsaftale om tildeling af vederlag til ledelsen i et datterselskab til fonden, hvor to af fondsbestyrelsens medlemmer også sidder som bestyrelsesmedlemmer. Derudover er endnu et bestyrelsesmedlem og en direktør, som også er bestyrelsesmedlem, omfattet af aftalen. Det nævnte vederlag udgør samlet 65 mio. kr., som skal fordeles blandt datterselskabets fire ledelsesmedlemmer efter en nærmere angivet fordelingsnøgle.

Da der i den stadig verserende sag bl.a. er rejst tvivl om, hvorvidt fondsbestyrelsen har varetaget fondens formål og interesser, har Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed udstedt påbud som nævnt ovenfor. Dette er anset som et nødvendigt skridt for at sikre fondens formål og interesser, mens denne sag verserer. Erhvervsstyrelsen har i afgørelsen af 11. august 2015 meddelt fonden, at når påbuddet om begrænsning af fondsbestyrelsens beslutningsret ophæves, kan der træffes beslutning om ændring af suppleanterne til fondens bestyrelse, hvorefter der skal ske fornyet anmeldelse til styrelsen. Der er således alene tale om et tidsbegrænset påbud.

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af lov om erhvervsdrivende fonde § 38, at en fondsbestyrelse skal bestå af minimum 3 medlemmer. Disse medlemmer skal udpeges i henhold til fondens vedtægt.

Det fremgår af lovens § 48, at lovens bestemmelser om bestyrelsen også finder anvendelse på suppleanter. Der er ikke i henhold til loven krav om suppleanter, men det kan reguleres af den enkelte fonds vedtægt.

Det fremgår desuden af lovens § 38, stk. 1, at fondens bestyrelse, og herunder også suppleanter, alene skal varetage fondens formål og interesser.

Følgende fremgår af fondens vedtægt, § 4, vedrørende bestyrelsens sammensætning:

”Fonden skal ledes af en bestyrelse på mindst 3 og højest 7 medlemmer.

I konstituerende møde, afholdt den ..., besluttedes, at fondens første bestyrelse skulle bestå af følgende:

a. direktør ...

b. fru ...

c. direktør ...,

c direktør ...,

e. en advokat udpeget af advokatrådet, og som skal godkendes af fondsmyndigheden.

...

Ved vakance for så vidt angår de under c og d nævnte bestyrelsesmedlemmer indtræder for de pågældende en af hver af disse udpeget efterfølger og så fremdeles.

Efterfølgeren skal på det ordinære bestyrelsesmøde udpeges for eet år ad gangen.

...

Skulle der indtræde vakance for så vidt angår de under c og d nævnte bestyrelsesmedlemmer, uden at disse har udpeget en efterfølger, skal den øvrige bestyrelse straks vælge efterfølgeren, der skal vælges fortrinsvis blandt stifternes descendens.

I tilfælde af, at ingen blandt stifternes descendens bringes i forslag eller findes egnet, vælger de øvrige bestyrelsesmedlemmer efterfølgeren.”

I henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 24 er fonde omfattet af loven underlagt en fondsmyndighed, som udøves af Erhvervsstyrelsen.

Baggrunden for at føre et fondsretligt tilsyn er, at fonde adskiller sig fra de øvrige virksomhedsformer ved, at der ikke er en ejerkreds og typisk heller ikke nogen anden kreds af påtaleberettigede med mulighed for at gribe ind, hvor der fra fondsledelsens side foretages eller agtes foretaget dispositioner, som vil kunne indebære krænkelser af vedtægten, således som denne må fortolkes under særlig hensyntagen til stifterens vilje.

Den manglende ejerkreds i en fond betyder således, at der ikke er nogen ejere, der – som generalforsamlingen i aktie- eller anpartsselskab – kan

påvirke fondsbestyrelsens dispositioner eller kan påse, at bestyrelsen administrerer fonden forsvarligt og i overensstemmelse med fondens vedtægt og loven. Der er derfor i lov om erhvervsdrivende fonde fastsat regler om, at fondsmyndigheden skal udføre et tilsyn med, at fonden administreres forsvarligt i overensstemmelse med loven og fondens vedtægt.

Styrelsen har som fondsmyndighed derfor en række myndighedskompetencer, hvor de vigtigste er:

- Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer
- Nedsættelse af vederlag til bestyrelsesmedlemmerne
- Godkendelse af ekstraordinære dispositioner
- Afsættelse af revisor
- Tilladelse til ændring af vedtægter

Herudover kan fondsmyndigheden i henhold til lovens § 24, stk. 2, meddele påbud til fondsbestyrelsen om at sikre overholdelse af loven eller fondens vedtægt.

Desuden kan styrelsen som fondsmyndighed i henhold til lovens § 24, stk. 3, forlange de oplysninger, der er nødvendige til varetagelse af styrelsens opgaver.

Erhvervsstyrelsen har tidligere i en konkret sag vedrørende en erhvervsdrivende fond, hvor styrelsen også er fondsmyndighed, udstedt et påbud til fondsbestyrelsen, hvoraf der bl.a. fremgik følgende:

”... Under hensyn til de verserende uenigheder som fondsmyndigheden har måttet konstatere, samt de undersøgelser, som granskningsmanden er i gang med, skal fondsmyndigheden pålægge bestyrelsen indtil videre ikke at træffe beslutninger af videregående karakter såsom ændring af bestyrelsens sammensætning, ansættelse af direktører, investering eller udvidelse af allerede påbegyndte investeringer. Dette gælder både for fonden og koncernen. Dette betyder, at alene uopsættelige forretningsmæssige dispositioner kan foretages i tiden op til mødet i styrelsen...”

Ved Østre Landsrets dom, UfR2006.686Ø, blev styrelsens påbud kendt lovligt, således at fondsbestyrelsen skulle respektere påbuddet. Fra dommen kan følgende fremhæves:

”... Efter det således beskrevne regelsæt og dets forarbejder finder landsretten, at det i medfør af § 57, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde eller denne bestemmelses analogi må ligge inden for Erhvervs og Selskabsstyrelsens kompetence som fondsmyndighed for Fonden af 1. december 1997 at kunne gribe ind over for Fonden i en ekstraordinær situation som den foreliggende med et pålæg af det indhold, som pålægget af 23. februar 2001 havde.

Det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 23. februar 2001 til Fonden

af 1. december 1997 givne pålæg er herefter gyldigt.

Af pålægget fremgår, at det gælder »indtil videre«, og »at det omfatter beslutninger af videregående karakter, såsom ændring af bestyrelsens sammensætning«.”

Den nævnte § 57, stk. 2, i den tidligere lov om erhvervsdrivende fonde, er grundlæggende videreført uændret i den gældende lov om erhvervsdrivende fonde, jf. § 24, stk. 2, i lov nr. 712 af 25. juni 2014. Det fremgår desuden af bemærkningerne til den gældende bestemmelse, at den derudover også er udvidet, så et eventuelt påbud nu også kan gives i forhold til bestemmelser fastsat i henhold til loven og fondens vedtægt.

Af bemærkningerne til § 24, stk. 2, i den gældende lov om erhvervsdrivende fonde fremgår desuden, at ”et påbud til bestyrelsen i medfør af bestemmelsen har karakter af et »gult kort« til bestyrelsen. Det medfører, at hvis bestyrelsesmedlemmerne sidder et påbud overhørigt, vil det være en væsentlig indikation af, at de pågældende bestyrelsesmedlemmer er uegnede til at varetage bestyrelsesposten i fonden. Fondsmyndigheden kan lade dette indgå i sine overvejelser om eventuelt at afsætte de pågældende bestyrelsesmedlemmer, jf. den foreslåede § 45 og bemærkningerne hertil.”

I forhold til at foretage registrering af ændringer i bl.a. fondens ledelsesforhold, fremgår det af lov om erhvervsdrivende fonde § 15, stk. 1, 2. pkt., at registrering ikke må finde sted, hvis beslutningen, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller fondens vedtægt.

Erhvervsstyrelsens vurdering

Som det fremgår ovenfor skal fondsbestyrelsen alene varetage fondens formål og interesser, hvilket fondsmyndigheden skal være med til at sikre via sit tilsyn med fonden.

Fondsmyndighedens påbud om ikke at foretage bestyrelsesændringer i en kortere eller længere periode må alt andet lige anses for en mindre indgribende sanktion, end f.eks. afsættelse af bestyrelsesmedlemmer, som er en mulighed i henhold til lovens § 45. Et påbud om ikke at ændre bestyrelsens sammensætning skal således ses i forhold til det mere indgribende alternativ.

Dette ses bl.a. at fremgå af ovennævnte bemærkninger til § 24, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde, hvor der ses at være sammenhæng mellem fondsmyndighedens mulighed for at udstede påbud og muligheden for at afsætte bestyrelsesmedlemmer.

Styrelsens påbud til fondens bestyrelse om ikke at ”træffe vidtgående beslutninger” for så vidt angår ”bestyrelsesforhold”, omfatter også suppleanter til bestyrelsen, jf. lovens § 48. Påbuddet er givet for at sikre varetagelse af fondens formål og interesser, jf. lovens § 38, stk. 1, 1. pkt. På-

buddet betyder således, at der ikke lovligt kan besluttes ændringer vedrørende disse forhold uden fondsmyndighedens samtykke.

Der er ikke i den afviste sag anmodet om samtykke fra fondsmyndigheden til at bestyrelsen kan foretage den ønskede ændring af den ene af suppleanterne til fondens bestyrelse. Det er dog også styrelsens faste praksis ikke at forholde sig til en sådan manglende anmodning efterfølgende. Det er dog umiddelbart styrelsens opfattelse, at et samtykke ikke kan meddeles grundet den anden verserende sags særlige karakter.

Da der ikke kan foretages beslutning om ændring i fondens ledelsesforhold

på grund af fondsmyndighedens påbud, kan der ikke foretages registrering,

jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 15, stk. 1. Som udgangspunkt er Erhvervsstyrelsen enig med A, som i sin redegørelse til Erhvervsankenævnet anfører, at der hvert år skal ske udpegning af en suppleant i overensstemmelse med fondens vedtægt. En eventuel ændring vedrørende suppleanter skal også ganske rigtigt anmeldes til styrelsen, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 12, stk. 1.

Erhvervsstyrelsen er dog ikke enig med A, når denne anfører, at Erhvervsstyrelsen ved at benytte lov om erhvervsdrivende fonde § 24 til-sidesætter fondens vedtægt. Som anført ovenfor er påbuddet netop givet for at sikre fondens vedtægt, herunder den lovfæstede pligt for fondsbestyrelsen til at varetage fondens formål og interesser. Henset til de ovenfor nævnte lovbemærkninger og dommen fra Østre Landsret, finder Erhvervsstyrelsen, at dette utvivlsomt lægger inden for fondsmyndighedens kompetence.

I forhold til oplysningerne i A's mail af 17. august 2015, som er medsendt til Erhvervsankenævnet som en del af bilag 3, skal styrelsen gøre opmærksom på, at der ikke er foretaget summarisk sagsbehandling af den valgte suppleants indtræden, eller at der skulle være forskel på håndhævelsen af påbuddet i de nævnte sager.

Baggrunden for, at denne sag har et andet udfald end de to øvrige nævnte sager er, at der er tale om ændringer direkte i forhold til fondens ledelse, som skal varetage fondens formål og interesser. I forhold til datterselskaberne er der ikke en enslydende lovfæstet pligt til varetagelse af formål og interesser (uagtet at en sådan pligt må formodes at eksistere i henhold til retspraksis) og der er desuden ikke en lovfæstet mulighed for fondsmyndigheden til at udstede påbud direkte til selskabet. I datterselskaberne er det ledelsen og ejerne, som i fællesskab må træffe de nødvendige beslutninger i henhold til selskabsloven.

Da fonden er ejer kan Erhvervsstyrelsen dog som fondsmyndighed påbyde

fondsbestyrelsen, at stille krav eller foretage sig konkrete tiltag i forhold til datterselskaberne. Dette er således baggrunden for at påbuddet også nævner datterselskaber, da fondsmyndigheden også skal påse, at fonden

som ejer af selskaberne ikke foretager sig noget, som kunne stride mod fondens formål og interesser. I forhold til de af A nævnte ledelsesændringer i datterselskaberne, er styrelsen således af den opfattelse, at dette ikke er tilfældet, hvorfor styrelsen ikke har haft nogen bemærkninger til ændringerne.

Styrelsens bemærkninger til As klageskrift

Styrelsen skal for god orden skyld gøre ankenævnet opmærksom på, at den version af fondens vedtægt, som advokat A har medsendt til ankenævnet, i henhold til styrelsens registrerede oplysninger ikke er den gældende vedtægt for fonden. Den medsendte vedtægt er dateret den 9. december 1985, men fondens gældende vedtægt er fra 8. august 1988. De omhandlede bestemmelser ses dog at være ens i de to vedtægter.

A anfører i sin mail af 17. august 2015, som er medsendt til Erhvervsankenævnet som en del af bilag 3, at det materielle spørgsmål om Es efterfølger ikke afgøres ved registreringsagen, men at registreringen bør afspejle de faktiske forhold.

Styrelsen er ikke enig i denne bemærkning, da styrelsens afgørelse om ikke at registrere den nye suppleant bygger på et påbud om at ikke at foretage ændringer i fondens ledelsesforhold. Det er således styrelsens opfattelse, at beslutningen om udskiftning af suppleanten ikke er lovligt vedtaget uden fondsmyndighedens samtykke.

Afsluttende bemærkninger

Styrelsen skal for god ordens skyld henlede Erhvervsankenævnets opmærksomhed på, at det ikke er tillagt betydning, at den hidtidige suppleants

bror – nuværende medlem af fondsbestyrelsen – har meddelt Erhvervsstyrelsen, at der foreligger en mundtlig aftale mellem E og B om, at førstnævnte skal udpege B som sin efterfølger.

...”

I skrivelse af 23. november 2015 har advokat A heroverfor bemærket:

”...

Som advokat for fonden skal jeg i anledning af Erhvervsstyrelsens indlæg af 21. september 2015 meddele, at klagen og det, der er anført til støtte for den nedlagte påstand, fastholdes.

Til styrelsens indlæg bemærkes følgende:

Det af styrelsens påberåbte påbud af 19. februar 2015 er efter sin egen ordlyd (i) rettet til "fondsbestyrelsen", (ii) angår "vidtgående beslutninger" og (iii) har karakter af, at styrelsen med henvisning til erhvervsfondslovens § 38, stk. 1., 1. pkt. "indskærpe(r)" at beslutninger som nævnt indtil videre ikke må træffes. Det fremgår endvidere, at fondsbestyrelsen (iv) pålægges en unndladespligt ("... indtil videre ikke træffer vidtgående beslutninger...").

Påbuddet skal ses i lyset af den verserende undersøgelse af et incitamentsprogram, hvilken sag stadig er under behandling i styrelsen.

Påbuddet er ikke, som anført af styrelsen (s. 2, nederste linje), tidsbegrænset, men gældende "indtil videre". Dette er dog en detalje. Det står fast, at påbuddet fortsat var gældende, da C blev udpeget som suppleant, og det er fortsat gældende.

Udpegelsen af C som suppleant, er ikke en vidtgående beslutning.

Den har ingen betydning overhovedet, så længe E er medlem af bestyrelsen. Bestyrelsens sammensætning er ikke ændret. Det er uundgåeligt, at bestyrelsens sammensætning vil ændres, hvis E udtræder. Allerede hans udtræden har denne virkning. Pålægget kan ikke forstås som omfattende den i fundatsen foreskrevne udpegelse af personlige suppleanter (og det kan selvfølgelig heller ikke forpligte et bestyrelsesmedlem til ikke at fratræde med henblik på at undgå ændring af bestyrelsens sammensætning).

C har ikke været involveret i beslutningerne vedrørende incitamentsprogrammet, og der er ikke det mindste holdepunkt for at betvivle, at hun - der har en relevant baggrund for at indtræde i bestyrelsen ved Es afgang - vil varetage fondens interesser og vil iagttage lovgivningen og fundatsen.

Beslutningen er ikke truffet af fondsbestyrelsen, men af E, som følge af, at han i dag er et af de bestyrelsesmedlemmer, der ikke alene kan, men skal udpege en personlig suppleant på hvert årsmøde.

E havde efter fundatsen pligt til på årsmødet i 2015 at udpege en suppleant. Undladelse heraf ville indebære, at han havde brudt sine forpligtelser ifølge fundatsen.

Styrelsens pålæg af en undladelsespligt over for fondsbestyrelsen kan vel efter omstændighederne udstrækkes til en pligt for hvert enkelt bestyrelsesmedlem, hvor det enkelte bestyrelsesmedlem - undtagelsesvis - kan træffe beslutninger alene. Men pålægget kan ikke sætte positive handlepligter ifølge fundatsen ud af kraft. E skulle på årsmødet udpege en suppleant. Han er ikke pålagt at genudpege den person, han gennem mange år har udpeget, og der er selvsagt heller ikke hjemmel til at styrelsen bestemmer, at en suppleant, der er på "valg" hvert år, skal genudpeges.

For den gode ordens skyld bemærkes, at virkningen af, at E ikke ved sin afgang måtte have udpeget en suppleant overensstemmende med fundatsen, er, at bestyrelsen udpeger hans efterfølger. Den udpegning, der skete på det foregående årsmøde (ordinært bestyrelsesmøde) har passeret udløbsdatoen. Den mulighed, at den tidligere suppleant afregistreres uden samtidig registrering af en ny suppleant, skal dog ikke prøves under nærværende sag, der alene angår spørgsmålet om registrering af den ny suppleant. Tages anmeldelsen af denne til følge og registreres, vil den hidtidige uden videre blive afregistreret.

Den tidligere sag pådømt af landsretten i U 2006.686Ø er ganske usammenlignelig med nærværende. Pålægget i den sag angik "beslutninger af videregående karakter såsom ændring af bestyrelsens sammensætning". Dagen efter pålægget blev hele bestyrelsen skiftet ud, uden at det skete i en situation, hvor der var pligt til at forholde sig til bestyrelsens sammensætning.

I indlægget s. 5. midt for, citerer styrelsen fra lovmotiverne at et påbud til bestyrelsen har karakter af et "gult kort" til bestyrelsen. Siddes påbuddet overhørigt er det en væsentlig indikation af, at de pågældende bestyrelsesmedlemmer er uegnede.

Citatet er illustrativt i relation til den manglende forbindelse mellem forbuddet og udpegelsen af suppleant. E ville tilsidesætte fundatsen, hvis han undlod at udpege sin suppleant. Han er ikke pålagt at udpege en bestemt suppleant, hvilket der ikke er hjemmel til at pålægge ham.

Erhvervsstyrelsen henviser (s. 5 nederst) til, at et pålæg om ikke at foretage bestyrelsesændringer i en kortere eller længere periode, må anses som en mindre indgribende sanktion end f.eks. afsættelse. Det er selvfølgelig rigtigt, men det rokker ikke ved, at der skal være hjemmel for den mindre indgribende sanktion. Og der er selvfølgelig ikke hjemmel i en lovbestemmelse, der skal sikre overholdelse af fundatsen, til at kræve denne tilsidesat af bestyrelsen eller dennes enkelte medlemmer.

Til bemærkningerne s. 6, næstsidste afsnit, skal anføres, at påbuddet er meget bredt. Når retsvirkningerne af påbuddet skal vurderes i den konkrete sag, må det dog blive afgørende, at påbuddet ikke kan udstrækkes til at påbyde tilsidesættelse af fundatsen. Må påbuddet efter sit indhold fortolkes som omfattende også udpegningen af en suppleant, hvilket efter min opfattelse ikke er tilfældet, må påbuddet i den hertil svarende udstrækning anses ugyldigt.

Jeg kan ikke følge betragtningerne s. 6. sidste og s. 7 to første afsnit. Det er jo fondsbestyrelsen, der bestemmer, hvem der skal vælges til bestyrelsen i dattervirksomhederne, og det er i dattervirksomhederne, indtjeningen til uddelingsformålet skal skabes. Forbuddet angår da også efter sit udtrykkelige indhold "vidtgående beslutninger i fonden eller fondens datterselskaber".

Afslutningsvis bemærkes, at det et forståeligt, at Erhvervsstyrelsen har udstedt et påbud, der kan skabe ro om fondens forhold, mens Erhvervsstyrelsen behandler sagen om incitamentsprogrammet. Men der er grænser for, hvor langt påbuddet kan udstrækkes. Mit synspunkt er det enkle, at påbuddet ikke kan udstrækkes til at være et forbud mod fundatspligtige handlinger.

Påbuddet er loyalt efterkommet af fondsbestyrelsen, der i relation til incitamentsprogrammet har haft det som ledestjerne, at det i en ordnet retlig proces må afklares, om de for adskillige år siden indrømmede rettigheder til ledelsesmedlemmerne i dattervirksomheden I A/S består, helt eller delvis, og at der i den periode, der medgår til afklaring heraf, må di-

sponeres på en måde, der ikke foregriber den endelige afgørelse heraf. Det bemærkes, at incitamentsprogrammet kun omfatter et mindretal af fondsbestyrelsens medlemmer (to af fem) og at størstedelen af incitamentet vil tilfalde personer, der ikke er medlemmer af fondsbestyrelsen. Men spørgsmålet om incitamentsprogrammets gyldighed, er ikke til prøvelse i nærværende klagesag. Erhvervsstyrelsen har endnu ikke truffet afgørelse herom,

Da spørgsmålet om rækkevidden af Erhvervsstyrelsens muligheder for at udstede påbud af den karakter, der her er tale om, har stor praktisk interesse, anmoder jeg om at sagen behandles af Erhvervsankenævnet med mundtlig forhandling.

...”

Erhvervsankenævnet har ikke fundet grundlag for at foranstalte mundtlig forhandling i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af den klagende fonds fundats blandt andet, at to bestyrelsesmedlemmer på hvert ordinært bestyrelsesmøde skal udpege en suppleant for et år ad gangen.

Erhvervsstyrelsens nægtelse af registrering af en anmeldt ændring af en suppleant til fondens bestyrelse er sket under henvisning til styrelsens påbud af 19. februar 2015, hvorefter der ikke kan foretages ændringer vedrørende bestyrelsesforhold.

I henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 24, stk. 2, kan Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed – ved overtrædelse af loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller vedtægten – give ledelsen påbud om at bringe forholdet i overensstemmelse med loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller vedtægten.

Da styrelsens påbud, der er udstedt i medfør af erhvervsfondslovens § 24, ikke findes at kunne afskære fondens bestyrelse fra i overensstemmelse med fundatsen at foretage en årlig udpegning af suppleanter for to bestyrelsesmedlemmer, er Erhvervsstyrelsen ikke berettiget til under henvisning til påbuddet at nægte registrering af den anmeldte ændring af en suppleant til fondens bestyrelse.

Sagen hjemvises med disse bemærkninger til Erhvervsstyrelsen med henblik på styrelsens afgørelse af, om betingelserne for registrering af den anmeldte ændring i øvrigt er opfyldt.

33) Kendelse af 8. juni 2016 (J.nr. 2015-12868).

Anmodning om iværksættelse af granskning nægtet, ikke grundlag for at afsætte bestyrelsesmedlemmer af fonden og salg af datterselskaber ikke en disposition, som krævede fondsmyndighedens samtykke efter § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde.

LEF § 25, § 38, § 45, § 61, § 89, stk. 2 og § 107.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Anders Hjulmand, Niels Walther-Rasmussen, Knud T. Martens og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 21. oktober 2015 har advokat K klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. september 2015. I uddybende klageskrivelse af 16. november 2015 redegjordes for klagers synspunkter. I den påklagede afgørelse nægtede Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed at imødekomme en anmodning om iværksættelse af en granskning af A [fond], og styrelsen vurderede, at der på baggrund af det fremsendte materiale ikke var grundlag for at afsætte et eller flere af fondens bestyrelsesmedlemmer. Endvidere vurderede styrelsen, at salget af en række datterselskaber i den konkrete sag ikke var en disposition, som krævede fondsmyndighedens samtykke efter § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. september 2015 hedder det:

”A, CVR-nr. 1158 7488

Den 1. maj 2014 modtog Erhvervsstyrelsen et brev fra advokat K, hvori den pågældende gjorde styrelsen opmærksom på en række forhold, og samtidigt anmodede styrelsen om at iværksætte en granskning af fonden samt en afsættelse af fondens bestyrelse.

På daværende tidspunkt var Civilstyrelsen fondsmyndighed for fonden, og den 2. april 2014 videresendte Erhvervsstyrelsen derfor henvendelsen med tilhørende bilag til Civilstyrelsen.

Den 13. maj 2014 modtog Erhvervsstyrelsen et brev fra advokat B, der på vegne af den øvrige bestyrelse kommenterede på det af K anførte.

Den 19. maj 2014 videresendte Erhvervsstyrelsen ligeledes dette brev til Civilstyrelsen.

Den 1. december 2014 blev Erhvervsstyrelsen fondsmyndighed for fonden, og sagen blev derfor oversendt til Erhvervsstyrelsen.

I perioden maj 2014 til september 2015 har der været en omfattende korrespondance med de to parter i sagen.

Erhvervsstyrelsen finder, at sagen nu er fuldt ud oplyst, hvilket begge parter har erklæret sig enig i.

Erhvervsstyrelsen har derfor som fondsmyndighed for fonden foretaget en vurdering af det meget omfattende materiale, der er i sagen.

Som led i Erhvervsstyrelsens vurdering af de foretagne dispositioner har Erhvervsstyrelsen indledningsvis, jf. bl.a. Ks brev af 1. maj 2014 overvejet, hvorvidt der er grundlag for at iværksætte en granskning af fonden, jf. den tidligere lov om erhvervsdrivende fonde § 59 og den nye lovs § 25.

Efter den nye lov om erhvervsdrivende fondes § 25, stk. 1, kan Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed bestemme, at der skal foretages granskning af nærmere angivne forhold vedrørende en erhvervsdrivende fond, dens forvaltning eller årsrapporter.

Det fremgår af forarbejderne til § 25, at granskningsinstituttet kan anvendes i følgende tilfælde:

”...

Efter den foreslåede bestemmelse kan fondsmyndigheden iværksætte granskning, hvis der i en konkret fond er foretaget aktiviteter eller truffet dispositioner, der efter fondsmyndighedens opfattelse fordrer en nærmere undersøgelse, en såkaldt granskning. Dette omfatter også dattervirksomheders forhold.

Granskning kan iværksættes som et led i varetagelsen af fondsmyndighedsopgaven. Praksis har således vist, at det er som led i tilsynet med fonden, at fondsmyndigheden kan have behov for at få belyst nogle forhold nærmere eventuelt ved at benytte muligheden for granskning.

Den gældende bestemmelse om granskning i lov om erhvervsdrivende fonde § 59 fastsætter bl.a., at Erhvervsstyrelsen kan bestemme, at der skal foretages granskning, samt at Erhvervsstyrelsen udpeger en eller flere granskningsmænd. Udgifterne til granskningen godkendes og udredes foreløbig af Erhvervsstyrelsen, men afholdes af fonden.

Det foreslåede stk. 1 viderefører den gældende § 59, stk. 1, men der foreslås en enkelt sproglig præcisering, så det fremover er fondens årsrapporter og ikke alene regnskaber, som kan ligge til grund for en granskning.

Finder fondsmyndigheden efter en gennemgang af fondens årsrapport eller af andre grunde anledning til at få klargjort visse forhold vedrørende fonden, kan fondsmyndigheden efter stk. 1 iværksætte en gransk-

ning af nærmere angivne forhold vedrørende fonden, dens forvaltning eller årsrapporter. Granskningsinstituttet er imidlertid omkostningskrævende og af indgribende karakter for fonden, hvorfor det forudsættes, at det kun bliver anvendt i tilfælde, hvor der foreligger vægtige grunde, samt at det begrænses i omfang til de relevante forhold.

De forhold, der vil kunne foranledige en granskning, vil ofte være sådanne forhold, som kan medføre erstatnings- eller strafansvar. Granskning vil dog tillige kunne bringes i anvendelse til opklaring af visse regnskabsmæssige eller forretningsmæssige dispositioner, selv om der ikke er grund til at antage, at der skulle kunne gøres ansvar gældende. Granskning kan således være motiveret af ønsket om at få klarhed over, hvorfor fondens økonomiske stilling er forringet.

... ”

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ikke er grundlag for at iværksætte en granskning af fonden. Dette skal ses i sammenhæng med, at styrelsen på baggrund af en gennemgang af det modtagne omfattende materiale finder, at der ikke er indikationer på, at der er foretaget dispositioner, som kræver en yderligere belysning med henblik på at tilvejebringe oplysninger udover, hvad der allerede fremgår af det modtagne materiale, og som derfor kan begrunde en granskning.

Erhvervsstyrelsen har herefter vurderet, hvorvidt de enkelte bestyrelsesmedlemmer i fonden har varetaget sit ledelseshverv på den måde, som lov om erhvervsdrivende fonde foreskriver.

Bestyrelsesmedlemmerne i en fond skal i samtlige deres dispositioner varetage fondens formål og interesser. I den nye lov om erhvervsdrivende fonde, der trådte i kraft den 1. januar 2015 er dette præciseret i lovens § 38, stk. 1. Bestemmelsen i § 38, stk. 1, er dog alene udtryk for en kodificering, og der var således også inden den nye lovs ikrafttræden krav herom. Hvis bestyrelsen ikke varetager fondens formål og interesser, vil de enkelte bestyrelsesmedlemmer kunne ifalde ansvar, ligesom de under skærpende omstændigheder vil kunne afsættes af fondsmyndigheden.

I den nye lov om erhvervsdrivende fonde § 45, der som udgangspunkt viderefører den tidligere lovs § 15, fastslås det således, at fondsmyndigheden bl.a. kan afsætte et bestyrelsesmedlem, hvis den pågældende har vist sig uegnet, skal udtræde af bestyrelsen. I den nye lov om erhvervsdrivende fonde er kriteriet for afsættelse ændret fra klart uegnet til uegnet.

...

På baggrund af styrelsens gennemgang af det modtagne materiale, er det Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ikke er grundlag for at afsætte et eller flere af fondens bestyrelsesmedlemmer, ligesom styrelsen ikke finder dokumentation eller indikationer i det modtagne materiale på, at et eller flere af fondsbestyrelsesmedlemmerne ikke i tilstrækkeligt omfang har varetaget fondens interesser.

Erhvervsstyrelsen skal i den forbindelse nævne, at det er vigtigt at holde for øje, at det fremgår af fondens vedtægt, at fondens formål er følgende:

...

De pågældende selskaber, der efter Erhvervsstyrelsens opfattelse er kerne i den opståede strid, er således ikke nævnt i fondens formål. En gennemgang af fondens gældende vedtægt viser endvidere, at de pågældende selskaber ligeledes ikke er omtalt andre steder i fondens vedtægt.

Styrelsen skal dog i den forbindelse pointere, at eksempelvis et salg af et for en fond væsentligt aktiv konkret kan være en ekstraordinær disposition omfattet af den nye lov om erhvervsdrivende fonde § 61, der viderefører den tidligere lovs § 21, stk. 3. Dette er tilfældet, hvis salget af aktiv vil medføre, at der er risiko for, at fonden ikke længere kan varetage sit formål, eller hvis fondens eksistens bringes i fare. Det er ligeledes Erhvervsstyrelsens opfattelse, at dispositioner i en fonds datterselskab ligeledes kan være af en sådan karakter, at der for fonden vil være tale om en ekstraordinær disposition omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 61. Hvis en disposition medfører, at en fond ikke længere kan varetage sit formål, eller hvis dispositionen medfører, at fonden efterfølgende vil skulle opløses, vil det dog ikke være tilstrækkeligt at iagttage bestemmelsen i § 61. I sådanne tilfælde vil der således være krav om, at betingelserne i lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2, om ændring af formålet, eller § 107 om opløsning iagttages.

På baggrund af de modtagne oplysninger bl.a. om den økonomiske situation i fonden og dens datterselskaber er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at det ikke vil være salget af de pågældende selskaber, der vil være afgørende for fondens mulighed for fremadrettet at varetage fondens formål. Det er som følge heraf Erhvervsstyrelsens vurdering, at salget af de pågældende selskaber i den konkrete sag ikke vil være en disposition omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 61, og som derfor kræver fondsmyndighedens samtykke.

På baggrund af ovenstående vil Erhvervsstyrelsen derfor som fondsmyndighed for fonden ikke foretage sig yderligere i sagen. Dette skal også ses i sammenhæng med, at fondsmyndighedens opgave består i at føre et fonde retligt tilsyn med, at fonden ledes forsvarligt i overensstemmelse med lovgivningen og den konkrete fonds vedtægt. Der er således tale om et legalitetstilsyn, og fondsmyndigheden skal således ikke vurdere hensigtsmæssigheden af ledelsens forretningsmæssige dispositioner.

...”

I uddybende klageskrivelse af 16. november 2015 har advokat K anført:

”Vedr.: Klage over afgørelse - A

I ovennævnte sag skal jeg herved fastholde det for Erhvervsstyrelsen fremførte og der ud over fremkomme med mine supplerende bemærkninger til den indgivne klage med kommentarer på afgørelsen fra Erhvervsstyrelsen af 22. september 2015:

1. Anmodning om granskning.

Det fremgår af afgørelsen, at Erhvervsstyrelsen ikke finder, at der ”er indikationer på, at der er foretaget dispositioner, som kræver en yderligere belysning med henblik på at tilvejebringe oplysninger udover, hvad der allerede fremgår af det modtagne materiale, og som derfor kan begrunde en granskning”.

Jeg opfatter afgørelsen som en anerkendelse af rigtigheden af de faktuelle informationer, som jeg har fremlagt dokumentation for.

Jeg vil dog ikke undlade at bemærke, at det undrer mig betydeligt, at Erhvervsstyrelsen ikke har fundet anledning til som det mindste at iværksætte en granskning af forholdene vedrørende salget af ejerandelene i C Ltd, som tilhørte D AB, der via andre svenske moder-/datterselskaber blev ejet af E ApS, cpr.nr. ..., som for 76% vedkommende ejes af A.

Jeg har således stillet spørgsmål om, hvorvidt den fulde købesum på ca. 80 mio. SEK er indgået i koncernen.

Dette kan ikke konstateres ved hjælp af det fremlagte materiale og heller ikke via de fremlagte årsrapporter for de i alt 4 svenske selskaber eller årsrapporterne for E ApS.

Det, der har kunnet konstateres, dokumenteres og er blevet oplyst af advokat B, er, at der ifølge årsrapporterne for de svenske selskaber har været etableret indbyrdes låneforhold, som dels ifølge forklaring fra B er fuldstændig uforståelige, og som dels ikke er afspejlet i årsrapporterne for E ApS.

I årsrapporten for 2012 for E ApS indgik ejerskabet af ejerandelene i F slet ikke – selskabet er end ikke medtaget i oversigten over datter- eller associerede selskaber - på trods af, at selskabet ifølge dets årsrapport pr. 31.12.2012 havde en egenkapital på SEK 72.094.308, svarende til Dkk 62.677.188 med den daværende kurs.

Det vil ikke uden et sagsanlæg være muligt for mig at indhente den fornødne dokumentation, og det er derfor meget uheldigt, at det afgørelsen fra Erhvervsstyrelsen konkluderer, at der efter styrelsens opfattelse ikke er indikationer på, at der er foretaget dispositioner, som kræver en yderligere belysning med henblik på at tilvejebringe oplysninger udover, hvad der allerede fremgår af det fremlagte materiale.

I det omfang, det forholder sig som angivet i afgørelsen, ville jeg gerne modtage en kortfattet redegørelse fra Erhvervsstyrelsen om, hvad det da er, Styrelsen mener, der er foretaget med hensyn til provenuet fra salget af C Ltd., da det fortsat for mig fremstår ganske sikkert, at årsrapporterne for de involverede selskaber ikke indeholder korrekte informationer og ikke er indbyrdes kongruente.

2. Erhvervsstyrelsen har endvidere truffet afgørelse om, at der ikke er grundlag for at afsætte et eller flere af fondens bestyrelsesmedlem-

mer, hvilket ville ske, hvis et eller flere medlemmer af bestyrelsen er uværdige eller uegnet til at bestride dette hverv.

Som støtte for anmodningen om, at bestyrelsen eller enkelte medlemmer af bestyrelsen afsættes, skal jeg anføre, at samtlige de forhold, der er påpeget om driften af fondens datterselskaber, herunder de regnskabsmæssige forhold, bør føre til, at medlemmerne af bestyrelsen afsættes.

Medlemmerne af bestyrelsen skal ifølge § 38, stk. 1 i lov om erhvervsdrivende fonde varetage fondens formål og interesser.

Det krav mener jeg – som minimum – ikke G og H har levet op til, men jeg mener ej heller, at advokat I fortsat kan sidde i fondens bestyrelse.

G.

a) J.

G var i sin tid primus motor for investeringen i ejendomsbesiddelserne i Brasilien, idet det var hans ønske at bosætte sig der.

Han deltog derfor helt fra start i erhvervelsen og udviklingen af ejendommene.

G har deltaget dels som gæst dels som bestyrelsesmedlem i samtlige år efter erhvervelsen af ejerandelen i J, hvorfor han i hele processen har været bekendt med dels købesummen på ca. 25 mio. kr. og dels den værdifastsættelse på kr. 45.698.236, som ejendommen indgik i årsrapporten for E ApS med fra og med årsrapporten for 2009, som var uden forbehold fra fondens revision.

G har også - lige som jeg har - modtaget de oversigter over Ls aktiver, som H havde udarbejdet, og hvoraf det i efteråret 2013 var blevet anført af H, at værdien af J var på 48 mio. kr. men med ”estimeret handelsværdi højere”, ligesom han var bekendt med Hs angivelse i sin opgørelse af 20. september 2013 med ordlyden:

”Der er kommet skred i forhandlingerne omkring det første jordstykke, hvor vi ejer 1/3 der repræsenterer ca. 13 til 15 mio., og som burde komme løbende til betaling over en periode på 6/12 måneder begyndende inden årets udgang.

Når den første handel kommer i gang vil vi forsøge at lade os købe ud i et eller andet omfang. Vor bogførte værdi er 47 mio. kr. og aktivet er frit”.

G deltog den 4. april 2014 i stiftelse af Brazilian Capital ApS, som blev stiftet af et af hans selskaber, AI ApS sammen med en af Ls to hovedkreditorer, Y A/S, og samme dag underskrev Ø ApS aftale om køb af Ls besiddelser i Brasilien for 10 mio. kr.

Handlen skete uden forudgående orientering af fondens bestyrelse, ligesom bestyrelsen ikke blev orienteret om handlen på bestyrelsesmødet den 7. april 2014.

Det er af H blevet oplyst, at de brasilianske ejendomsbesiddelser ikke forud for overdragelsen var blevet vurderet, hvilket G selvsagt også har været bekendt med.

Det er derfor min opfattelse, at Gs deltagelse i købet af disse aktiver for 1/5 af den værdi, som H så sent som 6 måneder tidligere havde angivet aktivernes værdi til over for den samlede bestyrelse og uden indhentelse af vurdering, ikke er sket til varetagelse af fondens formål og interesser.

Købet er alene sket til varetagelse af Gs egne interesser, idet han med en medejer har erhvervet investeringen, som var mindst 47 mio. kr. værd, for kun 10 mio. kr.

Det er på denne baggrund min opfattelse, at G ikke har efterlevet bestemmelsen i § 38 i Lov om erhvervsdrivende fonde.

b) Selskabet W Limited.

Dette selskab har siden selskabets stiftelse været ejet af T ApS med 99 % og AJ ApS med 1%.

Ledelsen i T ApS har fra 27. maj 2013 været direktør H, som således repræsenterer ejerandelene i W Limited.

G har fra stiftelsen af W Limited været direktør for selskabet sammen med U, idet der i Indien er krav om, at et selskab skal ledes af to direktører.

U afgik ved døden den 26. juni 2013.

G har den 28. juli 2014 angivet at deltage i et bestyrelsesmøde i W Limited, hvor han og den for længst afdøde U har givet hinanden fuldmagt til at indsende de fornødne dokumenter til det indiske selskabsregister [*any one of the Directors of the company be and is hereby authorized to file the requisite return in this regard with the Registrar og Companies*”].

Beslutningen er anmeldt til det indiske selskabsregister med Gs digitale signatur.

Advokat B har ikke på noget tidspunkt kommenteret på disse meget alvorlige forhold.

W Limited har været i besiddelse af et kontant indestående i bank på ca. 8 mio. kr. frem til udgangen af 2011. Med den senest indgivne årsrapport til det indiske selskabsregister, var den kontante beholdning i 2013 på ca. 3,5 mio. kr.

Der ud over ejer selskabet ejendomme i den indiske stat Maharashtra, som G angiveligt p.t. er i færd med at forsøge at sælge.

Dette udsagn har jeg ikke dokumentation for, men det er modtaget af mig fra personer med kendskab til såvel ejendomsbesiddelserne som G.

Disse aktiver kan og har G disponeret alene over siden i al fald foråret 2012, hvor U var for syg til at deltage i driften, i strid med den indiske selskabslovgivning til dels i kraft af den fuldmagt, han har anmeldt at have "modtaget" fra sin afdøde far.

Det er min opfattelse, at G med den ovenfor beskrevne handle måde har vist sig uværdig til fortsat at være medlem af bestyrelsen, jfr. § 44, stk. 3, og uegnet til at bestride hvervet som bestyrelsesmedlem, jfr. § 44, stk. 4.

H.

a) H har for det første medvirket til og haft kendskab til det om G anførte.

H medvirkede således i april 2014 efter at være blevet valgt som formand for fondens bestyrelse og direktør i E ApS den 27. maj 2013 til salg af ejendomsbesiddelserne i Brasilien

- 1) uden forudgående vurdering
- 2) til en pris svarende til 1/5 af den værdi, han selv
- 3) et halvt år tidligere overfor fondens bestyrelse havde oplyst værdien til,
- 4) til et medlem af fondens bestyrelse
- 5) i samarbejde med en af fondens to største kreditorer
- 6) uden at informere fondens bestyrelse herom forud for aftalens indgåelse den 4. april 2014, ligesom han
- 7) undlod at informere bestyrelsen om den allerede gennemførte handel på det bestyrelsesmøde, som han havde indkaldt til gennemførelse af den 7. april 2014.

H har der ud over som direktør for T ApS, der er ejer af ejerandelene i W Limited, undladt at udøve ejerens ret på generalforsamlingen til at kontrollere, at der blev udarbejdet og indleveret årsrapport for selskabet for de to seneste regnskabsår.

H har endvidere ikke på foranledning af sit kendskab til Gs dispositioner i kraft af det referat fra bestyrelsesmødet i W Limited den 28. juli 2014, som indgår i denne sag, sørget for at indvælge en ny direktør for W Limited i Us sted, ligesom han heller ikke har sørget for, at der er blevet valgt en ny direktør for selskabet til erstatning for G på baggrund af dennes ugyldige og formentlig [u]lovlige dispositioner.

Det er min opfattelse, at H på den beskrevne måde har svigtet sit ansvar som formand for fondens bestyrelse og direktør i fondens selskaber.

- b) H har været tilknyttet L som Us højre hånd for såvidt angår den økonomiske styring af koncernen siden i al fald 2003.

H har deltaget i fondens bestyrelsesmøder, herunder møder til godkendelse af fondens årsrapport, i en lang årrække forud for, at han som følge af Us sygdom og død indtrådte som direktør i koncernens selskaber og formand for fonden.

H må således have haft kendskab til, at E ApS erhvervede aktierne i J den 10. maj 2007 og til indholdet af aftalen af samme dato.

På trods af dette kendskab har han på intet tidspunkt følt sig foranlediget til at informere bestyrelsen eller revisor om, at ejerskabet skulle fremgå af årsrapporterne for E ApS for 2007 og 2008.

Tilsvarende gør sig gældende for de øvrige selskaber, der ikke har været placeret korrekt i koncernens regnskaber, hvilket fremgår af parternes indlæg under sagens behandling i Erhvervsstyrelsen.

Blot som endnu et eksempel herpå kan jeg nævne, at det af årsrapporten for E ApS for 2009 fremgår, at E ApS ejede 10% af anparterne i X ApS med til indre værdi på kr. 1.000.000.

X ApS fremgår ikke som associeret selskab i E ApS tidligere årsrapporter.

I årsrapporten for 2010 for E ApS fremgår det, at der fortsat ejes 10% af anparterne i X ApS med en indre værdi primo året på kr. 1.000.000, som efter et resultat på – kr. 630.000 ultimo året har en indre værdi på kr. 370.000 pr. 31.12.2010.

I årsrapporten for 2011 for E ApS fremgår det, at de 10% af anparterne i X ApS stadig var i behold ved årets begyndelse og havde en værdi primo på kr. 370.000 og på kr. 0 ultimo.

I årsrapporten for 2009 for X A/S – der findes ikke et ApS ved dette navn – fremgår at egenkapitalen er på kr. 21.244.635 pr. 31.12.2009, svarende til kr. 2.124.463 for en ejerandel på 10%, og at der er to aktionærer med mere end 5% af aktiekapitalen, nemlig Sparekassen Farsø og Steen Petersen ApS.

I årsrapporten for X A/S for 2010 fremgår det, at selskabet er opløst ved en solvent likvidation, og at egenkapitalen/likvidationskonto ved selskabets opløsning var på kr. 15.702.000, svarende til kr. 1.570.200 for 10%.

Det fremgår også af denne årsrapport, at AK og AL ApS er de eneste aktionærer med en ejerandel på mere end 5%.

Selskabet eksisterer ikke med udgangen af 2011 og har derfor ikke indgivet årsrapport for dette regnskabsår.

Der er ingen sammenhæng mellem oplysningerne i de to selskabers årsrapporter, men navnlig informationen om aktionærer med et ejerskab på mere end 5% i X ApS er uforenelig med informationerne i E ApS årsrapporter.

Det er absolut ikke de eneste regnskabsmæssige forhold, som ikke stemmer overens med virkeligheden, idet der er angivet et forkert ejerforhold til ejerandele i datterselskaber, fortjenesten på ca. 80 mio. kr. ved salget af ejerandelene i E er bogført i et forkert regnskabsår i E ApS

H har ud over det tidligere anførte forhandlet og indgået aftaler med selskabets kreditorer om deres overtagelse af værdifulde ejendomsbesiddelser til priser, som ikke var fastslået ved forudgående ejendomsmægler-vurderinger, men alene var blevet H mundtligt oplyst som værende realisationspriser af den ene hovedkreditor, Q A/S.

Aktiverne er således blevet handlet ud af koncernen til selskabets kreditorer til priser, som var fastsat/oplyst af de samme kreditorer!

Ved den seneste generalforsamling, den 16. juni 2014, som jeg deltog i som bestyrelsesmedlem, og hvor jeg afviste at underskrive fondens årsrapport, ønskede jeg svar fra H på spørgsmål om, hvorvidt der efter møderne i fondens bestyrelse den 7. april og 2. maj 2014 var blevet indhentet uvildige vurderinger fra professionelle erhvervsejendomsmæglere af Ls ejendomme til brug for årsrapporternes udfærdigelse, hvilket H efter lang betænkningstid oplyste ikke var tilfældet.

Det er korrekt, som anført af advokat B, at det ud fra balancerne ved årsskiftet 2013/2014 så ud til, at L var insolvent, hvilket bestyrelsen på det foreliggende grundlag tog ad notam, men der er i den forgangne tid sket en meget voldsom stigning i priserne på ejendomsmarkedet i København – en stigning som H med sit valg af ikke at lade ejendommene løbende vurdere har ladet komme Ls kreditorer, som ejendommene i alt væsentligt er solgt til, og ikke fonden til gode.

H har derved ikke varetaget fondens formål og interesser, men fondens kreditorens interesser.

Dette skal muligvis ses i sammenhæng med den omstændighed, at H i bestyrelsesmødet den 7. april 2014 oplyste, at han ved en gennemførelse af det af ham foreslåede salg af hele koncernen, O ApS med tilhørende datterselskaber for 1 kr. til den ene af de to største kreditorer, P, var blevet tilbudt fortsat ansættelse hos køber, således at han fremover skulle forestå håndteringen af ejendommene for køberen.

Det blev på det tidspunkt oplyst, at Q A/S ønskede at overtage tre konkrete ejendomme med en nedskreven værdi på 133 mio. kr. imod at afgive saldokvittering for et krav på 300 mio. kr.

Balancen ville således blive forbedret med ca. 167 mio. kr.

Det bedes bemærket, at balancen for O ApS pr. 31.12.2013 i henhold til årsrapporten for 2013 udviste en negativ egenkapital på kr. 122.936.250.

Det er min opfattelse, at H med sin centrale position i koncernen har været bekendt med de forhold, som er gennemgået ovenfor, men også med alle de øvrige forhold, der er indgået i sagen under dens behandling i Erhvervsstyrelsen.

Det er videre min opfattelse, at H på baggrund af de beskrevne forhold ikke lever op til de krav om egnethed, der stilles til medlemmer af fondens bestyrelse, og at han derfor bør afsættes som formand for og medlem af fondens bestyrelse.

c) I.

I blev valgt ind som medlem af bestyrelsen i A den 5. maj 2006.

I fungerede forud for sit indvalg i bestyrelsen som advokat for L og havde status af partner i M.

M udfærdigede i 2007 "Share Sale and Purchase Agreement", hvorved E ApS erhvervede 50% af aktierne i N Ltd.

Aftalen er fremlagt af undertegnede som bilag 21.

Investeringen fremgik imidlertid ikke af årsrapporterne for E ApS hverken i 2007 eller i 2008 på trods af investeringens størrelse på ca. 25 mio. kr., som blev betalt på aftaletidspunktet og dermed gik ud af koncernens "kasse".

Først fra 2009 indgik aktivet i selskabets årsrapport.

Det er min opfattelse, at den af Advokatsamfundet udpegede advokat, advokat I burde være fremkommet med indsigelse over for den på generalforsamlingen i 2008 og 2009 fremlagte årsrapport for E ApS, som indeholdt denne særdeles væsentlige fejl.

Man kan spørge sig selv, hvordan købesummen blev posteret i selskabets bogføringsmateriale, når der ikke var en modpost, som ligeledes indgik i regnskabsmaterialet.

Man kan også spørge sig selv om, hvordan der regnskabsmæssigt ville være blevet forholdt med aktivet, hvis værdien var steget eksponentielt

fra erhvervelsen i maj 2007 til udgangen af 2009, henholdsvis hvis det erhvervede selskab var blevet erklæret konkurs.

Den samme skæbne kunne imidlertid også være overgået E ApS, og i så fald ville aktivet ikke være fremgået af selskabets regnskabsmateriale.

Det er endvidere min opfattelse, at advokat I burde have fremsat indsigelse over for værdiansættelsen i årsrapporten 2009, idet aktivet i dette regnskab var medtaget til en værdi på kr. 45.698.236, som ifølge årsrapporten var baseret på ”Tilgang/Indreværdi Primo”.

Beløbet står i skærende kontrast til købesummen på ca. 25 mio. kr., hvilket da også fra 2010 førte til et revisorforbehold i årsrapporten lydende ”vi mangler dokumentation for værdiansættelse af investeringer foretaget i udlandet med 46 mio. beløbet indgår i regnskabsposte associerede virksomheder”.

Det bemærkes, at jeg først selv modtog kopi af den af M udfærdigede aftale, da H fremsendte den til mig efter bestyrelsesmødet den 7. april 2014.

Det er min opfattelse, at advokat I som følge af sit kendskab til de regnskabsmæssige uregelmæssigheder, som årsrapporterne for E ApS for 2007 og følgende år er udtryk for, og som følge af sin manglende reaktion over for det af ham kendte faktum, bør afsættes som medlem af fondens bestyrelse, jfr. § 44, stk. 3 og 4, jfr. § 45 i Lov om erhvervsdrivende fonde, da der bør være en usvækket grad af tillid til, at de valgte bestyrelsesmedlemmer er egnede til at bestride det pågældende hverv og efterstræbe at efterleve gældende lovgivning, herunder at samtlige de aktiver, som tilhører fonden eller dens datterselskaber indgår i regnskaberne.

3. Erhvervsstyrelsen har i den sidste del af sin afgørelse påpeget, at de selskaber, som er kernen i den opståede strid, ikke er nævnt eller omhandlet i fondens formål, som derfor kan opnås, selvom selskaberne sælges.

Til dette bemærkes, at fonden aldrig selvstændigt har drevet erhvervsvirksomhed.

Fonden har alene været ejer af en enkelt ejerlejlighed og der ud over af de selskaber og datterselskaber, som er kernen i den opståede strid, samt en meget omfattende liste af andre selskaber

Jeg vil i denne sammenhæng tillade mig at henvise til, at medlemmerne af fondens bestyrelse for 3 – 4 år siden fra fondsmyndigheden modtog en påtale af størrelsen af lønomkostningerne i koncernen sammenholdt med driftsresultaterne i fondens datterselskaber.

Jeg er desværre ikke længere i besiddelse af den nævnte skrivelse.

Det af fondsmyndigheden anførte om lønomkostninger/drifresultat i koncernen må efter min opfattelse tages som udtryk for, at medlemmerne af fondens bestyrelse anses for at have et ansvar for, hvorledes driften i de af fonden ejede datterselskaber udvikler sig og ikke kun for selve fondens drift.

Det har derfor også efter min opfattelse en meget væsentlig betydning for vurderingen af sagen og af en eventuel afsættelse af de nævnte bestyrelsesmedlemmer, hvorledes de har disponeret i forhold til de selskaber, der er kernen i den opståede strid, men også i forhold til koncernens aktiver i øvrigt.

Om fondens fremtid henvises der i afgørelsen til, at det fra Erhvervsstyrelsens side vurderes, at det ikke vil være salget af fondens tilbageværende datterselskaber, der vil være afgørende for fondens mulighed for fremadrettet at varetage fondens formål.

Det skal fra min side bemærkes, at det fra primo 2014 har været holdningen hos den øvrige bestyrelse, at så snart O ApS med tilhørende datterselskaber var solgt fra ved den planlagte 1 kr.-handel til P, kunne fonden opløses.

Der er intet, der tyder på, at den aktuelle bestyrelse ikke vil gennemføre en opløsning af fonden, så snart der er givet grønt lys for salg af de sidste to selskaber.

Det er derfor helt hypotetisk at foretage en overvejelse af, om fondens formål fortsat kan gennemføres eller opnås, når bestyrelsens ønske om at sælge de sidste aktiver til P er gennemført.

Når det i afgørelsen anføres, at det på baggrund af de modtagne oplysninger bl.a. om den økonomiske situation i fonden og dens datterselskaber er Erhvervsstyrelsens vurdering, at det ikke vil være salget af de pågældende selskaber, der vil være afgørende for fondens mulighed for fremadrettet at varetage fondens formål, vil jeg påpege, at Styrelsen med al respekt ikke ved noget om dette.

Det er ikke efter min opfattelse rimeligt at tillægge de økonomiske informationer, der er tilgået Styrelsen fra fondens bestyrelse, nogen vægt, da informationerne som ovenfor anført ikke er baseret på vurderinger fra uvildige ejendomsmæglere, men der imod på mundtligt overbragte realisationspriser, som H modtog ultimo 2013 – for nu to år siden - fra Q A/S [bank].

Det er min opfattelse, at man ved salg i fri handel eller ved sædvanligt udbud af de omhandlede aktiver vil kunne opnå meget betydeligt højere priser end de priser, man fra bestyrelsens side har planlagt at sælge de sidste aktiver i fonden til P til.

I Hs seneste ”Estimat over afvikling af aktiver i L”, jfr. vedlagte kopi, som er dateret 20. september 2013, blev det om R ApS bl.a. anført:

”Vi har flere indledende forhandlinger kørende. Afventer ændring af lokalplanen, så der kan etableres 2 storbutikker á 6.000 m2 godkendt af KK [Københavns kommune]. Afventer sagsbehandling. 2 måneder. Herefter går vi videre med sagen”.

”Vi har omkring begge lokalplantilpasninger [den anden vedrørte Vestre Teglgade] haft en del møder med KK forskellige afdelinger. KK er meget positive for disse ændringer, og L har fortsat goodwill hos KK”.

”Ved mødets start udleverede KK ”Cityringen, udregning af metro til Ny Ellebjerg via Sydhavnen” af juni 2013, og som netop i september 2013 er besluttet hos KK.

Ny Ellebjerg station – s-togstation – der ligger 75 meter fra vort projekt på Gl. Køge Landevej, gøres til knudepunkt i lighed med Nørreport station. Under Ny Ellebjerg Station bygges en metro station, der bliver forsyningen til Metro 4, der også passerer Tegholmen. Passagemængden vil modsvare Århus banegård. Så det er klart at KK har interesse i byggerierne tæt på stationerne bliver færdige.”

H estimerede på dette tidspunkt (september 2013) værdien af R ApS til 106 mio. kr.

Henset til de stigninger, der har været bl.a. i byggerettigheder, som er steget med minimum 50% siden ultimo 2013, burde prisen på R derfor i dag ligge i omegnen af 150 mio. kr.

I samme notat estimerede H parkeringskælderens, som siden er blevet indskudt i S ApS, til en værdi på mellem 10 – 15 mio. kr.

Da bestyrelsen i august 2014 besluttede at sælge R ApS og S ApS til P skete det til en samlet pris på 16 mio. kr.

Det fremgår ikke, om de 16 mio. kr. skal forblive i T ApS, som P har pant i, hvorfor køber i givet fald selv opnår at modtage de 16 mio. kr., som betales for selskaberne, eller om beløbet vil tilfalde fonden.

Det fremgår heller ikke, om beløbet på 16 mio. kr. skal ses i tillæg til en pant hæftelse af ejendommen på ca. 100 mio. kr., således at koncernens og Us (kaution)forpligtelse overfor P ved salget bliver nedbragt med 116 mio. kr., men det er min antagelse, at beløbet skal opfattes som alt i alt 16 mio. kr., der skal forblive i T ApS, således at P derved ”beholder” købesummen inde i de selskaber, som P har pant i.

Gælden i forhold til L og i forhold til Us dødsbo, som advokat B er bestyrer i, vil således alene blive reduceret med 16 mio. kr. og ikke det beløb på omkring 160 mio. kr., som de to selskaber formentlig er værd.

Alene denne forskel ville formentlig indebære, at Us dødsbo ville blive solvent.

Det er indlysende, at når fondens værdier håndteres på den beskrevne måde, er der kun en udgang på situationen, og det vil være, at fonden opløses, da der ikke er flere aktiver tilbage i eller tilhørende fonden.

Det er fuldstændig absurd at overdrage de to selskaber for en pris på 16 mio. kr., og det er i min optik helt uacceptabelt, at den forhåndenværende bestyrelse i en fond uden indsigelse fra nogen, da der ikke er nogen "ejer" at stå til regnskab overfor, kan vedtage at foretage den slags dispositioner til fordel for en koncern, som man via langvarige forhandlinger har fået et så godt forhold til, at det ene medlem af fondens bestyrelse nu driver en fælles virksomhed/selskab – med fondens tidligere aktiver – med et af kreditor-koncernens selskaber, mens et andet bestyrelsesmedlem har fået tilbudt job i den købende koncern, når overdragelsen er blevet gennemført.

Jeg føler mig i øvrigt helt overbevist om, at hvis den person, som er nærmest til at blive betragtet som "ejer" og skaber af disse aktiver, U, kunne spørges, hvorvidt han ville acceptere et sådant salg, ville hans svar være et rungende nej.

De personer, der sidder i bestyrelsen, varetager tydeligvis ikke længere fondens, men deres egne interesser, hvilket så klart også er kommet til udtryk ved det langvarige ønske om at overdrage alle aktiver til modparten/långiveren P.

Jeg bemærker endnu engang for god ordens skyld, at jeg på bestyrelsesmødet den 2. maj 2014 "tilbød" at købe O ApS med tilhørende datterselskaber for det dobbelte af, hvad H netop havde anbefalet og den øvrige bestyrelse havde valgt at acceptere at sælge til P for, nemlig 2 kr., hvilket blev afslået med angivelse af, at det ville P nok ikke acceptere.

Denne bemærkning indikerer helt tydelig den misforståelse, som fondens bestyrelse tilsyneladende led og lider af – nemlig at det i givet fald skulle accepteres af P, hvis fonden fortsat måtte have ønsket at skille sig af med sin koncern ved et samlet salg til en anden part end P.

Nu blev det på trods af vedtagelsen om salg på bestyrelsesmødet den 7. april 2014 ikke aktuelt, fordi den eneste man fra bestyrelsens side ønskede at sælge anparterne i O ApS med tilhørende datterselskaber til var og er P, og da jeg ville byde mere ved et samlet salg end P ville, og da denne købesum ville ende i fonden og ikke i de overdragne selskaber, blev salget af aktiverne i stedet splittet op og derefter solgt til P.

Erhvervsankenævnet kan stoppe denne fjendtlige overdragelse af fondens sidste aktiver ved at udskifte fondens bestyrelse med professionelle personer med indsigt i ejendomsbranchen i København, således at en gi-

ven beslutning om salg kommer til at ske på sædvanlige vilkår og til priser, der afspejler den reelle værdi af de omhandlede aktiver.

Jeg fastholder således, at der burde være truffet afgørelse om en granskning, at i al fald 3 af medlemmerne af fondens bestyrelse bør afsættes, og at salget af R ApS og S ApS bør bremses med henblik på den ny bestyrelses beslutning herom.

...”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 11. december 2015 udtalt:

” ...

Sagsgangen

Sagen om afslag på at iværksætte granskning af fonden og afsætte af ét eller flere medlemmer af bestyrelsen er behandlet på Erhvervsstyrelsens sagsnr. X15-AF-92-DG. Sagen er overdraget fra Civilstyrelsen i forbindelse med, at Erhvervsstyrelsen den 1. december 2014 blev fondsmyndighed for fonden.

Den 1. maj 2014 modtog Erhvervsstyrelsen et brev fra K, hvori den pågældende gjorde styrelsen opmærksom på en række forhold, og samtidigt anmodede styrelsen om at iværksætte en granskning af fonden samt en afsættelse af fondens bestyrelse.

På daværende tidspunkt var Civilstyrelsen fondsmyndighed for fonden, og den 2. april 2014 videresendte Erhvervsstyrelsen derfor henvendelsen med tilhørende bilag til Civilstyrelsen.

Den 1. december 2014 blev Erhvervsstyrelsen fondsmyndigheden for fonden, og sagen blev derfor oversendt til Erhvervsstyrelsen.

I perioden maj 2014 til september 2015 har der været en omfattende korrespondance med de to parter i sagen.

Den 22. september 2015 traf Erhvervsstyrelsen på baggrund af de modtagne oplysninger afgørelse om, at der ikke er grundlag for at iværksætte en granskning af fonden, og at der ikke er grundlag for at afsætte et eller flere af fondens bestyrelsesmedlemmer.

Styrelsen skal bemærke, at fondsmyndighedens afgørelse om ikke at iværksætte granskning efter § 25, i lov om erhvervsdrivende, ifølge lovens § 130, stk. 2 ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed, hvilket medfører, at Erhvervsankenævnet ikke kan behandle klageens pkt. 1 i skrivelsen af 16. november 2015.

Erhvervsstyrelsens udtalelse nedenfor vedrører derfor alene spørgsmålet om eventuel afsættelse af et eller flere medlemmer af bestyrelsen.

Sagens faktiske omstændigheder

Klagerens anbringender vedrører afsættelse af bestyrelsesmedlemmerne G, H og I. Disse anbringender er efter Erhvervsstyrelsens opfattelse af en sådan karakter, at de direkte implicerede medlemmer af bestyrelsen af retssikkerhedsmæssige grunde bør have mulighed for at komme med udtalelser herom til Erhvervsankenævnet.

Styrelsen har som led i sagen fået en række indlæg fra bestyrelsesmedlemmerne vedrørende klagerens anbringender om afsættelse af de enkelte medlemmer. I september 2015 fandt styrelsen, at sagen var fuldt ud oplyst, hvilket parterne erklærede sig enig i, og styrelsen traf den 22. september 2015 afgørelse i sagen.

Til sagens belysning vedlægges afsluttende indlæg af 17. august 2015 fra advokat B på vegne af bestyrelsen. Styrelsen har i sagen modtaget en række dokumenter fra såvel klageren som bestyrelsen, og styrelsen sender gerne materialet til Erhvervsankenævnet, hvis Erhvervsankenævnet ønsker dette.

Erhvervsstyrelsens vurdering

Erhvervsstyrelsen finder ikke, at der i klagerens skrivelse af 16. november 2014 er anført nye anbringender, der kan bevirke, at styrelsens afgørelse af 22. september 2015 skal ændres.

Samtidig er det styrelsens opfattelse, at klagens direkte berørte – fondens tre bestyrelsesmedlemmer – skal have lejlighed til at komme med deres indlæg til klagerens anbringender overfor Erhvervsankenævnet.

...”

Ved skrivelse af 20. januar 2016 er advokat B på vegne af bestyrelsen for A indtrådt i sagen, jf. § 5 i lov om erhvervsankenævnet. Han har i den forbindelse anført:

”...

Som advokat for bestyrelsen for A (Fonden) skal jeg herved give mine bemærkninger til advokat Ks påklage af Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. september 2015.

1. Indledende bemærkninger

1.1 Den indgivne klage omfatter dels et ønske om granskning, dels et ønske om afsættelse af tre af Fondens bestyrelsesmedlemmer, nemlig direktør H, direktør V og advokat I.

1.2 Som fremhævet af Erhvervsstyrelsen, følger det af lov om erhvervsdrivende fonde § 130, stk. 2, jf. § 25, at Erhvervsstyrelsens beslutning om at undlade at iværksætte granskning ikke er omfattet af den almindelige klageadgang til Erhvervsankenævnet. Jeg undlader derfor at kommentere på denne del af advokat Ks klage.

1.3 Parterne har for Erhvervsstyrelsen ført en omfattende skriftveksling. Advokat K har over for Erhvervsankenævnet fastholdt det for Erhvervsstyrelsen fremførte og fremkommet med supplerende bemærkninger/kommentarer. I lighed skal jeg fastholde det af Fonden for Erhvervsstyrelsen anførte og fremlagte, og i dette indlæg alene kommentere det af advokat K supplerende anførte. Undladelse af henvisning til det for Erhvervsstyrelsen anførte er således ikke udtryk for, at synspunktet/oplysningen er frafaldet.

1.4 Erhvervsankenævnet har den 14. januar 2016 anmodet Erhvervsstyrelsen om at oversende de af sagens akter, Erhvervsstyrelsen finder relevante. Jeg henviser/vedhæfter i mit indlæg til de væsentligste oplysninger fra denne proces for Erhvervsstyrelsen, i det omfang, at dette er nødvendigt for forståelsen af det anførte.

1.5 Advokat K har i sine supplerende bemærkninger

(i) over for alle tre bestyrelsesmedlemmer anset, at de skal afsættes som følge af værdiansættelsen i E ApS regnskaber for 2007-2009 af jordstykker i Brasilien (J);

(ii) over for V og H anset, at de skal afsættes som følge af værdiansættelsen i forbindelse med salg af J;

(iii) over for V og H anset, at de skal afsættes som følge af forhold i W Ltd.; og

(iv) over for H anset, at han skal afsættes som følge af flere regnskabsmæssige forhold i Ls selskaber, herunder for værdiansættelsen af X A/S i E ApS' regnskaber for 2009-2011 og værdiansættelsen af Ls aktiver i regnskabet for 2013.

Nedenfor i pkt. 3 – 8 vil jeg fremdrage det centrale faktum for disse forhold.

2. Juridisk grundlag og overordnet sagsfremstilling

2.1 Erhvervsankenævnet kan afsætte en bestyrelse, hvis den er uværdig til at beklæde bestyrelsesembedet, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 4 5, jf. § 44, stk. 3. Erhvervsstyrelsen har i den påklagede afgørelse s. 3 -4 gennemgået forarbejderne til erhvervsfundslovens § 44, hvoraf fremgår, at afsættelse af en fondsbestyrelse er et vidtgående indgreb, og at

”..kompetencen vil derfor fortsat kun blive bragt i anvendelse i situationer, hvor der klart har manifesteret sig et behov for at afsætte det pågældende bestyrelsesmedlem og tilføre fonden et mere kompetent og ansvarligt medlem.”.

Det er dette kriterie, sagens oplysninger skal vurderes op mod .

2.2 Erhvervsstyrelsen har som bilag 1 til sit svar til Erhvervsankenævnet vedlagt mit sammenfattende indlæg af 17. august 2015 til Erhvervsstyrelsen. Heri har jeg henvist

til min beskrivelse i tidligere indlæg, og jeg vedhæfter som bilag A mit brev af 13. maj 2014 til Erhvervsstyrelsen, som bilag B mit brev af 27. juni 2014 til Civilstyrelsen, som bilag C mit brev af 15. april 2015 (forkert angivet til 2014) til Erhvervsstyrelsen, og som bilag D mit brev af 15. juni 2015 til Erhvervsstyrelsen.

2.3 Der er i bilag A, pkt. 2.5 og 2.6, redegjort for Fondens vedtægter og grundlæggende økonomiske forhold i form af ejerskab til en ejerlejlighed og L. Jeg vedhæfter som bilag E Fondens vedtægter. Som fremhævet af Erhvervsstyrelsen er ejerskabet til L ikke anført heri.

2.4 Der er i bilag A, pkt. 2.16 -2.59, en omfattende beskrivelse af Ls økonomi set fra Fondens perspektiv, herunder at L siden 1. januar 2010 var under kreditorernes administration, og at Fonden primo 2014 måtte konstatere, at L ikke kunne reddes, og at for Fonden var L værdiløs, uanset hvorledes de resterende ejendomme ville blive realiseret.

2.5 Der er i bilag D, pkt. 5, redegjort for Ls salg af to ejendomselskaber til kreditoren Y, og at Fonden forud forespurgte Erhvervsstyrelsen til, om dette salg krævede Erhvervsstyrelsens godkendelse. Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Erhvervsstyrelsen ikke anser, at dette skulle godkendes.

2.7 Der er i bilag A, pkt. 2.10-2.12, redegjort for Hs tilknytning til L, herunder, at han ikke var ansat i L i perioden 2005-1. juli 2009. Jeg vedhæfter som bilag F udskrift fra CVR.dk udvisende Fondens bestyrelsessammensætning gennem tiden. Det fremgår heraf, at advokat K var medlem af bestyrelsen i perioden 2003-juni 2014, at V indtrådte i bestyrelsen i sommeren 2010, at H indtrådte i bestyrelsen i januar 2013, og at I indtrådte i bestyrelsen i juli 2006.

3. Jordstykker i Brasilien (J) – værdiansættelse i regnskaberne

3.1 Der er i bilag A, pkt. 2.45-2.47, redegjort for tidspunktet mv. for E ApS investering i J. Der er supplerende i bilag D, pkt. 2, redegjort for værdiansættelsen af investeringen i J. Som bilag 41 er fremlagt E ApS' revisors redegørelse for værdiansættelsen af investeringen i J. Jeg vedhæfter denne redegørelse som bilag G. Der har siden 2010 i regnskaberne af revisor været taget forbehold for værdiansættelsen, idet aktivet var sat til salg fra 2008 uden realisation, og idet L ikke havde midler til at udvikle projektet.

3.2 Jeg må forstå advokat K således, at det er hendes synspunkt, at de respektive bestyrelsesmedlemmer skulle have reageret over for værdiansættelsen i regnskaberne, idet disse må/burde have haft viden om den skete aktivering af afholdte omkostninger (side 3 f.o. og side 9 m.p.). Jeg fremhæver, at det ikke er den skete aktivering af omkostninger, der medfører revisors forbehold i 2010 regnskabet og herefter, jf. ovenfor pkt. 3.1 og bilag G. Indsigelsen er ny i forhold til den for Erhvervsstyrelsen førte proces. For V er det først et forbehold, han kunne reagere over for i 2010 - regnskabet og for H i 2013-regnskabet.

3.3 Det i pkt. 2.7 anførte indebærer, at det er imod de oplyste faktiske forhold, når advokat K s. 6 øverst i sin kritik af H anfører, at H havde viden, om det i 2007 og 2008 passerede om investeringen i J.

3.4 Det i pkt. 3.1 og bilag G anførte viser, at investeringen i J har indgået i E ApS' regnskaber for 2007 og 2008. Det indebærer, at det er imod de oplyste faktiske forhold, når advokat K i sin kritik af H og I anfører, at investeringen ikke indgik i disse regnskaber, og at I burde have vidst dette (og reageret).

3.5 Revisors forbehold i 2010 for værdiansættelsen af J har været de andre bestyrelsesmedlemmer bekendt. Et sådant forbehold giver anledning til at spørge ind til aktivet, og fra dette tidspunkt har advokat K haft samme anledning til indsigt, som de af

klagen omfattede andre bestyrelses medlemmer. Dette har ikke foranlediget hende til handling.

3.6 Der er tale om en værdiansættelse, som er påset af revisionen, og da revisor ikke længere var sikker på værdien, er der taget et forbehold, som har været tilgængeligt for offentligheden. Det er et forhold, som Erhvervsstyrelsen i januar 2013 er opmærksom på og ikke foretager sig yderligere i anledning af, jf. det af advokat K for Erhvervsklagenævnet fremlagte brev af 7. januar 2013.

4. Nedskrivning af ejendomme i L

4.1 Advokat K kritiserer H for de skete nedskrivninger på koncernens ejendomme, da disse priser ikke er fastslået ved ejendomsmægler vurderinger.

4.2 Der henvises til beskrivelsen i bilag A, pkt. 2.16 -2.45. Det centrale er, at alle disse ejendomme løbende havde været søgt solgt uden succes. Det videre centrale er, at L ikke havde likviditet til at fortsætte afviklingen.

4.3 Det omtvistede punkt vedrører direktør Hs aflæggelse af regnskaber i visse af Fondens datterselskaber, hvor han er ansvarlig ledelse. Disse selskaber er undergivet revision af Z.

4.4 Aktiverne har regnskabsmæssigt tidligere været optaget til bogført værdi, hvilket var forsvarligt henset til, (a) at der var en afviklingsaftale med kreditorerne, (b) at koncernen ikke optog nye kreditter, og (c) at Fondens bestyrelse historisk håbede på realisationer, der kunne holde koncernen solvent.

4.5 Der henvises til revisors supplerende oplysninger i Æ ApS (øverste moderselskab) i L. Regnskabet er fremlagt som bilag 24 til bilag B og fremlægges som bilag H. Samme oplysning er angivet i T ApS og E ApS (de to holdingselskaber, der ejede de enkelte ejendomsselskaber) regnskaber for 2011. Regnskaberne er fremlagt af advokat K, som hendes bilag 18 og 19. Det fremgår af denne supplerende oplysning, at Finansiell Stabilitet A/S har meddelt, at koncernernes engagement skal afvikles i 2014, hvorefter selskabernes aktivitet lukkes ned i løbet af 2014, og at koncernen herefter er under afvikling, hvorfor aktiverne sættes til realisationsværdier og ikke som going concern.

4.6 Finansiell Stabilitet havde stedse lavere vurderinger (realisationsværdier) af aktiverne end de bogførte værdier (going concern), og det kan i dag konstateres, at det ikke har været muligt i løbet af de seneste fem år at realisere de tilbageværende aktiver i L til de bogførte værdier.

4.7 Det er derfor åbenbart, at værdiansættelsen af disse aktiver ikke kunne opretholdes, når kreditorerne krævede aktiverne solgt "her og nu". Det fremhæves, at kreditorerne via deres panter kunne fremtvinge et sådant salg.

4.8 Det fremgår af referat Fondens bestyrelsesmøde den 14. januar 2014, bilag 15 til bilag A, at selv ved realisation til de bogførte værdier, ville L ikke længere være solvent. Dette forhold var Fondens bestyrelse enige om også advokat K. Bilaget vedlægges som bilag I.

4.9 Det er derfor åbenbart, at der i 2013-regnskabet skulle ske en nedskrivning af ejendommenes værdier. Der blev anvendt de af Finansiell Stabilitet vurderede værdier, da det er kreditorerne, der under disse omstændigheder suverænt afgør salgspriser. Vurderinger fra uafhængige ejendomsmæglere ville ikke tilføre information af betydning, da det er kreditorerne, der bestemmer prisen i forbindelse med den pågældende realisation.

4.10 Fonden havde ikke egen beslutningskraft i denne henseende, når L er illikvid, og aktiverne ikke kunne belånes eller omsættes.

4.11 Særligt for nedskrivningen af aktiverne i Brasilien gælder, at på tidspunktet for aflæggelsen af årsregnskabet for 2013 var det kendt, at disse aktiver i foråret 2014 var realiseret til de anførte 10 mio. kr.

5. Salg til kreditor af to ejendomsselskaber fra L

5.1 Advokat K har i sit supplerende indlæg anført, at H skulle være lovet ansættelse hos Ls kreditor, Y A/S, hvilket skulle være afgørende for Hs medvirken til overdragelserne af to ejendomsselskaber.

5.2 Kreditorerne kan til enhver tid fremtvinge en overdragelse via pantsætningen (tage stemmerne til brugeligt pant og gennemføre et tvangssalg af anparterne, hvor de som panthavere kan byde, hvad de ønsker).

5.3 Oplæg til overdragelserne blev forelagt Fondens bestyrelse, og Erhvervsstyrelsen blev underrettet forud for de nu gennemførte overdragelser. Erhvervsstyrelsen havde ikke bemærkninger hertil. Der er således ikke tale om beslutninger foretaget af H.

5.4 Det er for beslutningen uden betydning, hvordan kreditorerne/nye ejere af Ls tilbageværende ejendomme arrangerer sig med Ls ansatte, herunder om de ønsker at gøre brug af H som ansat. Det kan imidlertid oplyses, at der i dag ikke er etableret en sådan ansættelse.

5.5 H er 72 år og har en gang tidligere villet gå på pension, hvorfor advokat Ks betragtning om hans fremtidige ansættelsesforhold også af denne grund fremtræder irrelevante.

5.6 De valgte nu gennemførte overdragelser er således uden sammenhæng med det anførte postulat, der endvidere ikke er rigtigt.

6. Salg til kreditor af J

6.1 Advokat K har over for H og V anset det stedfundne salg af J for kritisabelt (a) da det er sket til for lav værdi, og (b) da køber var et nystiftet selskab, som Y A/S og V hver ejede med 50 %.

6.2 Der er ikke regler, der foreskriver, at et datterselskabs handel med et fondsbestyrelsesmedlem skal forelægges Fondens bestyrelse. Der er ikke ved handlen foretaget en disposition, der er åbenbart egnet til

at skaffe G en utilbørlig fordel på Fondens bekostning, jf. nu lov om erhvervsdrivende fonde § 63 og tidligere uskrevne grundsætninger.

6.3 Det fremgår af bilag A, pkt. 2.49-2.57, at det pågældende salg er besluttet/tiltrådt af Finansiell Stabilitet. Aktivet var det sidste frie aktiv, der kunne skabe den fornødne likviditet til den fortsatte drift af L i den resterende del af afviklingsperioden (da kreditorerne ikke ville tilføre L ny likviditet).

6.4 Fondens bestyrelse havde på tidspunktet for overdragelsen meddelt, (a) at L var insolvent, og (b) at bestyrelsen ikke uden en friholdelseserklæring ville være en del af den sidste realisation.

6.5 H skulle derfor som direktion i E ApS gennemføre dette salg. Aktivet var ikke omsætteligt, hvorfor Finansiell Stabilitet og Y A/S internt havde fundet den løsning, at Y A/S erhvervede aktivet. Prissætningen skete mellem disse to interessenter, som E ApS' to eneste betydende kreditorer.

6.6 For værdiansættelsen henvises der til pkt. 3 ovenfor. J var i regnskaberne værdiansat til ca. 46 mio. kr., men revisor havde fra og med 2010-regnskabet taget forbehold for værdiansættelsen af investeringen i J. Der henvises til bilag G, hvoraf fremgår, at i 2008 blev aktivet sat til salg, og at revisor fra 2010 har taget forbehold for værdiansættelsen, da salget ikke har kunnet realiseres, og da koncernen ikke havde midler til at videreudvikle projekter i Brasilien. Der er derfor ikke noget overraskende i, at aktivet ikke kunne realiseres til en værdi svarende til den bogførte.

6.7 Der er endnu ikke i januar 2016 sket salg af nogen af jordstykkerne i Brasilien. Ø ApS – og ejerkredsen bag dette selskab – har således nu i næsten to år efter erhvervelsen, ingen indtægter haft, men alene udgifter i form af købsprisen samt de løbende udgifter til de brasilianske jordstykker.

6.8 Det var Y A/S, der ønskede, at V skulle være med på købersiden på grund af hans kendskab til medejeren (AA gennem AC, Ltd.) og til Brasilien generelt, grundet det arbejde han tidligere havde udført for E ApS, jf. bilag A, pkt. 2.14 og 2.5.

6.9 Der foreligger derfor ikke en beslutning, som skulle være forelagt for bestyrelsen for Fonden, og der ikke tilgået H eller G værdier, som kunne være tilgået Fonden.

7. X A/S

7.1 Advokat K har kritiseret H for den regnskabsmæssige håndtering i E ApS regnskaber for 2010 og 2011 af en investering i Invest A/S.

7.2 Der vedhæftes som bilag J fuld registreringsudskrift for X A/S, der viser, at selskabet blev stiftet i september 2007, at E ApS var en af mange stiftere, at der blev indskudt 34.000.000 kr. til kurs 100, at der i januar 2008 blev indskudt yderligere

10.500.000 kr. til kurs 100, at selskabet i oktober 2010 trådte i likvidation med advokat AD som likvidator, og at likvidationen blev afsluttet i august 2011.

7.3 Der vedhæftes som bilag K E ApS' kontokort for denne investering. Det fremgår heraf, at der i september 2007 er investeret 1.000.000 kr., og at der i 2011 er modtaget likvidationsprovenu med 374.655 kr. Der vedhæftes som bilag L1 – L2, to breve fra likvidator til E ApS udvisende udbetaling af dette likvidationsprovenu.

7.4 I E ApS regnskaber for 2007–2011 er der sket værdiansættelse i overensstemmelse med kontokortet. Der er endvidere angivet en ejerandel på 10 %. Det sidste er forkert, da ejerandelen oprinde lig var ca. 3,34 % og siden ca. 2,27 %.

7.5 Den anførte fejl af ejerandel er (a) en bagatel, (b) etableret før H blev økonomidirektør i sommeren 2009 og (c) historisk.

8. W Limited

8.1 Advokat K kritiserer i sit indlæg V for at være registreret direktør i det indiske selskab W Limited, og hun anser, at der er midler i dette selskab, som går E ApS forbi.

8.2 Der er i bilag C, pkt. 4, givet en sagsfremstilling af forløbet i 2008 -2011 med de indiske investeringer foretaget af E ApS. Jeg kan supplere denne med at oplyse, at det var afdøde U, der besluttede disse investeringer. U anmodede V om assistance hermed, og V indtrådte som direktør i E Ltd i februar 2009 og i W Limited i februar 2010 – altså før og uafhængigt af hans senere indtræden i Fondens bestyrelse.

8.3 Jeg henviser til bilag C, pkt. 4.12 – 4.15, om de nærmere forhold om W Limited. Det fremgår heraf, at E ApS primo 2011 ikke anså, at der var værdier i dette selskab. Jeg fremhæver, at advokat K på dette tidspunkt sad i Fondens bestyrelse, og havde samme indsigt i afviklingen af Ls indiske investeringer som øvrige bestyrelsesmedlemmer.

8.4 Hverken V eller E ApS har nogen viden om de postulerede 3,5 mio. kr. i W Limited regnskab, men anser tværtimod at selskabet ikke har midler af nogen art. Jeg vedhæfter som bilag M mail med vedhæft fra H til advokat AC af g.d. hvoraf fremgår, at W indiske revisor 29. marts 2013 kræver betaling for sin regning, da selskabets konto ikke dækker dette beløb.

8.5 Den i 2014 foretagne registrering er foretaget af den indiske revisor og uden Vs viden.

8.6 Den fortsatte registrering af U og V som direktører i dette selskab har i følge det af V oplyste sammenhæng med, at det i Indien ikke er muligt "bare" at afregistrere direktionen, når der som her er gæld. Såfremt de anførte 3,5 mio. kr. fandtes, ville gælden kunne indfries og afregistrering ske.

8.7 V vil således hellere end gerne afregistreres som direktør i dette selskab, men kan ikke blive det, idet E ApS ikke har midler, og selskabets kreditorer ikke vil ofre midler hertil.

8.8 Der er således tale om et forhold, der ikke har sammenhæng med Vs bestyrelseshverv i Fonden, og det reelle forhold er, at V af sin hvervgiver (E ApS) er blevet sat i en ubehagelig position ved ikke at kunne komme ud af en direktionspost.

9. Opsamling

9.1 Afslutningsvis skal jeg sammenfattende anføre, at overordnet gælder, at advokat Ks indsigelser vedrører handlinger i L, hvor Fondens bestyrelse kun via sin majoritetsaktiebesiddelse handler. Som anført af Erhvervsstyrelsen er dette ejerskab ikke inkluderet i Fondens vedtægter.

9.2 Vedrørende indsigelserne behandlet under pkt. 4 -6 og 8 gælder, at det fremgår af ovenstående, at siden 1. januar 2010 har Fondens bestyrelse i denne ageren via sin majoritetspost været under Ls kreditorerers administration, idet enhver realisation skete til nedbringelse af Ls gæld og med inddragelse af kreditorerne. Det fremgår videre, at i hvert fald siden januar 2014 har Fondens bestyrelse (herunder advokat K selv) anerkendt, at realisationen ikke ville bidrage til Fondens økonomi.

9.3 Det fremgår af sagsfremstillingen, at der ikke er grundlag for at kritisere de foretagne realisationer/nedskrivninger. Der er et betydeligt skøn herfor, som tilsynsmyndigheder ikke skal omgøre (ved at afsætte bestyrelsen). Det gælder videre, at de i Ls foretagne realisationer er sket efter kreditorernes ønsker/krav, som Fondens bestyrelse ikke kunne bortse fra, da Fonden ingen selvstændige midler havde, og da L ikke havde andre finansieringsmuligheder.

9.4 For indsigelsen behandlet under pkt. 8, W Limited, fremhæves, at V ikke har foretaget de postulerede handlinger, og at manglende oprydning af dette efter E ApS vurdering værdiløse selskab har sammenhæng med, at der ikke i E ApS er midler til at afvikle dette selskab. V kan således ikke komme ud af hvervet som direktør i dette selskab. Det er derfor at vende sagen på hovedet nu at kritisere V for efterfølgende forhold om dette selskab uden for Vs rådighedssfære.

9.5 Vedrørende indsigelserne under pkt. 3 og 7 gælder, at der er tale om mere end seks år gamle historiske forhold vedrørende isolerede aktiver i datterselskaber i L. Allerede herved er det uden betydning for spørgsmålet om afsættelse af Fondens bestyrelse. Endvidere gælder, at den eneste fejl er, at der er sket en betydningsløs fejlnotering i angivelsen af en ejerandel. Også dette er uden betydning for spørgsmålet om afsættelse af en bestyrelse.

9.6 Der er således intet i det af advokat K anførte, der tilsiger at afsætte bestyrelsen.

...”

Erhvervsstyrelsen har den 21. januar 2016 fremsendt en række bilag til sagen til Erhvervsankenævnet.

Advokat K har den 25. januar 2016 fremsat følgende yderligere bemærkninger i sagen:

”...

Idet jeg henviser til Erhvervsstyrelsens fremsendelse af de bilag, som styrelsen har fundet relevante i forbindelse med Erhvervsankenævnets behandling af ovennævnte sag, kan jeg konstatere, at alene parternes indlæg er indgået i det fremsendte materiale.

Jeg er af den opfattelse, at det er særdeles væsentligt for sagens behandling, at Erhvervsankenævnet kender til indholdet af de bilag, hver af parterne har påberåbt sig over for Erhvervsstyrelsen i forbindelse med styrelsens behandling af sagen, hvorfor jeg hermed fremsender samtlige disse.

Som følge af forlængelse af fristen for yderligere bemærkninger til sagens behandling er udstrakt til i dag, vil jeg samtidig fremkomme med bemærkninger til skrivelse af 20. ds. fra advokat B.

Ad pkt. 2.3:

Det er korrekt, at ejerskabet til L er ikke anført i Fondens vedtægter.

Det er imidlertid et faktum, at Fonden siden stiftelsen som sin eneste aktivitet ud over ejerskabet til en ejerlejlighed i Lyngby har været ejer af de talrige ejendomsselskaber, som udgjorde L.

Den eneste måde, der kunne tilflyde fonden midler, var derfor lige fra stiftelsen af Fonden alene ved udlodning fra datterselskaberne eller ved salg af ejerlejligheden i Lyngby.

Det har også været den aktuelle bestyrelses hensigt at opløse fonden efter salg af samtlige datterselskaber eller deres aktiver, da der herefter ikke vil være flere aktiviteter at fortsætte fondens drift af.

Det følger heraf, at det reelle formål med fonden var at drive L.

Ad pkt. 2.4:

Der er sket salg af Ls aktiviteter løbende igennem årene og også siden januar 2010. Det er imidlertid først efter Us sygdom, som fra omkring årsskiftet 2011/2012 forhindrede ham i at deltage i driften af L og Fonden, at hensynet bag salget af Ls aktiver skiftede og efter min opfattelse derefter skete på vilkår, som har været langt mere fordelagtige for den kreditor, som i vidt omfang har erhvervet aktiverne, Y A/S.

Jeg henleder opmærksomheden på sagens bilag 20, bestyrelsesmødereferat af 16. juni 2014, hvoraf det på side 3 fremgår, at der ikke forelå ejendomsmæglervurderinger af koncernens ejendomme, som i det regnskab der forelå til vedtagelse på bestyrelsesmødet blev nedskrevet med 50%, og at der ifølge H var tale om ”realisationsværdier, som han selv som ledelse i Æ ApS koncernen og Finansiell Stabilitet anser for realistiske”.

Det fremgår også af referatet, at jeg udbad mig svar på, om der ”nu” forelå ejendomsmæglervurderinger, idet jeg tidligere havde stillet spørgsmål til de værdier, som H, som ledelse i Æ ApS, havde opereret med.

Heller ikke tidligere i foråret 2014 havde der foreligget sådanne vurderinger.

Der forelå således heller ikke ejendomsmæglervurdering, da H som ledelse frasolgte E ApS aktivitet i J, Brasilien for 1/5 af den værdi, han 1/2 år tidligere havde angivet værdien til.

Hvis H selv mente, at hans vurdering af aktivet i Brasilien i både marts og september 2013, i den grad havde været ude af trit med markedet, således at handelsværdien reelt kun var 1/5 af hans egen vurdering, måtte det være indlysende for ham, at hans skøn åbenbart var behæftet med

meget væsentlige fejl, hvilket burde have ledt til professionelle vurderinger af de øvrige aktiver.

Det grundlag, som bestyrelsen i januar 2014 blev præsenteret for til brug for overvejelsen af, om L var værdiløs, var således i sig selv uprofessionelt og uegnet til en stillingtagen til, om værdien af Ls aktiviteter skulle nedskrives og i givet fald hvor meget.

Jeg er derfor ikke enig med B, når han anfører, at L var værdiløs og ikke kunne reddes.

Ad pkt. 3.1:

For så vidt angår værdiansættelsen af investeringen i J, finder jeg anledning til at knytte nogle kommentarer til bilag G til advokat Bs indlæg af 20. januar 2016, som er Fondens revisors "Notat vedr. ejerskab og regnskabsmæssig behandling af aktiver i Brasilien".

Ifølge notatet indgik investeringen i årsrapporten pr. 31.12.2007 under regnskabsposten "andre tilgodehavender".

I 2008 indgår investeringen efter det oplyste i posten "ejendomme til videre salg".

Det er efter min opfattelse endvidere ukorrekt, at placere aktivet under såvel "andre tilgodehavender" som "ejendomme til videre salg", da der med et ejerskab på 50% er tale om et associeret selskab, hvorfor det burde være anført under opgørelsen af disse i årsrapporterne for både 2007 og 2008.

Fælles for det anførte er, at det er umuligt for enhver læser at efterprøve, at/om ejerskabet med 50% af selskabet er indgået i de nævnte poster, da notatet ikke er suppleret med en opgørelse af, hvilke andre aktiver indgik i posten "andre tilgodehavender" eller "ejendomme til videre salg".

Jeg fastholder derfor det tidligere fremførte gående ud på, at aktivet ikke er korrekt angivet i årsrapporten for 2007 og 2008, idet det ikke fremgår som associeret selskab, således som det burde have gjort, og at det i notatet anførte ikke på nogen måde lader sig efterprøve.

For læseren fremgår aktivet ikke af årsrapporten.

For så vidt angår betegnelsen "andre tilgodehavender", må det opfattes som om, at selskabet har krav imod tredjemand svarende til de udlæg, der ifølge bogføringen har været på dette aktiv, hvorfor det ville være særdeles interessant at efterspørge, hvem tilgodehavendet i så fald rettede sig imod.

Først med årsrapporten pr. 31.12.2009 indgår aktivet som "associeret selskab", og det er i notatet angivet, at det sker, "da der nu er oplysninger om en selskabskonstruktion".

Denne oplysning fremgår direkte af købeaftalen og kunne naturligvis være afklaret i forbindelse med aflæggelse af årsrapporten for 2007, hvis revisor havde haft tvivl om selskabskonstruktionen, da han i 2007 optog aktivet i posten "andre tilgodehavender".

Det fremgår videre af bilag 41, at "i forbindelse med revisionen af årsregnskaberne for de enkelte r ble der stikprøvevis foretaget revision af pengeoverførslerne".

Det er min opfattelse, at det må være særdeles vanskeligt ved stikprøver, at undgå at konstatere, at størstedelen af de poster, som indgår i bogføringen er driftsudgifter, som ikke kan lægges til aktivets værdi.

Der er tale om udgifter til arkitektfirmaet AF, som efter talrige omposteringer ender med en udgift på kr. 375.000 i 2007, om rejseudgifter og løn til V, betydelige udgifter til advokatfirmaet M, udgifter til G A/S, hvilket selskab jeg ikke kan finde i CVR og om en betaling, som angiveligt er foretaget af U personligt.

Dertil kommer, at der er bogført en uidentificerbar udgift pr. 24. oktober 2007 på kr. 12.071.320 på trods af at købesummen ifølge aftalen med sælger blev afregnet i maj 2007.

Der ud over er der den 6. januar 2010 afregnet kr. 300.000 som "AH, tilbagebet. lån Udlæg J".

Når dette holdes op imod årsregnskabet for AH ApS, cvr.nr. ..., som ligeledes er udfærdiget af AM, kan det konstateres, at AH ApS ikke havde "andre tilgodehavender" på kr. 300.000 eller der over pr. 31.12.2010, idet selskabets "andre tilgodehavender" pr. 31.12.2009 udgjorde kr. 219.280.

Det er vanskeligt forståeligt, at revisor også med den information i bevidstheden har lagt bogføringsmaterialet til grund for årsrapporterne i E ApS, ligesom det fastholdes, at advokat I med sit kendskab til erhvervelsen af aktivet i kraft af, at købsaftalen var konciperet af hans kontor, burde have reageret over for den manglende angivelse af aktivet i årsrapporten for 2007 og 2008.

Ad pkt. 4:

Helt overordnet skal det anføres, at der ikke på noget relevant tidspunkt mig bekendt har været indhentet ejendomsmæglervurdering af de særdeles værdifulde ejendomme, som L ejede.

Når det i referatet fra bestyrelsesmødet den 16. juni 2014 er noteret, at ledelsen i O ApS koncernen, H, har lagt mundtlige oplysninger om realisationsværdier fra den ene af Ls to store kreditorer til grund for de værdiansættelser, der dels er medtaget i årsrapporten for 2013 og dels for salgspriserne for af Ls aktiver, er det efter min opfattelse udtryk for, at H ikke har varetaget Fondens interesser, men alene interesserne hos Ls anden hovedkreditor, Y A/S.

Det bemærkes, at handelspriserne på fast ejendom i Københavns området har været stærkt stigende fra årsskiftet 2013/2014 og frem til nu, hvorfor det netop i denne periode har været særdeles væsentligt løbende at justere udbudspriserne på Ls ejendomme, således at den pris de blev afhændet til, svarede til en sædvanlig handelspris.

Ad pkt. 4.6:

Det anføres, at Finansiell Stabilitet stedse havde lavere vurderinger af realisationsværdier af aktiverne.

Det kan konstateres, at dette udsagn, som løbende er blevet fremført af H, ikke kan dokumenteres, da H i alle sammenhænge blot har oplyst, at der er tale om mundtligt overlevede oplysninger.

Det er efter min opfattelse helt uforsvarligt at afhænde ejendomme for flere hundrede millioner kr. baseret på mundtligt overbragte oplysninger fra en kreditor om kreditors egen bedømmelse af realisationspriser, og det er min opfattelse, at ingen bonus pater ledelse i selskaber af denne karakter ville gennemføre salg på et sådant grundlag.

Det forholder sig endelig sådan, at oplysningerne fra H naturligvis ikke lader sig efterprøve, da det ifølge ham alene foreligger verbalt.

For mig at se, er det derfor sandsynligt, at informationerne fra H kan være ukorrekte, misforståede eller i øvrigt misvisende.

Ad pkt. 4.8:

Det er ukorrekt, at L ikke længere ville være solvent selv ved realisation til de bogførte værdier.

Det anførte baserer sig på salg til *de nedskrevne* værdier, som bestyrelsen fik forelagt i løse sider og udleveret fra Fondens revisor på det nævnte møde.

Ad pkt. 5:

Det er korrekt, at kreditorerne, som der på tidspunktet for salget af to ejendomsselskaber fra L kun var én af, Y A/S, kunne fremtvinge et salg.

Et sådant salg ville imidlertid være blevet gennemført som et offentligt salg i form af en tvangsauktion, hvor de aktuelle handelsværdier ville være realiseret, og hvor andre interessenter kunne have budt.

Ved salget til Y A/S er denne mulighed forskertset, idet Y A/S blot har overtaget aktivet til den værdi, som Finansiell Stabilitet mundtligt har informeret H om var realisationsværdien i 2013!

Det er naturligvis ikke muligt for mig at dokumentere, at Hs adgang til ansættelse i Y A/S har været afgørende for hans ønske om at sælge samtlige ejendomme til netop dette selskab, men det er et faktum, at hans mulighed for ansættelse blev nævnt på bestyrelsesmøde den mandag, den 7. april 2014, ligesom det er et faktum, at H på dette møde afstod fra at

stemme om, hvorvidt Fonden skulle sælge L til Y A/S, hvilket af mig tolkes som udtryk for, at H var klar over, at han var inhabil ved denne afstemning.

Fondens bestyrelse i øvrigt var ikke på dette møde orienteret om, at G sammen med Y A/S havde erhvervet Ls aktiv i Brasilien den forudgående fredag, og at H, som var fondens formand og direktør i E A/S havde forestået denne overdragelse til det andet bestyrelsesmedlem, G, hvis stemme indgik i beslutningen af at sælge L til Y A/S.

Det er muligt, at H af strategiske eller andre årsager ikke har fået ansættelse i Y A/S, ligesom det er muligt, at H virker som konsulent for samme uden at det oplyses i forbindelse med denne sag.

Ad pkt. 6.2:

Det er for mig helt indlysende, at Fondens bestyrelsesmedlemmer og ledelsen for selskaberne i L har en forpligtelse til at sørge for, at salg af samtlige aktiver tilhørende Fonden eller selskaberne i L sker på den for Fonden gunstigste måde.

Dette gøres sædvanligvis ved at sørge for, at der udfærdiges årsrapporter for de involverede selskaber, at sørge for at lokale mæglere vurderer de relevante ejendomme, og dernæst at bedømme, hvordan salget kan og bør gennemføres.

Ingen af de nævnte helt almindelige tiltag er gennemført af H.

Der er fortsat ingen form for forklaring fra H på, hvorfor han i september 2013 angav, at aktivet kunne sælges for mere end den bogførte værdi, og at der aktuelt var udsigt til salg, som ville tilføre E A/S midler, og han dernæst forud for april 2014 mener at vide, at aktivet på daværende tidspunkt alene havde en værdi på 10 mio. kr.

Denne manglende dokumentation for indhentelse af et sagligt materiale bør komme såvel H som G til skade.

Som sagen er fremlagt, fremstår det helt uden forklaring, at to medlemmer af fondens bestyrelse gennemfører et salg af aktiver tilhørende L til en værdi, som udgør en brøkdel af den bogførte værdi uden nogen form for dokumentation for, hvorfor salget er gennemført på disse vilkår.

Det er efter min opfattelse ganske klart, at de derved har dokumenteret – som minimum – manglende kompetence og ansvarlighed i forhold til fondens aktiver, hvorfor de bør afsættes som medlemmer af bestyrelsen.

Ad pkt. 6.5:

Det er bemærkelsesværdigt, at det anføres til støtte for indklagede i sagen, at selskabets kreditorer – hvoraf den ene var køber – havde godkendt prissætningen.

Hvis man ikke har en interesse i at handle til de lavest opnåelige priser, ville man formentlig ikke have spurgt selskabets kreditorer om, hvor langt ned man efter deres opfattelse kunne gå, men havde forsøgt at opnå den højest opnåelige pris.

Det er i allerhøjeste grad en overraskelse, at aktivet ikke kunne realiseres til en værdi svarende til den bogførte, idet H aldrig havde informeret Fondens bestyrelse om, at der var sket et skred i prisen, som kunne underbygge, at det pludselig kun havde en værdi svarende til 1/5 af det, han senest et halvt år tidligere havde oplyst.

Ad pkt. 6.8:

Hvorvidt det var Y A/S, der ønskede, at G skulle være med på købersiden, er dels udokumenteret og dels uden relevans for bedømmelsen af, om bestyrelsesmedlemmer med rette kan sælge aktiver til underpriser til andre bestyrelsesmedlemmer uden at oplyse om dette i den samlede bestyrelse.

Ad pkt. 7:

Det tidligere anførte fastholdes.

Ad pkt. 8:

Det tidligere anførte fastholdes.

Det må lægges til grund, at G som direktør i selskabet naturligvis har kendskab til de vedtagelser og registreringer, der foretages i selskabet, ligesom det må lægges til grund, at han efter juli 2014 har benyttet sig af den fuldmagt, som han med generalforsamlingsreferatet fra juli 2014 har fået fra sin på daværende tidspunkt for længst afdøde far.

Det må endvidere lægges til grund, at registreringen i det indiske selskabsregister er sket med Gs signatur, således som det er anført.

Det er bemærkelsesværdigt, at der nu kan henvises til selskabets regnskabsmateriale, idet det tidligere er oplyst, at H ikke havde noget kendskab til selskabets regnskabsmæssige forhold.

...”

Ankenævnet udtaler:

1. Anmodning om granskning

Erhvervsstyrelsen kan som fondsmyndighed bestemme, at der skal foretages granskning af nærmere angivne forhold vedrørende en erhvervsdrivende fond, dens forvaltning eller årsrapporter, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 25.

Afgørelser truffet efter lov om erhvervsdrivende fonde § 25 kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 130, stk. 2.

Den omstændighed, at det i klagevejledningen i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. september 2015 fejlagtigt anføres, at ”Denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet”, kan ikke føre til, at afgørelsen om ikke at iværksætte granskning alligevel kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

2. Anmodning om afsættelse af et eller flere bestyrelsesmedlemmer

Det fremgår af lov om erhvervsdrivende fonde § 38, at bestyrelsen alene skal varetage fondens formål og interesser.

Af fondens vedtægter er det vedrørende fondens formål anført:

”3. Fonden er en selvejende institution, som skal have til formål at yde støtte i form af legater eller lån til stifterenes descendenter og sådanne descendentes ægtefælle, herunder efterlevende ægtefælle.

Derudover kan fonden yde bidrag til almennyttige og kulturelle formål, ligesom støtte kan gives til andre formål efter bestyrelsens frie skøn. Fondens formue og dennes afkast kan dog ingensinde tilbageføres til stifteren, andre bidragydere, sådanne personers ægtefælle eller de fornævntes hjemmeboende børn under 18 år, ligesom fondens midler ej heller kan udlånes til ovennævnte personkreds.

Fonden kan yde støtte i form af legater og helt eller delvist rentefrie lån. Derudover kan støtte ydes på anden måde efter bestyrelsens skøn.”

Efter lov om erhvervsdrivende fonde § 45 kan fondsmyndigheden afsætte et bestyrelsesmedlem som har vist sig uegnet, jf. § 44, stk. 4. Af lovbemærkningerne til § 45 (lovforslag nr. L 154 af 12. marts 2014) fremgår det:

”Forslaget er en videreførelse af den gældende § 15 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Fondsmyndighedens mulighed for konkret under særlige omstændigheder at afsætte bestyrelsesmedlemmer skal ses i sammenhæng med, at en fond ikke har nogen ejere.

Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb. Der skal derfor være forhold af særlig alvorlig karakter for fonden, før fondsmy-

digheden griber ind i bestyrelsessammensætningen. Imidlertid kan gentagne tilfælde af svigt, udygtighed, overtrædelser af denne lov, vedtægten eller vedvarende uoverensstemmelser i bestyrelsen betyde blokering af bestyrelsens beslutningsmulighed med risiko for betydelige tab for fonden. I sådanne situationer vil det ofte være meget uklart for fondsmyndigheden, hvem der bærer hovedansvaret for situationen. Samtidig kan situationen klart vise, at der nødvendigvis skal ske ændring af bestyrelsen.

Den foreslåede § 44, stk. 4, om et bestyrelsesmedlems »uegnethed« set i forhold til den gældende § 14, stk. 4, i lov om erhvervsdrivende fonde om »klart uegnethed« hos et bestyrelsesmedlem vil medføre, at fondsmyndigheden fremadrettet får mulighed for at tage initiativ overfor et eller flere bestyrelsesmedlemmer og hermed reagere overfor de pågældende bestyrelsesmedlemmer på et tidligere tidspunkt end efter den gældende regel. Dette skyldes, at kriteriet for fondsmyndighedens afsættelse foreslås ændret fra »klart uegnet« til »uegnet«. Er der en intern konflikt i bestyrelsen, som hindrer varetagelse af fondens interesser på sigt, kan det i sidste ende føre til spørgsmål om afsættelse af den eller de pågældende bestyrelsesmedlemmer, der er eller har været i konflikt, hvis de pågældende bestyrelsesmedlemmer ikke længere magter at varetage fondens interesser og det derfor skønnes nødvendigt. Herved vil det atter blive sikret, at bestyrelsen kan have fokus på at varetage fondens formål og interesser. Der henvises til bemærkningerne til den foreslåede § 44 om de nærmere omstændigheder for at pligt til udtræden for et bestyrelsesmedlem indtræder.

...

Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb. Kompetencen vil derfor fortsat kun blive bragt i anvendelse i situationer, hvor der klart har manifesteret sig et behov for at afsætte det pågældende bestyrelsesmedlem og tilføre fonden et mere kompetent og ansvarligt bestyrelsesmedlem.

I tilfælde, hvor et eller flere bestyrelsesmedlemmer ikke på tilstrækkelig måde har givet oplysninger om forhold, som fondsmyndigheden har anmodet om redegørelse for, vil fondsmyndigheden også kunne beslutte i en periode at føre et »skærpet tilsyn« med bestyrelsen. Det kan også ske i tilfælde, hvor man er i tvivl om, hvorvidt fondens aktiviteter er i overensstemmelse med fondens formål, eller om der eventuelt foreligger personlige interessevaretagelse hos et eller flere bestyrelsesmedlemmer og/eller deres nærtstående, eller om der eventuelt er manglende varetagelse af fondens interesser i bestyrelsen.

...

Hensigten med den foreslåede § 44, stk. 4, er at opnå en kvalitetsforbedring af bestyrelsesarbejdet. Dette kan bl.a. sikres ved, at medlemmerne skal være egnede til at udøve hvervet. Hvis dette ikke er tilfældet, og hvis

den pågældende ikke selv erkender dette, kan fondsmyndigheden ved den i § 45 foreslåede ændring få øgede muligheder for afsættelse af et eller flere bestyrelsesmedlemmer, der overtræder denne lov, vedtægten eller som på grund af uvilje, svigt eller manglende indsats i bestyrelsessammenhænge ikke har arbejdet for fondens formål og interesser.”

...”

Klager har til støtte for anmodningen om afsættelse af et eller flere bestyrelsesmedlemmer i alt væsentligt henvist til en række forhold, der er påpeget vedrørende driften og frasalg af datterselskaber i den af fonden ejede koncern, herunder de regnskabsmæssige forhold. Disse selskaber er imidlertid ikke omtalt i fondens formål eller andetsteds i fondens vedtægter. Særlig henset hertil sammenholdt med det i øvrigt foreliggende kan Erhvervsankenævnet ikke lægge til grund, at et eller flere af fondens bestyrelsesmedlemmer ikke varetager fondens formål og interesser, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 38. På denne baggrund og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger tiltræder Erhvervsankenævnet, at der ikke er grundlag for at fastslå, at et eller flere af fondens bestyrelsesmedlemmer har vist sig uegnede, jf. lovens § 44, stk. 4, hvorfor betingelserne for i medfør af lovens § 45 at afsætte disse medlemmer ikke kan anses for opfyldt.

3. Fondsmyndighedens samtykke

Det følger af lov om erhvervsdrivende fonde § 61, at bestyrelsen kun med fondsmyndighedens samtykke må foretage eller medvirke til ekstraordinære dispositioner, som kan medføre risiko for, at vedtægten ikke kan overholdes, eller at fonden ikke fortsat vil kunne eksistere. Hvis en disposition medfører, at en fond ikke længere kan varetage sit formål, eller at fonden vil skulle opløses, skal bestemmelserne i § 89, stk. 2, og § 107 iagttages. Fondsmyndigheden vil efter indhentelse af Civilstyrelsens samtykke således skulle meddele tilladelse til den nødvendige ændring af en vedtægtsbestemmelse om fondens formål, eller at den erhvervsdrivende fond opløses.

Erhvervsankenævnet lægger – navnlig henset til oplysningerne om de økonomiske vanskeligheder, som A befinder sig i – til grund, at det ikke vil være salget af de omhandlede selskaber, som vil være afgørende for fondens mulighed for at varetage fondens formål. Salget af selskaberne vil derfor ikke være en disposition

omfattet af kravet om fondsmyndighedens samtykke efter § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde. Ankenævnet tiltræder således ligeledes Erhvervsstyrelsens afgørelse herom.

Med disse bemærkninger tiltræder ankenævnet således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. september 2015, således som den er præciseret ved styrelsens redegørelse af 11. december 2015.

4.9. FORVALTNINGSLOVEN OG OFFENTLIGHEDSLOVEN

34) Kendelse af 11. maj 2016 (J.nr. 2016-1732).

Udtalelse fra myndigheds advokat undtaget fra aktindsigt og myndighed er ikke pligtig til at udarbejde oversigter, som ikke findes i forvejen over dokumenter på en sag.

Forvaltningslovens § 14, nr. 3 og § 9, stk. 2, nr. 2, samt offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2.

(Sys Rovsing, Lone Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 25. februar 2016 har advokat A på vegne af tidligere bestyrelsesmedlem i B [Fond], K klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. januar 2016 for så vidt angår styrelsens afslag på partsaktindsigt i Kammeradvokatens udtalelse og dertil knyttet materiale. Der ønskes endvidere indsigt i Erhvervsstyrelsens journalister.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. januar 2016 hedder det:

”Afgørelse om partsaktindsigt i B, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har den 22. januar 2016 modtaget din anmodning om aktindsigt i ”alt materiale i sagen fra opstart (som jeg formoder er 8. august 2014) til dato for agterskrivelsen, herunder de udarbejdede rapporter.”

Det fremgår af din anmodning, at du er advokat for K.

Styrelsen skal bemærke, at K efter forvaltningsloven anses for at være part i sagen, og styrelsen har derfor behandlet din anmodning om aktindsigt efter bestemmelserne i forvaltningsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014.

Styrelsen skal hermed meddele dig partsaktindsigt i vedhæftede dokumenter, jf. § 9 i forvaltningsloven.

Styrelsen har i medfør af forvaltningslovens § 14, nr. 3, undtaget Kammeradvokatens udtalelse og medfølgende materiale. Det skyldes, at materialet er udvekslet mellem Kammeradvokaten, som styrelsens advokat, og styrelsen i forbindelse med overvejelserne om førelse af en eventuel

retssag. Styrelsen kan dog oplyse, at alle væsentlige informationer fra Kammeradvokatens udtalelse er medtaget i styrelsens agterskrivelse.

Styrelsen bemærker endvidere, at styrelsen i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, har undtaget oplysninger i fondens kvartalsredegørelse fra februar 2015, oplysninger i bestyrelsesevaluering af C samt en blanket med CPR-numre, da dokumenterne ses at indeholde oplysninger om private interesser, som skal undtages fra partsaktindsigt.

Styrelsen har desuden i henhold til forvaltningsloven § 12, stk. 1, undtaget et referat fra møde med fonden den 12. november 2015, da der er tale om et internt arbejdsdokument, som ikke er afgivet til udenforstående.

I forhold til et referat/notat fra møde med fonden den 2. december 2014 bemærker styrelsen, at der også er tale om et internt arbejdsdokument, jf. forvaltningslovens § 12, stk. 1, da der er tale om et dokument, som er udarbejdet af styrelsen til styrelsens eget brug, som ikke hidtil er afgivet til udenforstående.

Idet referatet imidlertid i en vis udstrækning indeholder oplysninger fra mødet, som styrelsen har haft pligt til at notere, jf. § 13, nr. 2, i forvaltningsloven, samt oplysninger, som styrelsen har noteret for at tilvejebringe bevismæssig eller anden tilsvarende klarhed med hensyn til en sags faktiske omstændigheder, jf. § 13, nr. 3, og da styrelsen i overensstemmelse med princippet om meroffentlighed i § 10 i øvrigt vurderer, at der ikke er grundlag for at undtage oplysningerne i referatet fra aktindsigt, skal styrelsen herved meddele dig partsaktindsigt i referat af mødet den 2. december 2014, jf. § 9 i forvaltningsloven.

Styrelsen har overvejet, om der, i medfør af princippet om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10, kan gives aktindsigt i videre omfang end hvad der følger af forvaltningslovens § 12, stk. 1, § 14, nr. 3 og § 15 b, nr. 5. Styrelsen har af de grunde som er nævnt ovenfor ikke fundet, at der kan gives meraktindsigt i videre omfang end hvad der følger af de nævnte bestemmelser.

...”

Advokat A klagede ved skrivelse af 25. februar 2016 til Erhvervsstyrelsen og anførte i den forbindelse:

” ...

På vegne tidligere bestyrelsesmedlem i B, K skal jeg hermed påklage Erhvervsstyrelsens afgørelse af 28. januar 2016 om partsindsigt, for så vidt angår Erhvervsstyrelsens afslag på partsindsigt i Kammeradvokatens udtalelse og dertil knyttet materiale.

Retten til partsindsigt omfatter som udgangspunkt alle sagens dokumenter, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1. Erhvervsstyrelsen har imidlertid undtaget Kammeradvokatens udtalelse og medfølgende materiale i med-

før af forvaltningslovens § 14, nr. 3, idet Kammeradvokaten efter det oplyste er styrelsens advokat.

Erhvervsstyrelsen oplyser i afgørelsen af 28. januar 2016, at *”alle væsentlige informationer fra Kammeradvokatens udtalelse er medtaget i styrelsens agterskrivelse”*. Da alle væsentlige informationer fra Kammeradvokatens udtalelse således er fremlagt, er det vanskeligt at se, hvilke hensyn der ligger til grund for afslaget på partsindsigt i Kammeradvokatens udtalelse, herunder hvilke hensyn der skulle forhindre, at Erhvervsankenævnet kan give partsindsigt i Kammeradvokatens udtalelse og det underliggende materiale.

Det bemærkes, at behovet for at blive bekendtgjort med Kammeradvokatens udtalelse er særligt udtalt, når det tages i betragtning, at de advokatundersøgelser, som D [advokatfirma] og E [advokatfirma] har forestået, konkluderede, at der ikke var grundlag for at gøre et ansvar gældende mod den daværende bestyrelse i B.

Jeg er bekendt med, at der er en verserende sag vedrørende F (sagsnummer ...), hvor der ligeledes er klaget over afslag på partsindsigt og som pt. verserer ved Erhvervsankenævnet. Der henvises i den forbindelse til de synspunkter, der er fremført af Fs advokater, G og H i forbindelse med sagen for Erhvervsankenævnet, herunder Hs brev af 15. februar 2016.

Baseret på de oplysninger, der fremgår af Hs brev af 15. februar 2016, synes betingelserne for at undtage Kammeradvokatens udtalelse og underliggende materiale ikke for opfyldt i henhold til forvaltningslovens § 14, stk. 3. Alternativt bør anmodningen imødekommes i medfør af meroffentlighedsprincippet forvaltningslovens § 10.

Forvaltningslovens § 10 skal sikre, at det skal overvejes, om der kan gives partsindsigt i videre omfang, end hvad der følger af blandt andet § 14, nr. 3. Erhvervsstyrelsen er i medfør af § 10, stk. 1, 1. led, forpligtet til at overveje, om der skal gives partsindsigt. Efter min opfattelse er der i dette tilfælde ikke tale om, at yderligere partsindsigt vil være i strid med anden lovgivning, jf. § 10, stk. 1, 2. led.

Endvidere ønskes partsindsigt i Erhvervsstyrelsens jounallister samt referat af møde med fonden den 2. december 2014 samt referat af møde den 12. november 2015.

...”

Erhvervsstyrelsen videresendte den 26. februar 2016 klagen til Erhvervsankenævnet og bemærkede i samme forbindelse:

”Jeg videresender hermed mail med klage over styrelsens sag vedrørende B. Der er tale om en klage, som er lig en tilsvarende henvendelse fra advokat

G, som behandles under jeres sags nr. 2015-14808. Klager nævnet selv sagen i vedhæftede dokument.

Det er også i relation til denne seneste henvendelse fra advokat A Erhvervsstyrelsen opfattelse, at der ikke kan meddeles aktindsigt i korrespondancen mellem styrelsen og Kammeradvokaten, jf. de tidligere bemærkninger herom til nævnet. Spørgsmålet om meroffentlighed er overvejet, hvilket fremgår af den vedhæftede afgørelse af 28. januar 2016, som I klager over.

Advokat A beder, udover indsigt i Kammeradvokatens udtalelse, om journalister og mødereferater af møder afholdt henholdsvis den 2. december 2014 og den 12. november 2015. Hertil skal styrelsen oplyse, at der allerede er meddelt aktindsigt i referat af det mødet den 2. december 2014, som også oplyst i vedhæftede afgørelse, som er sendt til klager den 28. januar 2016.
...”

Ved skrivelse af 9. marts 2016 har advokat A yderligere anført:

”...

Kammeradvokatens opdrag

Indledningsvis bemærkes det, at K bør gives partsindsigt efter forvaltningslovens § 9, stk. 1. Erhvervsstyrelsens opdrag til Kammeradvokaten var, som beskrevet i Erhvervsstyrelsens brev af 3. juli 2015, at give en uafhængig vurdering af Ds advokatundersøgelse. Kammeradvokatens undersøgelse falder således ikke ind under § 14, stk. 1, nr. 3, hvorefter “myndigheders brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres”, kan undtages fra partsindsigten. På den baggrund kan Erhvervsstyrelsen ikke undtage Kammeradvokatens undersøgelse fra partsindsigten i medfør af § 14, stk. 1, nr. 3.

For så vidt angår Kammeradvokatens rolle i sagen, henvises der til Advokat Hs brev af 15. februar 2016 til Erhvervsankenævnet i Erhvervsstyrelsens sag Det gøres i den forbindelse gældende, at Erhvervsstyrelsen er kommet med indbyrdes modstridende forklaringer på, hvilket opdrag Kammeradvokaten har haft. I Erhvervsstyrelsens brev af 3. juli 2015, fremgår det, at: *”der er behov for en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion (...). (...) Erhvervsstyrelsen har derfor dags dato oversendt advokatundersøgelsen til Kammeradvokaten med henblik på at indhente deres bemærkninger til de vurderinger og konklusioner, der fremgår af Ds undersøgelse”*.

Det fremgår på den anden side af Erhvervsstyrelsens brev af 28. januar 2016, at *”materialet er udvekslet mellem Kammeradvokaten, som styrelsens advokat, og styrelsen i forbindelse med overvejelserne om førelse af en eventuel retssag”*.

Erhvervsstyrelsens oplysninger om Kammeradvokatens opdrag af 3. juli 2015 er således ikke identiske med Erhvervsstyrelsens oplysninger af 28. januar 2016. De oplysninger om Kammeradvokatens opdrag, der fremgår

af henholdsvis Erhvervsstyrelsens brev af 3. juli 2015 og Erhvervsstyrelsens brev af 28. januar 2016, gør det derfor ikke klart, om opdraget var en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion, eller om opdraget blev givet i forbindelse med overvejelserne om førelse af en eventuel retssag.

Det er mest nærliggende, at den oprindelige beskrivelse af opdraget af den 3. juli 2015 lægges til grund.

Erhvervsstyrelsens begrundelse af 3. juli 2015 for inddragelse af Kammeradvokaten ses ikke at opfylde betingelserne for undtagelse fra partsindsigt i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, idet udførelse af en uvildig undersøgelse ikke omfattes af bestemmelsens ordlyd. Der bør derfor gives partsindsigt i medfør af forvaltningslovens § 9, stk. 1, hvorefter partsindsigt som udgangspunkt gives i samtlige en sags dokumenter.

Meraktindsigt efter forvaltningslovens § 10, stk. 1

Finder Erhvervsankenævnet, at der som udgangspunkt ikke kan gives partsindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3, skal jeg tillige fastholde anmodningen om meraktindsigt efter § 10, stk. 1.

K bør under alle omstændigheder indrømmes partsindsigt efter forvaltningslovens § 10, stk. 1, idet Kammeradvokatens vurdering af sagen har været væsensforskellig fra den vurdering, der er foretaget af D, og som er verificeret af E. Ks interesse i at få oplyst, på hvilket grundlag denne forskel i vurderingerne er opstået, er åbenbar, og der ses ikke at være beskyttelsesinteresser, som legitimt kan forhindre, at K bliver gjort bekendt hermed. Erhvervsstyrelsen oplyser således i sit brev af 28. januar 2016, at: *"Styrelsen kan dog oplyse, at alle væsentlige informationer fra Kammeradvokatens udtalelse er medtaget i styrelsens agterskrivelse"*. Såfremt alle væsentlige informationer er medtaget i agterskrivelsen, er der netop ingen hensyn, der forhindrer partsindsigt i selve Kammeradvokatens vurdering.

Af disse grunde bør K indrømmes partsindsigt i Kammeradvokatens vurdering og tilhørende materiale."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 16. marts 2016 udtalt:

"...

Indledningsvis bemærkes, at styrelsen fastholder indholdet af den omhandlede afgørelse af 28. januar 2016 uændret. Afgørelsen er fremsendt fra Erhvervsstyrelsen til nævnet ved mail af 26. februar 2016, som opfølgning på mail fra klager af 25. februar 2016.

Styrelsen gør desuden opmærksom på, at nævnet allerede behandler en næsten enslydende sag (2015-14808) indgivet af advokat G, som klageren i denne sag også refererer til.

Sagsgangen

Sagen om partsaktindsigt er behandlet i styrelsen under sagsnummer ...

Den 22. januar 2016 modtog styrelsen en mail fra Advokat A, som ønskede indsigt i en verserende sag vedrørende B. Hun udbad sig ”*alt materiale i sagen fra opstart (som jeg formoder er 8. august 2014) til dato for agterskrivelsen, herunder de udarbejdede rapporter.*”

Den 28. januar 2016 traf styrelsen afgørelse, hvorefter der blev givet partsaktindsigt efter forvaltningsloven. Styrelsen gjorde i afgørelsen opmærksom på, at ”*Kammeradvokatens udtalelse og medfølgende materiale*” var undtaget, da ”*materialet er udvekslet mellem Kammeradvokaten, som styrelsens advokat, og styrelsen i forbindelse med overvejelserne om førelse af en eventuel retssag*”. Undtagelsen er sket i henhold til forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Endvidere oplyste styrelsen, at der i medfør af forvaltningslovens § 15 b, nr. 5, er undtaget konkrete oplysninger, da der er tale om oplysninger om private interesser, som skal undtages fra partsaktindsigt.

Styrelsen undtog desuden i henhold til forvaltningslovens § 12, stk. 1, et referat fra møde med fonden den 12. november 2015, da der er tale om et internt arbejdsdokument, som ikke er afgivet til udenforstående.

I forhold til notat af 2. december 2014 gjorde styrelsen opmærksom på, at notatet som udgangspunkt var internt, men at styrelsen i overensstemmelse med princippet om meroffentlighed i § 10 i øvrigt vurderede, at der ikke var grundlag for at undtage oplysningerne i referatet fra aktindsigt, hvorfor styrelsen meddelte partsaktindsigt i referatet af mødet, jf. § 9 i forvaltningsloven.

Styrelsen oplyste, at meroffentlighed i øvrigt var overvejet, men at det ikke var fundet, at der kunne gives meraktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af de i afgørelsen nævnte bestemmelser.

Den 25. februar 2016 klagede advokat A over styrelsens afgørelse af 28. januar 2016. Klagen blev fremsendt til styrelsen.

Den 26. februar 2016 videresendte styrelsen klagen til Erhvervsankenævnet som rette modtager, og gjorde bl.a. opmærksom på, at ”*der ikke kan meddeles aktindsigt i korrespondancen mellem styrelsen og Kammeradvokaten, jf. de tidligere bemærkninger herom til nævnet*”.

Erhvervsankenævnet anmodede ved mail af 1. marts 2016 klager om at fremsende yderligere bemærkninger senest den 9. marts 2016. Styrelsen blev i samme mail anmodet om senest den 16. marts 2016, at fremsende

en af styrelsen udarbejdet udtalelse bilagt en redegørelse for sagens retlige og faktiske omstændigheder, samt sagens dokumenter.

Endvidere anmodede Erhvervsankenævnet om, at styrelsen senest 15. marts 2016 tillige – kun til ankenævnets fortrolige gennemgang – fremsender det materiale der anmodes om aktindsigt i.

Ved mail af 9. marts 2016 fremsendte klager yderligere bemærkninger, som omhandler Kammeradvokatens rolle i sagen samt en yderligere begrundelse for at materiale udvekslet mellem Kammeradvokaten og styrelsen skal udleveres.

Sagens faktiske omstændigheder

Klager har i sit brev af 25. februar 2016 anført, at der klages over ”*manglende indsigt i Kammeradvokatens udtalelse og dertil knyttet materiale*”.

Desuden anfører klager sidst i brevet, at der ”*ønskes partsindsigt i Erhvervsstyrelsens journalister samt referat af møde med fonden den 2. december 2014 samt referat af møde den 12. november 2015*”.

Styrelsen anser ikke sidste del af klagers brev som udtryk for en klage, da der ikke tidligere særskilt er anmodet om partsaktindsigt i disse dokumenter. Klager har heller ikke i sit brev af 9. marts 2016 anført yderligere argumenter eller oplysninger vedrørende disse forhold.

Styrelsen skal dog, som oplyst nævnet ved mail af 26. februar 2016, gøre opmærksom på, at der allerede er meddelt aktindsigt i referat af 2. december 2014, hvilket klager også er oplyst om, jf. styrelsens afgørelse af 28. januar 2016.

I forhold til partsaktindsigt i journalister oplyses det, at styrelsen beklageligvis ikke kan udlevere journalister. Styrelsen er bekendt med, at dette er påkrævet efter offentlighedsloven. Da styrelsens it-systemer ikke på nuværende tidspunkt kan generere en journaliste, finder styrelsen sig ikke forpligtet til at udarbejde journalisten manuelt. Formålet med en journaliste er at få et overblik over de dokumenter, som er tilgængelige i sagen. Ved en manuel udarbejdelse af en sådan liste vil dette formål ikke kunne opfyldes med tilstrækkelig sikkerhed.

Med hensyn til referatet af mødet den 12. november 2015 er dette den 15. marts 2016 fremsendt til nævnets fortrolige gennemgang, som ønsket i mail af 1. marts 2016. Det er styrelsens opfattelse, at referatet fortsat skal undtages i henhold til forvaltningslovens § 12, stk. 1, da der er tale om et internt arbejdsdokument, som ikke er afgivet til udenforstående, jf. styrelsens afgørelse af 28. januar 2016.

Manglende indsigt i Kammeradvokatens udtalelse og tilknyttet materiale

Det er anført, at klager ikke har fået partsaktindsigt i materiale, som er udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten. Til dette forhold skal styrelsen henvise til sin afgørelse af 28. januar 2016, hvoraf det

fremgår, at styrelsen ikke er enig i klagerens vurdering af Kammeradvokatens rolle i sagen.

Styrelsen kan oplyse, at Kammeradvokaten virker som styrelsens juridiske rådgiver i sagen. Til brug for sin rådgivning har Kammeradvokaten gennemgået materialet i sagen, herunder også den af D udfærdigede advokatundersøgelse, samt lavet en udtalelse til styrelsen herom til brug for styrelsens vurdering af sagen, herunder om grundlaget for en eventuel efterfølgende retssag. Der har i den forbindelse løbende været både mundtlig og skriftlig kommunikation af forskellig karakter mellem styrelsen og Kammeradvokaten, som det er sædvanligt i forbindelse med juridisk rådgivning af en klient.

I perioden fra august 2015 til januar 2016 har der mellem Kammeradvokaten og styrelsen været udvekslet en række udkast til Kammeradvokatens udtalelse, hvorefter Kammeradvokatens endelige udtalelse er afgivet til styrelsen den 18. januar 2016. Styrelsen anser denne kommunikation for undtaget fra partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, nr. 3.

I sag nr. 2015-14808, hvor klage er indgivet af advokat G, sendte styrelsen en række bilag til ankenævnets fortrolige orientering for at dokumentere Kammeradvokatens rolle i sagen, hvor Kammeradvokaten er styrelsens juridiske rådgiver i forhold til at føre en eventuel retssag. Dokumentationen blev alene fremsendt med henblik på nævnets vurdering af, hvorvidt kammeradvokaten er Erhvervsstyrelsens advokat eller en uafhængig undersøger, som anført af klager.

Til brug for ankenævnets vurdering har styrelsen den 15. marts 2015, som ønsket af nævnet, sendt en række bilag til ankenævnets fortrolige orientering for at dokumentere Kammeradvokatens rolle i sagen, hvor Kammeradvokaten er styrelsens juridiske rådgiver i forhold til at føre en eventuel retssag.

I forhold til klagers bemærkning om, hvorvidt der er foretaget en ”*uafhængig undersøgelse*”, skal styrelsen oplyse, at formuleringen stammer fra styrelsens brev af 3. juli 2015 til fonden, hvoraf det fremgår, at det var styrelsens vurdering, at ”*en række forhold i den udarbejdede redegørelse gør, at styrelsen finder, at der er behov for en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion med hensyn til nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner [styrelsens understregning]”.*

Styrelsen refererede med den citerede formulering til, at den oprindelige undersøgelse af bestyrelsesmedlemmernes ansvar blev udarbejdet af D, som var fondens advokat. Undersøgelsen blev verificeret af E, som skulle sikre, at ”*advokater uden forbindelse til ... kan tiltræde de konklusioner, der fremgår af redegørelsen*”.

På trods af verifikationen af undersøgelsen er det styrelsens opfattelse, at D's undersøgelse ikke er udført tilfredsstillende og uafhængigt, da der er opstillet nogle forudsætninger for undersøgelsen, som styrelsen ikke er

enig i. Disse forudsætninger, som omhandler en eventuel særlig status for fonden, er lagt til grund for verifikationen, men er reelt ikke efterprøvet, jf. pkt. 3.4 i Es verifikationsbrev af 16. juni 2015.

Den nævnte formulering, om *uafhængighed* i styrelsens brev af 3. juli 2015, er således udtryk for, at styrelsen ønskede en af fonden uafhængig undersøgelse, som også undersøgte forudsætningerne for D's undersøgelse. På den baggrund har styrelsen som fondsmyndighed med bistand fra Kammeradvokaten gennemført sin egen undersøgelse af sagen, og sendt en agterskrivelse om påtænkt afgørelse til de berørte parter, som har mulighed for at komme med eventuelle bemærkninger til agterskrivelsen senest den 1. maj 2016.

Det er styrelsens klare opfattelse, at der heller ikke af denne grund er partsaktindsigt i det pågældende materiale efter forvaltningsloven, da Kammeradvokaten netop har udarbejdet udtalelsen til styrelsen med henblik på en vurdering af sagen, herunder om grundlaget for en eventuel efterfølgende retssag.

Sagens retlige omstændigheder

Kammeradvokaten er antaget til at rådgive Erhvervsstyrelsen som styrelsens advokat, til brug for overvejelse af om en retssag bør rejses. Der er af den grund ikke partsaktindsigt i det materiale, som udveksles i denne relation mellem styrelsen og Kammeradvokaten. Dette følger af forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Styrelsen har ovenfor redegjort for Kammeradvokatens rolle, samt dokumenteret forholdet ved fortrolig underretning til nævnet af 5. februar 2016. Styrelsen skal i den anledning gøre opmærksom på, at uanset om klager måtte være enig heri eller ej, så er der ikke partsaktindsigt i materialet, når der er tale om advokatbistand til brug for retssag eller ved overvejelse af, om retssag bør føres.

Styrelsen finder i den anledning ikke yderligere grund til at kommentere på klagers udlægning af Kammeradvokatens rolle, da det i øvrigt ikke ses at være et forhold, som kan påklages til Erhvervsankenævnet.

Styrelsen har overvejet om materialet kan udleveres som del af princippet om meroffentlighed, jf. forvaltningslovens § 10, og fundet, at dette ikke er tilfældet. Princippet om meroffentlighed bygger på en vurdering af, om en forvaltningsmyndighed i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt efter forvaltningsloven kan give aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af forvaltningslovens §§ 12-15 b, og at der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i persondataloven.

Erhvervsstyrelsens vurdering

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at den omhandlede sag i relation til de forhold, som klager kan indbringe for Erhvervsankenævnet, er behandlet i overensstemmelse med reglerne om partaktindsigt.

Det er fortsat styrelsens vurdering, at der ikke kan meddeles partsaktindsigt i materialet udvekslet mellem Kammeradvokaten og styrelsen, jf. forvaltningslovens § 14, nr. 3, hvilket nævnet bør tiltræde.

I forhold til klagers påstand om, at der skal meddeles aktindsigt i materiale som følge af princippet om meroffentlighed, er det styrelsens vurdering, at det ikke er tilfældet. Afvejningen af på den ene side hensynet til de beskyttelsesinteresser, der ligger bag den pågældende undtagelsesbestemmelse og på den anden side hensynet til den særlige interesse, som klager har i aktindsigten, har ført til, at styrelsen ikke finder grundlag for at give aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet.

Det er således styrelsens vurdering, at klagers bevæggrunde for at få adgang til materialet ikke skal stilles højere end beskyttelseshensynet i forhold til advokat/klient-forholdet og styrelsens mulighed for at søge fornøden sagkyndig vejledning, uden at sagens øvrige parter skal have mulighed for at gøre sig bekendt med sådanne responsa, uanset hvad der måtte være medtaget i agterskrivelsen. Der er således tale om en meget vigtig forudsætning for styrelsens og Kammeradvokatens videre behandling af sagen.

Afsluttende bemærkninger

Til brug for nævnets behandling af sagen vedlægges de relevante dokumenter vedrørende sagen, som nævnt i nærværende brev.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 23. marts 2016 heroverfor bemærket:

”...

Faktiske omstændigheder

Ved brev af 22. januar 2016 anmodede jeg Erhvervsstyrelsen om partsaktindsigt i ”*alt materiale i sagen fra opstart (som jeg formoder er 8. august 2014) til dato for agterskrivelsen, herunder de udarbejdede rapporter*”.

Erhvervsstyrelsen traf den 28. januar 2016 afgørelse om partsaktindsigt, hvorefter der blev givet partsaktindsigt i sagens materiale med undtagelse af Kammeradvokatens udtalelse og medfølgende materiale, ligesom et referat fra et møde den 12. november 2015 med fonden blev undtaget. I afgørelsen oplyste Erhvervsstyrelsen ikke, at styrelsen ikke havde vedlagt journalister i det omfattende materiale, der blev givet partsaktindsigt i.

Ved brev af 25. februar 2016 påklagede jeg Erhvervsstyrelsens afgørelse om afslag på aktindsigt for så vidt angik Kammeradvokatens udtalelse og medfølgende materiale. Klagen omfattede desuden ”*Erhvervsstyrelsens*

journalister samt referat fra af møde med fonden den 2. december 2014 samt referat af møde den 12. november 2015".

På trods af, at det klart fremgår af anmodningen om partsaktindsigt af 22. januar 2016, at anmodningen omfatter "*alt materiale*", ligesom de dokumenter, der ønskes aktindsigt i, er tydeligt identificeret i klagen over afslag på aktindsigt af 25. februar 2016, fremgår det af Erhvervsstyrelsens udtalelse af 16. marts 2016, at styrelsen ikke anser journalister samt referat af møde den 12. november 2015 for omfattet af klagen, da "*der ikke tidligere særskilt er anmodet om partsaktindsigt i disse dokumenter*".

Erhvervsstyrelsens opfattelse af, hvilke dokumenter der er søgt om aktindsigt i, er de facto forkert, idet anmodningen om aktindsigt af 22. januar 2016 refererer til "*alt materiale*". Som nævnt er de dokumenter, der omfattes af klagen, endvidere eksplicit nævnt i klagen. Der kan således ikke være berettiget tvivl om, hvilke dokumenter der ønskes aktindsigt i, og som omfattes af klagen.

Journalister

Det er ikke klart, hvorfor Erhvervsstyrelsen mener, at det er et krav, at der særskilt skal anmodes om partsaktindsigt i journalister og mødereferat. Styrelsens opfattelse af, at selvstændig anmodning om aktindsigt i journalister og mødereferat af 12. november er nødvendigt, er da heller ikke i overensstemmelse med offentlighedslovens bestemmelser.

Det bemærkes i den sammenhæng, at Erhvervsstyrelsen i medfør af offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2, på eget initiativ skal meddele aktindsigt i journalister, når der i øvrigt gives aktindsigt.

På den baggrund må der bortses fra Erhvervsstyrelsens synspunkt om, at "*Styrelsen anser ikke den sidste del af klagers brev som udtryk for en klage, da der ikke tidligere særskilt er anmodet om partsaktindsigt i disse dokumenter*".

I øvrigt ses Erhvervsstyrelsen ikke at kunne undtage journalister fra aktindsigt, fordi styrelsens IT-system ikke kan "*generere en journaliste*". Det er således ikke forudsat i offentlighedsloven, at der kun gives aktindsigt i journalister, hvis journalister foreligger i elektronisk form.

Kammeradvokatens udtalelse og tilknyttet materiale

Erhvervsstyrelsen skriver i sit indlæg af 16. marts 2016, at styrelsen ønskede en af fonden uafhængig undersøgelse, fordi D's undersøgelse ikke var udført tilfredsstillende og uafhængigt, ligesom det angiveligt skulle fremgå af Es verifikationsbrev af 16. juni 2015, pkt. 3.4, at verifikationen ikke efterprøvede de forudsætninger, der var opstillet for undersøgelsen.

Indledningsvis skal det bemærkes, at det ikke er korrekt, at verifikationens pkt. 3.4 udtaler sig om de forudsætninger, D har lagt til grund for sin undersøgelse. Verifikationens pkt. 3.4 forholder sig til det bagvedliggende materiale – det vil sige de faktuelle forhold – som ligger til grund for D's undersøgelse. I verifikationens pkt. 4 gennemgår E de særlige forhold, som har betydning for bedømmelsen af B.

E verificerede således advokatundersøgelsen med udgangspunkt i de oplysninger, der også lå til grund for D's undersøgelse. Es verifikation udgør derfor en af fonden uafhængig vurdering, som også tager stilling til og efterprøver de særlige forhold, der gør sig gældende for fonden.

Det har derfor formodningen imod sig, at Kammeradvokatens opdrag var, at foretage en undersøgelse, der blot ikke inddrog visse forudsætninger. En sådan var foretaget. Det må således lægges til grund, at opdraget var at foretage en uvildig undersøgelse – en situation, der ikke omfattes af § 14, stk. 1, nr. 3. Det bemærkes i den sammenhæng, at det ikke har betydning, om Kammeradvokaten sidenhen har rådgivet styrelsen i sagen, idet det er det oprindelige opdrag, der må tillægges vægt.

Meroffentlighed

I øvrigt skal det fastholdes, at Erhvervsankenævnet under alle omstændigheder bør give aktindsigt i de nævnte materiale efter reglerne om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10.

Det bemærkes i den henseende, at Erhvervsstyrelsen ikke har anført hvilke kriterier, der ligger til grund for styrelsens konkrete overvejelser om meroffentlighed, men har alene henvist den generelle hensynsafvejning, der foretages ved en sådan vurdering.

Styrelsens ses således ikke at have begrundet, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet.

...”

Ankenævnet udtaler:

K har som tidligere medlem af bestyrelsen i B en sådan væsentlig retlig interesse i den af fondsmyndigheden igangsatte undersøgelse af eventuelle ansvarspådragende forhold i fonden, at hun må betragtes som part, og har dermed ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. § 9 i forvaltningsloven.

Erhvervsankenævnet lægger efter den under nævnsbehandlingen forelagte dokumentation til grund, at Kammeradvokaten er engageret af Erhvervsstyrelsen som

advokat og dermed til som sagkyndig at bistå styrelsen som fondsmyndighed i styrelsens faglige vurdering af sagen, herunder ved styrelsens overvejelse af, om retssag bør føres. Den udtalelse fra Kammeradvokaten med dertil knyttet materiale, som klager har anmodet om indsigt i, er således undtaget fra aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Referatet af mødet den 2. december 2014, som der anmodes om indsigt i, har styrelsen allerede ved den påklagede afgørelse af 28. januar 2016 meddelt aktindsigt i.

Referatet af mødet den 12. november 2015 er et internt arbejdsdokument undtaget fra partsaktindsigt efter forvaltningslovens § 12. Ankenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte styrelsens vurdering af, at der heller ikke efter princippet om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10 skal meddeles aktindsigt i referatet.

En myndighed er, uanset forvaltningslovens § 9, stk. 2, nr. 2, og offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2, ikke pligtig til i forbindelse med modtagelsen af en anmodning om aktindsigt at udarbejde oversigter, som ikke findes i forvejen over dokumenterne på en sag. Da Erhvervsstyrelsens IT-system ifølge det oplyste ikke kan generere en journalliste, og da et sådant dokument derfor ikke foreligger i sagen, tiltrædes det, at der ikke er meddelt aktindsigt heri.

Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at der af Erhvervsstyrelsen alene er meddelt aktindsigt i det skete omfang.

Ankenævnet stadfæster således den påklagede afgørelse af 28. januar 2016.

35) Kendelse af 11. maj 2016 (J.nr. 2015-14808).

Korrespondance, udkast, notater mv. udvekslet mellem myndighed og dennes advokat undtaget fra aktindsigt samt myndighed ikke pligtig til at udarbejde oversigter som ikke findes i forvejen over dokumenter på en sag.

Forvaltningslovens § 14, nr. 3 og § 9, stk. 2, nr. 2, samt offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2.

(Sys Rovsing, Lone Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 18. december 2015 har advokat A på vegne af K, der er tidligere medlem af bestyrelsen i B [Fond], klaget over to skrivelser af 3. december 2015 fra Erhvervsstyrelsen. Ved den ene skrivelse imødekom styrelsen ikke en anmodning om aktindsigt i nogle nærmere angivne dokumenter vedrørende B. Dette skete under henvisning til, at styrelsen ikke var i besiddelse af de pågældende dokumenter, som befandt sig hos Kammeradvokaten. I den anden skrivelse meddelte styrelsen, at styrelsen som fondsmyndighed ville udfærdige en agterskrivelse, som ville blive sendt i høring hos B's tidligere bestyrelsesmedlemmer og direktør samt B's nuværende bestyrelse, hvorefter styrelsen ville træffe en afgørelse i sagen.

Sagens omstændigheder:

I den ene skrivelse af 3. december 2015 fra Erhvervsstyrelsens hedder det:

"Afgørelse om aktindsigt

Erhvervsstyrelsen har modtaget din e-mail af 9. november 2015, hvor du i forhold til den tidligere fremsatte anmodning om partsaktindsigt i sagen om B giver udtryk for ikke at finde det relevant at afvente udtalelsen fra Kammeradvokaten. Erhvervsstyrelsen må forstå henvendelse på en sådan måde, at du ønsker en endelig afgørelse om partsaktindsigt på det på nuværende tidspunkt foreliggende grundlag.

Som tidligere oplyst pr. telefon og ved mail, senest i styrelsens mail af 8. november 2015, er Erhvervsstyrelsen ikke i besiddelse af de dokumenter, der er sendt fra C [advokatfirma] til Kammeradvokaten.

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen har indledningsvist taget stilling til, om din klient har en sådan væsentlig og individuel, direkte og retlig interesse i sagen, at spørgsmålet om aktindsigt ikke skal afgøres efter lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven), men derimod efter forvaltningsloven. Det er i den forbindelse styrelsens opfattelse, at det vil være bedst stemmende med forvaltningslovens partsbegreb og den beskyttelse, der ligger heri, at anse din klient for part, hvorfor styrelsen har behandlet anmodningen om aktindsigt efter reglerne i forvaltningsloven.

Styrelsen bemærker dernæst, at det forhold, at der består et klientforhold mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, og at Kammeradvokaten er i besiddelse af bestemte dokumenter i den verserende sag, ikke er ensbetydende med, at Erhvervsstyrelsen som klient anses for at være i

besiddelse af de samme dokumenter i forhold til reglerne om partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2.

Reglerne om partsaktindsigt indebærer heller ikke en forpligtelse for Erhvervsstyrelsen til aktivt at sætte sig i besiddelse af dokumenter, som styrelsen ikke er i besiddelse af på tidspunktet for afgørelsen om aktindsigt.

På den baggrund skal styrelsen hermed fastholde, at eftersom styrelsen ikke er i besiddelse af de dokumenter, du anmoder om aktindsigt i, kan styrelsen ikke imødekomme din anmodning om aktindsigt.

Klagevejledning

Denne afgørelse kan påklages til Erhvervsankenævnet, jf. forvaltningslovens § 16, stk. 4, hvorefter afgørelser om aktindsigtsspørgsmål kan påklages særskilt til den myndighed, som er klageinstans i forhold til afgørelsen af den sag, anmodningen vedrører, senest 4 uger efter, at denne afgørelse er meddelt dig, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 130.

Øvrige oplysninger

Styrelsen er som tidligere nævnt ikke enig i din vurdering af Kammeradvokatens rolle i denne sag. Styrelsen oplyste ganske rigtigt i brev af 3. juli 2015 til B's bestyrelse, at styrelsen fandt "behov for en uafhængig vurdering" af Cs rapport. Dette skal dog ikke forstås som en uvildig rapport fra en tredjemand, men derimod en uvildig vurdering af rapporten fra Kammeradvokaten som styrelsens advokat. Denne fremgangsmåde er helt sædvanlig og benyttes tilsvarende i en lang række andre sager, herunder også i forhold til lov om erhvervsdrivende fonde.

Uanset om styrelsen måtte komme i besiddelse af materialet, som er sendt fra C til Kammeradvokaten, vil det således være en konkret vurdering i henhold til forvaltningsloven, om materialet kan udleveres. Denne vurdering vil tidligst kunne foretages på et tidspunkt hvor materialet modtages.

Styrelsen har dags dato erfaret, at du har klaget over styrelsens sagsbehandling til Folketingets Ombudsmand. I forhold til klagen kan styrelsen anføre, at det er styrelsens opfattelse, at din henvendelse af 27. oktober 2015, som anført af dig, ikke er "forblevet ubesvaret". Styrelsen har således den 8. november 2015 svaret på din henvendelse, herunder oplyst at styrelsen ville vende tilbage til sagen når vi fik den ubedede udtalelse fra Kammeradvokaten, herunder de ved aktindsigten anmodede oplysninger. Styrelsen har endnu ikke modtaget den endelige udtalelse eller materialet.

Styrelsen har på baggrund af klagen også sendt dette brev til Folketingets Ombudsmand på post@ombudsmanden.dk, hvortil klagen er sendt.
..."

Den anden skrivelse af 3. december 2015 fra Erhvervsstyrelsen har følgende ordlyd:

”B, CVR-nr. 16326798

Erhvervsstyrelsen anmodede den 30. september 2015 om, at du som tidligere bestyrelsesmedlem i B ville deltage i et møde i styrelsen den 26. oktober 2015. Mødet var indkaldt på foranledning af Kammeradvokaten, der ønskede et mere oplyst grundlag at basere sin vurdering af Cs redegørelse på.

Styrelsen valgte, efter ønske fra Kammeradvokaten, at indkalde til to separate møder. Begrundelsen for de to møder var, at styrelsen og Kammeradvokaten ønskede separat at få belyst årsagerne til, hvorfor bestyrelsens medlemmer var delt i spørgsmål om slutfinansiering af Projektselskabet.

Det viste sig på det første møde, at ikke alle tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer var bekendt med Cs redegørelse, og at flere var i tvivl om, hvilke oplysninger, der reelt ligger til grund for den. De pågældende medlemmer af den tidligere bestyrelse så sig derfor ikke i stand til på et tilstrækkelig oplyst grundlag, at svare på de spørgsmål, som Kammeradvokaten ønskede at stille, hvorfor mødet måtte aflyses. Efterfølgende blev det andet møde aflyst inden afholdelsen med samme begrundelse.

Da der ikke kom nogle faktuelle oplysninger eller lignende frem på det første møde, har styrelsen valgt ikke at udarbejde et referat af mødet.

Styrelsen har efterfølgende drøftet sagens videre proces med Kammeradvokaten. Styrelsen skal til orientering oplyse, at processen fremover bliver følgende:

Styrelsen vil som fondsmyndighed udfærdige en agterskrivelse, som sendes i høring hos B's tidligere bestyrelsesmedlemmer og direktør smat fonden (den nuværende bestyrelse). Der vil blive fastsat en høringsperiode for bemærkninger, hvorefter styrelsen vil træffe afgørelse i sagen.

Til orientering skal styrelsen oplyse, at der er sendt en kopi af dette brev til fonden (den nuværende bestyrelse).”

Advokat A klagede ved skrivelse af 18. december 2015 til Erhvervsankenævnet og anførte i den forbindelse:

”Klage over Erhvervsstyrelsen, Erhvervsstyrelsens sag ...- B

I vor egenskab af advokat for K, der er tidligere medlem af bestyrelsen i B, klagede vi den 2. december til Folketingets Ombudsmand over Erhvervsstyrelsens behandling af en sag om B.

Folketingets Ombudsmand har den 14. december 2015 oplyst, at klagen er videresendt til Erhvervsankenævnet ved en skrivelse af 14. december

2015 til Erhvervsankenævnet under henvisning til Erhvervsstyrelsens j.nr. ...

Under henvisning hertil skal vi i vor egenskab af advokat for K præcisere de forhold, som Erhvervsankenævnet anmodes om at forholde sig til.

SAGSFORLØBET

Den 30. september 2015 modtog K fra Erhvervsstyrelsen en indkaldelse til et møde i Erhvervsstyrelsen med Kammeradvokaten. Følgende fremgik af skrivelsen om baggrunden herfor:

”Erhvervsstyrelsen har som led i styrelsens undersøgelse af de nærmere forhold i ovennævnte fond i forbindelse med B’s deltagelse i afholdelsen af ”D” i 2014 anmodet Kammeradvokaten om at vurdere nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers straf- eller erstatningsansvar.

Kammeradvokaten har i den forbindelse meddelt Erhvervsstyrelsen, at der er behov for at belyse visse faktuelle forhold i sagen. Erhvervsstyrelsen skal derfor som fondsmyndighed for fonden anmode om, at du som tidligere bestyrelsesmedlem i fonden deltager i et møde i Erhvervsstyrelsen.

På mødet ønsker Erhvervsstyrelsen nærmere oplysninger om baggrunden og de nærmere omstændigheder i forbindelse med visse af B’s aktiviteter i forhold til projektselskabets rolle ved afholdelsen af ”D” [større offentlig begivenhed] i 2014, herunder særligt oplysninger om de konkrete beslutninger på bestyrelsesmøderne i juni og august 2014.”

På vegne K kommenterede vi indkaldelsen til mødet i Erhvervsstyrelsen i skrivelse af 8. oktober 2015 og anmodede samtidig om aktindsigt i alle sager hos Erhvervsstyrelsen vedrørende Bs aktiviteter i forbindelse med afholdelsen af ”D” i 2014. Følgende fremgik blandt andet heraf:

”Jeg rettede straks ved skrivelsens modtagelse telefonisk henvendelse med en tilkendegivelse af, at K i enhver henseende har passet sit bestyrelsesarbejde ukritisabelt, og at han principielt var positiv over for at forklare herom.

Jeg tilkendegav imidlertid samtidig, at jeg fandt det kritisabelt, at styrelsen indkaldte personer, som angiveligt undersøges af en offentlig myndighed med henblik på straf- eller erstatningsansvar, uden nogen iagttagelse af selv de mest elementære retssikkerhedsgarantier. Jeg fik indtryk af, at styrelsen meget hurtigt ville vende tilbage med sin stillingtagen hertil.

Jeg har imidlertid ikke senere modtaget nogen reaktion.

Jeg skal derfor skriftligt nu efterspørge en sådan stillingtagen. I tilknytning hertil bedes oplyst helt præcist, hvorledes det pågældende møde er planlagt forberedt, tilrettelagt og gennemført.”

Erhvervsstyrelsen traf afgørelse om aktindsigt den 16. oktober 2015. Vi fremkom med bemærkninger hertil i en mail af 19. oktober 2015. Vi anmodede i den forbindelse om at modtage en begrundelse for, hvorfor K ikke var anset som part i styrelsens afgørelse af 16. oktober 2015. Endvidere anmodede vi om at modtage et materiale, som af Erhvervsstyrelsen var rekvireret hos C til brug for styrelsens arbejde med sagen, men som ikke indgik i det fra Erhvervsstyrelsen modtagne materiale.

Styrelsen besvarede den 22. oktober 2015 vor mail af 19. oktober 2015. Styrelsen medgav, at K var part og oplyste, at det ikke havde ført til begrænsninger i det materiale, der var meddelt aktindsigt i, at K ikke tidligere var anset som part.

For så vidt angår det fra C rekvirerede materiale, meddelte styrelsen, at dette materiale efter anmodning fra styrelsen og grundet materialets ”særlige karakter” var blevet sendt direkte til Kammeradvokaten, som af styrelsen var blevet anmodet om at gennemføre en uafhængig vurdering af den af C udarbejdede rapport og dens konklusioner med hensyn til nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner. Styrelsen anførte, at man derfor ikke havde det pågældende materiale, og derfor ”af gode grunde” ikke kunne meddele aktindsigt heri.

Advokat A deltog som bisidder ved mødet den 26. oktober 2015 sammen med K. Ved mødet blev det aftalt, at de tidligere medlemmer af ledelsen for B ville modtage udleveret det materiale, der var spørgsmål til, samt de spørgsmål som ønskedes afklaret, og at de tidligere medlemmer af ledelsen for B herefter ville få lejlighed til at supplerende faktum med deres besvarelser, som herefter kunne indgå i det materiale, Kammeradvokaten ville basere sit arbejde på.

I brev af 27. oktober 2015 kommenterede vi på Erhvervsstyrelsens mail af 22. oktober 2015. Vi fremhævede, at Erhvervsstyrelsen i en skrivelse af 3. juli 2015 havde beskrevet Kammeradvokatens rolle således, at Kammeradvokaten skulle foretage en uafhængig vurdering af en rapport udfærdiget af C. Med henvisning dertil anmodede vi om partsaktindsigt i al korrespondance, udkast, notater m.v. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten.

Den 30. oktober 2015 meddelte Erhvervsstyrelsen, at man havde modtaget vor mail af 27. oktober 2015 og ville behandle den så hurtigt som muligt. Det blev anført, at man håbede at kunne vende tilbage i ”næste uge”.

Den 6. november 2015 rykkede vi for svar.

Den 8. november 2015 anførte Erhvervsstyrelsen, at man fortsat var ved at kigge på sagen og håbede at kunne vende tilbage i løbet af "næste uge".

Den 9. november rykkede vi på ny for svar. Vi anførte i den forbindelse, at vi ikke kunne se, hvorfor Erhvervsstyrelsens svar kunne afhænge af, hvilken tilbagemelding der måtte komme fra Kammeradvokaten.

Den 16. november 2015 rykkede vi på ny for svar.

Da vore henvendelser var forblevet ubesvaret siden 8. november 2015, klagede vi den 2. december 2015 over Erhvervsstyrelsens sagsbehandling i en skrivelse til Folketingets Ombudsmand.

Den 3. december 2015 modtog vi en afgørelse om aktindsigt (**Bilag ...**) og en afgørelse om sagens fremadrettede behandling (**Bilag ...**). Disse to afgørelser påklages til Erhvervsankenævnet.

Af afgørelsen om aktindsigt af 3. december 2015 fremgår blandt andet følgende:

...

Af afgørelsen om sagens fremadrettede håndtering af 3. december 2015 fremgår blandt andet følgende:

...

I en mail af 3. december 2015 kommenterede vi umiddelbart på afgørelsen om det fremadrettede forløb på følgende vis:

"Umiddelbart ved skrivelsens modtagelse skal jeg bemærke, at skrivelsen ikke afspejler udfaldet af mødet, som jeg deltog i, og ikke afspejler det ved mødet aftalte om det fremadrettede forløb."

KLAGEN

I det følgende skal vi nærmere redegøre for de synspunkter, som påberåbes over for de som bilag 1 og 2 vedlagte afgørelser af 3. december 2015.

Ad afgørelse om aktindsigt af 3. december 2015

Klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse om aktindsigt angår to forhold; i) at der ikke er modtaget aktindsigt i korrespondanceudkast, notater m.v. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, og ii) at der ikke er modtaget aktindsigt i et materiale, som styrelsen har udbedt sig hos C til brug for sagens behandling, og som er modtaget af Kammeradvokaten på styrelsens foranledning og dennes vegne.

Ad i) Manglende aktindsigt i korrespondancen mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten

Vi anmodede i skrivelse af 27. oktober 2015 om at modtage partsaktindsigt i al korrespondance, udkast, notater m.v. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten. Anmodningen fremkom under henvisning til, at Kammeradvokaten ikke fungerer som Erhvervsstyrelsens juridiske rådgiver, men som en uafhængig undersøger, hvorfor der ikke var baggrund for at gøre undtagelse til hovedreglen om, at der kan meddeles aktindsigt i dette materiale.

Styrelsen anførte følgende om Kammeradvokatens rolle i en skrivelse af 3. juli d. å.:

”Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at en række forhold i den udarbejdede redegørelse gør, at styrelsen finder, at der er behov for en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion med hensyn til nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner.” [vor understregning].

Styrelsen har siden ovennævnte afgørelse af 3. december 2015 anført følgende:

”Styrelsen er som tidligere nævnt ikke enig i din vurdering af Kammeradvokatens rolle i denne sag. Styrelsen oplyste ganske rigtigt i brev af 3. juli 2015 til B’s bestyrelse, at styrelsen fandt ”behov for en uafhængig vurdering” af Cs rapport. Dette skal dog ikke forstås som en uvildig rapport fra en tredjemand, men derimod en uvildig vurdering af rapporten fra Kammeradvokaten som styrelsens advokat. Denne fremgangsmåde er helt sædvanlig og benyttes tilsvarende i en lang række andre sager, herunder også i forhold til lov om erhvervsdrivende fonde.”

Styrelsens angivelse af, at Kammeradvokaten er styrelsens rådgiver er uforenelig med og direkte kontradiktion til angivelsen i skrivelse af 3. juli 2015 af, at Kammeradvokaten skal foretage en ”uafhængig vurdering”.

De ændrede oplysninger fremkommer samtidig med, at styrelsen ønsker at undtage et materiale fremsendt til Kammeradvokaten fra aktindsigt. Der klages også over dette, jf. nedenfor.

Det er uden mening at benævne Kammeradvokatens undersøgelse som ”uafhængig” og orientere tredjemand om, at Kammeradvokaten skal bistå, såfremt Kammeradvokatens rolle ikke er af selvstændig betydning. Styrelsen bruger oplysningen om, at Kammeradvokaten skal foretage en ”uvildig” undersøgelse som led i anfægtelse af den advokatundersøgelse, der allerede foreligger.

Såfremt det skal lægges til grund, at Kammeradvokaten ikke agerer uafhængigt, men som styrelsens partsrepræsentant, må dette i situationen godtgøres. Styrelsen har imidlertid afslået aktindsigt i korrespondance, notat m.v., der kan belyse netop dette.

I den situation finder vi ikke, at det i modstrid med styrelsens egen angivelse i skrivelse af 3. juli 2015 nu til skade for K kan lægges til grund, at Kammeradvokaten blot er styrelsens advokat.

Vi finder ikke, at Erhvervsstyrelsens håndtering og afgørelse om aktindsigt stemmer med styrelsens forpligtelser i henhold til lov og god forvaltningsskik. Det må herved erindres, at indsigt i materialet og sagens håndtering er af væsentlig betydning for vor klient, eftersom undersøgelsen angår muligt straf- og erstatningsansvar for de tidligere medlemmer af ledelsen i B.

Ad ii) Manglende aktindsigt i det hos C udbedte materiale

Erhvervsstyrelsen rekvirerede i en skrivelse af 3. juli 2015 til C det materiale, som C indsamlede og anvendte som grundlag for deres advokatundersøgelse af B.

Vi anmodede i mail af 19. oktober 2015 om at modtage aktindsigt heri, hvilket styrelsen kommenterede på i en mail af 22. oktober 2015 og traf afgørelse om i mail af 3. december 2015. Styrelsen har afvist at meddele aktindsigt i materialet under henvisning til, at materialet grundet dettes "særlige karakter" efter anmodning fra styrelsen er sendt direkte til Kammeradvokaten. Hvad der nærmere ligger i henvisningen til materialets "særlige karakter" er uoplyst.

Styrelsen søger med denne tilrettelæggelse af sagsgangen at undtage materialet fra aktindsigt.

Med denne fremgangsmåde søger man nu at afskære materialet fra at være omfattet af aktindsigt.

Vi finder i sig selv ikke, at denne fremgangsmåde er tilladelig. Faktum er, at Erhvervsstyrelsen har udbedt sig materialet til brug for deres sag. Det forhold, at styrelsen beder Kammeradvokaten om at modtage materialet på styrelsens vegne, kan ikke føre til, at materialet undtages fra aktindsigt, når det var indsamlet til brug for at indgå i styrelsens sag. Baggrunden for fremsendelsen til Kammeradvokaten er således styrelsens anmodning herom. Kammeradvokaten har ikke selvstændigt adgang til at udbede sig et sådant materiale.

Styrelsens standpunkt synes at måtte forstås sådan, at materiale, som styrelsen har udbedt sig til sin sag, og som anvendes ved sagens behandling, er undtaget fra aktindsigt, fordi det rent fysisk er fremsendt direkte til styrelsens advokat. En sådan forståelse af reglerne om aktindsigt og de bagvedliggende hensyn kan ikke anerkendes.

Noget sådant vil indebære, at materialet kan indgå – eller udelades – af advokatens vurdering, som styrelsen agter at basere sig på, uden at dette kan efterprøves.

Ad afgørelse om sagens håndtering af 3. december 2015

Af styrelsens skrivelse af 3. september 2015 fremgår, at styrelsen i sin egenskab af fondsmyndighed vil udfærdige en agterskrivelse, som sendes i høring hos B's tidligere bestyrelsesmedlemmer og direktør samt fonden (den nuværende bestyrelse).

Situationen må nu opfattes sådan, at Kammeradvokaten færdiggør sin vurdering på et grundlag, som Kammeradvokaten tidligere har fundet ikke var fyldestgørende, og at Erhvervsstyrelsen herefter udfærdiger et udkast til vurdering på dette ikke fyldestgørende grundlag.

Heri ligger, at styrelsen tilsidesætter sin tidligere afgørelse om forudgående at høre de tidligere medlemmer af bestyrelsen i B med henblik på at tilvejebringe manglende oplysninger. Denne tidligere afgørelse førte som bekendt til, at styrelsen indkaldte til mødet den 26. oktober 2015 og ved mødet aftalte den i punkt 2.5 omtalte model for besvarelse af de udestående spørgsmål.

Vi finder, at styrelsen bør rekvirere det fulde materiale indhentet fra C fra Kammeradvokaten, at dette bør stilles til rådighed for de tidligere medlemmer af bestyrelsen i Fonden nu, og at spørgsmål bør afklares forinden Kammeradvokaten udtaler sig, og styrelsen udfærdiger sin agterskrivelse.

Vi finder det ikke tilladeligt, at Kammeradvokaten baserer sit arbejde på et grundlag, som efter Kammeradvokatens egen opfattelse ikke er fyldestgørende og vi finder endvidere ikke, at Erhvervsstyrelsen på baggrund heraf kan udfærdige en agterskrivelse.

Erhvervsstyrelsen udtalte i forbindelse med mødet den 26. oktober 2015, at styrelsen ikke kendte til sagens nærmere omstændigheder og styrelsen har efterfølgende udtalt, at styrelsen ikke er i besiddelse af det fra C rekvirerede materiale. Vi finder derfor endvidere ikke at styrelsen kan træffe afgørelser om sagens fremadrettede behandling således som sket den 3. december og i modstrid med tidligere aftale herom truffet ved mødet den 26. oktober 2015."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 18. januar 2016 udtalt:

"...

Indledningsvis skal styrelsen bemærke, at indholdet af de omhandlede afgørelser af henholdsvis 8. november og 3. december 2015 fastholdes uændret.

Sagsgangen

Sagen om aktindsigt er behandlet i styrelsen under sagsnummer ...

Den 8. oktober 2015 modtog Erhvervsstyrelsen en mail fra Advokat A fra E [advokatfirma]. Henvendelsen vedrørte aktindsigt i en verserende sag vedrørende B, hvor han udbad sig følgende:

”partsindsigt i videst mulig udstrækning i alle sager hos Erhvervsstyrelsen vedrørende Bs aktiviteter i forbindelse med afholdelsen af ”D” i 2014.”

Den 16. oktober 2015 traf styrelsen afgørelse, hvorefter der blev givet aktindsigt efter offentlighedsloven. Styrelsen gjorde opmærksom på, at der var undtaget et internt arbejdsdokument fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 1, nr. 1, samt en blanket med CPR-numre, da dette er en oplysning om private forhold, jf. offentlighedslovens § 30, nr. 1.

Den 19. oktober 2015 anmodede klager om at modtage en begrundelse for, hvorfor K ikke var anset som part i styrelsens afgørelse af 16. oktober 2015. Endvidere anmodede klager om at modtage det materiale, som af Erhvervsstyrelsen var rekvireret hos C til brug for styrelsens arbejde med sagen, men som ikke indgik i det fra Erhvervsstyrelsen modtagne materiale.

Styrelsen svarede den 22. oktober 2015 og oplyste, at *”din klient kan være part i den konkrete sag. I forhold til det udleverede materiale kan styrelsen dog samtidig oplyse, at det ikke har ført til begrænsninger i det materiale, der allerede er meddelt aktindsigt i.”*

For så vidt angår det materiale, som styrelsen havde rekvireret fra C, oplyste styrelsen, at *”materialet grundet dets særlige karakter blev sendt direkte til Kammeradvokaten. Styrelsen har derfor ikke det pågældende materiale og kan derfor af gode grunde ikke meddele indsigt i materialet”*.

Ved brev af 27. oktober 2015 gjorde klager opmærksom på, at styrelsens bemærkning om, at klienten *”kan være part”* måtte betyde, at klienten i praksis er part i sagen. På den baggrund bad klager (igen) om indsigt i det materiale, som er sendt direkte til Kammeradvokaten. Desuden bad klager om *”partsaktindsigt i al korrespondance, udkast, notater m.v. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten”*.

Den 30. oktober 2015 meddelte styrelsen, at mailen var modtaget og ville blive behandlet så hurtigt som muligt.

Den 6. november 2015 rykkede klager for svar.

Den 8. november 2015 svarede Erhvervsstyrelsen på henvendelsen af 27. oktober 2015 og oplyste, at styrelsen som tidligere oplyst ikke var i besiddelse af det nævnte materiale, og at styrelsen *”derfor af gode grunde ikke [kan] udlevere materialet på nuværende tidspunkt”*. Det blev samtidig oplyst, at når styrelsen modtog en udtalelse i sagen fra Kammeradvokaten, ville det omhandlede materiale fra fonden eller dele heraf samtidig blive fremsendt til styrelsen. Styrelsen oplyste derfor, at der derefter

ville kunne tages stilling til udlevering af materialet. Styrelsen oplyste igen, at man håbede at kunne vende tilbage i løbet af den kommende uge.

Den 9. november 2015 rykkede klager på ny for svar og anførte, at de ikke kunne se, hvorfor Erhvervsstyrelsens svar kunne afhænge af, hvilken tilbagemelding der måtte komme fra Kammeradvokaten.

Den 16. november 2015 rykkede klager for svar igen.

Den 2. december 2015 sendte klager et brev til Folketingets Ombudsmand og klagede over styrelsens behandling af sagen.

Den 3. december 2015 sendte styrelsen afgørelse om partsaktindsigt til klager. Da klager endnu en gang havde bedt om indsigt i materiale, som styrelsen havde gjort opmærksom på, at styrelsen ikke var i besiddelse af, oplyste styrelsen, at *”Erhvervsstyrelsen må forstå henvendelse på en sådan måde, at du ønsker en endelig afgørelse om partsaktindsigt på det på nuværende tidspunkt foreliggende grundlag”*.

Styrelsen gjorde indledningsvist opmærksom på, at styrelsen herefter vurderede, at *”din klient har en sådan væsentlig, individuel, direkte og retlig interesse i sagen, at spørgsmålet om aktindsigt ikke skal afgøres efter lov om offentlighed i forvaltningen (...), men derimod efter forvaltningsloven”*.

Styrelsen traf derefter afgørelse, hvoraf det fremgår, *”at det forhold, at der består et klientforhold mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, og at Kammeradvokaten er i besiddelse af bestemte dokumenter i den verserende sag, ikke er ensbetydende med, at Erhvervsstyrelsen som klient anses for at være i besiddelse af de samme dokumenter i forhold til reglerne om partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2.”*

Styrelsen fastholdt derudover, at der ikke kunne gives aktindsigt i de ønskede dokumenter, da styrelsen ikke var i besiddelse af dokumenterne. Derudover gjorde styrelsen endnu en gang opmærksom på Kammeradvokatens rolle i sagen og oplyste, at *”Uanset om styrelsen måtte komme i besiddelse af materialet, ... vil det således være en konkret vurdering i henhold til forvaltningsloven, om materialet kan udleveres. Denne vurdering vil tidligst kunne foretages på det tidspunkt hvor materialet modtages”*.

Da klager havde sendt brev til Folketingets Ombudsmand, sendte styrelsen en kopi af sin afgørelse til denne.

Den 3. december 2015 skrev klager til styrelsen, at denne ikke fandt, at afgørelsen indeholdt *”en stillingtagen til den begæring om aktindsigt i korrespondancen m.v. mellem styrelsen og Kammeradvokaten, som var indeholdt i vor skrivelse af 27. oktober 2015”*.

I mail af 3. december 2015 gjorde styrelsen opmærksom på, at ”Erhvervsstyrelsen er af den opfattelse, at de anførte forhold er besvaret, men skal for god ordens skyld gøre opmærksom på, at du er velkommen til at klage over afgørelsen, jf. den anførte vejledning herom”.

Styrelsen modtog den 15. december 2015 svar fra Folketingets Ombudsmand på klagers mail af 2. december 2015. Svaret fra Ombudsmanden er fremsendt til Erhvervsankenævnet ved mail af 8. januar 2016. Dette skyldes, at klager i sin henvendelse til Erhvervsankenævnet af 18. december 2015, henviser til svaret som værende fremsendt til Erhvervsankenævnet, mens det rettelig var sendt til Erhvervsstyrelsen.

De omtalte skrivelser vedlægges dette svar som bilag.

Sagens faktiske omstændigheder

Klager har anført, at der er to forhold i afgørelsen af 3. december 2015, som der klages over:

1. Manglende aktindsigt ”i korrespondanceudkast, notater m.v. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten
2. Manglende aktindsigt i ”materiale, som styrelsen har udbedt sig hos C til brug for sagens behandling”.
Derudover klages der over
3. afgørelse af 3. december 2015 vedrørende processen i den verserende sag om B.

Ad 1) Materiale udvekslet mellem ERST og Kammeradvokaten

Det er anført, at klager ikke har fået aktindsigt i materiale, som er udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten. Til dette forhold skal styrelsen henvise til sin afgørelse af 3. december 2015, hvorefter styrelsen ikke er enig i den vurdering af Kammeradvokatens rolle i sagen, som klager anlægger.

Styrelsen kan ved gennemgang af sagen konstatere, at det beklageligvis ikke er meddelt klager skriftligt, at anmodningen om indsigt i ”oplysninger udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten” ikke kan imødekommes. Det er således telefonisk oplyst til klager (der har telefonisk været drøftelser om sagen den 22. og 23. oktober 2015), at Kammeradvokaten er styrelsens advokat, og at materialet er udvekslet til brug for overvejelser om, hvorvidt der skal føres retssag, hvorfor der derfor ikke er indsigt i det anmodede materiale. Det er desuden oplyst skriftligt i afgørelsen den 3. december 2015, at Kammeradvokatens rolle er som angivet, men det er beklageligvis ikke angivet i selve afgørelsen, at der af den grund ikke er indsigt i det pågældende materiale.

Dette forhold er også baggrunden for den lange sagsbehandlingstid frem til den 3. december 2015, hvor der ikke er svaret på henvendelsen af 9. november 2015. Styrelsen var således af den opfattelse, at klager ønskede indsigt i det materiale, som C havde sendt til Kammeradvokaten. Det-

te materiale ville blive fremsendt helt eller delvist sammen med et notat om sagen fra Kammeradvokaten, som i styrelsens brev af 8. november 2015 er benævnt ”udtalelse”. Det var på daværende tidspunkt således forventningen, at Kammeradvokatens notat og materialet var lige på trapperne, men det viste sig desværre ikke at være tilfældet. I den forbindelse var styrelsen ikke opmærksom på, at klager også ønskede en konkret stillingtagen til den manglende indsigt i materiale udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, da det var styrelsens klare opfattelse, at klager var informeret herom ved tidligere telefonisk kontakt, da styrelsen havde oplyst klager, at Kammeradvokaten er styrelsens advokat og at henvendelsen om det udvekslede materiale bundede i at klager var uenig i dette forhold. Klager var bekendt med at der er tale om en mulig erstatningssag, da det er klagers eget argument for at hans klient er part i sagen. Af de grunde var styrelsen af den overbevisning, at klager vidste at der ikke var indsigt i materialet, jf. offentlighedslovens § 27, nr. 4, og forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Ad 2) Materiale hos C

Det er endvidere anført, at klager ikke har fået indsigt i materiale, som styrelsen har udbedt sig hos C. Hertil skal styrelsen oplyse, at der rettelig er tale om dokumenter, som styrelsen har anmodet fonden om at udlevere. Dette materiale har fonden efterfølgende foreslået udleveret via C til Kammeradvokaten, hvilket styrelsen ikke havde nogen indvendinger imod, da Kammeradvokaten skulle bistå styrelsen med rådgivning i sagen.

Klager blev oplyst om, at der ikke kunne gives indsigt i dette materiale, da styrelsen ikke var i besiddelse heraf. Det er dog samtidig blevet oplyst, at styrelsen forventer at modtage et notat fra Kammeradvokaten om sagen, hvor der som bilag vil blive medsendt hele eller dele af det fra C af Kammeradvokaten modtagne materiale. Styrelsen vil derfor efter fornyet anmodning om indsigt i de pågældende dokumenter kunne foretage en konkret vurdering af, hvorvidt de pågældende dokumenter kan udleveres til brug for aktindsigt når de er modtaget i styrelsen.

Ad 3) Processen i den verserende sag

Styrelsen har den 3. december 2015 udsendt et brev til B's nuværende bestyrelse og medlemmerne af den tidligere bestyrelse, da disse anses for parter i sagen. Brevet er alene en orientering om sagens videre behandling i styrelsen og er således ikke en afgørelse, som anført af klager.

Til klagers bemærkninger på side 10 i klagen kan styrelsen dog henvise til, at styrelsen som fondsmyndighed har mulighed for at planlægge den verserende sag, som styrelsen finder mest hensigtsmæssig. Det er således rigtigt, at der på det af klager omtalte møde i styrelsen den 26. oktober 2015 blev drøftet bl.a. mulighed for afholdelse af et nyt møde. Efter nærmere overvejelse og på baggrund af de bemærkninger, som bl.a. klager fremførte på vegne af sin klient på mødet, har styrelsen dog vurderet,

at en høringsskrivelse til de berørte parter vil være en bedre fremgangsmåde i sagen. Sagen er stadig verserende.

Sagens retlige omstændigheder

Ad 1) Materiale udvekslet mellem ERST og Kammeradvokaten

Kammeradvokaten er på helt sædvanlig vis antaget til at rådgive styrelsen som styrelsens advokat, til brug for overvejelse af om en retssag bør rejses. Der er af den grund ikke indsigt i det materiale, som udveksles i denne relation mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten. Dette fremgår både af offentlighedslovens § 27, nr. 4, og forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Dette forhold er beklageligvis ikke meddelt klager skriftligt. Klager er dog oplyst herom telefonisk, da Kammeradvokatens rolle i sagen har været diskuteret. Styrelsen skal dog gøre opmærksom på, at uanset om klager er oplyst korrekt herom, så er der ikke indsigt i dette materiale, hvilket klager efter styrelsens opfattelse må være bekendt med.

Styrelsen finder i den anledning ikke yderligere grund til at kommentere på klagers udlægning af Kammeradvokatens rolle, da det ikke ses at være et forhold, som kan påklages til Erhvervsankenævnet.

Ad 2) Materiale hos C

Styrelsen har ved mail af 8. november 2015 meddelt klager, at styrelsen ”som tidligere oplyst ikke [har] det nævnte materiale, som alene er sendt fra C til Kammeradvokaten. Vi kan derfor af gode grunde ikke udlevere materialet på nuværende tidspunkt”.

Styrelsen var hverken formelt eller reelt i besiddelse af de dokumenter, der ønskedes indsigt i. Det er endvidere styrelsens opfattelse, at styrelsen ikke havde pligt til at sætte sig i besiddelse heraf og af den grund kunne der ikke gives indsigt i de omhandlede dokumenter.

Det er således, som anført i styrelsens afgørelse af 3. december 2015, styrelsens vurdering, at det forhold, at der består et klientforhold mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, og at Kammeradvokaten er i besiddelse af bestemte dokumenter i den verserende sag, ikke er ensbetydende med, at Erhvervsstyrelsen som klient anses for at være i besiddelse af de samme dokumenter i forhold til reglerne om partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1 og 2.

Reglerne om partsaktindsigt indebærer efter styrelsens klare opfattelse heller ikke en forpligtelse for Erhvervsstyrelsen til aktivt at sætte sig i besiddelse af dokumenter, som styrelsen ikke var i besiddelse af på tidspunktet for afgørelsen om indsigt i dokumenterne.

Ad 3) Processen i den verserende sag

Styrelsen finder, at Erhvervsankenævnet må afvise at behandle denne del af klagen, da der ikke er tale om en afgørelse, som der kan klages over.

Det er således styrelsen opfattelse, at der er tale om et sagsbehandlings-skridt og ikke en afgørelse, som kan påklages til Erhvervsankenævnet efter hverken forvaltningsloven, offentlighedsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde.

Erhvervsstyrelsens vurdering

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at den omhandlede sag i relation til de forhold, som klager kan indbringe for Erhvervsankenævnet, er behandlet i overensstemmelse med reglerne om akt- og partaktindsigt.

Styrelsen har dog ikke meddelt klager skriftligt, men alene telefonisk, at der ikke er indsigt i dokumenter udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, jf. offentlighedslovens § 27, nr. 4, og forvaltningslovens § 14, nr. 3. På trods heraf er det dog styrelsens klare opfattelse, at der ikke kan meddeles indsigt heri, hvilket nævnet bør tiltræde.

I relation til de forhold, som vedrører styrelsens behandling af en verserende sag, og som efter styrelsens vurdering ikke kan påklages til Erhvervsankenævnet, finder styrelsen, at klagen bør afvises fra behandling i nævnet.

...”

Advokat A er ved skrivelse af 21. januar 2016 fremkommet med følgende bemærkninger:

”Sag ...

I ovennævnte sag er modtaget Erhvervsstyrelsens agterskrivelse af 19. januar 2015.

Siden 8. august 2014 har på der Erhvervsstyrelsens foranledning verseret en sag vedrørende forholdene omkring Bs forhold til D 2014.

Erhvervsstyrelsen meddelte i en skrivelse af 3. juli 2015 til B, at styrelsen ikke anså denne sag som afsluttet efter fremkomsten af en af C udarbejdet og af F [advokatfirma] verificeret advokatundersøgelse af 16. juni 2015.

Erhvervsstyrelsen anførte blandt andet følgende i skrivelsen af 3. juli 2015 til B:

”Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at en række forhold i den udarbejdede redegørelse gør, at styrelsen finder, at der er behov for en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion med hensyn til nuvæ-

rende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner.

...

Erhvervsstyrelsen har derfor dags dato oversendt advokatundersøgelsen til Kammeradvokaten med henblik på at indhente deres bemærkninger til de vurderinger og konklusioner, der fremgår af Cs undersøgelse.

Til brug for Kammeradvokatens vurdering skal vi anmode om, at det materiale, der har indgået i vurderingen, fremsendes til styrelsen i elektronisk form snarest muligt.”

Styrelsen oplyste i en skrivelse af 30. september 2015 til udvalgte tidligere medlemmer af ledelsen i B, at Kammeradvokaten havde meddelt Erhvervsstyrelsen, at der var behov for at belyse visse faktuelle forhold i sagen. Erhvervsstyrelsen indkaldte med henvisning hertil og til styrelsens status som fondsmyndighed de tidligere medlemmer af B's ledelse til et møde. Skrivelsen indeholdt ingen oplysninger, der kunne opfattes sådan, at der var ændringer i Kammeradvokatens rolle som uafhængig undersøger.

På vegne K kommenterede vi i skrivelse af 8. oktober 2015 indkaldelsen til mødet og anmodede samtidig om aktindsigt i alle sager hos Erhvervsstyrelsen vedrørende Bs aktiviteter i forbindelse med afholdelsen af "D" i 2014.

Erhvervsstyrelsen traf afgørelse om aktindsigt den 16. oktober 2015. Vi anmodede i en mail af 19. oktober 2015 om at modtage et materiale, som af Erhvervsstyrelsen var rekvireret hos C til brug for styrelsens arbejde med sagen, men som ikke indgik i det fra Erhvervsstyrelsen modtagne materiale.

Styrelsen besvarede den 22. oktober 2015 vor mail af 19. oktober 2015. Styrelsen meddelte, at det fra C rekvirerede materiale efter anmodning fra styrelsen og grundet materialets "særlige karakter" var blevet sendt direkte til Kammeradvokaten, som af styrelsen var blevet anmodet om at gennemføre en uafhængig vurdering af den af C udarbejdede rapport og dens konklusioner med hensyn til nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner. Styrelsen anførte, at man derfor ikke havde det pågældende materiale, og derfor "af gode grunde" ikke kunne meddele aktindsigt heri.

Intet fremgik om, hvad der nærmere skulle forstås ved henvisningen til materialets "særlige karakter". Bortset fra det forhold, at materialet udgør det helt centrale grundlag for at bedømme den af C udarbejdede advokatundersøgelse og forløbet i sagen i øvrigt, har vi for vort vedkommende ikke kunnet konstatere, at materialet skulle have en særlig karakter.

Ved mødet den 26. oktober 2015 meddelte styrelsen på min forespørgsel, at Kammeradvokaten ikke skulle foretage en uafhængig undersøgelse af den af C udfærdigede advokatundersøgelse, men blot virkede som styrelsens advokat. Ved mødet var der i øvrigt enighed om, at det ville være mest naturligt, såfremt materialet rekvireret fra C blev stillet til rådighed for de tidligere medlemmer af ledelsen i B, og at disse havde lejlighed til at udtale sig.

Styrelsen anførte i e-mail af 8. november 2015 følgende:

”Vi afventer fortsat en udtalelse fra Kammeradvokaten, som anmodet i brev af 3. juli 2015. Vi forventer at vi sammen med udtalelsen vil modtage hele eller dele af det omhandlede materiale, hvorefter vi kan tage stilling til udlevering heraf.”

Det har således vist sig, at det altdominerende og helt centrale materiale for sagens bedømmelse ikke har været i styrelsens besiddelse i langt hovedparten af den periode, hvor styrelsen har behandlet sagen, og at denne situation er etableret ved en aftale på styrelsens foranledning. Konstruktionen må efter vor opfattelse betragtes sådan, at den har haft som sit formål at undgå, at materialet kunne blive genstand for (parts)aktindsigt.

Endvidere satte styrelsen, således som det fremstår, sin egen sagsbehandling i bero, indtil der fra Kammeradvokatens side forelå et udkast til agterskrivelse.

Uanset det var Kammeradvokatens opfattelse, at der manglede oplysninger af relevans for sagens bedømmelse, kan vi ved modtagelsen af agterskrivelse af 19. januar 2016 nu konstatere, at sagen efter styrelsens opfattelse har nået et stade, hvor styrelsen har kunnet fremsende et udkast til en afgørelse i sagen. Dette uden at sagens parter på noget tidspunkt har modtaget noget af det materiale, som denne baserer sig på eller har haft lejlighed til at udtale os.

Videre kan det konstateres, at styrelsens agterskrivelse er videregivet til B, som har offentliggjort denne, og at agterskrivelsen i øvrigt efter styrelsens offentlige tilkendegivelse er genstand for aktindsigt. Der har været omfattende medieomtale af agterskrivelsens indhold i tiden herefter.

I agterskrivelsen er fastsat en høringsfrist på 4 uger til den 16. februar 2016, hvilken frist ikke er indrettet efter eller tager hensyn til vor begæring om aktindsigt.

Forløbet er samlet set udtryk for, at styrelsen har undladt at oplyse sagen på tilbørlig måde i eget regi, har delegeret sagsbehandlingen til Kammeradvokaten og har etableret en situation, hvor sagens parter holdes i en ”black box”.

Vi anser forløbet som kritisabelt. Vi har tidligere klaget over flere af de enkelte elementer heri, jf. skrivelse af 18. december 2015 til Erhvervsan-

kenævnet. For ordens skyld bemærkes, at nærværende præsentation af klagens indhold og de supplerende bemærkninger til agterskrivelsens fremkomst, kommunikation og den heri indeholdte frist skal betragtes som en del af klagen. Kopi heraf fremsendes derfor samtidig til Erhvervsankenævnet.

Jeg skal bede Erhvervsstyrelsen bekræfte, at Kammeradvokaten ikke har foretaget en uafhængig undersøgelse af den af C udfærdigede advokatundersøgelse, men blot virket som styrelsens advokat. Såfremt Kammeradvokaten efter styrelsens opfattelse på et tidligere tidspunkt har haft i opdrag at foretage en uvildig undersøgelse af den af C udfærdigede advokatundersøgelse, bedes dette meddelt.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 5. februar 2016 heroverfor bemærket:

”...

Erhvervsstyrelsen sendte den 18. januar 2016 sin udtalelse i sagen til Erhvervsankenævnet. På baggrund af klagers henvendelse af 21. januar 2016, som er fremsendt i kopi til ankenævnet, skal styrelsen hermed fremkomme med nogle yderligere bemærkninger i sagen.

Styrelsen skal for god ordens skyld oplyse, at der i den verserende fondsmyndighedssag er sendt en agterskrivelse til den daværende og nuværende bestyrelse for fonden. Agterskrivelsen vedhæftes til orientering.

Desuden skal styrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen den 28. januar 2016 meddelte klager fuld partsaktindsigt i samtlige dokumenter, som anmodet om ved punkt 3.1,ii, i klagers skrivelse af 18. december 2015.

Styrelsen sender i forlængelse af dette brev en række bilag til ankenævnets fortrolige orientering for at dokumentere Kammeradvokatens rolle i sagen, hvor Kammeradvokaten er styrelsens juridiske rådgiver i forhold til at føre en eventuel retssag. Dokumentationen fremsendes alene med henblik på nævnets vurdering af forholdet nævnt i punkt 3.1, litra i, som anført i klagers brev af 18. december 2015.

Styrelsen kan oplyse, at Kammeradvokaten virker som styrelsens juridiske rådgiver i sagen. Til brug for sin rådgivning har Kammeradvokaten gennemgået materialet i sagen, herunder også den af C udfærdigede advokatundersøgelse, samt lavet en udtalelse til styrelsen herom til brug for styrelsens vurdering af sagen, herunder om grundlaget for en eventuel efterfølgende retssag. Der har i den forbindelse løbende været både mundtlig og skriftlig kommunikation af forskellig karakter mellem styrelsen og Kammeradvokaten, som det er sædvanligt i forbindelse med juridisk rådgivning af en klient.

I perioden fra august 2015 til januar 2016 har der mellem Kammeradvokaten og styrelsen været udvekslet en række udkast til Kammeradvokatens udtalelse, hvorefter Kammeradvokatens endelige udtalelse er afgivet

til styrelsen den 18. januar 2016. Styrelsen anser denne kommunikation for undtaget fra partsaktindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, nr. 3.
..."

Ved skrivelse af 15. februar 2016 har advokat A yderligere anført:

"KAMMERADVOKATENS OPDRAG

Et væsentligt spørgsmål i denne sag angår, hvilke(t) opdrag kammeradvokaten har haft.

Af Erhvervsstyrelsens skrivelse af 18. januar 2016 fremgår nederst på side 5, at

"Kammeradvokaten er på helt sædvanlig vis antaget til at rådgive styrelsen som styrelsens advokat, til brug for overvejelse af om en retssag bør rejses."

Som tidligere dokumenteret er forholdet oprindeligt af Erhvervsstyrelsen i en skrivelse af 3. juli 2015 beskrevet sådan, at Kammeradvokaten skulle gennemføre en uvildig undersøgelse:

"Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at en række forhold i den udarbejdede redegørelse gør, at styrelsen finder, at der er behov for en uafhængig vurdering af rapporten og dens konklusion med hensyn til nuværende og tidligere ledelsesmedlemmers ansvar for de foretagne dispositioner.

...

Erhvervsstyrelsen har derfor dags dato oversendt advokatundersøgelsen til Kammeradvokaten med henblik på at indhente deres bemærkninger til de vurderinger og konklusioner, der fremgår af Cs undersøgelse."

Tilsvarende fremgik af styrelsens afgørelse om aktindsigt af 22. oktober 2015.

Ingen forklaring er fremkommet på, hvorledes disse indbyrdes uforenelige oplysninger om kammeradvokatens opdrag har kunnet fremkomme fra Erhvervsstyrelsen.

Af Erhvervsstyrelsens skrivelse af 5. februar 2016 til Erhvervsankenævnet fremgår på side 1, 4. afsnit, at styrelsen vedlægger en række dokumenter til Erhvervsankenævnet, som efter styrelsens opfattelse dokumenterer Kammeradvokatens "rolle", uden at disse dokumenter tilgår klageren, eller klageren i øvrigt modtager orientering om dokumenternes datering, adressater eller lignende oplysninger.

Denne situation er uholdbar og efter vor opfattelse ikke tilladelig. Vi finder ikke, at Erhvervsstyrelsen kan påberåbe sig sådan dokumentation,

uden klager har adgang til at gøre sig bekendt hermed og udtale sig herom.

Vi ønsker indsigt i materialet ved kopi heraf, subsidiært ved at vi meddeles aktindsigt i de dele af materialet/de oplysninger i materialet, som selv efter styrelsens opfattelse ikke er undtaget aktindsigt.

I den forbindelse bemærkes, at korrespondance med advokaten om dennes opdrag ikke er omfattet af ordlyden i undtagelsesbestemmelsen i forvaltningslovens § 14, stk. 3, nr. 1. Så længe opdraget ikke er fastlagt - eller er under præcisering - er der ikke tale om en korrespondance angående spørgsmålet om, hvorvidt en sag skal anlægges.

Endvidere fremgår intet om, at styrelsen har foretaget en afvejning af, om der kan gives indsigt i materialet i kraft af princippet om meroffentlighed og i givet fald, hvilke momenter styrelsen måtte have inddraget i sin vurdering heraf. Denne vurdering bør nu – om ikke andet – foretages af Erhvervsankenævnet.

Vi vedlægger e-mail af 29. januar 2016 til Erhvervsstyrelsen, hvori vi efter modtagelse og gennemgang af dokumenter modtaget via aktindsigt blandt andet anførte følgende:

”Vi henviser til kendelsen om aktindsigt modtaget med mailen nedenfor. Denne indeholder ingen tilbagevendende angående følgende forhold omtalt i skrivelse af 21. januar 2015 og mail af 27. ds:

...

Det fremgår af styrelsens korrespondance med B i perioden fra 3. december 2015, at styrelsen ikke mener at have været modtager af det fra C til Kammeradvokaten fremsendte materiale og udbeder sig dette fra B. Styrelsen har oplyst, at Kammeradvokaten er styrelsens advokat. Vi skal i den sammenhæng venligst anmode styrelsen om at redegøre for, hvorfor styrelsen i den situation ikke anser sig som modtager af det materiale, som på styrelsens foranledning i efteråret 2015 tilgik Kammeradvokaten fra C. Vi skal endvidere bede styrelsen oplyse, hvilken hjemmel styrelsen har anvendt ved anmodningen til C om fremsendelse af materialet til Kammeradvokaten, når styrelsen ikke anser sig selv som ultimativ modtager af materialet.”

Spørgsmålet er forblevet ubesvaret.

Forløbet er illustrerende for, at styrelsens argumentation omkring Kammeradvokatens opdrag ikke er sammenhængende. Det er ikke tænkeligt, at Kammeradvokaten (på styrelsens anmodning) kan have modtaget materiale, som ikke også må anses som modtaget af styrelsen, såfremt kammeradvokaten er styrelsens advokat. Der foreligger ikke hemmeligheder mellem en advokat og dennes opdragsgiver. Styrelsens korrespondance med B i perioden fra 3. december 2015 er derfor meningsløs, så-

fremt styrelsen virkelig i hele forløbet havde været af den opfattelse, at Kammeradvokaten blot var styrelsens rådgiver.

Det gøres gældende, at det ikke til skade for klager kan lægges til grund, at styrelsens gentagne oplysninger om, at Kammeradvokaten udførte en uvildig undersøgelse, har været forkerte. Det må derfor lægges til grund, at Kammeradvokaten har haft til opdrag at udføre en uvildig undersøgelse.

AKTINDSIGT I KAMMERADVOKATENS UDTALELSE

Det fastholdes, at Kammeradvokatens udtalelse(r) – og udkast til samme – ikke kan undtages fra aktindsigt. Det er ikke dokumenteret, at materialet har en karakter, som berettiger dette til at blive undtaget i medfør af bestemmelsen i forvaltningslovens § 14, stk. 1, nr. 3. Herom henvises til bemærkningerne ovenfor og i tidligere indlæg i sagen.

I denne sag gælder endvidere, at Kammeradvokatens opdrag har bestået i at vurdere en advokatundersøgelse foretaget af C og verificeret af F og ændre denne undersøgelses konklusion med henblik på at rejse et krav over for de sagsøgte. I den situation er det åbenbart, at de sagsøgte har en særlig interesse i at opnå indsigt i, hvad det er for synspunkter, der fører Kammeradvokaten til en anden afgørelse end den, som C og F var enige om. Meget væsentlige hensyn taler således for, at lade de tidligere medlemmer af ledelsen i B opnå indsigt heri.

JOURNALLISTER

Erhvervsstyrelsen anfører i skrivelsen af 5. februar 2016, side 2, følgende:

”Det er ikke muligt for styrelsen at sende en journalliste, da styrelsens it-system på nuværende tidspunkt ikke kan autogenerere en sådan journalliste, hvilket er beklageligt.”

Ifølge forvaltningslovens § 9, stk. 2, omfatter adgangen til aktindsigt indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter. Intet fremgår om, at retten skulle være begrænset til de tilfælde, hvor en udskrift heraf kan ”autogenereres”.

Det kan således konstateres, at Erhvervsstyrelsen tilsidesætter sin forpligtelse til at meddele aktindsigt i journallisterne.

Det bemærkes, at indsigt i, hvilke dokumenter der er gået ind og ud af styrelsens sag på hvilke tidspunkter, er helt afgørende for at kunne vurdere, om styrelsens behandling af vor ansøgning om aktindsigt er sket korrekt. Foruden indsigt i journallisten er det ikke muligt at konstatere, om styrelsen har undtaget dokumenter, som vi ikke er oplyst forefindes.

Endvidere er journallisten relevant til belysning af, hvorledes styrelsens sagsbehandling har været tilrettelagt, herunder til brug for behandling af vort klagepunkt om, at styrelsen de facto har overladt sagsbehandlingen til Kammeradvokaten.

Styrelsens brud på reglerne er derfor ikke blot beklageligt, men også hindrende for at klager kan varetage sine interesser under sagen.

OVERLADT SAGSBEHANDLINGEN TIL KAMMERADVOKATEN

Præsentationen af dette klagepunkt i skrivelse af 21. januar 2016 fastholdes.

Af styrelsens skrivelse af 5. februar 2016 til Erhvervsankenævnet fremgår nederst på side 1, at Kammeradvokatens endelige udtalelse blev afgivet til styrelsen den 18. januar 2016.

Styrelsens agterskrivelse fremkom den 19. januar 2016.

Dette er efter vor opfattelse illustrerende for, at styrelsen netop har overladt sagsbehandlingen til Kammeradvokaten, og at styrelsens agterskrivelse de facto er udformet af Kammeradvokaten. Dette indebærer en tilsidesættelse af myndighedens pligt til selv at behandle sagen og udgør en ikke tilladelig delegation.

Erhvervsstyrelsen anfører i skrivelse af 18. januar 2016, side 5, blandt andet følgende i relation til det fra C udbedte materiale:

”Dette materiale har fonden efterfølgende foreslået udleveret via C til Kammeradvokaten, hvilket styrelsen ikke havde nogen indvendinger imod, da Kammeradvokaten skulle bistå styrelsen med rådgivning i sagen.”

Vi finder, at der fra styrelsen bør fremkomme en forklaring på, om styrelsen på tidspunktet for materialets oversendelse til Kammeradvokaten var af den opfattelse, at styrelsen på baggrund af Kammeradvokatens udtalelse – men uden selv at have adgang til materialet i sagen – kunne sagsbehandle.

KLAGESAGENS BEHANDLING

Af side 5 i skrivelserne af 18. februar 2016 fremgår under midten at ”Sagen er stadig verserende.”

Vi går ud fra, dette er en henvisning til, at Erhvervsankenævnet i den situation skulle være afskåret fra at behandle en klage over forløbet. Det bemærkes, at den del af sagens behandling, der klages over, er forløbet frem til styrelsens afgivelse af agterskrivelse, hvilket som bekendt er

sket. I den situation synes ingen hindringer at foreligge for, at Erhvervsankenævnet kan behandle den fulde klage.

...”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelser af 3. marts og 1. april 2016 fremsendt supplerende bemærkninger, mens klagers advokat ved skrivelser af 17. marts og 7. april 2016 har sendt supplerede bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K har som tidligere medlem af bestyrelsen i B en sådan væsentlig retlig interesse i den af fondsmyndigheden igangsatte undersøgelse af eventuelle ansvarspådragende forhold i fonden, at han må betragtes som part, og har dermed ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. § 9 i forvaltningsloven.

Erhvervsankenævnet kan som rekursmyndighed udelukkende behandle klager over endelige afgørelser truffet af en myndighed, jf. § 1 i lov om Erhvervsankenævnet. Det i styrelsens skrivelse af 3. december 2015 oplyste om, at styrelsen vil udfærdige en agterskrivelse, der vil blive sendt i høring, må anses som et sagsbehandlingsskridt. Ankenævnet kan derfor ikke behandle den i klageskrivelsen af 18. december 2015 indeholdte klage over dette forhold, hvorfor denne del af klagen afvises, jf. § 8 i bekendtgørelse nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet.

Erhvervsankenævnet lægger efter den under nævnsbehandlingen forelagte dokumentation til grund, at Kammeradvokaten er engageret af Erhvervsstyrelsen som advokat og dermed til som sagkyndig at bistå styrelsen som fondsmyndighed i styrelsens faglige vurdering af sagen, herunder ved styrelsens overvejelse af, om retssag bør føres. Korrespondance, udkast, notater mv. udvekslet mellem Erhvervsstyrelsen og Kammeradvokaten, som klager har anmodet om indsigt i, er således undtaget fra aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 14, nr. 3.

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 5. februar 2016 oplyst, at styrelsen den 28. januar 2016 har meddelt klager fuld partsaktindsigt i samtlige de dokumenter, som klager ved klageskrivelse af 18. december 2015 punkt 3.1, ii, har anmodet

om aktindsigt i. Ankenævnet skal hertil bemærke, at Erhvervsstyrelsen ikke var berettiget til at afvente modtagelsen af dokumenterne fra Kammeradvokaten, men i stedet burde have indhentet disse hos Kammeradvokaten med henblik på styrelsens tidligere stillingtagen til aktindsigtsanmodningen.

En myndighed er, uanset forvaltningslovens § 9, stk. 2, nr. 2, og offentlighedslovens § 7, stk. 2, nr. 2, ikke pligtig til i forbindelse med modtagelsen af en anmodning om aktindsigt at udarbejde oversigter, som ikke findes i forvejen over dokumenterne på en sag. Da Erhvervsstyrelsens IT-system ifølge det oplyste ikke kan generere en journalliste over sagens dokumenter, og da et sådant dokument derfor ikke foreligger i sagen, tiltrædes det, at der ikke er meddelt aktindsigt heri.

Ankenævnet finder endelig ikke grundlag for at tilsidesætte styrelsens vurdering af, at der heller ikke efter princippet om meroffentlighed i forvaltningslovens § 10 skal meddeles aktindsigt i videre omfang end sket.

Med disse bemærkninger tiltrædes den påklagede afgørelse fra Erhvervsstyrelsen således som den er ændret under sagens behandling i ankenævnet.

36) Kendelse af 29. september 2016 (J.nr. 2016-4768).

Tredjemand meddelt aktindsigt i sagsakter vedrørende K efter reglerne i offentlighedsloven, da dokumenter havde mistet sin interne karakter og ikke kunne undtages fra aktindsigt.

Offentlighedslovens § 7, stk. 1 og 2, samt § 23, stk. 1 og 2.

(Niels Walther-Rasmussen, Lone Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 2. juni 2016 har K klaget over Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om at meddele aktindsigt i dokumenter vedrørende K i Finanstilsynets sag med j.nr.

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

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 hedder det:

”...

I forlængelse af K's hørings svar af 29. april 2016 vedrørende aktindsigt i sagen j.nr. ... skal Finanstilsynet oplyse, at tilsynet har vurderet K's indsigelser imod, at der gives aktindsigt i sagens dokumenter. Finanstilsynet vurderer, at der ikke foreligger grundlag for at undtage de pågældende dokumenter og oplysninger i sagen fra aktindsigt. Finanstilsynet agter derfor at meddele aktindsigt i sagen.

Som oplyst i forbindelse med høringsmailen af 25. april 2016 undtages dog i sin helhed bilag 6 (samarbejdsaftale) samt visse oplysninger om samarbejdsaftalen i redegørelsen af 16. marts 2016. Endvidere undtages visse oplysninger om samarbejdsaftalen fra Finanstilsynets udkast til påbud af 4. april 2016.

Da K i sit hørings svar af 29. april 2016 har anmodet om frist til at påklage Finanstilsynets afgørelse til Erhvervsankenævnet, inden der gives aktindsigt i sagen, skal tilsynet meddele K frist til at indbringe afgørelsen for Erhvervsankenævnet **senest torsdag den 2. juni 2016**. Såfremt Finanstilsynet ikke har modtaget meddelelse herom inden fristens udløb, vil tilsynet effektuere afgørelsen.

...”

K har i klageskrivelsen af 2. juni 2016 anført:

”...

Klage over Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om aktindsigt i Finanstilsynets sag nr. ...

K skal hermed påklage Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 om aktindsigt i Finanstilsynets sag nr.

...

K er uenig i afgørelsen, i det omfang der meddeles aktindsigt i sagens dokumenter. Det er navnlig K's opfattelse, at Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud samt K's hørings svar af 29. april 2016 hertil er undtaget fra aktindsigt.

K finder, at aktindsigt i overensstemmelse med Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 vil indebære en tilsidesættelse af tilsynets tavshedspligt. Der er tale om ikke-offentligt tilgængelige oplysninger, hvis offentliggørelse på nuværende tidspunkt kan påføre K væsentlig forretningsmæssig skade.

Erhvervsankenævnet anmodes derfor om at ændre den påklagede afgørelse således, at der ikke meddeles aktindsigt.

K's opfattelse er nærmere begrundet i afsnit 2.1-2.3 nedenfor.

Der er i vidt omfang tale om en gentagelse af, hvad der tidligere er fremført over for Finanstilsynet. Det beror på, at Finanstilsynets afgørelse er helt uden begrundelse. Det er således ikke muligt at bedømme og inddrage grundlaget for Finanstilsynets afgørelse om ikke at undtage dokumenterne fra aktindsigt. Der er tale om et brud på forvaltningslovens krav til begrundelse, som i sig selv er væsentligt og bør føre til ophævelse og hjemvisning af afgørelsen.

Der henvises til afsnit 2.4 nedenfor.

Sagens baggrund

Finanstilsynet oplyste den 25. april 2016 K om, at tilsynet havde modtaget "en anmodning om aktindsigt vedrørende forhøjelser af bidragssatser i K". Tilsynet fremsendte samtidig en række dokumenter og bad om K's bemærkninger senest den 27. april 2016 ...

Efterfølgende har K konstateret, at anmodningen om aktindsigt blev modtaget af Finanstilsynet den 19. april 2016.

Finanstilsynet udsatte fristen for K's bemærkninger til den 29. april 2016.

Ikke desto mindre valgte Finanstilsynet den 28. april 2016 at give aktindsigt i dele af materialet, nemlig Finanstilsynets sager nr. 6076-0052 og 6076-0102.

Tilbage stod følgende dokumenter i Finanstilsynets sag nr. ...:

- Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud
- K's høringssvar af 25. april 2016
- K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016

K fremkom den 29. april 2016 med indsigelse mod aktindsigt i disse dokumenter, idet udlevering efter K's opfattelse vil være uforenelig med Finanstilsynets tavshedspligt ...

Tilsynets afgørelse herom blev modtaget den 30. maj 2016 ..., og det er denne afgørelse, som denne klage angår.

K's synspunkter

Udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud

Det er K's opfattelse, at udkastet til meddelelse af påbud er undtaget fra aktindsigt efter § 23 i offentlighedsloven om interne dokumenter.

En myndigheds udkast til afgørelse har utvivlsomt karakter af et internt arbejdsdokument, jf. betænkning nr. 1510/2009, side 551:

”På baggrund af de under pkt. 2.1.2.1 nævnte hovedsynspunkter kan der gives følgende eksempler på interne arbejdsdokumenter: Udkast til breve til udenforstående, udkast til afgørelse af en sag og udkast til administrative forskrifter mv. må i alle tilfælde anses for interne arbejdsdokumenter, da dokumenterne vil have en foreløbig karakter, jf. FOB 2002, side 402, hvor det synes forudsat, at dokumenter, der ikke foreligger i ”endelig form”, vil have karakter af interne arbejdsdokumenter.”

Der er ikke tale om et dokument i endelig form, og udkastet har ikke mistet sin karakter af internt dokument ved at blive sendt i lovpligtig høring hos K.

Med den nye offentlighedslov fra 2013 blev der i § 23, stk. 2, indført en ny bestemmelse, der fastslår, hvornår et dokument mister sin interne karakter ved afgivelse til udenforstående:

”Dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.”

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår:

”Dette led i bestemmelsen er begrundet i, at et dokument ikke bør miste sin interne karakter, hvis vedkommende forvaltningsmyndighed ved afgivelsen ikke kan anses for at have givet afkald på den beskyttelse af dokumentet, der følger af stk. 1.”

Det er uddybet i betænkning nr. 1510/2009, side 183:

”Det er således kommissionens opfattelse, at interne dokumenter ikke bør miste deres interne karakter i de tilfælde, hvor den afgivende myndighed ved lov er forpligtet til at afgive de pågældende dokumenter til en udenforstående, idet afgivelse i sådanne tilfælde ikke vil bero på et (frivilligt) fravalg af beskyttelsen efter lovudkastets § 23, stk. 1.”

Betænkningen nævner konkrete eksempler på bestemmelsens anvendelse. Men bestemmelsen omfatter afgivelse ”af retlige grunde” generelt. Det har tillige støtte i en udtalelse fra Folketingets Ombudsmand gengivet i FOB 2014.21 (om udlevering af arbejdspladsvurderinger):

”Efter ordlyden af og forarbejderne til § 23, stk. 2, 2. led, må bestemmelsen umiddelbart antages at omfatte alle tilfælde, hvor afgivelsen sker, fordi en myndighed er forpligtet hertil som følge af f.eks. en lovbestemmelse. Hertil kommer, at de eksempler, der er nævnt i forarbejderne, ikke kan antages at være udtømmende.”

Som følge af den nye bestemmelse i § 23, stk. 2, kan praksis fra før 2013 ikke uden videre lægges til grund.

Det konkrete udkast til meddelelse af påbud er afgivet til K ”af retlige grunde”, idet Finanstilsynet er forpligtet til at sende udkastet til adressaten, jf. herved § 28, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1234 af 24. november 2014 om forretningsorden for bestyrelsen for Finanstilsynet:

”I sager, hvor der foretages partshøring efter forvaltningsloven, jf. stk. 1, skal udkast til afgørelse eller beslutning sendes til parten samtidig med, at afgørelsen og det øvrige sagsmateriale sendes til bestyrelsesmedlemmerne, jf. § 12, stk. 3, 1. pkt., og stk. 4. I sager omfattet af 1. pkt., hvor Finanstilsynet henholdsvis Erhvervsstyrelsen vurderer, at sagen er omfattet af lovgivningens regler om offentliggørelse, vedlægges tillige et udkast til afgørelsen eller beslutningen, som den påtænkes offentliggjort. Parten har herefter mulighed for, inden sagen behandles i bestyrelsen, at afgive høringssvar vedrørende offentliggørelsen, herunder at angive hvilke oplysninger der efter partens opfattelse eventuelt bør fjernes fra udkastet til afgørelsen inden offentliggørelse.”

Bestemmelsen er en videreførelse af den lovbestemte pligt, der tidligere fremgik direkte af § 345, stk. 8, jf. lovbemærkningerne til den nugældende § 345, stk. 13:

”Med *stk. 13* foreslås, at bestyrelsen fastsætter sin egen forretningsorden, hvoraf bl.a. skal fremgå regler om mulighed for foretræde for bestyrelsen. Det vil endvidere fremgå af forretningsordenen, at i sager, hvor der skal foretages partshøring, omfatter adgangen til partshøring udkastet til rådets afgørelse i den form, afgørelsen påtænkes offentliggjort. Hensigten er at styrke retssikkerheden for de virksomheder og enkeltpersoner, som Finanstilsynets bestyrelses afgørelse vil rette sig mod, således at de kan gøre sig bekendt med Finanstilsynets vurderinger forud for bestyrelsens behandling af sagen. Der er tale om en videreførelse af den nuværende retstilstand, jf. § 345, stk. 7, [rettelig stk. 8] i lov om finansiel virksomhed.”

Høring over udkast til afgørelse er ikke omfattet af den almindelige partshøring efter forvaltningsloven. Der er tale om en særlig retlig pligt, der gælder på dette område.

En sådan særlig retlig – lovbestemt – pligt må antages at være omfattet af § 23, stk. 2, 2. led, jf. ordlyden af bestemmelsen og Ombudsmandens udtalelse i FOB 2014.21 citeret ovenfor.

Dette understøttes af, at formålet med pligten er at styrke K's retssikkerhed tillige med rigtigheden af Finanstilsynets afgørelse. Bestemmelsen forudsætter desuden udtrykkeligt, at eventuel offentliggørelse først vil ske efter sagens behandling i bestyrelsen.

Det vil stemme meget dårligt med disse retssikkerhedshensyn og forudsætninger, såfremt der meddeles aktindsigt i udkastet, inden sagen er behandlet i bestyrelsen og endelig afgørelse er truffet.

Et sådant skridt ville ikke blot være upåkrævet efter offentlighedsloven, jf. § 23, men tillige efter K's opfattelse i strid med Finanstilsynets almindelige tavshedspligt. Der er således heller ikke grundlag for at give aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet, jf. offentlighedslovens § 14.

Det er videre K's opfattelse, at udkastet kan undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 33, nr. 2, om hensynet til offentlig kontrol eller reguleringsvirksomhed mv.

Offentliggørelse af udkastet, herunder særligt udkastets vurdering der i sagens natur alene er foreløbig, kan i væsentligt omfang forstyrre forberedelsen af bestyrelsens afgørelse. Det er af afgørende betydning for Finanstilsynets kontrol og samarbejde med virksomhederne, at et udkast og høringssvar hertil kan udveksles i tillid til, at det ikke vil blive offentliggjort før en endelig afgørelse. Offentliggørelse heraf under forberedelsen kan ikke blot føre til et retssikkerhedsmæssigt betænkeligt offentligt og politisk pres på tilsynet og bestyrelsen, men vil også indebære, at virksomhederne fremover må være påpasselige med at afgive følsomme oplysninger i deres høringssvar og dermed berøves muligheden for effektivt at tale deres sag.

Endelig er det K's opfattelse, at udkastet under alle omstændigheder må undtages efter offentlighedslovens § 33, nr. 5, om private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. Forholdets særlige karakter understreges af hensynet til K's omdømme og retssikkerhed.

Den hidtidige mediedækning viser, at K må forvente at blive "dømt" i offentligheden på grundlag af udkastet, og at det forventeligt vil have betydelig økonomisk indvirkning på K, herunder i form af kundefgang.

Det fremgår af betænkning nr. 1510/2009, side 682, at offentlighedslovens § 33, nr. 5, "i første række – men ikke udelukkende – skal tilgodese beskyttelsesinteresser, der som sådan er anerkendt i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser, men hvor de udtrykkelige bestemmelser har vist sig at være utilstrækkelige, jf. betænkning nr. 325/1963, side 64, Folketingstidende 1969-70, tillæg A, sp. 589, og Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 229."

Offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser er bl.a. begrundet i almindelige retssikkerhedshensyn.

Den pligtmæssige partshøring af udkastet efter § 28, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1234 af 24. november 2014 om forretningsorden for bestyrelsen for Finanstilsynet tilsigter "at styrke retssikkerheden for de virksomheder og enkeltpersoner, som Finanstilsynets bestyrelses afgørelse vil rette sig

mod”, jf. herved lovbemærkningerne til den nugældende § 345, stk. 13, i lov om finansiel virksomhed.

De retssikkerhedshensyn, som ligger bag den lovpligtige høring taler med styrke for, at udkastet undtages fra aktindsigt.

De nævnte hensyn må i væsentlig grad overstige offentlighedens interesse i indsigt i den foreløbige vurdering forud for endelig afgørelse.

K's høringssvar af 25. april 2016

Ganske som Finanstilsynets udkast til meddelelse af påbud er K's høringssvar af 25. april 2016 undtaget fra aktindsigt.

Aktindsigt i høringssvaret vil indirekte give oplysning om indholdet af udkastet til meddelelse af påbud, hvilket ville være vanskeligt foreneligt med § 23, stk. 2, 2. led, i offentlighedsloven og retssikkerhedshensynene bag afgivelsen af udkastet til K, jf. afsnit 2.1 ovenfor.

Hjemmel for undtagelse af høringssvaret fra aktindsigt findes både i offentlighedslovens § 33, nr. 2, om hensynet til offentlig kontrol eller reguleringsvirksomhed mv. og i § 33, nr. 5, om private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet, jf. ligeledes afsnit 2.1 ovenfor.

K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016

K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016 blev afgivet i forlængelse af et møde den 21. marts 2016.

Mødet havde efterladt K med det indtryk, at Finanstilsynet påtænkte et påbud svarende til udkast af 4. april 2016 til meddelelse af påbud, og den supplerende redegørelse blev udarbejdet på det grundlag.

Den supplerende redegørelse bør undtages af samme grunde som nævnt i afsnit 2.1 og 2.2.

Mangelfuld begrundelse

Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 opfylder ikke betingelserne i forvaltningslovens §§ 22 og 24.

Det følger af forvaltningslovens § 22, at en skriftlig forvaltningsafgørelse skal være ledsaget af en begrundelse, når den meddeles skriftligt, medmindre afgørelsen giver den pågældende fuldt ud medhold. K har ikke fået medhold i sine indsigelser.

Ifølge forvaltningslovens § 24 skal begrundelsen bl.a. indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. Hvor den trufne afgørelse beror på en fortolkning af de anvendte bestemmel-

ser, skal der redegøres for indholdet af den anlagte fortolkning, jf. herved Folketingets Ombudsmand i FOB 1994.95 og FOB 2005.285.

K er i sit hørings svar af 25. april 2016 fremkommet med en række væsentlige indsigelser mod aktindsigt, herunder synspunkter om anvendelsen af offentlighedslovens regler. Finanstilsynet har ikke nærmere begrundet, hvorfor Finanstilsynet afviser K's indsigelser.

Det er K's opfattelse, at der er tale om en væsentlig sagsbehandlingsfejl, som må føre til ophævelse af afgørelsen.
..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 29. juli 2016 udtalt:

"...

1. Sagsfremstilling

Ved e-mail af 19. april 2016 modtog Finanstilsynet en anmodning om aktindsigt fra tredjemand i dokumenter, der er udvekslet mellem Finanstilsynet og selskaberne A (herunder Foreningen A) og K vedrørende bidragssatser siden 2012.

På baggrund af anmodningen identificerede Finanstilsynet tre sager, som omfattedes af anmodningen om aktindsigt. Det gjaldt sagerne j.nr. 6076-0052 og j.nr. 6076-0102 samt den på daværende tidspunkt verserende sag j.nr. ..., som omhandler Finanstilsynets undersøgelse af den stigning i bidragssatser, som K havde varslet i foråret 2016.

Med henblik på at sikre, at der ikke blev givet aktindsigt i oplysninger, som eventuelt var berettiget til at blive undtaget efter reglerne i lov om offentlighed i forvaltningen, anmodede tilsynet den 25. april 2016 (med frist til den 27. april 2016) om K's eventuelle bemærkninger til udleveringen af dokumenter i disse sager.

Finanstilsynet meddelte den 28. april 2016 borgeren aktindsigt i henhold til offentlighedslovens § 7 i sagerne j.nr. 6076-0052 og j.nr. 6076-0102 samt i Finanstilsynets anmodning om redegørelse i sagen j.nr.

Finanstilsynet meddelte ikke aktindsigt i øvrige dokumenter i sagen j.nr. ..., da K efter modtagelsen af Finanstilsynets anmodning af 25. april 2016 havde gjort indsigelse herom, og tilsynet derfor havde udsat fristen til den 29. april 2016 til at afgive nærmere bemærkninger for så vidt angik udlevering af disse dokumenter.

Den 29. april 2016 modtog Finanstilsynet K's indsigelse og begrundelse for at undtage de pågældende dokumenter fra aktindsigt.

Ved e-mail af 30. maj 2016 meddelte Finanstilsynet K, at der efter tilsynets vurdering ikke forelå grundlag for at undtage sagens dokumenter fra aktindsigt, og at tilsynet derfor agtede at meddele aktindsigt i de omstridte dokumenter.

K havde i forbindelse med sagens behandling forbeholdt sig ret til at påklage Finanstilsynets afgørelse i aktindsigtssagen til Erhvervsankenævnet og i den forbindelse begære klagen tillagt opsættende virkning.

K indgav den 2. juni 2016 klage til Erhvervsankenævnet over Finanstilsynets afgørelse om at meddele aktindsigt, og tilsynet har derfor endnu ikke udleveret sagens dokumenter til den aktindsigtssøgende. Det bemærkes i den forbindelse, at Erhvervsankenævnet efterfølgende har tillagt klagen opsættende virkning.

Klagen vedrører Finanstilsynet afgørelse om at udlevere følgende dokumenter, som tidligere er fremsendt til Erhvervsankenævnet:

- Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud
- K's høringssvar af 25. april 2016
- K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016

Finanstilsynet er fortsat af den opfattelse, at de pågældende dokumenter ikke kan undtages fra udlevering til aktindsigt.

2. Det retlige grundlag

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 7, stk. 1 og 2:

"Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og*
- 2) indførelse i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter."*

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 23:

"Retten til aktindsigt omfatter ikke interne dokumenter. Som interne dokumenter anses

- 1) dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående,*
- 2) dokumenter, der efter § 24, stk. 1, udveksles på et tidspunkt, hvor der er konkret grund til at antage, at en minister har eller vil få behov for embedsværkets rådgivning og bistand, og*
- 3) dokumenter, der efter § 25 udveksles i forbindelse med økonomiske eller politiske forhandlinger eller i forbindelse med drøftelser om fælles kommunale og regionale politiske initiativer.*

Stk. 2. Dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.

Stk. 3. Økonomi- og indenrigsministeren kan efter forhandling med KL og Danske Regioner fastsætte regler om, i hvilket omfang interne dokumenter i kommunernes eller regionernes besiddelse skal være omfattet af retten til aktindsigt, når de foreligger i endelig form."

Følgende fremgår af offentlighedslovens § 33:

”Retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til:

- 1) Forebyggelse, efterforskning og forfølgning af lovovertrædelser, straf-fuldbyrdelse og lign. og beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning.*
- 2) Gennemførelse af offentlig kontrol, regulerings- eller planlægningsvirksomhed eller af påtænkte foranstaltninger i henhold til skatte- og afgiftslovgivningen.*
- 3) Det offentliges økonomiske interesser, herunder udførelsen af det offentliges forretningsvirksomhed.*
- 4) Forskeres og kunstneres originale ideer samt foreløbige forskningsresultater og manuskripter.*
- 5) Private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.”*

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, jf. offentlighedslovens § 35.

Det følger af § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

I henhold til § 354, stk. 3, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed finder Finanstilsynets skærpede tavshedspligt imidlertid ikke anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og regler udstedt i medfør heraf.

3. Finanstilsynets vurdering

Det er Finanstilsynets vurdering, at tilsynet i medfør af § 7 i offentlighedsloven har pligt til at meddele aktindsigt i de tre dokumenter, der i henhold til K's klage af 2. juni 2016 begæres undtaget fra aktindsigt.

Som ovenfor anført, er oplysningerne i sagen j.nr. ... ikke omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 3, nr. 1, da sagen vedrører tilsynet med reglerne om god skik. Oplysninger og dokumenter i sagen kan derfor alene undtages fra aktindsigt i medfør af de undtagelsesbestemmelser, der i øvrigt følger af offentlighedsloven.

Finanstilsynet finder ikke, at offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser berettiger tilsynet til at undtage de tre dokumenter fra aktindsigt. Der er nærmere redegjort herfor nedenfor.

3.1 Udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud

For så vidt angår Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud skal det anføres, at udgangspunktet, jf. offentlighedslovens § 23, stk. 2, er, at et dokument mister sin interne karakter, såfremt dokumentet afgives til udenforstående.

Således fremgår det også af lovbemærkningerne til bestemmelsen:

...

Udkastet af 4. april 2016 til afgørelse om påbud blev af Finanstilsynet sendt i høring hos K den 4. april 2016 samt sendt i høring hos Forbrugerombudsmanden den 7. april 2016. Dokumentet har derfor ved begge lejligheder mistet sin interne karakter, da Finanstilsynet i forbindelse med høringerne har opgivet retten til at beskytte det pågældende dokument.

Det bemærkes i øvrigt, at dokumentet har mistet sin interne karakter, uanset at afgivelsen er sket som et sagsforberedende skridt, inden der blev truffet endelig afgørelse i sagen. Således vil en afgivelse af et foreløbigt udkast fra en myndighed til en anden medføre, at dokumentet mister sin interne karakter. Der henvises i den forbindelse til side 516 i betænkning nr.1510/2009, hvoraf fremgår:

”På denne baggrund vil interne dokumenter, der afgives af en myndighed til en anden selvstændig forvaltningsmyndighed, herunder eventuelt en overordnet rekursmyndighed, miste deres interne karakter. Dette gælder uanset, om afgivelsen sker som led i behandlingen af en sag, f.eks. ved at en myndighed afgiver dokumenterne i forbindelse med en høring af en anden myndighed.”

Af § 23, stk. 2, 2. led, følger dog en undtagelse for så vidt angår de tilfælde, hvor afgivelsen af dokumentet f.eks. sker af retlige grunde.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at der ikke her foreligger sådanne retlige grunde. Det bemærkes i den forbindelse, at udkastet af 4. april 2016 til afgørelse om påbud ikke er afgivet til høring i medfør af en lovbestemt pligt for Finanstilsynet.

Det kan i den forbindelse oplyses, at § 28, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1234 af 24. november 2014 om forretningsorden for bestyrelse for Finanstilsynet ikke omhandler det sagsskridt, hvorved udkastet af 4. april 2016 blev sendt i høring hos K. § 28, stk. 2, omhandler det senere sagsskridt, hvorved udkast til afgørelse sendes til parten samtidig med, at afgørelsen og det øvrige sagsmateriale sendes til medlemmerne af Finanstilsynets bestyrelse. I nærværende sag skete dette den 7. juni 2016.

Finanstilsynet finder i øvrigt, at udkastet til afgørelse om påbud ikke kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 2, som nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til gennemførelsen af offentlig kontrol og reguleringsvirksomhed m.v. Der er ikke tale om, at meddelelse af aktindsigt i det pågældende udkast til afgørelse vil medføre, at den offentlige foranstaltning ikke vil kunne gennemføres efter sit formål.

Finanstilsynet vurderer endvidere, at udkastet til afgørelse om påbud ej heller kan undtages fra aktindsigt i medfør § 33, nr. 5, i offentlighedsloven, ifølge hvilken retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet.

Finanstilsynet finder således ikke, at oplysningen om, at Finanstilsynet i forbindelse med behandlingen af sagen j.nr. ... påtænkte at meddele et påbud til K, er af en sådan karakter, at den omfattes af det meget snævre anvendelsesområde, der gælder for undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 33, nr. 5.

3.2 K's hørings svar af 25. april 2016

I forhold til K's hørings svar af 25. april 2016 finder Finanstilsynet, at der ikke foreligger omstændigheder, som kan medføre, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser.

Finanstilsynet finder således ikke, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt i medfør § 33, nr. 2, eller § 33, nr. 5, i offentlighedsloven. Der henvises til den anførte begrundelse ovenfor i punkt 3.1.

3.3 K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016

Heller ikke for så vidt angår K's supplerende redegørelse af 31. marts 2016 vurderer Finanstilsynet, at der foreligger omstændigheder, som kan undtage dokumentet fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser.

Finanstilsynet finder således ikke, at dokumentet kan undtages fra aktindsigt i medfør § 33, nr. 2, eller § 33, nr. 5, i offentlighedsloven. Der henvises til den anførte begrundelse ovenfor i punkt 3.1.

4. Begrundelse af afgørelsen af 30. maj 2016

K anfører i sin klage, at Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 ikke opfylder forvaltningslovens krav til begrundelse, jf. forvaltningslovens §§ 22 og 24, og at der herved er tale om en væsentlig sagsbehandlingsfejl, der må føre til afgørelsens ophævelse.

Finanstilsynet kan tilslutte sig, at begrundelsen i afgørelsen af 30. maj 2016 ikke er ganske fyldestgørende.

Finanstilsynet finder imidlertid, at begrundelsen kun på mindre væsentlige punkter er utilstrækkelig eller ikke fuldt ud opfylder betingelserne i forvaltningslovens § 24, og at dette ikke bør medføre, at afgørelsen underkendes som ugyldig.

Det bemærkes i den forbindelse, at den fuldstændige begrundelse for afgørelsen af 30. maj 2016 er tilsvarende den i nærværende brev anførte begrundelse.

5. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet i medfør af § 7 i offentlighedsloven har pligt til at meddele aktindsigt i de tre dokumenter, der i henhold til K's klage af 2. juni 2016 begæres undtaget fra aktindsigt.

Finanstilsynet finder ikke, at der foreligger omstændigheder eller forhold, som medfører, at dokumenterne kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser eller bestemmelser i anden lovgivning.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 30. maj 2016 om at imødekomme den modtagne aktindsigtsbegæring og meddele aktindsigt i de pågældende dokumenter.”

K har ved skrivelse af 26. august 2016 yderligere bemærket:

”Som svar på Finanstilsynets seneste indlæg i sagen skal jeg på vegne af K i det hele henvise til det i klage af 2. juni 2016 anførte og fastholde påstanden om, at den påklagede afgørelse af 30. maj 2016 ændres, så der ikke meddeles aktindsigt.

Supplerende skal jeg anføre, at den omstridte anmodning om aktindsigt rettelig ikke som anført i Finanstilsynets udtalelse vedrørte dokumenter ”..vedrørende bidragssatser”, idet der blev anmodet om indsigt i dokumenter udveK'slet med Finanstilsynet om gennemførte og påtænkte ændringer af bidragssatser i A Realkredit og K.

Yderligere bemærkes for så vidt angår begrundelsen af Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016, at afgørelsen i sin fulde ordlyd lød som følger:

”Finanstilsynet vurderer, at der ikke foreligger grundlag for at undtage de pågældende dokumenter og oplysninger i sagen fra aktindsigt.”

Det er fortsat vurderingen, at der herved ikke er givet nogen begrundelse for afgørelsen, der er blot meddelt en konklusion.”

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling af sagen.

Ankenævnet udtaler:

Uanset de formelle begrundelsesmangler i Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 finder Erhvervsankenævnet – navnlig under hensyn til tilsynets begrundelse afgivet i forbindelse med klagesagen for Erhvervsankenævnet – ikke grundlag for at tilsidesætte afgørelsen som ugyldig eller for at hjemvise sagen til fornyet behandling hos Finanstilsynet.

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Pligten til at meddele oplysninger er, jf. offentlighedslovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 1, 1. pkt., følger det, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. I henhold til § 354, stk. 3, nr. 1, finder Finanstilsynets skærpede tavshedspligt imidlertid ikke anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og regler udstedt i medfør heraf.

Oplysningerne i Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. april 2016, K' høringsvar af 25. april 2016 samt K' supplerende redegørelse af 31. marts 2016 i sagen j.nr. ... vedrører tilsynet med reglerne om god skik, hvorfor dokumenterne ikke kan undtages fra aktindsigt under henvisning til Finanstilsynets skærpede tavshedspligt.

Finanstilsynets udkast af 4. april 2016 til afgørelse om påbud er et internt dokument omfattet af offentlighedslovens § 23, stk. 1.

Efter offentlighedslovens § 23, stk. 2, mister dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde.

Af lovbemærkningerne til § 23, stk. 2, (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

”...
bestemmelsen i stk. 2, der er ny, bestemmer, at interne dokumenter, der afgives til udenforstående, som hovedregel mister deres interne karakter. Baggrunden for bestemmelsen er, at den myndighed, der har afgivet et dokument til en udenforstående, må anses for at have opgivet retten til at beskytte det pågældende interne dokument.
...”

Udkastet til afgørelse af 4. april 2016 har ved Finanstilsynets fremsendelse heraf til høring hos K og hos Forbrugerombudsmanden mistet sin interne karakter, da det ikke er fremsendt i medfør af en lovbestemt pligt.

Udkastet til afgørelse findes heller ikke at kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 33, nr. 2, som en nødvendig beskyttelse af væsentlige hensyn til gennemførelsen af offentlig kontrol og reguleringsvirksomhed mv., da forholdet falder udenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Endvidere findes dokumentet ikke at kunne undtages fra aktindsigt i medfør af § 33, nr. 5, hvorefter retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private og offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. Ankenævnet finder således ikke, at oplysningen om, at Finanstilsynet i forbindelse med behandlingen af sagen j.nr. ... påtænkte at meddele et påbud til K, er af en sådan karakter, at den omfattes af det meget snævre anvendelsesområde, der efter forarbejderne gælder for undtagelsesbestemmelsen i § 33, nr. 5.

For så vidt angår K' høringssvar af 25. april 2016 og K' supplerende redegørelse af 3. marts 2016 findes der ikke at foreligge omstændigheder, der kan medføre, at dokumenterne kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens bestemmelser. Dokumenterne findes således heller ikke at være omfattet af lovens § 33, nr. 2, eller § 33, nr. 5.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Finanstilsynet har imødekommet den modtagne aktindsigtsbegæring og vil meddele aktindsigt i de pågældende dokumenter.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 30. maj 2016 således som den ved tilsynets skrivelse af 29. juli 2016 supplerende er begrundet.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2016 modtaget 50 klagesager. Hertil kommer 21 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 71 sager er der afsagt kendelse i 36 sager. 24 sager er afsluttet på anden måde, heraf 4 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 11 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 36 kendelser, der blev afsagt i 2016, var der i 29 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 6 kendelser ændrede/omgjorde ankenævnet den påklagede afgørelse og i 1 kendelse afviste nævnet klagen.

Oplysningerne for 2016 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2016:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2016:	21
<u>Indkommet i året:</u>	<u>50</u>
<i>Til behandling i alt:</i>	71

Heraf:

Afvist på grund af manglende gebyr:	12
Afvist af andre grunde:	3
Omgjort af indklagede:	4
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>5</u>
<i>Afsluttet uden kendelse i alt:</i>	24
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>36</u>
<i>Afsluttet i alt:</i>	60

<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2016:</i>	<u>11</u>
---	-----------

Kendelsesstatistik 2016:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/ Hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	3	2	0	5
Realkredit	1	0	0	1
Livsforsikring/ skadesforsikring/ pension	0	1	0	1
Anden finansiell virksomhed	7	0	0	7
Aktie-, anparts- og partnerselska- ber	4	2	0	6
Fonde	3	1	0	4
Årsrapport	7	0	1	8
Revisorer	2	0	0	2
Hvidvask	1	0	0	1
Forsikringsmæg- lervirksomhed	1	0	0	1
I alt	29	6	1	36

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 ankenavnets 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⁾

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.

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

§ 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,«.

Ikrafttræden den 1. januar 2015.

§ 15 i lov nr. 665 af 8. juni 2017 om ændring af lov om finansiel virksomhed mv.

§ 15. I lov om Erhvervsankenævnet, jf. lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013, som ændret ved § 135 i lov nr. 712 af 25. juni 2014, foretages følgende ændring:

1. I § 1, stk. 1, 2. pkt., ændres »lov om værdipapirhandel m.v.« til: »lov om kapitalmarkeder.«

Ikrafttræden den 3. januar 2018.

Bilag 2

Lovforslag med bemærkninger til det oprindelige lovforslag om Erhvervsankenævnet fra 1987

Lovforslag nr. L 85 – Forslag til lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn

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. Formandsskabets 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 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 rekurre 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 førsteinstans 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 kapitalmarkedslvgivningen, 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 ankenævns 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 Sparekassese forening, 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 Erhvervsankenævn 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 forstås 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 pengeinstitutlovgivningen 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 styrelser 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

Ministerens vil i medfør af denne bestemmelse udarbejde en række detailregler, som man ikke har fundet nødvendigt at optage i selve lovteksten.

Bilag 3

Erhvervsministeriets 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. 174 af 31. januar 2017 med senere ændringer).

Lov om finansiel stabilitet

(lovbekendtgørelse nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer).

Lov om investeringsforeninger m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 1051 af 25. august 2015).

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 1074 af 6. juli 2016).

Lov om værdipapirhandel m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 251 af 21. marts 2017).

Lov om indskyder- og investorgarantiordning

(lovbekendtgørelse nr. 1483 af 2. december 2016).

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. 953 af 14. august 2015 med senere ændringer).

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

(lovbekendtgørelse nr. 613 af 24. april 2015 med senere ændringer).

Lov om betalingskonti

(lov nr. 375 af 27. april 2016).

Lov om finansielle rådgivere og boligkreditformidlere
(lovbekendtgørelse nr. 1079 af 5. juli 2016).

Lov om et skibsfinansieringsinstitut
(lovbekendtgørelse nr. 851 af 25. juni 2014).

Lov om Lønmodtagernes Dyrtdidsfond
(lovbekendtgørelse nr. 1109 af 9. oktober 2014 med senere ændringer).

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension
(lovbekendtgørelse nr. 1110 af 10. oktober 2014 med senere ændringer).

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.
(lovbekendtgørelse nr. 959 af 21. august 2015 med senere ændringer).

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende ydelser
(lovbekendtgørelse nr. 950 af 14. august 2015).

Lov for Færøerne om oplysninger, der skal medsendes om betalere ved pengeoverførsler
(lovbekendtgørelse nr. 80 af 4. februar 2011)

Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)
(lov nr. 651 af 8. juni 2017).

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. 1089 af 14. september 2015 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. 712 af 25. juni 2014 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. 1580 af 10. december 2015 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)

(lovbekendtgørelse nr. 1167 af 9. september 2016).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om

statsautoriserede og registrerede revisorer

(anordning nr. 623 af 23. juni 2008).

Lov om formidling af fast ejendom m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 526 af 28. maj 2014 med senere ændringer).

Lov om en rejsegarantifond

(lovbekendtgørelse nr. 1101 af 3. september 2015).

Lov om fyrværkeri og andre pyrotekniske artikler

(lovbekendtgørelse nr. 363 af 9. april 2013 med senere ændringer).

Lov om autorisation af virksomheder på el-, vvs og kloakinstallationsområdet

(lov nr. 401 af 28. april 2014 med senere ændringer).

(Pr. juni 2017)