

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2005

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2005.

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

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

Marts 2006

Jan Uffe Rasmussen
formand

Ulla Staal
næstformand

1. FORMANDSKABETS BERETNING	5
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	6
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	8
3.1. Ankenævnets organisation	8
3.2. Ankenævnets kompetence.....	9
3.3. Indgivelse af klager	10
3.4. Sagens forberedelse.....	11
3.5. Sagens afgørelse	12
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	14
4.1. Lov om banker og sparekasser	
1) Kendelse af 6. juni 2005 (J.nr. 03-223.110)	
Tiltrådt, at værdien af pengeinstituts domicilejendom skulle nedskrives.....	14
4.2. Lov om finansiel virksomhed	
2) Kendelse af 21. november 2005. (J.nr. 04-249.605)	
Anmeldte binavne registreringsnægtet, da de var egnede til at fremkalde	
det indtryk, at der er tale om pengeinstitutter henholdsvis realkreditinstitutter ...	26
3) Kendelse af 18. februar 2005. (J.nr. 03-235.101)	
Tiltrådt, at videregivelse af fortrolige oplysninger om kundeforhold i	
forbindelse med banks salg af afskrevne fordringer ikke kan anses for	
berettiget.....	34
4) Kendelse af 28. april 2005. (J.nr. 03-107.123).	
Hjemvisning, da ikke grundlag for at afslå dispensation for højere anvendt	
grundlagsrente uden stillingtagen til bl.a., hvorvidt den højere grundlags-	
rente har en bagatelagtig økonomisk betydning for pensionskassen.....	49
5) Kendelse af 21. februar 2005. (J.nr. 03-242.417)	
Tiltrådt, at der blev givet afslag på aktindsigt i Finanstilsynets sag	
med pensionselskab, uanset K's henvendelse havde givet anledning til	
sagen.....	68
6) Kendelse af 23. juni 2004 (J.nr. 03-232.619).	
Klage afvist, da Finanstilsynets skrivelse ikke kunne anses som en afgørelse,	
men en vejledende udtalelse.....	72
4.3. Lov om forsikringsvirksomhed	
7) Kendelse af 11. april 2005. (J.nr. 03-200.737)	
Finanstilsynet kunne efter dagældende lov om forsikringsvirksomhed	
ikke træffe afgørelse om at direktør i søassuranceforening skulle	
fratræde sin stilling, hvorfor tilsynets afgørelse ophæves.....	86

4.4. Lov om investeringsforeninger og specialforeninger

8) Kendelse af 25. august 2005. (J.nr. 04-153.359)
Porteføljeforvaltningsaftale i strid med forbuddet mod uddelegering
af beslutninger om investering af investeringsforeningers midler103

4.5. Lov om værdipapirhandel mv.

9) Kendelse af 19. juli 2005. (J.nr. 04-231.071)
Tiltrådt, at fremgangsmåden i § 11, stk. 1, i bekendtgørelse om registrering
mv. af fondsaktiver i en værdipapircentral ikke kunne benyttes..... 121

4.6. Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension

10) Kendelse af 16. juni 2005. (J.nr. 03-137.820)
Udstederrisikoen på modtagne sikkerheder skal ikke medtages ved
Arbejdsmarkedets Tillægspensions opgørelse af risikoen på en enkelt
virksomhed..... 132

4.7. Lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber

11) Kendelse af 30. juni 2005. (J.nr. 04-119.434)
Nægtet offentliggørelse af modtagelsen af spaltplingsplan i Erhvervs-
og Selskabsstyrelsen - under henvisning til, at de modtagende selskaber
hverken er bestående eller nye selskaber, der opstår som led i spaltningen
- hjemvist til fornyet behandling..... 164

12) Kendelse af 9. maj 2005. (J.nr. 04-117.797)
Generalforsamlingsbeslutning ugyldig pga. manglende indkaldelse af
aktionær samt registreringsnægtelse af årsrapport godkendt på ny
generalforsamling til erstatning for tidligere indleveret årsrapport ophævet... 171

13) Kendelse af 1. juli 2005. (J.nr. 04-201.488)
Aktionær ikke klageberettiget i forhold til stedfunden registrering
af vedtægtsændring. Klagen afvist.....188

4.8. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

14) Kendelse af 16. juni 2005 (J.nr. 04-155.474)
Tiltrådt, at tidligere foretagen registrering af I/S'et var nægtet slettet, og
afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke blev eftergivet.....200

4.9. Årsregnskabsloven

15) Kendelse af 10. februar 2005. (J.nr. 04-14.192)
Tiltrådt, at offentliggørelse af omgjort årsrapport for selskabet ikke
var nødvendigt efter modtagelsen af generalforsamlingsgodkendt årsrapport
for det efterfølgende regnskabsår. Ej heller grundlag for tvangsopløsning
af selskabet..... 213

16) Kendelse af 12. maj 2005. (J.nr. 03-234.870)
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....227

17) Kendelse af 15. februar 2005. (J.nr. 04-61.121)
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....235

18) Kendelse af 16. juni 2005 (J.nr. 04-243.132)

Afgift som følge af for sent indsendt undtagelseserklæring ikke eftergivet...241

19) Kendelse af 20. juni 2005 (J.nr. 04-201.359)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet..... 245

20) Kendelse af 20. juni 2005. (J.nr. 04-217.386)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....252

21) Kendelse af 13. oktober 2005. (J.nr. 04-201.383)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet..... 255

22) Kendelse af 28. november 2005. (J.nr. 04-241.007)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet..... 261

23) Kendelse af 21. december 2005. (J.nr. 04-243.180)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet..... 268

4.10. Lov om omsætning af fast ejendom

24) Kendelse af 15. november 2005. (J.nr. 04-243.798)

Klagers hidtidige beskæftigelse anerkendt som svarende til 1 års beskæftigelse i ejendomsformidlingsvirksomhed..... 277

4.11. Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer

25) Kendelse af 11. april 2005. (J.nr. 03-226.941)

Krav om bestået kvalifikationseksamen for optagelse i det danske register over registrerede revisorer..... 283

26) Kendelse af 8. marts 2005. (J.nr. 04-106.132)

Ingen dispensation for krav om registrering i Revireg..... 292

4.12. Lov om rejsegarantifond

27) Kendelse af 15. august 2005. (J.nr. 04-217.156)

Rejsebureau pålagt forhøjet garantistillelse..... 299

5. SAGSSTATISTIK..... 319

BILAG:

1. Lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet.
2. Bemærkningerne til lovforslaget.
3. Ændringer til lov om Erhvervsankenævnet.
4. Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriet.
5. Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING

Nævnet har i 2005 haft en tilgang på 80 klagesager og har i alt haft 121 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 80 sager. Heraf er 27 sager afsluttet ved kendelse og 53 sager på anden måde. Af de 27 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 19 sager, i 2 tilfælde heraf efter at indklagede under sagens behandling i ankenævnet har ændret den – oprindelig – påklagede afgørelse. 5 kendelser førte til ankenævnets ændring/hjemvisning af den påklagede afgørelse.

I 2 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 14 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

Ulla Staal
næstformand

2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING

Ankenævnet består for tiden af en formand, en næstformand og 19 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 økonomi- og erhvervsministeren.

I året 2005 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Ulla Staal, næstformand

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Suzanne Helsteen
Statsaut. revisor	Lars Holtug
Statsaut. revisor	Poul Østergaard Mortensen
Advokat	Finn Møller Kristensen
Advokat	Eskil Trolle (indtil 31. oktober 2005)

Med kendskab til nationaløkonomi:

Professor	Christian Hjorth-Andersen
Lektor	Peter Erling Nielsen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Bankdirektør	Preben Lund Hansen
--------------	--------------------

Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen
Underdirektør	Cato Baldvinsson
Professor	Christen Sørensen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Direktør	Peter Wendt
Vicedirektør	Jørgen Wohnsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:

Direktør, cand.act.	Mogens Andersen
Direktør, cand.act.	Holger Dock

Med kendskab til forbrugerforhold:

Lektor	Anne-Dorte Bruun Nielsen
--------	--------------------------

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Overassistent	Yvonne B. Kure

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet

Kampmannsgade 1, Postboks 2000

1780 København V.

Tlf.: 33 30 76 22

Telefax: 33 30 76 00

E-post: erhvervsankenaevn@eogs.dk.

Hjemmeside: www.eogs.dk

Ekspeditionstid: 9.00 - 16.00

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 5) og dermed et bredt sagsområde. De sager, der behandles af nævnet, er af meget forskelligt omfang og karakter, strækkende sig fra enkle sager af beskednen 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 og lov nr. 427 af 6. juni 2002, samt i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994. Loven, bemærkningerne til lovforslaget samt bekendtgørelsen findes som bilag 1-4 til denne årsberetning.

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

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Antallet af sagkyndige er for tiden 18. Formanden har den almindelige ledelse af ankenævnets arbejde (bekendtgørelsens § 3). De enkelte sager fordeles mellem formanden og næstformanden, der udøver formandens funktioner i de sager, der er tildelt ham (bekendtgørelsens § 4, stk. 2 og 3). Sagerne afgøres i et nævn, der nedsættes individuelt for hver enkelt sag. Dette nævn består af et medlem af formandskabet og to eller i særlige tilfælde fire sagkyndige (lovens § 3, bekendtgørelsens § 4, stk. 1). Formanden udpeger sagkyndige til det enkelte nævn og bestemmer, om der skal medvirke to eller fire sagkyndige (bekendtgørelsens § 5, stk. 1). Udpegelsen sker efter en vurdering af hvilken sagkundskab, der er behov for netop i den foreliggende sag. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi,

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

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

3.2. Ankenævnets kompetence.

Efter lovens § 1, stk. 1, er Erhvervsankenævnet "klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov" samt for "afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat i lov om en rejsegarantifond". Endvidere kan økonomi- og erhvervsministeren 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 5 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.

Klager til Erhvervsankenævnet sendes til: Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, Postboks 2000, 1780 København V. Der er ikke foreskrevet nogen særlig form for klagen, bortset fra at denne skal være skriftlig og affattet på dansk (bekendtgørelsens § 6 og 7, stk. 1).

Klagefristen er 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. For afgørelser efter prismærkningsloven og rejsegarantifondsloven er der ikke fastsat nogen klagefrist.

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 vedkommende styrelse om styrelsens udtalelse om sagen, en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder og sagens akter (bekendtgørelsens § 11, stk. 1). Styrelsens svar bliver forelagt for klageren til udtalelse (bekendtgørelsens § 12, stk. 1). Efter formandens bestemmelse er der derefter mulighed for at udveksle yderligere indlæg.

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

bestemme, at en tredjemand eller offentlig myndighed orienteres om en sag, således at der gives den pågældende mulighed for at udtale sig i sagen.

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

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

3.5. Sagens afgørelse.

Når den skriftlige forberedelse er afsluttet, udarbejdes der et internt resume af sagen, 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 et vist 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 2005.

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 banker og sparekasser m.v.

1) Kendelse af 6. juni 2005. (J.nr. 03-223.110)

Tiltrådt, at sparekasses værdiansættelse af domicilejendom skulle nedskrives.

Bank- og sparekasseloven og regnskabsbekendtgørelsen for pengeinstitutter mv. (Cato Baldvinsson, Peter Erling Nielsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 8. oktober 2003 har K (sparekasse) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 15. september 2003 har pålagt sparekassen at værdiansætte sparekassens domicilejendom til maksimalt 2.200.000 kr. med virkning for årsregnskabet 2003.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 15. september 2003 har følgende ordlyd:

”Finanstilsynet foretog undersøgelse af sparekassen i april 2003. I forbindelse med undersøgelsen blev det oplyst, at sparekassen havde foretaget tilbygning til sparekassens ejendom.

Med henvisning til sparekassens breve af 26. juni 2003 og 14. juli 2003 blev det besluttet at lade sparekassens forretningsejendom besigtige.

Finanstilsynets vurderingsinspektør har nu besigtiget ejendommen og vurderet, at besigtigelsen giver anledning til ændring af den værdiansættelse, som sparekassen har oplyst.

Finanstilsynet finder ..., at den kontante handelsværdi udgør 2.200.000 kr.

Tilsynet skal derfor med henvisning til § 64 i regnskabsbekendtgørelsen for pengeinstitutter m.v. pålægge sparekassen at værdiansætte ejendommen til maksimalt 2.200.000 kr. Værdiansættelsen skal have virkning for årsregnskabet 2003.

...”

I klageskrivelse af 8. oktober 2003 har statsautoriseret revisor A sammen med K's direktør B anført:

”...

Vi er af den opfattelse, at ejendommen mindst har en værdi af DKK 2.700.000.

Værdiansættelsen er foretaget således:

Stueetage 310 m ² a DKK 600	186.000
Kælderetage 121 ² m a DKK 300	<u>36.300</u>
	222.300
Driftsudgifter	<u>23.302</u>
	198.998
Forrentning af deposita, 3% af DKK 55.575	<u>1.667</u>
	200.665
Kapitaliseret værdi (7,5%)	<u>2.675.533</u>
eller afrundet - kontant handelsværdi	<u>2.700.000</u>

Til ovenstående beregning skal bemærkes, at vi har benyttet samme beregningsprincipper som Finanstilsynet. Vi har således alene ændret på m² fra DKK 550/350 til DKK 600/300 og forrentningsfaktoren fra 8,5% til 7,5 %.

Forskellen i Finanstilsynets værdiansættelse og vor vurdering kan begrundes i flere forhold:

1. m²-prisen
2. forrentningskrav/-faktoren

3. handelsværdi

Ad 1 m²-prisen

I 1998 vurderede Finanstilsynet ejendommen til DKK 1.450.000, jf. brev af 26. februar 1998 fra Finanstilsynet. I værdiansættelsen benyttede Finanstilsynet følgende kriterier:

- m²-pris for ekspeditionslokale DKK 500
- m²-pris for arkiv m.m. DKK 200
- samt et forrentningskrav på 9,5 %

Efter den meget omfattende renovering vurderer Finanstilsynet nu en m²-pris på henholdsvis DKK 550 og DKK 250 - eller en stigning på DKK 50. Denne stigning finder vi uacceptabel som følge af den gennemgribende renovering, hele ejendommen har gennemgået. Inklusive en mindre tilbygning på ca. 40 m² har renoveringen udgjort DKK 2.300.000. Ifølge Finanstilsynets ejendomsvurdering af 4. september 2003 fremtræder ejendommen da også "som nyopført bygning med gedigne materialer". Med hensyn til renoveringens omfang henvises ligeledes til Finanstilsynets beskrivelse.

I vor vurdering har vi benyttet henholdsvis DKK 600 og DKK 300.

Ad 2 Forrentningskrav/-faktor

I Finanstilsynets vurdering i 1998 blev anvendt 9,5% som forrentningsfaktor, og i vurderingen her i 2003 er anvendt 8,5%.

Faldet fra 1998 til 2003 på ét procentpoint afspejler ikke det i samfundet faktiske rentefald. Fra 1998 til 2003 er både mindsterenten og diskontoen faldet med to procentpoint (fra 4 % til 2 %).

Udover rentefaldet i samfundet skal fremhæves, at det ikke er ualmindeligt, at der ved solide lejere med langtidslejeaftaler er væsentligt lavere forrentningskrav end 7,5 %.

Vi har i vor vurdering anvendt 7,5%.

Ad 3 Handelsværdi

K har fået foretaget en ekstern mæglervurdering, jf. vedlagte vurderingsrapport af 21. september 2003. Ifølge vurderingsrapporten er kontantværdien opgjort til DKK 2.875.000.

Af vurderingsrapporten ... fremgår, at temaet for vurderingen er: "At fastsætte ejendommens værdi i handel og vandel. Vurdering er udarbejdet ud fra, at ejendommen fortsat skal anvendes til samme formål".

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 14. november 2003 udtalt:

" 1. Det retlige grundlag

De regnskabsmæssige regler for pengeinstitutternes værdiansættelse af anlægsaktiver fremgår af bekendtgørelse af 23. oktober 2001 om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter (regnskabsbekendtgørelsen), som er ændret ved bekendtgørelse af 18. december 2002. Denne bekendtgørelse gennemfører blandt andet Rådets 4. og 7. selskabsdirektiv i dansk regnskabslovning for pengeinstitutter.

Værdiansættelsen af pengeinstitutternes anlægsaktiver fremgår af §§ 61-69 i regnskabsbekendtgørelsens kapitel 6.

Vedrørende værdiansættelsen af fast ejendom er de vigtigste bestemmelser i regnskabsbekendtgørelsen §§ 61, 62, stk. 1, 64 og 65, der alle implementerer artikler i Rådets 4. selskabsdirektiv.

§ 61 i regnskabsbekendtgørelsen foreskriver, at værdiansættelsen skal tage udgangspunkt i anskaffelsesprisen. Bekendtgørelsens § 61, stk. 2 fastlægger, at anskaffelsesprisen fås ved til købsprisen at lægge de omkostninger, der er foranlediget af anskaffelsen indtil det tidspunkt, hvor aktivet tages i brug.

§ 62, stk. 1 i regnskabsbekendtgørelsen foreskriver, at anskaffelsesprisen for materielle aktiver med en begrænset brugstid systematisk skal afskrives over brugstiden.

§§ 64 og 65 indeholder bestemmelser om hhv. nedskrivning og opskrivning.

...

Hjemlen til pålægget til K om nedskrivning af ... (domicilejendommen) er regnskabsbekendtgørelsens § 64, stk. 1. Bestemmelsen, der gennemfører artikel 35, stk. 1, litra c, i Rådets 4. selskabsdirektiv (78/660/EØF), er formuleret således.

"Er værdien af immaterielle aktiver og materielle aktiver lavere end den værdi, hvortil de kan opgøres efter §§ 61-63 af årsager, som ikke kan antages at være forbigående, skal de pågældende aktiver nedskrives til den lavere værdi".

Tilsynet har på side 36 i "vejledning til bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter" angivet følgende fortolkning af regnskabsbekendtgørelsens § 64:

"I tilfælde, hvor den bogførte værdi af ejendomme overstiger værdien i handel og vandel (markedsværdien), skal instituttet nedskrive ejendommene til værdien i handel og vandel (markedsværdien)":

Den bogførte værdi af disse ejendomme må, medmindre værdifaldet er af forbigående karakter, således ikke være højere end værdien i handel og vandel (markedsværdien), uanset at der er tale om anlægsaktiver, som instituttet/koncernen tillægger høj brugsværdi.

Svingninger i det generelle prisniveau for sammenlignelige ejendomme, der indebærer, at markedsværdien af instituttets/koncernens ejendomme er forskellig fra forrige års markedsværdi, kan ikke antages at være forbigående."

...

2. Grundlag for vurdering af ejendommen ...

A. Besigtigelse den 25. august 2003, hvor der blev udleveret følgende materiale:

- Plantegning dateret 20.03.2002.
- Ejendomsskattebillet for 2003.
- Oplysning om forsikringspræmie, idet bemærkes, at der er tale om en kombiforsikring med en samlet årlig præmie på kr. 9.295. Tilsynet har anslået bygningsforsikringen til kr. 3.000 årligt.

B. Finanstilsynets referenceliste.

Beliggenhed/centerstruktur

Ejendommen er beliggende i udkanten af ... "by" på øen "by" er ikke by i traditionel forstand, men en række huse af forskelligt tilsnit beliggende ud til sammenhængende veje over en strækning på omkring 4 km.

... hører under ... kommune, som er den nordøstlige kommune på Fra ... er der færgeforbindelse hvert 15. minut i dagtimerne. Overfartstiden er ca. 5 minutter. Afstanden til de nærmeste større byer er henholdsvis ca. 25 km til ... og ca. 20 km til

... kommune havde pr. 3. januar 2003 6.547 indbyggere, hvoraf de 939 indbyggere var bosat på Kommunen har haft en mindre befolkningstilbagegang siden 1996, idet der på daværende tidspunkt var ca. 6.900 indbyggere.

... "by" er i kommuneplanen udlagt til lokalcenter, hvor formålet er at sikre indbyggerne en rimelig adgang til lokal service. Centerbyen i ... kommune er ..., som er beliggende ca. 12 km syd for ...

I ... "by" er der de fornødne dagligvarebutikker for betjening af lokalbefolkningen og et stort antal sommerhusbeboere om sommeren.

Ejendommen

Grunden

Grundarealet er 1.733 m², som dels er udlagt som grønt område og dels som asfalteret parkeringsareal.

Der er i forbindelse med ombygningsarbejder i 2002 tillige anlagt handicapvenlig adgangsvej til sparekassens bygning og etableret granitstensanlæg ved indgang.

Bebyggelsen

Den oprindelige bebyggelse fra 1970/1988 er gennemgribende renoveret i 2002. I forbindelse med renoveringsarbejderne er der samtidig udført en tilbygning på 40 m², idet et tidligere overdækket areal er inddraget i bebyggelsen.

Ud fra den udleverede plantegning har Finanstilsynet beregnet bebyggelsens samlede areal til 431 m² fordelt med 310 m² i stueplan og 121 m² i kælderen.

Bygningen, som i sin helhed er indrettet som domicilejendom for K, har en indretning bestående af – i stueplan – vindfang, handicaptoilet/kundetoilet, stort ekspeditionslokale, 3 mindre kontorer, stort bestyrelseslokale som kan opdeles i 2 enheder med foldedør, køkken/kantine og åben trappeforbindelse til kælderen. I kælderen er der 2 personaletoaletter, garderobe og stort arkivrum.

Bebyggelsen er, som tidligere nævnt, væsentligt renoveret i 2002, samtidig med at der er opført en tilbygning på 40 m².

Renoveringsarbejderne omfattede:

- Nedbrydning af tidligere vestfacade inkl. bærende søjler for opførelse af ny vestfacade i forbindelse med tilbygning.
- Renovering af kloaksystem/-ledninger
- Etablering af udenomsarealer, bl.a. med handicapvenlige adgangsforhold
- Etablering af handicaptoilet i stueplan
- Udvidelse af køkken, ved inddragelse af tidligere toilet og nyindretning af køkken
- Etablering af nyt ventilationssystem
- Isætning af 3 nye vinduer i øst-facade for at få forbedrede lysforhold i ekspeditionslokale
- Ny tagpapbelægning
- Nyt EDB

- Nye lofter i ekspeditionslokale
- Ny gulvbelægning i ekspeditionslokale

Udgifterne til nævnte arbejder, herunder midlertidig skurvogn, som sparekassen benyttede under en del af ombygningsperioden, samt fornøden afdækningsarbejde under byggeprocessen er oplyst at have andraget ca. kr. 2.300.000 inkl. moms.

Værdiansættelsen:

Finanstilsynets ansættelse af ejendommens markedsværdi er fastsat uden hensyn til at ejendommen aktuelt anvendes som domicilejendom for K. Markedsværdien vurderes til kr. 2.200.000 og er fremkommet således:

Markedsleje

Stueplan	310 m ² x kr. 550	=	kr.
170.500			
Kælderetage	121 m ² x kr. 250	=	<u>kr.</u>
30.250			
Bruttoleje		=	kr.
200.750			

Driftsudgifter

Årlige skatter og afgifter	=	kr. 4.541	
Forsikring (anslået)	=	kr. 3.000	
Vedligeholdelse, 310 m ² x kr. 25	=	kr. 7.750	
Administration (anslået)	=	kr. 3.011	
Vicevært m.v.	=	<u>kr. 5.000</u>	
		kr. 23.302	⇒ <u>kr. 23.302</u>
Nettoleje			kr. 177.448
Forrentning af depositum, 3 måneders leje forrentet med 3 % p.a.	=	<u>kr. 1.506</u>	
Til forrentning	=	kr. 178.954	
Forrentning 8,5 %	=	kr. 2.105.337	

Forhøjet til kr. 2.200.000 (svarende til en forrentning på 8,13 %)

Til brug for værdiansættelsen har Finanstilsynet anvendt referencer som angivet i ... referenceliste....

Ks værdiansættelse:

K har i ankeskrivelse angivet, at det er sparekassens opfattelse, at ejendommen mindst har en værdi på kr. 2.700.000.

Værdiansættelsen er foretaget således:

Stueetage	310 m ² x kr. 600	=	kr. 186.000
Kælderetage	121 m ² x kr. 300	=	<u>kr. 36.300</u>

	kr. 222.300
- Driftsudgifter	
(Finanstilsynets anslåede driftsudgifter)	kr. <u>23.302</u>
	kr. 198.998
Forrentning af depositum, 3 % af kr. 55.575	= kr. 1.667
	<u>kr. 200.665</u>
Forrentning 7,5 %	= kr. 2.675.533
Afrundet til	<u>kr. 2.700.000</u>

Sparekassen finder det uacceptabelt, at Finanstilsynet kun har hævet lejeniveauet med 50 kr./m² for lokalekategorierne i forhold til Finanstilsynets værdiansættelse fra 26. februar 1998. Ligeledes findes det ikke, at faldet på 1 procentpoint i forhold til Finanstilsynets værdiansættelse fra 1998 afspejler det i samfundet faktiske rentefald. K har derfor anvendt en forrentning på 7,5 % i stedet for det af tilsynet anvendte på 8,5 % og anvendt en leje, der er 50 kr./m² højere end den af tilsynet anvendte.

Sparekassen begrundet ovennævnte med den gennemgribende renovering, som der foretaget i 2002, hvor udgifterne udgjorde kr. 2.300.000.

Sparekassen har herudover ikke redegjort nærmere med referencemateriale.

Vurderingsrapport udarbejdet af ...mæglerne ...den 24. september 2003.

Sparekassen har fået foretaget en vurdering af ejendommen af ejendomsmægler C.

Finanstilsynet finder ikke anledning til at kommentere ejendomsmæglerfirmaets beskrivelse af ejendommen, idet beskrivelsen stort set er identisk med Finanstilsynets registrering under besigtigelsen.

Med hensyn til ejendomsmæglerfirmaets værdiansættelse på kr. 2.875.000 finder tilsynet derimod, at den er udarbejdet ud fra et forkert vurderingstema, idet det er forudsat, at ejendommen fortsat skal anvendes til samme formål.

Finanstilsynets værdiansættelse er baseret på ejendommens aktuelle markedsværdi uden hensyn til, at ejendommen aktuelt anvendes som domicilejendom for K. Dette har Erhvervsankenævnet tiltrådt i tidligere afgørelser. Se f.eks. Erhvervsankenævnets afgørelse af 21. maj 1997, j.nr. 96-211.326 og Erhvervsankenævnets afgørelse af 21. december 1998, j.nr. 97-181.147.

Der er i ejendomsmæglerfirmaets vurderingsrapport ikke redegjort for, hvorledes værdiansættelsen på kr. 2.875.000 er fremkommet.

Sammenfatning vedrørende værdiansættelse

Finanstilsynets værdiansættelse er baseret på referencer som angivet i vedlagte kommenterede referenceliste.

Finanstilsynet skal bemærke, at usikkerhed vedrørende lejeniveau og afkastniveau er kommet sparekassen til gode, idet:

- der på basis af referencer i vedlagte referenceliste er ansat et lejeniveau på 550 kr./m² i stueplan og 250 kr./m² i kælderetage, selvom der ikke i ... by eller øvrige dele af ... findes et decideret lejemarked. Referencerne er således ansat på basis af mere centralt beliggende bysamfund i de 3 største og nærmest beliggende byer som er
- der af Finanstilsynet er anvendt referencer i forbindelse med forrentningsprocenten fra bedre beliggende kontor- og forretningsejendomme i større bysamfund med handelsliv. Forrentningsprocenten på tilsynets referencer varierer for alle vedkommende fra 7,8 % til 8,8 %. Disse referenceejendomme er alle bedre og mere centralt beliggende end K's bygning. Ikke desto mindre har tilsynet anvendt en forrentning på 8,5 %, som reelt er nedrundet til 8,13 %, idet Finanstilsynets beregnede værdi på kr. 2.105.337 er forhøjet til kr. 2.200.000.
Finanstilsynet finder derfor, at alle eventuelle usikkerhedsmomenter er kommet sparekassen til gode.
- til det af sparekassens oplyste rentefald fra 1998 til 2003 skal tilsynet bemærke, at dette ikke nødvendigvis har en direkte betydning for fastsættelse af forrentningsprocenten.
Forrentningsprocenten skal afspejle det aktuelle markedskrav til forrentning for den pågældende ejendomstype i området, som er kommet til udtryk i nyere konstaterede udbud og nyere konstaterede salg. Markedets forrentningskrav til ejendomme med sekundær beliggenhed er typisk væsentlig højere end ejendomme med primær beliggenhed, idet investorer vil beregne sig en risikopræmie. Kun for meget likvide ejendomme, dvs. 1. klasses ejendomme med en optimal beliggenhed, vil en evt. renteændring kunne påvirke afkastprocenten i væsentligt omfang – og dette sædvanligvis med nogen "time lack", typisk 1-2 år.
..."

I skrivelse af 1. december 2003 har statsautoriseret revisor A sammen med K's direktør B anført:

"...

Finanstilsynet anfører, at ejendommens markedsværdi er fastsat uden hensyntagen til dens aktuelle anvendelse som domicilejendom for K. Da markedsværdien er udtryk for den værdi en uafhængig investor ville give for en ejendom, indgår forhold som nuværende anvendelse og lejemål naturligvis i investors betragtninger på lige fod med f.eks.

beliggenhed, ejendommens vedligeholdelsesstand og alternativ anvendelighed.

Det er vor vurdering, at Finanstilsynet ved fastsættelse af markedsværdien herunder valg af referenceejendomme ikke i tilstrækkelig grad har taget højde for bygningens faktiske stand og indretning og sikkerhed for lejeindtægten.

En uafhængig investor vil betale mere og dermed kræve en mindre forrentning af en ejendom med en solid og fast lejer end for en ejendom uden eller med mere usikre lejemål. Således er bl.a. valget af detailhandelsejendomme som referenceejendomme ikke særlig relevant, da detailhandlen som helhed for øjeblikket oplever mindre gode tider modsat pengeinstitutsektoren, der for øjeblikket er kendetegnet ved rekordstor indtjening. Et pengeinstitut er således en væsentlig mere sikker lejer end en detailforretning, hvorfor den uafhængige investor ville sætte markedsværdien for en ejendom med pengeinstitulejemål højere end en ejendom med detailforretning som følge af den lavere risiko.

Ligeledes er det helt åbenbart, at en ejendom, der har stået delvis tom i 2 år, ikke vil have samme værdi for en investor som en ejendom med en fast og solid lejer.

Endvidere er K's ejendom efter den gennemførte reovering og tilbygning kendetegnet ved en høj bygningsmæssig og indretningsmæssig standard, som det også anføres i Finanstilsynets ejendomsvurdering. De af Finanstilsynet anvendte referenceejendomme er ifølge det anførte ikke af samme indretningsmæssige og bygningsmæssige standard, hvilket da også af Finanstilsynet anføres i referencebilaget. Det skal her bemærkes, at en investor ved købet af Sparekassens ejendom ville få en hel nyistandsat ejendom med alle moderne faciliteter og med handicapvenlig indretning og således også med umiddelbar mulighed for alternativ anvendelse.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at den lavere standard i de nævnte referenceejendomme opvejes af beliggenheden. Til denne subjektive påstand skal anføres det faktum, at udgiften til reovering og tilbygning af Sparekassens ejendom har andraget TDKK 2.300 inkl. moms. Såfremt en tilsvarende indretningsudgift blev indregnet ved investering i de nævnte referenceejendomme, ville forrentningskravene være langt lavere end det af Finanstilsynet anvendte ved værdiansættelsen af Sparekassens ejendom (8,5%).

På basis af ovenstående er det vor vurdering, at de af Finanstilsynet anvendte referenceejendomme ikke er sammenlignelig med K's ejendom, hvorfor sammenholdelsen med disse giver ringe mening.

Finanstilsynet anfører, at vi ikke i klagen har givet referencer til vor værdiansættelse, men alene anfører, at forrentningskrav væsentligt lavere end 7,5% ikke er ualmindelige ved solide lejere med langtidslejeaftaler. Da vi jo af gode grunde ikke kan videregive

klientfortrolige oplysninger, kan vi alene anføre, at vi fra vort klientkendskab til såvel ejendomsinvestering og -udlejning samt den finansielle sektor er bekendt med forrentningskrav væsentligt under de 7,5%.

Det er Finanstilsynets opfattelse, jf. ... skrivelsen af 14. november 2003, at generelle renteændringer ikke påvirker værdien af ejendomme, der ikke er meget likvide. Hvis det var tilfældet ville ikke likvide ejendomme når bortses fra eventuel ændring i vedligeholdelsesstand alt andet lige ikke ændre værdi over årene. Det er dog vor vurdering og erfaring, at investors forrentningskrav ændres i takt med ændring af den alternative forrentning om end ikke i helt samme takt. Vi skal derfor også fastholde, at en reduktion i forrentningskravet fra 1998 til 2003 på 1% som anvendt af Finanstilsynet ikke modsvarer rentenedsættelsen på 2% i såvel diskonto som mindsterente.

Endvidere skal vi henvise til den med vor klage fremsendte mæglervurdering, hvorefter ejendommen ved fortsat anvendelse som pengeinstitutejendom vurderes til TDKK 2.875. Finanstilsynets værdiansættelse til TDKK 2.200 ved en vurdering uanset anvendelse er således en nedskrivning i forhold til mæglervurderingen 23%, hvilket ikke umiddelbart forekommer begrundet.

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 8. januar 2004 supplerende udtalt:

” ...

Finanstilsynet finder, at hovedparten af [K's] bemærkninger allerede er kommenteret ... i tilsynets brev af 14. november 2003 og referenceliste ..., hvorfor der henvises hertil.

Det forhold, at sparekassens revisionsselskab har klientfortrolige oplysninger på ejendomshandler, hvor forrentningen har været mindre end 7,5 %, har tilsynet i sagens natur dog vanskeligt ved at kommentere på. Finanstilsynet er dog ikke uvidende om, at ejendomme med god beliggenhed, god bygningsmæssig standard og gode lejeaftaler handles til lavere forrentningskrav end den af tilsynet anvendte forrentningsprocent på 8,5 i forbindelse med værdiansættelsen af K's bygning. Men der er så tale om ejendomme med en betydelig bedre beliggenhed end K's ejendom.

Der kan bl.a. henvises til ... referenceliste[n] ..., hvor der er henvist til konkrete salg og aktuelle udbud, med væsentlig bedre beliggenhed end K's ejendom.

Supplerende kan det oplyses, at Y Banks tidligere filialejendom i centrum af ... igennem en længere periode i 2003 har været til salg. Der henvises til ... salgsprospekt Ejendommen, som har en høj apteringsgrad, har været udbudt til salg for kr. 3.100.000 baseret på

faktisk lejeindtægt for 2 mindre lejemål (rejsebureau og tandtekniker) og en af mægleren anslået markedsleje på 621 kr./m² for Y Banks tidligere lokaler og en forrentning på 7,8 %. Det fremgår, at Y Banks tidligere lokaler overalt er nyrenoverede. Udbudsprisen svarer til en pris på 5.024 kr./m². Der er forlydende om, at ejendommen nu er solgt, men til hvilken pris er endnu ikke offentligt kendt. Henset til den lange udbudsperiode finder Finanstilsynet dog i lighed med de 3 øvrige referencer ..., at denne betydeligt bedre beliggende ejendom i ... centrum illustrerer, at der er anvendt den lavest tænkelige forrentning for K's ejendom.

Finanstilsynets værdiansættelse af K's ejendom på kr. 2.200.000 svarer til en pris på 5.104 kr./m².

...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af bank- og sparekasseloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 90 af 3. februar 2005 om finansiel virksomhed, § 376, stk. 1, nr. 2, jf. § 377 og § 378, og den i medfør af loven af Finanstilsynet udstedte bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter m.fl., at faste ejendomme, herunder domicilejendomme, er anlægsaktiver, der skal værdiansættes med udgangspunkt i anskaffelsesprisen; men at de, såfremt værdien er lavere af årsager, som ikke kan antages at være forbigående, skal nedskrives til den lavere værdi. Finanstilsynet påser, at sådan nedskrivning finder sted bl.a. med henblik på at sikre, at regnskabet giver et retvisende billede af pengeinstituttets aktiver og passiver.

Efter de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurderingsgrundlag eller tilsynets anvendelse heraf. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at ejendommen er pålagt nedskrevet til 2.200.000 kr. efter en forsigtig vurdering til almindelig markedsværdi under forudsætning af, at pengeinstituttet fortsætter sin virksomhed, og uden hensyn til, at ejendommen aktuelt har status som domicilejendom.

Ankenævnet tiltræder derfor Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2003.

4.2. Lov om finansiel virksomhed

2) Kendelse af 21. november 2005. (J.nr. 04-249.605)

Anmeldte binavne registreringsnægtet, da de var egnede til at fremkalde det indtryk, at der er tale om pengeinstitutter henholdsvis realkreditinstitutter

Lov om finansiel virksomhed §§ 7, stk. 5 og 8, stk. 5.

(Susanne Nielsen, Niels Bolt Jørgensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 26. oktober 2004 har K1 A/S på egne og K2 ApS' vegne klaget over Finanstilsynets afgørelse af 28. september 2004, hvorved de for K2 ApS anmeldte binavne A ApS, B ApS og C ApS og de for K1 A/S anmeldte binavne D A/S, E A/S, F A/S og G A/S er nægtet registreret som værende i strid med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, og § 8, stk. 5.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 28. september 2004 hedder det:

”K2 ApS har anmeldt følgende binavne til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

- A ApS
- B ApS
- C ApS

K1 A/S har anmeldt følgende binavne til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

- D A/S
- E A/S
- F A/S
- G A/S

I henhold til § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed har pengeinstitutter eneret til at benytte betegnelserne “bank”, “sparekasse” eller “andelskasse” i deres navn. Andre virksomheder må ikke anvende navne eller betegnelser for deres virksomhed, som er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er pengeinstitutter.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 8, stk. 5, må andre virksomheder ikke benytte betegnelserne “realkreditinstitut”, “realkreditaktieselskab”, “kreditforening” eller “realkreditfond”. Ligeledes må andre virksomheder ikke bruge navne eller betegnelser, der er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er realkreditinstitutter.

Dette er begrundet i at sikre offentlighedens tillid til penge- og realkreditinstitutter, således at det allerede af navnet fremgår, at der er tale om en virksomhed, der er undergivet bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed og dermed underkastet offentligt tilsyn.

Finanstilsynet finder, at betegnelsen "andelskredit" og afledninger heraf er egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om en andelskasse. Anvendelsen af denne betegnelse og afledninger heraf er således i strid med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5.

Finanstilsynet finder endvidere, at betegnelsen "boligkredit" og afledninger heraf er egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om et realkreditinstitut. Anvendelsen af denne betegnelse og afledninger heraf er således i strid med lov om finansiel virksomhed § 8, stk. 5.

Samtlige de anmeldte binavne er således i strid med reglerne om navne privilegier i lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, og § 8, stk. 5. Disse binavne kan derfor ikke registreres.

..."

I klageskrivelsen af 26. oktober 2004 har K1 A/S anført:

"...

Indledningsvis skal det fastslås, at sigtet med de valgte binavne er etablering af et selskab, der skal tilbyde lån til ejere af andelsboliger.

De omhandlede binavne er valgt med ønsket om, at vi med selskabets navn kan signalere til denne kundegruppe, at vi tilbyder dem et relevant produkt.

Vi ønsker bestemt ikke at fremkalde et indtryk af, at det nye selskab er et pengeinstitut eller et realkreditinstitut. Selskabets eksistensberettigelse skal netop være, at vi som et mindre finansieringsselskab kan arbejde anderledes end en bank eller en kreditforening kan.

Omkring § 7, stk. 5, der sigter på at navnet ikke må fremkalde det indtryk, at der er tale om en bank, sparekasse eller andelskasse, har vi følgende kommentarer. Vi finder, at der er meget lang afstand mellem navnene og begreberne andelskasse og andelskredit. Vi har vanskeligt ved at forstå den kobling, der må ligge til grund for tilsynets afgørelse. Derfor beder vi nævnet vurdere rigtigheden af den af tilsynet truffede afgørelse.

Omkring § 8 stk. 5, der sigter på at navnet ikke må fremkalde det indtryk, at der er tale om et realkreditinstitut, har vi følgende kommentarer. Tilsynet mener at betegnelsen "boligkredit" fremkalder indtrykket af, at der er tale om et realkreditinstitut. Vi finder, at der er en så udpræget viden om navnene på realkreditinstitutterne, at det er

meget svært at tro, at alene betegnelsen "boligkredit" skulle skabe det indtryk, at der er tale om et nyt realkreditinstitut.

Samtidig finder vi, at der tale om klar afvigelse fra praksis, idet flere selskaber i dag er registreret med navne, der rummer betegnelsen "boligkredit". Se venligst vedlagte dokumentation, CVR-nr. H ApS og CVR-nr. I A/S. Derfor beder vi nævnet vurdere rigtigheden af den af tilsynet truffne afgørelse.

Som nævnt skal det nye selskabs navn signalere til ejere af andelsboliger, at vi kan tilbyde dem lån. Hverken mere eller mindre.

Når vi her vælger at klage over tilsynets beslutninger hænger det sammen med, at de valgte selskabsnavne sender præcis dette signal til ejere af andelsboliger. Med tilsynets beslutning har vi vanskeligt ved at se, hvad et sådan selskab alternativt kan få lov at hedde.

Derfor vil en effektivering af tilsynets beslutning medføre en manglende konkurrence til de pengeinstitutter, der i dag sidder på markedet for lån til ejere af andelsboliger.

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 1. december 2004 udtalt:

"...

1. Sagsfremstilling

...

K2 ApS' formål er at fungere som holdningsselskab, herunder at besidde aktier eller anparter i datterselskaber eller associeret virksomhed.

K1 A/S har til formål at drive finansiel- og anden i forbindelse hermed stående virksomhed.

Ingen af selskaberne har til formål at drive pengeinstitut- eller realkreditvirksomhed. Direktør for begge selskaber, J, har tillige oplyst telefonisk til Finanstilsynet, at selskaberne heller ikke på sigt har til hensigt at drive pengeinstitut- eller realkreditvirksomhed. J har videre oplyst, at hensigten med navnene er, at folk skal vide, hvad selskaberne beskæftiger sig med.

I forbindelse med sin sagsbehandling oplyste Finanstilsynet selskaberne i e-mail af 18. august 2004 ..., hvilke oplysninger Finanstilsynet ville fremlægge for Det Finansielle Virksomhedsråd i forbindelse med afgørelse af sagen og anmodede om kommentarer.

Selskaberne oplyste i e-mail af 23. august 2004 ..., at binavnene er registreret for på et tidspunkt at drive virksomhed med udlån til ejere af andelsboligejere i et selskab med ét af de reserverede navne. Selskaberne havde ikke yderligere kommentarer.

I afgørelse af 28. september 2004 meddelte Finanstilsynet K2 ApS og K1 A/S påbud om ikke at benytte samtlige de anmeldte binavne ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

I henhold til § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed har pengeinstitutter eneret til at benytte betegnelsen "bank", "sparekasse" eller "andelskasse" i deres navn. Andre virksomheder må ikke anvende navne for deres virksomhed, som er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er pengeinstitutter.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 8, stk. 5, må andre virksomheder end realkreditinstitutter ikke benytte betegnelserne "realkreditinstitut", "realkreditaktieselskab", "kreditforening" eller "realkreditfond". Ligeledes må andre virksomheder ikke bruge navne eller betegnelser, der er egnet til at fremkalde det indtryk, at de er realkreditinstitutter.

Det fremgår af forarbejderne til de pågældende bestemmelser, som viderefører de dagældende bestemmelser fra bank- og sparekasseloven og realkreditloven, at forbuddet mod at anvende de nævnte betegnelser er begrundet i at sikre offentlighedens tillid til penge- og realkreditinstitutter, således at det allerede af navnet fremgår, at der er tale om en virksomhed, der er undergivet bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed og dermed underkastet offentligt tilsyn.

Det kan endvidere udledes af bemærkningerne, at hensynet til offentligheden nærmere kan karakteriseres som et hensyn til indskydere og investorer i de finansielle virksomheder. Dette hensyn har betydelig vægt, idet det også samfundsøkonomisk har stor betydning, at man uden problemer kan identificere de institutioner, der har tilladelse til at forvalte værdier. Af denne grund må selv den svageste mulighed for forveksling ikke kunne finde sted. Hensynet til offentligheden må således veje tungere end hensynet til den enkelte virksomheds mulighed for at anvende betegnelserne for sin virksomhedsudøvelse.

Finanstilsynet har i 1997 truffet afgørelse i en sag vedrørende et anpartsselskab, der tilbød låneformidling under navnet "L". Dette fandt Finanstilsynet var i strid med den dagældende bestemmelse om, at kun realkreditinstitutter må benytte betegnelser, der kan fremkalde det indtryk, at selskabet driver realkreditvirksomhed ...

3. Finanstilsynets vurdering

Som det fremgår under afsnit 1, har ingen af selskaberne til formål at drive pengeinstitut- eller realkreditvirksomhed. Endvidere er det oplyst

at, selskaberne heller ikke på sigt har til hensigt at drive pengeinstitut- eller realkreditvirksomhed.

Som det ligeledes fremgår under afsnittet om retligt grundlag er det kun virksomheder, som har tilladelse til at drive penge- eller realkreditinstitutvirksomhed, der har ret til at anvende betegnelserne "bank", "sparekasse" eller "andelskasse" samt "realkreditinstitut", "realkreditaktieselskab", "kreditforening" eller "realkreditfond" (eneretten). Andre virksomheder må ikke benytte de betegnelser, der er omfattet af eneretten, eller betegnelser, der kan forveksles med de af eneretten omfattede.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at det afgørende er, at det ikke kan misforstås, hvorvidt et selskab driver penge- eller realkreditinstitutvirksomhed eller anden virksomhed. Dette gælder, uanset hvad selskabets nuværende registrerede formål er, eller hvad selskabet på sigt har til hensyn at drive virksomhed som. Det relevante er, om selskabet har tilladelse til at drive penge- eller realkreditinstitutvirksomhed og derfor har ret til at benytte de af eneretten omfattede betegnelser.

Finanstilsynet finder, at selskabernes anvendelse af betegnelsen "andelskredit" og afledninger heraf er egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om en andelskasse. Dette følger af præfikset "andel-" i sammenhæng med ordet "kredit", der har for nær sammenhæng med ordet andelskasse.

Finanstilsynet finder endvidere, at anvendelsen af betegnelsen "boligkredit" og afledninger heraf er egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om et realkreditinstitut. Dette følger af, at præfikset "bolig-" henleder tanken på fast ejendom, hvilket i sammenhæng med ordet kredit har for nær sammenhæng med ordet "realkredit".

De af K1 A/S og K2 ApS registrerede binavne kan således skabe misforståelser med hensyn til selskabernes karakter og aktivitetsområde.

Med henvisning til det af K1 A/S og K2 ApS anførte vedrørende CVR-nr. ... H A/S og CVR-nr. ... I A/S kan det oplyses, at Finanstilsynet ikke har godkendt disse navne. Finanstilsynet har d.d. skrevet til de pågældende virksomheder og påbudt dem at afklare forholdet.

..."

I skrivelse af 5. januar 2005 har K1 A/S supplerende anført:

"...

De fem valgte selskabsnavne, som tilsynet mener har for tæt sammenhæng med andelskasse;

A ApS
B ApS
CApS
D A/S
E A/S

rummer ikke ordet andelskasse, men alene ordet andel.

Derfor har vi svært ved at se, at nogen skulle kunne forveksle selskaberne med en andelskasse.

Hertil kommer, at det formentlig kun er en minoritet, som kender til virksomhedsformen andelskasse. Og endnu færre er klar over, at en andelskasse er et pengeinstitut.

Der er således på alle måder lang afstand fra ordet andel til begrebet pengeinstitut.

Forbrugeren vil derfor efter vores opfattelse associere selskabsnavnene med en virksomhed, der tilbyder lån/kredit til ejere af andelsboliger.

De to valgte selskabsnavne, der findes at have for tæt sammenhæng med realkredit;

F A/S
G A/S

rummer ikke ordet realkredit, men alene ordet kredit.

Tilsynet giver ikke nogen begrundelse for, at ejere af andelsboliger skulle forledes til at tro at et selskab med dette navn skulle være et realkreditinstitut. Hvor er sammenhængen mellem boligkredit og realkredit? Og ville det betyde, at vi ikke måtte hedde M A/S?

Hertil kommer, at de fleste låntagere kender navnene på de forholdsvis få realkreditinstitutter, der er herhjemme. Folk ved udmærket, hvad der er en kreditforening og hvad der er et finansieringsselskab.

Vi finder ikke grund til at betvivle, at forbrugeren associerer det valgte navn med et finansieringsselskab, der har specialiseret sig i at tilbyde lån/kredit til ejere af andelsboliger.

...”

Ved skrivelse af 7. februar 2005 har Finanstilsynet yderligere bemærket:

”...

Finanstilsynet fastholder, at navneprivilegiet ifølge lov om finansiel virksomhed er absolut. Dette illustreres af afgørelsen U 1980.457, i hvilken retten udtalte: "Det findes ved bedømmelsen af sagen at være

uden betydning, om virksomhedens aktuelle beskæftigelse adskiller sig væsentligt fra den af banker drevne virksomhed, idet virksomhedens karakter kan ændres."

Det er således uden betydning, hvad virksomhedens aktuelle, fortidige eller fremtidige formål og konkrete virksomhed er. Forbuddet gælder til alle tider.

K2 ApS og K1 A/S anfører, at "(...) det formentlig kun er en minoritet, der kender til virksomhedsformen andelskasse. Og endnu færre er klar over, at en andelskasse er et pengeinstitut (...)" til støtte for K2 ApS og K1 A/S' anbringende om, at præfikset "andel-" i forbindelse med kredit ikke kan give anledning til forveksling med et pengeinstitut. K2 ApS og K1 A/S fastholder, at præfikset "andel-" derfor ikke er omfattet af lov om finansiel virksomheds bestemmelse om, at der ikke må anvendes navne eller betegnelser for en virksomhed, der kan give anledning til at forveksle virksomheden med et pengeinstitut.

Finanstilsynet skal i den forbindelse bemærke, at det er irrelevant, hvorvidt der er *få*, der kender betegnelsen andelskasse eller ej.

Endvidere anfører K2 ApS og K1 A/S, at "de fleste låntagere kender navnene på de forholdsvis få realkreditinstitutter, der er herhjemme. Folk ved udmærket, hvad der er en kreditforening og hvad der er et finansieringsselskab." K2 mener derfor ikke, ordet boligkredit kan forveksles med realkreditinstitut.

Finanstilsynet fastholder også overfor dette anbringende, at navneprivilegiet ikke kan indskrænkes, uanset om *mange* kender til en virksomhedstype.

Finanstilsynet finder endvidere, at K2 ApS og K1 A/S' anbringende om at ikke mange kender virksomhedstypen andelskasse, hvorfor denne ikke bør nyde særlig beskyttelse, er i modstrid med anbringendet om, at alle kender realkreditinstitutterne, hvorfor de ikke bør nyde særlig beskyttelse.

Binavne indeholdende betegnelsen "andelskredit":

K2 ApS og K1 A/S anfører, at ordet andelskredit ikke kan forveksles med ordet andelskasse.

Efter Finanstilsynets opfattelse minder disse to ord meget om hinanden, da de begge har præfikset "andel-" efterfulgt af ordet "kasse" henholdsvis ordet "kredit". Endvidere er en andelskasse en virksomhed, der yder kredit, hvorfor andelskasse kan forveksles med andelskredit.

Dette understøttes af aktieselskabsloven med kommentarer [af Lone Sneholdt og Niels Thomsen, 1994], hvor det på side 502 fremgår at "brug af enkeltbetegnelser, hvis benyttelse i henhold til *særlovgivning* er forbeholdt bestemte virksomheder, er ulovlig og dermed vildledende, hvis den i særlovgivningen fastsatte forudsætning for brugen ikke er

opfyldt f.eks. ...kreditinstitut, kredittkasse...". Disse begreber er derfor egnet til at fremkalde det indtryk, at der er tale om et pengeinstitut.

Det er således tilstrækkeligt til, at der kan ske forveksling, at en del af betegnelsen er identisk med den beskyttede betegnelse.

Binavne indeholdende betegnelsen "boligkredit":

K2 ApS og K1 A/S anfører, at der ikke er en sammenhæng mellem "boligkredit" og "realkredit", der gør, at disse to kan forveksles.

Realkreditinstitutter yder realkreditlån baseret på en eneret til at udstede realkreditobligationer, jf. lov om finansiel virksomhed § 8, stk. 1.

Realkreditlån har blandt andet til formål at finansiere boliger. Med finansiering menes kredit til boligkøb, hvorfor realkredit kan "oversættes" med "at give kredit til boliger". Derfor finder Finanstilsynet, at ordet boligkredit kan forveksles med ordet realkredit.

...”

Ankenævnet udtaler:

K2 ApS har til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldt binavnene A ApS, B ApS og C ApS, og K1 A/S har anmeldt binavnene D A/S, E A/S, F A/S og G A/S. K2 ApS og K1 A/S har oplyst, at hensigten med de valgte binavne er at etablere et selskab, der kan tilbyde lån til ejere af andelsboliger.

Ankenævnet finder, at anvendelsen af ordene "andelskredit" og "boligkredit" samt afledninger heraf som en del af navnet for et finansieringsinstitut for ejere af andelsboliger kan give anledning til forveksling med henholdsvis et pengeinstitut i form af en andelskasse og et realkreditinstitut. De til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldte binavne for K2 ApS og K1 A/S findes således egnede til at fremkalde det indtryk, at der er tale om pengeinstitutter og realkreditinstitutter, og navnene må derfor ikke anvendes, jf. lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, og § 8, stk. 5.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 28. september 2004 om ikke at registrere de anmeldte binavne.

3) Kendelse af 18. februar 2005. (J.nr. 03-235.101)

Tiltrådt, at videregivelse af fortrolige oplysninger om kundeforhold i forbindelse med banks salg af afskrevne fordringer ikke kan anses for berettiget.

Lov om finansiel virksomhed § 4, stk. 1, (nugældende § 117, stk. 1)

(Suzanne Helsteen, Niels Bolt Jørgensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 11. november 2003 har K (bank) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 15. oktober 2003, hvorved tilsynet meddelte, at banken i forbindelse med salg af afskrevne fordringer ikke er berettiget til at videregive fortrolige oplysninger om kundeforhold, herunder om personnummer, navn, adresse, afskrevne beløb og aktuel restgæld, jf. lov om finansiel virksomhed § 4, stk. 1, (nugældende § 117, stk. 1).

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 15. oktober 2003 hedder det:

”I brev af 11. januar 2002, anmodede banken Finanstilsynet at oplyse, om videregivelse af personlige oplysninger, ifm. salg af afskrevne fordringer, var en overtrædelse af bank- og sparekasselovens (nuværende lov om finansiel virksomhed) regler om tavshedspligt.

De personlige oplysninger banken forventede at videregive var:

CPR-nr.
Navn
Adresse
Afskrevet beløb
Aktuel restgæld ved overdragelsen

Som nævnt i Finanstilsynets brev til banken af 4. marts 2002, indeholdt problemstillingen principielle spørgsmål, som krævede nærmere undersøgelse. Derfor kunne bankens henvendelse ikke besvares inden for de normale tidsfrister.

Det følger af § 4, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at ansatte i en finansiel virksomhed ikke uberettiget må udnytte eller videregive fortrolige oplysninger, som de får kendskab til under udøvelsen af deres hverv.

Fortrolige oplysninger omfatter som udgangspunkt alle oplysninger. Oplysninger om kunder er kun beskyttet af reglen, hvis de er personhenførbare. Hvis oplysningerne er offentlige, anses de ikke som

fortrolige. Hvis kunden giver skriftligt samtykke til videregivelsen, er denne berettiget.

Ved vurdering af om der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger om en kunde, skal der foretages en afvejning af på den ene side den finansielle virksomheds interesse i at kunne videregive oplysningerne og på den anden side kundens berettigede forventning om, at oplysningerne hemmeligholdes.

Ved salg af afskrevne fordringer vil der ud over oplysninger om kundens navn, adresse m.v. blive givet oplysninger om, at vedkommende ikke er i stand til at tilbagebetale sine forpligtelser over for den finansielle virksomhed.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at der ikke foreligger forhold, der medfører, at kundens krav på at disse oplysninger hemmeligholdes, kan tilsidesættes. Det er lagt til grund, at det alene er i den finansielle virksomheds interesse, at fordringen sælges. Det er endvidere tillagt betydning, at der ingen sikkerhed er for, at fordringen ikke videresælges, og en bredere kreds dermed får kendskab til kundens fordringer.

Finanstilsynet skal endvidere oplyse, at det er fast antaget, at der kan ske berettiget videregivelse af alle kundeoplysninger, herunder oplysninger om afskrevne fordringer, når der sker salg af en forretningsafdeling eller filial. I disse tilfælde vil det være berettiget at videregive fortrolige kundeoplysninger, fordi den enkelte kundes krav på beskyttelse bør vige til fordel for den finansielle virksomheds interesse i at kunne foretage frasalg. Dette gælder ikke ved salg af afskrevne fordringer.

Endvidere vil en forretningsafdeling eller filial oftest blive overdraget til en anden finansiell virksomhed, der er underlagt samme tavshedspligtsbestemmelser og derfor trænet i at arbejde med fortrolige oplysninger. Tilsvarende gør sig ikke gældende ved salg af afskrevne fordringer.

Der er således heller ikke i Finanstilsynets hidtidige fortolkning af bestemmelsen i § 4, stk. 1, holdepunkter for at antage at det er berettiget at videregive fortrolige oplysninger i forbindelse med salg af afskrevne fordringer.

Finanstilsynet vurderer på denne baggrund, at den omstændighed at en finansiell virksomhed ønsker at sælge fordringer, ikke medfører, at videregivelse af de af banken nævnte oplysninger er berettiget efter § 4, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed.

...”

I klageskrivelsen af 11. november 2003 har K anført:

”...

Finanstilsynet fastslår i sin afgørelse, at det ikke vil være berettiget at videregive fortrolige oplysninger i forbindelse med videresalg af afskrevne fordringer jfr. § 4, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Af lov om finansiel virksomhed § 4, følger det, at ” Bestyrelsesmedlemmer, medlemmer af lokale bestyrelser og lignende, medlemmer af repræsentantskabet i en finansiel virksomhed, der ikke er en sparekasse, revisorer og granskningsmænd samt deres suppleanter, stiftere, vurderingsmænd, likvidatorer, direktører, ansvarshavende aktuarer, generalagenter og administratorer i et forsikringselskab samt øvrige ansatte **må ikke uberettiget videregive eller udnytte fortrolige oplysninger**, som de under udøvelsen af deres hverv er blevet bekendt med. Bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse for finansielle holdingvirksomheder.

Stk. 2. Den, som modtager oplysninger efter stk. 1, er omfattet af den i stk. 1 nævnte tavshedspligt”.

Det er bankens opfattelse, at afgørelsen udover at være principiel - idet den i den konkrete situation tillægger kundeintegriteten større vægt i afvejningen overfor kreditorhensynet – ikke er rigtig.

Hemmeligholdelsespligten i den finansielle lovgivning indebærer, at fortrolige oplysninger hverken må videregives uberettiget eller udnyttes uberettiget på anden måde. Ved fortrolige oplysninger forstås som udgangspunkt alle oplysninger. Såfremt oplysningerne er offentligt tilgængelige, omfattes de ikke af tavshedspligtsbestemmelserne.

Efter bankens opfattelse foreligger der ikke en situation, der traditionelt falder ind under definitionen videregivelse af kundeoplysninger, idet der isoleret set er tale om overdragelse af afskrevne fordringer.

Banken gør dog gældende, at der i det omfang Erhvervsankenævnet måtte finde at der foreligger en videregivelsessituation i relation til lov om finansiel virksomhed, så er [der] tale om **berettiget videregivelse** af oplysninger.

I bankens vurdering heraf henvises navnlig til det forhold, som netop Finanstilsynet har tillagt afgørende vægt nemlig, at modtageren af oplysningen er underlagt en tilsvarende lovhjemlet tavshedspligt. Det bemærkes hertil, at en overdragelse for at være lovlig skal ske til advokat eller statsautoriseret inkassoselskab jfr. inkassoloven, der fastslår at kun autoriserede selskaber og advokater må beskæftige sig med forfaldne fordringer. Allerede af den grund er hensynet til bankkunderne behørigt tilgodeset.

Finanstilsynet lægger i afgørelsen endvidere vægt på, at der ikke er sikkerhed for, at de overtagne fordringer ikke videresælges af køber og at en bredere kreds dermed får kendskab til kundens forhold. Også her tilgodeser inkassoloven kundens beskyttelsesbehov, idet alene autoriserede selskaber og advokater som ovenfor nævnt har ret til at

modtage disse fordringer. Hertil kommer, at det nævnte hensyn til kunden som led i overdragelsen (kan) varetages gennem vedtagelsen af en rektaklausul.

For en væsentlig del af bankens afskrevne/misligholdte kundefordringer og hvor banken har opnået dom, vil de omhandlede oplysninger være indberettet til RKI i henhold til reglerne i Lov om behandling af personoplysninger (Persondataloven). Oplysningerne er således i disse tilfælde allerede offentligt tilgængelige, idet adgangen til at søge oplysninger i RKI står åben for enhver. Det beror i øvrigt på en konkret og individuel vurdering af den enkelte sag om banken ønsker, at opnå dom på en kunde. En dom er en betingelse for at kunne indberette vedkommende til RKI. Det er bankens frie valg om fordringen skal inkasseres via fogedretten og om dom skal opnås.

Det bemærkes i denne forbindelse at det i praksis anses som berettiget videregivelse, at overdrage misligholdte fordringer til inkasso. Så meget desto mere bør forbuddet mod videregivelse af kundeoplysninger derfor også vige for kreditors forretningsmæssige interesse i, at kunne afhænde afskrevne fordringer, hvis dette findes hensigtsmæssigt. Hertil kommer som nævnt ovenfor, at mange kunder allerede er beskyttet af Persondataloven. En yderligere beskyttelse efter lov om finansiel virksomhed savner således i disse tilfælde mening.

Banken skal afslutningsvis henlede Erhvervsankenævnet på, at det i en række europæiske lande Danmark normalt sammenligner sig med er gængs praksis, herunder også i de øvrige nordiske lande, at frasælge fordringer. Der henvises til de seneste ugers massive frasalg fra pengeinstitutter i andre nordiske lande. Hvis Finanstilsynets afgørelse derfor lægges til grund indebærer det en uacceptabel konkurrenceforvridning, ikke mindst i forhold til pengeinstitutter der ikke har filialer i udlandet - et forhold som i høj grad strider mod hensigten med den fælles EU-lovgivning på området.

Også på det nationale plan forekommer det som urimelig forskelsbehandling, hvis pengeinstitutterne som eneste branche i Danmark begrænses i at realisere afskrevne/misligholdte fordringer. Dette måtte i så fald kræve særskilt lovhjemmel.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 10. december 2003 udtalt:

”...

Finanstilsynets påstand

Finanstilsynet fastholder, at der i den pågældende sag ikke foreligger forhold, der medfører, at den omstændighed, at en finansiel virksomhed ønsker at sælge fordringer, indebærer, at videregivelse af de af banken opregnede fortrolige kundeoplysninger (cpr.nr., navn, adresse, afskrevet beløb og aktuel restgæld) kan anses for berettiget i medfør af § 4, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Retlige baggrund

Reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger fra en finansiel virksomhed, herunder fra et pengeinstitut, findes i §§ 4-10 i lov om finansiel virksomhed. (Efter 1. januar 2004 ændres nummereringen til §§ 117- 123, men indholdet i de bestemmelser, der er relevante i nærværende sag, er uændrede).

Det følger af § 4, stk. 1, at et pengeinstitut ikke uberettiget må videregive eller udnytte fortrolige oplysninger, som de under udøvelsen af deres hverv er blevet bekendt med. Efter stk. 2, er den, der modtager oplysninger efter stk. 1, omfattet af den i stk.1, nævnte tavshedspligt.

Ved fortrolige oplysninger forstås som udgangspunkt alle oplysninger. Hvis oplysningerne er offentligt tilgængelige, kan disse ikke anses som fortrolige og omfattes derfor ikke af reglerne.

Bestemmelsen skal beskytte både den finansielle virksomhed og den finansielle virksomheds kunder mod videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger.

Ved vurdering af, om der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige kundeoplysninger, skal der foretages en afvejning af kundens krav på hemmeligholdelse overfor virksomhedens behov for at kunne videregive de fortrolige oplysninger.

Der er en række tilfælde, hvor videregivelse efter Finanstilsynets praksis anses for berettiget. I denne sammenhæng skal det nævnes, at videregivelse anses for berettiget, hvis kunden giver samtykke til videregivelsen.

Det er endvidere fast antaget, at der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med fusion/sammenlægning af finansielle virksomheder eller salg af dele af sådanne.

Finanstilsynet har tidligere vurderet, om en finansiel virksomhed kan indgå aftale med en tredjepart om, at denne overtager engagementer fra en defineret låneportefølje, når der indtræffer en kreditbegivenhed, som for eksempel kan være kundens manglende betaling, konkurs eller betalingsstandsning (kreditswap-aftale).

Når "kreditbegivenheden" indtræffer, vil pengeinstituttet oplyse tredje parten om kundens navn og andre oplysninger, der som minimum afslører, at kunden har økonomiske problemer.

Finanstilsynet fandt ikke, at kundens krav på hemmeligholdelse af disse oplysninger skulle vige for pengeinstituttets ønske om at videregive oplysningerne, og det blev derfor antaget, at kredit-swapaftalerne indebærer en overtrædelse af tavshedspligtsbestemmelserne, når der sker en videregivelse af oplysninger om kundens identitet m.v. til tredjepart. Finanstilsynets afgørelse er offentliggjort. ...

Det anføres i lovbemærkningerne, at den omstændighed, at tavshedspligten følger oplysningerne, er uden betydning for, om videregivelsen kan anses for berettiget.

Finanstilsynets vurdering

Ved vurdering af, om der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter bestemmelsen i § 4, stk. 1, skal der foretages en afvejning af virksomhedens behov/ønske om at videregive oplysningerne overfor kundens umiddelbare berettigede forventning om, at oplysningerne hemmeligholdes.

I den konkrete sag har Finanstilsynet lagt til grund, at det alene er i den finansielle virksomheds interesse, at fordringerne sælges. Det er endvidere lagt til grund, at der ingen sikkerhed er for, at fordringen ikke videresælges, og at en bredere kreds dermed får kendskab til kundens fordringer.

Finanstilsynet har endvidere lagt til grund, at den foreliggende situation ikke kan sidestilles med fusion eller salg af en forretningsafdeling, hvor der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige kundeoplysninger, fordi den enkelte kundes krav på beskyttelse bør vige til fordel for den finansielle virksomheds interesse i at kunne foretage frasalg. Dette gør sig ikke gældende ved salg af afskrevne fordringer.

Endvidere vil en forretningsafdeling eller filial oftest blive overdraget til en anden finansiell virksomhed, der er underlagt samme tavshedspligtsbestemmelser og derfor trænet i at arbejde med fortrolige oplysninger. Tilsvarende gør sig heller ikke gældende ved salg af afskrevne fordringer.

Der findes ikke i Finanstilsynets hidtidige fortolkning af bestemmelsen i § 4, stk. 1, at være holdepunkter for at antage, at det er berettiget at videregive fortrolige oplysninger i forbindelse med salg af afskrevne fordringer.

Finanstilsynet skal i den forbindelse oplyse, at det efter Finanstilsynets vurdering ikke er sædvanligt forekommende, at pengeinstitutter sælger afskrevne fordringer, og det vil derfor efter Finanstilsynet[s] [opfattelse] være overraskende for en kunde, at fortrolige oplysninger, som vedkommende har overgivet til et pengeinstitut, og som kun undtagelsesvist kan udleveres til andre, herunder også til koncernforbundne selskaber, skulle kunne sælges til et inkassobureau.

Finanstilsynets afgørelse i sagen vedrørende "kredit-swapaftalerne" er i overensstemmelse med den afgørelse, der er meddelt i nærværende sag.

Finanstilsynet vurderer på denne baggrund, at salg af afskrevne fordringer i den konkrete situation vil indebære en overtrædelse af § 4, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed.

Finanstilsynets bemærkninger til bankens anbringender

1.

Banken anfører, at der ikke foreligger en situation, der traditionelt falder ind under definitionen videregivelse af fortrolige kundeoplysninger, idet der isoleret set er tale om overdragelse af fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet finder hverken efter ordlyden i § 4 i lov om finansiel virksomhed, i lovens forarbejder, eller andre steder holdepunkter, der støtter bankens påstand om, at der ikke foreligger videregivelse af fortrolige oplysninger, når en fordring overdrages.

Efter almindelig sprogbrug må det anses for utvivlsomt, at der foreligger videregivelse af oplysninger, når oplysningerne kommer til andres kendskab. Det er tilfældet, når en fordring sælges.

2.

Banken anfører, at Finanstilsynet har tillagt det betydelig vægt, om modtageren af oplysningen er underlagt en tilsvarende lovhjemlet tavshedspligt, og at inkassoloven (lov nr. 319 af 14. maj 1997 om inkassovirksomhed) tilgodeser dette hensyn.

Finanstilsynet skal præcisere, at det indgår i Finanstilsynets afvejning, at den, der modtager oplysninger i forbindelse med salg af afskrevne fordringer, *ikke* er underlagt samme tavshedspligt som sælger og derfor ikke trænet i at arbejde med fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet har tillagt dette forhold betydning, men det er ikke korrekt, som anført af banken, at det er tillagt betydelig vægt. ...

...

Finanstilsynet skal i øvrigt oplyse, at det følger af § 18 i inkassoloven, at straffelovens § 152 b finder tilsvarende anvendelse på den, der har fået autorisation efter inkassoloven, og straffelovens § 152 c finder tilsvarende anvendelse på personale, der er godkendt efter reglerne i inkassoloven.

Den, der modtager oplysninger på vegne af et inkassobureau, er derfor efter Finanstilsynets vurdering ikke trænet i at arbejde med fortrolige oplysninger på en måde, der kan sidestilles med medarbejderne i en finansiel virksomhed.

3.

Banken anfører, at Finanstilsynet i afgørelsen lægger vægt på, at der ikke er sikkerhed for, at de overdragne fordringer ikke videresælges af køber, og at en bredere kreds dermed får kendskab til kundens forhold. Banken vurderer, at inkassoloven tilgodeser kundens beskyttelsesbehov, idet alene autoriserede selskaber og advokater har ret til at modtage disse forfaldne fordringer til inkasso. Hertil kommer, at det nævnte hensyn til kunden som led i overdragelsen (kan) varetages gennem vedtagelse af en rektaklausul.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at inkassoloven indeholder bestemmelser om krav til dem, som beskæftiger sig med inkassovirksomhed.

Loven indeholder efter Finanstilsynets vurdering ingen regler, der forbyder videresalg af fordringer, der er erhvervet efter forfaldstid med henblik på videresalg til andre. Herved sikrer inkassoloven efter Finanstilsynets vurdering ikke kunden mod videresalg, idet der kan videresælges til andre inkassovirksomheder.

Banken anfører videre, at der kan vedtages en rektaklausul, og at hensynet til kunden mod videresalg derved kan varetages.

Finanstilsynet finder det uklart, hvorledes en bestemmelse i et gældsbrief om, at dette ikke skal være negotiabelt, kan tillægges betydning ved vurderingen af, om der berettiget kan ske videregivelse fra et pengeinstitut til en inkassovirksomhed. Finanstilsynet skal anmode om, at denne påstand udbygges, således at Finanstilsynet kan få lejlighed til at kommentere den.

4.

Banken anfører endvidere, at en del af bankens fordringer er indberettet til RKI (Ribers Kredit Information). Finanstilsynet er enig med banken i, hvilket også fremgår af Finanstilsynets afgørelse, at oplysninger, der lovligt er indberettet til RKI, er offentlig tilgængelige. Derfor er oplysningerne ikke fortrolige, og dermed ikke omfattet af bestemmelsen i § 4 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet kan i øvrigt oplyse, at efter Finanstilsynets praksis er videregivelse til RKI berettiget jf. § 4 i lov om finansiel virksomhed, når der har været afholdt fogedretsmøde, da oplysningerne derved er blevet tilgængelige.

5.

Finanstilsynet er enig med banken i, at der med Finanstilsynets afgørelse i nærværende sag sondres mellem salg af afskrevne fordringer og overdragelse til inkassation på bankens vegne. Der er efter Finanstilsynets vurdering den afgørende forskel på de to situationer, at når banken anmoder en anden person/firma om at inddrive en forfalden fordring, er kunden stadig kunde i pengeinstituttet, og kunden kan fortsat rette henvendelse til pengeinstituttet, ligesom det er pengeinstituttets ansvar, hvis tavshedspligten ikke overholdes. Ved frasalg af fordringen har kunden ingen beskyttelse mod, at en endnu videre kreds får kendskab til skyldforholdet.

6.

Banken anfører, at kunden i nærværende sag, allerede er sikret beskyttelse efter persondataloven, og at en yderligere beskyttelse efter lov om finansiel virksomhed derfor savner mening.

Det er ikke nærmere præciseret, hvilken beskyttelse efter persondataloven som banken henviser til.

Finanstilsynet kan oplyse, at i de tilfælde, hvor der efter den finansielle lovgivning gives kunder en bedre beskyttelse end den, der gælder efter persondataloven, er det den finansielle lovgivning, der gælder for kunderne, jf. § 2, stk. 1, i lov om behandling af personoplysninger.

Endvidere skal det bemærkes, at pengeinstitutter er omfattet af persondatalovens regler om god databehandling. Når en fordring er i et pengeinstitut, skal instituttet følge persondatalovens regler, hvilket også er tilfældet for inkassobureauet og andre, der behandler personoplysninger elektronisk.

Finanstilsynet finder det på baggrund af ovennævnte uklart, hvorfor banken vurderer, at kundens krav på beskyttelse efter lov om finansiell virksomhed i de omhandlede tilfælde mangler mening.

Finanstilsynet skal anmode om, at ovennævnte påstand underbygges, således at Finanstilsynet kan få lejlighed til at kommentere den yderligere.

7.

Banken henleder afslutningsvis Erhvervsankenævnets opmærksomhed på, at det i en række europæiske lande, som Danmark normalt sammenligner sig med, er gængs praksis at frasælge fordringer.

Finanstilsynet skal anføre, at reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger ikke er harmoniseret, og praksis i andre europæiske lande derfor efter Finanstilsynets vurdering ikke kan tillægges betydning ved fortolkning af de danske regler.

Endvidere skal Finanstilsynet oplyse, at der altid kan ske frasalg af forfaldne fordringer fra et dansk pengeinstitut, hvis der forinden indhentes et skriftligt samtykke fra den berørte kunde.”

I skrivelse af 8. januar 2004 har K supplerende anført:

”...

Indledningsvis noterer vi os med tilfredshed, at Finanstilsynet er enig med banken i, at afskrevne fordringer der hviler på en lovlig indberetning til RKI kan overdrages tredjemand (herunder inkassovirksomhed) til eje.

Vi noterer os ligeledes med tilfredshed, at Finanstilsynet er enig i at der kan ske overdragelse til inkassation på bankens vegne, herunder til en inkassovirksomhed. Vi forstår, at Finanstilsynet i dette tilfælde vurderer, at der foreligger berettiget videregivelse af oplysninger.

Herefter udestår alene spørgsmålet om, hvorvidt et pengeinstitut kan frasælge (ikke-RKI indberettede) afskrevne fordringer til en statsautoriseret inkassovirksomhed.

Under *Finanstilsynets vurdering* anføres ..., at det ikke er sædvanligt forekommende, at pengeinstitutter sælger afskrevne fordringer.

Hertil kan anføres, at der gennem årene er foretaget en række frasalg fra pengeinstitutter og at det således ikke på nogen måde er usædvanligt, at pengeinstitutter har frasolgt porteføljer af afskrevne fordringer i stedet for at overgive disse til inkasso. Der er således gennem årene solgt tusindvis af sådanne fordringer.

I et enkelt tilfælde er der endog frasolgt en meget stor sådan portefølje fra en bank under skærpet offentlig tilsyn, nemlig A Bank. Denne portefølje blev under kontrol af Finanstilsynet og Nationalbanken solgt til et statsautoriseret inkassoselskab, som ligesom banken er underlagt lovhjemlet tavshedspligt.

Det er erfaringen fra disse tidligere handler, at bankkunder ikke bliver specielt overraskede over, at fordringen er solgt. Nødlidende bankkunder fokuserer således ikke på, om en fordring er overdraget til eje eller til inkasso. For kunden er videregivelsen af oplysninger den samme.

Afvejningen mellem kundens og bankens fordele ved en overdragelse af afskrevne fordringer finder Finanstilsynet kun er i bankens interesse.

Hertil skal banken anføre, at det rent faktisk gør en forskel for kunden, om fordringen overdrages til inkasso eller til eje. Men forskellen er positiv for kunden.

Ved overdragelse af en fordring til eje til et autoriseret inkassoselskab har kunden nemlig mulighed for i direkte dialog med (den nye) kreditor at indgå aftale om hel- eller delvis tilbagebetaling af gælden, uden at nogen af parterne behøver at skele til, hvad der gik galt i det tidligere kundeforhold. Løsningen vil således rent sagligt kunne baseres på kundens begrænsede betalingsevne som eneste relevante parameter for, hvor meget kunden skal tilbagebetale.

Overdragelsen har således givet mulighed for, at kunden "får vasket tavlen ren" i forhold til kreditor. Dette giver mulighed for, at der kan indgås nye aftaler om gælden, som også er til gavn for kunden. Reelt er sådanne aftaler nødt til at være til gavn for kunden, idet dette er kreditors eneste mulighed for at få penge fra afskrevne debitorer, som har afgivet insolvenserklæring i fogedretten og som normalt er indberettet til RKI.

Kunden har således i praksis en interesse i, at fordringen overdrages til en ny autoriseret kreditor. En afvejning af bankens og kundens interesser i en overdragelse bør således ikke give anledning til bekymringer, idet overdragelsen er i både bankens og kundens interesse.

Finanstilsynet lægger endvidere vægt på at kunden ikke er beskyttet mod, at inkassovirksomheden videresælger fordringen til andre og at en endnu videre kreds derved får kendskab til skyldforholdet.

Inkassoloven §2 (L 1997-05-14 nr 319) definerer nærmere, hvad der skal forstås ved inkassovirksomhed. Det følger således, at ”ved inkassovirksomhed forstås i denne lov ethvert led i erhvervsmæssig inddrivelse af fordringer for andre, samt i erhvervsmæssig inddrivelse af fordringer, som er købt efter forfaldstid med henblik på inddrivelse på egne vegne”.

Det betyder at man skal have statsautorisation for at beskæftige sig med forfaldne fordringer, herunder ved erhvervelse af sådanne. Det følger heraf, at en autoriseret virksomhed ikke lovligt kan videresælge fordringer til en ikke-autoriseret virksomhed.

Der er således lovmæssig sikkerhed for, at fordringerne ikke kan videresælges til en 3. mand, som ikke er trænet i og autoriseret til at arbejde med fortrolige oplysninger.

Inkassationen foregår altså på en rimelig, forsvarlig og kontrolleret måde af et professionelt personale der har fordringsinddrivelse som daglig kerneaktivitet, og særligt trænet i at arbejde med fortrolige oplysninger, herunder håndtere fordringer for pengeinstitutter.

Det kan ikke understreges nok, at et videresalg alene vil kunne ske til en statsautoriseret inkassovirksomhed, idet andre end autoriserede inkassovirksomheder ikke vil kunne rette henvendelse til skyldnere med hensyn til inddrivelse af fordringer købt efter forfaldstid.

Den der udøver inkassovirksomhed, herunder erhvervsmæssig inddrivelse af fordringer som er købt efter forfaldstid med henblik på inddrivelse på egne vegne, skal være autoriseret hertil af Justitsministeriet. Rigspolitichefen er bemyndiget til at forestå denne opgave. Personalet skal være særligt godkendt, ligesom autorisation er betinget af at inkassovirksomheden ikke anvender underentreprenører, der ikke har autorisation.

Autorisationsindehaveren og personalet er omfattet af lovbestemt tavshedspligt jfr. lovens § 18. Det bemærkes i denne forbindelse, at strafferammerne for overtrædelse af inkassolovens bestemmelse om tavshedspligt er mere vidtgående end de tilsvarende bestemmelser i lov om finansiel virksomhed.

Det bemærkes endvidere, at inkassovirksomheder på samme måde som pengeinstitutterne er omfattet af Persondataloven (Lov nr. 429 af 31. maj 2000) der trådte i kraft den 1. juli 2000. Den dataansvarlige er således ansvarlig for, at personhenførbare oplysninger ikke udleveres til andre, herunder at en videregivelse sker på et lovligt grundlag.

Finanstilsynet har anmodet banken om nærmere, at underbygge bankens argument om at hensynet til kunden mod videresalg kan varetages gennem vedtagelse af en rektaklausul.

Heri ligger et forslag fra banken om, at det for at imødekomme Finanstilsynets (angivelig eneste) betænkelighed kunne indgå i Finanstilsynets vurdering af sagen, at det som forudsætning for at anerkende et pengeinstituts frasalg af afskrevne fordringer – som berettiget videregivelse af oplysninger - til en autoriseret inkassovirksomhed, i forbindelse med overdragelsen blot skal gøres som et udtrykkeligt kontraktvilkår, at inkassovirksomheden skal være uberettiget til helt eller delvist at videretransportere de af banken købte fordringer til tredjemand medmindre denne er en autoriseret inkassovirksomhed, som banken kan godkende. Rektaklausulen skal ligeledes finde anvendelse, hvis inkassovirksomheden kommer under bobehandling.

På denne måde er banken ikke blot sikret efter loven (at der alene kan videresælges til statsautoriserede købere), men tillige sikret, at der slet ikke sker videresalg eller alene videresalg til en autoriseret køber, som banken kan godkende. I praksis vil banken således kunne kontrollere fordringernes ejerskab fuldstændigt - også efter et salg.

Banken er enig med Finanstilsynet i at det er vigtigt at værne om bankkundernes integritet – også når kunderne bliver dårligere betalere.

På ovenfor anførte baggrund findes der imidlertid efter bankens opfattelse intet betænkeligt ved at anerkende pengeinstitutters salg af afskrevne fordringer til statsautoriserede inkassovirksomheder, idet der ikke herved rykkes ved basale integritetsmæssige principper mellem en finansiel virksomhed og dennes kunder.

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 12. februar 2004 yderligere udtalt:

”...

Indledende bemærkning

Indledningsvis noterer K med tilfredshed, at Finanstilsynet er enig med banken i at afskrevne fordringer, der hviler på lovlig indberetning til RKI, kan overdrages til tredjemand (herunder inkassovirksomheder) til eje.

Finanstilsynet er ikke enig i denne fortolkning af tilsynets tilkendegivelse. Finanstilsynet skal henvise til pkt. 4 i Finanstilsynets brev af 10. december 2003, hvor det er anført, at oplysninger, der lovligt er indberettet til RKI, er offentligt tilgængelige. Derfor er oplysningerne ikke fortrolige, og dermed ikke omfattet af bestemmelsen i § 4 (nu § 117) i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet skal understrege, at det kun er oplysninger, der lovligt er indberettet til RKI, der er offentligt tilgængelige.

Hvis oplysninger er offentligt tilgængelige, kan de derfor videregives f.eks. til et inkassobureau. Det er selvfølgelig kun de offentligt tilgængelige oplysninger, der kan videregives.

...

Forholdet til inkassovirksomhed

...

Finanstilsynet er, som det fremgår ... i brevet af 10. december 2003, enig med banken i, at der efter inkassoloven ikke kan ske overdragelse af forfaldne fordringer til andre end virksomheder omfattet af lov om inkassovirksomhed.

Der er imidlertid efter Finanstilsynets vurdering hverken efter forarbejderne til § 117 i lov om finansiel virksomhed eller andre steder i øvrigt, holdepunkter for at antage, at kundens krav på hemmeligholdelse af fortrolige oplysninger kan tilsidesættes ved, at oplysninger kun kan videregives til en bestemt virksomhedstype, i dette tilfælde inkassovirksomheder.

Efter Finanstilsynets vurdering er der derfor ikke tale om, at videregivelsen kan betragtes som berettiget i medfør af § 117, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, selv om oplysningerne kun kan videregives til inkassovirksomheder.

Finanstilsynet har overvejet, om videregivelsen kan anses for berettiget på grund af, at personer der er beskæftiget i inkassovirksomheder er underlagt visse krav om autorisation.

Forholdet kan sammenlignes med videregivelse af fortrolige oplysninger til advokater og revisorer, der også er underlagt krav i forbindelse med udøvelsen af deres hverv, herunder særlige tavshedspligtsbestemmelser.

Der gælder hverken direkte efter lov om finansiel virksomhed, eller efter Finanstilsynets praksis, særlige undtagelser for videregivelse af fortrolige oplysninger til disse personer. Afgørende for muligheden for videregivelse til denne persongruppe er – som i øvrige andre tilfælde – hvorvidt der forfølges et berettiget formål, f.eks. at varetage pengeinstituttets interesse i f.eks. en retssag.

Finanstilsynet vurderer derfor heller ikke, at der skal gælde særlige undtagelser for videregivelse af fortrolige oplysninger til inkassovirksomheder.

...

Ad bankens forslag om anvendelse af en rektaklausul.

I brev af 8. januar 2004 foreslår banken, at det aftales mellem det overdragende pengeinstitut og modtageren af fordringerne (inkassovirksomheden), at der ikke kan ske videresalg af fordringen, medmindre dette sker til en autoriseret inkassovirksomhed, som banken kan godkende.

Finanstilsynet vurderer, at der ikke herved sikres kunden en anden retsstilling end den, der umiddelbart følger af inkassoloven, jf. ovenfor og bankens understregning heraf i brevet af 8. januar 2004.

Den omstændighed, at overdragelse af fordringerne fra en inkassovirksomhed til en anden inkassovirksomhed kræver pengeinstitutts samtykke, ændrer ikke ved, at oplysningerne kan videregives fra inkassovirksomheden. Bankens forslag indebærer i realiteten, at pengeinstituttet kan give samtykke til videregivelse af oplysninger om kunderne.

Finanstilsynet vurderer ikke, at denne fremgangsmåde kan medføre, at videregivelsen er berettiget. Det bemærkes i den forbindelse, at samtykke fra den som oplysningerne vedrører, medfører, at videregivelsen er berettiget i medfør af § 117, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Sammenfatning

På baggrund af bankens skrivelse er det fortsat Finanstilsynets opfattelse, at kundens interesse i at være omfattet af bankens fortrolighed har en sådan styrke, at banken ikke berettiget kan udlevere kundeoplysninger. Banken må i stedet på sædvanligt måde foretage nødvendige retsskridt med henblik på inddrivelse af fordringen.

Et salg af fordringen vil for kunden indebære, at reglerne om "god skik" ikke længere vil være gældende, ligesom klageadgang til klagenævn afskæres.

Et salg kan derfor ikke ske, før der er afsagt dom og forholdet derfor kan offentliggøres."

K er ved skrivelser af 22. marts og 12. maj 2004 fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen, ligesom Finanstilsynet ved skrivelser af 21. april og 18. juni 2004 har fremsat supplerende bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 117, stk. 1, (tidligere § 4, stk. 1,) må blandt andet ansatte i en finansiel virksomhed ikke uberettiget videregive eller udnytte fortrolige oplysninger, som de under udøvelsen af deres hverv er blevet bekendt med.

Af forarbejderne til bestemmelsen (Folketingstidende 2002-03, Tillæg A, side 4832-4833) fremgår blandt andet:

”Bestemmelsen indeholder hovedreglen om, at alle personer, der er knyttet til en finansiel virksomhed eller finansiel holdingvirksomhed, skal hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til under udførelsen af deres hverv.

...

Hovedreglen om, at finansielle virksomheder er underlagt tavshedspligt, har to formål.

For det første skal reglen beskytte mod udlevering af fortrolige oplysninger om virksomheden selv, først og fremmest forretnings- og driftshemmeligheder. ...

For det andet skal bestemmelsen beskytte den finansielle virksomheds kunder mod videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger. Bestemmelsen supplerer de generelle regler, som er fastsat i persondataloven. ...

...

Hemmeligholdelsespligten indebærer, at fortrolige oplysninger hverken må videregives uberettiget eller udnyttes uberettiget på anden måde. Ved fortrolige oplysninger forstås som udgangspunkt alle oplysninger. Såfremt oplysningerne er offentligt tilgængelige, kan disse ikke anses for fortrolige og omfattes derfor ikke af tavshedspligtsbestemmelserne. ...

Det følger af bestemmelsen, at videregivelse eller udnyttelse kun kan ske, hvis dette anses for ”berettiget”. Som typetilfælde, hvor videregivelse efter praksis anses for berettiget, kan nævnes:

- Videregivelse af oplysninger til Finanstilsynet i henhold til loven.
- Videregivelse af oplysninger til skattemyndighederne i henhold til blandt andet skattekontrolloven.
- Videregivelse af oplysninger til en autoriseret EDB-virksomhed, under forudsætning af, at denne har et acceptabelt sikkerhedsniveau.
- Videregivelse af oplysninger i forbindelse med fusion af finansielle virksomheder eller salg af dele af sådanne.
- Videregivelse af visse kreditoplysninger/soliditetsoplysninger mellem pengeinstitutter i henhold til Finansrådets ”regler og vejledning for pengeinstitutters afgivelse af soliditetsoplysninger (kreditoplysninger) 1988”.
- Videregivelse af oplysninger med kundens samtykke. Se nærmere herom under bemærkningerne til ...

Videregivelse af oplysninger er kun berettiget, hvis de konkrete oplysninger er nødvendige for at varetage den opgave, som oplysningerne videregives til brug for.”

Oplysninger om kundeforhold, herunder om personnummer, navn, adresse, afskrevne beløb og aktuel restgæld, som K ønsker at videregive i forbindelse

med salg af afskrevne fordringer, findes herefter at være fortrolige oplysninger, i det omfang oplysningerne ikke er offentligt tilgængelige.

Det følger af ovennævnte bestemmelse, at videregivelse af fortrolige oplysninger kun kan ske, hvis videregivelsen kan anses for berettiget. Af bestemmelsens forarbejder, herunder af de i forarbejderne nævnte typetilfælde, hvor videregivelse efter praksis anses for berettiget, fremgår endvidere, at denne vurdering er yderst restriktiv. Ankenævnet tiltræder derfor, at videregivelse af fortrolige oplysninger om kundeforhold i forbindelse med bankens salg af afskrevne fordringer ikke kan anses for berettiget.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 15. oktober 2003.

4) Kendelse af 28. april 2005. (J.nr. 03-107.123)

Hjemvisning, da ikke grundlag for at afslå dispensation for højere anvendt grundlagsrente uden stillingtagen til bl.a., hvorvidt den højere grundlagsrente har en bagatelagtig økonomisk betydning for pensionskassen.

Lov om finansiel virksomhed § 20 og grundlagsrentebekendtgørelsen § 5.

(Mogens Andersen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 9. april 2003 har advokat A på vegne af K (pensionskasse) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 20. marts 2003 har afslået at give pensionskassen dispensation til at konvertere pensionstilsagn eller en del heraf fra grundlag med grundlagsrente 2 % til grundlag med grundlagsrente 3 %.

Sagens omstændigheder:

Finanstilsynet har i en redegørelse af 20. juni 2003 om de faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Den 25. oktober 2002 ... anmeldte pensionskassen bl.a. nyt teknisk grundlag gældende for 2003, betinget bonus inklusiv konvertering til nyt teknisk grundlag, samt nyt overskudsregulativ gældende for 2002 og 2003.

På et møde med pensionskassen 28. november 2002 vedrørende kassens anmeldelse af 25. oktober 2002 af bl.a. betinget bonus inklusiv konvertering til nyt teknisk grundlag meddelte tilsynet, at anmeldelsen indeholdt en række elementer, der var i strid med de gældende regler.

Finanstilsynet forbeholdt sig, at tilsynets bemærkninger til anmeldelsen muligvis ikke var udtømmende. Det fremgår af anmeldelsen, at pensionskassen ultimo 2003 vil anvende den udloddede betingede bonus til at omregne de garanterede ydelser til det styrkede grundlag forholdsmæssigt på henholdsvis 2 % delen og 3 % delen. Hvis den betingede bonus er for lille til at sikre de garanterede ydelser, forøges 3 % delen. Først hvis end ikke omregning til et rent 3 % grundlag er tilstrækkelig til at sikre de garanterede ydelser på det nye grundlag, tilføres forsikringen et ekstra beløb. Finanstilsynet meddelte, at en eventuel dispensation forudsatte, at pensionskassen indsendte en nærmere begrundelse for sin dispensationsansøgning, som godtgjorde, at dispensationen falder ind under § 5 i grundlagsrentebekendtgørelsen. I modsat fald havde tilsynet ikke hjemmel til at dispensere fra grundlagsrentebekendtgørelsen. Pensionskassen lovede at indsende en sådan begrundelse.

Den 10. december 2002 ... anmeldte pensionskassen bl.a. nyt teknisk grundlag og betinget bonus, herunder regler for konvertering af pensionstilsagn opgjort på tidligere tekniske grundlag til grundlaget BP03. I denne anmeldelse forventes konverteringen af eksisterende forsikringer til BP03 at ske indenfor en periode på 2 til 4 år. I samme brev ansøgte pensionskassen om dispensation i henhold til § 5, stk. 1, nr. 2, (i brevet fejlagtigt anført som § 5, stk. 2) i grundlagsrentebekendtgørelsen, således at forsikringsdele opgjort med grundlagsrente 2 % konverteres til grundlag med grundlagsrente 3 %, hvis det er nødvendigt for at sikre de garanterede ydelser.

Den 5. februar 2003 ... meddelte Finanstilsynet pensionskassen, at bestemmelserne i bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, efter tilsynets opfattelse ikke indeholder hjemmel til, at Finanstilsynet kan give dispensation til at omregne pensionstilsagn (eller dele heraf) til grundlag med højere grundlagsrente end den hidtil anvendte grundlagsrente. Tilsynet var ikke opmærksom herpå ved mødet den 28. november 2002. Tilsynet meddelte på denne baggrund pensionskassen afslag på ansøgningen.

Den 25. februar 2003 ... besvarede pensionskassen Finanstilsynets brev af 5. februar 2003. Pensionskassen var uenig i tilsynets afgørelse og anførte som sin opfattelse, at muligheden for dispensation i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, gælder den samlede bestand, da andet ikke er eksplicit anført, og da det for andre steder i bekendtgørelsen er fremhævet, når reglen gælder for den enkelte aftale. Kassen fandt derfor, at forsikringsaftaler, der helt eller delvis er på 2 % grundlag, kan omregnes til 3 % grundlag i henhold til bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, idet 3 % er den hidtil anvendte grundlagsrente i pensionskassen. Pensionskassen opretholdt på denne baggrund sin ansøgning om dispensation fra grundlagsrentebekendtgørelsen for de pensionsaftaler, der har et element på 3 % grundlag.

Den 20. marts 2003 ... meddelte Finanstilsynet pensionskassen, at tilsynet fastholdt sin afgørelse af 5. februar 2003. Tilsynet fandt, at

bestemmelserne i grundlagsrentebekendtgørelses § 5, stk. 1, nr. 2, ikke indeholder hjemmel til, at tilsynet kan give dispensation til at omregne pensionstilsagn (eller dele heraf) til grundlag med højere grundlagsrente end den for den enkelte pensionsaftale hidtil anvendte grundlagsrente. De nævnte bestemmelser kan efter tilsynets opfattelse ikke fortolkes på den af kassen anførte måde.”

Den påklagede afgørelse af 20. marts 2003:

Af den påklagede afgørelse af 20. marts 2003 fremgår blandt andet:

” ...

I samme brev [25. februar 2003] har pensionskassen besvaret Finanstilsynets brev af 5. februar 2003. Tilsynet har følgende bemærkninger hertil:

1. Pensionskassen er uenig i Finanstilsynets afslag på kassens ansøgning om dispensation i henhold til § 5, stk. 2, i Bekendtgørelse nr. 433 af 7. juni 1999 om grundlagsrente for livsforsikringsvirksomhed (grundlagsrentebekendtgørelsen). Kassen anfører som sin opfattelse, at muligheden for dispensation i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, 2 og 3, gælder den samlede bestand, da andet ikke er eksplicit anført, og da det for andre steder i bekendtgørelsen er fremhævet, når reglen gælder for den enkelte aftale. Pensionskassen opretholder under alle omstændigheder sin ansøgning om dispensation fra grundlagsrentebekendtgørelsen for de pensionsaftaler, der har et element på 3 %.

Efter Finanstilsynets opfattelse indeholder bestemmelserne i nævnte bekendtgørelses § 5, stk. 1, nr. 2, ikke hjemmel til, at Finanstilsynet kan give dispensation til at omregne pensionstilsagn (eller dele heraf) til grundlag med højere grundlagsrente end den for den enkelte pensionsaftale hidtil anvendte grundlagsrente, jf. sidste del af paragraffen: *"dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes"*. De nævnte bestemmelser kan efter tilsynets opfattelse ikke fortolkes på den af kassen anførte måde. Bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 3, giver alene mulighed for dispensation i tilfælde, hvor et selskab af tekniske årsager midlertidigt ikke er i stand til at overholde bekendtgørelsens § 2, stk. 2-4.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 5. februar 2003 om, at tilsynet ikke kan give pensionskassen den ansøgte dispensation til at konvertere pensionstilsagn eller en del heraf fra grundlag med grundlagsrente 2 % til grundlag med grundlagsrente 3 %.

...”

Klageskrivelsen af 9. april 2003 samt uddybende skrivelse af 19. maj 2003:

Ved skrivelse af 19. maj 2003 har advokat A på vegne af K (pensionskasse) uddybet sin klage af 9. april 2003 over Finanstilsynets afgørelse. I skrivelsen hedder det blandt andet:

”...

Sagsfremstilling

K anmeldte den 10. december 2002 et nyt teknisk grundlag og overskudsregulativ til Finanstilsynet.

Overskudsregulativet indebærer blandt andet, at Kassen kan udlodde betinget bonus i form af et tillæg til depotrente.

Den betingede bonus anvendes ikke til at forhøje forsikringerne, men opsamles til anden anvendelse. Herom er indsendt særskilt anmeldelse.

Kassens bestyrelse afsatte ultimo 1999 480 mio. kr. til styrkelse af grundlaget for at imødegå lavere dødelighed og for at sikre realværdien af pensionsydelse. Beløbet er siden forhøjet.

Med virkning fra ultimo 2002 og i en periode på op til 3 år herefter vil Pensionskassen - hvis de økonomiske forhold tilsiger det - udlodde afsatte pensionshensættelser på i alt 508 mio. kr. ved at tildele alle pensionsordninger etableret før den 1. januar 2003 8 % af depotet som betinget bonus. Det beløb, som udloddes ultimo 2002, henstår beregningsteknisk uanvendt gennem 2003 og vil fremgå som en særskilt linie, “*Betinget bonus*”, på depotopgørelsen. Det udloddede beløb indgår ikke i beregning af foreløbig udtrædelsesgodtgørelse. Samme princip vil blive videreført i de efterfølgende år.

Ultimo perioden vil beløbet sammen med den endelige udlodning blive anvendt til at styrke beregningsgrundlaget.

Indtil konverteringen er endeligt gennemført vil alle forhøjelser på bestående forsikringer pr. 31. december 2002 blive foretaget på det nuværende dækningsgrundlag. Ultimo perioden er det planen at omlægge de bestående forsikringer til det nye tekniske grundlag.

I forbindelse med indførelse af 2 % grundlaget til præmiestigninger og bonustilskrivning i 2001 vil alle garanterede ydelser ultimo perioden bestå af en 2 % del og en 3 % del. Nytegninger fra og med den 1. juli 1999 har dog ingen 3 % del.

Som udgangspunkt sker konverteringen til nyt grundlag, ved at 2 % delen omlægges til den nye grundlags 2 % del og 3 % delen til den nye grundlags 3 % del.

Den særligt tilførte betingede bonus anvendes til at tilkøbe dækninger på det nye grundlag, således at de samlede garantier opfyldes. I det omfang det tilførte beløb sammen med de bestående midler er "for stort" anvendes overskuddet til at nedsætte 3 % delen. I de tilfælde hvor det tilførte beløb er "for lille", dækkes mankoen ved at forøge 3 % delen. Dette sidste forudsætter imidlertid en dispensation fra grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, idet det kan medføre, at der opstår 3 % dele på 2 % policer - tegnet efter 1. juli 1999.

Efter Kassens beregninger vil problemet - og dermed dispensationen - alene omfatte ca. 600 policer af den samlede bestand på 11.000 policer.

En dispensation vil således i forhold til nyttegrundlaget være af yderst beskedent omfang, men vil medføre en endog meget betydelig administrativ lettelse i de tilfælde, forsikringerne ellers skulle have tilført yderligere midler for at opretholde de garanterede ydelser. Omvendt vil en administrativ og edb-mæssig tilpasning af systemer mv. til den beskedne bestand, der rammes af problemet ved konverteringen, være uforholdsmæssigt bekostelig og ressourcekrævende i øvrigt for Kassen og de øvrige forsikrede.

...

Anbringender

Ifølge grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, kan Finanstilsynet meddele dispensation fra bestemmelserne i § 2, stk. 2-4.

Det medfører iflg. bestemmelsen selv, at Finanstilsynet kan tillade, at den maksimale grundlagsrente ansættes højere end 2 % ved indgåelse **eller ændring** af en forsikringsaftale når blot grundlagsrenten vælges med forsigtighed.

Dispensation kan herefter meddeles, hvis anvendelsen af en højere grundlagsrente

- I) har en bagatelagtig økonomisk betydning for pensionskassen, og
- II) er betryggende og rimelig for de enkelte forsikringstagere og andre berettigede efter for sikringsaftalerne,
- III) dog således at "højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes".

Om de enkelte elementer kan anføres følgende:

Ad "Ændring" af en forsikringsaftale

Selve betingelsen i bekendtgørelsens § 2 om, at denne finder anvendelse ved "ændring" af en livsforsikringsaftale, må anses for at være opfyldt ved konverteringen i forbindelse med grundlagsskiftet.

Ad Bagatelagtig økonomisk betydning

Kassens ansvarshavende aktuar har i anmeldelsen af det tekniske grundlag bekræftet, at den økonomiske betydning for Kassen er bagatelagtig, jfr. i øvrigt bemærkningerne ovenfor om antallet af muligt berørte forsikringer.

Ad Betryggende og rimelig

Selve ønsket om grundlagsrenteændring udspringer - ligesom beslutningen om tildeling af betinget bonus til individuel styrkelse af grundlaget - af et ønske om at sikre en ligelig og retfærdig fordeling af Kassens afkast blandt medlemmerne.

Behovet for individuel styrkelse vil formentlig alene opstå på nye(re) forsikringer, hvor reserven er for spinkel til selv at kunne "bære" konvertering fra G82 til BPO3.

Omvendt vil behovet for styrkelse aftage i takt med, at Kassen tilskriver den betingede bonus til individuel styrkelse af grundlaget.

Konverteringsønsket er således alternativ til en løsning, hvorefter

- a) den enkelte forsikring blot uden videre konverteres fuldt ud til et 2 % grundlag og derved kommer til at "skylde" bonus, som derefter "afdrages" over de kommende år,
- b) den enkelte forsikring modtager en egentlig individuel styrkelse af grundlaget ved tilførsel af midler fra egenkapitalen eller
- c) det accepteres, at forsikringer på 2 % grundlaget ikke omberegnes til et grundlag med en anden dødelighed, men bevares på G82 grundlaget.

Den under a) nævnte løsning er efter tidligere drøftelser med Finanstilsynet fundet meget vanskelig at realisere, ligesom Kassen har redegjort for, at en administration af denne løsning ville være uforholdsmæssigt krævende.

Den under b) nævnte løsning favoriserer systematisk nye forsikringer på bekostning af ældre. Selv om "skævdelingen" absolut betragtet er af beskeden økonomisk størrelse for Kassen, vil den dog for de enkelte nyetablerede forsikringer, som alene har en beskeden reserve, relativt være af væsentlig økonomisk betydning. Skævdelingen vil under alle omstændigheder ensidigt være til fordel for nye medlemmer på bekostning af de ældre medlemmer, og dermed efter Kassens vurdering kollidere med kontributionsprincippet.

Den under c) nævnte løsning vil reelt blot udskyde problemet, således at Kassen på et senere tids punkt vil opleve et problem med lavere

dødelighed, som antagelig vil skulle løses ved yderligere styrkelse af grundlaget.

Alt i alt er betingelsen om, at dispensationen skal være "betryggende og rimelig" således også opfyldt.

Ad Grundlagsrentemaksimering

Tilbage står herefter spørgsmålet om fortolkningen af betingelsen om, at "... *højest den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*".

Hertil kan hentes bistand i bekendtgørelsens § 4.

§ 4 gennemgår en række tilfælde, hvor forsikringer ændres eller etableres, og hvor reglerne om maksimering af grundlagsrenten efter § 2, stk. 2-4 ikke finder anvendelse.

Dispensationsadgangen i § 5 må med sikkerhed kunne fastslås at omfatte situationer, som ikke er indeholdt under nogen af de i § 4, stk. 1, nr. 1-8, opremsede tilfælde. Det er herefter ikke umiddelbart muligt nærmere at afgrænse, hvad virkefeltet for dispositionsadgangen skulle være, om ikke situationer, som den der ligger til grund for dispensationsansøgningen.

Grundlagsrentebekendtgørelsens § 4, stk. 2, fastslår, at grundlagsrenten i de i stk. 1, nr. 1, 2 og 3, nævnte tilfælde ikke kan overstige "den **for aftalen** hidtil anvendte grundlagsrente" (min udh.).

§ 5, stk. 1, nr. 2, sidste led, fastslår heroverfor, at *højest "den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes"*. § 5, stk. 2, begrænser sig således ikke til den enkelte aftale og fremstår således som havende et bredere virkefelt.

Forståelsen af begrebet "*den hidtil anvendte grundlagsrente*" må efter en naturlig sproglig forståelse og fortolkning af formålet kunne betyde enten:

- I) grundlagsrenten for bestanden,
- II) grundlagsrenten for instituttet, eller
- III) grundlagsrenten i henhold til den hidtil gældende grundlagsrentebekendtgørelse.

Uanset hvilken af disse grundlagsrenter der henvises til, vil Ks ansøgning om dispensation til anvendelse af en grundlagsrente på 3 % i forbindelse med konverteringen kunne indplaceres under en af dem.

Sammenfattende **gøres** det således **gældende**,

- **at** grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, indeholder den fornødne hjemmel til at meddele den søgte dispensation,

- **at** Ks anmeldte ændring af tekniske grundlag og heraf følgende konvertering op fylder betingelserne for at blive meddelt dispensation - eventuelt tidsbegrænset dispensation og
- **at** det søgte derfor må imødekommes.

...”

Finanstilsynets redegørelse af 20. juni 2003:

Finanstilsynet har i skrivelse af 20. juni 2003 blandt andet udtalt:

”...

I henhold til §§ 2 og 7 i grundlagsrentebekendtgørelsen må grundlagsrenten ikke overstige 2 % for forsikringsaftaler, der indgås eller ændres efter 1. juli 1999. Bekendtgørelsens § 5 indeholder dog en række dispensationsmuligheder. (Herudover indeholder bekendtgørelsens § 4 en række undtagelser fra bekendtgørelsen, som dog ikke er aktuelle i denne sag).

...

I henhold til grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, kan Finanstilsynet dispensere fra bestemmelserne i § 2, stk. 2-4. Bestemmelsen i § 2, stk. 1, om, at grundlagsrenten skal vælges med forsigtighed, skal dog fortsat gælde.

I henhold til grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, kan Finanstilsynet give dispensation fra bekendtgørelsens § 2, stk. 2-4, i tilfælde, hvor anvendelsen af en højere grundlagsrente har en bagatelagtig økonomisk betydning for forsikringselskabet og er betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes.

Pensionskassen anfører i klagen til Erhvervsankenævnet,

1. at kassens ansvarshavende aktuar i anmeldelsen af det tekniske grundlag har bekræftet, at den økonomiske betydning for pensionskassen er bagatelagtig,
2. at dispensationsadgangen i § 5 må omfatte situationer, som ikke er indeholdt i de i § 4 opremsede tilfælde, og at der derfor ikke umiddelbart ses anden mulig anvendelse af bestemmelsen end situationer som den, som ligger til grund for dispensationsansøgningen, og
3. at bekendtgørelsens § 4, stk. 2, hvor det anføres, at grundlagsrenten ikke kan overstige "*den for aftalen hidtil anvendte grundlagsrente*", må indebære, at "*den hidtil anvendte grundlagsrente*" i § 5, stk. 1, nr. 2, ikke kan begrænse sig til den

enkelte aftale, men må fortolkes bredere som grundlagsrenten for bestanden, instituttet eller i henhold til den hidtil gældende grundlagsrentebekendtgørelse.

Til nr. 1 bemærkes, at det er korrekt, at pensionskassen har bekræftet, at den økonomiske betydning for pensionskassen er bagatelagtig. Efter Finanstilsynets opfattelse har kassen imidlertid ikke dokumenteret, at den økonomiske betydning er bagatelagtig (tilsynet finder ikke, at en angivelse af det forventede antal policer, der berøres af dispensationen, kan anses for dokumentation heraf). En eventuel dispensation måtte derfor i givet fald i det mindste forudsætte, at pensionskassen dokumenterer overfor Finanstilsynet, at den økonomiske betydning af dispensation er bagatelagtig.

Til nr. 2 bemærkes, at § 5, stk. 1, nr. 2, blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med uændret grundlag (grundlagsrente) under forudsætning af, at denne anvendelse af en højere grundlagsrente end den i bekendtgørelsen fastsatte – men altså ikke højere end den hidtil anvendte grundlagsrente – har bagatelagtig betydning for selskabet. Bestemmelsen er således ikke (specielt) møntet på den aktuelle situation. I vedlagte uddrag af Rapport om fastsættelse af maksimal grundlagsrente ... er angivet eksempler på situationer, som bestemmelsen var tiltænkt anvendt på.

Til nr. 3 bemærkes, at bestemmelsen i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1 og 2, om, "*at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*" efter Finanstilsynets opfattelse utvivlsomt refererer til grundlagsrenten (eller som i dette tilfælde renterne) for den enkelte aftale. Tilsynet finder ikke, at der er noget i bekendtgørelsen, der tilsiger en anden fortolkning, jf. også bemærkningerne til nr. 2 ovenfor.

Det ville desuden kunne føre til absurde resultater, hvis pensionskassens fortolkning blev lagt til grund. Konsekvensen af pensionskassens fortolkning ville f.eks. være, at et pensionsinstitut, der har en bestand på 2 % grundlagsrente og en bestand på 5 % grundlagsrente, ville kunne få dispensation til at konvertere forsikringerne på 2 % grundlaget til 5 % grundlaget (såfremt den økonomiske betydning er bagatelagtig), uanset at instituttet nu anvender en grundlagsrente på 2 % for nye forsikringer. Dette har aldrig været meningen med dispensationsadgangen i bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2.

Pensionskassen anfører i klagen, at konverteringsønsket er et alternativ til en løsning, hvor

- a) den enkelte forsikring konverteres fuldt ud til et 2 % grundlag og derved kommer til at "skylde" bonus, som derefter "afdrages" over de kommende år,
- b) den enkelte forsikring modtager en egentlig individuel styrkelse af grundlaget ved tilførsel af midler fra egenkapitalen, eller

c) forsikringer på 2 % grundlaget ikke omberegnes til et grundlag med en anden dødelighed, men bevares på G82 grundlaget.

Pensionskasse finder løsning a) meget vanskelig at realisere, og uforholdsmæssig dyr at administrere. Endvidere finder kassen, at løsning b) kolliderer med kontributionsprincippet. Endelig finder kassen, at løsning c) reelt blot udskyder problemet med den lavere dødelighed.

Finanstilsynet har ingen bemærkninger til vedrørende løsning a) og c). Tilsynet er derimod ikke enig i kassens vurdering af løsning b). Det forhold, at en del af egenkapitalen anvendes til styrkelse af grundlaget, falder udenfor kontributionsprincippet, som det er beskrevet i kontributionsbekendtgørelsen. Kontributionsbekendtgørelsen omhandler alene regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat. Egenkapital er netop tilstede for at kunne anvendes bl.a. til sikring af grundlaget. Det er på denne baggrund Finanstilsynets opfattelse, at pensionskassen ville kunne anvende løsning b), hvis den ønskede det.

....

Som det fremgår af ovenstående, er det Finanstilsynets opfattelse, at allerede bestemmelsen i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, om, at "*højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*", forhindrer, at tilsynet kan give den ansøgte dispensation fra bekendtgørelsens § 2, stk. 2-4.

Finanstilsynet har ikke taget stilling til, om en dispensation ville være betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere. Dette måtte i givet fald forudsætte, at pensionskassen dokumenterer dette.

Det er endvidere Finanstilsynets opfattelse, at pensionskassen vil kunne styrke grundlaget ved anvendelse af midler fra egenkapitalen.

...

Det er Finanstilsynets opfattelse, at bemærkningen "*dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*" i § 5, stk. 1, nr. 2, i grundlagsrentebekendtgørelsen ikke giver Finanstilsynet hjemmel til at dispensere fra bekendtgørelsens § 2, stk. 2-4, således at der for en forsikringsaftale kan anvendes en højere grundlagsrente end den hidtil anvendte. Dette gælder, uanset om anvendelsen af en højere grundlagsrente måtte have en bagatelagtig økonomisk betydning for pensionskassen, og uanset om anvendelsen måtte være rimelig og betryggende over for de forsikrede."

Yderligere indlæg fra sagens parter:

I skrivelse af 15. august 2003 har advokat A yderligere anført:

” ...

Tilsynet bemærker ..., at en eventuel dispensation måtte i det mindste må forudsætte, at pensionskassen dokumenterer, at den økonomiske betydning af dispensationen er bagatelagtig.

Udover det i klagen anførte bemærkes, at det skriftlige materiale muligvis ikke er tilstrækkeligt uddybende, fordi der har været en mundtlig drøftelse ved siden af. Udgangspunktet er, at en styrkelse af levetiden i grundlaget forlænger de forventede udbetalinger længst ude i fremtiden. Når denne forøgelse tilbagediskonteres med 3 %, er den procentuelle forøgelse af forpligtelsen væsentligt lavere, end hvis den tilbagediskonteres med 2 %.

Eksempelvis vil hensættelsen med den samme grundlagsstyrkelse for en 24 årig, som på 3 % grundlaget indebærer en 9 % forøgelse af hensættelsen, medføre en 18 % forøgelse af hensættelsen, hvis pensionsaftalen er tegnet på 2 % grundlaget.

Da de opsparede midler skal benyttes til at styrke levealderen i de forpligtelser, som er opgjort på 3 % er der kontributionsmæssigt korrekt opgjort ikke tilstrækkeligt penge til forpligtelser opgjort på 2 %, hvis der skal være et ensartet opgørelsesgrundlag med hensyn til dødelighed. Merudgiften hertil vil i gennemsnit andrage 1½ års bidrag - eller i alt 24 mio. kr. - for den bestand, der søges dispensation for.

Formålet med dispensationen er derfor at undgå en urimelig forfordeling af ca. 600 medlemmer ud af den samlede medlemsbestand, og at undgå den babyloniske forvirring og de omkostninger, der kunne opstå, hvis edb-systemer og aftalegrundlag skulle omfatte to forskellige opgørelsesgrundlag med hensyn til dødelighed og invaliditet udover de to forskellige opgørelsesgrundlag med hensyn til grundlagsrente.

Ved vurderingen af den økonomiske betydning skal der tages højde for den buffer, der ligger i bonuspotentialt.

Ved at skifte grundlag fra G82 2 % til BPO3 2 og 3 %, således at hensættelsen ud fra tegningsgrundlaget forøges med 9 %, vil bonuspotentialt som udgangspunkt være højere, end hvis den betingede bonus på 9 % anvendtes til at forøge pensionsydelse på G82 2 % grundlaget.

Det gøres derfor gældende, at en dispensation ikke kun er af bagatelagtig økonomisk betydning - men indebærer en decideret økonomisk forbedring for pensionskassen.

Hvis pensionskassen alternativt vælger at overføre de nævnte 24 mio. kr. til de 600 pensionsordninger til endelig styrkelse af reserven, vil den økonomiske situation ikke være bedre, idet garantiforpligtelserne på den eksisterende bestand fortsat er altdominerende.

Det bemærkes videre, at Finanstilsynet tidligere har afgjort, at forsikringer på blandet grundlag kan opgøres under ét, hvis 2 %-delen ikke kan opfattes som en separat aftale. Det vil i høj grad være tilfældet i den foreliggende sag - og K kan endog tillade sig at stramme ansøgningen op, således at der ved eventuelle nedsættelser af de pågældende pensionsordninger sker en forholdsmæssig nedskrivning af 3 %-delen - i modsætning til resten af bestanden, hvor LIFO-princippet opretholdes, således at størrelsen af 3 %-delen altid maksimeres.

... Finanstilsynet [bemærker] ..., at dispensationsadgangen blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag af uændret grundlagsrente under forudsætning af, at dette alene havde bagatelagtig betydning for selskabet.

Tilsynet henviser herved til et uddrag af grundlagsrenterapporten. Det gøres gældende, at det tilsendte uddrag af rapporten ikke afskærer det ansøgte. Rapporten angiver ikke, at de opstillede eksempler er udtømmende, og det forhold, at det foreliggende tilfælde efter Tilsynets opfattelse ikke selvstændigt er nævnt, afskærer ikke en anvendelse af dispensationsadgangen for forhold, som i øvrigt er juridisk konsistente med grundlagsrentebekendtgørelsen.

Det gøres desuden gældende, at det sidste eksempel i det fremsendte afsnit 6.6 [i grundlagsrapporten] er ganske analogt til Ks ansøgning, idet der er tale om en dispensation i henhold til § 5.1, stk. 1, hvor begrænsningen er den samme som i § 5, stk. 2, nemlig den '*hidtil anvendte grundlagsrente*'.

I det nævnte eksempel godkendes en overdragelse, hvor grundlagsrenten forøges fra 3,0 % til 3,7 %, som er den hidtil anvendte grundlagsrente i det modtagende selskab - men som overstiger det maksimale på det pågældende tidspunkt. I eksemplet er der tale om et knækgrundlag, idet aktuelle pensioner opgøres på højere rente. Dette er også tilfældet i Ks ansøgning, idet aktuelle pensioner, som ikke er underlagt nogen begrænsning, omregnes til 3 %. Det fremgår videre af eksemplet, at Finanstilsynet har lagt vægt på, at der en stor friholdt del og egen bonusgruppe for den på gældende delbestand. Dette må henføres til argumentationen for, at den økonomiske risiko ikke forøges — hvilket tilsvarende er gældende for K.

Det fremgår videre ikke af bekendtgørelsen, at den alene finder anvendelse på forhøjelser, og anbringendet må afvises som udokumenteret.

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 25. september 2003 supplerende udtalt:

” ...

I den supplerende udtalelse argumenterer pensionskassen for, at den økonomiske betydning af den ansøgte dispensation fra grundlagsrentebekendtgørelsen er bagatelagtig.

Hertil bemærker Finanstilsynet, at da tilsynets afgørelse af 20. marts 2003 er begrundet i, at bestemmelserne i grundlagsrentebekendtgørelses § 5, stk. 1, nr. 2, ikke indeholder hjemmel til, at tilsynet kan give den ansøgte dispensation, uanset om den økonomiske betydning heraf måtte være bagatelagtig, har tilsynet ved afgørelsen hverken taget stilling til eller lagt vægt på, om den økonomiske betydning af dispensationen ville være bagatelagtig eller ikke. Dette er også årsagen til, at tilsynet ikke i forbindelse med sagens behandling har bedt pensionskassen om at dokumentere dette. Tilsynet vil ikke afvise, at den økonomiske betydning af en dispensation i givet fald ville have været bagatelagtig, men det har som nævnt ingen betydning for sagens afgørelse. Det tilføjes, at Finanstilsynet ikke har planer om at ændre bekendtgørelsen og indsætte en dispensationsbestemmelse.

Til bemærkningen i Finanstilsynets høringssvar til Erhvervsankenævnet af 20. juni 2003 om, at "*§ 5, stk. 1, nr. 2, blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med uændret grundlag (grundlagsrente) ... I vedlagte uddrag af Rapport om fastsættelse af maksimal grundlagsrente ... er angivet eksempler på situationer, som bestemmelsen var tiltænkt anvendt på*", fremfører pensionskassen, at det vedlagte uddrag af rapporten ikke afskærer den af kassen ansøgte dispensation. Kassen anfører, at rapporten ikke angiver, at de opstillede eksempler er udtømmende, og at den derfor ikke forhindrer, at dispensationsadgangen anvendes på det foreliggende tilfælde. Kassen anfører desuden, at det sidste eksempel i uddragets afsnit 6.6 er ganske analogt til pensionskassens dispensationsansøgning, idet der er tale om en dispensation i henhold til bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, hvor begrænsningen "*hidtil anvendte grundlagsrente*" er den samme som i § 5, stk. 1, nr. 2. Kassen anfører, at Finanstilsynet i det nævnte eksempel godkendte en overdragelse, hvor "*grundlagsrenten forøges fra 3,0 % til 3,7 %, som er den hidtil anvendte grundlagsrente i det modtagende selskab*". Pensionskassen fremfører endelig, at det ikke fremgår, at bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, alene finder anvendelse på forhøjelser.

Finanstilsynet bemærker hertil, at pensionskassens gengivelse af det sidste eksempel i uddragets afsnit 6.6 er misvisende. Den pågældende (firma)pensionskasse havde et såkaldt knækket grundlag, hvor der anvendtes en grundlagsrente på 4,5 % for aktuelle pensioner, mens der for øvrige pensionstilsagn anvendtes en grundlagsrente på 3 %. Finanstilsynet godkendte, at alle pensionstilsagn blev overført til et selskab under anvendelse af en (fælles) grundlagsrente på 3,7 %. Grundlagsrenten på 3,7 % svarede til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for alle pensionstilsagn i pensionskassen.

Finanstilsynet fastholder, at § 5, stk. 1, nr. 2, blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med uændret grundlag (grundlagsrente), selv om denne overstiger den i grundlagsrentebekendtgørelsens § 2, stk. 3, fastsatte maksimale grundlagsrente. Efter tilsynets opfattelse kan det ikke tillægges vægt, at det ikke fremgår eksplicit af grundlagsrentebekendtgørelsen, at bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, alene finder anvendelse på forhøjelser.

Finanstilsynet er enig med pensionskassen i, at begrænsningen "*dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*" i bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, må fortolkes på samme måde som den enslydende begrænsning i § 5, stk. 1, nr. 2, uanset at førstnævnte begrænsning alene vedrører bestandsoverdragelser. Dette har dog ikke betydning for Finanstilsynets afgørelse af 20. marts 2003.

Finanstilsynet er enig i, at begrænsningen "*dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*" i bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1 og 2, ikke, som anført i tilsynets hørings svar til Erhvervsankenævnet af 20. juni 2003, nødvendigvis refererer til grundlagsrenten (eller som i dette tilfælde renterne) for den enkelte aftale. Som det fremgår af det af pensionskassen refererede eksempel i afsnit 6.6 i *Rapport om fastsættelse af maksimal grundlagsrente*, kan begrænsningen i visse tilfælde tillige henvise til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for en hel pensionsordning (eller en nærmere afgrænset del heraf).

Finanstilsynet fastholder imidlertid, at den nævnte begrænsning ikke kan have den af pensionskassen angivne fortolkning, hvorefter der kan anvendes enhver grundlagsrente, som pensionskassen tidligere måtte have anvendt, når anvendelsen blot har en bagatelagtig økonomisk betydning for forsikringsselskabet og er betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere og andre berettigede efter forsikringsaftalerne. I modsat fald ville begrænsningen ikke slet have nogen mening, og det ville have været tilstrækkeligt at kræve, at anvendelsen af en højere grundlagsrente var bagatelagtig for selskabet og betryggende og rimelig overfor de enkelte forsikringstagere.

Den omregning af pensionstilsagnene, som pensionskassen agter at foretage vil indebære, at den gennemsnitlige grundlagsrente for den enkelte pensionsaftale som hovedregel vil forblive uændret, men at den i et begrænset antal tilfælde vil stige. Dette indebærer i modsætning til det ovenfor nævnte sidste eksempel i afsnit 6.6 i *Rapport om fastsættelse af maksimal grundlagsrente*, at den gennemsnitlige grundlagsrente for hele pensionskassens bestand vil stige ved omregningen. Som nævnt, er dette efter tilsynets opfattelse i strid med begrænsningen i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, om, at "*højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes*".

Advokat A har ved skrivelse af 27. oktober 2003 bemærket:

”...

Ad tilblivelsen af grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2

I klagerens 2. indlæg henviste jeg til, at det sidste eksempel i rapport om fastsættelse af maksimalt grundlagsrente ..., pkt. 6.6, var ganske analogt til den foreliggende ansøgning om dispensation.

Finanstilsynet bestrider dette og henviser til, at den i det nævnte eksempel meddelte dispensation beroede på, at den tilladte forhøjelse svarede til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for alle pensionstilsagn i pensionskassen.

Hertil bemærkes, at dette ikke fremgår af de kriterier, der er nævnt til begrundelse af afgørelsen. Heraf fremgår, at

“Finanstilsynet lagde i denne anledning vægt på, at en væsentlig del af firmapensionskassens formue var friholdt fra realrenteafgift, at medlemmerne af pensionsordningen i selskabet vil indgå som en selvstændig bonusgruppe, og at pensionisternes pensionstilsagn blev opretholdt ved, at en del af firmapensionskassens merværdi blev anvendt til den forøgede livsforsikringshensættelse, som var nødvendig på grund af anvendelse af en lavere grundlagsrente”

Det bemærkes videre, at en beregning af en gennemsnitlig grundlagsrente som blot gennemsnittet af de anvendte grundlagsrenter må forudsætte, at aktuelle og eventuelle pensioner er af en sådan ensartet størrelse, at pensionsinstitutets samlede fremtidige forpligtelse ikke forøges.

Lægges Finanstilsynets “gennemsnitsbetragtning” til grund, vil overførsel til selskaber med op til fx 17 % grundlag kunne medføre nogle ganske voldsomt forøgede gennemsnitlige grundlagsrenter, hvis blot gennemsnittet af rentegrundlagene lægges til grund uden at tage højde for de underliggende aktiver.

Det bemærkes videre til støtte for netop den fortolkning, klageren ønsker lagt til grund, at det fremgår af 1. eksempel under pkt. 6.6 i rapporten, at Tilsynet ved flere overdragelser har “... *accepteret at pensionsordningen i det modtagende blev baseret på den hidtil anvendte grundlagsrente firma- pensionskassen*“. I disse ordninger er således angiveligt ikke beregnet nogen gennemsnitlig rente.

Tilsynet fastholder, at passussen “... *højst den hidtil anvendte grundlagsrente*” blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give selskabet mulighed for at foretage reguleringer i eksisterende forsikringer med uændret grundlag, selv om denne overstiger det i grundlagsrentebekendtgørelsens § 2, stk. 3, fastsatte maksimale grundlagsrente.

Jeg **gør gældende**, at der intetsteds findes grundlag for Tilsynets antagelse.

Tilsynet anfører videre, at det efter Tilsynets opfattelse ikke kan tillægges vægt, at begrænsningen i dispensationsbestemmelsens anvendelsesområde ikke fremgår eksplicit af bekendtgørelsen.

Dette **bestrides**. Jeg **gør gældende**, at det i en situation, hvor der fra Tilsynets side gøres gældende, at dispensationsbestemmelsen alene har betydning for et bestemt og meget snævert virkefelt, er af afgørende betydning om dette, fremgår af bekendtgørelsen. Dette ikke mindst af retssikkerhedsmæssige årsager.

Fraværet af en sådan præcisering er efter klagerens opfattelse et væsentligt indicium for, at dispensationsbestemmelsen netop skal fortolkes i overensstemmelse med sin ordlyd - som en generelt gældende bestemmelse.

...”

I skrivelse af 4. december 2003 har Finanstilsynet bemærket:

”...

Overordnet bemærker Finanstilsynet, at pensionskassen ikke har retskrav på dispensation i henhold til bestemmelserne i grundlagsrentebekendtgørelsens § 5. § 5 åbner alene mulighed for at tilsynet kan give en dispensation i visse tilfælde. Det er Finanstilsynets praksis ikke at give dispensation i tilfælde som det her foreliggende.

Til A's bemærkninger i brev af 18. november 2003 skal Finanstilsynet supplerende oplyse følgende:

A anfører på ny, at det sidste eksempel i punkt 6.6 i grundlagsrenterapporten er analogt til pensionskassens ansøgning om dispensation fra grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 2. Han fremfører endvidere,

1. at det ikke fremgår af den i rapporten nævnte begrundelse for tilsynets afgørelse af den pågældende sag, at tilsynets dispensation beroede på, at den tilladte forhøjelse af grundlagsrenten svarede til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for alle pensionstilsagn i pensionskassen.
2. at hvis Finanstilsynets “gennemsnitsberegning” lægges til grund, vil overførsler til selskaber med f.eks. op til 17 % grundlag kunne medføre ganske voldsomt forøgede grundlagsrenter, hvis blot gennemsnittet af rentegrundlagene lægges til grund uden at tage højde for de underliggende aktiver.
3. at det fremgår af første eksempel i grundlagsrenterapportens punkt 6.6, at tilsynet ved flere overdragelser har “...accepteret, at pensionsordningen det modtagende selskab blev baseret på den hidtil

anvendte grundlagerente“, og at der i disse ordninger således angiveligt ikke er beregnet nogen gennemsnitlig rente.

Hertil bemærker Finanstilsynet indledningsvis, at såvel punkt 6.6 i grundlagsrenterapporten som grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, udelukkende vedrører bestandsoverdragelser, hvilket tydeligt fremgår af rapporten henholdsvis bekendtgørelsen. Bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1, henholdsvis rapportens punkt 6.6 kan derfor ikke anvendes i nærværende sag, der ikke vedrører bestandsoverdragelse.

Endvidere bemærker Finanstilsynet til punkt 1, at tilsynet ved sin afgørelse af den i grundlagsrenterapportens punkt 6.6, sidste eksempel, omtalte sag bl.a. lagde vægt på, at forhøjelsen af grundlagsrenten svarede til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for alle pensionsstilsagn i pensionskassen, uanset at dette ikke er nævnt eksplicit i rapporten. Dette er efter tilsynets opfattelse i overensstemmelse med grundlagsrentebekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1. Det tilføjes, at det af rapportens punkt 6.1, sidste afsnit, fremgår, at *“De væsentligste forudsætninger for afgørelserne er medtaget, men ikke nødvendigvis alle forudsætningerne”*.

Til punkt 2 bemærker Finanstilsynet, at tilsynet ikke alene lægger gennemsnittet af rentegrundlagene i en bestand, der ønskes overdraget til et andet pensionsinstitut, til grund ved afgørelsen af, om overdragelsen kan tillades. I overensstemmelse med § 157 i lov om forsikringsvirksomhed påser Finanstilsynet, at en bestandsoverdragelse som helhed er forsvarlig overfor forsikringstagerne. Dette gælder både forsikringstagerne i det overdragende pensionsinstitut, forsikringstagerne i den bestand der cm skes overdraget, og forsikringstagerne i det modtagende pensionsinstitut.

Til punkt 3 bemærker Finanstilsynet, at grunden til, at der i de i første eksempel i grundlagsrenterapportens punkt 6.6, nævnte overdragelser angiveligt ikke er beregnet nogen gennemsnitlig rente, er, at der i disse overdragelser kun har eksisteret én hidtidig grundlagsrente. Det ville derfor ikke have givet nogen mening eksplicit at nævne anvendelse af en gennemsnitlig grundlagsrente. Det tilføjes, at Finanstilsynet ikke nødvendigvis vil tillade anvendelse af en gennemsnitlig grundlagsrente i bestandsoverdragelser, hvor der hidtil måtte være anvendt to (eller flere) grundlagsrenter i den bestand, der ønskes overdraget.

A fremfører, at der intet steds findes grundlag for Finanstilsynets opfattelse af, at § 5, stk. 1, nr. 2, blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med uændret grundlag (grundlagsrente). A gør endvidere gældende, at det må tillægges vægt, at denne begrænsning i dispensationsbestemmelsen ikke fremgår eksplicit af bekendtgørelsen.

Finanstilsynet fastholder, at § 5, stk. 1, nr. 2, blev indsat i grundlagsrentebekendtgørelsen for at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med uændret

grundlag (grundlagsrente) under forudsætning af, at denne anvendelse af en højere grundlagsrente, end den i bekendtgørelsen fastsatte, har bagatelagtig betydning for selskabet. Tilsynet anvender bestemmelsen indskrænkende i overensstemmelse hermed og henviser i denne forbindelse til eksempel et og to i grundlagsrapportens punkt 6.4 om præmiestigninger. Tilsynet er enig i, at denne begrænsning i dispensationsbestemmelsen ikke fremgår eksplicit af bekendtgørelsen”.

Ankenævnet udtaler:

Selskaber, som driver livsforsikringsvirksomhed, skal til Finanstilsynet anmelde det af selskabet anvendte grundlag for beregning af forsikringspræmierne og livsforsikringshensættelserne, jf. den dagældende § 30, stk. 1, nr. 1, i lov om forsikringsvirksomhed (nu § 20, stk. 1, nr. 2 og 6 i lov om finansiel virksomhed).

De anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, jf. lovens dagældende § 31, stk. 1 (nu § 21, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed), og den eller de rentesatser, der lægges til grund ved beregningen af livsforsikringshensættelserne og forsikringspræmierne, skal vælges med forsigtighed, jf. dagældende § 31, stk. 4 (nu § 21, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed).

Finanstilsynet har ved bekendtgørelse nr. 433 af 7. juni 1999 om grundlagsrente for livsforsikringsvirksomhed fastsat nærmere bestemmelser om grundlagsrenten.

Grundlagsrenten, som er den eller de rentesatser, der lægges til grund ved beregningen af livsforsikringshensættelserne og præmierne, skal vælges med forsigtighed, jf. bekendtgørelsens § 2, stk. 1, og må maksimalt fastsættes til en rentesats på 2 % p.a. inkl. et garanteret omkostnings- og sikkerhedstillæg, som måtte være indeholdt i grundlagsrenten, jf. stk. 2 og 3.

Bekendtgørelsens § 5 hjemler i en række nærmere angivne tilfælde mulighed for, at Finanstilsynet efter ansøgning kan dispensere fra bestemmelserne i § 2, stk. 2-4. Efter § 5, stk. 1, nr. 2, kan der dispenseres for tilfælde, hvor

anvendelsen af en højere grundlagsrente har en bagatelagtig økonomisk betydning for forsikringsselskabet og er betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes.

K har den 10. december 2002 anmeldt blandt andet et nyt teknisk grundlag til Finanstilsynet, og i den forbindelse tillige ansøgt om dispensation fra den i medfør af bekendtgørelsens § 2, stk. 2 og 3 fastsatte maksimale grundlagsrente på 2 % p.a.

Finanstilsynet har ved afgørelsen af 20. marts 2003 afslået ansøgningen, da bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 2, efter Finanstilsynets opfattelse, hvorved tilsynet henviser til sidste led i bestemmelsen ”dog således at højst den hidtil anvendte grundlagsrente kan anvendes”, ikke indeholder hjemmel til at give dispensation til at omregne pensionstilsagn eller dele heraf til grundlag med højere grundlagsrente end den for den enkelte pensionsaftale anvendte grundlagsrente.

Ved skrivelse af 25. september 2003 har Finanstilsynet erklæret sig enig med pensionskassen i, at omtalte sidste led i bestemmelsen ikke nødvendigvis refererer til grundlagsrenten eller som i dette tilfælde renterne for den enkelte aftale, men at begrænsningen i visse tilfælde tillige kan henvise til den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for en hel pensionsordning eller en nærmere afgrænset del heraf.

Efter ankenævnets opfattelse fremgår det, som påpeget af K og som Finanstilsynets ændrede opfattelse ved skrivelsen af 25. september 2003 også støtter, ikke klart og entydigt, hvilken grundlagsrente, der i bekendtgørelsen refereres til med udtrykket ”højst den hidtidige anvendte grundlagsrente”.

Ankenævnet finder ikke, at det ud fra ordlyden af § 5, stk. 1, nr. 2, eller de foreliggende oplysninger i øvrigt, herunder det anførte eksempel i Finanstilsynets ”Rapport om fastsættelse af maksimal grundlagsrente”, er godtgjort, at bestemmelsen alene skulle være møntet på at give et selskab mulighed for at foretage regulering af eksisterende forsikringer på grundlag med

uændret grundlag (grundlagsrente), selv om denne overstiger den i § 2, stk. 3, fastsatte maksimale grundlagsrente.

Ankenævnet finder således ikke, at Finanstilsynet har fornøden hjemmel til at afslå ansøgningen om dispensation efter § 5, stk. 1, nr. 2, under henvisning til, at grundlagsrenten ikke må overstige den for den enkelte pensionsaftale hidtil anvendte grundlagsrente, og ej heller, som anført ved Finanstilsynets skrivelse af 25. september 2003, under henvisning til, at grundlagsrenten ikke må overstige den hidtil anvendte gennemsnitlige grundlagsrente for en hel pensionsordning eller en nærmere afgrænset del heraf.

Afgørelsen af 20. marts 2003 hjemvises herefter til Finanstilsynet til fornyet behandling under hensyntagen til den af K hidtil anvendte grundlagsrente samt tilsynets stillingtagen til, hvorvidt den højere grundlagsrente har en bagatelagtig økonomisk betydning for K og er betryggende og rimelig over for de enkelte forsikringstagere og andre berettigede efter forsikringsaftalerne.

5) Kendelse af 21. februar 2005. (J.nr. 03-242.417)

Tiltrådt afslag på aktindsigt i Finanstilsynets sag med pensionselskab, uanset K's henvendelse havde givet anledning til sagen.

Lov om finansiel virksomhed, §§ 354 og 355.

(Niels Bolt Jørgensen, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

I e-mail af 25. november 2003 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 13. november 2003 har afslået hans anmodning om aktindsigt i en sag vedrørende udsendt informationsmateriale fra A (pensionselskab) vedrørende reglerne for tildeling af bonus til kunderne.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet ved skrivelse af 22. januar 2004 udtalt:

”...

Den 18. juli 2003 rettede K skriftlig henvendelse til Finanstilsynet vedrørende det informationsmateriale, han havde modtaget fra sit forsikringselskab A, livsforsikringsaktieselskab vedrørende præcisering af regler for tildeling af bonus Klager bad Finanstilsynet om at uddybe selskabets informationsmateriale, som han opfattede som ganske uforståelig og bad i den forbindelse om, at Finanstilsynet oplyste ham om, hvorvidt selskabets brev lever op til, hvad man kan kalde et rimeligt informationsniveau i forhold til almindelige mennesker. Samtidig bad klager om, at Finanstilsynet oplyste ham om, hvorvidt der er ændringer i de reelle forhold, hvilket skulle forstås, som det klager var blevet stillet i udsigt fra selskabet.

Den 26. august 2003 oplyste Finanstilsynet telefonisk klager om, at hans henvendelse anonymiseret er forelagt selskabet med henblik på at få en udtalelse fra selskabet, og at tilsynet derfor ikke har besvaret klagers henvendelse

I forlængelse af selskabets besvarelse af Finanstilsynets henvendelse blev klagers henvendelse efterfølgende besvaret den 13. november 2003 Finanstilsynet orienterede klager om, at Finanstilsynet havde anmodet selskabet om en redegørelse for indholdet af den fremsendte information under henvisning til § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 609 af 14. juli 1995 om information fra forsikringselskabet til forsikringstager ved indgåelse af en livsforsikringsaftale. Det blev præciseret overfor klager, at det fremgår af bestemmelsen, at den information, som selskabet fremsender, skal være klart og præcist formuleret.

Finanstilsynet oplyste samtidig klager om, at Finanstilsynet ikke kunne tillægge ham partsstatus i den konkrete sag, men at sagen var afsluttet. Klager fik oplyst sine muligheder for at klage over Finanstilsynets afgørelse, idet det blev præciseret, at han ikke er klageberettiget overfor afgørelser, som tilsynet har truffet overfor selskaber under tilsyn, jf. § 240 d i lov om forsikringsvirksomhed.

I e-mail af 18. november 2003 udtrykte klager utilfredshed med, at Finanstilsynet ikke vil give ham oplysninger om sagen, herunder tilkendegive om selskabet opfylder lovens krav Klager stiller sig samtidig uforstående overfor, han ikke kan få oplyst, om der er tale om en forringelse af hans vilkår og anmoder Finanstilsynet om at genoverveje sagen.

Den 21. november 2003 besvarede Finanstilsynet elektronisk henvendelsen Finanstilsynet oplyser klager om, at Finanstilsynet fører tilsyn med forsikringselskaber i medfør af § 237 i lov om forsikringsvirksomhed, samt at det i § 240 d i lov om forsikringsvirksomhed eksplicit er angivet, hvilke personer der kan tillægges partsstatus i forbindelse med Finanstilsynets tilsyn med forsikringselskaber. Det blev i den forbindelse præciseret, at det er det forsikringselskab, som en afgørelse retter sig imod, der kan anses som part, og hertil nogle nærmere i § 240 d, stk. 2, definerede personer. Det

blev oplyst, at personer, der har indbragt en klage over et forsikringsselskab, ikke kan tillægges partsstatus.

Finanstilsynet orienterede samtidig klager om, at Finanstilsynet alene har offentligretlige beføjelser og ikke beføjelser til at behandle tvister mellem forsikringsselskaber og forsikringstagere, og at Finanstilsynet derfor ikke kan gå ind i en vurdering af, om der konkret er tale om forringelse af aftalevilkår. Finanstilsynet orienterede klager om, at Ankenævnet for Forsikring kan behandle tvister mellem forsikringsselskaber og forsikringstagere.

Den 21. november 2003 meddeler klager ..., at han ikke ønsker at klage over sit forsikringsselskab, men vil klage over Finanstilsynets afgørelse, som udelukker ham i at få aktindsigt i sagen. Klager ønsker oplyst, hvortil han kan klage over Finanstilsynets afgørelse.

Den 25. november 2003 oplyser Finanstilsynet klager om, at Finanstilsynets afgørelser kan indbringes for Erhvervsankenævnet Det bemærkes, at dette tillige var anført i Finanstilsynets afgørelse af 13. november 2003 samt i e-mail af 21. november 2003.

Til de retlige omstændigheder skal Finanstilsynet oplyse, at bekendtgørelse nr. 609 af 14. juli 1995 om information fra forsikringsselskabet til forsikringstager ved indgåelse af en livsforsikringsaftale er udstedt i medfør af § 256 a i lov om forsikringsvirksomhed. I henhold til § 237 i lov om forsikringsvirksomhed påser Finanstilsynet overholdelse af loven og af de regler, der er udstedt i medfør af loven. Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene det forsikringsselskab, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet retter sig imod, jf. § 240 d, stk. 1, i lov om forsikringsvirksomhed.

Retten til aktindsigt følger af kapitel 2 i lov om offentlighed i forvaltningen. Af lovens § 14 fremgår imidlertid, at 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 medfør af § 73 i lov om finansiel virksomhed (lovbekendtgørelse nr. 660 af 7. august 2002) er Finanstilsynets ansatte under ansvar af straffelovens §§ 152-152e forpligtede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

Finanstilsynet vurderer, at der ikke foreligger forhold, som kan begrunde aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet.

En person, der klager over et forsikringsselskab, kan ikke i medfør af § 74 i lov om finansiel virksomhed tillægges partsstatus med mindre, at Finanstilsynet i medfør af § 74, stk. 4, tager en sag op vedrørende redelig forretningsskik og god praksis indenfor virksomhedsområdet.

I den konkrete sag har Finanstilsynet ikke behandlet den indbragte klage i medfør af bestemmelserne om god skik, idet Finanstilsynet har påset, hvorvidt selskabet har levet op til de krav, der er fastsat i bekendtgørelse om information fra forsikrings-selskabet til forsikringstager ved indgåelse af en livsforsikringsaftale. Såfremt Finanstilsynet i medfør af loven har påbudt selskabet at fremsende supplerende information til sine kunder, vil klager modtage de supplerende oplysninger direkte fra selskabet.

Det forhold, at det er klagers henvendelse, der har givet Finanstilsynet anledning til at tage kontakt til selskabet, ændrer efter Finanstilsynets opfattelse ikke på det forhold, at Finanstilsynets tavshedspligt indebærer, at Finanstilsynet er afskåret fra at videregive oplysninger til klager om Finanstilsynets korrespondance med hans forsikrings-selskab om selskabets overholdelse af informationsbekendtgørelsen. Dette gælder uanset, at Finanstilsynet har oplyst klager om, at hans henvendelse har givet anledning til en henvendelse til selskabet.

...”

Ved e-mail af 29. januar 2004 har K anført følgende:

”Det skal for god ordens skyld oplyses at der er tale om en kapitalpension samt at min henvendelse i første [omgang] gik på at jeg ikke kunne forstå at jeg blev holdt udenfor når det nu er mig der har henvendt mig og at jeg derfor ikke har mulighed for at checke om selskabet lever op til de evt. rejste krav. Hvis der er tale om forringelse vil jeg selvsagt klage over selskabet men det ved jeg jo ikke.”

Ankenævnet udtaler:

Efter § 73, stk. 1, i dagældende lov om finansiel virksomhed, nu § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed er Finanstilsynets ansatte forpligtede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om. Tilsynet kan derfor kun give aktindsigt i sager i det omfang, partsbestemmelserne, dagældende lovs § 74, nu lovens § 355 giver mulighed herfor.

Uanset at det er K's henvendelse til Finanstilsynet, der har givet tilsynet anledning til at tage kontakt til A vedrørende det af selskabet udsendte informationsmateriale, følger det af nævnte bestemmelser, at K ikke kan anses som part i Finanstilsynets sag, idet sagen efter ankenævnets opfattelse hverken

vedrører spørgsmålet om redelig forretningsskik eller god praksis indenfor virksomhedsområdet, jf. § 74, stk. 4, i den dagældende lov, nu § 355, stk. 4.

Ankenævnet kan således tiltræde, at Finanstilsynet ved skrivelse af 13. november 2003 afslog K's anmodning om aktindsigt.

6) Kendelse af 23. juni 2004. (J.nr. 03-232.619)

Klage afvist, da Finanstilsynets skrivelse ikke kunne anses som en afgørelse, men en vejledende udtalelse.

Lov om finansiel virksomhed § 372.

(Susanne Nielsen, Peter Wendt, Finn Møller Kristensen, Cato Baldvinsson og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. november 2003 har bestyrelsesformand i A A/S [realkreditinstitut], advokat K, klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 6. oktober 2003 har meddelt, at der foreligger uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, når han som led i varetagelsen af hvervet som bestyrelsesformand lader sekretærer ansat på hans advokatkontor renskrive sine bemærkninger mv. vedrørende kreditindstillinger i lånesager, som forelægges bestyrelsen.

Sagens omstændigheder:

Af Finanstilsynets skrivelse af 6. oktober 2003 fremgår det:

”...

Sagsfremstilling:

I forbindelse med en undersøgelse i A A/S konstaterede Finanstilsynet, at der iblandt materialet i de udvalgte lånesager fandtes meddelelser fra Dem til instituttet vedrørende formandskabets opfattelse af bevillinger. Der var indikationer på, at brevene til instituttet var skrevet af sekretærer. Brevene udarbejdedes i Deres egenskab af bestyrelsesformand og ikke i medfør af Deres profession som advokat.

Finanstilsynet meddelte i brev af 14. marts 2003, at det umiddelbart var Finanstilsynets vurdering, at der forelå en overtrædelse af tavshedspligtsbestemmelsen i § 4, stk.1, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet bad samtidig om Deres eventuelle bemærkninger til sagen.

I brev af 16. april bekræftede De, at De så godt som undtagelsesfrit lod breve og andre meddelelser til A skrive af Deres sekretærer på advokatkontoret. Det gjaldt uanset, om De korresponderede i egenskab af bestyrelsesformand eller som advokat for instituttet, hvilket efter Deres opfattelse ikke gjorde nogen forskel i relation til reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger.

I brev af 16. april bad De samtidig om at få kopi af de breve, som Finanstilsynet omtalte i skrivelse af 14. marts 2003, ligesom De anmodede om at blive gjort bekendt med de afgørelser, Finanstilsynet havde truffet, som havde betydning for sagen.

I brev af 24. april 2003 meddelte Finanstilsynet, at tilsynet ikke var i besiddelse af kopier af de omhandlede breve og henviste i øvrigt til Finanstilsynets hjemmeside, hvor Finanstilsynets praksis vedrørende fortolkning af tavshedspligtsbestemmelserne var offentliggjort.

I brev af 28. april 2003 meddelte De, at De ikke kunne kommentere Finanstilsynets skrivelse yderligere, da De ikke vidste, hvilke breve det drejer sig om, og at en gennemgang af Finanstilsynets hjemmeside viste, at der ikke tidligere var truffet afgørelse i en sag vedrørende det spørgsmål, som omhandlede sag drejede sig om.

I brev af 4. juli 2003 anmodede Finanstilsynet Dem om at komme med yderligere juridiske bemærkninger til sagen.

I brev af 14. juli 2003 gentog De, at Finanstilsynet ikke havde fremsendt eksempler på de konkrete skrivelser, der var tale om, og at De derfor var afskåret fra at kommentere de konkrete meddelelser, sagen er rejst på baggrund af.

Endvidere bekræftede De, at De så godt som undtagelsesfrit lod breve og andre meddelelser til A skrive af sekretærer på advokatkontoret, og at dette gjaldt, uanset om De korresponderede som bestyrelsesformand eller som advokat for A.

De anførte ligeledes, at De ikke kunne udelukke, at der lejlighedsvis og i et vist - typisk begrænset - omfang gengaves, omtaltes eller lod sig udlede oplysninger, der kunne betragtes som fortrolige, vedrørende konkrete lånesager.

For så vidt angår arbejdsgangen på kontoret oplyste De, at sekretærernes renskrivning af bestyrelsesformandens svar på henvendelse fra A (og andre klienter) i almindelighed skete på grundlag af et håndskrevet koncept eller mundtligt diktat.

For så vidt angår det juridiske grundlag, henviste De til § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår, at der kan ske videregivelse af sædvanlige kundeoplysninger til brug for varetagelse af administrative opgaver. Endvidere henviste De til lovbemærkningerne til § 4, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og anførte, at det fremgår

af disse, at der berettiget kan videregives fortrolige oplysninger til ansatte i et kuverteringsbureau. På denne baggrund konkluderede De, at tilsvarende så meget desto mere måtte gælde for ansatte på bestyrelsesformandens kontor.

Afslutningsvis bemærkede De, at der ikke tidligere er truffet afgørelse, hvorefter bestyrelsesformænds – eller andre bestyrelsesmedlemmers anvendelse af sekretærbistand til korrespondance om konkrete lånesager skulle være i strid med § 4 i lov om finansiel virksomhed.

Retligt grundlag:

Reglerne om finansielle virksomheders tavshedspligt findes i §§ 4-10 i lov om finansiel virksomhed.

Det følger af § 4, stk.1, at bestyrelsesmedlemmer ikke uberettiget må videregive eller udnytte fortrolige oplysninger, som de bliver bekendt med under udøvelsen af deres hverv.

Bestemmelsen skal beskytte både den finansielle virksomheds kunder og virksomheden selv mod udnyttelse af fortrolige oplysninger. Fortrolige oplysninger skal forstås bredt og omfatter alle oplysninger, som ikke er offentligt tilgængelige.

Ved vurdering af om der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, skal der foretages en afvejning af hensynet til beskyttelse af den som oplysningerne vedrører, og hensynet til virksomhedens behov, for at kunne videregive oplysningerne.

Samtykke fra den, som oplysningerne vedrører, medfører, at videregivelsen anses for berettiget efter § 4. Hvis der er tale om oplysninger om virksomheden selv, kan bestyrelsen beslutte, at oplysningerne må videregives.

Det følger af § 4, stk.2, i lov om finansiel virksomhed, at modtageren af de fortrolige oplysninger bliver underlagt tavshedspligt med hensyn til disse.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at den omstændighed, at tavshedspligten følger oplysningerne, når disse videregives, ikke indebærer, at der kan ske berettiget videregivelse i videre omfang end ellers.

Endvidere skal det anføres, at det fremgår af § 4, stk.2, i lov om finansiel virksomhed, at den der modtager oplysninger efter bestemmelsen i § 4, stk.1, er omfattet af den i stk. 1 nævnte tavshedspligt. Det fremgår af lovbemærkningerne, at bestemmelsen får selvstændig betydning, når den, som modtager oplysningerne, ikke i forvejen er underlagt tavshedspligt i medfør af den finansielle lovgivning. Som eksempler herpå nævnes ansatte i et edb-servicebureau eller et kuverteringsbureau. Hverken bestemmelsen i stk.2 eller lovbemærkningerne hertil omhandler, hvornår videregivelse kan anses for berettiget.

Det skal tilføjes, at det følger af § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed, at der berettiget kan ske videregivelse af sædvanlige kundeoplysninger til brug for varetagelse af administrative opgaver. I Finanstilsynets bekendtgørelse af 17. december 2001 sker der en udtømmende opregning af, hvad der er en sædvanlig kundeoplysning. Administrative opgaver er i lovbemærkningerne defineret som alle opgaver, der ikke kan karakteriseres som markedsføring eller rådgivning.

Endvidere skal det tilføjes, at det er korrekt når De anfører, at Finanstilsynet ikke tidligere har truffet afgørelse i en sag vedrørende spørgsmålet, om en bestyrelsesformand i en finansiel virksomhed berettiget kan videregive fortrolige oplysninger til en sekretær, der ikke er ansat i virksomheden.

Finanstilsynets afgørelse:

Det er oplyst, at Deres sekretærer ikke er ansat i realkreditinstituttet, og at brevene til instituttet vedrørende bevillinger udarbejdes af Dem i Deres egenskab af bestyrelsesformand og ikke som led i Deres hverv som advokat.

Det er utvivlsomt, at oplysninger om lånesager er fortrolige, og at kunder i et realkreditinstitut har krav på, at der ikke sker uberettiget videregivelse af sådanne oplysninger.

Der ses ikke i loven eller forarbejderne til denne at være holdepunkter for at antage, at et bestyrelsesmedlem kan videregive fortrolige oplysninger til en sekretær, som vedkommende har ansat i forbindelse med varetagelse af et andet hverv, og der er heller ikke holdepunkter for at antage, at den omstændighed, at vedkommende er ansat som advokatsekretær skulle medføre en anden vurdering.

Den omstændighed, at den, som modtager fortrolige oplysninger er underlagt tavshedspligt, medfører ikke i sig selv, at der kan ske videregivelse af fortrolige oplysninger.

Den omstændighed, at der ikke tidligere er truffet en afgørelse, hvorefter bestyrelsesformænds - eller andre bestyrelsesmedlemmers anvendelse af sekretærbistand til korrespondance om konkrete lånesager skulle være i strid med lov om finansiel virksomhed, er uden relevans i forbindelse med vurdering af spørgsmålet.

Det vurderes i øvrigt ikke, at et bestyrelsesmedlems behov for sekretærbistand i forbindelse med udarbejdelse af kreditindstillinger, skal veje tungere end kundens krav på hemmeligholdelse af fortrolige oplysninger.

Der vurderes herefter ikke at foreligge konkrete omstændigheder, der medfører, at videregivelse i den omhandlede situation kan anses for berettiget.

Finanstilsynet vurderer på denne baggrund, at der foreligger uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, når De som bestyrelsesformand i en finansiel virksomhed videregiver oplysninger om kunder til en sekretær, ansat på Deres advokatkontor, jf. § 4, stk.1, i lov om finansiel virksomhed. Det bemærkes, at alle oplysninger, der ikke er offentlig tilgængelige, er fortrolige i relation til videregivelsesreglerne i lov om finansiel virksomhed.

Sædvanlige oplysninger om kundeforhold kan videregives til brug for varetagelse af administrative opgaver, jf. § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed.

Da Finanstilsynet ikke er i besiddelse af kopier af de skrivelser, som sagen er rejst på baggrund af, meddeles Finanstilsynets fortolkning af reglerne til fremtidig iagttagelse.

Det følger af § 76 i lov om finansiel virksomhed, at afgørelser truffet af Finanstilsynet i medfør af lov om finansiel virksomhed eller regler udstedt i medfør af loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet af den som afgørelsen retter sig mod.

...”

I klageskrivelsen af 4. november 2003 til Erhvervsankenævnet har advokat K bl.a. anført:

”...

Med skrivelse af 6. oktober d.å., ..., har Finanstilsynet meddelt mig tilsynets “fortolkning” af § 4 og § 5 om tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed. ... Fortolkningen, ... [er] i formen ... en “afgørelse” ...:

...

Meddelelsen om tilsynets fortolkning er ledsaget af sædvanlig klagevejledning. Jeg skal derfor herved indbringe tilsynets fortolkning, som efter min mening er for vidtgående, for Erhvervsankenævnet, selv om der - af særlige grunde, jfr. nedenfor - ikke foreligger nogen konkret afgørelse, og tilsynets fortolkning alene er meddelt “til fremtidig iagttagelse”, og selv om fortolkningen - der efter sin art er et domstolsanliggende - næppe i sig selv kan anses for bindende for mig som bestyrelsesformand for A.

...

Det foreliggende spørgsmål er i al sin enkelhed, om det kan anses for “uberettiget” videregivelse af fortrolige oplysninger, jfr. forbudet i lov om finansiel virksomhed, § 4, stk. 1, når jeg som bestyrelsesformand så godt som undtagelsesfrit lader breve til As direktion skrive af advokatsekretærer på mit kontor.

Sagens konkrete udgangspunkt fremgår af tilsynets skrivelse af 14. marts d.å. ... I forbindelse med et flerdages besøg hos A (25. - 28. februar d.å.) noterede tilsynet sig, at der i udvalgte lånesager fandtes breve fra mig til direktionen om formandskabets "opfattelse" af bevillinger. Inden større lånesager forelægges bestyrelsen til bevilling, gennemgås de på forhånd med bestyrelsens formand (og næstformand) enten i formandskabsmøder med direktionen eller på grundlag af skriftlige indstillinger. Ofte giver dette anledning til korrespondance, og det kan ikke udelukkes, at der lejlighedsvis og i et vist - typisk begrænset - omfang gengives, omtales eller deraf lader sig udlede oplysninger, som kan betragtes som fortrolige, vedrørende konkrete lånesager. Finanstilsynet har imidlertid truffet en afgørelse uden at have kopi af de skrivelser, som sagen er rejst på baggrund af, og uden at kunne give nærmere oplysninger, der har gjort det muligt at identificere de pågældende skrivelser. Afgørelsen er således truffet på abstrakt grundlag.

Finanstilsynets afgørelse er tvetydig og uklar. På den ene side fastholder tilsynet ..., at der foreligger "uberettiget" videregivelse af fortrolige oplysninger, når en sekretær renskriver korrespondancen til A på grundlag enten af håndskrevet koncept eller mundtligt diktat, og tilsynet henviser udtrykkeligt til (min understregning), "at alle oplysninger der ikke er offentligt tilgængelige, er fortrolige i relation til videregivelsesreglerne i lov om finansiel virksomhed". På den anden side synes tilsynet nu at være enig i den opfattelse, som jeg tidligere har givet udtryk for, jfr. eksempelvis min skrivelse af 14. juli ..., nemlig at sædvanlige oplysninger om kundeforhold kan videregives til brug for varetagelse af administrative opgaver, jfr. lovens § 5, stk. 1. Tilsynets "fortolkning" bidrager således ikke til nogen afklaring af den praktiske håndtering af grænsedragningen mellem lovens § 4 og § 5.

Mit standpunkt er uforandret, at den af mig anvendte fremgangsmåde ikke indebærer nogen "uberettiget" videregivelse af fortrolige oplysninger, og i øvrigt har utvivlsom støtte dels i § 5, stk. 1, dels i lovbemærkningerne til § 4.

Jeg går ud fra, at tilsvarende fremgangsmåde følges af de fleste bestyrelsesformænd i finansielle virksomheder. Det hører formentlig til undtagelserne, at finansielle virksomheder stiller sekretærbistand til rådighed for formanden, og der er næppe eksempler på, at bestyrelsesformænd henvises til selv at renskrive korrespondance til selskabet med egne hænder. Med mine færdigheder ville det nærme sig umulighed.

Argumentationen, der ligger til grund for afgørelsen, underbygger efter min opfattelse, at tilsynets fortolkning ikke er holdbar.

Det fremgår således, at der heller ikke efter tilsynets mening er tale om "uberettiget" videregivelse af fortrolige oplysninger, i det omfang jeg korresponderer med A som selskabets advokat. I disse tilfælde er der ikke noget i vejen for, at jeg kan lade breve og andre meddelelser skrive af advokatsekretærer her på kontoret, uanset hvor fortrolige oplysninger

og forhold korrespondancen drejer sig om. Derimod mener tilsynet, at der foreligger en overtrædelse af tavshedspligten, hvis de samme oplysninger eller forhold optræder i den korrespondance, som jeg nødvendigvis må have med A som selskabets bestyrelsesformand. Tilsynet mener ikke, at bestyrelsesformandens "behov for sekretærbistand i forbindelse med udarbejdelse af kreditindstillinger skal veje tungere end kundens krav på hemmeligholdelse af fortrolige oplysninger". Tilsynet giver imidlertid ikke nogen reel begrundelse for, hvorfor retsstillingen skulle være principielt forskellig afhængig af, om korrespondancen skrives som led i min varetagelse af advokatopgaver eller som led i varetagelsen af mine opgaver som bestyrelsesformand.

Det fremgår af tilsynets skrivelse, at der ikke tidligere er truffet nogen afgørelse, hvorefter bestyrelsesformands - eller andre bestyrelsesmedlemmers - anvendelse af sekretærbistand til korrespondance om konkrete lånesager skulle være i strid med lov om finansiel virksomhed. Den efter min opfattelse indlysende forklaring herpå er, at denne anvendelse af sekretærbistand ikke indebærer nogen overtrædelse af forbudet i § 4 mod uberettiget at videregive fortrolige oplysninger.

Tilsyneladende sigter tilsynets fortolkning på at skabe ny praksis på området. Afgørelsen i den foreliggende sag, der er truffet på abstrakt grundlag, er imidlertid ikke egnet til at skabe en klar og brugbar ordening på et område, som er af daglig, praktisk betydning for den forsvarlige varetagelse af de opgaver, som påhviler bestyrelsesformænd i finansielle virksomheder.

På det således foreliggende grundlag skal jeg anmode Erhvervsankenævnet om at tilsidesætte Finanstilsynets fortolkning af § 4, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter der skulle foreligge uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, når jeg som bestyrelsesformand lader en sekretær, ansat på mit advokatkontor, renskrive korrespondance til A, ...

... ”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 17. december 2003 bl.a. udtalt:

”...

Finanstilsynet fastholder, at der foreligger uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, når bestyrelsesformanden i en finansiel virksomhed videregiver oplysninger om kunder til en sekretær, ansat på vedkommendes advokatkontor, jf. § 4, stk.1, i lov om finansiel virksomhed. Alle oplysninger, der ikke er offentligt tilgængelige, er

fortrolige i relation til videregivelsesreglerne i lov om finansiel virksomhed.

Sædvanlige kundeoplysninger om kundeforhold kan videregives til brug for varetagelse af administrative opgaver, jf. § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed. Det indebærer, at der i omhandlede tilfælde kan videregives sædvanlige kundeoplysninger, hvis sekretæren renskriver korrespondance m.v. Men der kan kun videregives sædvanlige kundeoplysninger.

Der er i Finanstilsynets bekendtgørelse om sædvanlige kundeoplysninger foretaget en udtømmende opregning af, hvilke oplysninger der kan karakterisere som "sædvanlige".

Da der er ubestridt, at advokaten så godt som undtagelsesfrit videregiver alle oplysninger til brug for udfærdigelse af korrespondance, antager Finanstilsynet at det er usandsynligt, at der kun videregives sædvanlige kundeoplysninger.

Som anført overfor meddelte Finanstilsynet afgørelsen til fremtidig iagttagelse, da man ikke er i besiddelse af kopier af de omhandlede dokumenter.

...

.... *Finanstilsynets praksis:*

1. Finanstilsynet har vurderet, at videregivelsesreglerne indebærer, at en referent på et bestyrelsesmøde i et realkreditinstitut skal være ansat i instituttet, da der ellers ville ske uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger. ...

2. Finanstilsynet har vurderet en sag, hvor et forsikringsselskab havde ansat en række bestallingshavende advokater. Advokaterne var referenter og ydede rådgivning ved bestyrelsesmøder, dels i det pågældende forsikringsselskab og dels i andre finansielle virksomheder.

Finanstilsynet vurderede, at når advokaterne som led i ansættelsesforholdet i det pågældende selskab yder rådgivning og er referent ved bestyrelsesmøderne, kan advokaterne berettiget modtage de fortrolige oplysninger, som er nødvendige for, at de kan varetage de opgaver, som de er ansat til at varetage.

Det var oplyst, at advokaterne også ydede rådgivning og tog referat af bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder, hvor der ikke forelå et ansættelsesforhold.

Finanstilsynet vurderede, at advokaterne ikke berettiget kan modtage fortrolige oplysninger fra disse selskaber, medmindre den, som oplysningerne vedrører, afgiver samtykke hertil, eller der foreligger konkrete omstændigheder, som gør videregivelsen berettiget.

... Der eksisterer ikke efter Finanstilsynets opfattelse en sædvane for, at der berettiget kan videregives fortrolige oplysninger fra en ledelsesrepræsentant til vedkommendes sekretær, i forbindelse med udførelse af opgaver, som vedrører ledelsesrepræsentantens arbejde for den finansielle virksomhed, og ikke for vedkommendes hovederhverv.

... Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet har vurderet, om bestyrelsesformanden kan videregive fortrolige oplysninger om kundeforhold til sin advokatsekretær. Det er oplyst, at sekretæren ikke er ansat i realkreditinstituttet, og at låneansøgningerne udarbejdes af bestyrelsesformanden i dennes egenskab af bestyrelsesformand og ikke som led i dennes hverv som advokat.

Det er utvivlsomt, at oplysninger om lånesager er fortrolige, og at kunder i et realkreditinstitut har krav på, at der ikke sker uberettiget videregivelse af sådanne oplysninger.

På baggrund af Finanstilsynets praksis, hvorefter der som udgangspunkt ikke kan videregives fortrolige oplysninger i forbindelse med bestyrelsesarbejde til personer, der ikke er ansat i virksomheden, vurderes det, at det som udgangspunkt er uberettiget at videregivelse fortrolige oplysninger til advokatsekretæren.

Der ses ikke i loven eller forarbejderne til denne at være holdepunkter for at antage, at et bestyrelsesmedlem kan videregive fortrolige oplysninger til en sekretær, som vedkommende har ansat i forbindelse med varetagelse af et andet hverv, og der er heller ikke holdepunkter for at antage, at den omstændighed, at vedkommende er ansat som advokatsekretær skulle medføre en anden vurdering.

Den omstændighed, at den, som modtager fortrolige oplysninger, er underlagt tavshedspligt, medfører ikke i sig selv, at der kan ske videregivelse af fortrolige oplysninger.

Det vurderes i øvrigt ikke, at bestyrelsesmedlemmets behov for sekretærbistand i forbindelse med udarbejdelse af kreditindstillinger, skal veje tungere end kundens krav på hemmeligholdelse af fortrolige oplysninger.

Der vurderes herefter ikke at foreligge konkrete omstændigheder, der medfører, at videregivelse i den konkrete situation kan anses for berettiget.

Finanstilsynets afgørelse vedrører kun de tilfælde, hvor der videregives fortrolige oplysninger fra bestyrelsesformanden til en sekretær ansat på dennes advokatkontor. Det bemærkes, at alle oplysninger, der ikke er offentlig tilgængelige, er fortrolige i relation til videregivelsesreglerne i lov om finansiel virksomhed.

Der kan videregives sædvanlige kundeoplysninger til brug for varetagelse af administrative opgaver i medfør af § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet vurderer, at renskrivning af korrespondance kan karakteriseres som en administrativ opgave. Men da bestyrelsesformanden har oplyst, at han – så godt som undtagelsesfrit - lader sekretærer skrive al korrespondance mellem ham og instituttet, antages det at være utvivlsomt, at der udveksles andre oplysninger end sædvanlige kundeoplysninger. Sådanne oplysninger kan ikke gives til administrative formål efter bestemmelsen i § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed.

Den omstændighed, at Finanstilsynet ikke er i besiddelse af kopier af brevene, er umiddelbart uden betydning for den juridiske vurdering af spørgsmålet, da det er ubestridt, at der videregives fortrolige oplysninger fra bestyrelsesformanden til sekretæren.

Endvidere skal det anføres, at bestyrelsesformanden i skrivelsen af 14. juli 2003 ... henviser til lovbemærkningerne til § 4 i lov om finansiel virksomhed og anfører, at det fremgår af bemærkningerne, at det er berettiget at videregive fortrolige oplysninger til et kuverteringsbureau.

Hertil bemærkes, at de lovbemærkninger, bestyrelsesformanden citerer, vedrører bestemmelsen i § 4, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, der ikke regulerer spørgsmålet om, hvem der berettiget kan modtage fortrolige oplysninger, men fastslår reglen om, at modtagere af fortrolige oplysninger pålægges tavshedspligt.

Finanstilsynet kan i øvrigt oplyse, at videregivelse til et kuverteringsbureau bruges som eksempel på, hvornår der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter hovedreglen i stk. 1. Videregivelse til et kuverteringsbureau kan være berettiget i situationer, hvor der alene sker en maskinel kuvertering og ingen personer læser indholdet af de skrivelser der kuverteres. Der kan derfor efter Finanstilsynets vurdering ikke drages en parallel fra situationen hvor der berettiget kan videregives fortrolige oplysninger til et kuverteringsbureau og til den foreliggende situation, hvor sekretæren læser de oplysninger der videregives.

... Finanstilsynets bemærkninger til advokat K's brev til ankenævnet dateret 4. november 2003.

1.

Advokat K anfører, at tilsynets afgørelse næppe kan anses for bindende for ham som bestyrelsesformand.

Finanstilsynet finder denne påstand uklar, men skal anføre, at det fremgår direkte af bestemmelsen i § 4, stk.1, i lov om finansiel virksomhed, at bestyrelsesformanden er underlagt tavshedspligt, at det følger af § 64 i loven, at Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen af denne, og at overtrædelsen af bestemmelsen er strafbelagt, jf. § 77, stk.1.

2. ...

Finanstilsynet kan oplyse, at Det Finansielle Virksomhedsråd er oprettet i henhold til § 65 i lov om finansiel virksomhed. Rådet skal sikre, at der træffes ensartede afgørelser indenfor det finansielle område, hvor der er fælles regler for brancherne, og i de situationer, hvor fortolkningen af en regel har betydning for flere brancher. Det Finansielle Virksomhedsråd er en del af den offentlige forvaltning, og som følge heraf underlagt de forvaltningsretlige regler. Rådet er en del af Finanstilsynet.

Finanstilsynet har i denne sag oplyst, at sagen ville blive forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd. Dette betyder ikke, at der er truffet flere afgørelser i Finanstilsynet. Der er truffet en afgørelse, og det er den, som er meddelt i brev dateret 6. oktober 2003 ...

3.

Der er korrekt, at Finanstilsynet har afgjort sagen uden at være i besiddelse af de dokumenter, der har været anledning til nærværende sag.

Finanstilsynet vurderer ikke, at dette skal have betydning for den juridiske vurdering. Det har under sagen været ubestridt, at der blev videregivet oplysninger, og Finanstilsynet besluttede derfor at afgøre spørgsmålet på det foreliggende grundlag og meddele afgørelsen til fremtidig iagttagelse.

4.

Finanstilsynet finder ikke afgørelsen utvetydig og uklar.

Finanstilsynet har meddelt, at det følger af hovedreglen i § 4, stk.1, at der ikke uberettiget må videregives fortrolige oplysninger.

Til denne hovedreglen findes der en undtagelse i § 5, stk.1, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter der til varetagelse af administrative opgaver kan videregives sædvanlige kundeoplysninger.

Denne undtagelse indebærer, at hvis en sekretær i det foreliggende tilfælde varetager administrative opgaver, kan der videregives sædvanlige kundeoplysninger til brug for varetagelsen af sådanne opgaver.

Som det fremgår af bekendtgørelse om sædvanlige kundeoplysninger i finansielle virksomheder ..., er det begrænset, hvilke oplysninger der kan karakteriseres som "sædvanlige kundeoplysninger", idet det kun er de oplysninger, som udtrykkeligt er anført i bekendtgørelsen.

Finanstilsynets afgørelse er derfor, at der efter hovedreglen ikke kan videregives fortrolige oplysninger til den omhandlede sekretær, men at der kan videregives visse begrænsede oplysninger til visse begrænsede opgaver efter undtagelsesbestemmelsen i § 5.

Finanstilsynet er i øvrigt ikke bekendt med, at Finanstilsynet, som påstået af advokat K, skulle havde givet udtryk for en anden fortolkning af bestemmelsen i § 5 i lov om finansiel virksomhed end den ovenfor anførte, men skal anmode om at blive gjort bekendt hermed, således at Finanstilsynet kan få lejlighed til at kommentere påstanden.

5.

Det er efter Finanstilsynets opfattelse uden betydning for vurderingen i nærværende sag, at det efter K's oplysninger formentlig hører til undtagelserne, at finansielle virksomheder stiller sekretærbistand til rådighed for formanden.

Ligeledes vurderer Finanstilsynet, at det er uden relevans, at der ikke tidligere er truffet afgørelse om videregivelse af fortrolige oplysninger til bestyrelsesmedlemmers sekretærer.

6.

...

Hertil skal Finanstilsynet anføre, at når det skal vurderes, om videregivelse er berettiget efter § 4 i lov om finansiel virksomhed, er det nødvendigt at afklare, hvilken funktion den der modtager oplysningerne har i forhold til instituttet i den pågældende situation.

I nærværende tilfælde er det centrale, at der videregives oplysninger til en person, som bestyrelsesformanden har ansat i sin private virksomhed.

Det er efter Finanstilsynets vurdering uden betydning for vurderingen, at bestyrelsesformanden, ved siden af sit hverv i realkreditinstituttet, driver advokatvirksomhed og i den forbindelse også arbejder som advokat for realkreditinstituttet.”

I et supplerende indlæg af 29. januar 2004 har advokat K bl.a. bemærket:

”...

Det fastholdes, at der ikke foreligger ”uberettiget” videregivelse af fortrolige oplysninger, jfr. forbudet i lov om finansiel virksomhed, § 4, stk. 1, når jeg som bestyrelsesformand så godt som undtagelsesfrit lader breve til As direktion skrive af advokatsekretærer på mit kontor. Efter min opfattelse gælder dette uanset, om skrivelserne indeholder fortrolige oplysninger, og uanset om de fortrolige oplysninger har karakter af ”sædvanlige kundeoplysninger”.

Finanstilsynet har ikke givet nogen nærmere forklaring på, hvorfor retsstillingen skulle være forskellig, afhængig af om jeg korresponderer som advokat for A eller som formand for A's bestyrelse. Tilsynet anfører blot ..., at der ved vurderingen af, om der kan ske berettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, skal “foretages en afvejning af hensynet til beskyttelse af den, som oplysningerne vedrører, og

hensynet til virksomhedens behov for at kunne videregive oplysningerne". Der savnes imidlertid en begrundelse for, at "afvejningen bør falde forskellig ud, afhængig af om jeg, som det jævnligt sker, optræder som advokat eller som bestyrelsesformand.

I stedet for at gå nærmere ind i denne problemstilling henviser Tilsynet ... til to afgørelser ..., som drejer sig om andre og mere fjerntliggende - og dermed usammenlignelige - problemstillinger. Jeg skal ikke gå i enkeltheder med de to afgørelser, men blot pege på, at der såvel for det pågældende realkreditinstitut ... som for det pågældende forsikringsselskab ... var let praktisable alternative forretningsgange. Som bestyrelsesformand har jeg ikke noget praktisk alternativ til at lade korrespondancen renskrive af sekretærer her på kontoret. I øvrigt har de to afgørelser hverken været efterprøvet af Ankenævnet eller af domstolene - måske fordi virksomhederne ikke har ment, at det var umagen værd.

Jeg hæfter mig i øvrigt ved Tilsynets erkendelse af, at der ikke tidligere er truffet afgørelser om bestyrelsesformænd i finansielle virksomheders anvendelse af sekretærbistand.

Som tidligere anført kan det ikke udelukkes, at der lejlighedsvis og i et vist - typisk begrænset - omfang i min korrespondance som bestyrelsesformand for A gengives, omtales eller deraf lader sig udlede oplysninger, som kan betragtes som fortrolige vedrørende konkrete lånesager. Finanstilsynet medgiver, at der ikke vil være tale om overtrædelse af forbudet mod videregivelse af fortrolige oplysninger, hvis der er tale om "sædvanlige kundeoplysninger" til brug for varetagelsen af administrative opgaver, jfr. § 5, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed. Så langt er der enighed.

Finanstilsynet anfører imidlertid nu ..., at det "antages ... at være utvivlsomt, at der udveksles andre oplysninger [i korrespondancen] end sædvanlige kundeoplysninger". Det fremgår ikke, hvorledes Tilsynet er nået frem til denne "antagelse". Uden at have gennemgået det sidste års korrespondance tvivler jeg på, at Tilsynets "antagelse" er korrekt. Jeg skal ikke gøre mere ud af dette, allerede fordi det efter min opfattelse retlig set er uden betydning, om der i min korrespondance som bestyrelsesformand alene er tale om "sædvanlige kundeoplysninger" eller tillige om andre "fortrolige oplysninger".

Selv om Finanstilsynets skrivelse af 6. oktober 2003 i formen fremtræder som en "afgørelse", er der i virkeligheden tale om en abstrakt tilkendegivelse af Tilsynets fortolkning af § 4, stk. i, i lov om finansiell virksomhed, og fortolkningen er alene meddelt "til fremtidig iagttagelse". Der er således ikke tale om nogen afgørelse i en konkret sag, men alene om Tilsynets tilkendegivelse om et spørgsmål, der efter sin art er et domstolsanliggende, og dermed næppe i sig selv kan anses for bindende for mig som bestyrelsesformand for A.

Jeg har alligevel fundet det nødvendigt at indbringe sagen for Ankenævnet, fordi Finanstilsynets fortolkning i formen er en

”afgørelse”, som retlig set er forkert og i øvrigt hviler på udokumenterede antagelser og et utilstrækkelig oplyst grundlag.”

Ved skrivelse af 3. marts 2004 har Finanstilsynet bl.a. yderligere bemærket, at det på baggrund af Finanstilsynets erfaring vil være usædvanligt, hvis der i det foreliggende tilfælde ikke videregives andre sædvanlige kundeoplysninger fra bestyrelsesformanden til sekretæren, idet det er oplyst, at sekretæren blandt andet renskriver kreditindstillinger.

I skrivelse af 19. marts 2004 har advokat K yderligere anført:

”...

Finanstilsynet er tilsyneladende af den opfattelse, at jeg som formand står for ”udarbejdelse af kreditindstillinger”, Det er naturligvis ikke tilfældet. Kreditindstillingerne udarbejdes af og hos A. Hvis sagen skal bevilges af bestyrelsen, modtager jeg (og næstformanden) i forvejen forslag til indstilling. I de tilfælde, hvor jeg modtager forslag til indstilling pr. brev, svarer jeg i almindelighed direktionen skriftligt – ofte ganske kortfattet. Men lejlighedsvis indeholder svaret supplerende spørgsmål eller kommentarer.

... ”

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for afgørelser i det omfang dette er fastsat i lov eller i henhold til lov.

Af skrivelse af 6. oktober 2003 fra Finanstilsynet til klager fremgår:

”Finanstilsynet vurderer på denne baggrund, at der foreligger uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, når De som bestyrelsesformand i en finansiell virksomhed videregiver oplysninger om kunder til en sekretær, ansat på Deres advokatkontor”

og videre i samme skrivelse:

”Da Finanstilsynet ikke er i besiddelse af kopier af de skrivelser, som sagen er rejst på baggrund af, meddeles Finanstilsynets fortolkning af reglerne til fremtidig iagttagelse”.

Som det fremgår af de ovenfor anførte citater, foreligger der ikke oplyst konkrete forhold, der har dannet grundlag for at statuere overtrædelse af reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i lov om finansiel virksomhed § 4 (nu § 117), og Finanstilsynets skrivelse til klager indeholder da ej heller en sådan afgørelse.

Ankenævnet finder på denne baggrund, at Finanstilsynets skrivelse alene indeholder en vejledende udtalelse om Finanstilsynets fortolkning af reglerne og ikke en afgørelse i lovens forstand, der kan prøves af ankenævnet, jf. lov om finansiel virksomhed § 372.

Herefter, og idet det forhold, at der i skrivelsen er givet klagevejledning ikke kan føre til andet resultat, afvises klagen.

Da klagen er afvist tilbagebetales klagegebyret.

4.3. Lov om forsikringsvirksomhed

7) Kendelse af 11. april 2005. (J.nr. 03-200.737)

Finanstilsynet kunne efter dagældende lov om forsikringsvirksomhed ikke træffe afgørelse om at direktør i søassuranceforening skulle fratræde sin stilling, hvorfor tilsynets afgørelse ophæves.

Lov om forsikringsvirksomhed § 64, stk. 2, nr. 4 og dagældende lovs § 253, stk. 1, nr. 2, jf. § 9a, stk. 1, nr. 3.

(Preben Lund Hansen, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 17. september 2003 har advokat A på vegne af K klaget over Finanstilsynets afgørelse af 4. september 2003, hvorved tilsynet meddelte forretningsfører B, at han ikke opfyldt kravene om egnethed og hæderlighed i lov om forsikringsvirksomhed § 9 a, stk. 1, nr. 3, (nu § 64, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed), og at han derfor skulle fratræde sin stilling som direktør i søassuranceforeningen.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 4. september 2003, som af Finanstilsynet er stilet til K Att.: Forretningsfører B", har følgende ordlyd:

"Finanstilsynet blev i forbindelse med gennemgangen af K's årsrapport for 2002 samt revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2002 opmærksom på, at De i oktober 2002 fik stadfæstet en kendelse om gældssanering ved skifteretten i X-by.

Finanstilsynet har i brev af 2. april 2003 fået oplyst, at De og Deres hustru på grund af fejlslagne investeringer i C anparter i flere omgange har indgivet begæring om gældssanering. De indgav på ny begæring om gældssanering i marts 2002. Begæringen blev imødekommet og gældssaneringskendelse blev afsagt den 24. oktober 2002.

I denne anledning skal Finanstilsynet meddele, at det følger af § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 147 af 7. marts 2003, at:

"Finanstilsynet kan nægte et forsikringselskab koncession, hvis et medlem af forsikringselskabets direktion eller bestyrelse

3) i stilling eller erhverv har udvist en sådan adfærd, [at der er grund til at antage,] at den pågældende ikke vil varetage stillingen eller hvervet på forsvarlig måde."

Det følger endvidere af § 91, i lov om forsikringsvirksomhed, at:

"En direktør ikke kan bestride hverv som direktør i et forsikringselskab, såfremt den pågældende har anmeldt betalingsstandsning, er under konkursbehandling, har indgivet begæring om gældssanering, eller der er indledt forhandling om tvangsakkord."

Det følger tillige af § 253, stk. 1, nr. 2, i lov om forsikringsvirksomhed, at:

"Finanstilsynet helt eller delvist kan tilbagekalde et forsikringselskabs koncession, såfremt:

2) selskabet ikke længere opfylder betingelserne for at få koncession, eller ...

Det følger endelig af punkt 6 (øvrige pligter) i Finanstilsynets vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers, bestyrelsesmedlemmers og aktionærers egnethed og hæderlighed, at:

"En direktør skal indberette, hvis han/hun har anmeldt betalingsstandsning, er under konkursbehandling, eller der er indledt forhandling om tvangsakkord. Det følger ligeledes af reglerne i den finansielle lovgivning, jf. f.eks. lov om forsikringsvirksomhed § 91."

Finanstilsynet har vurderet, at De har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at De ikke vil varetage stillingen som direktør på forsvarlig måde, jf. § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed.

Finanstilsynet har lagt til grund, at De ikke har været bekendt med de regler, der gælder for direktører, herunder bestemmelsen i § 91 i lov om forsikringsvirksomhed, hvoraf fremgår at hvervet som direktør i et forsikringsselskab ikke kan bestrides, hvis direktøren har indgivet begæring om gældssanering.

Finanstilsynet finder, at Deres ukendskab til de krav, der finder anvendelse for en direktør i et forsikringsselskab indebærer, at De i det konkrete tilfælde har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at De ikke vil varetage stillingen som direktør på forsvarlig måde. De opfylder således ikke kravet i § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed om hæderlighed og egnethed. Konsekvensen heraf er, at De skal fratræde Deres stilling som direktør i K.

Finanstilsynets afgørelse kan i medfør af § 247 a, stk. 1, i lov om forsikringsvirksomhed indbringes for Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, postboks 2000, 1780 København V, senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt.

Finanstilsynet skal bemærke, at sagen har været forelagt det Finansielle Virksomhedsråd.

Finanstilsynet har dags dato sendt denne afgørelse til bestyrelsen for K.

I klageskrivelsen af 17. september 2003 har advokat A blandt andet anført:

”...

Afgørelsen er stilet til forretningsfører B og er i sin udformning henvendt til ham. Bestyrelsen for K har alene modtaget en ligelydende kopi til orientering. Der er ikke meddelt forretningsfører B en frist og det er derfor uklart, om han skal fratræde sin stilling straks eller om der er tale om en henstilling, som bestyrelsen orienteres om.

Der er ikke hjemmel til, at Finanstilsynet efter en vurdering af B's adfærd afskediger B, sådan som det ved formuleringen i Finanstilsynets afgørelse tilsyneladende er sket. Finanstilsynet kan meddele bestyrelsen for K, at koncessionen vil blive inddraget, hvis ikke bestyrelsen foretager en ændring af den daglige ledelse, så denne opfylder kravene i lov om forsikringsvirksomhed § 9A, stk. 1.

Bestyrelsen for K anser herefter Finanstilsynets brev for at være en henstilling til bestyrelsen uden angivelse af tidsfrist. Forretningsfører B kan således fortsætte i sin stilling som forretningsfører for K, indtil ankenævnet har taget stilling til denne klage.

...

Forretningsfører B er efter Finanstilsynets henvendelse af den 5. marts 2003, ..., og bestyrelsens svar herpå af den 02.04.2003, ..., fortsat i sin stilling og er i øjeblikket beskæftiget med at forhandle

reassuranceaftaler for foreningens individuelle redere, som alle skal have fornyet deres forsikringsaftaler inden årsskiftet. K sættes i en nærmest umulig situation, idet man foruden forretningsfører B kun har ansat 2 kontorassistenter, hvoraf den ene er på deltid, uden anden forsikringsmæssig baggrund end den, deres daglige arbejde har givet dem.

Finanstilsynet oplyste i sit brev af den 5. marts 2003, at man ville vurdere, om forretningsfører B opfyldte kravene til "egnethed og hæderlighed" i lovens § 9A, hvilket bestyrelsen har opfattet som en bredere vurdering af B's samlede indsats og adfærd. Den nu trufne afgørelse fremtræder som ganske snævert begrundet i en overtrædelse af lov om forsikringsvirksomhed § 91, og overtrædelse af vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers, bestyrelsesmedlemmers og aktionærs egnethed og hæderlighed pkt. 6 (øvrige pligter), og er ikke udtryk for et frit skøn over, om forretningsfører B kan udføre sit arbejde forsvarligt, se lovens § 9 A, stk. 1, nr. 3.

Bestyrelsen har trods forretningsfører B's overtrædelse af disse bestemmelser ment, at han kunne fortsætte som forretningsfører og har ønsket det, idet man har afvejet hans indsats i virksomheden over for den skete overtrædelse af loven og vejledningen og fundet, at der ikke var fuld tilstrækkelig grund til at afskedige B. Man har således heller ikke søgt ny forretningsfører i den forløbne periode på 5 måneder, og det er et meget uheldigt tidspunkt for K, såfremt forretningsfører B skal fratræde sin stilling, inden de pågående forhandlinger vedr. reassuranceaftaler og fornyelsesforhandlinger med de forsikrede redere er gennemført.

Bestyrelsens bemærkninger til Finanstilsynets afgørelse.

Bestyrelsen er enig med Finanstilsynet om, at der er sket en overtrædelse af lov om forsikringsvirksomhed og den nævnte vejledning.

Baggrunden for bestemmelsen i lov om forsikringsvirksomhed § 91, er vel, at man vil sikre sig mod eventuel tilskyndelse hos direktøren til bedrageri, underslæb og anden berigelsesforbrydelse i forhold til forsikringsselskabet, ligesom man vil mindske muligheden for, at direktøren som følge af pres fra forsikringstagere, samarbejdspartnere og andre træffer usaglige beslutninger.

Indgivelse af ansøgning om gældssanering fratager ikke ansøgeren rådighed over sin formue og han sættes ikke under tilsyn. Der er ikke i den eksisterende lovkommentar til lov om forsikringsvirksomhed, udgivet på Forsikringshøjskolens forlag 1998 v. Michael Holm et al., citeret forarbejder til bestemmelsen, som særskilt begrundet, hvorfor ansøgning om gældssanering er taget med, idet gældssanering netop adskiller sig fra de øvrige insolvensinstitutter, betalingsstandsning, konkursbehandling, tvangsakkord ved, at ansøgeren ikke er underkastet disse begrænsninger. Ansøgeren bringer ved gældssaneringen en sådan

orden i sin økonomi, at han, når gældssanering er bevilget, opfylder kravene til egnethed og hæderlighed (fit and proper).

Det fremgår ikke af loven, om direktøren skal afskediges eller blot suspenderes under behandling af gældssaneringssagen. Såfremt forretningsfører B havde opfyldt kravene til indberetning, ville konsekvensen have været et pålæg til bestyrelsen om at tage forretningsfører B ud af den daglige ledelse. Man kunne i perioden, hvorunder gældssaneringen blev behandlet, have indsat en midlertidig direktør, fx et bestyrelsesmedlem, der kunne skønnes egnet hertil, således at denne kunne varetage direktørfunktionerne, mens forretningsfører B mere tilbagetrukket kunne forestå det praktiske dagligdags arbejde under den midlertidige direktørs ansvar. Efter gældssaneringssagens afslutning kunne forretningsfører B genindtræde i sin stilling, jf. noten i Karnov til lovens § 91, gentaget i den seneste udgave.

K er et meget lille selskab, hvor forretningsfører B i høj grad er alene om selve driften. Han er således alene om at varetage de daglige forretninger med skadesbehandling, accept af forsikringer, afgivelse af genforsikring, daglig kontakt med rederne, udarbejdelse af budget, tilrettelæggelse af selskabets bogholderi samt rapportering til bestyrelsen af selskabets driftsmæssige og økonomiske forhold, hvilket er sket til bestyrelsens fulde tilfredshed.

Bestyrelsen er opmærksom på, at forretningsfører B ved ikke at orientere bestyrelsen om sin ansøgning om gældssanering og heller ikke Finanstilsynet har påført K en risiko for at få inddraget sin koncession.

Dette har bestyrelsen imidlertid været klar over siden revisionens bemærkninger i revisionsprotokollen i forbindelse med regnskabsaflæggelsen for 2002 og Finanstilsynets brev af den 5. marts 2003, men har vurderet, at et eventuelt incitament til uhæderlig adfærd ikke længere var til stede på det tidspunkt, hvor man fik kendskab til den da afsluttede gældssanering, og at der derfor ikke var grund til at foretage andet end at gennemføre de samtaler, som bestyrelsen og revisionen har haft med forretningsfører B om sagen. Dette er fortsat bestyrelsens vurdering.

Det er således forretningsfører Bs samlede daglige indsats for virksomheden, der har ført til, at man ikke i modsætning til Finanstilsynet ville drage den konsekvens at anmode forretningsfører B om at fratræde sin stilling, hvilket man kunne have gjort efter fremkomsten af revisionsprotokollen og Finanstilsynets skrivelse.

Efter bestyrelsens opfattelse opfylder forretningsfører B nu lovens krav. Når henses til forretningsfører Bs samlede forsikringsmæssige kunnen og viden, bør det forhold, at han ikke har været opmærksom på bestemmelserne i lov om forsikringsvirksomhed § 91 og vejledningens § 6, ikke føre til den af Finanstilsynet foretagne vurdering, hvorefter B ikke vil kunne varetage stillingen som direktør for K på forsvarlig

måde. Bestyrelsen anser forretningsfører B for at være en dygtig og kompetent forretningsfører, der har tilført K nyt liv og nye forretningsområder, og han har bestyrelsens fulde tillid og opbakning.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 14. november 2003 blandt andet udtalt:

” ...

Retlige omstændigheder

Det følger af § 9 a, stk. 1, nr. 1 – 3, i lov om forsikringsvirksomhed, at:

”Finanstilsynet kan nægte et forsikringsselskab koncession, hvis et medlem af forsikringsselskabets direktion eller bestyrelse

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

Det følger af § 91, i lov om forsikringsvirksomhed, at:

”En direktør kan ikke bestride hverv som direktør i et forsikringsselskab, såfremt den pågældende har anmeldt betalingsstandsning, er under konkursbehandling, har indgivet begæring om gældssanering, eller der er indledt forhandling om tvangsakkord.”

Bestemmelsen blev indsat i lov nr. 475 af 10. juni 1997 om ændring af lov om forsikringsvirksomhed m.fl.

Af de almindelige bemærkninger til § 91 fremgår det, ... at:

”direktører ikke kan bestride hvervet som direktør i de forskellige nævnte finansielle institutter, såfremt det skulle vise sig, at den pågældende ikke er i stand til at foretage en forsvarlig forvaltning af sin personlige formue, og som følge heraf kommer under konkursbehandling eller lignende.”

Af de specielle bemærkninger til § 91 fremgår det, at:

”forslaget er et supplement til § 9 a i lov om forsikringsvirksomhed om ledelsespersoners habilitet. Efter denne bestemmelse kan Finanstilsynet nægte et forsikringsselskab koncession, hvis et medlem af ledelsen ikke opfylder bestemmelsens krav. Ifølge forslaget præciseres, at en direktør ikke kan fortsætte sit hverv, hvis direktøren kommer under betalingsstandsning m.v. En betalingsstandsning m.v. må anses for særligt belastende for varetagelsen af den daglige ledelse af et forsikringsselskab. Tilsvarende gælder det f.eks. for advokater, at retten til at udøve advokatvirksomhed bortfalder, såfremt den pågældende har anmeldt betalingsstandsning eller er under konkursbehandling, jf. retsplejelovens § 137 sammenholdt med samme lovs § 119, stk. 2, nr. 2. Bestemmelsen er ikke til hinder for, at en forsikringsdirektør på et senere tidspunkt tiltræder stillingen som direktør i et forsikringsselskab, såfremt vedkommendes økonomiske stilling er forbedret.”

Det følger tillige af § 253, stk. 1, nr. 2, i lov om forsikringsvirksomhed, at:

"Finanstilsynet kan helt eller delvis tilbagekalde et forsikringssselskabs koncession, såfremt:

2) selskabet ikke længere opfylder betingelserne for at få koncession, eller"

I Finanstilsynets vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers, bestyrelsesmedlemmers og aktionærers egnethed og hæderlighed (fit & proper) er det under afsnit 6 – Øvrige pligter - anført, at:

"En direktør skal endvidere indberette, hvis vedkommende har anmeldt betalingsstandsning, er under konkursbehandling, har indgivet begæring om gældssanering, eller der er indledt forhandling om tvangsakkord. Dette følger ligeledes af reglerne i den finansielle lovgivning, jf. f.eks. lov om forsikringsvirksomhed § 91."

Reglerne i de finansielle sektorlove om, at direktører og bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder under tilsyn skal opfylde visse krav til egnethed og hæderlighed er med få undtagelser blevet samlet i lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiell virksomhed (FIL). Loven træder i kraft den 1. januar 2004.

Reglen i § 91, i lov om forsikringsvirksomhed er videreført i FIL § 64, stk. 2, nr. 2, hvoraf følger, at:

"Et medlem af bestyrelsen og direktionen kan ikke bestride hvervet eller stillingen som henholdsvis bestyrelsesmedlem og direktør i en finansiell virksomhed, såfremt

2) den pågældende har anmeldt betalingsstandsning, er under konkurs, har indgivet begæring om gældssanering eller der er indledt forhandlinger om tvangsakkord,"

Det følger af FIL § 64, stk. 3, at:

"Medlemmer af bestyrelsen og direktionen har pligt til at give Finanstilsynet oplysninger om de i stk. 2 angivne forhold."

Vurdering

...

Finanstilsynet er i forbindelse med gennemgangen af sagen blevet opmærksom på, at formuleringen af tilsynets afgørelse, som blev meddelt B i brev af 4. september 2003 ... kan give anledning til tvivl med hensyn til grundlaget for tilsynets afgørelse.

Finanstilsynet skal derfor præcisere, at tilsynet ved afgørelsen har lagt afgørende vægt på, at B er under gældssanering. Som en følge af gældssaneringen opfylder B ikke kravet til egnethed og hæderlighed i § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed. Det følger direkte af lovens § 91, at en direktør ikke kan bestride hverv som direktør i et forsikringssselskab, såfremt den pågældende har anmeldt betalingsstandsning, er under konkursbehandling, har indgivet begæring om gældssanering, eller der er indledt forhandling om tvangsakkord. Konsekvensen heraf er, at en direktør under gældssanering skal

fratræde sin stilling som direktør i en finansiel virksomhed. Finanstilsynet finder herudover, at det er en skærpende omstændighed, at B ikke har været bekendt med de lovregler, vejledninger m.v., som finder anvendelse på udøvelse af stillingen som direktør i en finansiel virksomhed.

Finanstilsynet skal til advokat As bemærkninger om baggrunden for bestemmelsen i § 91, i lov om forsikringsvirksomhed anføre, at der med bestemmelsen er indført en særlig habilitetsregel, som indebærer, at en direktør ikke kan bestride hvervet som direktør i et forsikringssselskab, hvis den pågældende ikke er i stand til at foretage en forsvarlig forvaltning af sin personlige formue, og som følge heraf kommer under konkursbehandling eller lignende.

Bestemmelsen i § 91, i lov om forsikringsvirksomhed er videreført i FIL § 64, stk. 2, nr. 2, hvoraf det bl.a. fremgår, at en direktør ikke kan bestride stillingen som direktør i en finansiel virksomhed, hvis den pågældende har indgivet begæring om gældssanering.

Advokat A anfører bl.a., at ansøgeren ved indgivelse af begæring om gældssanering ikke fratages rådighed over sin formue, ligesom ansøgeren ikke sættes under tilsyn. Ved bevilling af gældssanering får ansøgeren bragt orden i sin økonomi og opfylder herved kravene til egnethed og hæderlighed.

Finanstilsynet skal bemærke, at en debitor ved indgivelse af en begæring om gældssanering ikke har været i stand til at opfylde sine økonomiske forpligtelser, efterhånden som de er forfaldet. Ved gældssaneringen nedskrives debitorens gæld til et beløb, som debitor kan betale ud fra sin nuværende situation. Selvom gældssaneringskendelse er afsagt, opnår debitor først fuld rådighed over boet, når gældssaneringen er opfyldt som udgangspunkt efter en periode på 5 år fra afsigelsen af gældssaneringskendelsen.

Finanstilsynet finder derfor, at B ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed, før gældssaneringen er endelig opfyldt og afsluttet, jf. § 9 a, stk. 1, nr. 3 og § 91, i lov om forsikringsvirksomhed. Konsekvensen heraf er, at B må fratræde sin stilling som direktør indtil gældssaneringen er endelig afsluttet.

Hvis B efter udløbet af gældssaneringsperioden ønsker at tiltræde en stilling som direktør i en finansiel virksomhed, må det vurderes, om Bs økonomiske stilling er forbedret i et sådant omfang, at B opfylder lovens krav til egnethed og hæderlighed.

...

Finanstilsynet finder, at selve det forhold, at B er under gældssanering, og gældssaneringen endnu ikke er opfyldt og afsluttet indebærer, at B ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i medfør af § 9 a, stk. 1, nr. 3 sammenholdt med § 91, i lov om forsikringsvirksomhed. Som konsekvens heraf skal B fratræde sin stilling som direktør i

foreningen. Bestemmelsen i § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed er ikke til hinder for, at B tiltræder en anden stilling i foreningen.

Finanstilsynet finder, at det er en skærpende omstændighed, at B ikke har været bekendt med de regler, der finder anvendelse ved udøvelsen af stillingen som direktør i en finansiel virksomhed. Som direktør i en finansiel virksomhed har man pligt til at sætte sig ind i de regler, der finder anvendelse ved udøvelsen af en direktørstilling. Bs ukendskab til de gældende regler har medført, at Finanstilsynet og Søassuranceforeningens bestyrelse først efterfølgende og via revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet til foreningens årsrapport for 2002 er blevet bekendt med gældssaneringsagen.

...

Konklusion

Finanstilsynet fastholder afgørelsen af 24. juni 2003 [?], hvorefter B ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed i § 9 a, stk. 1, nr. 3, sammenholdt med § 91, i lov om forsikringsvirksomhed. B skal som konsekvens heraf fratrage sin stilling som direktør i K.

Hvis K ikke indretter sig efter denne afgørelse, kan konsekvensen være, at Finanstilsynet inddrager foreningens tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed, idet foreningen ikke længere opfylder kravene til at få koncession som forsikringssselskab, jf. § 9 a, i lov om forsikringsvirksomhed.”

Advokat A har i skrivelse af 11. december 2003 yderligere anført:

”...

I. Formelle indsigelser:

Forvaltningsretlige mangler.

Den påklagede afgørelse fra Finanstilsynet indeholdt et pålæg over for B om, at han skulle fratrage sin stilling, men ikke en afgørelse, der retter sig mod K. Konklusionen i brevet af 14. november 2003 indebærer fortsat ikke en afgørelse, der umiddelbart henvender sig til K, om end en sådan nu implicit er udtrykt. Afgørelsen mangler en frist til opfyldelse. Der bør tages hensyn til funktionærlovens regler om opsigelse af B, idet K ikke kan afskedige (bortvise) B så lang tid efter, at bestyrelsen er blevet bekendt med det forhold, der kunne have begrundet denne afskedigelse, nemlig den manglende indberetning til Finanstilsynet og orientering af bestyrelsen om, at forretningsfører B søgte gældssanering. Den af Finanstilsynet valgte form for afgørelse, der retter sig direkte mod forretningsfører B, savner hjemmel.

Afgørelsen har, således som den fremtræder, sådanne forvaltningsretlige mangler, som ikke er afhjulpet ved den i brevet af 14. november 2003 indeholdte konklusion, at den er uvirksom over for både forretningsfører B og K.

II. Materielle indsigelser:

Afgørelsen synes at være båret af et hovedsynspunkt, der kort gengives således:

B opfylder ikke habilitetskravene i lov om forsikringsvirksomhed, fordi han er under gældssanering og først får fuld rådighed over sit bo, når gældssaneringssagen er opfyldt efter en periode på 5 år, regnet fra afsigelsen af gældssaneringskendelsen.

Som en skærpende omstændighed er det anført, at forretningsfører B ikke til Finanstilsynet og til sin bestyrelse har indberettet, at han søgte gældssanering.

Habilitet.

Finanstilsynet har ændret opfattelse i forhold til den begrundelse, man gav i brev af 4. september 2003, hvor adfærdssynspunktet var det bærende. I stedet påberåbes habilitetsreglen som afgørende for sagen, om end adfærds- og habilitetssynspunkter sammenblandes [i] redegørelsens side 4 sidste afsnit.

Ifølge konkurslovens § 218, jf. § 216, er gældssaneringssagen afsluttet, når fristen for kære af skifterettens afgørelse er udløbet. Habilitetsreglen i lov om forsikringsvirksomhed § 91, stk. 6, angår en direktør, der har indgivet begæring om gældssanering, og må forstås som omfattende sagsbehandlingstiden, jf. herved note 12 i kommentar til lov om forsikringsvirksomhed, Michael Holm et al.

Det er ikke i overensstemmelse med konkurslovens ordlyd at betragte forretningsfører B som fortsat værende under gældssanering. Denne er meddelt og kan kun bortfalde efter begæring i tilfælde af grov misligholdelse. Der er ikke belæg for at antage, at forretningsfører B ikke kan betale sine kreditorer, herunder de kreditorer, der er omfattet af gældssaneringen, efterhånden som fordringerne forfalder. Tilsvarende regler gælder for akkord og moratorium, jf. konkurslovens § 183, jf. § 176, stk. 2. Bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, nr. 3 omhandler den situation, at et bestyrelsesmedlems økonomi indebærer risiko for tab for selskabet, jf. herved Karnovs Lovsamling side 7417, note 89, hvilken risiko netop er elimineret som en følge af forretningsfører B's gældssanering.

Den del af Finanstilsynets begrundelse, som man i brev af 14. november 2003 tillægger mest vægt, ..., beror på en misforståelse af konkurslovens regler om gældssanering, og forretningsfører B opfylder på nuværende tidspunkt habilitetsreglerne.

Adfærd.

At forretningsfører B ikke har været bekendt med indberetningspligten i henhold til vejledning og krav i den finansielle lovgivning § 6, stk. 2, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 91, stk. 6, angives nu alene at være en skærpende omstændighed og er ikke længere et egentligt anbringende, men fremstår som et argument til støtte for habilitetssynspunktet.

Den kritik, der bør fremsættes over for B i anledning af, at han ikke har foretaget de krævede indberetninger i forbindelse med sin ansøgning om gældssanering, er ført ud i livet i tilstrækkeligt omfang ved de samtaler, bestyrelse og revision har gennemført med B i anledning af revisionspåtegningen på regnskabet for 2002 og Finanstilsynets henvendelse af 5. marts 2003.

Bestyrelsens opfattelse:

Da Finanstilsynets betragtninger vedr. habilitetskravet er i strid med konkurslovens ordlyd og ikke har støtte i de i brevet af 14. november 2003 ... citerede specielle bemærkninger til henholdsvis lov om forsikringsvirksomhed og lov om finansiell virksomhed, finder bestyrelsen fortsat, at der ikke bør foretages yderligere skridt over for forretningsfører B.

Samlet konklusion.

Det er bestyrelsens opfattelse, at Finanstilsynets afgørelse af 4. september 2003, hvorefter forretningsfører B skal fratæde sin stilling, lider af sådanne forvaltningsretlige mangler, at afgørelsen er uvirksom. Materielt set støttes afgørelsen hovedsagelig på et ikke holdbart anbringende om forretningsfører B's habilitet, hvorfor afgørelsen, hvis Erhvervsankenævnet ikke anser den for at være uvirksom, bør ændres, således at forretningsfører B kan fortsætte i sin stilling, da han på nuværende tidspunkt opfylder habilitetskravene i lov om forsikringsvirksomhed § 91."

I skrivelse af 2. februar 2004 har Finanstilsynet supplerende bemærket:

"...

Ad 1: Forvaltningsretlige mangler.

...

Finanstilsynet skal oplyse, at afgørelsen af 14. november 2003 ikke indeholdt et pålæg overfor B om, at han skulle fratæde sin stilling.

Det blev derimod oplyst, at konsekvensen af, at B ikke opfyldt reglerne i § 9 a, stk. 1, nr. 3 i lov om forsikringsvirksomhed (nu § 62, stk. 2, nr. 2 [rettelig § 64, stk. 2, nr. 4] i lov om finansiell virksomhed) var, [at] Finanstilsynet kan inddrage foreningens tilladelse til at drive

forsikringsvirksomhed, idet foreningen ikke længere opfylder kravene til at få koncession som forsikringsselskab, jf. § 9 a i lov om forsikringsvirksomhed. (Fra 1. januar 2004 findes hjemlen i § 255, stk. 1, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed)

Den 1. januar 2004 trådte den ny lov om finansiel virksomhed i kraft. Det følger af § 351 i denne lov, at Finanstilsynet kan påbyde en finansiel virksomhed inden for en af tilsynet fastsat frist at afsætte en direktør i en finansiel virksomhed, der ikke opfylder kravene i § 64, stk. 2, dvs. kravene om egnethed og hæderlighed. Bestemmelsen er ny.

Finanstilsynet havde således hverken før den 1. januar 2004, eller efter denne dato mulighed for, at give en direktør pålæg om at fratræde sin stilling.

Konsekvensen af, at en direktør ikke opfylder kravene i § 9 a, stk. 1, nr. 3 i lov om forsikringsvirksomhed er, at Finanstilsynet kan tilbagekalde forsikringsselskabets tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed, jf. § 253, stk. 1, nr. 2 i lov om forsikringsvirksomhed (nu § 255, stk. 1, nr. 2 i lov om finansiel virksomhed) hvoraf følger, at Finanstilsynet kan inddrage tilladelsen til at drive forsikringsvirksomhed, hvis betingelserne for at få koncession ikke længere er opfyldt.

Finanstilsynets afgørelse af 14. november 2003 er sendt direkte til B med kopi til bestyrelsen for forsikringsselskabet. Dette er sket for at gøre bestyrelsen bekendt med, at B ikke opfylder kravene i § 9 a, stk. 1, og at bestyrelsen derfor er nødt til at forholde sig til denne situation.

Ansættelse og afskedigelse af selskabets direktion er et bestyrelsesanliggende. Derfor vurderer Finanstilsynet ikke, at der er begået forvaltningsretlige fejl ved, at Finanstilsynet ikke har fastsat en frist for B's fratræden, ligesom Finanstilsynet ikke vurderer, at Finanstilsynet skal forholde sig til forhold med relation til funktionærlovgivningen.

Finanstilsynet er på baggrund af det ovenfor anførte ikke enig med advokat A i, at Finanstilsynets afgørelse lider af alvorlige forvaltningsretlige mangler der indebærer, at afgørelsen er uvirksom.

Ad II: Materielle indsigelser.

Habilitet

Advokat A anfører, at det følger af konkurslovens § 218, jf. § 216, at gældssanering er afsluttet, når fristen for kære af skifterettens afgørelse er udløbet. Det anføres videre, at bestemmelsen i § 91, stk. 6, i lov om forsikringsvirksomhed angår den situation, at en direktør har indgivet gældssanering, og at en direktør derfor ikke længere er omfattet af bestemmelsen, når gældssaneringsagen er afsluttet. Der henvises til § 91, note 12 i kommentaren til lov om forsikringsvirksomhed. ...

(Finanstilsynet skal for god ordens skyld bemærke, at bestemmelsen indtil 1. juli 2001 var indeholdt i § 91, stk. 6 i lov om

forsikringsvirksomhed, men herefter blev omnummereret til § 91 i lov om forsikringsvirksomhed.)

Finanstilsynet vurderer, at en lovkommentar ikke er en egentlig retskilde, men alene kan betragtes som et uforbindende fortolkningsbidrag.

Finanstilsynet vurderer, at den omhandlede note 12 er forkert, idet der hverken i lovteksten, lovforarbejder ... eller i konkursloven er holdepunkter for de anførte betragtninger.

Konkurslovens § 218 har følgende ordlyd:

...

Bestemmelsen omhandler efter sin ordlyd behandling af gældssanerings sagen. Bestemmelsen siger intet om, hvornår en person " er under gældssanering."

Det sædvanlige i gældssanerings sager er, at der fastsættes en afdragsordning, der som udgangspunkt strækker sig over 5 år.

Finanstilsynet vurderer derfor, at der i relation til § 91 i lov om forsikringsvirksomhed skal foretages en konkret vurdering af, hvornår en person ikke længere kan antages at være under gældssanering. Det vil være naturligt at afvente en 5 års periode, som en gældssanering typisk strækker sig over, og derefter tage sagen op igen, når det kan vurderes, om debitor overholdt sine forpligtelser under gældssaneringen.

Der er for B's vedkommende ikke gået 5 år fra behandling af gældssanerings sagen.

Finanstilsynet skal i øvrigt anføre, at selvom det i den konkrete sag blev vurderet, at B ikke længere var under gældssanering, er det ikke ensbetydende med, at han opfyldte kravene i § 9 a, stk. 1, nr. 3.

Advokat A anfører, at det omhandlede forhold ikke er omfattet af bestemmelsen i § 64, stk. 2, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter en person ikke kan bestride hvervet som direktør i en finansiel virksomhed, hvis den pågældendes økonomiske situation eller selskaber, den pågældende ejer, eller hvori den pågældende deltager i driften, har påført den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab.

Finanstilsynet skal oplyse, at Finanstilsynets afgørelse vedrører manglende opfyldelse af betingelserne i den hidtidige § 9 a, stk. 1, nr. 3, som svarer til den nugældende bestemmelse i § 64, stk. 2, nr. 2, [rettelig § 64, stk. 2, nr. 4,] er opfyldt.

Finanstilsynet har ikke afgjort, at betingelserne i den nugældende § 64, stk. 2, nr. 3, ikke var opfyldt.

...”

Ved skrivelse af 10. maj 2004 har advokat A yderligere bemærket:

”...

Ad 1 – forvaltningsretlige mangler.

...

Brevet af 4. september 2003 indeholdt en forvaltningsakt, nemlig en beslutning om, at forretningsfører B skal fratæde sin stilling. Denne forvaltningsakt er tilbagekaldt med Finanstilsynets brev af 2. februar 2004.

Finanstilsynets brev af 4. september 2003 er stilet til K, att. forretningsfører B, altså ikke til K's bestyrelse eller dennes formand. Brevet indeholder som sådan ingen forvaltningsakt over for K og efter fremkomsten af Finanstilsynets brev af 2. februar 2004 ej heller over for forretningsfører B.

Der foreligger således ikke en forvaltningsakt, som kan påklages, men en orientering om og begrundelser for en eventuel kommende forvaltningsakt over for K. En sådan forvaltningsakt skal opfylde reglen i den nugældende lov om finansiel virksomhed, hvorefter der skal gives et påbud og meddeles en frist, jf. lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 1. Denne regel er antagelig en kodificering af hidtil gældende administrativ praksis.

Finanstilsynet har ikke i sin klagevejledning angivet, at forretningsfører B har selvstændig partsstatus og derfor kan klage, jf. vejledning om krav i den finansielle lovgivning om direktørers og bestyrelsesmedlemmers og aktionærers egnethed og hæderlighed, side 10, afsnit 5.

Konsekvensen af ovenfor anførte forhold må være, at sagen hjemvises til fornyet behandling i Finanstilsynet, medmindre Erhvervsankenævnet vælger at træffe en afgørelse til gunst for klageren, K.

Såfremt Erhvervsankenævnet imidlertid måtte anse Finanstilsynets konstatering i brevet af 14. november 2004 af, at forretningsfører B ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed, som en selvstændig forvaltningsakt, der kan påklages af K, skal jeg fremsætte nogle afsluttende bemærkninger til Finanstilsynets betragtninger vedrørende habilitetskravene til forretningsfører B og til forretningsfører B's adfærd.

Ad 2 – habilitetskrav.

Forretningsfører B opfylder nu habilitetskravene i loven, se herved kommentar i Karnov 2002, side 5075, til lov om forsikringsvirksomhed

§ 91, note 84, hvori det hedder: ”Bestemmelsen er ikke til hinder for, at en forsikringsdirektør på ny tiltræder som direktør, når vedkommendes økonomiske stilling er forbedret”.

Gældssaneringsagen er afsluttet, når fristen for kære af Skifterettens afgørelse er udløbet. Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, nr. 2, har ikke udstrakt denne periode til også at omfatte den afdragsperiode, der er fastsat i gældssaneringskendelsen. Inhabiliteten opstår på det tidspunkt, hvor der indgives begæring om gældssanering. Loven anvender ikke ordene ”er under gældssanering”, se herved Finanstilsynets brev af 2. februar 2004, ...

Ved gældssaneringens afslutning er forretningsfører B's gæld reduceret til et beløb, som han kan betale, og som ikke indebærer nogen risiko for selskabet. Ophævelse af gældssaneringskendelsen kan kun ske i tilfælde af grov misligholdelse. Manglende betaling på grund af sygdom, arbejdsløshed og lignende er eksempelvis ikke grov misligholdelse, som kan føre til ophævelse af gældssaneringen.

Det fastholdes derfor, at Finanstilsynets fortolkning af reglerne om gældssanering er forkert, og at forretningsfører B på nuværende tidspunkt opfylder lovens habilitetskrav.

Ad 3 – adfærd.

Det bestrides ikke, at forretningsfører B skulle have orienteret såvel Finanstilsynet som bestyrelsen om, at han indgav ansøgning om gældssanering til Skifteretten, så K kunne have truffet de fornødne dispositioner vedr. ledelsen, mens forretningsfører B's ansøgning blev behandlet. Årsagen til, at forretningsfører B ikke afgav disse oplysninger, var ubestridt manglende kendskab til regelsættet. Indberetningspligten følger af vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers, bestyrelsesmedlemmers og aktionærers egnethed og hæderlighed, men fremgår ikke direkte af lovteksten, heller ikke af de da eksisterende lovkommentarer, således hverken i den kommenterede lov om forsikringsvirksomhed v/Michael Holm et al. eller i kommentaren i Karnovs Lovsamling.

Forretningsfører B's undladelse af at orientere Finanstilsyn og bestyrelse er ikke en så alvorlig forseelse, at der er grund til at antage, at han ikke vil kunne varetage stillingen som forretningsfører på forsvarlig måde.

...”

Finanstilsynet har i skrivelse af 24. juni 2004 yderligere anført:

”...

Ad 1- forvaltningsretlige mangler

...

Finanstilsynet skal henvise til Finanstilsynets brev af 2. februar 2004, hvor Finanstilsynet har redegjort for, at Finanstilsynet ikke på noget tidspunkt har givet B pålæg om, at han skal fratræde stillingen som direktør i K. I skrivelsen redegjorde Finanstilsynet endvidere for, at Finanstilsynet ikke har, og aldrig har haft, mulighed for at pålægge en direktør at fratræde sit hverv.

Finanstilsynet er på denne baggrund ikke enig med advokat A i, at Finanstilsynet den 4. september 2003 udstedte en forvaltningsakt, som er trukket tilbage med skrivelse af 2. februar 2004.

...

Finanstilsynet skal gentage, at Finanstilsynet ikke har, og aldrig har haft, kompetence til at afsætte en direktør i en finansiel virksomhed.

Bestemmelsen i § 351 i lov om finansiel virksomhed, blev indsat i L 453 af 10. juni 2003, der trådte i kraft 1. januar 2004. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 351. Finanstilsynet kan påbyde en finansiel virksomhed inden for en af tilsynet fastsat frist at afsætte en direktør i en finansiel virksomhed, der er omfattet af § 64, stk. 2.

Stk. 2. Har den finansielle virksomhed ikke afsat direktøren inden for den fastsatte frist, kan Finanstilsynet inddrage virksomhedens tilladelse, jf. § 237, stk. 1, nr. 2, og § 255, stk. 1, nr. 2.”

Bestemmelsen medfører, at Finanstilsynet kan pålægge bestyrelsen for en finansiel virksomhed, at afsætte en direktør. Bestemmelsen regulerer ikke spørgsmålet, om hvorvidt en direktør er "fit & proper".

I lovbemærkningerne er blandt andet anført følgende:

"Efter den gældende lovgivning har Finanstilsynet alene mulighed for at inddrage tilladelsen, hvis en direktør ikke skønnes at være egnet eller hæderlig.

Bestemmelsen giver nu Finanstilsynet mulighed for at påbyde en finansiel virksomhed at afsætte en direktør, hvis Finanstilsynet bliver opmærksom på, at en af de i § 64, stk. 2, nr. 1-2 nævnte situationer foreligger. Forinden der skrives til så drastisk et skridt, vil der blive foretaget partshøring af direktøren og den finansielle virksomhed. I praksis vil bestyrelsen sandsynligvis oftest dele tilsynets opfattelse og selv foretage afskedigelsen. Efter stk. 1 skal der gives et passende varsel som vil give parterne mulighed for at konsultere rådgivere m.v. Fristen skal endvidere give den finansielle virksomhed mulighed for internt at håndtere situationen."

Finanstilsynet skal på denne baggrund fastslå, at den afgørelse Finanstilsynet har truffet den 4. september 2003, ikke skal overholde den frist der omtales i § 351.

...

Finanstilsynet skal meddele, at den afgørelse Finanstilsynet traf den 4. september 2003 blev sendt til såvel bestyrelsen for K som til forretningsfører B, og at begge skrivelser var forsynet med klagevejledning. ...

...”

I skrivelse af 11. august 2004 er advokat A fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Ved afgørelsen af 4. september 2003 meddelte Finanstilsynet forretningsfører B, at tilsynet fandt, at han havde udvist en sådan adfærd, at der var grund til at antage, at han ikke ville varetage stillingen som direktør i K på forsvarlig måde, og at han således ikke opfyldte kravene til egnethed og hæderlighed i § 9 a, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed (nu § 64, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed). Tilsynet meddelte samtidig B, at konsekvensen heraf var, at han skulle fratrede sin stilling som direktør i søassuranceforeningen.

Finanstilsynet havde efter dagældende lov om forsikringsvirksomhed alene mulighed for i medfør af lovens § 253, stk. 1, nr. 2, jf. § 9 a, stk. 1, nr. 3, at inddrage forsikringsvirksomhedens tilladelse, hvis en direktør ikke skønnedes at være egnet eller hæderlig.

Finanstilsynet havde således ikke hjemmel til at træffe afgørelsen af 4. september 2003, hvorfor ankenævnet ophæver afgørelsen.

4.4. Lov om investeringsforeninger og specialforeninger

8) Kendelse af 25. august 2005. (J.nr. 04-153.359)

Porteføljeforvaltningsaftale i strid med forbuddet mod uddelegering af beslutninger om investering af investeringsforeningers midler.

Lov om investeringsforeninger og specialforeninger § 39.

(Preben Lund Hansen, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 11. juni 2004 har K1 A/S på egne og vegne af K2 klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 14. maj 2004 har meddelt, at den mellem K2 og K3 A/S indgåede porteføljeforvaltningsaftale er i strid med forbuddet mod uddelegering af beslutninger om investering af investeringsforeningers midler.

Sagens omstændigheder:

I den påklagede afgørelse af 14. maj 2004 fra Finanstilsynet hedder det blandt andet:

”I brev af 9 marts 2004 har K1 A/S sendt Finanstilsynet kopi af en porteføljeforvaltningsaftale, som er indgået mellem K2 og K3 A/S.

Af aftalen fremgår bl.a.:

1. at foreningen overlader forvaltningen af hele formuen for afdeling 5, “...” til K3 A/S med henvisning til lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 39, stk. 1 samt bekendtgørelse om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber § 1, stk. 2, jf. aftalens afsnit 1.1 og 1.2.
2. at hver part kan opsige aftalen med 6 måneders varsel. Dog kan foreningen opsige aftalen med øjeblikkelig virkning [for fremtidige nye forvaltningsopgaver], hvis bestyrelsen i foreningen finder dette i foreningens interesse. Såfremt foreningen benytter sig af denne ret, betaler foreningen K3 A/S en godtgørelse på kr. 400.000, jf. aftalens afsnit 5.3 og 5.4.

Endvidere fremgår det, at aftalen blev indgået den 27. januar 2004.

Ifølge lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 39, stk. 2 kan en forening ikke uddelegere beslutninger om investering af foreningens midler eller andre kerneopgaver til tredjemand.

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at

“Det har hidtil inden for ret snævre grænser været muligt for forenings ledelse at give en udenforstående specifik fuldmagt til porteføljepleje. En sådan fuldmagt kan kun gives for en begrænset del af porteføljen, som ønskes investeret på et geografisk fjernt marked eller i specielle værdipapirer, og den

udenforstående skal have en særlig ekspertise vedrørende de ønskede investeringer. Denne undtagelse opretholdes.

Bortset herfra afskærer bestemmelsen foreningerne fra at overlade hele eller dele af deres formuer til tredjemænd til diskretionær porteføljepleje. Alle beslutninger om en forenings investeringer skal træffes af den daglige ledelse eller af de medarbejdere, som direktionen udpeger hertil. Beslutningerne skal træffes inden for de investeringsinstrukser, som er udstedt af foreningens bestyrelse.”

...

I denne anledning skal Finanstilsynet meddele, at delegation af hele en afdelings formue hverken er hjemlet i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. eller i den ovenfor nævnte bekendtgørelse.

Aftalen skal derfor senest den 1. juli 2004 bringes i overensstemmelse med § 39, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. Finanstilsynet skal anmode om at modtage en kopi af aftalen, jf. lovens § 42.

...”

I klageskrivelsen af 11. juni 2004 har K1 A/S anført:

”...

SAGSFREMSTILLING

Denne sag drejer sig om, hvorvidt Porteføljeforvaltningsaftalen opfylder betingelserne for delegation, jf. § 39, stk. 2 i lov nr. 1169 af 19. december 2003 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger samt § 1, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003 om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltnings-selskaber.

Finanstilsynet har gjort gældende, at delegation af hele en **afdelings** formue hverken har hjemmel i lov nr. 1169 af 19. december 2003 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger eller de i bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003 fastsat regler om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltnings-selskaber

Dette bestrides.

Efter klagers opfattelse knytter betingelserne sig ikke til en afdelings formue, men til **Foreningens** [K2] formue. Det betyder efter klagers opfattelse, at der kan foretages delegation af investeringsbeslutninger,

hvis disse kun vedrører en begrænset del af Foreningens formue. Denne betingelse er efter klagers opfattelse opfyldt.

De nærmere omstændigheder er følgende:

A. Retsgrundlag.

Regler om investeringsforeningers adgang til delegation tager sit udgangspunkt i UCITS-direktiv 2001/107, artikel 13 b, jf. artikel 5 g,
...

...

UCITS-direktiv 2001/107, artikel 13 b, jf. artikel 5 g er implementeret i dansk lovgivning ved § 39-42 i lov nr. 1169 af 19. december 2004 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger

...

Finanstilsynet kan i medfør af § 39, stk. 2, 2. pkt. i lov nr. 1169 af 19. december 2004 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger fastsætte nærmere bestemmelser om, hvilke opgaver der kan delegeres. Finanstilsynet har ved bekendtgørelse 1176 af 5. december 2003, ... fastsat regler om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber, ...

...

B. Aftalen mellem K3 A/S og K2.

Det fremgår af Porteføljeforvaltningsaftalen, ... at Foreningen overlader forvaltningen af den del af formuen, der vedrører afdeling 5 til diskretionær porteføljeforvaltning, jf. punkt 1.2.

Afdeling 5 i Foreningens vedtægter har følgende ordlyd:

“Afdelingen investerer fortrinsvis i Emerging Markets kredit- og statsobligationer samt andre gældsbeviser og pengemarkedsinstrumenter, som er optaget til notering eller handles på markeder, der er i overensstemmelse med lov om investeringsforeninger og Specialforeninger samt Finanstilsynets retningslinier.

Der må endvidere investeres i Emerging Markets obligationer, som er noteret/handlet på det amerikanske marked for High Yields Bonds, som omtales under forskellige navne, bl.a. markedet for High Yields Bonds og OTC-Fixed Income markedet, og som er reguleret af the National Association of Securities Dealers Inc.

Afdelingen kan også investere i "Rule 144 A udstedelser", hvortil der er knyttet en ombytningsret til papirer, der inden for 1 år registreres hos SEC (US Securities and Exchange Commission) i henhold til Securities Act af 1933, og som omsættes på OTC Fixed Income markedet.

Der investeres kun i High Yield Bonds med:

En cirkulerende mængde på minimum USD 100 mio eller modværdien heraf i anden valuta og en kreditvurdering, der er højere end CC (standard&Poors) henholdsvis Ca (Moody's) eller tilsvarende minimumsratings fra andre anerkendte ratingbureauer.

Afdelingen kan i perioder også investere i statsobligationer, statsgaranterede obligationer eller andre obligationer med tilsvarende sikkerhed fra lande, som ikke tilhører Emerging Markets. Der må dog ikke investeres i danske obligationer.

Obligationerne skal være optaget til notering på børser, der enten er godkendt af Finanstilsynet eller opfylder Finanstilsynets retningslinjer og er beskrevet i bilag 1.

En mindre del af formuen må investeres i andre obligationer eller gældsbeviser end de ovenfor anførte. Der kan herunder investeres i Emerging Markets Loan Participations (LP). LP er baseret på pengeinstitut-udstedte syndikerede lån, hvor hvert enkelt deltagende pengeinstitut har foretaget en udstykning af deres respektive del af lånet på enslydende vilkår og med henvisning til vilkårene for det syndikerede lån. Indehavere af LP modtager renter og afdrag i henhold til det underliggende syndikerede lån. LP omsættes på "OTC markeder", hvor der stilles priser løbende.

Afdelingen kan anvende finansielle instrumenter i overensstemmelse med § 89 i Lov om investeringsforeninger og Specialforeninger.

Ved Emerging Market forstås de lande, som Verdensbanken definerer som middel- og lavindkomstlande i områderne Latinamerika, Asien, Øst- og centraleuropa, Afrika og Mellemøsten.

Udstedere skal være stater, supranationale institutioner, regionale myndigheder, agencies, finansielle institutioner og virksomheder. Udsteder af erhvervsobligationer skal være virksomheder.

Afdelingen er udloddende.
Afdelingen er bevisudstedende."

Det fremgår udtrykkeligt af aftalen, at Foreningen fortsat bevarer sit ansvar for, at medlemmernes interesser tilgodeses, og at foreningen skal sikre, at uddelegeringen ikke er til hinder for, at foreningen

bevarer det overblik over den uddelegerede opgave, som er nødvendigt for den daglige drift og ledelse af Foreningen, jf. punkt 1.2.

Endvidere fremgår det af punkt 1.4, at Foreningen løbende kan fremsætte instrukser til K3 A om forvaltningen. Hvis K3 A ikke kan eller vil opfylde eventuelle instrukser, finder punkt 5 anvendelse, som har følgende ordlyd:

”

5.3 Foreningen kan dog opsigte aftalen med øjeblikkelig virkning, hvis bestyrelsen i foreningen finder dette i foreningens interesse. Hvis Foreningen benytter sig af denne ret, betaler foreningen til K3 en godtgørelse på kr. 400.000,00.

5.4 Hvis Foreningen fremsætter instrukser om forvaltningen, som K 3 ikke vil eller kan opfylde, kan Foreningen opsigte aftalen d øjeblikkelig virkning. Såfremt Foreningens instrukser ikke er begrundet i lovgivnings- eller myndighedsmæssige forhold, betaler Foreningen til K3 en godtgørelse på kr. 400.000,00.”

...

Størrelsen af kompensationsbeløbet er efter klagers vurdering rimelig.

Det fremgår af punkt 3.1 i aftalen, at Foreningen giver fuldmagt til K3 A til på sine vegne at indgå aftale om forvaltning, jf. aftalens bilag 1 om investeringsrestriktioner.

...

[Det] gøres ... grundlæggende ... gældende, at Porteføljeforvaltningsaftalen har hjemmel i gældende lovgivning, herunder om delegation af opgaver.

Det gøres således gældende:

at delegationen kun omfatter en begrænset del af foreningens formue,

at investeringerne knytter sig til et geografisk fjernt marked,

at investeringerne knytter sig til specielle instrumenter, at modtager af delegationen har en særlig viden om de ønskede investeringer.

Derudover opfylder Porteføljeforvaltningsaftalen de i § 40 og 41 i lov nr. 1169 af 19. december 2003 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger yderligere fastsatte krav til delegationen.

Finanstilsynets afgørelse er alene begrundet i det forhold, at der efter Finanstilsynets opfattelse ikke kan ske delegation af hele en afdelings formue ...

...

Dette bestrides.

Efter klagers opfattelse knytter begrænsningen sig til *foreningens* formue og ikke som anført af Finanstilsynet til *afdelingens* formue, hvilket også fremgår af bemærkninger til lov nr. 1169 af 19. december 2003 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger ...

...

samt af bekendtgørelse 1176 af 5. december 2003 om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber, hvoraf det fremgår af § 1, stk. 2, jf. stk. 1, at bestyrelsen for en investeringsforening - for en begrænset del af porteføljen - kan delegerede investeringsbeslutninger. Da § 1, stk. 2 er en undtagelse til § 1, stk. 1, som henviser til bestyrelsen for investeringsforeningen, og stk. 2 tillige anvender begrebet "portefølje", kan det efter klagers opfattelse ikke relatere sig til en afdelings formue, men til foreningens formue.

I modsat fald vil klager kunne opfylde betingelsen ved at lade afdelingen "integrere" i andre afdelinger, hvilket i realiteten blot understreger det forhold, at delegationen skal ses i forhold til klagers samlede formue.

Dette forhold understreges tillige af, at en afdeling ikke er en selvstændig juridisk person, jf. § 6 i lov nr. 1169 af 19. december 2003 om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger, forudsætningsvis.

Klager kan oplyse, at afdeling 5 kun udgør en begrænset del af Foreningens formue, nemlig 14 pct. pr. 7. juni 2004.

Som det fremgår ovenfor, investerer afdelingen i overvejende grad på geografisk fjerntliggende markeder, idet 72 pct. af afdelingens midler, svarende til 1.147 mio. kr., er investeret på markeder uden for Europa, Rusland, Ukraine og Tyrkiet. Hertil kommer, at investeringer i alle lande kræver særlig indsigt omkring de økonomiske og politiske forhold.

Det fremgår tillige, at afdelingen investerer i specielle instrumenter som Loan Participation Programs og SWAP-programmer.

Endelig kan klager oplyse, at Porteføljeforvaltningsaftalen efter klagers opfattelse væsentligt medvirker til en mere effektiv og billigere drift af Foreningen.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet ved skrivelse af 29. juli 2004 udtalt:

”...

Retligt grundlag

Direktivets bestemmelser vedrørende delegation

Adgangen til delegation af en forenings opgaver er reguleret i UCITS-direktiv 85/611/EØF af 20. december 1985, som er ændret ved direktiv 2001/107/EF af 21. januar 2002 art. 13 b, jf. art. 5 g, stk. 1, litra e, og stk. 2.

Af art. 5 g, stk. 1 fremgår, at medlemsstaterne kan tillade delegation, hvis delegationen sker med henblik på at udøve selskabernes virksomhed mere effektivt. (Det er således op til medlemsstaterne at vurdere, om delegation skal være en mulighed).

Af art. 5 g, stk. 2 fremgår, at administrationsselskabet ikke må delegere så mange af sine opgaver, at selskabet blot fungerer som et postkasseselskab.

Lovbestemmelser vedrørende delegation

EU-reglerne er gennemført i §§ 39-42 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Det fremgår af § 39, stk. 1, at hvis en del af de opgaver, som det påhviler foreningen selv at udføre, delegeres til tredjemand, skal det ske på grundlag af en beslutning truffet af foreningens bestyrelse.

Ifølge stk. 2 kan der ikke træffes beslutning om, at en investeringsforening eller en specialforening kan uddelegere beslutning om investering af foreningens midler eller andre kerneopgaver.

...

I § 102, stk. 1 og stk. 2 i lov om finansiel virksomhed er der tilsvarende regler for investeringsforvaltningsselskabers delegation.

Hidtidig praksis

Den i bemærkningerne omtalte undtagelse er fastsat i Finanstilsynets brev af 18. november 1993 til Danske Investeringsforeningers fællesrepræsentation, nu InvesteringsForeningsRådet (IFR) om tilsynets principielle holdning til, at porteføljeadministrationen overlades til en forenings depotselskab.

Finanstilsynet meddelte blandt andet, at "På baggrund af ovennævnte skal tilsynet på det foreliggende grundlag meddele, at det er tilsynets opfattelse, at alene (administrations)selskabets ledelse under iagttagelse

af loven og vedtægterne for investeringsforeningen har ansvaret for at anbringe foreningens midler.

Det er dog tilsynets opfattelse, at ledelsen kan modtage investeringsrådgivning i forbindelse hermed fra udenforstående, *ligesom der fra ledelsens side vil kunne afgives specifik fuldmagt til en udenforstående til at foretage nærmere dispositioner vedrørende elementer af porteføljeplejen.*"

Bekendtgørelsen om kerneopgaver (delegation)

Reglerne om delegation er fastsat i bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003 om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber, ...

...

Bestemmelser vedrørende afdelinger i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

I medfør af § 6 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. kan en investeringsforening opdeles i afdelinger, hver baseret på en bestemt del af aktiverne efter vedtægternes bestemmelser herom.

En forening skal i medfør af § 55 i loven udarbejde en årsrapport. Er foreningen opdelt i afdelinger, skal årsrapporten i medfør af § 55, stk. 2 indeholde særskilt balance, resultatopgørelse og noter for hver enkelt afdeling.

At foreningers afdelinger betragtes som selvstændige økonomiske enheder, selvom foreningen er en juridisk person med én bestyrelse, fremgår endvidere af lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 21, stk. 3, hvoraf det fremgår, at det tilkommer en afdelings medlemmer (i modsætning til foreningens medlemmer som helhed) at udøve beføjelserne på generalforsamlingen for så vidt angår:

- 1) godkendelse af afdelingens årsrapport
- 2) ændring af vedtægternes regler for anbringelse af afdelingens formue,
- 3) afdelingens opløsning, fusion eller spaltning, og
- 4) andre spørgsmål, som udelukkende vedrører afdelingen.

Det fremgår af lovens afsnit IX, "Investeringsforeningers anbringelse af midler og likviditet m.v.", at placeringsreglerne gælder for en investeringsforening eller en afdeling.

Investeringsforvaltningsselskaber (administrationsselskaber) – Lov om finansiel virksomhed

De hidtidige administrationsselskaber for investeringsforeninger skal efter 1. januar 2004 have tilladelse af Finanstilsynet som

investeringsforvaltningsselskaber. Indtil de har fået tilladelsen, benævnes de som administrationsselskaber.

Investeringsforeninger kan, i medfør af lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. § 27, stk. 3, overlade den daglige ledelse af foreningen til et investeringsforvaltningsselskab (tidligere administrationsselskab). Dette betragtes ikke som delegation.

Ifølge § 100, stk. 1 skal ledelsen af et investeringsforvaltningsselskab være i besiddelse af fyldestgørende erfaring i forbindelse med den type foreninger, der administreres af investeringsforvaltningsselskabet. Ifølge stk. 2 skal et investeringsforvaltningsselskab være i besiddelse af en tilstrækkeligt kvalificeret bemanning og den fornødne ekspertise til at varetage administrationen af den type foreninger, der administreres af investeringsforvaltningsselskabet, og til at træffe investeringsbeslutninger vedrørende disses midler.

Finanstilsynets redegørelse for afgørelsen

Det fremgår direkte af § 39, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v., at der ikke kan træffes beslutning om, at en forening kan uddelegere beslutninger om investering af foreningens midler og andre kerneopgaver.

Endvidere fremgår det af bemærkningerne til § 39, stk. 2, at "Det [...] hidtil inden for ret snævre grænser [har] været muligt for en forenings ledelse at give en udenforstående specifik fuldmagt til porteføljepleje. En sådan fuldmagt kan kun gives for en begrænset del af porteføljen, som ønskes investeret på et geografisk fjernt marked eller i specielle værdipapirer, og den udenforstående skal have en særlig ekspertise vedrørende de ønskede investeringer. Denne undtagelse opretholdes."

Denne undtagelse fra delegationsforbudet hidrører fra Finanstilsynets udtalelse af 18. november 1993, hvorefter ledelsen kan modtage investeringsrådgivning fra udenforstående, ligesom ledelsen ville kunne afgive en specifik fuldmagt til en udenforstående til at foretage nærmere dispositioner vedrørende elementer af porteføljeplejen. Denne specifikke undtagelse fra delegationsforbudet har sin oprindelse i den tid, hvor det ikke var muligt at foretage investeringer via Internet m.v., og det derfor var en praktisk nødvendighed at kunne overlade beslutning om investering til en person, som fysisk befandt sig på det geografisk fjerne marked.

Det er Finanstilsynets vurdering, at Finanstilsynet på baggrund af lovens direkte forbud mod at delegere investeringsbeslutninger og den hidtidige undtagelse, som fremgår af Finanstilsynet udtalelse af 18. november 1993, ikke ville kunne ændre denne undtagelse således, at en forening ville kunne indgå en porteføljeplejeaftale om hele en afdelings formue og dermed betragte en afdeling som en begrænset del af

porteføljen. Afdelinger er selvstændige økonomiske enheder med forskellige medlemmer.

Denne vurdering kan også ses på baggrund af de nye bestemmelser i § 100 i lov om finansiel virksomhed...

...

Anken

...

Finanstilsynets bemærkninger til anken

Det er som nævnt ovenfor Finanstilsynets vurdering, at en forening ikke kan betragte en afdeling som en begrænset del af porteføljen i relation til § 1, stk. 2 i bekendtgørelse om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger og investeringsforvaltningsselskaber. Dette understøttes af, at der er forskellige investorer i foreningens afdelinger, at foreningen afholder særskilte generalforsamlinger vedrørende den enkelte afdelings forhold, jf. lovens § 21, stk. 3, at foreningens årsrapport skal indeholde særskilt balance, resultatopgørelse og noter for hver enkelt afdeling, jf. § 55, og at foreningen skal overholde bestemmelserne om anbringelse af foreningens eller de enkelte afdelingers midler, jf. afsnit IX i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Endvidere er det Finanstilsynets vurdering, at forbuddet mod at uddelegere investeringsbeslutningerne er klart, jf. § 39, stk. 2, at foreningen i stedet kan modtage investeringsrådgivning vedrørende foreningens eller de enkelte afdelingers formue ligesom andre foreninger gør vedrørende afdelinger, der investerer på fjerntliggende markeder og i særlige instrumenter, og at investeringsforvaltningsselskabet selv skal råde over den fornødne ekspertise til at træffe investeringsbeslutninger, jf. lov om finansiel virksomhed § 100.

Videre er det Finanstilsynets vurdering, at det af ... bemærkningerne også taler for, at en forening ikke kan uddelegere porteføljepleje vedrørende hele en afdelings formue, idet der i loven og bemærkningerne hertil er direkte forbud mod delegation, og i de specifikke tilfælde, hvor det kan tillades, er det kun en begrænset del (tidligere elementer) af porteføljen, der kan overlades til andre til diskretionær porteføljepleje og hverken hele eller dele af foreningens eller afdelingernes formue.

Herudover skal Finanstilsynet meddele, at integration af en afdeling i en anden afdeling skal vedtages på generalforsamling af et flertal af medlemmerne i de to afdelinger, og vedtægterne skal ændres og godkendes af Finanstilsynet. Hvis to afdelinger i en forening fusionerer, ville det fortsat kun være en begrænset del af den fusionerede afdelings portefølje, der ville kunne overlades til tredjemand.

...”

I skrivelse af 22. september 2004 har K1 A/S yderligere anført:

”...

Parterne er alene uenige om fortolkningen af betingelsen i § 1, stk. 1, 1. led i Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003, ...

Efter klagers opfattelse knytter betingelsen sig til en begrænset del af (foreningens) portefølje. Finanstilsynet er derimod af den opfattelse, at betingelsen knytter sig til en begrænset del af (*afdelingens*) portefølje.

Det er klagers opfattelse, at betingelsen er opfyldt, hvis klager har ret i, at vurderingen skal ses i forhold til foreningens og ikke afdelingens formue. Dette er ikke bestridt af Finanstilsynet. Finanstilsynet har anført, at delegationen ikke kan vedrøre forvaltningen af en afdeling.

...

Finanstilsynets henvisning til “undtagelsen” (“praksis”), som der i øvrigt ikke er redegjort nærmere for, samt de særlige og tekniske bestemmelser om opgørelses- og beregningsprincipper, der ifølge lovtæksten udtrykkeligt gælder for “foreninger” og “afdelinger”, er efter klagers opfattelse ikke relevante for bedømmelsen af spørgsmålet om foreningens ret til delegation, hvilket uddybes nedenfor.

Klager kan eksempelvis ikke se, hvorledes investorernes indbetalinger til foreningen i relation til værdipapirer, der knytter sig til en bestemt afdeling, kan tale for, at der ikke må ske delegation til tredjemand af forvaltningen af en af deling, når afdelingen i øvrigt kun udgør en begrænset del af foreningens samlede formue. Der er i øvrigt heller ikke altid tilfældet, når Finanstilsynet anfører, at der er forskellige investorer i foreningens afdelinger. Det behøver bestemt ikke at være tilfældet.

Klager kan endvidere oplyse, at den etablerede delegation ikke påvirker de af Finanstilsynet anførte forhold om beregningsprincipper m.v., idet foreningen - også på disse områder - naturligvis fortsat vil opfylde gældende lovgivning. Den indgåede aftale om porteføljeforvaltning påvirker således ikke disse forhold.

Efter klagers opfattelse er de grundlæggende og relevante hensyn bag bestemmelserne om delegation derimod, at delegationen på den ene side skal gøre det muligt for foreningen at udøve en mere effektiv virksomhed og på den anden side, at delegationen ikke må være så omfattende, at administrationsselskabet blot fungerer som et “postkasseselskab”. Det er således disse kriterier, der skal lægges vægt på ved bedømmelsen af spørgsmålet om delegation.

Den af foreningen indgåede aftale om diskretionær porteføljevaltning er indgået i medlemmernes interesse med henblik på udøvelsen af en mere effektiv virksomhed, og delegationen medfører ikke, at administrationselskabet fungerer som et "postkasseselskab".

Foreningen.

Når en investor indbetaler beløb til foreningen, bliver investoren medlem af foreningen, som er den juridiske person. Medlemmet ejer herefter en andel af foreningen. Andelen registreres i Værdipapircentralen og udstedes gennem denne i stykstørrelser på kr. 100,00 eller multipla heraf. Værdipapircentralens kontoudskrift tjener til dokumentation for ejerens andel af den nominelle værdi af de tegnede andele.

Foreningen er pligtig til at indløse andelen, hvis en ejer ønsker at afhænde denne.

Investoren erhverver ud over ejendomsretten til en andel af foreningen tillige forskellige foreningsretlige rettigheder som f.eks. retten til at udøve indflydelse på foreningens generalforsamling. Denne indflydelse udøves ved afgivelse af stemmer. Hvert medlem har én stemme for hver kr. 100,00 pålydende andele.

Medlemmernes beføjelser til at udøve stemmeretten gælder som udgangspunkt alle forhold, som behandles på generalforsamlingen, men lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. fastslår i § 21, stk. 3, at de beføjelser, der udøves af foreningens generalforsamling, tilkommer på generalforsamlingen en afdelings medlemmer, for så vidt angår følgende (særlige) områder: 1) godkendelse af afdelingens årsrapport, 2) ændring af vedtægternes regler for anbringelse af afdelingens formue, 3) afdelingens opløsning, fusion eller spaltning, og 4) andre spørgsmål, som udelukkende vedrører afdelingen.

Der er således ikke ... tale om, at foreningen afholder "særskilte generalforsamlinger" vedrørende den enkelte afdelings forhold.

Det er korrekt, ..., at integrationen af to eller flere afdelinger i en afdeling skal vedtages på foreningens generalforsamling af et flertal af de medlemmer, som har andele, der knytter sig til de berørte afdelinger. Klager kan bare ikke se, at dette moment er relevant i forbindelse med spørgsmålet om delegation. Det forhold, at en eller flere afdelinger kan lægges sammen, taler efter klagers opfattelse imod Finanstilsynets fortolkning.

Afdeling.

En "afdeling" er ikke eksplicit defineret i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

Det fremgår af § 6, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v., at foreningen kan opdeles i "afdelinger", hver baseret på en bestemt del af aktiverne [foreningen] efter vedtægternes bestemmelser herom. Altså er en afdeling en bestemt del af foreningens aktiver og ikke nogen juridisk person. Dette forhold taler tillige for det af klager fremsatte synspunkt. Foreningens vedtægter skal indeholde oplysninger om en eventuel opdeling i afdelinger, jf. § 10, stk. 1, nr. 5.

Da en afdeling er en del af foreningens formue og ikke nogen juridisk person, hæfter afdelingerne solidarisk for foreningens forpligtelser og gæld, jf. § 6, stk. 3, 1. pkt. Dette forhold taler også til fordel for klagers synspunkt.

Det fremgår udtrykkeligt af bestemmelserne i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger, om disse gælder for "foreningen" eller en "afdeling".

Reglerne om delegation, herunder Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003, bemærkningerne til lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. og ... Finanstilsynet[s] ... brev af 18. november 1993, ..., indeholder ingen henvisninger til foreningernes "afdelinger", hvilket taler imod den af Finanstilsynet anførte fortolkning.

De bærende hensyn bag bestemmelserne om delegation er - som nævnt ovenfor - på den ene side foreningens ønske om at udøve virksomheden mere effektivt og på den anden side, at delegationen ikke må være så omfattende, at administrationsselskabet fungerer som et "postkasseselskab", jf. Finanstilsynets brev ... samt art. 5 g, stk. 2 i direktiv 2001/1007/EF af 21. januar 2002.

Art. 5, stk. 2 i direktiv 2001/107/EF af 21. januar 2002.

Når et medlemsland - i dette tilfælde Danmark - har valgt at indføre regler om delegation, skal de danske regler fortolkes i overensstemmelse med direktiverne på området.

...

De hensyn, som klager har gjort gældende, fremgår udtrykkeligt at art. 5 g, stk. 1 og 2, og de i art. 5 g, stk. i, litra a)-i) anførte forhold taler heller ikke imod den af foreningen fremførte fortolkning.

Der er således ikke noget i direktivteksten, der taler imod den af foreningen etablerede delegation, og de af Finanstilsynet anførte argumenter finder ikke støtte i direktivteksten.

Undtagelsen/Finanstilsynets praksis.

Finanstilsynet har ikke dokumenteret en praksis på det relevante område, men har fremlagt et brev fra den 18. november 1993 til Danske Investeringsforeningers Fællesrepræsentation, hvor Finanstilsynet har taget stilling til, om en investeringsforenings depotselskab kan varetage porteføljeadministrationen på vegne af investeringsforeningen.

I brevet fremhæver Finanstilsynet udtrykkeligt depotselskabets særlige kontrol funktion, som fastlægges nærmere i lovgivningen, samt de interessekonflikter, der kan opstå, såfremt porteføljeadministrationen overlades til et depotselskab.

I den konkrete sag har foreningen ikke overladt porteføljeadministrationen til noget depotselskab, og der er således ikke kolliderende hensyn i forhold til en kontrolfunktion eller anden interessekonflikt. Den af foreningen indgåede delegation berører ikke administrationsselskabets og depotselskabets forpligtelser, hvilket også er et kriterium, der fremgår af art. 5 g, stk. 2 i direktiv 2001/1007/EF af 21. januar 2002.

Opsummering.

Klager skal derfor fastholde, at den af foreningen indgåede porteføljeforvaltningsaftale har hjemmel i gældende lovgivning.

Der er således hverken ud fra en ordlyds- eller formålsfortolkning af reglerne om delegation, herunder bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003, hjemmel til at anlægge den af Finanstilsynet indskrænkende fortolkning. Reglerne skal fortolkes i lyset af gældende direktiver på området, og de af Finanstilsynet anførte hensyn/kriterier i relation til delegation finder efter klagers opfattelse ikke støtte i direktiverne eller dansk lovgivning i øvrigt.

Den indgåede porteføljeforvaltningsaftale er indgået i medlemmernes interesse og vil give foreningen mulighed for at udøve sin virksomhed mere effektivt. Samtidig medfører delegationen ikke, at administrationsselskabet kommer til at fungere som "postkasseselskab".

Administrationsselskabets og depotselskabets forpligtelser består uændret, og administrationsselskabet vil fortsat råde over den fornødne ekspertise til at træffe investeringsbeslutninger, jf. § 100 i lov om finansiel virksomhed.

Foreningen og administrationsselskabet har for disse særlige værdipapirer på geografisk fjerntliggende markeder fundet det i medlemmernes interesse, at foreningen tilknytter eksperter med en helt særlig viden om værdipapirerne og har ønsket at etablere ordningen på diskretionært basis, således at værdipapirerne kan handles straks, når vilkårene er attraktive.

En rådgiveraftale vil forlænge beslutningsprocessen, hvilket i volatile markeder ikke er i medlemmernes interesse og slet ikke, når der som i dag opereres på et globalt marked, hvor tidsforskellene kan være betydelige. Det nytter således ikke, at foreningen eksempelvis i løbet af natten modtager rådgivning fra en japansk rådgiver om handel med japanske aktier, da foreningerne og administrationselskaberne ikke har natbemanding, som kan agere på grundlag heraf. Derfor har lande, som vi sammenligner os med, også givet mulighed for at delegere investeringsbeslutninger på diskretionær basis. Det forhold, at investeringer og rådgivning herom kan foretages over Internet m.v., ..., ændrer ikke situationen, idet der i dag opereres i et globalt marked med store tidsforskelle.

Det er således ikke korrekt, ..., at foreningen i stedet kan modtage investeringsrådgivning vedrørende foreningens formue ligesom andre foreninger gør.

Klager skal i øvrigt gøre opmærksom på, at lovgivningen ikke tidligere indeholdt en udtrykkelig adgang til delegation af investeringsbeslutninger. Denne udtrykkelige adgang til - under visse betingelser - at delegere investeringsbeslutninger blev først indført ved Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003, og klager forventer derfor, at andre foreninger vil benytte sig af muligheden.”

Finanstilsynet har i skrivelse af 26. oktober 2004 yderligere udtalt:

”... Finanstilsynet [skal] indledningsvis henvise til sin udtalelse af 29. juli 2004, hvori Finanstilsynet alene henviste til bestemmelserne i UCITS-direktivet, fordi K1A/S i sin anke havde henvist til direktivet. Direktivet giver en mulighed for medlemslandene til at tillade delegation, men ikke en pligt. I Danmark er reglerne om delegation gennemført i lov om finansiel virksomhed og lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger mv. I § 39, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. er det i modsætning til den tidligere lov om investeringsforeninger og specialforeninger direkte fastsat, at der ikke kan træffes beslutning om, at en investeringsforening eller specialforening kan uddelegere beslutninger om investering af foreningernes midler.

Da direktivet fastsætter, at medlemslandene kan tillade delegation, er det det enkelte medlemsland, der i givet fald selv beslutter i hvilket omfang, delegationen kan finde sted. Finanstilsynet er bekendt med, at en række lande tillader delegation af et investeringsinstituts formue, men det er der direkte forbud mod i § 39, stk. 2 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger mv., idet investeringsbeslutningerne i Danmark anses for at være en kernefunktion i en forening eller et administrationselskab (investeringsforvaltningsselskab).

Uanset forbuddet mod delegation af investeringsbeslutninger i § 39, stk. 2 blev der under lovforberedelsen - så vidt det huskes på foranledning af InvesteringsForeningsRådet, der ønskede de hidtil gældende begrænsede muligheder for delegation opretholdt - i bemærkningerne indsat, at [se ovenfor].

...

Finanstilsynet har nævnt sin afgørelse af 18. november 1993, hvor Finanstilsynet meddelte, at *der fra ledelsens side vil kunne afgives specifik fuldmagt til en udenforstående til at foretage nærmere dispositioner vedrørende elementer af porteføljeplejen*, fordi det er den, der har dannet grundlag for et yderst begrænset antal tilfælde, hvor en forening har indgået en porteføljeplejeaftale for en begrænset del af en afdelings formue. Finanstilsynet er på inspektioner kun stødt på enkelte tilfælde.

...

Den specifikke undtagelse fra delegationsforbudet har sin oprindelse i den tid, hvor det ikke var muligt at foretage investeringer via Internet m.v. Det var derfor en praktisk nødvendighed at kunne overlade beslutning om investering til en person, som fysisk befandt sig på det geografisk fjerne marked. Hvis en forening eller en afdeling for eksempel investerede i udenlandske aktier, var det muligt at overlade det til en japansk porteføljeformaler at investere en begrænset del af formuen i japanske aktier.

Siden 1. januar 2004 har foreningerne og administrationselskaberne (i loven investeringsforvaltningsselskaber) i modsætning til tidligere skulle indsende aftaler om delegation til Finanstilsynet. Finanstilsynet kan oplyse, at Finanstilsynet ikke har modtaget aftaler, der svarer til den, som denne sag drejer sig om. Endvidere er der pr. samme dato i § 100 i lov om finansiel virksomhed som noget nyt indsat et krav om, at et investeringsforvaltningsselskabs ledelse skal være i besiddelse af fyldestgørende erfaring i forbindelse med den type foreninger, der administreres af selskabet. På samme måde skal selskabet være i besiddelse af en tilstrækkeligt kvalificeret bemanding. Dette understreger, at en forening eller dens investeringsforvaltningsselskab selv skal være i besiddelse af tilstrækkelig ekspertise.

Det er korrekt, at det ikke i bemærkningerne til § 39, stk. 2 og i bekendtgørelse om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber er angivet specifikt, at bestemmelsen kan anvendes, når der er tale om en begrænset del af en afdelings formue. Imidlertid står der heller ikke "foreningens formue". Tværtimod er det i bemærkningerne anført, at bortset fra muligheden for at give en specifik fuldmagt til en begrænset del af porteføljen etc., afskærer bestemmelsen foreningerne fra at overlade hele eller dele af deres formuer til tredjemænd.

...

Som supplement til det i Finanstilsynets brev af 29. juli 2004 anførte er det Finanstilsynets vurdering, at det bør være uden betydning for udnyttelsen af den i bemærkningerne til § 39, stk. 2 og bekendtgørelsens § 1, stk. 2 nævnte begrænsede mulighed for delegation, om en forening har én eller flere afdelinger. Det vil det få, hvis man følger K1 A/S' fortolkning.

Uanset det af K1 A/S anførte om, at aftalen om delegation af investeringsbeslutninger er indgået i medlemmernes interesse med henblik på en mere effektiv virksomhed, skal aftalen holdes inden for lovens rammer.

Finanstilsynet skal ... om hæftelsesbestemmelsen i § 6, stk. 3 ... oplyse, at den nuværende formulering af hæftelsesbestemmelsen i § 6, stk. 3, blev indført pr. 1. januar 2004, sådan at hæftelsesbestemmelsen kom til at svare til den nyere hæftelsesbestemmelse i lov om innovationsforeninger. Imidlertid bliver der efter InvesteringsForeningsRådets ønske i slutningen af oktober 2004 fremsat forslag til ændring af denne bestemmelse...

..."

K1 A/S er ved skrivelse af 6. december 2004 fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen, ligesom Finanstilsynet ved skrivelse af 12. januar 2005 har fremsat supplerende bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til § 39 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. fremgår blandt andet:

"Bestemmelsen er ny og gennemfører UCITS-direktivets artikel 13 b, jf. artikel 5 g, stk. 1, litra e og stk. 2. Den svarer til § 102 i lov om finansiel virksomhed, der vedrører investeringsforvaltningsselskaber.

Det foreslås i *stk. 1*, at bestyrelsen for en forening skal træffe beslutning om, at foreningen kan delegerer visse opgaver, som det påhviler foreningen at udføre, til tredjemand.

Direktivet giver på visse nærmere angivne betingelser medlemslandene adgang til at tillade, at investeringsforeninger med henblik på at opnå en mere effektiv drift delegerer udførelsen af opgaver til tredjemand.

Begrundelsen for bestemmelsen er, at det skal sikres, at den regulering af og tilsyn med investeringsforeninger, som er indført på EU-niveau, ikke omgås ved, at investeringsforeninger uden kontrol kan uddelegere de opgaver, der påhviler dem til tredjemænd, der ikke er undergivet tilsvarende regler eller tilsyn.

I den hidtil gældende tilsynslovgivning har der ikke været en bestemmelse om delegation bortset fra, at en forening kunne overlade den daglige ledelse til et administrationsselskab. Det er i forslaget valgt at lade de samme regler om delegation gælde for investeringsforeninger, som er undergivet direktivregulering og for specialforeninger, som ikke er undergivet direktivregulering.

Det har været praksis, at foreninger kan uddelegere nogle af deres opgaver til andre. Det har typisk drejet sig om markedsføring af andele i foreningerne, visse funktioner i forbindelse med IT, visse opgaver i forbindelse med investeringsforvaltningen, men dog ikke investeringsbeslutninger, samt opgaver af teknisk/administrativ karakter.

Det har hidtil i flere tilfælde været foreningerne, der har indgået sådanne aftaler. I andre tilfælde, hvor en forening er forvaltet af et administrationsselskab, er det administrationsselskabet, der har indgået aftalen. Også i fremtiden er der mulighed for, at en forenings bestyrelse selv kan beslutte, hvor detaljerede beslutninger bestyrelsen selv vil træffe om delegation af opgaver, og hvilke beslutninger den vil overlade til den daglige ledelse. Beslutningen skal dog være konkret for så vidt angår de opgaver, den angår.

Forslaget indebærer, at en forenings bestyrelse dels skal træffe beslutning om, hvilke opgaver der skal delegeres, dels fastsætte rammerne for, hvilke aftaler om delegation af opgaver som den daglige ledelse bør indgå. Forslaget er en konsekvens af, at det dels er foreningens bestyrelse, der har ansvaret for, at foreningen administreres effektivt og økonomisk, dels at den daglige ledelse er undergivet instruktionsbeføjelse fra foreningens bestyrelse.

En beslutning om at delegerer opgaver til tredjemand forudsætter, at delegationen vil medvirke til en mere effektiv og billigere drift af foreningen.

I *stk. 2* foreslås det, at en forening ikke kan uddelegere beslutninger om investering af foreningens midler til tredjemand.

Forslaget om, at investeringsbeslutninger vedrørende foreningens midler skal træffes af foreningens daglige ledelse, er en lovfæstelse af den hidtidige faste praksis på området.

Det har hidtil inden for ret snævre grænser været muligt for en forenings ledelse at give en udenforstående specifik fuldmagt til porteføljepleje. En sådan fuldmagt kan kun gives for en begrænset del af porteføljen, som ønskes investeret på et geografisk fjernt marked

eller i specielle værdipapirer, og den udenforstående skal have en særlig ekspertise vedrørende de ønskede investeringer. Denne undtagelse opretholdes.

Bortset herfra afskærer bestemmelsen foreningerne fra at overlade hele eller dele af deres formuer til tredjemænd til diskretionær porteføljepleje.”

På baggrund af ordlyden i § 39, forarbejderne til bestemmelsen samt ordlyden af § 1, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 1176 af 5. december 2003 om kerneopgaver i investeringsforeninger, specialforeninger, fåmandsforeninger samt investeringsforvaltningsselskaber, må grænserne for investeringsforeningers uddelegering af investeringsbeslutninger anses for snævre.

Når henses hertil og til begrundelsen for bestemmelsen finder ankenævnet, at den mellem K2 og K3 A/S den 27. januar 2004 indgåede porteføljeforvaltningsaftale efter sit indhold ikke opfylder betingelserne for delegation efter lovens § 39, stk. 2, jf. bekendtgørelsens § 1.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor afgørelsen.

4.5. Lov om værdipapirhandel mv.

9) Kendelse af 19. juli 2005. (J.nr. 04-231.071)

Tiltrådt, at fremgangsmåden i § 11, stk. 1, i bekendtgørelse om registrering mv. af fondsaktiver i en værdipapircentral ikke kunne benyttes.

Værdipapirhandelslovens § 75 og bekendtgørelse om registrering m.v. i en værdipapircentral § 11-14.

(Cato Baldvinsson, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. september 2004 har advokat A på vegne af K A/S under konkurs klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 1. september 2004 har meddelt, at det ikke er godtgjort at rettighederne tilknyttet aktierne i selskabet er ophørt, og at bestemmelsen i § 11, stk. 1, i bekendtgørelse om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral derfor ikke finder anvendelse.

Sagens omstændigheder:

Den 28. juli 2004 videresendte Værdipapircentralen A/S en skrivelse fra advokat A til Finanstilsynet. Af skrivelsen fra Værdipapircentralen A/S fremgår det blandt andet, at:

"... Såvel kuratoriet som VP [Værdipapircentralen A/S] er vidende om Finanstilsynets generelle vurdering af, hvornår rettigheder til et værdipapir endeligt er ophørt, jf. Finanstilsynets breve til VP af 25. marts 2002 samt tidligere afvisning i denne sag ved brev af 2. april 2003.

Kuratoriet anfører i henvendelsen, at betingelserne for en opløsning af selskabet er tilstede, men udsat af andre årsager. Tilsvarende udelukkes det, at aktionærene har yderligere rettigheder i forhold til selskabet, hverken af økonomisk eller forvaltningsmæssig karakter. På denne baggrund skal VP anmode om Finanstilsynets konkrete og specifikke godkendelse af, at aktierne i KA/S under konkurs slettes fra registrering i henhold til registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1. Den enkelte aktionær vil således ved en kundemeddelelse i henhold til bekendtgørelsens § 48 blive underrettet om sletningen...."

I Finanstilsynets påklagede afgørelse af 1. september 2004 hedder det:

"...

Værdipapircentralen A/S (VP) har i brev af 28. juli 2004 videresendt henvendelse af 6. juli 2004 fra advokat A, der repræsenterer kuratorerne i K A/S under konkurs. Kurator anmoder i henvendelsen om, at aktierne i K A/S under konkurs bliver slettet fra registrering i Værdipapircentralen i medfør af § 11, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1146 af 15. december 2003 om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral.

VP oplyser, at kurator anfører,

- at betingelserne for en opløsning af selskabet er til stede, men udsat af andre årsager, og
- at det udelukkes, at aktionærene har yderligere rettigheder i forhold til selskabet, hverken af økonomisk eller forvaltningsmæssig karakter.

På den baggrund anmoder VP derfor om Finanstilsynets godkendelse af at aktierne i K A/S under konkurs slettes fra registrering i henhold til § 11, stk. 1.

Finanstilsynet har i brev af 2. april 2003 meddelt VP og kurator A følgende:

”Det er Finanstilsynets vurdering, at der primo april 2003 ikke er mulighed for yderligere udlodning til aktionærerne i K A/S under konkurs. Dette skyldes, at alle aktiver i selskabet, der ikke er realiseret pr. denne dato, overgår til Nationalbanken, lige som eventuelle ukendte aktiver i selskabet i forbindelse med konkursen blev overdraget til K af 1996 A/S. Der kan således heller ikke tilgå boet nye aktiver.

Finanstilsynet finder det imidlertid ikke godtgjort, at dette forhold skulle indebære, at rettighederne i henhold til aktierne i K A/S under konkurs ophører i relation til bekendtgørelsens § 13, stk. 1, (nu § 11, stk. 1), efter den sidste udlodning primo april 2003. § 13, stk. 1, finder således ikke anvendelse.”

Finanstilsynet anførte også i den nævnte afgørelse, at udgangspunktet for, hvorvidt § 11, stk. 1, fandt anvendelse, fremgik af tilsynets generelle udtalelse fra 2002, og at det herefter var afgørende, om K A/S under konkurs opløses, eller at rettighederne i henhold til aktierne i selskabet i øvrigt er ophørt.

Kurator har i sit brev til VP af 6. juli 2004 oplyst, at K A/S under konkurs på nuværende tidspunkt opfylder de materielle betingelser for opløsning og udslettelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet der foreligger et endeligt boregnskab, der er godkendt af skifteretten, og at der er sket endelig udlodning til boets kreditorer. Selskabet er dog ikke formelt opløst/udslettet.

Kurator oplyser endvidere, at de økonomiske rettigheder, som er tilknyttet aktierne i konkursboet, efter den endelige udlodning til boets kreditorer herefter er ophørte.

Endelig har kurator påpeget, at der kan være en teoretisk mulighed for, om end kurator betragter den som udelukket, at det konkursramte selskabs generalforsamling kan genopstå, hvorfor de forvaltningsmæssige rettigheder, der er tilknyttet selskabets aktier, kan blive aktuelle.

Finanstilsynet lægger til grund, at K A under konkurs ikke er opløst, men at de materielle betingelser er til stede herfor. Uanset dette har K A/S under konkurs ikke kunnet godtgøre, at de forvaltningsmæssige rettigheder, der måtte være tilknyttet aktierne i K A/S under konkurs, er ophørte. Bestemmelsen i registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, finder derfor ikke anvendelse.

...”

I klageskrivelsen af 30. september 2004 har advokat A anført:

”...

For Erhvervsankenævnet gør K A/S under konkurs gældende, at der for afviklingen af K A/S lider konkurs, det tidligere B, foreligger en

situation, som er omfattet af registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, således at betingelserne for at slette aktiernes registrering i Værdipapircentralen er opfyldte.

...

Faktiske forhold

Om de faktiske forhold kan i denne sammenhæng sammenfattende fremhæves følgende:

Konkursboet efter B, nu K A/S, blev opgjort endeligt ved et regnskab og udlodning, der var fremlagt i skifteretten i Esbjerg den 27. februar 2002.

Et begrænset antal aktiver og passiver blev henskudt i medfør af konkurslovens § 149 til tiden efter *konkursboets afslutning*, jf. omtalen i retsbogsudskriften af 27. februar 2002.

I forhold til kreditorerne i K A/S under konkurs opnåede simple og bedre prioriterede krav fuld dækning. For så vidt angår efterstillede krav, kunne det ved den anførte boopgørelse konstateres, at der kun ville blive delvis dækning til efterstillet kapital, herunder ansvarlig indskudskapital og supplerende kapital. I 2002 blev der udloddet 30 % dividende til efterstillet kapital af denne karakter. I 2003 blev yderligere udloddet 8,1451 % som endelig og afsluttende dividende.

Mulighederne for at gennemføre udlodning og afslutning som sket, herunder at kombinere konkursboets afslutning med henskydning af visse aktiver og passiver til behandling efter konkurslovens § 149, beror på, at der gennem de af konkursboet med Danmarks Nationalbank indgåede aftaler var sikkerhed for, at udlodning af restraten, der blev opgjort til 8,1451 %, kunne ske.

Eventuelle "ukendte" aktiver er overdraget Danmarks Nationalbank til eje og skal tilgå sidstnævnte. Yderligere passiver kan ikke komme på tale, idet anmeldelsesfrister i forbindelse med afsluttende proklama i Statstidende er udløbet.

Retlige synspunkter

Konkursboet gør gældende, at betingelserne for endelig sletning af aktierne fra registrering i Værdipapircentralen er opfyldte i medfør af § 11, stk. 1 i bekendtgørelsen. Uanset at kuratorerne (i begrænset omfang) efter aftale med Danmarks Nationalbank administrerer enkelte restaktiver (debitorer m.v.) og forestår afslutning af enkelte retssager - hvor den økonomiske gevinst og risiko udelukkende påhviler tredjemand og ikke kan påvirke hverken kreditorer eller aktionærer i K A/S - er bobehandlingen i forhold til såvel kreditorer som aktionærer reelt afsluttet.

Det er således helt udelukket, at generalforsamlingen kan genopstå, idet der i enhver henseende er foretaget en fuldstændig økonomisk opgørelse og afvikling af selskabet i forhold til selskabets kreditorer og aktionærer, jf. retsbogen fra skifteretten i Esbjerg vedrørende den afsluttende skiftesamling den 27. februar 2002, hvor boet blev afsluttet.

Der foreligger således en ophørssituation, som er omfattet af såvel formålet som ordlyden af regelen i § 11, stk. 1, eller i hvert fald analogien af § 11, stk.1 i registreringsbekendtgørelsen.

Idet der ikke kan forekomme en situation og heller ikke af Finanstilsynet er påvist en situation, hvor aktionærernes såkaldte forvaltningsretlige beføjelser kan tænkes at skulle udøves, endsige repræsentere nogen form for interesse eller værdi for aktionærerne, skal jeg som kurator i K A/S under konkurs anmode Erhvervsankenævnet om at bestemme, at aktierne kan slettes fra notering i Værdipapircentralen.

Jeg bemærker i den forbindelse, at realiteten i, at aktierne fortsat og eventuelt i en årrække skal være registreret i Værdipapircentralen, alene ville være, at der opretholdes en registrering med deraf forbundne omkostninger på ca. kr. 250.000 om året, der medfører, at de berørte aktionærer løbende "mindes om" deres tabte aktiebeløb. Som kurator modtager jeg jævnligt uformelle, typisk telefoniske tilkendegivelser om, at aktionærerne er uforstående overfor, at de fortsat skal stå som registrerede aktionærer i Værdipapircentralen, da registreringen er uden indholdsmæssig realitet for dem.

Sammenfattende kan det således fastslås, at sagen udelukkende drejer sig om principiel lovfortolkning, nemlig om rækkevidden af ophørsbegrebet i registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1 i relation til de tekniske regler i konkurslovens § 149, når det yderligere ikke kan bestrides, at der ikke kan tilflyde det pågældende konkursbo yderligere aktiver, der kunne muliggøre dividendeudlodning til kreditorerne, endsige gøre de administrative beføjelser vedrørende aktiekapitalen aktuelle.

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet ved skrivelse af 8. november 2004 udtalt:

..."

Afgørelsens retlige grundlag:

Registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1

Finanstilsynets afgørelse er baseret på § 11, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1146 af 15. december 2003 om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral (registreringsbekendtgørelsen), hvorefter rettigheder i henhold til værdipapiret skal være ophørt i forbindelse med udslettelse

fra registrering, hvis fremgangsmåden i registreringsbekendtgørelsens § 48 om udsendelse af kundemeddelelse skal kunne anvendes.

Bestemmelsen i § 11, stk. 1, er udstedt i medfør af § 75, stk. 3, i lov om værdipapirhandel m.v.

§ 11, stk. 1, i registreringsbekendtgørelsen fik sin nuværende ordlyd og udformning i den nu ophævede bekendtgørelse nr. 109 af 26. februar 1996 om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral. Bestemmelsen blev dengang omformuleret som følge af vedtagelse af lov nr. 1072 af 20. december 1995 om værdipapirhandel m.v., der var blevet fremsat som lovforslag nr. L 71. Af lovbemærkningerne til forslaget § 75 fremgår det, at bestemmelserne er en videreførelse af §§ 14-16 i lov om en værdipapircentral, og at:

"Der er dog foretaget den ændring, at de to bestemmelser om udslettelse af rettigheder, nu er samlet i § 75. Der er ikke herved sket nogen realitetsændring".

Af den kommenterede lov om en værdipapircentral, 1. udgave, 1. oplag, 1983, ved Christen Boye Jacobsen, fremgår det af p. 94, note 1 til lovens § 16, at:

".... Initiativet udgår formelt fra VPC, der dog normalt vil handle efter opfordring fra et kontoførende institut...

... Blandt de rettigheder, der kan udslettes i henhold til § 16, er efter bet. 948/1982 s. 55 rettigheder, der ikke har fået dækning ved tvangssalg efter retsplejelovens §§ 538a eller 557."

Finanstilsynet har som svar på en generel forespørgsel fra Værdipapircentralen A/S i 2002 vedrørende fortolkningen af registreringsbekendtgørelsens § 13, stk. 1, [nu § 11, stk.1], udtalt følgende, ...:

"Det er Finanstilsynets vurdering, at så længe en udsteder, der er under konkurs, består som juridisk person, vil der kunne eksistere rettigheder til de af udstederen udstedte værdipapirer. Det nærmere omfang af rettighederne vil afhænge af det enkelte fondsaktivs angivelse. Først når udstederen erklæres for opløst, vil rettighederne i henhold til udstedte værdipapirer endeligt ophøre.

...Det er på den baggrund Finanstilsynets opfattelse, at så længe en udsteder under konkurs ikke er opløst eller rettigheder i henhold til et fondsaktiv i øvrigt ikke er ophørt vil fremgangsmåden i § 13, stk. 1, [§ 11, stk. 1], i registreringsbekendtgørelsen ikke kunne anvendes."

Finanstilsynet har ikke truffet andre afgørelser end afgørelsen af 1. september 2004 i konkrete sager vedrørende registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1.

Registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 2, og §§ 12-14

Fortsætter rettigheder i henhold til værdipapiret i forbindelse med udslettelsen, finder reglerne i registreringsbekendtgørelsens §§ 12-14 anvendelse, medmindre fondsaktiverne overføres til registrering i en anden værdipapircentral.

Reglerne i registreringsbekendtgørelsens §§ 12-14 omhandler den formelle fremgangsmåde for ophør med registrering i en værdipapircentral, som bl.a. indbefatter regler for meddelelse, bekendtgørelse i Statstidende, fortegnelse, kontoudtog, bevis og vejledning samt skriftlig underretning.

... Finanstilsynets vurdering:

Ifølge registreringsbekendtgørelsens § 11, stk.1, skal rettigheder være ophørt i forbindelse med udslettelse, førend en værdipapircentral kan nøjes med at udsende kundemeddelelser i henhold til registreringsbekendtgørelsens § 48 og ikke følge de formelle betingelser, der er en følge af registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 2, der må betragtes som en hovedregel, som skal sikre rettighedshaverne mod uberettiget opløsning.

Finanstilsynet vurderer, at alle rettigheder i henhold til et værdipapir endeligt ophører, hvis det selskab, der har udstedt værdipapiret, opløses, Først da vil der hverken kunne være økonomiske eller forvaltningsmæssige rettigheder knyttet til værdipapiret.

I den konkrete sag er K A/S under konkurs ikke opløst, idet boet bl.a. på grund af en række retssager har besluttet at vente med den formelle opløsning. Uanset tilsynet lægger til grund, at der ikke vil kunne tilgå boet yderligere aktiver, ændrer dette ikke det faktum, at der i teorien vil kunne opstå rettigheder for aktieejerne, idet der i helt særlige tilfælde vil kunne ske f.eks. genindkaldelse af det konkursramte selskabs generalforsamling.

Det er derfor Finanstilsynets holdning, at er der er den mindste tvivl om en rettigheds fortsatte eksistens, det være sig økonomiske eller forvaltningsmæssige rettigheder, der knytter sig til et værdipapir, skal de formelle procedurer, der fremgår af registreringsbekendtgørelsens 11, stk. 2, anvendes.

Finanstilsynet har vurderet, at kun rettigheder, hvis ophør er åbenbar, d.v.s. hævet over enhver tvivl, skal kunne omfattes af registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1.

Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på, om både de økonomiske og forvaltningsmæssige rettigheder vedrørende aktier i K A/S under konkurs i realiteten er ophørt. Finanstilsynet har vurderet, at de forvaltningsmæssige rettigheder i teorien ikke er ophørt.

Dette synspunkt understøttes af klagerens brev til Værdipapircentralen A/S af 6. juli 2004,....:

"... Det i Finanstilsynets skrivelse af 2. april 2003 anførte om, at det ikke findes godtgjort, at rettighederne i henhold til K A/S under konkurs skulle være ophørt, må derfor udelukkende forstås som en henvisning til de forvaltningsmæssige rettigheder.

... Generalforsamlingen kan dog antagelig genopstå, idet der i helt særlige tilfælde kan blive tale om at bede aktionærerne i et konkursramt selskab om at tage stilling til spørgsmål om kapitalforhøjelse, f.eks. hvis en rekonstruktionsplan må antages at kunne bringe selskabet ud af konkursen, jf. Erik Werlauff, Kommenteret aktieselskabslov, 2. udg. 2002, s. 503."

Klageren kan således ikke helt afvise, selvom klageren udelukkende betragter det som en teoretisk mulighed, at generalforsamlingen kan genopstå, hvorfor forvaltningsmæssige rettigheder, der måtte være tilknyttet aktierne i det konkursramte selskab, fortsat eventuelt kan eksistere.

Dette forhold er ikke foreneligt med den meget restriktive formulering af registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, der udelukkende henviser til ophørte rettigheder. En mere lempelig fortolkning af bestemmelsen eller en analog anvendelse af den er derfor efter tilsynets opfattelse heller ikke mulig i den foreliggende situation.

..."

I skrivelse af 10. december 2004 har advokat A yderligere anført:

"...

1. Retligt grundlag for Finanstilsynets afgørelse

Det retlige grundlag for Finanstilsynets afgørelse er registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, som er udstedt i medfør af § 75, stk. 3, i lov nr. 1072 af 20. december 1995 om værdipapirhandel (nu lovbekendtgørelse nr. 1269 af 19. december 2003).

Registreringsbekendtgørelsens § 11 har følgende ordlyd:

"Er rettigheder i henhold til værdipapiret ophørt i forbindelse med udsletning fra registrering, udsendes kundemeddelelse i henhold til § 48."

"Fortsætter rettigheder i henhold til værdipapiret i forbindelse med udslettelsen, finder § 12 - 14 anvendelse, medmindre fondsaktiver overføres til registrering i en anden værdipapircentral."

Efter **ordlyden** af registreringsbekendtgørelsen skal rettigheder være **ophørt**, før værdipapiret kan udslettes af Værdipapircentralen.

2. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet fortolker registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, indskrænkende. Finanstilsynet fastslår, at en ophørssituation efter registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, alene foreligger, hvis det selskab, der har udstedt værdipapiret, opløses,

Finanstilsynets vurdering beror på et synspunkt om, at der teoretisk set kan være forvaltningsmæssige rettigheder knyttet til aktierne, så længe selskabet endnu ikke er opløst.

3. K A/S under konkurs' vurdering

Registreringsbekendtgørelsens § 11, stk. 1, må efter min vurdering fortolkes ud fra bestemmelsens ordlyd og formål.

I mine tidligere indlæg har jeg redegjort for, at den tekniske måde, K A/S under konkurs er afviklet på, fuldt ud må ligestilles med, at selskabet er "opløst".

I de fleste tilfælde afsluttes konkursboer ved, at der udarbejdes en endelig boopgørelse, jf. konkurslovens § 148. Denne suppleres med bestemmelsen i § 152 i konkursloven, hvorefter der skal ske udlodning, når skifteretten har stadfæstet udkastet til regnskab og udlodning, og ankefristen er udløbet. Denne bestemmelse benytter ikke ordet "boets slutning", men der er ingen tvivl om, at "slutning" er sket, når udlodning har fundet sted i overensstemmelse med § 154.

Dette forudsættes f.eks. i § 154, hvoraf fremgår, at midler, der fremkommer efterfølgende, ikke bevirker en genoptagelse af boet, men derimod at der udarbejdes en tillægsboopgørelse.

I § 155 i konkursloven er nærmere beskrevet, hvorledes skifteretten teknisk forholder sig over for offentligheden med hensyn til slutning af et konkursbo. Der skal nemlig efter § 155, stk. 1, ske en offentliggørelse om boets slutning i Statstidende.

Endelig anføres i § 155, stk. 2:

"Har et aktieselskab eller et anpartsselskab været under konkurs, giver skifteretten meddelelse om boets slutning til aktieselskabsregisteret."

Terminologien "slutning" er således konkurslovens formulering, der svarer til selskabsrettens brug af ordet "opløst", hvorfor rettighederne til aktierne er "ophørt", jf. registreringsbekendtgørelsen § 11, stk. 1.

Den måde, K A/S er afviklet på, er udtryk for en tilsvarende "slutning" af bobehandlingen. Som bekendt afholdtes afsluttende skiftesamling i K A/S under konkurs den 27. februar 2002, jf. f.eks. annoncer i Statstidende den 22. december 2001 ... og 12. februar 2002 ... med

henblik på boets slutning. Det, der skete, var herefter en udskydelse af visse, meget begrænsede elementer, i bobehandlingen, jf. konkurslovens § 149 og § 147, stk. 2. I § 149 anvendes også formuleringen "henskydes til tiden **efter** boets **slutning**" (min fremhævelse).

Sammenfattende gør jeg således gældende, at boet er "sluttet", selv om enkelte begrænsede aktiviteter vedrørende navnlig nogle i forhold til den samlede bobehandling begrænsede retssager er videreført, og yderligere dividende er blevet udloddet.

Der er efter overdragelsen af samtlige resterende aktiver til fuld og endelig afgørelse af mellemværendet til Danmarks Nationalbank ikke nogen mulighed for, at der kan opstå yderligere aktiver, som kan udløse en situation, der giver yderligere udlodning til kreditorerne eller - ud fra nogen som helst overvejelse - genoptagelse af boet med mulighed for, at de forvaltningsretlige beføjelser, som en aktionær har, kan blive aktuelle.

Det konstateres, at Finanstilsynet er enig i, at der ikke længere er knyttede økonomiske rettigheder til aktierne i K A/S under konkurs. For så vidt angår de forvaltningsmæssige rettigheder, der er knyttet til aktierne, er det alene Finanstilsynets postulat, at de måtte eksistere.

...

Det skal endvidere fremhæves, at selv om aktierne i K A/S under konkurs udslettes i Værdipapircentralen, har aktionærerne stadig efter reglerne i aktieselskabsloven de postulerede forvaltningsmæssige rettigheder, der måtte være knyttet til aktier. Registreringen i Værdipapircentralen er alene en sikringsakt og berører ikke aktieselskabslovens regler for så vidt angår fastlæggelse af aktionærernes forvaltningsmæssige rettigheder.

Desuden skal det bemærkes, at registreringsbekendtgørelsen primært er udstedt med henblik på at sikre hensynet til et ud fra et investor- og dermed aktionærssynspunkt sikkert og effektivt værdipapirsystem. Finanstilsynet varetager ikke aktionærernes interesser ved at nægte at udslette aktierne i Værdipapircentralen. Tværtimod medfører den manglende udslettelse af aktierne betydelige ulemper for aktionærerne, herunder muligvis også skattemæssige tab, men i hvert fald praktiske ulemper ved løbende at blive erindret om de værdiløse aktier, som de har i den tidligere B.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det retlige grundlag for den påklagede afgørelse er § 11, stk. 1 i bekendtgørelse nr. 1146 af 15. december 2003 om registrering m.v. af fondsaktiver i en

værdipapircentral, - jf. nu bekendtgørelse nr. 1168 af 1. december 2004 - der er udstedt i medfør af værdipapirhandelslovens - nu lovbekendtgørelse nr. 171 af 17. marts 2005 - § 75, stk. 3. Af forarbejderne til værdipapirhandelslovens § 75 (L 71 1995/1996) fremgår:

”...

Bestemmelserne er en videreførelse af §§ 14-16 i lov om en værdipapircentral.

Der er dog foretaget den ændring, at de to bestemmelser om udslettelse af rettigheder, der hidtil har været at finde i hver sin paragraf (§ 15, stk. 2, og § 16, stk. 1), nu er samlet i § 75. Der er ikke herved sket nogen realitetsændring. Det er fortsat et vilkår for den udslettelse af rettigheder, som en værdipapircentral ifølge § 75, stk. 1, kan gennemføre, at der er tale om rettigheder, der »åbenbart er ophørt«. § 75, stk. 2, vedrører rettigheder, der »må antages at have mistet deres betydning, eller rettigheder, som er over 20 år gamle, og som sandsynligvis er ophørt, eller hvortil der efter al sandsynlighed ikke findes nogen berettiget.”

Det lægges til grund, at der den 27. februar 2002 afholdtes afsluttende skiftesamling i K A/S under konkurs, og at et begrænset antal aktiver og passiver i medfør af konkurslovens § 149 og § 147, stk. 2 blev henskudt til tiden efter konkursboets afslutning. K A/S under konkurs må som følge heraf anses for fortsat at bestå som juridisk person.

Uanset K A/S under konkurs ifølge det oplyste skulle opfylde de materielle betingelser for udslettelse af registeret for aktieselskaber, idet der for konkursboet foreligger et endeligt boregnskab, godkendt af skifteretten, og idet der er foretaget endelig udlodning til boets kreditorer, finder ankenævnet det ikke godtgjort, at samtlige rettigheder forbundet med aktierne åbenbart kan anses for ophørt.

Da der efter ankenævnets opfattelse således fortsat er rettigheder i henhold til aktierne i forbindelse med udslettelse fra registrering, finder § 11, stk. 2, jf. §§ 12-14 i bekendtgørelse om registrering m.v. af fondsaktiver i en værdipapircentral anvendelse.

Ankenævnet tiltræder derfor, at fremgangsmåden i § 11, stk. 1, i bekendtgørelse om registrering m.v. i en værdipapircentral ikke kan benyttes.

Hermed stadfæster ankenævnet Finanstilsynets afgørelse af 1. september 2004.

4.6. Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension

10) Kendelse af 16. juni 2005. (J.nr. 03-137.820)

Udstederrisikoen på modtagne sikkerheder skal ikke medtages ved Arbejdsmarkedets Tillægspensions opgørelse af risikoen på en enkelt virksomhed.

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension § 26 og 26 a.

(Niels Bolt Jørgensen, Cato Baldvinsson og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 6. juni 2003 har advokat A på vegne af Arbejdsmarkedets Tillægspension klaget over Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003, hvorefter Arbejdsmarkedets Tillægspension ved opgørelse af risikoen på en enkelt virksomhed skal medtage udstederrisikoen på modtagne sikkerheder, uanset om værdien af de stillede sikkerheder er modregnet i engagementet med sikkerhedsstillere eller ej, dog ikke sikkerheder modtaget i forbindelse med værdipapirudlån.

Sagens omstændigheder:

A. Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003.

Den påklagede afgørelse af 9. maj 2003 har følgende ordlyd:

” ...

ATP anmoder tilsynet om at bekræfte, at konklusion nr. 3 om at medregne udstederrisiko på modtagne sikkerheder alene gælder i det omfang, sikkerhedernes værdi er anvendt til reduktion af modpartsrisikoen på sikkerhedsstillere i henhold til atp-lovens § 26a.

Det er tilsynets opfattelse, at hvis en sikkerhedsstillere misligholder sine forpligtelser, vil værdien af de modtagne sikkerheder kunne anvendes til nedbringelse eller indfrielse af engagementet med sikkerhedsstillere. Dette betyder, at sikkerhedernes værdi må tages som udtryk for en reel kreditmæssig eksponering på udsteder af de modtagne sikkerheder i tilfælde af at sikkerhedsstillere ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser. Medregnes udstederrisikoen på modtagne sikkerheder

ikke i engagementet med udsteder som et element af risiko, kan den samlede eksponering på den pågældende udsteder i tilfælde af, at den sikrede fordring misligholdes, vise sig at være uacceptabelt høj.

Tilsynet finder derfor, at udstederrisikoen på modtagne sikkerheder skal indgå i opgørelsen af engagementet med udsteder, uanset om værdien af de stillede sikkerheder er modregnet i engagementet med sikkerhedsstillere eller ej. Dette gælder dog ikke sikkerheder modtaget i forbindelse med værdipapirudlån, jf. konklusion nr. 3 i Finanstilsynets brev af 24. februar 2003.”

...”

B. Klageskrivelsen af 6. juni 2003.

I klageskrivelsen af 6. juni 2003 har advokat A på vegne af Arbejdsmarkedets Tillægspension anført:

”...

Afgørelsen indbringes af ATP for Erhvervsankenævnet med følgende:

1. Påstande

1. Det gøres gældende, at Finanstilsynet ikke har hjemmel i ATP-loven til at meddele et påbud om anvendelse af en bestemt metode til opgørelse af udstederrisikoen på stillede sikkerheder af generel, regelsættende karakter, således som dette er tilfældet ved den af klagen omfattede afgørelse af 9. maj 2003.

Det bemærkes, at afgørelsen af dette generelle hjemmelsspørgsmål er af selvstændig, principiel betydning for ATP.

2. Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at Finanstilsynet har hjemmel i ATP-loven til at udstede et påbud af generel, regelsættende karakter, således som tilfældet er med den af nærværende klage omfattede afgørelse af 9. maj 2003, da gøres det gældende, at den af Finanstilsynet påbudte metode til medregning af udstederrisiko på stillede sikkerheder ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a.

2. Sagsfremstilling

Med hjemmel i bestemmelserne i ATP-lovens § 27 a, hvorefter Finanstilsynet fører tilsyn med ATP's anbringelse af midler efter ATP-lovens §§ 26 og 26 a, har Finanstilsynet med udgangspunkt i et inspektionsbesøg i dagene 20. – 22. november 2002 gennemført en undersøgelse af markedsrisikoområdet i ATP.

...

Finanstilsynets konklusioner af undersøgelsen blev drøftet på et møde den 10. februar 2003 med deltagelse af de for undersøgelsen ansvarlige repræsentanter for Finanstilsynet samt repræsentanter for ATP's direktion og øvrige daglige ledelse.

Som opfølgning på dette møde fremsendte Finanstilsynet den 18. februar 2003 et foreløbigt udkast til rapport for undersøgelsen til ATP's daglige ledelse til kommentarer. ...

I det foreløbige udkast til rapport lagde Finanstilsynet op til at meddele ATP to egentlige "pålæg" (påbud),

...

dels det af nærværende klage omfattede pålæg vedrørende metode til opgørelse af udstederrisiko på stillede sikkerheder (punkt 3 i udkast til rapport).

...

Ved brev af 20. februar 2003 fra ATP til Finanstilsynet, ... har ATP skriftligt kommenteret Finanstilsynets udkast til rapport.

...

For så vidt angår det af nærværende klage omhandlede spørgsmål vedrørende metode til opgørelse af udstederrisiko på værdipapirer modtaget som sikkerhed anførte ATP ..., at ATP fortolkede Finanstilsynets holdning således, at modtagne sikkerheder kun skulle medtages i risikoopgørelsen efter ATP-lovens § 26 a, hvis sikkerhederne konkret var anvendt til reduktion af modpartsrisikoen på den part, kontrakten (typisk vedrørende derivater) var indgået med (herefter Medkontrahenten).

...

Finanstilsynet fremsendte herefter den 24. februar 2003 en endelig rapport vedrørende undersøgelsen af risikoområdet hos ATP. ...

Set i forhold til den foreløbige rapport af 18. februar 2003 ... er den væsentligste ændring i Finanstilsynets endelige rapport, at Finanstilsynet på grundlag af en konkret henvisning hertil i ATP's brev af 20. februar 2003 ... ændrede det af nærværende klage omfattede pålæg, punkt 3 i rapporten, således at den pålagte metode til opgørelse af udstederrisiko på stillede sikkerheder – i overensstemmelse med retningslinierne angivet i Finanstilsynets principielle afgørelse pr. 20. november 2000 således som offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 8. juni 2001 vedrørende lov om forsikringsvirksomhed §§ 6 – 6 a og 87 om forsikringsselskabers og

pensionskassers muligheder for at deltage i værdipapirudlån – ikke skulle gælde for ATP's deltagelse i værdipapirudlån.

Finanstilsynets afgørelse af 24. februar 2003 ... blev behandlet af bestyrelsen i ATP på et møde den 27. februar 2003.

På grundlag af ATP's ønske om at leve op til "best practice" inden for sit aktivitetsområde og efter en gennemgang og drøftelse af såvel Finanstilsynets rapport som kommentarerne til rapporten som anført i brev af 20. februar 2003 fra ATP's direktion til Finanstilsynet ... besluttede ATP's bestyrelse for så vidt angår den af nærværende klage omfattede metode til beregning af udstederrisiko på stillede sikkerheder at fastholde ATP's standpunkt, hvorefter udstederrisikoen på stillede sikkerheder kun skal medtages i risikoopgørelsen, hvis sikkerhederne anvendes til reduktion af modpartsrisikoen på den part, kontrakten er indgået med, eller hvis sikkerhederne konkret udnyttes af ATP på grund af manglende kontraktsopfyldelse hos Medkontrahenten.

3. Anbringender

Ad påstand 1

Til støtte for ATP's påstand om at Finanstilsynet ikke har hjemmel til at meddele et påbud (pålæg) om anvendelse af en bestemt metode til opgørelse af udstederrisikoen på stillede sikkerheder i henhold til bestemmelserne i ATP-lovens § 26 a, gøres det gældende:

- at Finanstilsynets afgørelse af den 9. maj 2003 og den deri beskrevne metode til opgørelse af udstederrisikoen har karakter af generel regelgivning svarende til en bekendtgørelse eller en vejledning, men ikke af et konkret påbud (pålæg) efter ATP-lovens § 27 a, stk. 3 vedrørende anbringelsen af ATP's midler (aktiver) i overensstemmelse med §§ 26 og 26 a,
- at Finanstilsynet ikke har hjemmel i ATP-lovens §§ 26 og 26 a til at udstede bekendtgørelser, vejledninger m.v. om forståelsen af bestemmelserne i ATP-lovens § 26 a om beregning af udstederrisiko på enkelt virksomheder,
- at bestemmelsen i ATP-lovens § 23, stk. 13, hvorefter Finanstilsynet kan dispensere fra bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a tværtimod viser, at lovgiver har fundet det relevant at give Finanstilsynet hjemmel til at foretage en indsnævrende fortolkning af bestemmelserne i §§ 26 og 26 a i form af meddelelse af dispensation, hvilket så meget mere taler imod, at Finanstilsynet tillige er tiltænkt en hjemmel til at

foretage en udvidende fortolkning af regelsættet i §§ 26 og 26 a ved udstedelse af generelle retningslinier om metoder til opgørelse af udstederrisikoen,

at en sådan hjemmel for Finanstilsynet til at udstede generelle retningslinier – uanset henvisningen i forarbejderne i ATP-lovens til en vis tiltænkt parallelitet mellem reglerne i ATP-loven og reglerne i Lov om Forsikringsvirksomhed (herefter LFV) og Lov om Finansielle Virksomheder (herefter FiL) heller ikke ved analogi eller anden udvidende fortolkning kan finde hjemmel i de til ATP-lovens §§ 26 og 26 a tilsvarende bestemmelser i LFV §§ 128 og 129 eller i LFV eller FiL generelt, og

at det forhold, at der i ATP-loven ikke er indsat særlige regler om procedurer og beskyttelse i forbindelse med undersøgelser fra Finanstilsynets side og påbud udstedt som led i sådanne undersøgelser svarende til de i FiL §§ 66 – 67, 73 – 74 og 76 indeholdte tavsheds-, videregivelses-, partsstatus- og klagebestemmelser ligeledes taler imod en sådan hjemmel for Finanstilsynet til at foretage en udvidende fortolkning af bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a til også at omfatte påbud (pålæg) af generel, regelgivende karakter udstedt med hjemmel i ATP-lovens § 27 a, stk. 3.

Ad påstand 2

Indledningsvis skal bemærkes, at ATP i de tilfælde, der er omfattet af Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003, medtager udstederrisikoen på de underliggende aktiver tilhørende ATP – som f.eks. afdækkes med derivater udstedt af Medkontrahenten – og endvidere medtager udstederrisikoen på Medkontrahenten, der har udstedt derivaterne, i opgørelsen af udstederrisiko i henhold til ATP-lovens § 26.

Der er således alene tale om, at ATP ikke mener sig forpligtet til tillige at medtage udstederrisikoen på sikkerheder – f.eks. i form af pantsatte aktier eller pantsatte obligationer – stillet til sikkerhed af Medkontrahenten for Medkontrahentens kontraktopfyldelse ved opgørelse af udstederrisiko på enkelt virksomheder i henhold til ATP-lovens § 26 a.

ATP er endvidere enig i, at udstederrisikoen på de stillede sikkerheder skal indgå i ATP's opgørelse af udstederrisiko på enkelt virksomheder i henhold til ATP-lovens § 26 a, såfremt ATP gør de pågældende sikkerhedsstillelser gældende på grund af misligholdelse eller manglende opfyldelse fra Medkontrahentens side, eller såfremt de

stillede sikkerheder af ATP benyttes til at reducere ATP's risiko på Medkontrahenten i overensstemmelse med bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a.

Med dette udgangspunkt gøres det til støtte for synspunktet om, at den af Finanstilsynet i afgørelsen af 9. maj 2003 beskrevne metode til opgørelse af udstederrisikoen på enkelt virksomheder i relation til stillede sikkerheder ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i ATP-lovens § 26 a gældende,

at bestemmelsen i ATP-lovens § 26 a efter sin ordlyd alene vedrører ATP's aktiver. Aktiver, som en Medkontrahent har stillet til sikkerhed til ATP for et mellemværende mellem parterne f.eks. i forbindelse med Medkontrahentens udstedelse af derivater til ATP, er netop ikke ATP's aktiver men derimod Medkontrahentens aktiver,

at ordet "elementer" i bestemmelsen i ATP-lovens § 26 a, stk. 1 ikke indikerer et bredere anvendelsesområde af bestemmelsen, der også omfatter sikkerheder stillet over for ATP, men derimod – som det fremgår af forarbejderne til ATP-lovens § 26 a som gengivet i Folketingstidende 1994-1995, Tillæg A side 1.110 – er indsat for at præcisere, at bestemmelsen omfatter alle ATP's aktiver og ikke blot ATP's balance ekskl. gældsposter, således som de tidligere regler i ATP-loven på dette område kunne forstås,

at en sproglig fortolkning af bestemmelsen i ATP-lovens § 26 a derfor tilsiger, at ATP ikke skal medregne udstederrisikoen på stillede sikkerheder, medmindre ATP har gjort sikkerhedsstillelsen gældende eller har benyttet de stillede sikkerheder til at reducere risikoen på Medkontrahenten i henhold til bestemmelserne i §§ 26 og 26 a,

at Finanstilsynet ikke ses at have udstedt bekendtgørelser, vejledninger eller lignende generelle regelsæt vedrørende de tilsvarende regler i LFV §§ 128 og 129 – hvor Finanstilsynet efter eget udsagn forlanger, at livs- og pensionsforsikringselskaberne i en identisk situation skal medregne udstederrisikoen i relation til stillede sikkerheder ved opgørelsen efter LFV § 129 – hvorfor den af Finanstilsynet i afgørelsen af 9. maj 2003 fastlagte metode til medregning af udstederrisiko heller ikke umiddelbart kan finde støtte i en analogi fra bestemmelserne i LFV §§ 128 og 129,

at der heller ikke i forarbejderne til LFV §§ 128 og 129 ses at være grundlag for en udvidende fortolkning, hvorefter også udstederrisikoen på stillede sikkerheder skal indgå ved opgørelsen af et livs- og pensionsforsikringselskabs udstederrisiko i henhold til LFV § 129, idet forarbejderne alene taler om udstedere, låntagere og garanter, men ikke om sikkerhedsstillelser,

- at selve det forhold, at forarbejderne til ATP-loven forudsætter en vis parallelitet mellem bestemmelserne i ATP-loven og tilsvarende bestemmelser i LFV, ikke kan føre til, at en konkret praksis anvendt af Finanstilsynet i relation til opgørelse af udstederrisiko i henhold til reglerne i LFV §§ 128 og 129 giver Finanstilsynet hjemmel til at udstede generelle retningslinier for ATP's beregning af udstederrisiko i henhold til bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a,
- at Finanstilsynet selv i en afgørelse til Forsikring og Pension af 11. november 2000 (publiceret på Finanstilsynets hjemmeside den 8. juni 2001) vedrørende det beslægtede område "udlån af aktiver" har fastslået, at værdien af de som sikkerhed stillede værdipapirer ikke skal indgå i livs- og pensionsforsikringsselskabernes opgørelse over udstederrisiko på enkeltengagementer, medmindre de stillede sikkerheder benyttes til at reducere udstederrisikoen på Medkontrahenten,
- at denne afgørelse fra Finanstilsynet om udstedelse af sikkerheder ved udlån af værdipapirer netop har mange lighedspunkter til de af Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003 omfattede områder, idet der i begge tilfælde er tale om, at ATP ikke selv er herre over, hvornår ATP på grund af Medkontrahentens forhold eventuelt må se sig nødsaget til at sætte sig i besiddelse af de stillede sikkerheder, hvorefter de stillede sikkerheder som en naturlig konsekvens heraf straks skal indgå ved beregning af ATP's udstederrisiko på enkelt virksomheder i henhold til ATP-lovens § 26 a,
- at Finanstilsynet har lagt til grund, at principperne i Finanstilsynets afgørelse af 11. november 2000 til Forsikring og Pension også finder anvendelse på ATP's opgørelse af udstederrisiko i henhold til ATP-lovens § 26 a, jf. ATP's redegørelse over for Finanstilsynet om benyttelse af regelsættet anført i ATP's brev af 31. januar 2002 til Finanstilsynet ... samt den udtrykkelige undtagelse af området for udlån af værdipapirer mod sikkerhedsstillelse i Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003,
- at formålet med bestemmelserne i §§ 26 og 26 a, således som gengivet i ATP-lovens § 26, stk. 1, netop er, at anbringe ATP's kapital på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at ATP til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Det bemærkes, at de generelle retningslinier, der er indeholdt i Finanstilsynets afgørelse af den 9. maj 2003 vedrørende medregning af udstederrisikoen på stillede sikkerheder, netop vil begrænse ATP's muligheder for at modtage sikkerhedsstillelse fra Medkontrahenter ved indgåelse af aftale om derivater m.v., og derfor vil modvirke det i ATP-lovens § 26 a, stk. 1 angivne

formål om at skabe betryggende sikkerhed for, at ATP til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser, og

at der ikke umiddelbart synes at være andre bestemmelser i de finansielle regelsæt, som tilsiger en fortolkning af bestemmelserne i ATP-lovens § 26 a vedrørende beregning af udstederrisiko på enkelt virksomheder, således som indeholdt i Finanstilsynets afgørelse af 9. maj. Her skal bl.a. henvises til

at det af bestemmelserne i § 23, stk. 7 i lov om banker og sparekasser (herefter BSL) fremgår, at et engagement garanteret af et kreditinstitut i zone A for den garanterede del betragtes som et engagement med det vedkommende (garanterende) kreditinstitut, medens det ikke andre steder i BSL § 23 eller den i henhold til BSL § 23, stk. 9 udstedte bekendtgørelse nr. 964 af 12. februar 2002 om opgørelse og indberetning af store engagementer for pengeinstitutter m.v. fremgår, at sikkerheder anvendt i forbindelse med opgørelse af fradrag for særligt sikre krav skal indgå i engagementsopgørelserne, og

at der i bekendtgørelse nr. 82 af 2. maj 2003 om årsregnskaber for ATP § 30, hvorefter ”afledte finansielle instrumenter ansættes til den markedsværdi, de har på balancetidspunktet”, ikke fremgår nogen konkret henvisning til sikkerheder stillet af medkontrahenten..

...”

C. Finanstilsynets skrivelse af 14. august 2003.

I skrivelse af 14. august 2003 har Finanstilsynet udtalt:

”...

Finanstilsynets generelle bemærkninger

Bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a svarer til i alt væsentligt til de regler, der er indeholdt i lov om forsikringsvirksomhed §§ 87, 128 og 129. Bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26 a svarer ligeledes i alt væsentligt til lov om tilsyn med firmapensionskasser §§ 46 og 47.

Der foreligger mindre sproglige forskelle og der er mindre afvigelser i afgrænsningen af de relevante investeringsuniverser. Derudover er der forskelle som følge af, at der ikke for ATP foreligger krav om tilstedeværelse af egenkapital (minimumskapitalisering og solvensmargen).

Generelt tilsigter bestemmelserne i den omhandlede lovgivning at sikre en passende risikospredning i de aktiver, hvori der placeres midler, og at sikre, at aktiverne er udvalgt således at de i forhold til arten af

ordningens forpligtelser med hensyn til sikkerhed, afkast og likviditet, er af en art og sammensætning, så de er egnede til at fyldestgøre de sikrede, herunder at der ikke foreligger en uforholdsmæssig stor afhængighed af en bestemt kategori af aktiver, et bestemt investeringsmarked eller en bestemt investering.

Det er korrekt, at ATP-loven ikke indeholder en formulering, der svarer helt til lov om forsikringsvirksomhed § 127 a, stk. 1, og lov om tilsyn med firmapensionskasser § 46, stk. 1.

Det er imidlertid Finanstilsynets opfattelse, at arten og naturen af de forpligtelser, der påhviler såvel livsforsikringsselskaber, pensionskasser og ATP, er af en så ensartet karakter, at alene en analog anvendelse og fortolkning af placeringsreglerne er meningsfuld.

...

Uagtet det forskellige ordvalg har Finanstilsynet altid været af den opfattelse, at der ikke er tale om realitetsforskel mellem de pågældende bestemmelser. Dette understøttes af de generelle bemærkninger til stedfundne ændringer af ATP loven, hvoraf fremgår, at *"der tages ... udgangspunkt i det regelsæt, der finder anvendelse for forsikringsselskaber og pensionskasser fra 1. juli 1994, som følge af implementeringen af de nyeste EU-direktiver på dette område."* Der foreligger ikke specifikke bemærkninger i øvrigt til § 26 a, stk. 1.

Specielle bemærkninger til de nedlagte påstande og anbringender:

For så vidt angår påstand 1 om rækkevidden af tilsynet og om Finanstilsynets adgang til, som led i tilsynsvirksomheden, at meddele ATP påbud i henhold til ATP-lovens § 27 a, stk. 3, skal bemærkes følgende:

Det er Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet såvel i forbindelse med den almindelige tilsynsvirksomhed som i forbindelse med undersøgelse på stedet kan meddele ATP påbud i henhold til ATP-lovens § 27 a såfremt det konstateres, at de bestemmelser, der er indeholdt i ATP-lovens §§ 26 og 26 a ikke overholdes, herunder hvis det vurderes, at ATP har en samlet risiko på en værdipapirudsteder, en medpart eller en stillet sikkerhed, der overstiger de begrænsninger, der følger af §§ 26 og 26 a.

For så vidt angår de undersøgelsesaktiviteter på stedet, som tilsynet gennemfører i såvel livsforsikringsselskaber, tværgående pensionskasser, firmapensionskasser og ATP skal det anføres, at tilsynet som led heri reagerer enten ved udstedelse af påbud til den eller de berørte virksomheder, eller ved at tilkendegive risikoplysninger.

Tilsynets påbud er en konkret afgørelse rettet mod et givet forhold hos en specifik virksomhed. Tilsynet kan eksempelvis påbyde virksomheden at bringe den samlede risiko på et enkelt aktiv eller en gruppe af aktiver, hvis risikoen efter tilsynets opfattelse overstiger den

begrænsning, der følger af lovgivningen, regler fastsat i henhold til lovgivningen og bestyrelsens beslutninger.

Tilsynets påbud har således ikke karakter af generelle retningslinier af samme karakter som vejledninger og bekendtgørelser. Det forhold at kun findes én virksomhed indebærer ikke at et påbud derved opnår karakter en generel regel.

Finanstilsynet er opmærksom på, at der ikke i ATP-lovens §§ 26-27 er hjemmel til at udstede bekendtgørelser og/eller vejledninger på samme måde som det følger af lov om finansiel virksomhed §§ 14-15.

Finanstilsynet må på denne baggrund afvise, at et påbud rettet mod en specifik virksomhed – f.eks. ATP – på nogen måde vil kunne antage karakter af generel afgørelse i form af bekendtgørelse eller vejledning, jf. herved anbringender 1 og 2.

Efter Finanstilsynets opfattelse rummer ATP-lovens § 27 a, stk. 3, således hjemmel til at påbyde ATP *"inden en fastsat frist, at foretage de foranstaltninger, som Finanstilsynet skønner nødvendige med henblik på, at anbringelsen af midlerne står i overensstemmelse med §§ 26 og 26 a."*

ATP-lovens §§ 26 – 26 a indeholder såvel en beskrivelse af ATP's investeringsunivers som en række bestemmelser, der tilsigter at begrænse den risiko som ATP må påtage sig såvel i forhold til grupper af aktiver som i forhold til enkeltaktiver.

§ 26 a, stk. 1, foreskriver således at der *"ikke blandt Arbejdsmarkedets Tillægspensions må indgå elementer, der repræsenterer en risiko på en enkelt virksomhed hvis værdi sammenlagt udgør mere end 2 pct. af Arbejdsmarkedets Tillægspensions samlede aktiver."*

Bestemmelserne i § 26 a, stk. 3-9, rummer – relateret til forskellige aktivgrupper og enkeltaktiver – en række undtagelser fra denne begrænsning.

I § 26 a, stk. 2, uddybes bestemmelsen i § 26 a, stk. 1, idet en tilsvarende risikobegrænsningsregel gælder *"i forhold til virksomheder, mellem hvilke der består en sådan forbindelse, at de udgør en samlet risiko for Arbejdsmarkedets Tillægspension."*

Bestemmelsen i § 26 a, stk. 1-2, svarer til de tilsvarende regler i lov om forsikringsvirksomhed § 129, stk. 1-2, og i lov om tilsyn med firmapensionskasser § 47, stk. 1-2. Det er tilsynets udgangspunkt, at de tre stort set identiske regelsæt skal behandles ensartet.

Finanstilsynets tilsyn med overholdelsen af ATP-lovens §§ 26 og 26 a vil ifølge sagens natur vedrøre overholdelsen af bestemmelserne.

Tilsynet vedrører således ikke alene en beregningsmæssig overvågning af, at begrænsningerne for aktivkategorier og enkeltaktiver, jf. ATP-

lovens § 26, stk.2, stk. 8-11, samt § 26 a, stk. 1-7, overholdes og af at de begrænsninger, der er indeholdt i § 26, stk. 4-7, overholdes.

Tilsynet omfatter ligeledes en vurdering af

1. hvorvidt en investering er led i en omstrukturering af en virksomhed, hvori der allerede er foretaget en investering (§ 26, stk. 15)
2. hvorvidt ATP sammen med Arbejdsmarkedets Erhvervs sygdomssikring udøver bestemmende indflydelse på en virksomhed (§ 26, stk. 7) og
3. hvorvidt ATP's aktiver er placeret således, at bestemmelsen i § 26 a, stk. 1, 1.pkt., er overholdt

Netop vurderingen af, hvorvidt bestemmelsen i § 26 a, stk. 1, 1. pkt., er overholdt, er et væsentligt led i den påankede sag. Vurderingen heraf indeholder en række elementer, der indgår i et samlet skøn, idet § 26 a, stk. 1, 1. pkt., ikke indeholder en præcis afgrænsning af, hvad der skal forstås ved "en risiko på en enkelt virksomhed".

ATP og Finanstilsynet kan have forskellige vurderinger af, hvad der skal forstås ved "en risiko på en enkelt virksomhed".

Tilsynet er af den opfattelse, at man i henhold til § 27 a, stk. 1 og 3, som led i tilsynet med overholdelsen af §§ 26-26 a, kan meddele ATP påbud, der baserer sig på en konkret vurdering af, hvorvidt der er tale om "en risiko på en enkelt virksomhed". Såfremt dette ikke vil være tilfældet vil tilsynet efter Finanstilsynets opfattelse alene omfatte en beregningsmæssig kontrol af, at placeringsbegrænsningerne er overholdt, men uden at tilsynet kan fastlægge, hvilke elementer der indgår i kontrollen.

Det bemærkes, at det ikke har været anfægtet, at Finanstilsynet kan meddele såvel livsforsikringsselskaber som firmapensionskasser påbud, der baserer sig på en tilsvarende konkret vurdering af, hvorvidt der er tale om "en risiko på en enkelt virksomhed".

Tilsynet har på denne baggrund anset det for værende i overensstemmelse med ATP-lovens §§ 26-26 a, og § 27 a, stk. 1 og 3, at der kan udstedes påbud til ATP, der baserer sig på en konkret vurdering af, hvad der kan anses for omfattet af begrebet "en risiko på en enkelt virksomhed".

Til de anbringender advokaten i øvrigt knytter til påstand 1 skal tilsynet bemærke følgende:

Dispensationsadgangen ... i ATP-lovens § 26, stk. 13, (ikke § 23, stk. 13, som anført af advokaten) svarer i alt væsentligt til den dispensationsadgang, der er indeholdt i lov om forsikringsvirksomhed § 134. Der foreligger ikke indikationer af, at dispensationsadgangen i ATP-loven tilsigtes udnyttet på en måde, der afviger fra hvad der gør sig gældende for forsikringsselskaber.

Dispensationsadgangen for forsikringsselskabers vedkommende grunder sig på 3. generationsdirektiverne art. 21, stk. 2, og art. 22, stk. 6. Direktivbestemmelserne forudsætter, at der kan dispenseres fra investeringsreglerne i konkrete tilfælde og at dispensation til de enkelte selskaber efter ansøgning fra de pågældende selskaber ud fra en konkret vurdering.

Af bemærkningerne til bestemmelserne fremgår:

"Som det er forudsat i de gældende regler og i direktiverne, kan der opstå behov for at dispensere fra investeringsreglerne, der erfaringsmæssigt ikke i detaljer kan udformes, så de i alle tilfælde virker rimelige og hensigtsmæssige. Ved reglernes indførelse kan der ligeledes være tilfælde, hvor kravene ikke er opfyldt, og hvor det vil være hensigtsmæssigt at kunne give en dispensation, eventuelt for en periode. Som udgangspunkt antages, at investeringer foretaget i medfør af de gældende investeringsregler vil kunne opretholdes."

Finanstilsynet finder på denne baggrund, at dispensationsadgangen i ATP-loven ikke kan tillægges betydning ved vurderingen af rækkevidden af tilsynets adgang til at udstede påbud til ATP.

Paralleliteten mellem tilsynsreglerne ... for ATP og livsforsikringsselskaber er behandlet både i beretningen fra en arbejdsgruppe vedrørende tilsynet med ATP og LD og i bemærkningerne til en ændring af ATP-loven.

I arbejdsgruppens beretning s. 30-31 er det investeringsmæssige tilsyn med ATP (og LD) nærmere beskrevet. I beretningens afsnit 4.3.1, s. 31, er arbejdsgruppens konklusion anført. Det fremgår heraf, at *"Finanstilsynets investeringsmæssige tilsyn ligger på linie med det tilsyn, der føres med forsikringsselskaber m.v. Arbejdsgruppen har derfor ikke skønnet, at der er behov for at foreslå nogle ændringer heri."*

Arbejdsgruppens overvejelser har dannet udgangspunkt for den ændring af ATP-loven, der fandt sted ved lov nr. 252 af 19. april 1995.

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår (Folketingstidende 1994/1995, s. 1106) følgende.

"Endvidere er det fundet hensigtsmæssigt at foreslå ændringer af placeringsbestemmelserne for de to fonde. Dette sker med baggrund i de fortolkningsproblemer, der har vist sig med det nuværende grundlag,, i takt med løbende ændringer i regelgrundlaget for forsikringsselskaber og pensionskasser, som regelgrundlaget for ATP og LD oprindeligt bygger på. Der tages således udgangspunkt i det regelsæt, der finder anvendelse for forsikringsselskaber og pensionskasser fra den 1. juli 1994, som følge af implementeringen de nyeste EU-direktiver på dette område."

Såvel den omhandlede beretning som de bemærkninger, der ledsagede forslaget til ændring af ATP-loven peger efter Finanstilsynets opfattelse klart i retning af, at der for vidt angår både udformningen af og tilsynet med placeringsreglernes overholdelse tilsigtes en høj grad af parallelitet.

Finanstilsynet er derfor af den opfattelse, at det ikke, som anført af advokaten, kan antages at tilsynet med ATP ikke tilsigtes at adskille sig fra det tilsyn, der udøves med livsforsikringsselskaber og pensionskasser.

Endelig har advokaten gjort gældende, at det forhold, at der ikke i ATP-loven er indsat særlige regler om procedurer og beskyttelser ... taler imod, at §§ 26 og 26 a, rummer hjemmel til at udstede påbud af generel, regelgivende karakter.

Tilsynet skal til dette bemærke, at det er korrekt, at ATP-loven ikke indeholder regler svarende til lov om finansiel virksomhed §§ 66-67, 73-74 og 76. Det skal, jf. ovenfor, bemærkes, at det meddelte påbud ikke efter tilsynets opfattelse, er af generel, regelgivende karakter.

Det skal endvidere bemærkes, at Finanstilsynet i forbindelse med den stedfundne undersøgelse af ATP og det i tilknytning hertil meddelte påbud har fulgt de procedureregler, som følges ved tilsvarende undersøgelser af livsforsikringsselskaber, og som ligeledes følges ved undersøgelse af firmapensionskasser, hvor lov om finansiel virksomhed ikke finder anvendelse.

Tilsynet har således i forbindelse med undersøgelsen af ATP som led i en partshøring meddelt ATP's direktion sine konklusioner forinden tilsynets afgørelse blev fremsendt til bestyrelsen. Dette svarer til den praksis tilsynet følger i forbindelse med funktionsundersøgelser af livsforsikringsselskaber og firmapensionskasser.

Finanstilsynet er på denne baggrund af den opfattelse, at det forhold at ATP-loven ikke indeholder regler svarende til lov om finansiel virksomhed §§ 66-67, 73-74 og 76 ikke kan tillægges vægt ved vurderingen af, hvorvidt Finanstilsynet er beføjet til at udstede påbud i henhold til ATP-lovens § 27 a, stk. 3.

Vedrørende påstand 2 og de i tilknytning hertil påberåbte anbringender skal Finanstilsynet bemærke følgende:

...

ATP gør gældende ..., at bestemmelsen i ATP-lovens § 26 a efter sin ordlyd alene vedrører ATP's aktiver.

Finanstilsynet er enig i, at ATP-lovens § 26 a primært retter sig mod ATP's aktiver. Tilsynet er imidlertid af den opfattelse, at risikobegrebet i relation til investeringsaktiver rækker videre end til blot at omfatte en

beregningsmæssig opgørelse af værdien af de aktiver i hvilke, der er placeret aktiver.

Dette gør sig i særlig grad gældende, når en virksomhed har erhvervet afledte finansielle instrumenter. Har en virksomhed således erhvervet afledte finansielle instrumenter kan disse opnå både en positiv og negativ værdi i forhold til det underliggende aktiv, og der kan være stillet sikkerheder, der repræsenterer en risiko på sikkerhedsstiller.

Traditionelle værdipapirhandelstransaktioner – på linie med anvendelse af afledte finansielle instrumenter – også kunne indebære en risiko, idet modpartsrisikoen på det pengeinstitut – eller den forhandler – gennem hvilken handelen finder sted i afviklingsperioden udgør en del af den samlede risiko på pengeinstituttet eller fondshandleren. Den samlede risiko bør efter tilsynets opfattelse omfatte indlån, værdien af aktier og obligationer udstedt af kreditinstituttet, afledte finansielle instrumenter, hvor kreditinstituttet er modpart samt øvrige værdipapirer udstedt af kreditinstituttet. Det bemærkes i denne sammenhæng, at afviklingsperioden f.eks. i forbindelse med transaktioner i udenlandsk værdipapirer kan være betydelig længere end afviklingsperioden for danske børsnoterede papirer.

I forbindelse med erhvervelse af afledte finansielle instrumenter, hvad enten det vedrører renter, aktier eller valuta, vil der normalt skulle stilles sikkerhed af udstederen af det afledte finansielle instrument. Sikkerhedsstilleren skal sikre, at modparten på afviklingstidspunktet enten kan levere de aktiver, det afledte finansielle instrument vedrører, eller vil være i stand til at afvikle den differenceafregning, der er forudsat.

Problemstillingen kan illustreres ved et eksempel.

Har ATP således indgået en terminsforretning vedrørende fremtidigt salg af USD relateret til en beholdning af amerikanske aktier udstedt af den amerikanske bank, der også er modpart i forhold til terminsforretningen, vil ATP's samlede risiko på banken efter tilsynets opfattelse omfatte såvel aktiebesiddelser som markedsværdien af det afledte finansielle instrument. Såfremt sikkerhedsstillelsen fra den amerikanske banks side består af værdipapirer udstedt af banken selv, bør denne sikkerhedsstillelse indgå i det samlede engagement med banken.

Omfatter sikkerhedsstillelsen ikke værdipapirer udstedt af modparten, men papirer udstedt af tredjemand, f.eks. børsnoterede aktier eller realkreditobligationer, er Finanstilsynet af den opfattelse, at den potentielle risiko på udstederen omfatter såvel de sikkerhedsstillede aktiver som den egentlige beholdning af de pågældende aktiver, uanset at sikkerheden først bliver effektiv, når eller hvis modparten ikke er i stand til honorere sine forpligtelser.

Finanstilsynet er på den baggrund af den opfattelse, at ATP's risiko ikke begrænser sig til de aktiver, der direkte tilhører ATP, men også til

aktiver, der tilhører tredjemand, men som er stillet til sikkerhed for denne tredjemands forpligtelser over for ATP.

Finanstilsynet er ligeledes af den opfattelse, at ordet "elementer", ..., der indgår i ATP-lovens § 26 a, stk. 1 - men som ikke genfindes i f.eks. lov om forsikringsvirksomhed § 129, stk. 1 – netop tilsigter at understrege, at en flerhed af faktorer kan og skal indgå i det samlede billede af ATP's risikoeksponering.

Det skal tillige bemærkes, at også andre risikofaktorer end den direkte værdi af aktiverne kan og skal inddrages ved Finanstilsynets vurdering af den samlede risikoeksponering for forsikringsselskaber, pensionskasser og ATP. Et eksempel herpå er varigheden af obligationsbeholdningen sammenholdt med varigheden på forsikringsbestanden. De af ATP fremførte synspunkter vil således indebære, at tilsynet ikke ville være beføjet til at inddrage denne risikoparameter i forbindelse med vurderingen af hvorvidt ATP-lovens §§ 26-26 a overholdes.

Finanstilsynet har ikke udstedt bekendtgørelser, vejledninger eller lignende generelle regelsæt vedrørende de tilsvarende regler i lov om forsikringsvirksomhed §§ 128-129, ... selv om der efter Finanstilsynets opfattelse utvivlsomt er hjemmel hertil. Tilsynet har imidlertid over for forsikringsselskaber og pensionskasser fulgt den overfor ATP tilkendegivne praksis. Tilsynet finder, at udgangspunktet for dette synspunkt følger dels af en sproglig fortolkning af § 129, stk. 1, og en analogi til den situation, der er beskrevet i § 127 a, stk. 3, nr. 2.

Som allerede anført under bemærkningerne til advokatens påstand 1, er der ikke i den omhandlede afgørelse tale om en generel afgørelse, men om en afgørelse rettet mod en konkret situation under givne forudsætninger.

Det er korrekt, at forarbejderne til lov om forsikringsvirksomhed § 129 ikke eksplicit omtaler sikkerhedsstillelser, men alene udstedere, låntagere og garanter I denne sammenhæng skal Finanstilsynet dog pege på, at anvendelse hos forsikringsvirksomheder i almindelighed og livsforsikringsvirksomheder og pensionskasser i særdeleshed, af afledte finansielle instrumenter på tidspunktet for vedtagelsen af lov om forsikringsvirksomhed §§ 128-129 var yderst beskedent. Der var således ikke i forbindelse med udarbejdelsen af lovforslaget konkret anledning til at forholde sig eksplicit til håndteringen af sikkerhedsstillelser i forbindelse med f.eks. afledte finansielle instrumenter.

På denne baggrund kan den manglende eksplicite omtale af sikkerhedsstillelser således ikke efter Finanstilsynets opfattelse danne udgangspunkt for et udsagn om, at værdien af sikkerhedsstillelser ikke bør indregnes ved den samlede risikovurdering.

Finanstilsynet skal i denne forbindelse tillige pege på, at der efter tilsynets opfattelse skal sondres mellem en mekanisk beregningsmæssig

kontrol af om ATP-lovens placeringsgrænser er overholdt og en samlet vurdering af de risici, der er knyttet til aktivbeholdningen, jf. i øvrigt ovenfor.

Advokaten har påpeget, ..., at Finanstilsynets afgørelse af 11. november 2000 vedrørende håndteringen af værdipapirudlån indebærer, at sikkerhedsstillelser i forbindelse med værdipapirudlån ikke skal indgå i selskabernes opgørelse over udstederrisiko på enkeltengagementer, med mindre de stillede sikkerheder benyttes til at reducere udstederrisikoen på medkontrahenten. Advokaten har i denne forbindelse gjort gældende, at værdipapirudlån har så mange lighedspunkter med det i nærværende sag omhandlede forhold, at de to situationer kan behandles ensartet.

Finanstilsynet er af den opfattelse, at sikkerhedsstillelser i relation til værdipapirudlån - uanset at det på en række områder har træk fælles med afledte finansielle instrumenter - adskiller sig fra sikkerhedsstillelser i forbindelse med afledte finansielle instrumenter.

I forbindelse med værdipapirudlån udlåner en virksomhed (långiver) mod vederlag et parti specifikke værdipapirer (et eller flere entydigt identificerede papirer – typisk aktier) i typisk en periode på op til 6 måneder til en anden virksomhed (låntager).. Låntager skal efter periodens udløb tilbagelevere nøjagtig tilsvarende værdipapirer til långiver. Der vil normalt være tale om, at sikkerhedsstillelsen består af statsobligationer, obligationer af tilsvarende bonitet – f.eks. realkreditobligationer – eller kontante midler. I låneperioden kompenseres långiver for de betalinger, der vedrører de udlånte papirer, mens låntager kompenserer for de betalinger (kuponrenter), der relaterer sig til de som sikkerhed stillede midler.

Finanstilsynet finder, at den risiko, der er knyttet til sikkerhedsstillelser relateret til afledte finansielle instrumenter, skal ses i snæver sammenhæng med den risiko, der i øvrigt er knyttet til det underliggende værdipapir og de til sikkerhed stillede værdipapirer, henset til, at formålet med grænserne for risiko på en enkelt udsteder er at sikre en tilstrækkelig spredning af risikoen.

Tilsynet skal endvidere bemærke, at den konkrete afgørelse, der var indeholdt i tilsynets skrivelse af 9. maj 2003, efter tilsynets opfattelse ikke i væsentligt omfang vil begrænse ATP's muligheder for at modtage sikkerhedsstillelser fra medkontrahenter ved indgåelse af aftaler om afledte finansielle instrumenter. Finanstilsynet finder, jf. anbringende 8, således ikke, at tilsynets afgørelse vil medvirke til at hindre ATP i at opnå et størst muligt afkast af de placerede midler. Tilsynet lægger herved til grund, at det samlede investeringsunivers har et sådan omfang, at det inden for de ved afgørelsen angivne rammer, formentlig altid vil være muligt at identificere værdipapirer, der er - eller vil være - relevante som objekter for sikkerhedsstillelse, selv om sikkerhedsstillelsen medregnes til den samlede risiko ved opgørelsen af overholdelsen af grænserne for risiko på en enkelt risiko.

Endelig skal det ... bemærkes, at de regler, der efter Finanstilsynets opfattelse er relevante ved vurderingen af ATP's samlede risiko først og fremmest er de regler, der følger af lov om forsikringsvirksomhed §§ 87, 127 a-129 samt lov om tilsyn med firmapensionskasser §§ 46 a-47. Tilsynet har ovenfor redegjort for de synspunkter, der ligger til grund for tilsynets tolkning af reglerne i de nævnte love. Tilsynet finder på denne baggrund ikke, at der kan findes støtte for ATP's fortolkning af placeringsreglerne i ATP-loven ud fra udformningen af reglerne i bank- og sparekasselovens § 23 eller bekendtgørelse nr. 964 af 12. februar 2002 om opgørelse og indberetning af store engagementer for pengeinstitutter m.v.

Tilsynet skal dog i denne henseende pege på, at det af kapitaldækningsbekendtgørelsen for pengeinstitutter § 14 fremgår, at modpartsrisikoen for ikke balanceførte poster uden for handelsbeholdninger vægtes i henhold til de regler, der følger af bekendtgørelsens § 14, stk. 2-8.

Afslutningsvis skal Finanstilsynet pege på, at der efter tilsynets opfattelse er væsentlig forskel mellem på den ene side udformningen af de formelle regnskabsregler, således som dette har fundet udtryk i bekendtgørelse nr. 82 af 2. maj 2003 om årsregnskaber for ATP § 30 og de principper, der skal følges ved den tilsynsmæssige opgørelse af de risici, der knytter sig til de aktiver og afledte finansielle instrumenter i hvilke ATP har placeret midler.

...

D. Parternes yderligere indlæg.

I skrivelse af 30. september 2003 har advokat A anført:

”...

Da Finanstilsynet så vidt ses ikke i sin redegørelse af 14. august 2003 fremkommer med nye oplysninger eller argumenter til støtte for sin afgørelse, er nærværende udtalelse hovedsagelig en tydeliggørelse og præcisering af ATP's tidligere argumenter set i forhold til tilsynets udtalelse.

ad påstand 1: Finanstilsynet har ikke hjemmel i ATP-loven til at meddele et påbud om anvendelse af en bestemt metode til opgørelse af udstederrisikoen på stillede sikkerheder af generel regelsættende karakter, således som det er tilfældet ved den af klagen omfattede afgørelse af 9. maj 2003.

... i udtalelsen gengiver Finanstilsynet ordlyden af ATP-lovens § 26, stk. 1. Det skal bemærkes, at den anførte ordlyd blev ændret ved lov nr. 332 af 16. maj 2001 om ændring af lov om Arbejdsmarkedets

Tillægspension, således at ordlyden af § 26, stk. 1, gældende fra 1. januar 2002 er følgende:

»Bestyrelsen og direktøren er forpligtet til at anbringe Arbejdsmarkedets Tillægspensions kapital på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at Arbejdsmarkedets Tillægspension til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Ved midlernes anbringelse skal der tilstræbes en opretholdelse af midlernes realværdi.«.

Den gældende ordlyd af § 26, stk. 1, er således næsten identisk med ordlyden i § 87 i lov om forsikringsvirksomhed, som omhandler de hensyn, som selskabets ledelse skal varetage for at sikre forsikringsselskabets forsvarlige drift. ATP-loven indeholder derimod ikke en bestemmelse svarende til § 127a, stk. 1 i lov om forsikringsvirksomhed, som omhandler de hensyn selskabets ledelse skal påse ved udvælgelsen af de aktiver, der skal dække de forsikringsmæssige hensættelser.

Det bemærkes endvidere, at en stor del af Finanstilsynets argumentation for omfanget af deres tilsyn med ATP overordnet baseres på analogislutninger til en række af generalklausulerne i lov om forsikringsvirksomhed (§ 127a) og lov om finansiel virksomhed (§§ 14-15), uanset at disse bestemmelser ikke findes i ATP-loven og uanset at en række af de principper der ligger bag disse bestemmelser ikke naturligt gælder for ATP.

ATP har med tilfredshed noteret, at ”Finanstilsynet er opmærksom på, at der ikke i ATP-lovens §§ 26-27 er hjemmel til at udstede bekendtgørelser og/eller vejledninger på samme måde, som det følger af lov om finansiel virksomhed, §§ 14-15.”

Finanstilsynet kan i henhold til ATP-lovens § 27a, stk. 3, give ATP påbud om at foretage foranstaltninger, som Finanstilsynet skønner nødvendige med henblik på, at anbringelse af midlerne sker i overensstemmelse med ATP-lovens §§ 26 og 26a.

Selve ordlyden i § 27a, stk. 3 i ATP-loven ”inden en fastsat frist at foretage de foranstaltningermed henblik på, at anbringelse af midlerne sker (min understregning) (og ikke ”står” som fejlagtigt citeret af Finanstilsynet) i overensstemmelse med §§ 26 og 26a” indikerer, at der er tale om en afgrænset adgang til at meddele specifikke påbud, dersom ATP i konkrete tilfælde måtte findes at have anbragt sine midler og aktiver i strid med de to bestemmelser, hvis rækkevidde behandles nedenfor ad påstand 2.

...

Omvendt skal det anføres, at det forhold, at der kun findes én virksomhed, heller ikke kan indebære, at ethvert tiltag til regulering af den pågældende virksomheds administration af reglerne i §§ 26 og 26a i

sig selv kan anses for en konkret afgørelse og dermed opnå karakter af et påbud.

Afgørende er karakteren af de handlinger, som Finanstilsynet ved afgørelse af 9. maj 2003 har ønsket at pålægge ATP.

Påbuddet ”ved opgørelse af risikoen i henhold til §§ 26 og 26a, stk. 1, 2 og 5-8, skal aktiver modtaget som sikkerhed samt den deraf følgende udstederrisiko henføres fuldt ud til udstederen af sikkerhederne” har utvivlsomt karakter af en vejledning med fastsættelse af overordnede og generelle retningslinier, jf. også ordlyden i lov om finansiel virksomhed § 15, stk. 2, og ikke af et konkret påbud vedrørende et konkret aktiv eller en konkret virksomhed.

Det yderligere påbud indeholdt i Finanstilsynets afgørelse af 9. maj 2003 (funktionsadskillelse til sikring af etablering af en uafhængig kontrol) samt de i afgørelsen indeholdte henstillinger (opgørelse af risikoen på enkelt-modparter, belåningsværdier for sikkerheder og beslutninger uden for forretningsudvalgets kompetenceområde) har alle en tilsvarende karakter af overordnede og generelle retningslinier.

Det fremgår som anført af Finanstilsynet af forarbejderne til forslaget til ændringer af ATP-loven i 1994/1995, at der, for både så vidt angår udformningen af og tilsynet med placeringsreglernes overholdelse, tilsigtes en høj grad af parallelitet med reglerne i bl.a. lov om forsikringsvirksomhed. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at lovændringen i 1994/1995 og de i den forbindelse fremsatte bemærkninger ikke omfattede generalklausulen i § 26, stk. 1, som først blev ændret senere, cf. tilsynets udtalelse

Imidlertid kan disse brede motivudtalelser ikke føre til, at man uden videre kan anvende alle reglerne i lov om forsikringsvirksomhed og lov om finansiel virksomhed om Finanstilsynets adgang til at udstede vejledninger med fastsættelse af overordnede og generelle retningslinier som grundlag for fortolkningen af bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26, 26a og 27.

Dette bestyrkes af de af Finanstilsynet citerede bemærkninger til lovforslaget (Folketingstidende 1994/1995, 1106): ”Endvidere er det fundet hensigtsmæssigt at foreslå ændringer af placeringsbestemmelserne for de to fonde. Dette sker med baggrund i de fortolkningsproblemer, der har vist sig at være med det nuværende grundlag.”

Nærværende klage er udtryk for fortolkningsproblemer, nemlig for så vidt angår spørgsmålet om karakteren af de påbud, som Finanstilsynet med hjemmel i ATP-lovens § 27a, stk. 3, kan udstede på grundlag af bestemmelserne i ATP-lovens § 26 om ATP's anbringelse af midler og § 26a om begrænsningerne på aktiver og virksomheder. Ikke mindst set i lyset af bemærkningerne til lovforslaget burde dette tilsige, at der i givet fald lovgives på området.

Finanstilsynet giver udtryk for, at tilsynet ikke kun vedrører en beregningsmæssig overvågning af bestemmelserne, men et bredere tilsyn, hvilket bl.a. eksemplificeres ved, at § 26a, stk. 1, 1. pkt. ikke indeholder en præcis afgrænsning af, hvad der skal forstås ved "en risiko på en enkelt virksomhed". Ved vurderingen af Finanstilsynets kompetenceområde efter § 27 a, stk. 1 er det imidlertid vigtigt at notere sig, at reglerne i § 26a, der tilsigter at begrænse den risiko, som ATP påtager sig i forhold til enkelte virksomheder, alene retter sig mod begrebet "aktiver", jf. ATP-lovens § 26, stk. 2. "Elementer" i ATP-lovens § 26a, stk. 1, kan således ikke udstrækkes til andre risikoelementer end de, som falder ind under aktiver omfattet af § 26, stk. 2, nr. 1-12.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at Finanstilsynet ... i udtalelsen i sin gengivelse af ordlyden af ATP-lovens § 26a, stk. 1 har udeladt "aktiver" efter "Arbejdsmarkedets Tillægspension".

For denne sag er det uden betydning om Finanstilsynets påbud til andre selskaber har været anfægtet.

Det forhold, at lovgiver har fundet anledning til at indsætte en udtrykkelig dispensationsbestemmelse i ATP-lovens § 26, stk. 13, svarende til dispensationsbestemmelsen i lov om forsikringsvirksomhed, § 134, men at lovgiver ikke i ATP-loven har indsat en bemyndigelse for Finanstilsynet til at fastsætte overordnede vejledninger og generelle retningslinier vedrørende bestemmelserne om fondsanbringelse taler også imod en anvendelse af reglerne i lov om forsikringsvirksomhed og lov om finansiel virksomhed ud fra analogi.

Endelig synes en af Finanstilsynet udøvet, ikke offentliggjort, praksis inden for forsikringsområdet, der ikke har fundet udtryk i fastsættelse af vejledninger med overordnede og generelle retningslinier om forståelsen af de tilsvarende bestemmelser i lov om forsikringsvirksomhed, men som ifølge Finanstilsynet accepteres af forsikringsselskaberne, at være et meget spinkelt grundlag for ved analogislutning at give Finanstilsynet hjemmel til på tilsvarende vis at udstede sådanne vejledninger vedrørende forståelsen af bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26a.

Det skal således i det hele fastholdes, at Finanstilsynet ikke har hjemmel i ATP-loven til at udstede det meddelte påbud om anvendelse af en bestemt metode til opgørelse af udstederrisikoen på stillede sikkerheder.

ad påstand 2: Det gøres gældende, at den af Finanstilsynet påbudte metode til medregning af udstederrisiko for stillede sikkerheder ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26a.

Indledningsvis bemærkes, at der ved erhvervelse af afledte finansielle instrumenter ikke er nogen pligt for udstederen af det afledte finansielle instrument til at stille sikkerhed, men at sådan sikkerhedsstillelse er baseret på aftale mellem erhververen af det finansielle instrument og udstederen heraf.

En konsekvens af den af Finanstilsynet påbudte metode til medregning af udstederrisikoen på stillede sikkerheder vil således kunne være, at ATP i konkrete tilfælde på grund af begrænsningerne for fondsanbringelse i ATP-lovens § 26a helt må undlade at tage imod sikkerhedsstillelse fra udsteder af det finansielle instrument. Dette vil ud fra en samlet betragtning forøge ATP's risiko ved anbringelse af fondsmidler og vil således være i strid med formålet af bestemmelserne som tilkendegivet i ATP-lovens § 26, stk. 1 og vil samtidig harmonere dårligt med de af Finanstilsynet fremførte betragtninger om risikoeksponering.

Finanstilsynet tilkendegiver som sin opfattelse, at ordet "elementer" i ATP-lovens § 26a, stk. 1, "netop tilsigter at understrege, at en flerhed af faktorer kan og skal indgå i det samlede billede af ATP's risikodisponering".

ATP er ikke enig i denne fortolkning af ordet "elementer" og henviser til de i klageskriftet ... citerede forarbejder til ATP-lovens § 26 som gengivet i Folketingstidende 1994-1995, Tillæg A, side 1110, hvoraf fremgår, at der ved indføjelser af ordet "elementer" i bestemmelsen udtrykkeligt er tænkt på aktiver, men ikke på mere generelle faktorer så som ATP's generelle risikoeksponering.

Finanstilsynet illustrerer problemstillingen ved et eksempel, hvor udsteder af det afledte finansielle instrument stiller værdipapirer udstedt af udsteder selv som sikkerhed for ATP's tilgodehavender i henhold til terminsforretningen og nævner, "at denne sikkerhedsstillelse selvsagt (min understregning) skal indgå i det samlede engagement med banken (udsteder)".

Det er ikke ATP's opfattelse, at denne konklusion er selvsagt. En sådan medregning af såvel engagementet i henhold til terminsforretningen som de værdipapirer, der er stillet til sikkerhed, vil på papiret give en dobbelt eksponering på den pågældende udsteder af såvel det afledte finansielle instrument som det pågældende værdipapir, uden at ATP reelt får en større risiko, idet ATP alene kan lide et tab svarende til det indgåede engagement. Der opnås således ikke en større reel sikkerhed ved tilsynets metode.

Med udgangspunkt i tilsynets eksempel kan metoden illustreres således:

Eksponeringen på den amerikanske bank består dels af en aktiebeholdning på 100 USD, dels af en terminsforretning med en markedsværdi i ATP's favør på 10 USD, samlet set 110 USD. Enkeltvirksomhedsrisikoen på banken udgør således 110 USD, hvilket er det tab, som ATP vil kunne lide, hvis banken erklæres konkurs. Banken har endvidere for terminsforretningen stillet sikkerhed med egne aktier for 10 USD. Såfremt Finanstilsynets metode skal anvendes, skal ATP opgøre enkeltvirksomhedsrisikoen på banken til 120 USD. Dette er helt ulogisk, idet ATP ved bankens konkurs fortsat alene kan tabe 110 USD.

Tilsvarende gælder, hvis sikkerheden ikke består af værdipapirer udstedt af modparten selv, men værdipapirer udstedt af en tredjemand. Uanset at både banken og tredjemand går konkurs samtidig, vil ATP's samlede risiko ikke kunne overstige 110 USD, og det vil derfor også i denne situation være ulogisk at skulle indregne sikkerhedsstillelsen som en yderligere risiko.

Hvis man gennemfører Finanstilsynets metode fuldt ud, kunne man forestille sig den absurde situation, at hver gang ATP øgede kravet til sikkerhedsstillelse, ville ATP's modpartsrisiko blive forøget. Hvis ATP fx ville være særlig forsigtig og kræve yderligere sikkerhedsstillelse i form af flere værdipapirer fra den amerikanske bank, og i sikkerhedsstillelse fra banken modtager værdipapirer fra 10 udstedere med en værdi af 10 USD for hver udsteder, vil ATP's samlede modpartsrisiko blive forøget med yderligere 100 USD til 220 USD, uanset at ATP fortsat alene kan tabe 110 USD på den samlede transaktion.

Det beskrevne eksempel, hvor der modtages værdipapirer udstedt af modparten som sikkerhedsstillelse, er i øvrigt urealistisk, idet ATP ikke accepterer sikkerhedsstillelser i forbindelse med finansielle kontrakter, som afviger væsentligt fra de krav til typer af sikkerhedsstillelse, som er opstillet omkring værdipapirudlån, jf. tilsynets udtalelse

Også for så vidt angår påstand 2, henvises til det oven for anførte, hvorefter en praksis fulgt af Finanstilsynet vedrørende de tilsvarende regler i lov om forsikringsvirksomhed, §§ 128-129, men som ikke er baseret på vejledninger eller lignende udstedt af Finanstilsynet (uanset at Finanstilsynet har hjemmel hertil) ikke kan danne grundlag for en analogislutning fra den af Finanstilsynet førte praksis til en fortolkning af bestemmelserne i ATP-lovens §§ 26 og 26a.

...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 18. november 2003 anført:

” ...

1. Spørgsmålet om tilsynets hjemmel

...

Hvad angår anbringelse af Arbejdsmarkedets Tillægspensions kapital og risiko på enkeltmodparter fremgår det af lov om arbejdsmarkedets tillægspension,

- at Finanstilsynet fører tilsyn med ATP's anbringelse af midlerne efter lovens §§ 26 og 26 a, jf. § 27 a, stk. 1, i loven

- at tilsynet kan give ATP påbud om foranstaltninger, som tilsynet skønner nødvendige for, at anbringelsen af midlerne ske i overensstemmelse med § 26 og 26 a, jf. lovens § 27 a, stk. 3,
- at tilsynet er berettiget til at afkræve ATP enhver oplysning, som tilsynet anser for fornøden, og at tilsynet til enhver tid skal have adgang til at gøre sig bekendt med institutionens bøger, regnskaber og hele virksomhed, jf. § 27 b, samt
 - at ATP kan indbringe afgørelser truffet af Finanstilsynet for Erhvervsankenævnet, jf. lovens § 27 e.

§ 26 i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension indeholder regler for, i hvilke aktiver anbringelsen af ordningens midler kan ske, samt regler for hvor stor en andel af de samlede aktiver der kan anbringes i de enkelte typer af aktiver. § 26 a tager stilling til, hvor stor en risiko målt i forhold til de samlede aktiver, som ATP kan tage på enkelte virksomheder.

Tilsyn med, om disse placerings- og risikoregler overholdes, må nødvendigvis indebære en vurdering af de metoder for opgørelse af risiko og værdiansættelse, der anvendes til beregning af om placerings- og risiko- grænserne er overholdt. Den øvrige finansielle tilsynslovgivning indeholder heller ikke udtrykkelige bestemmelser om, at tilsyn med de tilsynsbelagte virksomheders risici også omfatter vurdering af de anvendte opgørelsesmetoder. Omfatter tilsynet ikke en vurdering af metoden for opgørelse af risiko og værdiansættelse, vil en tilsynsbelagt virksomhed kunne sikre overholdelse af placeringsreglerne ved anvendelse af mindre restriktive beregnings- og værdiansættelsesmetoder.

I det omfang en afgørelse truffet af tilsynet vedrører en virksomheds anvendelse af beregningsmetode, vil afgørelsen i sagens natur have en vis generel karakter. Dette betyder efter tilsynets opfattelse ikke, at afgørelsen ikke kan anses for konkret i forhold til den pågældende virksomhed.

Når der i en række konkrete sager er truffet indholdsmæssigt overensstemmende afgørelser i forhold til ensartede virksomheder om forhold af samme karakter, danner der sig en tilsynsmæssig praksis. På nogle få områder er det udtrykkeligt fastsat i loven, at tilsynet kan angive praksis i vejledninger, hvorved en anvendt praksis i mere officiel form gøres kendt for alle. Dette betyder imidlertid ikke, at der ikke tidligere opstod praksis på disse områder, og at en sådan praksis ikke skulle følges af de virksomheder, som fik påbud om dette af tilsynet. Det betyder heller ikke, at tilsynet er afskåret fra at gøre den praksis, der opstår på et område, kendt for alle ved udstedelse af vejledninger for området. Udstedelse af vejledninger er en metode, som tilsynet kan benytte til at offentliggøre tilsynets fortolkning af lovene og kræver ikke eksplicit hjemmel.

...

2. Tilsynets påbud om ATP opgørelse af modpartsrisiko i forbindelse med modtagne sikkerheder

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension § 26 a skal sikre mod, at ATP ved anbringelsen af ordningens midler påtager sig en u hensigtsmæssig stor risiko på en enkelt modpart. Finanstilsynet finder, at det er uden betydning, om der er tale om en aktuel eller en potentiel risiko. Når ATP modtager sikkerheder i form af obligationer eller aktier, får ATP en potentiel risiko på udstederen af de modtagne sikkerheder.

Denne potentielle risiko er et aktiv, hvis værdi aktualiseres, hvis det sikrede engagement misligholdes. Hvis sikkerhederne ikke medregnes i engagementet med udsteder allerede fra det tidspunkt, hvor sikkerheden stilles, er der en risiko for, at ATP på det tidspunkt, hvor sikkerheden aktualiseres, og der ikke længere er midler hos den primære debitor, viser sig at have et mellemværende med udsteder, der langt overstiger grænserne i § 26 a og i værste fald, hvad udsteder af sikkerhederne kan udrede. Dette princip anvendes såvel i forhold til virksomheder omfattet af lov om forsikringsvirksomhed som i forhold til pengeinstitutter.

...

3. Yderligere bemærkninger

Advokat A afviser i sit brev tilsynets konklusion vedrørende det tilfælde, hvor udsteder af de stillede sikkerheder er den samme som sikkerhedsstiller, jf. tilsynets brev til Erhvervsankenævnet af 14. august 2003, side 10. Tilsynets afgørelse af 9. maj 2003 tager sigte på den situation, hvor udsteder af modtagne sikkerheder er en anden end sikkerhedsstiller. Tilsynet er således enig i, at der ikke i tilfælde af identitet mellem sikkerhedsstiller og udsteder af de modtagne sikkerheder skal opgøres et samlet mellemværende, der overstiger det sikrede tilgodehavende.”

I skrivelse af 7. januar 2004 har advokat A yderligere anført:

”...

Indledningsvist bemærkes, at den retlige regulering af ATP efter den gældende ATP-lov på en række områder er væsentlig forskellig fra den retlige regulering af livsforsikringsselskaber. Eksempelvis er der ikke i ATP-loven indsat regler om solvens og andre kapitaldækningsregler, ligesom ATP er underlagt tilsyn fra Beskæftigelsesministeriets side. Finanstilsynets tilsyn hos ATP er således anderledes end, hvad der gælder for livsforsikringsselskaber. ATP har endvidere en særlig status som en organisation på grænsen mellem det offentlige og det private område, og er dermed i sin administration underkastet hele det offentlige regelsæt, således som det nærmere er udtrykt i forvaltnings-

og offentlighedslovgivningen, loven om Folketingets Ombudsmand samt hvad der i øvrigt er gældende om god offentlig forvaltningsskik, således som den f.eks. kan udledes af Ombudsmandens udtalelser og beretninger.

Uanset at der på en række områder er tilstræbt en vis parallelitet mellem reglerne for livsforsikringselskaber og ATP, er der således også en række væsentlige forskelle, som medfører at enhver regulering af livsforsikringselskaber i henholdsvis lov om forsikringsvirksomhed og lov om finansiel virksomhed ikke umiddelbart kan anvendes analogt på ATP.

I redegørelsen anfører Finanstilsynet, at §§ 14 og 15 i lov om finansiel virksomhed er udtryk for generelle krav til finansielle virksomheders ledelse, organisation, forretningsgange mv. at bestemmelserne er udtryk for en kodificering af de minimumskrav til driften af en finansiel virksomhed, som udsprang af tidligere lovgivning på det finansielle område og at ATP ikke har anket de dele af Finanstilsynets brev af 24. februar 2003, der baserer sig på de nævnte regler.

Finanstilsynets argumentation må forstås således, at Finanstilsynet gør gældende, at ATP har "accepteret" en form for analog anvendelse af §§ 14 og 15 i lov om finansiel virksomhed, og at ATP ikke nu kan bestride, at Finanstilsynet i forbindelse med sit tilsyn med ATP's anbringelse af midler efter lovens §§ 26 og 26a, jf. § 27 a, stk. 1, analogt anvender en eventuel praksis efter lov om finansiel virksomhed på ATP, uanset at tilsvarende bestemmelser ikke findes i ATP-loven.

Jeg er ganske uenig med Finanstilsynet heri. I Finanstilsynets brev af 24. februar 2003 til Bestyrelsen og Direktionen for ATP fremkommer Finanstilsynet med 2 pålæg og 4 risikoplysninger. Hverken i påbuddene eller i risikoplysningerne anføres noget om en analogi til §§ 14 og 15 i lov om finansiel virksomhed, hvorimod der i en række af begrundelserne for afgørelserne henvises til bestemmelser i anden finansiel lovgivning.

Da §§ 14 og 15 i lov om finansiel virksomhed ikke er nævnt i Finanstilsynets afgørelser, har ATP ikke haft nogen anledning til at anke noget spørgsmål omkring disse bestemmelser.

Endvidere går jeg ud fra, at Erhvervsankenævnet er enig med mig i, at ankeadgangen alene omfatter egentlige afgørelser og ikke begrundelser eller argumenter. Var det sidste tilfældet, vil ATP være nødsaget til at foretage anke af afgørelser, hvor ATP er enig i resultatet, men ikke i begrundelsen eller argumenterne, og hvor ATP altså ikke har en retlig interesse i at anke afgørelsen. Også af den grund har ATP ikke haft nogen anledning til at anke noget spørgsmål omkring begrundelser eller argumenter, som henviser til bestemmelser i anden finansiel lovgivning.

...

Finanstilsynets tilsyn må nødvendigvis basere sig på, hvad Finanstilsynet har lovhjemmel til. Tilsynet er således begrænset til at føre tilsyn med, at ATP overholder de for ATP gældende regler, og kan ikke udvides til, at Finanstilsynet har en stående bemyndigelse til at fastsætte bindende regler, som de derefter skal føre tilsyn med. Vi er således enige med Finanstilsynet i, at Finanstilsynet, hvor der er lovhjemmel, kan angive praksis i bekendtgørelser (nogle gange kaldet vejledninger i lov om forsikringsvirksomhed), og at sådanne bekendtgørelser er bindende for borgerne. Vi er også enig i, at Finanstilsynet i vejledninger, hvor der ikke er lovhjemmel, kan angive tilsynets fortolkning af loven og praksis, f.eks. i lighed med ligningsvejledningen og momsvejledningen. Sådanne vejledninger er imidlertid ikke bindende for borgerne og dermed ATP, hvilket illustreres af, at domstolene f.eks. ofte har tilsidesat skattemyndighedernes fortolkninger angivet i ligningsvejledningen.

Den praksis, som Finanstilsynet henviser til, har hverken hjemmel i lov om forsikringsvirksomhed eller ATP-loven.

Det kan i den forbindelse bemærkes, at Finanstilsynet ikke har dokumenteret den påberåbte praksis vedrørende enkeltvirksomhedsgrænserne i form af beskrivelser i vejledninger eller konkrete afgørelser.

Det skal endvidere bemærkes at de angivne principper vil være i modstrid med bestemmelsen i § 127a, stk. 3, nr. 1 i lov om forsikringsvirksomhed, hvor det netop angives, at aktivernes værdi i relation til §§ 128 og 129 i lov om forsikringsvirksomhed (til brug for bestemmelserne i dette kapitel) skal opgøres og reguleres løbende i overensstemmelse med de principper, der finder anvendelse ved selskabets aflæggelse af årsrapport, hvor sikkerhedsstillelser ikke medtages. Finanstilsynets anbringende i brev af 14. august 2003 til Erhvervsankenævnet ... om: *"at der efter tilsynets opfattelse er væsentlig forskel mellem på den ende side udformningen af de formelle regnskabsregler,og de principper, der skal følges ved den tilsynsmæssige opgørelse af de risici, der knytter sig til de aktiver og afledte instrumenter, i hvilket ATP har placeret midler."*, er således direkte i modstrid med en analog anvendelse af § 127a.

Det skal i øvrigt bemærkes, at Finanstilsynet i forbindelse med en kommende ændring af ATP-loven har ønsket indsat en bestemmelse svarende til § 127a, stk. 3 i ATP-loven, jf. ... udkast til forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension ...

...

Vi har selvfølgelig med tilfredshed noteret, at Finanstilsynet nu er enig med ATP i, at det, at ATP indgår et engagement på 100 USD med en amerikansk bank, ikke betyder, at engagementet ved opgørelse af modpartsrisikoen og enkeltvirksomhedsgrænserne skal medtages med

en samlet værdi på 200 USD, blot fordi ATP modtager sikkerheder i den amerikanske banks aktier, svarende til værdien af engagementet.

Det tidligere eksempel bliver imidlertid ikke mindre ulogisk eller absurd, fordi den amerikanske bank vælger at stille en anden sikkerhed end egne aktier, f.eks. sikkerhed i form af A. P. Møller aktier. Uanset at Finanstilsynet således fastholder sin afgørelse, uden for det overfor angivne område, er det fortsat sådan, at det største beløb, der kan tabes i forbindelse med at engagementet med den amerikanske bank bliver nødlidende, er 100 USD, idet de stillede sikkerheder - uanset udsteder - aldrig kan forøge tabet for ATP, men alene formindske det.

Hvis man derfor følger Finanstilsynets tankegang bag afgørelsen, medfører den, at ATP's risiko stiger, hvis ATP modtager sikkerheder, men er uændret, hvis ATP ikke modtager sikkerheder. De nævnte indskrænkninger fra Finanstilsynets side er således fortsat ikke tilstrækkelige til at fjerne de urimelige konsekvenser af Finanstilsynets afgørelse. Afgørelsen betyder fortsat at ATP ved opgørelse af den risiko, som ATP kan tage på enkelte virksomheder, stadig skal indregne risikoen to gange, dels i forhold til sikkerhedsstiller ved opgørelse af risikoen på det oprindelige engagement, dels i forhold til udsteder af sikkerhederne.

Hertil kommer, at afgørelsen har størst betydning, i de tilfælde, hvor ATP får tilbudt sikkerhed i "solide" aktier, som ATP i forvejen har investeret i. Afgørelsen vil således betyde, at ATP vil være nødsaget til at afvise sikkerhed i aktier, som ATP selv har investeret i for at undgå en overskridelse af enkeltvirksomhedsgrænserne, og i stedet modtage sikkerhed i aktier, som ATP ikke selv ville have foretaget investeringer i.

..."

Ved skrivelse af 1. marts 2004 har Finanstilsynet yderligere anført:

..."

Det fremgår af advokat As brev af 7. januar 2004, at ATP finder, at tilsynets påbud om opgørelse af risici på enkeltvirksomheder jf. lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension i forbindelse med stillede sikkerheder er i strid med lov om forsikringsvirksomhed § 127a, stk. 3 (nu lov om finansiel virksomhed § 160).

Bestemmelsen tager stilling til, hvorledes aktiverne skal værdiansættes ved afgørelsen af, om rammerne i lov om forsikringsvirksomhed §§ 128 og 129 (ændret, jf. lov om finansiel virksomhed § 162-164) er overholdt. Der er således alene tale om principperne for opgørelse af de værdier, der skal medregnes i opgørelserne efter §§ 128 og 129, medens § 127a, stk. 3, ikke vedrører spørgsmålet om, hvilke aktiver der skal/kan anvendes til afdækning af de forsikringsmæssige forpligtelser.

Finanstilsynets afgørelse om opgørelse af risiko på enkeltmodparter, nr. 3, i tilsynets brev af 24. februar 2003 og præciseringen af denne af 9. maj 2003 vedrører derimod spørgsmålet om, hvilke aktiver der skal danne grundlag for opgørelsen efter § 26 og 26 a i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension.

Principperne i såvel lov om forsikringsvirksomhed §§ 128 og 129, som lov om arbejdsmarkedets tillægspension §§ 26 og 26 a er, at de aktiver, der skal dække de forsikringsmæssige forpligtelser, er omfattet af risiko-begrænsningerne i de nævnte bestemmelser, medens eventuelle øvrige aktiver frit kan investeres.

Tilsynets påbud af 24. februar 2003 tager stilling til, hvad der skal ske, hvis aktiver, der anvendes til dækning af ATP forpligtelser, er afdækket af sikkerheder i form af værdipapirer udstedt af en anden end den umiddelbare modpart.

I denne situation vil det umiddelbare krav være mod modparten. I tilfælde af at denne ikke kan opfylde sine forpligtelser, vil kravet indirekte være mod udsteder af de værdipapirer, der er modtaget som sikkerhed, idet værdipapirenes værdi på et eventuelt realisationstidspunkt vil være afhængig af udsteders aktuelle kreditværdighed.

Hvis modparten kan opfylde sine forpligtelser, er det uden økonomiske konsekvenser, hvis placeringsgrænserne i lov om arbejdsmarkedets tillægspension §§ 26 og 26 a er overskredet, medens dette derimod kan være afgørende i forhold til udsteder af sikkerhederne, hvis modparten misligholder. I værste fald er der kun sikkerhedernes værdi at holde sig til. Hvis placeringsreglerne i forhold til udsteder ikke er overholdt, er der således en risiko for, at engagementet med udsteder har en størrelse, der i sig selv øger risikoen for, at også sikkerhederne er værdiløse.

Dette er baggrunden for den i påbudet af 24. februar 2003 udmøntede praksis, hvorefter den fulde værdi af stillede sikkerheder skal medregnes i opgørelserne efter lov om forsikringsvirksomhed §§ 128 og 129 og dermed også lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension §§ 26 og 26 a, medens engagementet med den umiddelbare modpart i disse opgørelser reduceres tilsvarende.

Formålet med tilsynets brev af 9. maj 2003 var således alene at præcisere, at ATP altid skal medregne udstederrisikoen på modtagne sikkerheder og reducere værdien af det sikrede aktiv tilsvarende. ATP kan ikke frit vælge, om det er værdien af de sikrede aktiver eller af sikkerhederne, der skal indgå i opgørelserne i henhold til lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension §§ 26 og 26 a. Afgørelsen er ikke - som anført af advokat A - udtryk for, at et beløb svarende til sikkerhedernes værdi medregnes to gange i opgørelserne efter lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension §§ 26 og 26 a."

Advokat A har ved skrivelse af 21. april 2004 supplerende anført:

” ...

Der er ikke og har aldrig eksisteret en bemyndigelsesbestemmelse i ATP- loven eller for den sags skyld i lov om forsikringsvirksomhed (nu lov om finansiel virksomhed), ifølge hvilke Finanstilsynet bemyndiges til at fastsætte nærmere regler for ATP opgørelse af enkeltvirksomhedsrisikoen, fx svarende til bemyndigelsen i Bank- og sparekasselovens § 23, stk. 9 (nu lov om finansiel virksomhed § 148) om opgørelse af engagementer, ligesom der ikke af andre bestemmelser i ATP-loven eller anden finansiel lovgivning kan udledes en sådan bemyndigelse.

Finanstilsynets påbud i konklusion 3 i brev af 24. februar 2003 til ATP, som præciseret i tilsynets brev af 9. maj 2003 til ATP, har ikke hjemmel i ATP- loven, og Finanstilsynet burde således alene have meddelt konklusionen som en risikoplysning, svarende til konklusionerne 2 og 4-6 i Finanstilsynets brev af 24. februar 2003.

I sin seneste redegørelse synes Finanstilsynet i øvrigt at indtage det standpunkt, at udgangspunktet for opgørelsen af enkeltvirksomhedsrisiko en/udstederrisikoen er, at engagementet med den oprindelige modpart bliver nødlidende, og at sikkerhederne træder i stedet for det oprindelige engagement.

Det er vanskeligt at forstå baggrunden for Finanstilsynets standpunkt set i relation til Forsikringsrådets afgørelse om forsikringssselskabers og pensionskassers mulighed for at deltage i værdipapirudlån, jf. afgørelse af 11. november 2000 publiceret af Finanstilsynet på internettet den 8. juni 2001, hvor Forsikringsrådet kom til et andet resultat. Den umiddelbare modpart i aftaler om værdipapirudlån har således samme risiko for at blive nødlidende, som en modpart i forbindelse med aftaler om andre afledte finansielle instrumenter, og Finanstilsynet har ikke på noget tidspunkt påvist et forskelligt risikobillede i de to situationer. Finanstilsynet synes heller ikke i andre tilsvarende situationer om opgørelse af enkeltvirksomheds-risikoen/udstederrisikoen eller opgørelse af engagementer at stille tilsvarende krav, som i påbuddet af 24. februar 2003 til ATP, jf. fx reglerne om fradrag i Finanstilsynets bekendtgørelse om store engagementer udstedt med hjemmel i § 148 i lov om finansiel virksomhed, hvor der ikke er pligt, men ret for et pengeinstitut til at nedbringe engagementet på grundlag af stillede sikkerheder.

I sin seneste redegørelse anfører Finanstilsynet yderligere, at baggrunden for den i påbuddet af 24. februar 2003 udmøntede praksis og tilsynets afgørelse i brev af 9. maj 2003 om at ATP altid skal medregne udstederrisikoen på modtagne sikkerheder, og reducere værdien af det sikrede aktiv tilsvarende er, at *“Hvis placeringsreglerne i forhold til udsteder ikke er overholdt, er der således risiko for, at engagementet med udsteder har en størrelse, der i sig selv øger risikoen for, at også sikkerhederne er værdiløse”*. Argumentet er umiddelbart svært at forstå, idet der ikke synes at være sammenhæng

mellem størrelsen af et engagement med en udsteder og værdien af sikkerheder udstedt af den pågældende udsteder.

Finanstilsynet anfører tillige, at den dagældende § 127 a, stk. 3 i lov om forsikringsvirksomhed *“tager stilling til hvorledes aktiverne skal værdiansættes” samt “medens § 127 a, stk. 3, ikke vedrører spørgsmålet om, hvilke aktiver der skal/kan anvendes til afdækning af de forsikringsmæssige forpligtelser.* “Min henvisning til principperne i § 127 a, stk. 3, nr. 1, er begrundet i, at Finanstilsynet selv i redegørelse af 14. august 2003, ..., henviser til § 127 a, stk. 3, nr. 2 (ved analogi), som værende en del af grundlaget for Finanstilsynets praksis over for forsikringsselskaber og pensionskasser. Denne tilsyneladende uklarhed i Finanstilsynets henvisning til de forskellige regler bestyrker blot argumentationen for, at Finanstilsynet kun kan give pålæg over for ATP, når der er klar lovhjemmel - hvilket som tidligere anført ikke er tilfældet.

...”

Finanstilsynet har i skrivelse af 9. juni 2004 bemærket:

”...

Som redegjort for i Finanstilsynets brev af 1. marts 2004 er hovedreglen, at værdien af sikkerheder i form af værdipapirer fradrages i engagementet med den modpart, der har stillet sikkerheden, samtidig med at et beløb svarende til sikkerhedernes værdi medregnes i engagementet med udstederen af værdipapirerne.

Denne hovedregel er ved Finanstilsynets afgørelse, lagt på nettet den 8. juni 2001, fraveget, hvor der er tale om værdipapirudlån. Værdipapirudlån behandles som repo- og reverseaftaler, hvor der på tilsvarende vis ved aftalernes indgåelse aftales tilbagelevering af værdipapirerne ved aftalernes udløb. Det gælder eksempelvis i bekendtgørelsen om kapitaldækning for pengeinstitutter, realkreditinstitutter og fondsmæglere samt bekendtgørelsen om opgørelse og indberetning af store engagementer for pengeinstitutter, realkreditinstitutter og fondsmæglere. Med henblik på at behandle værdipapirudlån ens på tværs i forhold til forsikringsselskabers og pensionskassers mulighed for at deltage i værdipapirudlån den 8. juni 2001.

ATP's engagementer med swapmodparterne kan ikke karakteriseres som repo-/reverseaftaler eller værdipapirudlån og er derfor ikke omfattet af ovennævnte konkrete afgørelse.

ATP vil fortsat kunne henholde sig til den nævnte afgørelse, hvor der er tale om værdipapirudlån.

...”

I skrivelse af 9. juli 2004 har advokat A bemærket:

”...

Det skal understreges, at ATP overhovedet ikke beskæftiger sig med ”sædvanlige udlån”, og at der derfor ikke er grundlag for at overføre de engagementsregler, der er opstillet for pengeinstitutter, der har udlån som et væsentligt forretningsområde, til ATP. Der er således ikke det ”hul i loven” og ”årsagernes lighed”, der kan give grundlag for en sådan analogislutning.

Hertil kommer, at en opretholdelse af det af Finanstilsynet meddelte påbud som tidligere anført vil virke hæmmende for ATP's investeringer, idet ATP's handlefrihed vil blive begrænset, såfremt ATP vælger at få stillet sikkerhed ved indgåelse af de pågældende kontrakter, hvilket også taler imod en analogislutning.

...”

Finanstilsynet er ved skrivelse af 16. juli 2004 fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter den dagældende § 27 a, stk. 1 og 2, i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension fører Finanstilsynet tilsyn med Arbejdsmarkedets Tillægspensions anbringelse af midlerne efter § 26 og § 26 a, og Finanstilsynet kan give Arbejdsmarkedets Tillægspension påbud om inden en fastsat frist at foretage de foranstaltninger, som Finanstilsynet skønner nødvendigt med henblik på, at anbringelsen sker i overensstemmelse med § 26 og § 26 a.

Den dagældende § 27 a, stk. 2, i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension må forstås således, at Finanstilsynets påbud skal konkretiseres så tilstrækkeligt, at ledelsen i ATP reelt har mulighed for at imødekomme påbudet. Der skal være klarhed over, hvornår påbudet er opfyldt. Omvendt skal det være op til Arbejdsmarkedets Tillægspensions ledelse at udfylde rammerne for, hvorledes et påbud opfyldes.

Erhvervsankenævnet finder på denne baggrund, at Finanstilsynet har haft fornøden hjemmel til at træffe den påklagede afgørelse.

Efter den dagældende § 26, stk. 1, i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension skal Arbejdsmarkedets Tillægspensions kapital anbringes på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at Arbejdsmarkedets Tillægspension til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Ved midlernes anbringelse skal der tilstræbes en opretholdelse af midlernes realværdi.

Det følger af dagældende § 26 a, stk. 1, 1. pkt., i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension, at der blandt Arbejdsmarkedets Tillægspensions aktiver ikke må indgå elementer, der repræsenterer en risiko på en enkelt virksomhed, hvis værdi sammenlagt udgør mere end 2 pct. af Arbejdsmarkedets Tillægspensions samlede aktiver.

Overensstemmende med ordlyden af de dagældende § 26 og § 26 a i lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension, og henset til at ikke andet anvendelsesområde ses at være tiltænkt ifølge lovbemærkningerne, tager § 26 a efter ankenævnets opfattelse sigte på aktiver, som tilhører Arbejdsmarkedets Tillægspension, og kan ikke udstrækkes til at omfatte aktiver tilhørende en medkontrahent, som har stillet aktiverne til sikkerhed for et mellemværende med Arbejdsmarkedets Tillægspension.

Ankenævnet ophæver derfor den påklagede afgørelse af 9. maj 2003 fra Finanstilsynet.

4.7. Lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber

11) Kendelse af 30. juni 2005. (J.nr. 04-119.434)

Nægtet offentliggørelse af modtagelsen af spaltningsplan i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen - under henvisning til, at de modtagende selskaber hverken er bestående eller nye selskaber, der opstår som led i spaltningen - hjemvist til fornyet behandling.

Anpartsselskabslovens § 67 a, stk. 1, jf. aktieselskabslovens § 136 a.

(Finn Møller Kristensen, Mads Bryde Andersen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 19. april 2004 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 2. april 2004 har nægtet at offentliggøre modtagelsen af spaltningssplan for selskabet.

Sagens omstændigheder:

I den påklagede af afgørelse af 2. april 2004 hedder det:

”Den påtænkte spaltning af K ApS, ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal hermed bekræfte modtagelsen af Deres brev, hvori De anmoder styrelsen om at offentliggøre spaltningssplanen i ovennævnte sag.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved gennemgangen af de indsendte dokumenter konstateret, at det fremgår af spaltningssplanen, at det afgivende selskabs aktiver og forpligtelser skal overdrages til to nye selskaber, der vil opstå ved den påtænkte spaltning af B ApS,

I henhold til anpartsselskabslovens § 67 a kan en spaltning ske til bestående selskaber eller nye selskaber, der opstår som led i spaltningen.

I den konkrete sag er der hverken tale om bestående selskaber eller selskaber, der opstår som led i denne spaltning, idet de nye modtagende selskaber opstår som led i en anden samtidig spaltning.

Styrelsen beklager derfor at måtte meddele, at man ikke kan offentliggøre modtagelsen af spaltningssplanen m.v., jf. anpartsselskabslovens § 67 a, stk. 1.

...”

I klageskrivelsen af 19. april 2004 har advokat A anført:

”...

Som advokat for K skal jeg herved påklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om, at man ikke kan offentliggøre modtagelsen af spaltningssplanen.

Afgørelsen er begrundet med, at spaltning kun kan ske til bestående selskaber eller nye selskaber, der opstår som led i spaltningen, jf. Anpartsselskabslovens § 67 [a].

Situationen er den, at to af to brødre ejede fælles holdingselskaber skal splittes op. Først spaltes B ApS til 2 nye, separat ejede selskaber. Herefter spaltes K ApS med tilførsel af aktiver til de i forbindelse med den første spaltning stiftede selskaber.

Der sker således spaltning til 2 eksisterende selskaber, idet timingen er sådan tilrettelagt, at beslutningen om spaltning i K ApS først vil blive truffet, når spaltningen i B ApS er registreret, alt i henhold til spaltningssplanen i K ApS, som jo netop på offentliggørelsestidspunktet alene er en fremtidig plan.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 24. maj 2004 udtalt:

” ...

Udtalelse

Klager har nedlagt påstand om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal offentliggøre styrelsens modtagelse af spaltningssplanen vedrørende K ApS, idet det anføres, at spaltningen sker til to selskaber, som på beslutningstidspunktet er eksisterende selskaber, og at selskabernes manglende eksistens på tidspunktet for planens udarbejdelse ikke har nogen betydning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder styrelsens afgørelse om, at styrelsen ikke kan offentliggøre modtagelsen af spaltningssplanen m.v., da begge de nye modtagende selskaber opstår som led i en anden spaltning, og som på tidspunktet for modtagelsen af denne spaltningssplan ikke er gennemført.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 1. april 2004 en anmodning om offentliggørelse af to spaltningssplaner. Den ene spaltningssplan omhandlede den påtænkte spaltning af B ApS, mens den anden vedrørte den påtænkte spaltning af K ApS (denne sag).

Det fremgik af spaltningssplanen vedrørende B ApS, at spaltningen af selskabet skete til to nye selskaber, som opstod som følge af spaltningen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentliggjorde den 2. april 2004 styrelsens modtagelse af denne spaltningssplan m.v., jf. anpartsselskabslovens § 67 a, jf. aktieselskabslovens § 134 d, stk. 2.

Med hensyn til den påtænkte spaltning af K ApS fremgik det af denne spaltningssplan, at spaltningen skulle gennemføres ved, at selskabets aktiver og forpligtelser blev overført til de to selskaber, der vil opstå, hvis den påtænkte spaltning af B ApS gennemføres.

Begge spaltninger[ne] har regnskabsmæssig virkning pr. 1. oktober 2003.

...

Sagens retlige omstændigheder

Situationen er som tidligere nævnt den, at selskabet B ApS påtænkes spaltet til to nye selskaber D ApS og C ApS. Samtidig påtænkes K ApS spaltet. Spaltningen af dette selskab sker ved en overførsel af aktiver og passiver til de samme modtagende selskaber D ApS og C ApS.

Styrelsen har i overensstemmelse med styrelsens administrative praksis nægtet at offentliggøre spaltningssplanen vedrørende spaltningen af K ApS, idet D ApS og C ApS ikke er bestående selskaber på tidspunktet for udarbejdelsen af spaltningssplanen, og de to selskaber opstår heller ikke som følge af denne spaltning.

Det skal i den forbindelse nævnes, at styrelsens administrative praksis om, at de modtagende selskaber skal være bestående selskaber eller nye selskaber, som opstår som følge af spaltningen, fremgår af bemærkningerne til lov nr. 226 af 31. marts 2004.

Baggrunden for styrelsens praksis er, at det vil være vildledende for blandt andet kreditorerne og aftaleerhververe at tillade spaltninger til selskaber, der for eksempel opstår som led i en anden spaltning. Ved spaltningssplanens udarbejdelse var de to modtagende selskaber således ikke kommet til eksistens, da den anden spaltning på dette tidspunkt ikke var gennemført, og de modtagende selskaber må som følge heraf på dette tidspunkt karakteriseres som nye selskaber. På tidspunktet for den konkrete spaltning gennemførelse vil de modtagende selskaber derimod være bestående selskaber, da den anden spaltning på dette tidspunkt efter anmelders oplysninger ville være gennemført.

Det kan i den forbindelse anføres, at der i såvel fusions- som spaltningssbestemmelserne er særlige krav, hvis der er tale om nye selskaber. Som eksempel på, at det skal være klart, hvorvidt der er tale om nye selskaber eller bestående selskaber kan nævnes, at det fremgår af aktieselskabslovens § 134 a, nr. 10, jf. § 136, stk. 2, at hvis der ved spaltningen dannes et nyt selskab, så skal spaltningssplanen indeholde et udkast til vedtægter for det nye selskab. I den konkrete spaltning vil denne forudsatte indsigt ikke være til stede, idet de modtagende selskaber ændrer status under transaktionen.

Det må antages, at en spaltning til nye selskaber kan antages at medføre en større usikkerhed for kreditorer og aftaleerhververe, idet de for bestående selskaber har mulighed for at gennemgå eventuelle aflagte årsregnskaber og vurdere selskabets udvikling, mens de for nye selskaber ikke har denne mulighed.

De danske spaltningssregler bygger på Spaltningssdirektivet, 6. selskabsdirektiv (82/891). Henvisningen i aktieselskabslovens § 136, stk. 2, og anpartsselskabslovens § 67 a skal tage højde for de særlige krav, som i henhold til spaltningssdirektivet gælder for spaltninger.

Det skal indledningsvis nævnes, at spaltningsdirektivet i præambelen til direktivet betoner vigtigheden af, at offentligheden, herunder kreditorer, får tilstrækkelig underretning om en påtænkt spaltning

Det skal endvidere anføres, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder, at spaltningsdirektivet bygger på den forudsætning, at en spaltning skal ske til selskaber, som er bestående på tidspunktet for spaltningsplanens underskrivelse, eller selskaber, der opstår som led i den konkrete spaltning gennemførelse. Det er som følge heraf styrelsens opfattelse, at spaltningsdirektivet er til hinder for en spaltning, hvor de modtagende selskaber opstår ved en gennemførelse af en anden påtænkt spaltning, som det er tilfældet i denne sag.

Det skal således anføres, at ordlyden af spaltningsdirektivets artikel 21 og 22 bygger på den forudsætning, at hvis der er tale om spaltning til nye selskaber, så skal de nye selskaber opstå ved gennemførelsen af spaltningen. Det fremgår således af de nævnte artikler:

”I dette direktiv forstås ved spaltning ved stiftelse af nye selskaber den fremgangsnåde, hvorved et selskab efter opløsning uden likvidation overdrager sine aktiver og passiver som helhed til flere nystiftede selskaber...”

”Generalforsamlingen i det spaltede selskab skal godkende dels spaltningsplanen, dels stiftelsesoverenskomsten eller udkastet dertil samt hvert af de nye selskabers vedtægter eller udkast dertil...”

Bestemmelsen i direktivet om, at generalforsamlingen i det afgivende selskab blandt andet skal godkende stiftelsesoverenskomsten eller udkastet dertil samt hvert af de nye selskabers vedtægter eller udkast dertil, nødvendigvis må betyde, at det nye modtagende selskab skal opstå som følge af den konkrete spaltning gennemførelse.

Styrelsen finder desuden, at indholdet af bestemmelserne i spaltningsdirektivet kapitel 1 om spaltning til bestående selskaber ikke indholdsmæssigt er i overensstemmelse med den konkrete påtænkte spaltning til modtagende selskaber, der opstår som led i anden samtidig spaltning.

Det fremgår således for eksempel af direktivets artikel 3, der i dansk selskabsret er gengivet i aktieselskabslovens § 134 a, jf. aktieselskabslovens § 136, stk. 2, og anpartsselskabslovens § 67 a, at administrations- eller ledelsesorganerne i de selskaber, der deltager i spaltningen, udarbejder en skriftlig spaltning plan. I den påtænkte spaltning plan er det ikke muligt at opfylde ovennævnte krav, idet ledelsesorganet i de modtagende selskaber først vælges på generalforsamlingen, hvor gennemførelsen af spaltningen af K ApS besluttet. De modtagende selskaber eksisterer som følge heraf ikke og har derfor ingen ledelse på tidspunktet for spaltning planens underskrivelse.

...”

I skrivelse af 22. juni 2004 har advokat A yderligere anført:

” ...

Indledningsvis bemærkes, at jeg i det hele kan tilslutte mig Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beskrivelse af de faktiske omstændigheder. Det skal dog supplerende tilføjes, at det af spaltningensplanen for K ApS af 3. afsnit fremgår: “Ved spaltning af B ApS, ... er der stiftet to nye selskaber under navnene D ApS og C ApS. Pr. den 1. oktober 2003 overdrages til hvert af disse to selskaber 50% af aktiver og passiver i K ApS.”

Som det ses heraf, er der i det konkrete oplæg taget højde for, at spaltningen på beslutningstidspunktet sker til 2 på det tidspunkt stiftede selskaber. Altså selskaber, der er opstået som følge af vedtagelsen og effektueringen af spaltningen af et andet selskab. Spørgsmålet er derfor, hvorledes Anpartsselskabslovens § 67 a, jf. Aktieselskabslovens § 136 skal forstås med hensyn til et bestående selskab i henhold til spaltningstidspunktet. Om det er afgørende, at selskabet består på planlægningstidspunktet, eller at det er tilstrækkeligt, at det eksisterer på spaltningstidspunktet, altså på tidspunktet for generalforsamlingsbeslutningen.

Som det fremgår af § 136, indledningen, er det generalforsamlingen, der beslutter spaltningen. Bestemmelsen, der henvises til, tager derfor selv udgangspunkt i, at de indledende manøvrer om spaltningensplan og redegørelse m.v. ikke har nogen betydning ved fastlæggelsen af spaltningstidspunktet. Spaltningen sker på det tidspunkt, hvor generalforsamlingen beslutter det. Derfor skal 2. afsnit i Aktieselskabslovens § 136 også forstås med samme udgangspunkt “ved spaltningen, altså på generalforsamlingstidspunktet, overdrages ... til bestående aktie- eller anpartsselskaber”, må forstås således, at disse eksisterende selskaber er registreret på generalforsamlingstidspunktet. Der er således ikke hjemmel til at foretage en mere snæver betragtning, uanset om den har været praksis over en længere periode.

Baggrunden for bestemmelsen må nok snarere søges i hensyn til, at der kan spaltes til en entydig juridisk enhed. Nystiftede selskaber, opstået i forbindelse med spaltningen, er jo tydeligt beskrevet i både spaltningensplan og spaltningensredegørelse og bliver stiftet i forbindelse med spaltningen. En relativ entydig juridisk enhed. Eksisterende selskaber, uanset hvor lang tid de har eksisteret inden generalforsamlingen beslutter en spaltning, er også rimeligt entydige.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører, at der ligger enten aktionærbeskyttelses- eller kreditorbeskyttelseshensyn bag deres fortolkning. Kreditorbeskyttelse fremgår ikke af Aktieselskabslovens 136, stk. 1 - tværtimod. Som det fremgår af bestemmelsens sidste punktum, kan overdragelsen gennemføres uden kreditorernes samtykke. Beskyttelsen findes i Aktieselskabslovens § 136, stk. 3, hvor samtlige

deltagende selskaber jo som bekendt hæfter solidarisk indenfor nogle nærmere afgrænsede værdier.

Aktionærbeskyttelsen ligger vel i konstruktionen i sig selv, da det som nævnt er generalforsamlingen, der beslutter spaltningen. Det må antages, at aktionærerne på generalforsamlingen, såfremt de synes, at spaltningen er en dårlig ide, blot vil undlade at stemme eller vil stemme imod, hvorved spaltningen hindres. Stemmer man for spaltningen i henhold til de planer og redegørelser, der foreligger, må det antages at være i aktionærernes interesse. En beskyttelse, der efter min vurdering heller ikke kan indfortolkes i Aktieselskabslovens § 136.

Den restriktive praksis, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henviser til, er derfor ikke lovhjemlet, og der bør gives K ApS tilladelse til at gennemføre den påtænkte spaltning.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 12. juli 2004 hertil bemærket:

”...

Styrelsen skal i det hele henvise til styrelsens redegørelse af 24. maj 2004.

Klagers brev giver dog styrelsen anledning til atter at fremhæve, at der i såvel fusions- som spaltningsbestemmelserne er særlige krav af hensyn til kreditorerne og aftaleerhververe, hvis der er tale om en spaltning til nye selskaber. I den konkrete spaltning vil disse særlige beskyttelseskrav blive udhulet, idet de modtagende selskaber ændrer status under transaktionen. De modtagende selskaber er således nye selskaber ved spaltningsplanens underskrivelse og bestående selskaber på gennemførelsestidspunktet.

Styrelsen skal i denne forbindelse desuden anføre, at det er styrelsens opfattelse, at spaltningsdirektivets bestemmelser, som de danske spaltningsbestemmelser bygger på, er til hinder for en spaltning, hvor de modtagende selskaber opstår ved en gennemførelse af en anden påtænkt spaltning, som det er tilfældet i denne sag.

Den konkrete påtænkte spaltning falder således efter styrelsens opfattelse ikke ind under direktivets definitioner af spaltninger til bestående og nye selskaber.

...”

Ankenævnet udtaler:

Den 1. april 2004 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen spaltningsplan for B ApS, hvoraf blandt andet fremgik, at ”Til to nystiftede selskaber under navnene

D ApS og C ApS overdrages pr. den 1. oktober 2003 til hvert af de nystiftede selskaber 50 % af aktiver og passiver i B ApS." Den 2. april 2004 offentliggjorde styrelsen modtagelsen af denne spaltningplan.

Den 1. april 2004 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen endvidere en spaltningplan for K ApS, som var medunderskrevet af anpartshaverne i henholdsvis D ApS under stiftelse og C ApS under stiftelse, og hvori det blandt andet hedder:

"Ved spaltning af B ApS ... er der stiftet to nye selskaber under navnene D ApS og C ApS. Pr. den 1. oktober 2003 overdrages til hvert af disse to selskaber 50 % af aktiver og passiver i K ApS."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afvist at offentliggøre modtagelsen af denne spaltningplan under henvisning til, at spaltningen ikke sker til bestående selskaber eller til nye selskaber, der opstår som følge af spaltningen.

Ved fuldstændig spaltning af et anpartsselskab overdrages aktiver og forpligtelser som helhed til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber mod vederlag til det indskydende selskabs anpartshavere under anvendelse af aktieselskabslovens bestemmelser om spaltning, jf. anpartsselskabslovens § 67 a, stk. 1.

Hverken aktieselskabsloven, dens forarbejder eller Rådets 6. selskabsdirektiv nr. 82/891/EØF om spaltning af aktieselskaber findes at udelukke, at også andre modtagende selskaber end de, som måtte opstå som følge af spaltningen, først opstår i tiden mellem spaltningens underskrivelse og spaltningens eventuelle gennemførelse. I forarbejderne til gældende aktieselskabslovs § 136 a, hvorefter bestyrelserne i de bestående selskaber, der deltager i spaltningen, i forening opretter og underskriver en spaltningplan, er således blandt andet anført, jf. lovforslag nr. L 125, fremsat den 14. januar 2004, om forslag til lov om ændring af lov om aktieselskaber m.m., side 41: "Der er intet til hinder for, at ledelsen i et selskab under stiftelse underskriver en spaltningplan eller en fusionsplan. Dette skyldes, at en fusions- eller spaltningplan udelukkende har karakter af et forslag til en aftale, der først bliver bindende, når og hvis de

fusionerede selskabers respektive kompetente organer vedtager aftalen, jf. aktieselskabslovens § 134 e, stk. 1 og 2.”

Ankenævnet ophæver derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 2. april 2004 og hjemviser sagen til fortsat behandling i styrelsen.

12) Kendelse af 9. maj 2005. (J.nr. 04-117.797)

Generalforsamlingsbeslutning ugyldig pga. manglende indkaldelse af aktionær samt registreringsnægtelse af årsrapport godkendt på ny generalforsamling til erstatning for tidligere indleveret årsrapport ophævet.

Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3.

(Eskil Trolle, Poul Østergaard Mortensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 14. april 2004 har advokat A på vegne af aktionærene i K A/S klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. marts 2004, hvorved styrelsen har nægtet at registrere en af selskabet den 5. januar 2004 indgiven årsrapport for perioden 1. maj til 31. december 2002 til erstatning for en af selskabet den 13. juni 2003 indleveret årsrapport for samme periode.

Sagens omstændigheder:

I den påklagede afgørelse af 17. marts 2004 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hedder det:

”...

Med brev af 2. januar 2004 har De fremsendt årsrapport for perioden 1. maj 2002 - 31. december 2002 for K A/S, ..., til erstatning for den tidligere fremsendte årsrapport for samme periode. Som begrundelse herfor anførte De, at ”den i selskabet tidligere afholdte og anmeldte ordinære generalforsamling er blevet erklæret ugyldig som følge af indsigelse fra den daværende aktionær, B ApS, idet denne aktionær ved en fejl ikke var blevet indkaldt til den ordinære generalforsamling, og idet der på generalforsamlingen var besluttet en udbetaling af udbytte, som denne aktionær havde væsentlige og berettigede indsigelser imod”.

De har med breve af 13. februar og 1. marts 2004 uddybet begrundelsen. Det fremgår således af brevet af 13. februar 2004, at på

tidspunktet for afholdelsen af den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003, ejedes 94,1 pct. af aktiekapitalen i selskabet af C A/S, der ligeledes havde en option på at købe de resterende 5,9 pct. af aktiekapitalen af B ApS. Det fremgår imidlertid også, at *“I forbindelse med indkaldelse og afholdelse af den ordinære generalforsamling var såvel den person hos K, som repræsenterede C A/S, som den person hos K, som på vegne bestyrelsen i K A/S forestod det praktisk arbejde ved indkaldelse og afholdelse af generalforsamlingen af den vildfarelse, at købsoptionen allerede var udnyttet således, at C A/S på dette tidspunkt var enejer af K A/S. Mindretalsaktionæren B ApS blev derfor ikke indkaldt til den ordinære generalforsamling, og C stemte under generalforsamlingen for et forslag om udbetaling af udbytte DKK 13.000.000 ud fra den forudsætning, at hele udbyttebeløbet ville blive udbetalt til dette selskab.”*

Det fremgår tillige, at *“tilsvarende ville hovedaktionæren, C A/S, ikke have stemt for udbyttebetalingen, såfremt hovedaktionæren havde været opmærksom på, at mindretalsaktionæren fortsat ejede aktier i selskabet”*.

Det fremgår af brevet af 1. marts 2004, at mindretalsaktionæren B ApS har gjort gældende, at beslutningen om udbytte skal erklæres ugyldig, medmindre hovedaktionæren indestår for, at beslutningen truffet på den ugyldige generalforsamling ikke ville påføre B ApS yderligere skattemæssige forpligtelser. Da hovedaktionæren ikke var indstillet på [at] stille ... den ønskede garanti, måtte generalforsamlingen erklæres ugyldig.

Der blev efterfølgende den 24. november 2004 [2003] afholdt ”ordinær” generalforsamling i K A/S, hvor der blev godkendt en årsrapport, hvori der **ikke** var udloddet udbytte. Det er denne årsrapport, der ønskes offentliggjort i stedet for den oprindeligt indsendte.

Af 1969-betænkning om aktieselskabsloven fremgår det bl.a.¹, at selv om der består en egentlig pligt til at tilstille visse aktionærer indkaldelse m.m. til generalforsamlingen, kan det ikke antages, at en undskyldelig undladelse eller misforståelse skulle have nogen indflydelse på en generalforsamlings lovlighed. I den konkrete situation var 94,1 pct. af aktiekapitalen indkaldt og repræsenteret på generalforsamlingen, således at uanset de øvrige aktionærers stemmeafgivelse kunne årsrapporten med det foreslåede udbytte være blevet godkendt.

Det er på denne baggrund styrelsens vurdering, at uanset aktionærernes enige opfattelse om det modsatte, kan den oprindeligt afholdte ordinære generalforsamling ikke anses for ugyldig. Som følge heraf er den oprindelige beslutning om at udlodde udbytte fortsat gældende, ligesom årsrapporten ikke kan omgøres.

Det har indgået som et moment ved styrelsens vurdering, at hovedaktionæren selv må tåle konsekvenserne af sin egen vildfarelse, og at det derfor ikke ville være i overensstemmelse med almindelige

retsgrundsætninger, om hovedaktionæren kunne anføre netop denne vildfarelse som begrundelse for at få adgang til at ændre sin egen stemmeafgivning i spørgsmålet om udlodning af udbytte.

...”

I klageskrivelsen af 14. april 2004 til Erhvervsankenævnet har advokat A anført:

”...

Idet jeg henviser til afgørelse af 17. marts 2004 (...) i sag 04-11.033 truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, indbringes denne hermed for Erhvervsankenævnet på vegne aktionærene i K A/S med påstand om, at den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 i selskabet er ugyldig og at de på generalforsamlingen truffede beslutninger, herunder navnlig beslutningen om udbytteudbetaling, hermed er at anse for en nullitet.

...

Den omstridte generalforsamling afholdtes den 26. maj 2003. Den medarbejder hos selskabet, som forestod indkaldelse og afholdelse af generalforsamlingen, svævede i den vildfarelse, at selskabets nuværende eneaktionær, C A/S (tidligere ... A/S), allerede på daværende tidspunkt var eneaktionær i selskabet, og overså i den forbindelse, at selskabet B ApS på daværende tidspunkt forsat ejede en mindre aktiepost. B ApS blev derfor ikke indkaldt til generalforsamlingen, og stemmer afgivet under generalforsamlingen (i henhold til fuldmagt) blev ligeledes afgivet i den tro, at C A/S var eneaktionær.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse er tilsyneladende båret af en opfattelse af, at tilstedeværelse af den ikke indkaldte mindretsaktionær ikke havde påvirket afstemningsresultatet. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører endvidere i sin afgørelse, at "Det har indgået som et moment ved styrelsens vurdering, at hovedaktionæren selv må tåle konsekvenserne af sin egen vildfarelse...".

Begge de anførte centrale præmisser er udtryk for misforståelser af faktum i sagen.

For det første har hovedaktionæren i denne sag erkendt, at resultatet af generalforsamlingen havde været et andet, såfremt mindretsaktionæren havde været korrekt indkaldt.

For det andet blev aktieposten tilhørende B ApS efterfølgende solgt til hovedaktionæren ved udnyttelse af en optionsaftale. Optionsaftalen, som vedlægges, indeholder, som det allerede er fremhævet overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, en justeringsmekanisme, som krone for krone kompenserer hovedaktionæren for udbytte udbetalt før

udnyttelsen. Det er således ikke hovedaktionæren, som må "tåle konsekvensen af sin egen vildfarelse", men derimod mindretalsaktionæren, som kommer til at betale skat af et udbytte, som efterfølgende uden korrektion for skatten modregnes i købesummen ved udnyttelse af optionen.

Det er således af hensyn til mindretalsaktionæren og ikke af hensyn til hovedaktionæren, at generalforsamlingsbeslutningen skal erklæres ugyldig. Endvidere bør det vel i den forbindelse fremhæves, at pligten til at foretage korrekt indkaldelse til en generalforsamling ikke påhviler hovedaktionæren, som tilsyneladende forudsat af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men derimod selskabet selv.

Den ovenfor citerede præmis er tillige i modstrid med gældende ret.

Det fremgår af aktieselskabsloven § 112, at beslutning om fordelingen af det overskudsbeløb, der er til disposition efter årsrapporten, træffes af generalforsamlingen. Indkaldelsen til generalforsamlingen skal ske i henhold til aktieselskabslovens § 73, stk. 1, 1. pkt. Beslutningen er derfor som udgangspunkt ikke gyldig, da der er sket en tilsidesættelse af reglerne i aktieselskabslovens § 73 og § 112.

Idet der er tale om en tilsidesættelse af reglerne for indkaldelse til generalforsamlinger, er den pågældende generalforsamling ikke alene anfægtelig, men denne er en nullitet, jf. aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3. Tilsidesættelsen af forskrifterne om indkaldelse af generalforsamlingen medfører vedtagelsernes ugyldighed, da ikke alle aktionærer uanset tilsidesættelsen er mødt på generalforsamlingen og undladt at protestere mod tilsidesættelsen.

En sådan klar lovbestemmelse burde for så vidt slet ikke kunne modificeres af udtalelser i forarbejder til love eller lignende ikke bindende retsakter.

Hertil kommer, at den af Erhvervs og Selskabsstyrelsen citerede passage fra forarbejderne, som angiveligt modificerer dette udgangspunkt, handler om en situation, hvor en enkelt mindre aktionær, f.eks. i et selskab med en bred aktionærkreds, ikke indkaldes korrekt som følge af en undskyldelig undladelse eller misforståelse og hvor denne formelle mangel ikke kan antages at have påvirket resultatet af generalforsamlingen.

Denne undtagelse er ikke anvendelig på den foreliggende situation, hvor der for det første ikke foreligger nogle undskyldelig undladelse/misforståelse, men derimod en klar, væsentlig og erkendt fejl fra selskabets side, og hvor, hovedaktionæren har erklæret sig enig i, at mindretalsaktionærens blotte tilstedeværelse på generalforsamlingen og lovbestemte ret til i den forbindelse af udtale sig imod udbytteudbetalingen helt klart ville have påvirket afstemningsresultatet. Forskellen til den i forarbejderne citerede situation underbygges yderligere af, at årsagen til at afstemningens resultat i den

konkrete sag ville være blevet et andet er objektivt konstaterbar og let forståelig.

Den foreliggende situation er således endog meget langt fra den i forarbejderne forudsatte situation, hvor en mindre aktionær forsøger at forhindre en storaktionær i at gennemføre en beslutning, som storaktionæren både ville og kunne gennemføre på trods af mindretsaktionærens indsigelser, hvis ikke en undskyldelig fejl ved udsendelse af indkaldelser var indtrådt.

Selv hvis man antager, at der med hjemmel i forarbejderne kan gøres undtagelser til den ubetingede regel om ugyldighed i aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3, skal en sådan undtagelse fortolkes indskrænkende, og en undtagelse kan under ingen omstændigheder være relevant, når den juridiske person, som udgjorde flertallet på generalforsamlingen, erkender, at mindretsaktionærens tilstedeværelse og udnyttelse af spørge- og taleret ville have påvirket afstemningsresultatet.

Endeligt skal det for god ordens skyld bemærkes, at hovedaktionæren ved sin stemmeafgivelse forudsatte, at forslaget lød på udbetaling på 100% af udbyttet til hovedaktionæren. Et sådant forslag ville under ingen omstændigheder kunne vedtages med hovedaktionærens 94,1% af stemmerne og kapitalen.

Det fastholdes således, at generalforsamlingen og hermed de på denne trufne beslutninger er ugyldige.

På den baggrund er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forpligtet til at registrere og offentliggøre den fremsendte reviderede årsrapport for perioden 1. maj til 31. december 2002, som blev godkendt på den ordinære generalforsamling den 24. november 2003 i selskabet.”

Ved skrivelse af 24. maj 2004 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blandt andet udtalt:

”...

Årsrapporten for perioden 1. maj – 31. december 2002 for K A/S (herefter kaldet selskabet), blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (herefter kaldet styrelsen) den 13. juni 2003 og accepteret til offentliggørelse den 16. juni 2003. Årsrapporten var underskrevet af direktion og bestyrelse med datering den 31. januar 2003, og af dirigenten påtegnet, at den var godkendt på generalforsamlingen den 26. maj 2003. Der var i årsrapporten foreslået, at der blev udloddet 13 mio. kr. i udbytte, og dette beløb var særskilt anført under egenkapitalen.

Herefter modtog styrelsen den 10. juli 2003 et brev fra selskabet, hvoraf det bl.a. fremgik, at

”vort moderselskab, C A/S, har ønsket, at vi ændrer beslutningen om udbyttebetaling. Dette er efterfølgende foretaget på en ekstraordinær generalforsamling den 26. juni, hvor den ændrede årsrapport blev godkendt. Vi fremsender hermed den ændrede årsrapport tillige med en anmodning fra Moderselskabet om Deres registrering af denne”.

Brevet var vedlagt et brev fra C A/S, hvoraf det bl.a. fremgik, at

”som moderselskab for K A/S skal vi hermed meddele, at regnskabet for år 2002 er begæret ændret, idet der ikke på noget tidspunkt er rekommanderet, at der for regnskabsåret skal udbetales udbytte. Årsagen er såvel likviditetshensyn, samt det forhold, at selskabet ikke er fuldt ejet. Vi anmoder således Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, samt skattevæsenet om at være imødekommende overfor selskabets ændring af regnskabet”.

Den nu modtagne årsrapport var underskrevet af direktion og bestyrelse med datering den 31. januar 2003, og af dirigenten påtegnet, at det var godkendt på generalforsamlingen den 26. juni 2003. I forhold til den oprindeligt indsendte årsrapport var forslaget om at udlodde udbytte med 13 mio. kr. fjernet, og tilsvarende var posten overført resultat under egenkapitalen forøget med 13 mio. kr.

Styrelsen afviste ved brev af 2. september 2003 at omgøre den oprindeligt indsendte årsrapport med den årsrapport, der var modtaget den 10. juli 2003. Det blev begrundet med, at årsrapporten efter aktieselskabslovens § 69 skal godkendes på den ordinære generalforsamling, og at det derfor ikke er muligt at godkende årsrapporten på en ekstraordinær generalforsamling.

Herefter skete der ikke yderligere i sagen, før styrelsen den 5. januar 2004 modtog et brev fra advokat D, (herefter kaldet advokaten). Det fremgik heraf, at

”vedlagt fremsender jeg revideret årsrapport for K A/S for perioden 1. maj til 31. december 2002. Den vedlagte årsrapport erstatter den tidligere fremsendte. Baggrunden for fremsendelsen er, at den i selskabet tidligere afholdte og anmeldte generalforsamling er blevet erklæret ugyldig som følge af indsigelse fra den daværende aktionær, B ApS, idet denne aktionær ved en fejl ikke var blevet indkaldt til den ordinære generalforsamling, og idet der på generalforsamlingen var besluttet en udbetaling af udbytte, som denne aktionær havde væsentlige og berettigede indsigelser imod. Der er på denne baggrund indkaldt og afholdt en ny ordinær generalforsamling den 24. november 2003, hvor den vedlagte årsrapport uden udbyttelodning blev vedtaget”.

Også denne årsrapport var underskrevet af direktion og bestyrelse med datering den 31. januar. Dirigenten havde påtegnet, at den var godkendt på generalforsamlingen den 24. november 2003. Overskudsdisponeringen og egenkapitalens opdeling svarede til den årsrapport, der var modtaget den 10. juli 2004.

Styrelsen svarede den 15. januar 2004 advokaten og bemærkede bl.a., at

”ved en gennemgang af sagen har styrelsen bemærket, at den indsendte årsrapport er den tredje, selskabet indsender vedr. samme periode. ... Den nu fremsendte årsrapport svarer for så vidt angår forslag til udbytte til den årsrapport, styrelsen har afvist at omgøre. På denne baggrund skal styrelsen – forinden der tages stilling til, om den fremsendte årsrapport kan erstatte eller omgøre den tidligere fremsendte – anmode om en udførlig redegørelse for, på hvilket grundlag den oprindeligt afholdte generalforsamling er blevet erklæret ugyldig. Redegørelsen bedes bilagt dokumentation i form af eksempelvis bestyrelses- og generalforsamlingsprotokollater og korrespondance med den daværende aktionær, B ApS”.

Styrelsen modtog herefter den 16. februar 2004 et brev fra advokaten, hvoraf det bl.a. fremgik, at

”på tidspunktet for afholdelse af den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 ejedes aktiekapitalen i K A/S med ca. 94,1 % af C A/S og med ca. 5,9 % af selskabet B ApS. C A/S havde en option på køb af B ApS’ aktiepost i K A/S. ...

C A/S havde forud for afholdelse af den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 internt besluttet at udnytte optionen, således at C A/S ville blive eneaktionær. ...

I forbindelse med indkaldelse og afholdelse af den ordinære generalforsamling var såvel den person hos K, som repræsenterede C A/S, som den person hos K, som på vegne bestyrelsen i K A/S forestod det praktiske arbejde ved indkaldelse og afholdelse af generalforsamlingen af den vildfarelse, at købsoptionen allerede var udnyttet således, at C A/S på dette tidspunkt var eneejer af K A/S.

Mindretalsaktionæren blev derfor ikke indkaldt til den ordinære generalforsamling, og C A/S stemte under generalforsamlingen for et forslag om udbetaling af udbytte på DKK 13.000.000 ud fra den forudsætning, at hele udbyttebeløbet ville blive udbetalt til dette selskab.

Mindretalsaktionæren ville, såfremt dette selskab havde været indkaldt til generalforsamlingen, have haft en interesse i at møde op og stemme imod forslaget samt interesse i at forsøge at overtale hovedaktionæren til ikke at gennemføre forslaget, idet punkt 6 i den vedlagte optionsaftale indeholder en reguleringsmekanisme, hvorefter ”any dividend paid out per share by the Company Prior to Competition Date is to be deducted with the amount recieved per share”.

Tilsvarende ville hovedaktionæren, C A/S, ikke have stemt for udbyttebetalingen, såfremt hovedaktionæren [ikke] havde været opmærksom på, at mindretalsaktionæren fortsat ejede aktier i selskabet.

...

Advokat E, har på vegne B ApS protesteret mod den ulovligt truffe beslutning og gjort gældende, at beslutningen skal erklæres ugyldig, medmindre hovedaktionæren, C A/S, indestår overfor hans klient, B ApS, for at beslutningen truffet på den ugyldige generalforsamling ikke vil påføre hans klient skattemæssige forpligtelser. C A/S har ikke ønsket at afgive en sådan skattemæssig indeståelse, og E har derfor på vegne B ApS nægtet at ratihabere den ulovlige beslutning.

Advokat E og undertegnede er herefter enige om, at den ulovligt afholdte generalforsamling er at betragte som en nullitet, således at en ny generalforsamlings beslutning om godkendelse af årsrapport har været fornøden. Det er den heraf følgende reviderede årsrapport, som jeg ved skrivelse af 2. januar 2004 har indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen”.

Styrelsen svarede den 23. februar 2004 bl.a. advokaten, at

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 16. februar 2004 modtaget Deres redegørelse i ovennævnte sag. Til brug for styrelsens behandling af sagen skal jeg anmode om, at der tillige indsendes ”dokumentation i form af eksempelvis bestyrelses- og generalforsamlingsprotokollater og korrespondance med den daværende aktionær, B ApS, jf. styrelsens brev af 15. januar 2004”.

Styrelsen modtog herefter den 4. marts 2004 et brev fra advokaten, vedlagt kopi af generalforsamlingsprotokollat vedrørende generalforsamlingen den 24. november 2003 samt kopi af skrivelse af 15. oktober 2003 fra advokat E, der repræsenterer B ApS. Det fremgår af brevet af 4. marts 2004 bl.a., at

”vedrørende skrivelsen fra E skal jeg supplerende oplyse, at der som det allerede er oplyst i min skrivelse af 29. januar 2004 blev drøftet 2 mulige løsningsmodeller. B ApS skulle enten ratihabere den ulovlige generalforsamling eller generalforsamlingen erklæres ulovlig. Som det fremgår af næstsidste afsnit i skrivelsen, krævede advokat E en skattegaranti fra K koncernen som betingelse for, at B kunne ratihabere den ulovlige generalforsamlingsbeslutning. K Koncernen var ikke indstillet på at stille den ønskede garanti, hvorfor generalforsamlingen måtte erklæres ugyldig. Bortset fra den fremlagte skrivelse er drøftelserne mellem advokat E og undertegnede foregået telefonisk.

Problemstilling ses ikke at være behandlet på bestyrelsesmøder i K A/S.”

Styrelsen traf den 17. marts 2004 afgørelse i sagen og meddelte med brev til advokaten bl.a., at ...

Styrelsen fastholder den truffe afgørelse med den anførte begrundelse. Supplerende kan det bemærkes, at styrelsen finder det væsentligt, at omverdenen kan have tillid til, at beslutninger, der er truffet på en generalforsamling, står ved magt og ikke efterfølgende ændres. Dette

gælder ikke mindst i relation til årsrapporter, der tidligere er gjort offentligt tilgængelige. I det aktuelle tilfælde er anmodningen om at erstatte årsrapporten modtaget mere end et halvt år efter, at årsrapporten oprindeligt var indsendt og offentliggjort. I den konkrete sag har skattemæssige hensyn øjensynligt haft betydning for ønsket om at omgøre beslutningen om at udlodde udbytte. Det fremgår således, at mindretsaktionæren har krævet en skattegaranti fra hovedaktionæren for at ratihabere den ordinære generalforsamling.

Klager argumenterer for, at styrelsens henvisning til lovforarbejderne ikke er anvendelig i den konkrete situation. Klager anfører således, at omtalen i lovforarbejderne

”handler om en situation, hvor en enkelt mindre aktionær, f.eks. i et selskab med en bred ejerkreds, ikke indkaldes korrekt som følge af en undskyldelig undladelse eller misforståelse og hvor denne formelle mangel ikke kan antages at have påvirket resultatet af generalforsamlingen.”

Det skal hertil blot bemærkes, at det netop er styrelsens opfattelse, at minoritetsaktionærens manglende tilstedeværelse ikke har påvirket resultatet på generalforsamling. Det har derimod hovedaktionærens stemmeandel på 94,1 pct. og dennes vildfarelse.

...

Klager anfører yderligere, at

”optionsaftalen ... indeholder ... en justeringsmekanisme, som krone for krone kompenserer hovedaktionæren for udbytte udbetalt før udnyttelsen. Det er således ikke hovedaktionæren, som må ”tåle konsekvensen af sin egen vildfarelse”, men derimod mindretsaktionæren, der kommer til at betale skat af et udbytte, som efterfølgende uden korrektion for skatten modregnes i købesummen ved udnyttelse af optionen.

Det er således af hensyn til mindretsaktionæren og ikke af hensyn til hovedaktionæren, at generalforsamlingsbeslutningen skal erklæres ugyldig.”

Det skal hertil bemærkes, at det ikke er åbenbart, at skattebetalingen udelukkende er mindretsaktionærens problem. Således har netop skattespørgsmålet været forhandlet mellem hoved- og mindretsaktionærens advokater, hvorunder mindretsaktionæren havde krævet, at hovedaktionæren skulle stille garanti for, at mindretsaktionæren ikke blev belastet af skat på udbyttet. Det er – også på denne baggrund – styrelsens vurdering, at en evt. godtgørelse for betalte skatter må afklares parterne imellem.

Samlet anfører klageren, at

”den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 er ugyldig og at de på generalforsamlingen truffede beslutninger, herunder navnlig beslutningen om udbyttebetaling, er at anse for en nullitet.”

Det er hertil styrelsens opfattelse, at en selskabsretlig afgørelse kan være anfægtelig, men yderst sjældent vil være en nullitet. Udgangspunktet er, at en aktionær, et medlem af bestyrelsen eller en direktør efter aktieselskabslovens § 81, stk. 1, [kan] anlægge sag med henblik på at få en beslutning, der ikke er blevet til på lovlig måde eller strider mod loven eller selskabets vedtægter, erklæret ugyldig. Fristen for sagsanlæg er tre måneder. Et tilsvarende synspunkt fremføres af Jan Schans Christensen i *Kapitalselskaber, aktie- og anpartsselskabsret*, side 468 ff.

Det skal endelig bemærkes, at styrelsen i en anden sag, rejst af en anden advokat fra ..., har accepteret, at en allerede offentliggjort årsrapport kunne erstattes. Baggrunden var her, at eneaktionæren fejlagtigt ikke var indkaldt til generalforsamlingen og at denne derfor ikke kunne anses for lovlig afholdt. Denne sag er imidlertid efter styrelsens vurdering væsensforskellig fra den konkrete sag, hvor det er en mindretalsaktionær med ca. 5,9 pct.'s ejerandel, der ikke var indkaldt til generalforsamlingen.

...”

I skrivelse af 23. juni 2004 har advokat A yderligere anført:

”...

Den person hos K A/S, som på bestyrelsens vegne forestod indkaldelse og afholdelse af den ordinære generalforsamling antog urigtigt, at den ovenfor anførte option var udnyttet, og at C derfor var eneaktionær i selskabet. Den pågældende person afholder i denne tro generalforsamlingen på uformel basis på baggrund af en fuldmagt fra C A/S uden at foretage indkaldelse af mindretalsaktionæren B ApS.

Under generalforsamlingen, hvor den pågældende person tillige optræder som dirigent, besluttet udbetaling af udbyttet med kr. 13 mio. Som følge af at B ApS ikke er indkaldt, udnytter dirigenten fuldmagten fra C A/S til at stemme for forslaget om udbytteudbetalingen i den tro, at udbyttet går 100 % til C A/S.

En beslutning om udbetaling af udbytte skal i henhold til § 112 i Aktieselskabsloven træffes af generalforsamlingen. Det følger af § 73 i Aktieselskabsloven sammenholdt med selskabets vedtægter, at den pågældende generalforsamling skal indkaldes ved brev til de i selskabets aktiebog noterede aktionærer. Idet B ApS var registreret som aktionær i selskabets aktiebog på tidspunktet for den ordinære generalforsamling, er generalforsamlingen ikke korrekt indkaldt. Den manglende indkaldelse er en klar og væsentlig fejl, og der foreligger ingen undskyldende omstændigheder.

Det fremgår herefter af § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led i Aktieselskabsloven, at beslutninger truffet på generalforsamlingen er en nullitet, da indkaldelse af B ApS til generalforsamlingen slet ikke er sket.

Når Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led efter sin ordlyd direkte dækker den foreliggende situation, og dette forudgående er gjort gældende af undertegnede overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er det i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen såvel i sin afgørelse som ... i redegørelsen af 24. maj 2004 helt undlader direkte at kommentere denne klart relevante bestemmelse.

Det er i den forbindelse klagerens principielle standpunkt, at den foreliggende situation falder under § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led, idet der ikke er tale om overtrædelse af en formforskrift men derimod om, at B ApS slet ikke er indkaldt til generalforsamlingen. § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led handler netop om den situation, at nogle aktionærer indkaldes og andre ikke indkaldes, idet bestemmelsen naturligvis er overflødig, hvis slet ingen af aktionærene blev indkaldt.

For det tilfælde, at Erhvervsankenævnet må være af den opfattelse, at den manglende indkaldelse af B ApS i stedet skal vurderes i henhold til § 81, stk. 3, nr. 3, 2. led om væsentlig tilsidesættelse af regler for indkaldelse, er det imidlertid under alle omstændigheder karakteristisk for den foreliggende situation, at det er ubestridt og objektivt konstaterbart, at afstemningen om udbyttebetalingen på generalforsamlingen havde fået et andet udfald, såfremt B ApS havde været indkaldt til den ordinære generalforsamling og som følge heraf havde mødt op for at protestere mod beslutningen om udbytteudbetaling. Dette gøres samstemmende gældende af hovedaktionæren og mindretalsaktionæren samt selskabet og underbygges af optionsaftalen, som er fremlagt i sagen.

Den foreliggende situation adskiller sig således væsentligt fra den mere sædvanlige indsigelsessituation, hvor en mindretalsaktionær mod hovedaktionærens vilje vil have tilsidesat en beslutning truffet under generalforsamlingen, hvortil mindretalsaktionæren ikke har været korrekt indkaldt, men hvor hovedaktionæren selv ved korrekt indkaldelse vilde og kunne have truffet den samme beslutning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har intet retligt grundlag for at træffe den afgørelse, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har truffet uden i det mindste at være af den opfattelse, at den samme beslutning ville være blevet truffet, såfremt mindretalsaktionæren B ApS havde været indkaldt. Dette er imidlertid end ikke lagt til grund af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i afgørelsen, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ensidigt fokuserer på de pågældende aktionærers stemmeandele og ikke på sagens konkrete faktum.

Når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen så tilmed tilføjer, at det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at hovedaktionæren selv må

bære konsekvenserne af sin egen vildfarelse, er dette som tidligere anført udtryk for en misforståelse af sagens faktiske og juridiske grundlag. For det første er indkaldelsen af generalforsamlingen i overensstemmelse med gældende regler foretaget af selskabet og ikke af hovedaktionæren, og det er således selskabet og ikke hovedaktionæren, som har begået den fejl, som fører til, at beslutningen er en nullitet.

Endvidere har klageren udførligt redegjort overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at de konkrete negative konsekvenser af den ugyldige beslutning rammer mindretalsaktionæren, B ApS og ikke hovedaktionæren. Når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter ... i redegørelsen af 24. maj 2004 forsøger at reparere på denne urigtige og i øvrigt uvedkommende præmis ved at henvise til en korrespondance mellem mindretalsaktionæren og hovedaktionæren, hvor mindretalsaktionæren som betingelse for at ratihabere den ugyldige beslutning har forlangt en garantistillelse for skattekrav, som hovedaktionæren har afvist at stille, er det efter klagerens opfattelse endnu engang udtryk for en misforståelse af sagens retlige og faktiske omstændigheder, idet faktum i sagen er, at hovedaktionæren har afvist at stille en sådan garanti som mindretalsaktionæren ikke har noget retskrav på, og at mindretalsaktionærens retstilling derfor kun kan genoprettes, såfremt udbytteudbetalingen erklæres for den nullitet, den rettelig er.

Sammenfattende gøres det således gældende,

- at spørgsmålet om den omtvistede udbytteudbetaling er en nullitet skal afgøres i henhold til Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3, som er påberåbt af klageren over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen,
- at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilsyneladende end ikke har truffet sin afgørelse ud fra en retlig subsumption under denne bestemmelse, som intetsteds er citeret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indklagede afgørelse eller i korrespondancen i øvrigt herunder Erhvervs- og Selskabsstyrelsens redegørelse af 24. maj 2004,
- at Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3 klart tilsiger, at den foreliggende beslutning er en nullitet, idet indkaldelse af B ApS slet ikke er sket, jf. 1. led af bestemmelsen, og idet klageren i øvrigt klart har påvist, at den manglende indkaldelse konkret har været væsentlig for den trufne beslutning om udbytteudlodning, jf. 2. led af bestemmelsen,
- at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen derfor savner ethvert grundlag for at fastholde generalforsamlingens beslutning ud fra løsere betragtninger om offentlighedens interesse i at kunne støtte ret på registreringer hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet lovgivningsmagten ved vedtagelse af § 81, stk. 3, nr. 3

endegyldigt har taget stilling til, i hvilke tilfældegrupper, dette hensyn kan tilsidesættes.

Vedrørende Erhvervs- og Selskabsstyrelsens synspunkter om tidsfrist for sagsanlæg og passivitet jf. ... i redegørelsen af 24. maj 2004, skal det blot bemærkes, at nærværende sag som ovenfor anført udtrykkeligt er undtaget fra 3 måneders fristen for sagsanlæg i Aktieselskabslovens § 81, stk. 2 sammenholdt med Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3 og det således forekommer ganske meningsløst, når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i redegørelsen som et helt nyt anbringende anfører, at "Fristen for sagsanlæg er 3 måneder."

Når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samme sted tager Jan Schans Christensens redegørelse i bogen *Kapitalselskaber, aktieanpartsselskabsret til støtte for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens synspunkter*, er der efter klagerens opfattelse tale om en meget selektiv og i øvrigt næppe helt loyal benyttelse af den juridiske litteratur.

Således antager Bernhard Gomard i *Aktieselskaber og Anpartsselskaber* på side 270 tværtimod, at grove fejl i indkaldelsen herunder naturligvis manglende indkaldelse fører til, at afgørelsen er en nullitet. Bernhard Gomard henviser i den forbindelse netop til § 81, stk. 3, nr. 3 i Aktieselskabsloven.

Tilsvarende gør Rosenberg, Sneholt og Thomsen i *A/S Lovkommentaren* på side 347 i note 7 gældende, at i de under § 81, stk. 3, nr. 1-3 nævnte tilfælde må beslutningen anses for en nullitet.

Endeligt gør Wehrlauf i *Generalforsamling og Beslutning* på side 651 gældende, at beslutningen vil være en nullitet men, at der selv ved nulliteter må gælde "en eller anden ydergrænse for", hvor længe man kan angribe beslutningen.

Hertil kommer, at selv Jan Schans Christensen, som altså rettelig indtager et særstandpunkt i den juridiske litteratur, alene taler om tilfælde, hvor betydelige praktiske vanskeligheder kan være forbundet med at tilbageføre en beslutning truffet mange år tidligere.

Det skal også fremhæves, at det er en underliggende præmis for flere af forfatterens diskussioner, se f.eks. den ovenfor anførte note 7 i den kommenterede Aktieselskabslov, at diskussionerne drejer sig om selskabets mulighed for at påberåbe sig en passivitetsindsigelse over for den aktionær, hvis ret er tilsidesat. Ingen af forfatterne taler således om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens mulighed for at påberåbe sig en passivitetsindsigelse i en situation, hvor såvel selskabet som 100 % af de involverede aktionærer er enige om, at der foreligger en nullitet, og hvor der i øvrigt ikke foreligger praktiske vanskeligheder ved at omgøre beslutningen eller risiko for, at en tredje mand måtte have

støttet ret på, at årsregnskabet offentliggjort af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen viser en udbytteudlodning, idet en omgørelse forbedrer og ikke forringer selskabets økonomiske stilling.

Endeligt skal jeg for god ordens skyld gøre nogle bemærkninger om klagerens forudgående forsøg på at opnå Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilladelse til omgørelse af beslutningen om udbytteudlodning.

Når det overhovedet er nødvendigt at kommentere det forhold, skyldes det, at forholdet tilsyneladende spiller en central rolle i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af sagen, hvilket igen bekræftes af den centrale rolle Erhvervs- og Selskabsstyrelsen giver forholdet i redegørelsen af 24. maj 2004.

Undertegnede skal selvfølgelig være den første til at beklage, at klageren, da det opdages, at den ordinære generalforsamling ikke har været korrekt afholdt, uden at drøfte spørgsmålet med en advokat, sender skrivelsen af 10. juni 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor klageren formulerer problemstillingen forkert, således at det ser ud til, at der er tale om, at en lovlig truffet beslutning omgøres på en ekstraordinær generalforsamling og ikke – som det rettelig var tilfældet – at den oprindelige beslutning var en nullitet.

Det forhold, at klagerens første henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er formuleret juridisk korrekt, er imidlertid uden enhver betydning for den nærmere sags afgørelse, når klageren i øvrigt efterfølgende har fremsat den korrekte argumentation, som er den Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har truffet afgørelse om, og som Erhvervsankenævnet nu skal tage stilling til.

I den forbindelse skal det supplerende bemærkes, at klageren har påtaget sig arbejdet med at få den ugyldige beslutning ændret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som følge af, at fejlen er begået af klageren, således at det ville være urimeligt, hvis mindretalsaktionæren B ApS skulle afholde de advokatomkostninger, som medgår hertil. Dette ændrer imidlertid ikke på, at den primært interesserede i, at nærværende sag finder sin rette afgørelse, er mindretalsaktionæren B ApS, og at mindretalsaktionæren under ingen omstændigheder bør kunne rammes af eventuelle fodfejl, begået af klageren under nærværende sags førelse.

...”

I skrivelse af 19. august 2004 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere bemærket:

”...

Til klagers henvisning til aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led, skal styrelsen dog bemærke, at indkaldelse til generalforsamling *har* fundet sted, uanset at 5,9 pct. af aktiekapitalen ikke var indkaldt.

Det skal bemærkes, at aktieselskabslovens § 81 vedrører den situation, hvor en aktionær, et bestyrelsesmedlem eller en direktør anlægger søgsmål mod et selskab i anledning af en generalforsamlingsbeslutning. I stk. 2 fastsættes tidsfristen for sagsanlæg, og efter stk. 3 kan der i en række nærmere opregnede situationer bortses fra tidsfristen i stk. 2. § 81, stk. 3, nr. 3, er således en processuel regel om søgsmål mod selskabet, og ikke en regel, der tager stilling til en beslutnings eventuelle nullitet.

Der kan efter styrelsens opfattelse ikke lægges vægt på formodninger om, hvorvidt generalforsamlingen ville have vedtaget bestyrelsens forslag om udbytte eller ej, hvis minoritetsaktionæren var blevet indkaldt og eventuelt var mødt frem. Styrelsen har lagt vægt på, at 94,1 pct. af aktiekapitalen var repræsenteret, og at denne udgjorde en tilstrækkelig stor majoritet til at vedtage årsrapport og udbytte, uanset om minoritetsaktionæren var mødt op og havde stemt imod udbyttet.

Styrelsen skal endelig henlede opmærksomheden på, at anmodningen fra klager om omgørelse af årsrapporten først blev fremsat i januar 2004 og dermed mere end et halvt år efter, at årsrapporten var offentliggjort og efter udløbet af det efterfølgende regnskabsår.

...”

I skrivelse af 20. september 2004 har advokat A supplerende bemærket:

”...

Vedrørende fortolkningen af Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3, 1. led er det min opfattelse, at den korrekte tolkning må være, at bestemmelsen vedrører den situation, hvor indkaldelse til generalforsamling ikke er sket overfor den aktionær, som ønsker at gøre gældende, at den pågældende generalforsamlingsbeslutning ikke er blevet til på lovlig måde. Såfremt bestemmelsen skulle vedrøre en situation, hvor ingen af aktionærene i selskabet var blevet indkaldt til generalforsamlingen, ville bestemmelsen være overflødig, idet ingen beslutning så var blevet truffet. Spørgsmålet er i øvrigt under alle omstændigheder uden betydning for sagens afgørelse, idet § 81, stk. 3, nr. 3, 2. led i givet fald fanger den foreliggende situation.

Vedrørende betydningen af § 81 bemærkes, at det som udgangspunkt er korrekt, at bestemmelsen regulerer situationen, hvor en aktionær, et bestyrelsesmedlem eller en direktør anlægger sag mod selskabet med påstand om, at generalforsamlingens beslutning er ugyldig.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid ... i sin redegørelse at 24. maj 2004 benyttet denne bestemmelse som led i sin argumentation for

den trufne afgørelse. Synspunktet, som fremføres af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er tilsyneladende, at den oprindelige generalforsamlings beslutning om udbytteudlodning ikke kan tilsidesættes som en ulovlig beslutning, idet retssag om spørgsmålet ikke har været anlagt senest 3 måneder efter beslutningen, jf. Aktieselskabslovens § 81, stk. 2. Det har derfor været nødvendigt for undertegnede at påpege

at 3-måneders fristen for sagsanlæg i Aktieselskabslovens § 81, stk. 2 ikke finder anvendelse på den foreliggende sag, idet situationen er omfattet af Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3,

at det ville være ganske meningsløst at forlange, at en mindretalsaktionær, et bestyrelsesmedlem eller en direktør i den foreliggende situation skal anlægge sag mod selskabet med henblik på at få generalforsamlingens beslutning tilsidesat, idet såvel mindretalsaktionæren, flertalsaktionæren, selskabet, bestyrelsesmedlemmerne som direktionen alle er enige om, at den afholdte generalforsamling er en nullitet, som efterfølgende er afløst af en korrekt afholdt generalforsamling og et eventuelt sagsanlæg derfor blot vil medføre at selskabet tager bekræftet til genmæle, og

at det som påvist i undertegnedes indlæg af 23. juni 2004 er den altovervejende opfattelse i den juridiske teori, at Aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3 undtager situationer, hvor en generalforsamling ikke er lovligt indkaldt fra søgsmåls fristen i Aktieselskabslovens § 81, stk. 2 som følge af at generalforsamlinger truffet i de pågældende situationer må anses for nulliteter og ikke anfægtelige beslutninger.

Heraf følger tillige, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen savner hjemmel for at begrunde afgørelsen i løse overvejelser om, at anmodningen først blev fremsendt godt 6 måneder efter den ulovlige generalforsamling. Den oprindelige anmodning til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev i øvrigt fremsendt 10. juli 2003. Beklageligvis var denne oprindelige henvendelse imidlertid ikke udformet korrekt, idet henvendelsen bad om omgørelse af generalforsamlingen og ikke, som det rettelig var tilfældet, om tilsidesættelse af en ugyldig beslutning.

Endeligt må jeg stille mig ganske uforstående overfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved vurderingen af lovligheden af en generalforsamling, som er afholdt uden gyldig indkaldelse af en mindretalsaktionær, kan se bort fra, at den manglende indkaldelse rent faktisk har påvirket beslutningerne på generalforsamlingen. Det er efter undertegnedes opfattelse et oplagt forkert standpunkt, som i sin yderste konsekvens vil føre til, at aktieselskaber alene behøver at indkalde aktionærer, der udgør en stemmemajoritet og ikke samtlige aktionærer til generalforsamlinger.

...”

Ankenævnet udtaler:

På tidspunktet for afholdelsen af den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 var K A/S ejet af C A/S med ca. 94,1 % af aktiekapitalen og af B ApS med den resterende del af aktiekapitalen. I den tro, at C A/S inden generalforsamlingen havde udnyttet en optionsaftale om køb af den B ApS tilhørende aktiepost, blev B ApS fejlagtigt ikke indkaldt til generalforsamlingen, på hvilken årsrapporten for perioden 1. maj til 31. december 2002 blev godkendt, og det heri indeholdte forslag om udlodning af udbytte med 13 mio. kr. blev vedtaget.

Umiddelbart efter generalforsamlingen købte C A/S ved udnyttelse af optionsaftalen den B ApS tilhørende aktiepost, hvorefter C A/S var ene-ejer af K A/S. Af optionsaftalens punkt 6 fremgår blandt andet, ”... any dividend paid out per share by the Company prior to Completion Date is to be deducted with the amount received per share”.

B ApS har protesteret mod gyldigheden af den på generalforsamlingen truffede beslutning om udlodning af udbytte, medmindre C A/S garanterer for den skat, som B ApS måtte blive pålagt som følge af, at udbyttet bliver indtægtsført i B ApS. C A/S har ikke villet afgive den krævede garanti, men har oplyst, at man ikke ville have stemt for forslaget om udlodning af udbytte, såfremt man havde været opmærksom på B ApS’ fortsatte aktiepost i K A/S. C A/S, B ApS samt bestyrelsen og direktionen i K A/S er alle enige om, at den på generalforsamlingen den 26. maj 2003 truffede beslutning om udlodning af udbytte er ugyldig på grund af den manglende indkaldelse af B ApS.

Den 24. november 2003 blev der afholdt ny ordinær generalforsamling i K A/S med godkendelse af en revideret årsrapport for perioden 1. maj til 31. december 2002 svarende til den oprindelige årsrapport for perioden, men uden forslag om udlodning af udbytte.

Ankenævnet finder ikke, at den manglende indkaldelse af B ApS til den ordinære generalforsamling den 26. maj 2003 i K A/S kan antages at have været uden betydning for resultatet af den på generalforsamlingen truffede beslutning

vedrørende udlodning af udbytte, og beslutningen herom findes derfor ugyldig, jf. aktieselskabslovens § 81, stk. 3, nr. 3.

Som følge heraf ophæver ankenævnet Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. marts 2004 om nægtelse af at registrere den af K A/S den 5. januar 2004 indgivne årsrapport for perioden 1. maj til 31. december 2002 til erstatning for den af selskabet den 13. juni 2003 indleverede årsrapport for samme periode.

13) Kendelse af 1. juli 2005. (J.nr. 04-201.488)

Aktionær ikke klageberettiget i forhold til stedfunden registrering af vedtægtsændring. Klagen afvist.

Aktieselskabslovens § 159 b og § 81 samt § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 2004.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. juli 2004 har K, som er aktionær i A A/S klaget over en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 23. juli 2004 foretagen registrering af en vedtægtsændring i A A/S på baggrund af en generalforsamlingsbeslutning i selskabet den 1. juli 2004.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelsen af 28. juli 2004 til Erhvervsankenævnet har K anført:

”Jeg er i aktionær i A A/S, ..., og vil i den forbindelse hermed påklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning om at registrere den på ekstraordinær generalforsamling i A (afholdt d. 1. juli 2004) vedtagne vedtægtsændring, der betyder at minoritetsaktionærer kan tvinges til at sælge deres aktier til B A/S, til kurs ... kr. pr. aktie.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret ændringen d. 23. juli 2004.

Jeg påstår at vedtægtsbestemmelsernes §7 og §7a er ulovlige, subsidiært, at de skal ændres så der gælder samme indløsningsvilkår for minoritetsaktionærene i den nuværende situation som hvis det var Aktieselskabslovens §20b og §20c der var blevet bragt i anvendelse, herunder både hvad angår tidsfrister og hvad angår mulighed for at få fastsat kursen af skønsmænd udmeldt af retten på selskabets hjemsted.

Denne påklage er blevet fremsendt rettidigt i forhold den i ASL §159b nævnte tidsfrist. ...

...”

I en uddybende klageskrivelse af 26. oktober 2004 har K yderligere blandt andet anført:

”...

Jeg er tidligere minoritetsaktionær i A A/S, ..., og vil egenskab heraf hermed påklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om at registrere den på ekstraordinær generalforsamling i A (afholdt den 1. juli 2004) vedtagne vedtægtsændring, der betyder, at minoritetsaktionærerne er blevet tvunget til at sælge deres aktier i B A/S, til kurs ... kr. pr. aktie.

Jeg påstår, at vedtægtsbestemmelserne § 7 og § 7 a skal vedtages med samtykke fra de aktionærer, som bliver pålagt en indløsningspligt, og ikke blot med dobbelt 9/10 majoritet, som de aktuelt blev vedtaget med.

I denne skrivelse omtales A A/S som ”A”, og B A/S som ”B”.

Jeg gør gældende at vedtægtsændringen er i strid med Aktieselskabslovens § 17, 1. pkt., den såkaldte lighedsgrundsætning, idet retsstillingen er forrykket mellem aktionærerne, og at vedtægtsændringen derfor kun lovligt kan vedtages med samtykke fra de berørte minoritetsaktionærer og i øvrigt i overensstemmelse med Aktieselskabslovens regler om vedtægtsændringer.

Vedtægtsændringen kræver samtykke fra samtlige de berørte minoritetsaktionærer af følgende to årsager:

1. Minoritetsaktionærerne i A tvangsindløses til fordel for B, der i forvejen var aktionær i selskabet.
2. Tvangsindløsningen er sket til favørkurs.

Det økonomiske tab, minoritetsaktionærerne har lidt som følge af den ulovlige tvangsindløsning, udgøres af:

1. Muligheden for at få værdiansat A af skønsmænd
2. Muligheden for at få udskudt afståelsen af aktierne i 7-10 måneder, der er den normale proklamaperiode, når AL § 20 b anvendes til tvangsindløsning af en minoritet i et børsnoteret aktieselskab.

Sagens forløb kan kort beskrives således:

- 13/05 B fremsætter pligtmæssigt købstilbud til kurs Det fremgår heraf, at formålet med tilbuddet er at erhverve samtlige aktier i A, samt at B, hvis de opnår mere end ..% af aktiekapitalen, agter at tvangsindløse de tilbageværende aktionærer på vilkår svarende til de vilkår, der gælder for det pligtmæssige tilbud. Gennemsnitskurserne de sidste 3 og 6 måneder på hhv. ... og ... per A aktie fremgår af det pligtmæssige købstilbud. Kursen falder efter fremsættelsen af tilbuddet til ca. ...
- 27/05 B forhøjer tilbuddet til kurs ..., idet 'C' og 'D' sælger sammenlagt ...% af A til B til denne kurs, således at B nu har over 90% af aktierne De to pågældende investorer har formodentlig benyttet kursfaldet til at købe op og opnår dermed en gevinst ved videresalg til kurs ... til B.
- 02/06 Bestyrelsen i A skiftes ud med B folk.
- 01/07 Der afholdes ekstraordinær generalforsamling i A, hvor der indføres vedtægtsbestemmelser (§§ 7 og 7 a) omhandlende, at B kan tvangsindløse minoritetsaktionærene til kurs På generalforsamlingen modsatte aktionæren "C ApS" sig de foreslåede vedtægtsændringer, og fremsatte krav om indløsning i medfør af AL § 81 a, stk. 1.
- 08/08 B udsender fondsbørsmeddelelse om tvangsindløsning af udestående A aktier.

2. Lovgrundlaget for indløsning efter AL § 79, stk. 2, nr. 3.

Den vedtægtsmæssige tvangsindløsning som B forsøger gennemført, støtter sig på Aktieselskabslovens (AL) § 79, stk. 2, nr. 3. ...

...

AL § 79 blev væsentligt ændret i 1992. Førhen kunne vedtægtsændringer, der i dag er omfattet af AL § 79, stk. 2, kun vedtages med tilslutning fra samtlige aktionærer. ...

....

Følgende punkter skal fremhæves:

- Forholdene vedrørende en storaktionærs indløsning af minoritetsaktionærer reguleres af bestemmelserne i § § 20 b - 20 d. Hvis hensigten havde været at muliggøre tvangsindløsning af minoritetsaktionærer v. hj. a. AL § 79, stk. 2, nr. 3, ville ændringen af AL § 20 b have været overflødig, idet en juridisk person af anden karakter end aktieselskab eller er en fysisk person så blot kunne anvende denne bestemmelse til at gennemføre tvangsindløsningen.

- Det vil fortsat følge af lighedsgrundsætningen, at en beslutning, der forrykker retsforholdet mellem aktionærene, fordrer tiltrædelse af samtlige de aktionærer, hvis retsstilling forringes.
- Det er ikke kun i tilfælde af forøgelse af aktionærernes forpligtelser over for selskabet, at der kræves samtykke til en vedtægtsændring.

Det fremgår hverken af ordlyden eller af forarbejderne, hvad der i AL § 79, stk. 2, nr. 3 menes med *indløsning*, og til fordel for hvem indløsningen kan gennemføres. Af Betænkning 1229/1992, hvortil der henvises i bemærkningerne til lovforslaget - og hvis forslag lovforslaget følger - fremgår det imidlertid, at § 79 primært er ændret for at give børsnoterede selskaber mulighed for at foretage omsættelighedsindskrænkende tiltag for at bevare deres uafhængighed:

...

Betænkningen - hvis konklusioner ifølge forarbejderne ligger til grund for lovforslaget - udtrykker således at:

- Motivationen for ændringen af AL § 79 var at give børsnoterede selskaber et middel, i form af at kunne indføre omsættelighedsindskrænkende tiltag med 9/10 *tilslutning*, til at værne sig mod overtagelsesforsøg, således at *selskabets uafhængighed kan bevares*. Hensigten kan derfor ikke have været at ændre på reglerne for storaktionærers tvangsindløsning af minoriteten, bl.a. fordi dette *i forvejen* var muligt med 9/10 tilslutning, efter AL § 20b.
- Det nævnes eksplicit, at AL § 79, stk. 2, nr. 3 kun kan anvendes til at give *andre end selskabets aktionærer og medarbejdere* - eksempelvis selskabet selv eller tredjemand, fx en venligtsindet fond, eller lign. - indløsningsret, hvis der kan opnås 9/10 flertal herfor.
- Motivationen for indførelsen af AL § 81 a var, at hvis enkelte aktionærers forudsætninger for *fortsat at deltage* i selskabet var ændret, skulle man kunne forlange sig indløst. Denne formulering støtter heller ikke, at hensigten med AL § 79, stk. 2 skulle være at muliggøre vedtægtsændringer som pålægger *nogle aktionærer at sælge* deres aktier *til een aktionær* der ønsker at overtage selskabet indenfor en kortere periode.
- De vedtægtsændringer der kan vedtages med AL § 79, stk. 2 er i betænkningen opregnet til omsættelighedsindskrænkninger, stemmelofter, krav om selskabets samtykke ved overdragelse og ejerlofter. Der nævnes intetsteds i betænkningen, at bestemmelsen også skal kunne anvendes af en storaktionær til at indløse minoritetsaktionærene.

- Der tilstræbes præcise og klare regler. Hvis AL § 79, stk. 2, nr. 3 også var tiltænkt anvendt ved en storaktionærs tvangsindløsning af minoriteten, ville det være uklart hvilket regelsæt i AL der regulerer denne situation. Det må derfor konkluderes, at selskabspanelet's holdning var, at AL § 79, stk. 2, nr. 3 ikke også kan anvendes af en storaktionær til at indløse minoritetsaktionærene.

Traditionelt er tvangsindløsning af minoritetsaktionærer blevet gennemført ved brug af AL § 20 b. I § 20 b situationen nyder minoritetsaktionærene beskyttelse dels i form af, at det i henvendelsen til minoritetsaktionærene udtrykkeligt skal fremgå, at indløsningskursen i tilfælde af uenighed skal fastsættes ved syn og skøn, og dels fordi minoritetsaktionærene har ret til at begære syn og skøn på et *vilkårligt* tidspunkt i proklamaperioden, der for børsnoterede selskaber strækker sig over 7-10 måneder. Der er således ikke noget krav til minoritetsaktionærene om, at de har kendskab til indholdet af AL for at opnå syn og skøn i en § 20 b situation. Hvis en indløsning gennemføres efter § 79, stk. 2, nr. 3, er den eneste måde hvorpå man kan opnå syn og skøn over indløsningskursen, at man opfylder betingelserne i AL § 81 a, stk. 1 og stk. 3. Det må formodes, at kun ganske få minoritetsaktionærer - om nogen - er bekendt med denne bestemmelse.

Jeg anfører derfor følgende til støtte for min påstand om, at vedtægtsbestemmelsernes § 7 og § 7 a for A A/S ikke lovligt kan vedtages med 9/10 flertal:

- Af forarbejderne til § 79, stk. 2., nr. 1-5, fremgår det udtrykkeligt, at en beslutning, der forrykker retsforholdet mellem aktionærene, fordrer tiltrædelse af samtlige aktionærer, hvis retsstilling forringes. Da en indløsning af minoritetsaktionærene - der udsættes for et ekspropriativt indgreb - til fordel for en hovedaktionær kun rammer enkelte af de eksisterende aktionærer, strider dette imod lighedsgrundsætningen, AL § 17, 1. pkt. Til sammenligning, er det i forarbejderne til § 20 b eksplicit nævnt, at § 20 b er en *undtagelse* fra lighedsgrundsætningen.
- AL § 79 stk. 2 nr. 3 omhandler indløsning af *aktionærernes* aktier. Sådan som bestemmelsen er formuleret (aktionærene betyder *alle* aktionærene), og sådan som det eksplicit er beskrevet i Betænkning 1229/1992 der 7. ligger til grund for denne bestemmelse, kan aktionærene kun pålægges indløsningspligt til fordel for *andre end aktionærer og medarbejdere*.
- Af lovforarbejderne fremgår det, at situationen hvor en storaktionær tvangsindløser minoritetsaktionærene, reguleres af AL §§ 20 b og 20 c. Hvis det i forbindelse med indførelsen af § 79, stk. 2 havde været meningen at lempe (i form af fjernelse af minoritetsbeskyttelsen) majoritetens gennemførelse af - og vilkårene for - tvangsindløsning af minoritetsaktionærene, ville

AL §§ 20 b og 20 c være *uden selvstændigt indhold*, hvilket taler yderligere til støtte for, at AL § 79, stk. 2, nr. 3 må opfattes således, at den ikke hjemler storaktionærs tvangsindløsninger af minoritetsaktionærer. Af Betænkning 1229/1992 fremgår det desuden, at hensigten med ændringen § 79, stk. 2 er at bevare selskabets uafhængighed. Lempelse af vilkårene for storaktionærs tvangsindløsninger af minoritetsaktionærer virker modsat heraf, og er derfor ikke omfattet af AL § 79, stk. 2, nr. 3, ligesom denne situation ikke er medtaget i betænkningens opregning af vedtægtsændringer der skal kunne vedtages efter denne bestemmelse med 9/10 majoritet.

Hovedparten af argumentationen stammer fra Advokat Jan Presfeldts artikel, Jeg henviser hertil for yderligere underbygning af påklagen.

3. Lovgrundlaget for indløsning til favørkurs.

Skulle nævnet mod min forventning finde, at B er berettigede til at forlange minoriteten tvangsindløst efter AL § 79, stk. 2, nr. 3, gør jeg gældende, at tvangsindløsningen er sket til favørkurs, dvs. at der er sket en skævdeling af selskabsformuen blandt aktionærene. Hvis selskabsformuen skal skævdeles mellem aktionærene, skal samtlige aktionærer der berøres heraf tiltræde det, ellers krænker det den formelle lighedsgrundsætning AL § 17, 1. pkt., hvilket er et forhold, der skal påses af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

...

Selvom bemærkningerne stammer fra Werlauff's kommentarer til AL § 30, stk. 3, der omhandler fravigelse af aktionærernes fortegningsret ved en kontant kapitalforhøjelse, er de ligeså relevante for den situation, hvor en storaktionær tvangsindløser minoritetsaktionærene til favørkurs, idet der også her sker en skævdeling af selskabsformuen mellem aktionærene.

Faktisk kan man opfatte storaktionærs tvangsindløsning af minoritetsaktionærer til favørkurs som et grænsetilfælde af en rettet emission til favør kurs til fordel for storaktionæren (dvs. uden fortegningsret for minoritetsaktionærene), idet minoritetsaktionærernes andel af selskabsformuen udvandes helt hvis blot emissionen er tilstrækkelig stor og kursen tilstrækkelig lav. Også derfor kan regelsættet vedrørende aktionærs fortegningsret ved kontant kapitalforhøjelse overføres til den aktuelle sag, således at der skal afgives samtykke fra de berørte aktionærer for, at selskabsformuen kan skævdeles til fordel for en eksisterende aktionær.

At der ikke i litteraturen findes tilsvarende diskussioner af storaktionærs tvangsindløsning af minoritetsaktionærer til favørkurs (dvs. for storaktionæren) skyldes efter min opfattelse, at det i praksis stort set aldrig forekommer.

Jeg har undersøgt samtlige afnoteringer siden 1995, og det er ikke lykkedes at finde et eneste fortilfælde, hvor et børsnoteret selskab - som det er sket i denne sag - er blevet tvangsindløst til favørkurs (en kurs betydeligt under børskursen).

4. Værdiansættelsen af A.

Stadig under forudsætning af at nævnet måtte finde, at en storaktionærs tvangsindløsning af minoritetsaktionærene skulle kunne ske efter AL § 79 stk. 2 nr. 3 uden at krænke lighedsgrundsætningen, kan dette således kun ske, hvis tvangsindløsningskursen er udtryk for aktiernes rette værdi. Tvangsindløses der til favørkurs kan dette ikke ske til fordel for en eksisterende aktionær uden at alle af indløsningspligten berørte aktionærer giver deres samtykke dertil.

...

Jeg anfører derfor følgende yderligere til støtte for min påstand om, at vedtægtsbestemmelsernes § 7 og § 7 a for A A/S ikke lovligt kunne vedtages med 9/19 flertal:

- Ifølge vedtægtsbestemmelsen får B ret til at indløse øvrige aktionærer til en indløsningskurs på ... kr. pr. A aktie. Denne kurs indebærer en præmie på henholdsvis – ...% og –...% i forhold til den gennemsnitlige børskurs 3 henholdsvis 6 måneder før tidspunktet for fremsættelse af første købstilbud. Da selskabsformuen herved skævdeles til ugunst for minoritetsaktionærene, kræver en sådan beslutning efter AL § 17, 1. pkt. samtykke fra samtlige berørte aktionærer.

5. Afsluttende bemærkninger.

Jeg er opmærksom på, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tidligere har godkendt vedtægtsændringer, hvor minoritetsaktionærer i et børsnoteret aktieselskab tvangsindløses til fordel for en hovedaktionær.

I samtlige de tilfælde jeg er bekendt med, har indløsningskursen ligget på eller over børskursen. Da en syns- og skønssag ofte vil resultere i, at værdien af aktierne vurderes til børskursen (jfr. ovennævnte henvisninger til relevante domme), har der derfor i de tidligere sager kun været ringe eller intet incitament til at klage over tvangsindløsning efter AL § 79, stk. 2, nr. 3, uanset den ulovlige fremgangsmåde.

Jeg skal derfor henlede nævnets opmærksomhed på, at en administrativ praksis ikke automatisk bliver lovlig, blot fordi den i en periode har været gældende, og blot fordi tilsvarende afgørelser truffet i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i denne periode ikke er blevet påklaget.

Denne påklage er foranlediget af, at jeg ikke var bekendt med AL § 81 a på tidspunktet for den ekstraordinære generalforsamling den 1. juli

2004 i A A/S, hvor jeg var forhindret i at være tilstede. Med påklagen ønsker jeg at opnå følgende:

- At indløsningskursen skal fastsættes ved syn og skøn, enten efter AL § 20 b, eller efter AL § 20 d, idet jeg påstår, at dette vil føre til et væsentligt højere resultat.
- Efter AL § 20 b kan minoritetsaktionærerne forlange, at værdiansættelsen af A sker på et vilkårligt tidspunkt i den 7-10 måneder lange proklamaperiode. For et firma som A der netop har gennemført en turnaround, kan en udskydelse af værdiansættelsen føre til, at resultatet bliver væsentligt højere.
- Hvis værdiansættelsen af A finder sted efter afnotering af aktierne fra Fondsbørsen, skal værdiansættelsen ske efter principperne for unoterede selskaber, jf. Werlauff s. 146, hvilket også kan føre til en højere indløsningskurs.
- Det vil også for visse aktionærer være en fordel, at afståelsen af aktierne udskydes, fx af skattemæssige årsager.
- Hvis tvangsindløsning i stedet skal ske efter AL § 20 b, får minoritetsaktionærer, der ikke selv forlanger syn og skøn gavn heraf, såfremt syn og skøn måtte føre til en højere tvangsindløsningskurs. Tillades tvangsindløsning efter AL § 79, stk. 2, nr. 3 får kun de aktionærer der opfylder betingelserne i AL § 81 a – i det konkrete tilfælde ”C ApS” – gavn heraf.

Jeg kan endvidere oplyse, at jeg ikke bestrider B's ret til at tvangsindløse minoriteten, men kun vilkårene hvorunder det sker, dvs. at det skal ske efter AL §§ 20 b og 20 c. Specielt skal der være adgang til syn og skøn for at få fastlagt indløsningskursen, også uden at man i forvejen er bekendt med – og opfylder betingelserne nævnt i- AL § 81 a.

Jeg har valgt at føre denne sag, dels fordi jeg har en ikke ubetydelig økonomisk interesse heri, idet jeg fik tvangsindløst ... aktier i A svarende til ...% af den samlede aktiekapital, og dels af principielle årsager, idet jeg mener B har optrådt uetisk ved at tvangsindløse til en kurs betydeligt under markedskursen (kutyme er at tilbyde børskursen plus en præmie) og samtidig prøve at udnytte det man tror er et smuthul/gråzone i lovgivningen til at begrænse minoritetsaktionærernes adgang til at få indløsningskursen fastsat ved syn og skøn.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 30. november 2004 udtalt:

”...

Registreringen af anmeldelsen

Styrelsen modtog den 19. juli 2004 følgende dokumenter med henblik på registrering af vedtægtsændringen i selskabet:

1. anmeldelsen om vedtægtsændringerne,
2. udskrift af selskabets generalforsamlingsprotokol af 1. juli 2004,
3. vedtægter på dansk og engelsk.

Det fremgår af protokoludskriften, at generalforsamlingen var lovligt indkaldt, at ...% af den samlede aktiekapital var repræsenteret på generalforsamlingen og at ingen af de fremmødte havde indvendinger mod generalforsamlingens lovlighed. Dirigenten konstaterede herefter, med generalforsamlingens tilslutning, at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig i relation til dagsordenens punkter.

Forslaget om vedtagelse af §§ 7 og 7a i vedtægterne blev vedtaget med mere end 9/10 af såvel de afgivne stemmer som af den repræsenterede stemmeberettigede aktiekapital.

Erhvervs og Selskabsstyrelsen fandt derfor, at vedtægtsændringerne var vedtaget i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 79, og registrerede dem den 23. juli 2004.

Klagen over registreringen indgik i styrelsen den 28. juli 2004.

Klagers partsstatus

Beslutningen om ændring af vedtægterne i A A/S indebærer, at mindretsaktionærerne skal lade deres aktier indløse af B A/S, til kurs ... pr. aktie af 1 kr.

Det fremgår af det uddybende klagebrev ..., at klager har fået indløst ... aktier, svarende til ... % af den samlede aktiekapital. Indløsningskursen lå efter det oplyste under markedskursen og klager ønsker derfor styrelsens registrering omgjort eller beregningsgrundlaget ændret.

Af aktieselskabslovens § 159 b, stk. 1, fremgår det at:

”Afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller forskrifter udstedt i medfør af loven kan indbringes for Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.”

Det betyder, efter styrelsens opfattelse, at det er selskabet selv eller anmelderen der kan indbringe en afgørelse for Erhvervsankenævnet. Er andre utilfredse med en afgørelse, må de anvende andre retsmidler.

Er en selskabsdeltager (som i denne sag) utilfreds med en generalforsamlingsbeslutning, må han sagsøge selskabet ved domstolene i medfør af aktieselskabslovens § 81.

Mener han, at det selskabet har fået registreret er i strid med tredjemands ret, må den pågældende stævne selskabet, jf. aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, jf. hertil Werlauffs kommenterede aktieselskabslov, 2. udgave, side 631.

...”

K har ved skrivelse af 27. december 2004 yderligere anført:

”...

Jeg gør gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret en vedtægtsændring, der strider imod den formelle lighedsgrundsætning i aktieselskabslovens § 17, og at registrering derfor bør nægtes. Det er *udelukkende* dette spørgsmål, jeg beder Erhvervsankenævnet om at forholde sig til.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal bl.a. påse, at anmeldte vedtægtsændringer ikke er i modstrid med aktieselskabsloven, jf. Anmeldelsesbekendtgørelsens § 29.

Lighedsgrundsætningen i aktieselskabslovens § 17 er en lovregel af formel karakter, og skal derfor håndhæves af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gennem eventuel registreringsnægtelse, jf. Werlauff [Kommenterede aktieselskabslov, 2. udgave, 2002] side 122, sidste afsnit og side 199 ..., sidste afsnit samt Presfeldt [Vedtægtsbestemt tvangsindløsning af aktionærer] side 2, pkt. 2, sidste afsnit, ...

Kommentarerne i min tidligere fremsendte uddybende klageskrivelse, hvor jeg henviser til aktieselskabslovens § 20 b, er kun medtaget for at dokumentere min retlige interesse i sagen. ...

Indbringelse af afgørelser truffet af én offentlig myndighed — i dette tilfælde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen - for en anden forvaltningsmyndighed - i dette tilfælde Erhvervsankenævnet - betegnes *administrativ rekurs*.

Hovedindholdet i min klage vedrører det retlige element i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse. Hvis førsteinstansens afgørelse er truffet på grundlag af bestemmelser i en lov, er det almindeligt, at rekursorganet prøver om bestemmelsen er fortolket korrekt, jf. Garde et. al. [Forvaltningsret, Almindelige emner, 2004] side 327

Status som part ctr. klageberettiget

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviser min klage med den begrundelse, at kun selskabet selv og anmelderen iht. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning af aktieselskabslovens § 159 b er

klageberettiget, og henviser mig til at sagsøge A A/S i medfør af aktieselskabslovens § 81.

Status som part og status som klageberettiget er to forskellige begreber, og man kan således udmærket være klageberettiget over en afgørelse truffet af en offentlig myndighed, selvom man ikke er part i selve sagen, jf. fx og Kure [Forvaltningsret (Kompendium)] side 29

Det fremgår hverken af aktieselskabsloven eller Erhvervsankenævnsbekendtgørelsen, hvem der er klageberettiget, og dette må derfor afgøres efter forvaltningsrettens almindelige bestemmelser, jf. Erhvervsankenævnets årsberetning for 2003.

Klageberettigelse i forbindelse med administrativ rekurs

Spørgsmålet om klageberettigelse i forbindelse med administrativ rekurs er behandlet mange steder i retslitteraturen. En gennemgående definition er at: Klageberettiget er den der har en væsentlig individuel interesse i sagens udfald, jf. fx Berg [Almindelig Forvaltningsret, 2. udgave]..., Christensen [Forvaltningsret Prøvelse, 2004]... og Valentiner Branth [Ombudsmandsudtalelser til Forvaltningsret, 2002]....

Garde et. al. definerer på side 302 ... en interesse som *individuel*, hvis "sagens udfald har *retlige eller faktiske konsekvenser*" for klageren og "at disse konsekvenser er mere udprægede end for de fleste andre fysiske eller juridiske personer". En interesse defineres om *væsentlig*, hvis eventuelle følger af sagens udfald har en *vis vægt* for klageren.

Registreringen af vedtægtsændringen i A A/S medførte, at B kunne tvinge mig til at afstå mine aktier til B til en af B diskretionært fastsat kurs. Alene *aktionærer* i A A/S blev berørt af registreringen og det efterfølgende ekspropriative indgreb, og individualitetskravet er derfor opfyldt, i og med at jeg var aktionær i selskabet.

Væsentlighedskriteriet er også opfyldt, da jeg som følge af registreringen blev tvunget til at afstå ... aktier i A A/S til B til en kurs på DKK ... per aktie.

Det følger derfor naturligt, at jeg er klageberettiget i sagen, og at jeg derfor iht. aktieselskabslovens § 159 b kan indbringe sagen for Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn.

Hvis Erhvervsankenævnet beslutter at tildele mig status som klageberettiget i denne sag, vil det endvidere være helt i overensstemmelse med nævnets administrative praksis, idet Erhvervsankenævnet også tidligere har anerkendt, at aktionærer er klageberettigede i forbindelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registrering af vedtægtsændringer. Det drejer sig bl.a. om sagerne 93-9.201 ..., 97-220.325 ... samt 03-147.555.

Ingen af disse sager er direkte sammenlignelige med min sag. Det væsentlige ved sagerne er, at Erhvervsankenævnet fandt, at klagerne var klageberettigede, selvom det i alle tre tilfælde var en aktionær, der påklagede vedtægtsændringen.

At andre end selskabet selv og anmelderen kan være klageberettigede over afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ses bl.a. af Werlauff, side 262, første afsnit ..., hvoraf det fremgår at en kreditor efter sagens nærmere omstændigheder kan være part, og dermed klageberettiget, til Erhvervsankenævnet.

...”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 23. juli 2004 registreret en vedtægtsændring i A A/S om indløsningspligt. Beslutningen om ændring af selskabets vedtægter blev truffet på en ekstraordinær generalforsamling den 1. juli 2004. Anmeldelse om registrering af vedtægtsændringen blev indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af E på vegne af selskabet.

K, der er aktionær i A A/S har ved skrivelse af 28. juli 2004 klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning om at registrere vedtægtsændringen. Ved uddybende klageskrivelse af 26. oktober 2004 gør K gældende, at der er tale om en ulovlig generalforsamlingsbeslutning, da samtlige aktionærer, som bliver pålagt indløsningspligt, ikke har samtykket.

Af aktieselskabslovens § 159 b, stk. 1, fremgår det, at afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller forskrifter udstedt i medfør af loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Denne bestemmelse må efter sammenhængen med aktieselskabslovens § 159 b, stk. 2, og med affattelsen af aktieselskabslovens § 157 før en omrokering ved lov nr. 851 af 23. december 1987 forstås således, at Erhvervsankenævnet i almindelighed kun kan prøve afgørelser, der nægter at foretage en registrering i overensstemmelse med en indgivet anmeldelse. Nævnet kan derimod ikke behandle en klage over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har foretaget en registrering.

En aktionær, der mener, at en generalforsamlingsbeslutning, som er lagt til grund ved Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registrering, ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod loven, og som derfor er uenig i en stedfunden registrering, er efter ankenævnets opfattelse ikke klageberettiget i forhold til styrelsens afgørelse, men er henvist til søgsmål ved domstolene, jf. § 159 b, stk. 1, og § 81, stk. 1, sammenholdt med § 159 b, stk. 3.

At K var forhindret i at være til stede på generalforsamlingen, hvor vedtægtsændringen blev besluttet, og at K på tidspunktet for generalforsamlingens afholdelse ikke var bekendt med aktieselskabslovens § 81 a ændrer ikke ved bedømmelsen heraf.

Ankenævnet afviser derfor klagen, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

4.8. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

14) Kendelse af 16. juni 2005. (J.nr. 04-155.474)

Tiltrådt, at tidligere foretagen registrering af I/S'et var nægtet slettet, og afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke blev eftergivet.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1 og årsregnskabslovens § 151 og § 152.

(Poul Østergaard Mortensen, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal deltaget)

Ved skrivelse af 18. juni 2004 har advokat A ... på vegne af K1 ApS og K2 af 2002 ApS som ejere af ejendommen ... , klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 24. maj 2004 har fastholdt registreringen af C I/S samt fastholdt en afgift, der er pålagt D som ledelsesmedlem i C I/S for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

Sagens omstændigheder:

C I/S har perioden 1. oktober - 30. september som regnskabsperiode. Ved skrivelse af 22. januar 2004 erindrede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen selskabets ledelse om, at selskabets årsrapport for perioden 1. oktober 2002 - 30. september 2003 skulle

indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 1. marts 2004. Da årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den nævnte frist på 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 5. marts 2004 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 17. marts 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 151-152. Årsrapporten blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. marts 2004, og ved skrivelse af 13. april 2004 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, ledelsesmedlemmet D en afgift på 500 kr.

Ved skrivelse af 15. april 2004 anmodede statsautoriseret revisor E på vegne D Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om afgiftsfritagelse og henviste i den forbindelse til sin skrivelse af 30. marts 2004, hvormed han fremsendte årsrapporten.

Ved skrivelse af 22. april 2004 til statsautoriseret revisor E besvarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodningen om afgiftsfritagelse og anførte blandt andet:

”De begrundet anmodningen om afgiftsfritagelse med, at De den 25. februar 2004 på baggrund af en telefonisk henvendelse til styrelsen med angivelse af et forkert CVR-nr. fik oplyst, at interessentskabet ikke var registreret og derfor ikke skulle indsende årsrapport til styrelsen. Samtidig bebrejder De, at styrelsen ikke ved henvendelsen omtalte den udsendte forhåndserindring, dateret 22. januar 2004, hvilket brev De oplyser ikke er modtaget. Endvidere oplyser De, at da direktøren har været bortrejst i perioden 2. mart - 23. marts 2004, har han ikke haft mulighed for at reagere på styrelsens rykkerbrev af 5. marts 2004. ...

Hertil bemærkes, at efter årsregnskabsloven har selskabets ledelse ansvar for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske - og sker - inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138.

Der påhviler således selskabets ledelse [direktør] et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

Vedkommende kan fritages for betaling af afgiften under ganske særlige omstændigheder, jf. § 152. Ifølge bestemmelsen foreligger disse ganske særlige omstændigheder dog kun, ”hvis den pågældende kan godtgøre over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at han eller hun har søgt at

fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last”.

Deres begrundelse med styrelsens telefoniske oplysning på baggrund af et fra Deres side fejlagtigt oplyst CVR-nr. kan således **ikke** berettige til afgiftsfritagelse. Dette gør sig også gældende med hensyn [til] oplysning[en] om det i januar 2004 udsendte servicebrev til interessentskabet. Ved oplysningen af det forkerte og ikke eksisterende CVR-nr. kunne styrelsen ikke svare anderledes end sket, idet man ikke fik oplyst andet om virksomheden. Til Deres orientering, der er sendt til virksomhedens adresse. Bortrejse er ej heller gyldig grund for afgiftsfritagelse.

Da der ikke er oplyst sådanne særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse, beklager styrelsen at måtte meddele, at man **fastholder** de pålagte afgifter.”

Ved skrivelse af 10. maj 2004 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærkede statsautoriseret revisor E yderligere blandt andet:

”Angivelsen: C I/S, ...

Jeg har kontaktet tidligere revisor, idet vi ikke ved vores overtagelse af revisionen for selskaberne K1 ApS og K2 ApS blev orienteret om, at der vedrørende den fællesejede ejendom ... var særlige forhold.

Jeg var af den opfattelse, at ejendommen ... var et sameje, og at angivelsen C I/S udtrykte og repræsenterede den lige ejerfordeling, idet de 2 anførte selskaber hver er ejer af 50 % af ejendommen.

På min forespørgsel oplyser tidligere revisor, at han ved henvendelse om momsregistrering af udlejningsejendommen den 03.09.2003 af Told/Skat, X-by var blevet kontaktet, idet der til brug for momsregistreringen var forskellige krav.

Tidligere revisor udfyldte 04.09.2003 anmeldelsesblanket.

Tidligere revisor oplyser, at han blev kontaktet af Styrelsen den 08.09.2003 ved [en medarbejder] (efternavn ikke noteret) og efterfølgende af [medarbejder], og sidstnævnte efterlyste en interessentskabskontrakt, hvortil tidligere revisor måtte oplyse, at en sådan forefandtes ikke.

Tidligere revisor oplyste, at Styrelsen ikke kunne gennemføre registrering, med mindre der tilgik Styrelsen oplysninger omfattende formål, tegningsregel, regnskabsår, navn, ejer, hjemsted og revisor.

Tidligere revisor oplyser, at han foranlediget af Styrelsens forlangende herefter overfor Styrelsen anmeldte de oplysninger, som Styrelsen krævede.

Tidligere revisor har til mig oplyst, at Styrelsen forinden var gjort bekendt med, at der ikke forelå interessentskabsaftale eller aftale herom.

Det konkrete i sagen – sameje.

...

Som det fremgår af ..., er den korrekte registrering sameje, hvilket var min opfattelse af ejerskabet omfattende

Et sameje indebærer og bør føre til, at resultat, aktiver og passiver medtages hos ejerskabet.

Der synes derfor ikke at have været belæg for, at Styrelsen har forlangt oplysninger udover de oplysninger som tidligere revisor medsendte ved sin henvendelse til Told/Skat, X-by medio/ultimo august 2003, nemlig oplysninger om ejerskabet.

...

Den opkrævede afgift finder jeg fortsat burde bortfalde, idet sagen efter min opfattelse har et så særegent indhold, at særlige omstændigheder, jf. Styrelsens henvisning til § 152, må foreligge.

Ændring.

Konkret må den aktuelle registrering hos Styrelsen ændres, hvilket efter min opfattelse indebærer, at der ikke skal udarbejdes årsrapport for samejet, idet samejets forhold indarbejdes i ejerskabets årsrapport, hvorefter de oplysninger som Styrelsen udbad sig ved henvendelsen den 24.09.2003 ret beset må udgå.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf herefter den påklagede afgørelse af 24. maj 2004, hvori det hedder:

”EJENDOMMEN C I/S

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget Deres brev af 10. maj 2004. Heri fremkommer De med bemærkninger om revurdering af styrelsens fastholdelse af den pålagte afgift og til selskabets juridiske form og ændring heraf i styrelsens register.

Pålagt afgift

Med henvisning til omstændighederne ved selskabets registrering, Deres telefoniske henvendelse i februar 2004 og selskabets tidsmæssige regnskabsaflæggelse finder De fortsat, at den pålagte afgift burde bortfalde.

Styrelsen kan oplyse, at selskabets registrering er foretaget i overensstemmelse med reglerne i loven om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. nedenfor.

Den efter Deres mening manglende søgning fra styrelsens side på navneoplysningen i forbindelse med det ukorrekte CVR-nr. må afvises. Da styrelsen svarede på det stillede spørgsmål om CVR-nr., må det herefter

påhvile spørgeren også at bede om søgning på selskabsnavn, hvis ikke styrelsen selv uopfordret foreslår det.

Det kan til Deres oplysning om tidsmæssig regnskabsaflæggelse, således at der intet havde været til hinder for indsendelsen af årsrapporten i tide, bemærkes, at det er modtagelsesdagen i styrelsen, der er afgørende for rettidigheden.

Da der fortsat ikke er oplyst sådanne særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse, beklager styrelsen endnu engang at måtte meddele, at man **fastholder** de pålagte afgifter.

Selskabets juridiske form

Selskabet har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesse gennem erhvervsdrift, jf. § 1, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Da erhvervsdriften sker ved udøvelse af virksomhed med udlejning af fast ejendom, jf. § 1, stk. 3, nr. 2, er selskabet således omfattet af reglerne i nævnte lov.

Lovens definition på et interessentskab fremgår af § 2, stk. 1, og efter stk. 3, 1. pkt. finder lovens kapitel 1, 2 og 7 anvendelse på interessentskaber. Såfremt alle interessenter er kapitalselskaber - som i dette tilfælde -, skal interessentskabet ifølge stk. 3, 2. pkt. dog anmeldes til registrering i styrelsen, hvorved kapitel 4 om anmeldelse og offentliggørelse finder tilsvarende anvendelse.

Når flere ejer en udlejningsejendom, udøver de derved erhvervsdrift, og der er derfor tale om et interessentskab. Dette gælder uanset, hvilken betegnelse deltagerne har anvendt.

Er den retlige realitet, at fællesskabet efter dets reelle indhold medfører interessentskabsretlige retsvirkninger, er fællesskabet et interessentskab. Andre fællesskaber, der efter deres reelle indhold ikke er interessentskaber, betegnes praktisk som samejer. I den juridiske litteratur forstås ved sameje det forhold, at flere ejer et aktiv i fællesskab, uden at der er tale om erhvervsdrift, f.eks. et parcelhus, som ejerne bor i.

Oplysningen i advokatens udtalelse om, at der udelukkende er tale om et sameje opstået som følge af den gennemførte omstrukturering af den oprindelige adkomsthaver til ejendommen, kan af ovennævnte grunde derfor ikke tillægges værdi. Det samme gør sig gældende med hensyn til oplysningen om, at der ikke forelå interessentskabskontrakt eller skriftlig aftale.

På denne baggrund er det fortsat styrelsens opfattelse, at fællesskabet er et interessentskab omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, der på grund af ejerforholdet er registrerings- og regnskabspligtigt. Da registreringen af interessentskabet er korrekt, har styrelsen derfor undladt at fremkomme med kommentarer til Deres afsnit om ændring.

Denne afgørelse om fastholdelse af den pålagte afgift og registreringen af interessentskabet kan indbringes for Erhvervsankenævnet ... senest 4 uger

efter, at afgørelsen er meddelt Dem, jf. årsregnskabslovens § 163 og § 17, stk. 2 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

...”

Ved skrivelse af 1. juni 2004 til statsautoriseret revisor D bemærkede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

”...

Styrelsen må imidlertid **berigtige** den fejlagtigt givne oplysning om klageadgang i brevet af 24. maj 2004, som desværre ikke var korrekt. Selskabets registrering og grundlaget herfor kan på grund af forældelse **ikke** indbringes for Erhvervsankenævnet. Styrelsen skal derfor beklage, at man ved en fejl har oplyst om klageadgang også for registreringen, idet adgangen til klage alene tilfaldt afgørelsen vedrørende fastholdelse af den pålagte afgift.

Afgørelse om registrering truffet af styrelsen skulle have været indbragt for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen var meddelt den pågældende, jf. § 17, stk. 2, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. I lyset af, at selskabet blev registreret i styrelsen den 25. september 2003 er fire ugers fristen for klage herover således overskredet på nuværende tidspunkt.

Afgørelse om selskabets registrering eller udslettelse henhører under domstolene.

...”

I klageskrivelsen af 18. juni 2004 vedrørende Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. maj 2004 har advokat A anført:

”...

Som advokat for selskaberne K1 af 2002 ApS, ..., og K2 ApS, ..., der ejer udlejningsejendommen ..., i lige sameje, klager jeg herved over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. maj 2004 vedrørende ”C I/S”,

...

Klagen vedrører to særskilte delspørgsmål, nemlig Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag at berigtige den ukorrekte registrering af ”C I/S” og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fastholdelse af afgift pålagt som følge af manglende rettidig indsendelse af årsregnskab.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddelte ved brev af 1. juni 2004 ... at der fejlagtigt var givet oplysning om klageadgang i Styrelsens brev af 24. maj

2004, hvorfor spørgsmålet om selskabets registrering og grundlaget herfor på grund af forældelse ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

Jeg gør imidlertid opmærksom på, at det følger af almindelige forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, at såfremt klagevejledning er urigtig, må fejlen komme adressaten til gode. Dette udgangspunkt gælder, hvor der i loven kræves klagevejledning men også, hvor en myndighed i øvrigt giver sådan oplysning. Jeg henviser til Østre Landsrets afgørelse af 23. januar 1968 (U.1968.375Ø), hvor Landsretten fandt, at en fejlagtig klagevejledning måtte medføre pligt til at realitetsbehandle klagen, samt Landsskatterettens afgørelse af 11. juli 2001 (TfS 2002,298), hvor Landsskatteretten fandt, at en urigtig klagevejledning måtte komme adressaten til gode, således at klage over årsopgørelsen måtte anses for rettidigt indgivet, hvis blot den i årsopgørelsen givne klagefrist var overholdt. ...

Det er således min vurdering, at Erhvervsankenævnet er pligtig at behandle mine klienters klage både over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag på behandling af spørgsmålet om selskabets registrering og grundlaget herfor og fastholdelse af den pålagte afgift.

Nedenfor følger en kortfattet sagsfremstilling, hvorefter de to delspørgsmål behandles mere uddybende.

Sagsfremstilling:

Udlejningsejendommen beliggende ..., er som tidligere nævnt i dag ejet af mine klienter, selskaberne K1 ApS og K2 ApS i lige sameje. ...

Samejet opstod i forbindelse med omstrukturering af selskabet F A/S, der pr. 1. oktober 1998 blev spaltet i de to selskaber, G ApS og H ApS. I forbindelse hermed blev ejendommen overført til de nystiftede selskaber med 50 % til hver. Der blev ikke i forbindelse hermed indgået nogen interessentskabskontrakt.

G ApS, blev omdannet til A/S og derefter spaltet pr. 1. oktober 2002 til to selskaber ved navn I ApS og K2 ApS. I forbindelse hermed blev ejerandelen på 50% af ejendommen overført K2 ApS. Tilsvarende blev G ApS omdannet til aktieselskab og pr. 1. oktober 2002 spaltet til to selskaber med navn J ApS og K1 ApS, og ejerandelen på 50% af ejendommen blev overført til K2 ApS. Der blev ej heller i denne forbindelse indgået nogen interessentskabskontrakt.

Det fremgår at ovenstående, at der som følge af den gennemførte omstrukturering af den oprindelige adkomsthaver til udlejningsejendommen, F A/S, er opstået et sameje mellem de to selskaber, K1 ApS og K2 ApS.

I forbindelse med momsregistrering af udlejningsejendommen rettede mine klienters tidligere revisor, statsautoriseret revisor L, M Statsautoriserede Revisorer, i september 2003 henvendelse til ToldSkat X-by. ToldSkat X-by oplyste, at der i forbindelse med momsregistreringen var forskellige krav, herunder at mine klienters sameje af ejendommen

skulle registreres som et interessentskab ved Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ...

På grundlag at denne antagelse udfyldte statsautoriseret revisor L herefter anmeldelsesblanket, hvilken blev indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 8. september 2003. Statsautoriseret revisor L blev efter indsendelsen at anmeldesskemaet kontakttet telefonisk at bl.a. [medarbejder], Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet Styrelsen ønskede at modtage kopi af parternes interessentskabskontrakt. Statsautoriseret revisor L oplyste, at der ikke var indgået nogen interessentskabskontrakt men indsendte alligevel på opfordring af Styrelsen oplysninger om interessentskabets formål, tegningsregel, regnskabsår, navn, ejerforhold, hjemsted og oplysning om revisor, idet statsautoriseret revisor L havde forståelsen af, at dette var et krav for selskabets registrering, der i henhold til oplysning fra ToldSkat X-by igen var en forudsætning for udlejnings- ejendommens momsregistrering.

Registreringen af interessentskabet skete således udelukkende på grund af opfordringer hertil fra henholdsvis ToldSkat X-by og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og der har aldrig mellem mine klienter været indgået nogen interessentskabskontrakt, ligesom muligheden herfor aldrig har været på tale, idet der udelukkende og stedse har været tale om et sameje vedrørende udlejningsejendommen.

Registreringen af "C I/S"

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har oplyst, at det er Styrelsens vurdering, at eftersom der er tale om udlejning af fast ejendom i overensstemmelse med lov om erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 3, nr. 2, er parternes sameje omfattet af § 1 i lov om erhvervsdrivende virksomheder, hvorfor der pr. definition er tale om et interessentskab. Erhvervs og Selskabsstyrelsen anfører således i afgørelsen af 24. maj d.å. ...

“Når flere ejer en udlejningsejendom, udøver de derved erhvervsdrift, og der er derfor tale om et interessentskab. Dette gælder uanset, hvilken betegnelse deltagerne har anvendt.”

Styrelsen henviser endvidere i brev af 1. juni d.å. ... til Erik Hørlycks fremstilling om erhvervsdrivende virksomheder fra DJØF's forlag 1994, side 36.

Det er min vurdering, at Styrelsens kategoriske anvendelse af begrebet interessentskab ikke er i overensstemmelse med praksis på området.

Spørgsmålet om afgrænsning mellem interessentskab og sameje har givet anledning til en omfattende retspraksis samt beskrivelse i den juridiske litteratur.

I Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 3, 1. udgave 2004, side 160 f. ... anfører forfatterne således:

“Det forhold, at et samvirke ejer en fast ejendom i fællesskab medfører imidlertid ikke i sig selv, at der opstår en fælles erhvervsvirksomhed. En fælles passiv investering i et formuegode, der alene kræver almindelig administration og vedligeholdelse, vil således ikke udgøre et interessentskab, men derimod et sameje. For at et samvirke, der vedrører ejere af en fast ejendom, kan kvalificeres som et interessentskab, må det kræves, at ejendommen udnyttes som en del af en erhvervsmæssig virksomhed, der drives i fællesskab af samvirkets parter.”

Forfatterne anfører endvidere særligt om udlejningsejendomme, at

“Et samvirkes erhvervelse af en udlejningsejendom ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at statuere, at der foreligger drift af en fælles erhvervsvirksomhed, og dermed at samvirket udgør et interessentskab. Hertil må kræves, at der foreligger yderligere momenter, som taler for, at samvirket udgør et interessentskab.”

Til belysning af afgrænsningen mellem interessentskab og sameje henvises til Højesterets kendelse af 25. august 1998 (U.1998.1556H), hvor et samvirke om drift af en udlejningsejendom ikke blev kvalificeret som et interessentskab. Højesteret henviste bl.a. til landsrettens mindretal, der fandt, at der var tale om et sameje, og at den omstændighed, at der til ejendommen var knyttet driftskonti og skete regnskabsføring med revisorbistand, måtte betragtes som helt sædvanligt for så vidt angår en udlejningsejendom.

Endvidere henvises til Østre Landsrets kendelse af 17. januar 1994 (U.1994.321Ø), hvor Østre Landsret antog, at der forelå et sameje om en udlejningsejendom i forholdet mellem to ægtefæller. ...

Endvidere henvises til Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Sameje om fast ejendom, 2. udgave 2002, side 36 ff., jf. side 27 ff., ... hvor forfatteren anfører, at fleres ejerskab af en udlejningsejendom ikke er tilstrækkeligt til fælles erhvervsvirksomhed og derfor, medmindre andet er aftalt, er et sameje. Med henvisning til Højesterets afgørelse i U.1998.1556H konkluderer forfatteren, at fælles ejerskab af en udlejningsejendom trods ordlyden af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fortsat må anses som et sameje, medmindre parterne udtrykkeligt har aftalt interessentskabsformen, idet det i den konkrete situation anerkendes, at parterne kan træffe et sådant valg.

I den konkrete sag, er der netop tale om et sameje mellem to selskaber af en udlejningsejendom, og det er alene myndighederne, der har insisteret på en registrering som et interessentskab. Registreringen svarer imidlertid ikke til de faktiske og retlige forhold, og mine klienter har ikke indgået nogen interessentskabskontrakt og har aldrig aftalt interessentskabsformen. Registreringen at C I/S skete udelukkende på baggrund af ukorrekte oplysninger fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Eftersom registreringen af C I/S således er sket på et urigtigt grundlag, anmoder jeg herved Erhvervsankenævnet om at berigtige den ukorrekte registrering ved at slette registreringen af interessentskabet.

Afgift for manglende rettidig indsendelse af årsrapport

Det følger af ovenstående, at registreringen af C I/S er sket på et urigtigt grundlag, hvorfor den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålagte afgift for manglende rettidig indsendelse af årsregnskab allerede af den grund må eftergives.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 17. august 2004 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder **Lovgrundlag**

REGISTRERING AF INTERESSENTSKABET

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (lovbekendtgørelse nr. 11 af 9. januar 2002) fastsætter i § 1, stk. 1, lovens anvendelsesområde, som gældende på virksomheder, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesse gennem erhvervsdrift.

I lovens § 1, stk. 2 defineres virksomheder, herunder nævnes bl.a. interessentskaber. Et interessentskab er nærmere defineret i § 2, stk. 1, som en virksomhed, hvor alle deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser. Efter stk. 3, 2. pkt. skal interessentskaber, hvori alle interessenter er kapitalselskaber (selskaber med begrænset hæftelse) anmeldes til registrering i styrelsens register, idet lovens bestemmelser i §§ 10 – 17 om anmeldelse og offentliggørelse finder anvendelse.

Spørgsmål om registreringens udslettelse, som følge af indsigelser mod en stedfunden registrering, der er til skade for nogen, hører under domstolenes afgørelse. Sag herom skal anlægges inden 6 måneder efter registreringens offentliggørelse, jf. lovens § 17, stk.1.

Andre afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende, jf. lovens § 17, stk. 2.

AFGIFT

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal et selskabs årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så det er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen og senest 5 måneder efter

regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i § 138, sender styrelsen jf. lovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten.

Lovens § 151, stk. 1, indeholder bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af selskabets bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt organ, såfremt årsregnskabet er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravsbrevets datering.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, hvis ganske særlige omstændigheder taler herfor. 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

REGISTRERING AF INTERESSENTSKABET

...

Styrelsen må afvise klagers påstand om Erhvervsankenævnets pligt til at behandle klagen om grundlaget for selskabets registrering. Styrelsen har ikke truffet en afgørelse, der kan ankes efter § 17, stk. 2, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Interessentskabet er som nævnt ovenfor blevet registreret på grundlag af anmeldelse modtaget den 9. september 2003. Spørgsmål om registrering på urigtigt grundlag med eventuel udsløttelse af registreringen til følge henhører under domstolene, jf. lovens § 17, stk. 1. Styrelsen har da også berigtiget sin fejlagtige oplysning om ankemulighed hurtigst muligt. Den af klager anførte dom og landsskatteretsafgørelse vedrører i øvrigt begge skatteretten og ændring af skattemæssige ansættelser.

Klagers oplysning ... om, at registreringen skete på styrelsens opfordring og udelukkende på baggrund af ukorrekte oplysninger fra styrelsen, må tilbagevises som urigtige. Styrelsen har ikke opfordret til registreringen af interessentskabet, men behandlet en modtaget anmeldelse heraf. Klager har da heller ikke dokumenteret, hvornår og hvori styrelsen skulle have opfordret til registrering eller givet ukorrekte oplysninger.

Den foreliggende klagesag kan derfor alene omfatte spørgsmålet om den afgift, der er blevet pålagt som følge af et lovligt registreret interessentskabs for sene indsendelse af årsrapport. Styrelsen har i øvrigt noteret sig, at hverken ledelsen eller revisor E i forbindelse med aflæggelse af årsrapporten har fundet anledning til i ledelsesberetningen

og revisionspåtegningen at udtrykke tvivl om interessentskabets selskabsretlige status.

AFGIFT

...

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i klagebrevet med henvisning til sine fremførte bemærkninger og påstand om registrering af interessentskabet på et urigtigt grundlag, at afgiften allerede af den grund må eftergives.

Styrelsen finder således fortsat ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder.

Styrelsen fastholder derfor afgørelsen om pålagt afgifter for den daglige leder.

...”

I skrivelse af 23. september 2004 har advokat A yderligere anført:

”...

Registrering af ”C I/S”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører ..., hvorledes interessentskaber defineres i henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder samt hvornår, der foreligger et registreringspligtigt interessentskab.

Herved forholder styrelsen sig desværre ikke til sagens centrale problemstilling, nemlig om styrelsen er enig i, at der i det konkrete tilfælde er tale om et sameje mellem to kapitalsekskaber og ikke et (registreringspligtigt) interessentskab. Da spørgsmålet, jf. nedenfor, er afgørende for sagen, skal jeg herved anmode Erhvervsankenævnet om at bede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtale sig om, hvorvidt der i den konkrete sag efter styrelsens vurdering er tale om et sameje eller et interessentskab.

For så vidt angår spørgsmålet om registreringens udslettelse henviser styrelsen til § 17 i lov om erhvervsdrivende virksomheder, der som udgangspunkt fastsætter, at sådanne spørgsmål hører under domstolens afgørelse. Bestemmelsen skal imidlertid forstås i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 159 b, jf. Jytte Heje Mikkelsen, ”Erhvervsdrivende virksomheder – en lovkommentar”, 1. udgave, s. 110 ...

I henhold til aktieselskabslovens § 159 b gælder samme udgangspunkt som efter § 17 i lov om erhvervsdrivende virksomheder, nemlig at en foretagen registrering normalt ikke kan hæves eller ændres administrativt. Der gælder dog visse undtagelser hertil, jf. Rosenberg, Sneholdt, og Thomsen, ”Aktieselskabsloven med kommentarer, 1999, 6. udgave, s. 547

f. ..., der henviser til Gomard, "Aktieselskaber og Anpartsselskaber, 2000, 4. udgave, side 470 ... Gomard anfører her, at

"styrelsen formentlig kan slette en registrering, der er sket ved en ekspeditionsfejl og formentlig også en registrering, der er en nullitet, idet den åbenbart er sket med urette".

Der er således i visse tilfælde mulighed for en administrativ sletning af en registrering.

I den konkrete sag er der efter min vurdering sket registrering af "C I/S" med åbenbart urette, idet der slet ikke er tale om et interessentskab men et sameje opstået som følge af en gennemført omstrukturering af en række selskaber, jf. min klage af 18. juni d.å. ... Registreringen skete udelukkende på baggrund af en anmeldelsesblanket udfyldt af den daværende revisor på baggrund af oplysninger modtaget fra skattemyndigheder og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. At der herefter i anmeldelsesblanketten anføres "interessentskab" som selskabsform, kan ikke ændre det faktum, at der reelt var og er tale om et sameje, der på ingen måde opfylder betingelserne for registrering. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således registreret samejet som interessentskab uden at sikre sig, at de grundlæggende betingelser for registrering var opfyldt, herunder forelå der hverken interessentskabskontrakt, stiftelsesdokument eller andet bevis for den lovlige vedtagelse af virksomheden, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 10, stk. 3.

På baggrund af ovenstående er det min vurdering, at Erhvervsankenævnet kan ophæve registreringen af "C I/S" administrativt. Såfremt Erhvervsankenævnet i forbindelse hermed måtte ønske, at der indrykkes proklama i Statstidende, er mine klienter indstillet herpå.

..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ved skrivelse af 18. oktober 2004 fremkommet med yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

På grundlag af indgiven anmeldelse herom blev C I/S den 25. september 2003 registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i medfør af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1, stk. 2 samt stk. 3, nr. 2, og § 2, stk. 1 og stk. 3, 2. pkt.

Det må lægges til grund, at registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er sket korrekt på grundlag af en lovlige anmeldelse af et interessentskab. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har herefter ikke hjemmel til at udslette registreringen, og det tiltrædes derfor, at styrelsen har nægtet at udslette C I/S af registeret.

Herefter og efter de øvrige oplysninger herunder om, at interessentskabets revisor ved telefonisk henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med angivelse af et forkert CVR-nr. fik oplyst, at interessentskabet ikke var registreret og derfor ikke skulle indsende årsrapport til styrelsen, findes der ikke at foreligge sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagt afgift for ikke rettidig indsendelse af interessentselskabets årsrapport.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. maj 2004.

4.9. Årsregnskabsloven

15) Kendelse af 10. februar 2005. (J.nr. 04-14.192)

Tiltrådt, at offentliggørelse af omgjort årsrapport for selskabet ikke var nødvendigt efter modtagelsen af generalforsamlingsgodkendt årsrapport for det efterfølgende regnskabsår. Ej heller grundlag for tvangsopløsning af selskabet.

Indsendelsesbekendtgørelsen § 12, stk.1, 3. pkt.

(Poul Østergaard Mortensen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 5. januar 2004 har advokat A på vegne af K ApS under likvidation, som er anpartshaver i B ApS, klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. december 2003 ikke har imødekommet en anmodning fra K ApS om at begære B ApS tvangsopløst som følge af selskabets manglende indsendelse af behørigt godkendt årsregnskab for perioden 1. maj 2001 til 30. april 2002.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 9. december 2003 har følgende ordlyd:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget Deres breve af 14. oktober 2003 og 12. november 2003. Det er i brevene oplyst, at årsrapporten for B ApS for 2001/2002 efter Deres opfattelse ikke er behørigt godkendt af generalforsamlingen og selskabet ikke kan anses

for at have indsendt årsrapport i henhold til lovens regler herom. Som følge heraf er det Deres opfattelse, at selskabet skal tvangsopløses.

En offentliggjort årsrapport kan som udgangspunkt jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 6 og indsendelsesbekendtgørelsens § 12 ikke omgøres. Såfremt årsrapporten er behæftet med væsentlige fejl og mangler eller indeholder ulovlige forhold, kan styrelsen tillade, at en offentliggjort årsrapport omgøres. Dog fremgår det af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at en omgjort årsrapport modtaget efter udløbet af det følgende regnskabsår ikke kan antages til offentliggørelse, medmindre omgørelsen sker som følge af krav fra styrelsen.

Da styrelsen den 3. oktober 2003 har modtaget selskabets årsrapport for 2002/2003, kan årsrapporten for 2001/2002 ikke omgøres. Da tvangsopløsning af et selskab kun kan ske, såfremt selskabets årsrapport ikke er modtaget i styrelsen, kan styrelsen ikke på denne baggrund begære selskabet tvangsopløst, idet selskabet har indsendt årsrapport til styrelsen.

Selskabet har overfor styrelsen oplyst, at selskabet ikke er enig i, at der er tale om udbetaling af vederlag til ledelsen i strid med det af bestyrelsen vedtagne. Det er således ikke muligt for styrelsen at vurdere, om ledelsen ikke har forvaltet selskabets formue på betryggende måde, og en afgørelse af, om ledelsen har handlet i strid med anpartsselskabslovens § 20 må derfor henhøre under domstolene.

Såfremt selskabets direktør efter Deres opfattelse har underskrevet årsrapporten i strid med de faktiske forhold, kan det overvejes, om ledelsen har handlet i strid med straffelovens § 296, stk. 2. Såfremt De vurderer, at dette er tilfældet, kan der foretages politianmeldelse heraf.”

I klageskrivelsen af 5. januar 2004 har advokat A anført:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 9. december 2003 truffet afgørelsen om ikke at fremsende påkravsskrivelse til ovennævnte selskab, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1, på trods af, at selskabets årsrapport for 2001/2002 ikke er godkendt af generalforsamlingen og således ikke er indsendt i behørig stand.

Jeg skal herved påklage denne afgørelse til Erhvervsankenævnet.

1. SAGENS FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Undertegnede er den ene af 2 likvidatorer i selskabet K ApS. K ApS under likvidation ejer 50% af aktierne i B ApS.

I forbindelse med behandling af årsrapport 2001/2002 på selskabets ordinære generalforsamling i 2002 kunne det konstateres, at den daglige ledelse havde udgiftsført et beløb på kr. 360.000, der angiveligt uden dokumentation skulle være udbetalt til netop den

daglige ledelse. Da ledelsen ikke kunne redegøre nærmere for baggrunden for den pågældende post i regnskabet, kunne min medlikvidator og jeg ikke stemme for godkendelse af årsrapporten for 2001/2002. Årsrapporten for 2001/2002 er fortsat ikke godkendt af generalforsamlingen og er således fortsat ikke indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i behørig stand. Endvidere har den daglige ledelse fortsat ikke redegjort nærmere for beløb på kr. 360.000, der tilsyneladende er hævet af ledelsen uden nogen form for dokumentation.

Jeg har efterfølgende kunnet konstatere, at selskabets daglige ledelse i strid med de faktiske forhold har påtegnet regnskabet som dirigent og indsendt dette som et godkendt regnskab, uanset at regnskabet ikke blev godkendt.

2. ERHVERVS- OG SELSKABSSTYRELSENS AFGØRELSE

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har, jf. Styrelsens skrivelse af 9. december 2003, fundet, at det forhold, at en omgjort årsrapport modtaget efter udløbet af det følgende regnskabsår som udgangspunkt ikke kan antages til offentliggørelse medfører, at styrelsen ikke kan kræve, at en behørig årsrapport indsendes.

Styrelsen har således ikke fundet at kunne kræve, at årsrapport i behørig stand fremsendes til Styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1, og såfremt årsrapporten fortsat ikke modtages, at Styrelsen kan anmode skifteretten om at begære selskabet opløst, jf. årsregnskabslovens 150, stk. 3.

3. BEGRUNDELSE FOR KLAGEN

Til støtte for nærværende klage gøres det overordnet gældende, at det forhold, at en omgjort årsrapport som udgangspunkt ikke kan antages til offentliggørelse er ganske uden betydning for kravet om indsendelse af årsrapport, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1.

I den konkrete sag må det dokument, der tilsyneladende er indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under betegnelsen årsrapport 2001/2002 betragtes som en nullitet, idet årsrapporten ikke er godkendt af selskabets bestyrelse. Under alle omstændigheder er årsrapporten ikke indsendt i behørig stand.

Pligten for selskabet til at indsende en godkendt årsrapport består således fortsat, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1, og det fremgår umiddelbart af årsregnskabslovens § 150, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal fremsende påkrav til selskabet, såfremt årsrapporten ikke er indsendt forinden den i § 138, stk. 1 nævnte frist.

Jeg skal i den forbindelse henvise til bekendtgørelse nr. 1076 af 17. december 2001 (indsendelsesbekendtgørelsen). Det fremgår direkte af bekendtgørelsens § 2, stk. 2, at årsregnskabslovens § 150 tillige

finder anvendelse, såfremt årsrapport ikke er modtaget *i behørig stand*. Årsrapporten er ikke i behørig stand, når den ikke er godkendt af selskabets bestyrelse.

Det er for mig at se åbenbart, at bestemmelsen i indsendelsesbekendtgørelsen § 12, stk. 1, sidste punktum om, at en omgjort årsrapport, der modtages efter udløbet af det følgende regnskabsår, som udgangspunkt ikke kan offentliggøres, på ingen måde har til formål at fritage selskaber fra at indsende årsrapport i behørig stand, herunder selvsagt at årsrapporten skal være godkendt af generalforsamlingen.

Bestemmelsen i § 12, stk. 1 er således indeholdt i kapitlet om modtagelse og offentliggørelse m.v. og ikke i kapitlet om indsendelse af årsrapport. Hertil kommer, at bestemmelsen direkte forudsætter, at en omgjort årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen: ”En omgjort årsrapport, der *modtages* efter udløbet af det følgende regnskabsår...”

Såfremt det med bestemmelsen i § 12, stk. 1, sidste punktum, havde været hensigten at fritage selskabet fra at indsende årsrapport, ville dette utvivlsomt have fremgået direkte af bestemmelsen, ligesom bestemmelsen ville have været indsat i årsregnskabsloven og i bekendtgørelsens afsnit om indsendelse af årsrapport.

Det gøres for god ordens skyld gældende, at der i det konkrete tilfælde jo netop ikke er tale om, at en omgjort årsrapport skal offentliggøres. Der foreligger således netop ikke nogen årsrapport for 2001/2002, og det er dette forhold, der medfører, at jeg som likvidator i moderselskabet ikke kan have tillid til, at B ApS forvaltes på betryggende vis, og derfor finder, at selskabet ultimativt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bør opløses, medmindre et godkendt regnskab for 2001/2002 indsendes.

Det er endvidere min opfattelse, at det forhold, at der er indsendt en årsrapport, der er så fejlbehæftet, at den end ikke kunne godkendes af generalforsamlingen er en åbenbar og væsentlig fejl, der bør berigtiges. Det er yderligere min opfattelse, at dette forhold er så graverende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ex officio bør kræve, at en godkendt årsrapport indsendes.

Selv hvis Styrelsens noget vidtgående fortolkning af bekendtgørelsen §12 stk. 1, sidste punktum skulle være rigtig, ville en eventuel omgjort årsrapport således kunne godkendes og igen i forlængelse af Styrelsens argumentation kunne kræves indsendt.

Det gøres sammenfattende gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal kræve en godkendt årsrapport for 2001/2002 indsendt, jf. årsregnskabsloven § 150, stk. 1, og såfremt dette ikke sker, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i medfør af årsregnskabslovens § 150, stk. 3 skal anmode Skifteretten om at tvangsopløse selskabet. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal således

sikre, at regnskabslæseren ikke disponerer i tillid til det åbenbart ugyldige regnskab fra 2001/2002, og at aktionærerne i selskabet ikke af ledelsen fratages deres ret til at disponere på generalforsamlingen.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 12. februar 2004 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Selskabets årsrapport for regnskabsåret 2001/2002 skulle være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. oktober 2002, jf. årsregnskabslovens § 165, stk. 3. Selskabets årsrapport for regnskabsåret 2001/2002 er dog først modtaget i styrelsen den 19. november 2002.

Årsrapporten for 2001/2002 er forsynet med godkendelse af selskabets ene bestyrelsesmedlem og af dirigenten på generalforsamlingen. Desuden er årsrapporten for 2001/2002 forsynet med en revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger. Da årsrapporten for 2001/2002 således ikke er behæftet med åbenbare fejl eller mangler, er selskabets årsrapport for 2001/2002 offentliggjort den 22. november 2002.

Selskabets årsrapport for regnskabsåret 2002/2003 er modtaget i styrelsen den 29. september 2003. Årsrapporten for 2002/2003 er godkendt af selskabets bestyrelse, og af dirigenten på generalforsamlingen. Årsrapporten er desuden forsynet med en revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger. Da årsrapporten for 2002/2003 således ikke er behæftet med åbenbare fejl eller mangler, er selskabets årsrapport for 2002/2003 offentliggjort den 3. oktober 2003.

Styrelsen har den 15. oktober 2003 modtaget brev ..., advokat A af 14. oktober 2003. Heri er det oplyst, at årsrapporten for 2001/2002 efter advokatens opfattelse ikke er behørigt underskrevet, idet C har underskrevet som dirigent på generalforsamlingen. Advokat A oplyser, at C ikke var dirigent på denne generalforsamling. Advokat A oplyser, at generalforsamlingen efter hans opfattelse ikke godkendte årsrapporten for 2001/2002, idet årsrapporten for 2001/2002 indeholdte en omkostning på 360.000 kr. som dækker ledelsesvederlag. Dette ledelsesvederlag er efter A's opfattelse omkostningsført i strid med det af bestyrelsen godkendte. Selskabet bør derfor i henhold til advokat A's opfattelse tvangsopløses.

Den 7. november 2003 har styrelsen modtaget brev af 4. november 2003 fra advokat D. Dette brev er vedlagt redegørelse udarbejdet af direktør C, som er af den opfattelse, at ledelsesvederlaget er omkostningsført i overensstemmelse med tidligere bestyrelsesbeslutninger. C anerkender i dette brev, at han ikke var dirigent på generalforsamling afholdt den 19. november 2002.

Styrelsen meddelte den 9. december 2003 ... advokat A, ..., advokat D samt selskabet, at selskabets årsrapport for 2001/2002 jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1 ikke kan omgøres, idet styrelsen har modtaget og offentliggjort selskabets årsrapport for 2002/2003.

Sagens retlige omstændigheder

Selskabets årsrapport for 2001/2002 er modtaget efter udløb af indsendelsesfristen, jf. årsregnskabslovens § 165, stk. 3 og § 169. Selskabets årsrapport for det efterfølgende regnskabsår 2002/2003 er indsendt til styrelsen i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 138, stk. 1.

Den tidligere årsregnskabsbekendtgørelse (Bekendtgørelse om udarbejdelse, indsendelse og offentliggørelse af årsregnskab m.v. og andre regnskabsmæssige dokumenter i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nr. 788 af 29. august 1996) finder anvendelse for selskabets årsregnskab for 2001/2002, jf. den gældende årsregnskabslovs § 165, stk. 3. Det følger af den tidligere årsregnskabsbekendtgørelse § 31, at et offentliggjort årsregnskab ikke kan omgøres med en ny årsrapport, medmindre styrelsen tillader dette. Det følger desuden af bestemmelsen, at omgørelse alene kan ske, såfremt omgørelse i regnskabsbrugernes interesse er en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold. Begrundelse herfor er, at regnskabsbrugerne skal have tillid til, at en offentliggjort årsrapport ikke vil blive omgjort, medmindre der er tale om væsentlige eller åbenbare fejl eller ulovlige forhold.

Desuden følger det af anpartsselskabslovens § 61, jf. lovbekendtgørelse nr. 325 af 7. maj 2000, der var gældende for selskabets årsregnskab for 2001/2002, at såfremt årsregnskabet ikke modtages i henhold til årsregnskabslovens frister herfor, kan selskabet i sidste ende tvangsopløses.

Desuden følger det af årsregnskabsbekendtgørelsens § 31, stk. 1, 3. pkt., at en omgjort årsrapport, der modtages efter udløbet af det følgende regnskabsår, ikke kan antages til offentliggørelse, medmindre omgørelse er sket som følge af krav fra styrelsen. Som ovenfor anført kan styrelsen alene tillade omgørelse, såfremt omgørelse er i regnskabsbrugernes interesse.

Endvidere fremhæves kravene til revisor. Årsregnskabet for 2001/2002 skulle i henhold til den tidligere årsregnskabslov § 2, stk. 2 og § 61 g revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor, som skulle

udføre revisionen i overensstemmelse med god revisionsskik. Årsrapporten for 2002/2003 skal i henhold til årsregnskabslovens § 135 revideres af en statsautoriseret eller registreret revisor. Revisor skal i henhold til erklæringsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 90 af 22. februar 1996 og bekendtgørelse nr. 745 af 21. august 2003) § 5 tage forbehold, såfremt regnskabet ikke opfylder krav om, at det skal give et retvisende billede af virksomhedens aktiver og passiver, finansielle stilling samt resultatet eller i tilfælde, hvor regnskabet er behæftet med fejl eller mangler. Desuden skal revisor give supplerende oplysninger, såfremt revisor under sit arbejde er blevet bekendt med, at ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for handlinger eller undladelser, der berører virksomheden.

Desuden følger det af årsregnskabslovens § 10, at et ledelsesmedlem kan tilkendegive sine indvendinger mod årsrapportens indhold med konkret og fyldestgørende begrundelse i tilknytning til sin underskrift og ledelsespåtegningen.

Styrelsens udtalelse

Advokat A har anmodet styrelsen om at tvangsopløse selskabet, idet selskabet ikke har indsendt en godkendt årsrapport. Tvangsopløsning af et selskab forudsætter, hvor selskabet ikke har indsendt en godkendt årsrapport inden for de i loven fastsatte frister. Dette medfører, at B ApS kun kan tvangsopløses, såfremt der ikke foreligger en godkendt årsrapport. Det vil være en forudsætning for styrelsens krav om omgørelse, at styrelsen trækker offentliggørelse af det allerede indsendte årsregnskab for 2001/2002 tilbage. Forinden afgørelse om tvangsopløsning kan foretages, skal det derfor afgøres, om offentliggørelse af det tidligere indsendte årsregnskab for 2001/2002 kan gennemføres.

Idet selskabets årsregnskab for 2001/2002 er modtaget i november 2002, er der på nuværende tidspunkt passeret mere end et år, i hvilket regnskabsbrugerne har kunnet basere deres økonomiske beslutninger på det offentliggjorte årsregnskab for 2001/2002. Samtidig har revisor forsynet årsregnskabet for 2001/2002 og årsrapporten for 2002/2003 med revisionspåtegninger uden forbehold eller supplerende oplysninger.

Dette sammenholdes ligeledes med, at årsrapporten for det efterfølgende regnskabsår 2002/2003 er offentliggjort, uden at det af resultatopgørelsen fremgår, at det tidligere omkostningsførte ledelsesvederlag på 360.000 kr. er tilbageført. Det foregående års uoverensstemmelser er ikke omtalt i ledelsesberetningen på selskabets årsrapport for 2002/2003. Ledelses-medlemmerne i form af både direktør og bestyrelsesmedlemmer har ligeledes ikke i tilknytning til deres underskrift på ledelsespåtegningen oplyst, at det enkelte ledelsesmedlem er uenigt i årsrapportens indhold for 2002/2003.

Bestyrelsens godkendelse af årsrapporten for 2002/2003 indeholder en godkendelse af samtlige oplysninger i årsrapporten, idet der ikke i

tilknytning til underskrifter på årsrapporten for 2002/2003 er oplysninger om uenighed i årsrapportens indhold inklusiv sammenligningstal for regnskabsåret 2001/2002. Generalforsamlingen har ligeledes efter det oplyste godkendt årsrapporten for 2002/2003 uden bemærkninger, hvilket fremgår af, at dirigenten har godkendt årsrapporten for 2002/2003 og dermed indestår for, at generalforsamlingen har godkendt årsrapporten for 2002/2003.

Revisor har ikke i sin revisionspåtegning på årsrapporten 2002/2003 omtalt dette forhold, hvorfor det må antages, at forholdet, som begrundede uenigheden på generalforsamlingen i 2002, er i overensstemmelse med tidligere bestyrelsesbeslutninger. Den efterfølgende årsrapport for 2002/2003 indeholder således de samme oplysninger som den offentliggjorte årsrapport for 2001/2002, hvilket er godkendt af den samlede bestyrelse og af generalforsamlingen den 25. september 2003.

Omgørelse af årsrapporten for 2001/2002 ses derfor ikke at være i regnskabsbrugernes interesse, ligesom selskabets ledelse har godkendt årsrapporten for 2002/2003 uden bemærkninger til årsrapportens indhold. Tvangsopløsning er derfor efter styrelsens opfattelse ikke en sanktionsmulighed, der står i rette proportion til overtrædelsens omfang. Styrelsen ser derfor ingen grund til at tilbagekalde den tidligere offentliggjorte årsrapport for 2001/2002 og styrelsens oprindelige afgørelse af 9. december 2003 fastholdes derfor.

...”

Advokat A har i skrivelse af 16. marts 2004 supplerende anført:

”...

Der er efter min opfattelse ikke tale om en korrekt gengivelse af sagens faktiske omstændigheder fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side.

Sagens faktum kan beskrives ganske kort som følger.

Selskabets generalforsamling kunne ikke godkende årsrapporten for 2001/2002. Årsagen hertil er for så vidt uden betydning, men det kan oplyses, at det af årsrapporten for 2001/2002, der skulle på behandles på generalforsamlingen, fremgik, at selskabets ledelse havde modtaget et større beløb fra selskabet uden dokumentation og uden det fornødne aftalemæssige grundlag. Som likvidatorer i K ApS, der ejer halvdelen af anparterne i B ApS, kunne min medlikvidator og jeg naturligvis ikke godkende en sådan udokumenteret og uberettiget overførsel af midler fra selskabet til ledelsen.

På trods af, at generalforsamlingen således afviste at godkende årsrapporten, indsendte selskabets ledelse årsrapporten som godkendt af generalforsamlingen.

C, selskabets direktør og bestyrelsesmedlem, underskrev endvidere årsrapporten som dirigent, uagtet at han heller ikke, som fejlagtigt anført af styrelsen, var dirigent på generalforsamlingen. Der henvises i den forbindelse til referat fra ordinær generalforsamling afholdt den 19. november 2002, hvoraf det fremgår, at advokat D var dirigent. Det fremgår tillige af referatet, at årsrapporten ikke blev godkendt.

Styrelsen anfører endvidere fejlagtigt, at årsrapporten er godkendt af selskabets ledelse.

Det fremgår imidlertid klart af ledelsespåtegningen, at bestyrelsen ikke indstillede årsrapporten til godkendelse, idet alene C underskrev som direktør, hvorimod bestyrelsesmedlemmerne E og F undlod at underskrive ledelsespåtegningen.

Det kan således konkluderes, at der ikke er indsendt en årsrapport for 2001/2002, der er godkendt, idet bestyrelsen har undladt at indstille årsrapporten til generalforsamlingens godkendelse, ligesom generalforsamlingen undlod at godkende årsrapporten.

I hvert fald det forhold, at bestyrelsen undlod at indstille årsrapporten til generalforsamlingens godkendelse, må have stået klart for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved modtagelsen.

Endvidere er der ikke angivet nogen dato for, hvornår årsrapporten angiveligt skulle være vedtaget på en generalforsamling.

Det er således ikke korrekt, når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under overskriften "Sagens faktiske omstændigheder" anfører, at årsrapporten for 2001/2002 var forsynet med godkendelse af dirigenten på generalforsamlingen. Ligeledes er det ej heller korrekt, at der ikke var åbenbare fejl eller mangler ved årsrapporten, idet den ikke af bestyrelsen var indstillet til generalforsamlingens godkendelse.

ad Sagens retlige omstændigheder

Det dokument, der er indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under betegnelsen årsrapport 2001/2002 må betragtes som en nullitet, idet årsrapporten ikke er godkendt af selskabets bestyrelse eller generalforsamling. Dokumentet er således alene underskrevet af C, der i strid med de faktiske forhold har angivet, at årsrapporten var vedtaget af generalforsamlingen, og at C var dirigent. Under alle omstændigheder er der ikke indsendt en godkendt årsrapport.

Det er derfor ikke korrekt, når styrelsen indledningsvist under overskriften "Sagens retlige omstændigheder" anfører, at selskabets årsrapport for 2001/2002 er modtaget efter udløb af indsendelsesfristen. Årsrapporten er slet ikke modtaget.

Det fremgår af den dagældende årsregnskabslov, § 62, stk. 2, 1. pkt., at årsregnskab m.v. skal være forsynet med oplysninger om, hvornår

årsregnskabet er godkendt. Den omstridte årsrapport angiver ikke, hvornår årsregnskabet er godkendt – hvilket jo er en naturlig følge af, at regnskabet faktisk ikke blev godkendt.

Dette er også en åbenbar fejl, der umiddelbart kunne være blevet konstateret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ligesom den manglende underskrift fra ledelsen.

Hvis styrelsens argumentation vedrørende omgørelse herefter skal følges, skal der, såfremt omgørelse er i regnskabsbrugerens interesse, ske omgørelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller berigtigelse af ulovlige forhold.

Det burde være rimeligt evident, at det er i regnskabsbrugernes interesse, hvorvidt årsregnskabet er godkendt af bestyrelse og generalforsamling, eller om der er tale om et regnskab, der er forkastet af generalforsamlingen. Endvidere synes det ganske åbenbart, at det er en væsentlig mangel ved årsrapporten for 2001/2002, at dokumentet angiver at være godkendt af generalforsamlingen, uden at dette faktisk er tilfældet.

Det synes efter min opfattelse besynderligt, at styrelsen ikke har overvejet, hvorvidt der er tale om et ulovligt forhold, når selskabets direktør på trods af, at bestyrelsen ikke har indstillet årsrapporten til generalforsamlingens godkendelse og på trods af, at generalforsamlingen ikke har godkendt årsrapporten, påtegner årsrapporten som godkendt, og oven i købet i strid med de faktiske forhold angiver at have været dirigent.

Det gøres således gældende, at betingelserne for at omgøre årsrapporten er opfyldt.

Som det fremgår ovenfor forudsætter styrelsen, at muligheden for omgørelse er en nødvendig forudsætning for at fremsætte påkrav om indsendelse af behørigt godkendt årsregnskab.

Det gøres gældende, at der ikke foreligger en sådan sammenhæng mellem reglerne om omgørelse og reglerne om tvangsopløsning af selskabet.

Følgende fremgår således af den dagældende anpartsselskabslov, § 61:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan beslutte, at et selskab skal opløses om fornødent efter § 60, hvis styrelsen ikke rettidigt har modtaget årsregnskab m.v. i behørig stand efter årsregnskabsloven, eller hvis selskabet ikke har den i loven eller vedtægterne foreskrevne ledelse, eller revisor og manglen ikke afhjælpes senest ved udløbet af en frist, der fastsættes af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.”

Som det fremgår ovenfor, er årsrapporten ikke modtaget i behørig stand allerede af den grund, at der ikke er indsendt et godkendt årsregnskab.

Indsendelse af årsregnskab i behørig stand skal således ske, uanset om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i relation til offentliggørelse kan offentliggøre et omgjort regnskab.

Det er jo netop nødvendigt at have et indsendt regnskab i behørig stand for at kunne foretage den væsentlighedsvurdering, indsendelsesbekendtgørelsen lægger op til.

Det gøres således sammenfattende gældende, at betingelserne for omgørelse er opfyldt.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte finde, at det er uden betydning i forhold til indsendelsesbekendtgørelsen, at årsregnskabet for 2001/2002 ikke er godkendt, gøres det gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pligt til om fornødent at fordre selskabet opløst ikke er afhængig af, hvorvidt der kan ske omgørelse. Det gøres således gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fortsat skal påse, at der indsendes et årsregnskab for 2001/2002 i behørig stand og om fornødent tage initiativ til en tvangsopløsning af selskabet.

Det forhold, at der efterfølgende er indsendt en årsrapport for 2002/2003 er uden betydning for selskabets pligt til at indsende regnskab for 2001/2002.

Den efterfølgende for 2002/2003 godkendte årsrapport kan således ikke betragtes som en ratihabition af de eventuelt ulovlige forhold i selskabet, der bevirkede, at generalforsamlingen ikke kunne godkende årsregnskabet for 2001/2002.”

I skrivelse af 15. april 2004 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Advokat A anfører, at styrelsen i udtalelse af 12. februar 2004 fejlagtigt har anført, at årsrapporten 2001/2002 er godkendt af selskabets ledelse. Hertil skal styrelsen oplyse, at årsrapporten retteligt fremstår som godkendt af det ene af selskabets bestyrelsesmedlemmer samt af generalforsamlingen, hvilket er attesteret af dirigenten.

Derudover har advokat A anført, at det forhold, at bestyrelsen undlod at indstille årsrapporten til generalforsamlingens godkendelse, må have stået klart for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved modtagelsen. Hertil kan styrelsen oplyse, at årsrapporten for 2001/2002 er forsynet med underskrift fra dirigenten, hvorfor styrelsen på den baggrund har offentliggjort den modtagne årsrapport, idet styrelsen på offentliggørelsestidspunktet den 19. november 2002 ikke var vidende om, at dirigentens underskrift ikke var i overensstemmelse med de faktiske forhold. Årsrapporten fremstod derfor på offentliggørelsestidspunktet som godkendt på generalforsamlingen.

At C ikke var dirigent på den afholdte generalforsamling kommer således først til styrelsens kendskab ved modtagelse af generalforsamlingsreferat den 15. oktober 2003. Fra årsrapportens offentliggørelsestidspunkt den 19. november 2002 frem til den 15. oktober 2003 var styrelsen ikke vidende om, at C ikke var dirigent på generalforsamlingen afholdt den 19. november 2002.

Sagens retlige omstændigheder

Af den dagældende årsregnskabsbekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 788 af 29. august 1996) § 24 fremgår det, at alle dokumenter, der skal indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal være forsynet med dokumentation for, at de er blevet til og godkendt i overensstemmelse med lovgivningen. Dirigenten udtrykker med sin underskrift på årsregnskabet, at han bekræfter generalforsamlingens godkendelse af årsregnskabet. Dette medfører, at selvom den samlede bestyrelse ikke har underskrevet årsrapporten, angiver dirigenten med sin underskrift, at generalforsamlingen har godkendt årsrapporten. Dirigenten bekræfter således, at selskabet er i besiddelse af en godkendt årsrapport, som er godkendt af den samlede bestyrelse.

Styrelsens udtalelse

Advokat A anfører, at det er uden betydning, at styrelsen har modtaget selskabets årsrapport for det efterfølgende regnskabsår 2002/2003.

Styrelsen lægger i sin udtalelse af 12. februar 2004 vægt på, at årsrapporten for det efterfølgende år regnskabsåret 2002/2003 er godkendt af den samlede bestyrelse og af dirigenten på generalforsamlingen uden bemærkninger. Et bestyrelsesmedlem har i henhold til årsregnskabslovens § 10 mulighed for i tilknytning til underskriften på årsrapporten at udtrykke uenighed i dele af eller hele årsrapporten. Der er ingen af selskabets bestyrelsesmedlemmer, der har udnyttet denne mulighed.

Desuden er revisionspåtegningen på årsrapporten for 2002/2003 ikke forsynet med forbehold eller supplerende oplysninger.

På denne baggrund er det styrelsens opfattelse, at det forhold, der var grundlag for uenigheden om årsrapporten 2001/2002 ikke længere anses for væsentligt for hverken selskabets bestyrelsesmedlemmer eller for selskabets revisor ved aflæggelse af årsrapporten for det efterfølgende regnskabsår.

Styrelsen er således ikke enig i advokat As udtalelse om, at det er uden betydning, at styrelsen har modtaget selskabets årsrapport for det efterfølgende regnskabsår, idet det efter styrelsens opfattelse er af afgørende betydning, at årsrapporten for det efterfølgende år er modtaget, og at denne årsrapport for regnskabsåret 2002/2003 ikke indeholder omtale af det forhold, som var grundlag for uenigheden vedrørende årsregnskabet for 2001/2002.

Advokat A anfører i brev af 16. marts 2004, at såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pligt til om fornødent at fordre selskabet opløst ikke er afhængig af, om der kan ske omgørelse. Advokat A gør således gældende, at styrelsen fortsat skal påse, at der indsendes et årsregnskab for 2001/2002 i behørig stand og om fornødent tage initiativ til en tvangsopløsning af selskabet.

Hertil skal styrelsen anføre, at tvangsopløsning på baggrund af manglende årsregnskab for regnskabsåret 2001/2002 synes ikke at være i rette proportion til overtrædelsens omfang, idet årsrapporten for det efterfølgende regnskabsår er modtaget i styrelsen og offentliggjort.

...”

Ankenævnet udtaler:

Årsrapporten for 2001/02 for B ApS blev modtaget af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 19. november 2002. Årsrapporten var forsynet med en revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger. Ledelsespåtegningen var alene underskrevet af C, men ikke af de to øvrige bestyrelsesmedlemmer. Påtegning om ”vedtaget på generalforsamlingen” var uden udfyldt dato, men underskrevet af C som dirigent. Årsrapporten blev offentliggjort af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 22. november 2002.

Selskabets årsrapport for regnskabsåret 2002/03 er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 29. september 2003. Årsrapporten er godkendt af selskabsbestyrelse og generalforsamling og er forsynet med revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger.

En omgørelse af årsrapporten 2001/02 for B ApS vil foreligge efter udløbet af selskabets årsrapport for det følgende regnskabsår (2002/03) og vil derfor ikke kunne antages til offentliggørelse, medmindre omgørelsen i ganske særlige tilfælde skal ske som følge af et krav fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. bekendtgørelse nr. 1076 af 17. december 2001 om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen), § 12, stk. 1, 3. pkt., jf. § 17.

Efter Erhvervsankenævnets opfattelse er undtagelsesbestemmelsen tiltænkt de specielle situationer, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved en fejltagelse har

offentliggjort en årsrapport, som ikke opfylder de generelle formkrav til en årsrapport, herunder en årsrapport, der ikke er godkendt af generalforsamlingen, og at en ændring er nødvendig af hensyn til regnskabsbrugerne.

Erhvervsankenævnet finder ikke, at en ændring er nødvendig af hensyn til regnskabsbrugerne. Der er herved lagt vægt på, at årsrapporten for det efterfølgende regnskabsår (2002/03) er godkendt af generalforsamlingen og er forsynet med revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger.

Herefter og da der i øvrigt ikke findes at være grundlag for at tvangsopløse selskabet tiltrædes Erhvervs og Selskabsstyrelsens afgørelse.

16) Kendelse af 12. maj 2005. (J.nr. 03-234.870)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Poul Østergaard Mortensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. oktober 2003 har statsautoriseret revisor A på vegne af direktøren i B ApS og C ApS, K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 24. oktober 2003 har afslået at fritage denne for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1.1.2002 – 31.12.2002.

Sagens omstændigheder:

B ApS og C ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Ved skrivelse af 18. juni 2003 anmodede statsautoriseret revisor A Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om udsættelse med indsendelse af årsrapporterne for 2002 for blandt andet disse to selskaber, hvilket styrelsen afslog ved skrivelser af 3. juli 2003. Da selskabernes årsrapporter ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 165, stk. 4, fastsatte frist på 6 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150, stk. 1, den 8. juli 2003 skrivelser til selskabernes direktion på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage selskabets årsrapport senest den 18. juli

2003. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152, blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen. Endvidere meddeltes det, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 5. august 2003, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 7. august 2003 anmodede statsautoriseret revisor A på ny om udsættelse med indsendelse af årsrapporterne for blandt andet de to omhandlede selskaber, hvilket styrelsen afslog ved brev af 13. august 2003. Selskabernes årsrapporter blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 1. september 2003, og ved skrivelser af henholdsvis den 5. september 2003 og 12. september 2003 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, direktøren i de to selskaber, K to afgifter på 2.000 kr. Ved skrivelse af 15. september 2003 anmodede statsautoriseret revisor A om, at bestyrelsen i D A/S, der er et selskab i samme koncern som B ApS og C ApS, blev fritaget for afgift, hvilket Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste ved brev af 3. oktober 2003 på grund af manglende dokumentation for betalingsstandsning i D ApS. Efterfølgende modtog styrelsen imidlertid den ønskede dokumentation, og styrelsen imødekom på denne baggrund anmodningen om afgiftsfritagelse for bestyrelsen i dette selskab ved skrivelse af 21. oktober 2003. Styrelsen bemærkede afslutningsvis i brevet, at styrelsen ikke havde taget stilling til afgifterne pålagt direktøren i B ApS og C ApS.

I skrivelse af 23. oktober 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede statsautoriseret revisor A på vegne af direktøren i B ApS og C ApS om afgiftsfritagelse. I skrivelsen anførtes:

”Selskabskonstruktion:

Moderselskab:

B ApS

Datterselskab

D A/S

Datter-datterselskab

C ApS

B ApS

Som konsekvens af betalingsstandsning i D A/S, har det ikke være muligt at værdiansætte kapitalandel i datterselskab, ligesom påtegningssproblematikken også har været en hindring. Udarbejdelsen af årsregnskab for B ApS har dermed været afhængig af udfaldet af den regnskabsmæssige situation i D A/S.

B ApS

Mellem D A/S og C ApS er der en rimelig stor mellemregningskonto. ...Værdiansættelse heraf har derfor været en forudsætning for udarbejdelse af korrekt regnskab/påtegning af regnskab for C APS.

Konklusion

Det er derfor vor klare opfattelse, at indsendelse af korrekte årsregnskaber for alle 3 selskaber har været afhængig af udfaldet af betalingsstandsningssituationen i D A/S.”

Ved skrivelse af 24. oktober 2003 afslog styrelsen anmodningen om afgiftsfritagelse og anførte i den forbindelse bl.a.:

”...

Hertil bemærkes, at efter årsregnskabsloven, jf. lov nr. 448 af 7. juni 2001, har selskabets ledelse ansvar for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske – og sker – inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138.

Der påhviler hvert medlem af et selskabs ledelse et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes, jf. årsregnskabslovens § 8.

Vedkommende kan fritages for betaling af afgiften i særlige tilfælde, jf. § 152, hvis den pågældende kan godtgøre over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at ledelsesmedlemmet har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Pligten til at indsende et revideret og godkendt årsregnskab til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gælder uanset selskabets størrelse, resultat eller lignede, jf. årsregnskabslovens § 138.

Med hensyn til forsinkelsen som følge af betalingsstandsningen i D A/S, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således bemærke, at et økonomiske problemer for et selskab eller en selskab i denne samme koncern ikke kan begrunde en afgiftsfritagelse.

Dette skal også ses i sammenhæng med, at det er af stor vigtighed både for selskabet selv og af hensyn til regnskabsbrugerne, at årsregnskabet for et selskab, hvor selskabet selv eller et andet selskab i den samme koncern har økonomiske problemer, aflægges rettidigt med oplysning om de eventuelle forbehold og usikkerheder, som situationen tilsiger, jf. årsregnskabslovens § 77, nr. 2.

Af hensyn til blandt andet kreditorer og investorer er det således særligt vigtigt, at årsrapporten offentliggøres rettidigt i denne situation.

Hvis betalingsstandsningen for D A/S giver anledning til usikkerhed omkring opgørelsen af de enkelte poster i de to selskabers årsregnskaber, må en sådan usikkerhed som følge heraf beskrives i årsregnskaberne. Usikkerheden kan imidlertid ikke danne grundlag for en afgiftsfritagelse, jf. også bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152.

Da der ikke er oplyst sådanne særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse, beklager styrelsen at måtte meddele, at man fastholder den pålagte afgift.

...”

Ved klageskrivelsen af 28. oktober 2003 anførte statsautoriseret revisor A bl.a.:

”...

Jeg skal ikke skjule, at jeg er dybt forundret over afgørelsen, idet det er min faste overbevisning, at alle 3 selskaber hører sammen, hvorfor en fritagelse, som ansøgt af os, allerede ved brev af 7 August 2003.

Det er således ikke nyt for styrelsen, at ansøgningen omfattede alle 3 selskaber.

Vi har pointeret, at det drejede sig om 3 selskaber, der alle er/har været berørt af betalingsstandsningen.

Bedømt ud fra de fremkomne svar, har man fra styrelsens side, ikke læst vore breve, eller i hvert fald ageret udfra andre kriterier.

Indrykning, Konkursdekret !!!!!!!

Se Fuldstændig rapport,

Vi tillader os at forespørge, hvordan man skal forholde sig til en fejlagtig registrering. Fra styrelsens side. .. beror på en fejl , .. Ja, fra hvis side. ??

Er det gratis, eller hvad er sanktionen for det.

En registrering, der er foretaget, uden vores indblanding.

Endelig skal vi anmærke, at det er vor opfattelse, at sagen/svarene/registreringerne mv. er foretaget helt uden øje for situationen og helt uden at læse tilsendt materiale.

Det er bestemt ikke en professionel håndtering af en for vor klient meget alvorlig sag.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 9. februar 2004 bl.a. udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 165, stk. 4, jf. lov nr. 448 af 7. juni 2001, skal et selskabs årsregnskab for et regnskabsår, der både påbegyndes og afsluttes i 2002, være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 6 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Er årsregnskabet ikke modtaget senest 6 måneder efter regnskabsårets udløb, sender Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et påkrav om indsendelse af årsregnskabet til selskabets ledelse, jf. årsregnskabslovens § 150. I påkravsbrevet angives blandt andet en frist på 8 hverdage fra brevetts datering til indsendelse af årsregnskabet, jf. § 150, stk. 2. Modtages årsregnskabet efter denne frist, pålægger styrelsen hvert medlem af selskabets øverste ledelsesorgan en afgift, jf. årsregnskabslovens § 151.

Det er selskabets ledelse, som efter årsregnskabsloven har ansvaret for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sker inden for tidsfristerne i årsregnskabsloven, jf. årsregnskabslovens § 8 og § 138.

Et ledelsesmedlem kan dog undtagelsesvis under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis fritages for betaling af en pålagte afgift, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at personen har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last, jf. årsregnskabslovens § 152.

Klageren gør i den konkrete sag gældende, at selskabernes direktør skal fritages for de pålagte afgifter, idet forsinkelsen skyldes problemer, som selskabernes direktør ikke kan lastes for. Anmodningen om afgiftsfritagelse begrundes som tidligere nævnt med, at udarbejdelsen af årsregnskaberne for B, som er moderselskab til D A/S, og C ApS, der er datterselskab til D A/S, efter klagerens opfattelse har været afhængig af udfaldet af betalingsstandsningen i D A/S. Dette skyldes i henhold til klager, at det i årsregnskabet for B ikke har været muligt at værdiansætte kapitalandelene i D A/S, at påtegningsproblematikken har været en hindring, og at der mellem D A/S og C har været en rimelig stor mellemregningskonto, der som følge af betalingsstandsning ikke kunne værdiansættes.

Det er som nævnt selskabets ledelse, som har ansvaret for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet indsendes rettidigt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 8 og § 138. Der påhviler således det enkelte ledelsesmedlem et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

Pligten til at indsende et revideret og godkendt årsregnskab til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gælder uanset selskabets størrelse, resultat eller lignende, jf. årsregnskabslovens § 138.

Efter årsregnskabslovens § 140, jf. lov nr. 448 af 7. juni 2001, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dog tillade, at årsrapporten for virksomheder, som er under betalingsstandsning efter konkursloven, eller for hvilke der er indledt akkordforhandlinger i henhold til konkursloven, først indsendes, så den modtages i styrelsen senest 1 måned efter betalingsstandsningens eller akkordforhandlingernes ophør. Efter § 141 skal der ikke for virksomheder, som er under konkurs, indsendes årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke i yderligere tilfælde undtage fra årsregnskabslovens indsendelsesfrister.

De nævnte undtagelser gælder udelukkende for det pågældende selskab og ikke de eventuelle øvrige selskaber i koncernen.

Med hensyn til forsinkelsen som følge af betalingsstandsningen i D A/S, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således bemærke, at økonomiske problemer for et selskab i den samme koncern som selskabet, hvori ledelsesmedlemmerne er blevet pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristerne, ikke kan begrunde en afgiftsfritagelse.

Dette skal også ses i sammenhæng med, at det er af stor vigtighed både for selskabet selv og af hensyn til regnskabsbrugerne, at årsregnskabet for et selskab, hvor selskabet selv eller et andet selskab i den samme koncern har økonomiske problemer, aflægges rettidigt med oplysning om de eventuelle forbehold og usikkerheder, som situationen tilsiger, jf. årsregnskabslovens § 77, nr. 2.

Det fremgår således udtrykkeligt af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152:

”Usikkerhed omkring opgørelsen af regnskabet berettiger heller ikke i sig selv til afgiftsfritagelse, uanset hvad grunden hertil måtte være. I så fald må der oplyses om usikkerheden i årsrapporten, se forslaget § 77, nr. 2. Af hensyn til kreditorer og investorer er det netop særlig vigtigt, at årsrapporten offentliggøres rettidigt i denne situation.”

Det kan i den forbindelse endvidere anføres, at § 152, stk. 1, er en videreførelse af retstilstanden efter den tidligere årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt. Erhvervsankenævnet har tidligere truffet afgørelse i

forhold til den tidligere årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., med hensyn til usikkerhed ved opgørelsen af årsregnskabet, f.eks. på grund af usikkerhed om oplysninger. Erhvervsankenævnet har i disse tidligere tilfælde fundet, at sådanne forhold ikke kan begrunde en afgiftsfritagelse. Der kan henvises til ankenævnets kendelse af 14. juni 2001 (00-177.851), som omhandlede problemer med udarbejdelse af koncernforbundne selskabers årsregnskab på grund af det ene selskabs tvangsakkord. Erhvervsankenævnet har endvidere den 18. november 2003 i ankenævnets sag j.nr. 03-228.907 fastslået, at usikkerhed ved opgørelsen af årsregnskabet ikke kan begrunde, at ledelsesmedlemmerne fritages for pålagte afgifter i medfør af årsregnskabslovens § 152.

...”

I skrivelse af 13. februar 2004 har statsautoriseret revisor A bl.a. bemærket:

”...

Redegørelse, udarbejdet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Det er da klart, at E&S, der er instansen, der er ansvarlig for den afgørelse, der fra vor side klages over, mener at have behandlet sagen retmæssigt.

Det er jeg derimod meget uenig i.

Indholdet tager overhovedet ikke højde for følgende:

Vi har anmodet om svar på henstand vedr. 3 selskaber.

I svarskrivelserne gøres der ikke opmærksom på, at svar alene vedrører det ene selskab. Se brev af 13. august 2003.

Der er **aldrig** modtaget svar, hverken telefonisk eller skriftligt, der udelukker 2 af selskaberne. Jeg vil gerne pointere, jeg har talt i telefon utallige gange med personer i Styrelsen.

Jeg vil heller ikke undlade at påpege, at den behandling, der er blevet vist fra den side, har været under al kritik - ingen svar, ingen tilbagekald, fejlagtige svarmeldinger mv., dog ikke Lars Bunch.

Det vil derfor være naturligt, hvilket også har været tilfældet, at vi har opfattet Styrelsens svar som omhandlende alle 3 selskaber.

Herudover har styrelsen, den 30/9 2003, fuldstændig umotiveret **erklæret selskabet Effect konkurs**, den 30/9 2003.

Et forhold, som åbenbart ikke er kommet Erhvervsankenævnet til kendskab.

Hvad er bøderammen til Styrelsen for dette forhold, der kan gøre ubodelig skade??

Som det forhåbentlig fremgår, har vi i den grad følt os på vildspor og meget dårligt behandlet.

Efter vor opfattelse en total situation, der på ingen måde kan resultere i bøde.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 3. marts 2004 udtalt:

”...

Klager har i sin udtalelse af 13. februar 2004 gjort gældende, at der var anmodet om henstand for alle 3 selskabers årsregnskaber, og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke i sine besvarelser har gjort opmærksom på, at styrelsens svar udelukkende relaterer sig til det ene selskab. Klager henviser i den forbindelse til styrelsens brev af 13. august 2003. Klager og de involverede selskaber har således opfattet styrelsens svar som omhandlende alle tre selskaber.

Klager bemærker endvidere, at styrelsen den 30. september 2003 har erklæret selskabet D A/S konkurs uden grund.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal bemærke, at styrelsens brev af 13. august 2003 udelukkende vedrører styrelsens anmodning om dokumentation for den betalingsstandsning, som er omtalt i styrelsens brev af 7. august 2003, der vedrører samtlige de involverede selskaber. Den pågældende dokumentation modtog styrelsen imidlertid først i forbindelse med klagen over de pålagte afgifter. Styrelsen finder således ikke, at styrelsens svar af 13. august 2003 har betydning i forhold til de afgifter, selskabernes direktør er blevet pålagt som følge af for sen indsendelse af årsregnskaberne.

Med hensyn til den fejlagtige registrering af, at D A/S skulle være under konkurs, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen beklage fejlen og undskylde, den ulempe dette måtte have påført selskabet. Styrelsen rettede imidlertid fejlen dagen efter den fejlagtige registrering, og det fremgår udtrykkeligt af denne rettelse, at den foretagne registrering beroede på en fejl. Sådanne fejlregistreringer og rettelser kan imidlertid ikke indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. lov om erhvervsankenævnet § 1.

...”

Statsautoriseret revisor A er ved skrivelse af 26. marts 2004 kommet med et yderligere indlæg.

Ankenævnet udtaler:

Usikkerhed omkring værdiansættelsen af kapitalandelen i et datterselskab henholdsvis værdiansættelsen af mellemregningskontoen i et koncernforbundet

selskab er forhold, som der i givet fald skal gives oplysning om i ledelsesberetningen, jf. årsregnskabslovens § 77, nr. 2, og findes ikke at kunne anses for sådan særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved afgørelsen af 24. oktober 2003 har afslået at fritage direktøren i B ApS og C ApS for betaling af de pålagte afgifter.

17) Kendelse af 15. februar 2005. (J.nr. 04-61.121)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Nugældende årsregnskabslovs §§ 151 og 152

(Lars Holtug, Poul Østergaard Mortensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 21. januar 2004 har registreret revisor K på vegne af de enkelte ledelsesmedlemmer i A, B, C og D klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 15. januar 2004 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagt afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 15. januar 2004 har følgende ordlyd:

**“Afgift som følge af for sen indsendelse af årsregnskab for 2002 for:
A A/S, B ApS, C A/S og D ApS ...**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget Deres breve af 8. januar 2004, hvori De anmoder om fritagelse for en afgift pålagt ledelsen i forbindelse med indsendelse af ovennævnte årsregnskab.

De begrundet anmodningerne med Deres sygdom og vedlægger som dokumentation herfor en lægeudtalelse af 19. november 2003.

For ovennævnte 4 første selskaber med 2002 som regnskabsår kan begrundelsen med Deres sygdom ikke berettige til afgiftsfritagelse, jf. styrelsens brev af 5. november 2003, Der er ikke oplyst nye særlige omstændigheder, som kan begrunde afgiftsfritagelse, hvorfor styrelsen

beklager at måtte meddele, at de vedrørende disse selskaber pålagte afgifter **fastholdes**.

...”

Af ovennævnte lægeudtalelse af 19. november 2003 fremgår blandt andet:

”K, CPR-nr. ..., har været i jævnlig konsultation hos undertegnede siden 1. januar 2003 og herunder henvist til specialundersøgelse ...

...

Under hele forløbet og til og med den 01.11.03 har K været uarbejdsdygtig. Han er d.d. ikke raskmeldt, men i stand til i mindre omfang at udføre sit job som revisor.”

I klageskrivelsen af 21. januar 2004 har registreret revisor K anført:

”...

Til den førte korrespondance, hvor hovedtemaet fra Styrelsens side går på, at omtalte 4 årsregnskaber har kalenderåret 2002 som regnskabsår, hvorfor “jeg ikke var syg nok til ikke at kunne udfærdige disse” inden for de første 2 måneder.

Hertil kan jeg kun svare, at jeg

1. ikke havde modtaget materialet inden min sygdom blev værre og
2. allerede fra julen 2002 begyndte at blive dårlig, hvilket også fremgår af min lægeerklæring, der siger, at jeg jævnligt konsulterede ham samt
3. sandsynligvis (følge ...[sygehus]), allerede på daværende tidspunkt havde en startet blodprop i lungen, men som først bliver konstateret den 26/8 2003, idet man hele perioden hertil havde koncentreret undersøgelserne om mit hjerte, hvor man tidligt konstaterede nedsat kapacitet, nu ca. 50% af normal styrke, desværre.

Jeg har derfor meget svær ved at se, at betingelserne for afgiftsfritagelse for omtalte 4 årsregnskaber ikke er til stede, men håber naturligvis, at Ankenævnet er af samme mening som undertegnede.

Sygdommen startede akut og på flere tidspunkter måtte jeg indlægges på

Jeg behandles nu med 15 tabletter i døgnet, hvoraf de 3 er blodfortyndende, altså en fortsat behandling af blodproppen.

For at komme

udover “arbejdspuklen”, der dannedes under min sygdom, har selskabet p.t. 2 vikarer (underentreprenører). Begge startede omkring september 2003, hvorefter den ene fik en diskuspolaps, der satte ham ud af funktion i ca. 2 måneder.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 24. februar 2004 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Selskabernes godkendte årsregnskaber for perioden 1. januar - 31. december 2002 skulle efter lovgivningens regler være modtaget i styrelsen senest den 30. juni 2003. Den 8. juli 2003 fremsendte styrelsen påkravsbreve til selskabernes ledelse. Af påkravsbrevene fremgik det, at fristen for indsendelse af årsregnskaberne uden pålæg af afgifter udløb senest den 18. juli 2003. Styrelsen modtog imidlertid først årsregnskaberne for to af selskaberne den 31. juli 2003, og for de andre to selskaber henholdsvis den 25. august og 6. november 2003. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor de enkelte ledelsesmedlemmer i hvert selskab afgifter på kr. 500, 2.000 eller 3.000, opgjort på baggrund modtagelsestidspunktet.

Registreret revisor K anmodede i brev af 17. oktober 2003 styrelsen om fritagelse for afgifterne for de tre førstnævnte selskaber [A, B og C] med henvisning til, at forsinkelsen med regnskaberne indsendelse alene kunne tillægges hans sygdom. Han nævnte, at hans arbejdsevne havde været minimal, at han fra marts 2003 havde gået til undersøgelser på sygehuset på grund af træthed m.m., at sygehuset sidst i august 2003 konstaterede sygdommens årsag, og at han endvidere i oktober 2003 ved en undersøgelse fik konstateret begyndende forkalkning af hans kranspulsåre.

Styrelsen fastholdt i svar af 5. november 2003 de pålagte afgifter. Styrelsen fandt, at de for sene indleveringer af årsregnskaberne, der skyldtes revisors langvarige sygdomsforløb ikke berettigede til afgiftsfritagelse for selskabernes ledelser. Dette begrundede styrelsen med, at selskabets ledelse efter årsregnskabslovens § 2 har ansvaret for, at årsregnskabet udarbejdes og revideres så betids, at indsendelsen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske inden for de fastsatte frister

I brev af 8. januar 2004 gentog registreret revisor K ordlyden fra brevet af 17. oktober 2003. Listen over selskaber, for hvilke der blev anmodet om afgiftsfritagelse, var dog blevet udvidet med D ApS, ... og 6 andre selskaber. Af disse 6 andre selskaber havde 4 en regnskabsperiode, der sluttede 30. april 2003 eller senere, 1 var under tvangsopløsning og 1 var blevet tilbagekaldt fra skifteretten uden at ledelsen var blevet pålagt afgifter.

Som bilag til revisors brev var vedlagt udtalelse af 19. november 2003 fra speciallæge til dokumentation for registreret revisor K's sygdomsforløb. Endvidere var vedlagt et ekstraræv, hvori revisor foruden oplysning om sin hasteindlæggelse på sygehus sidst i august 2003 oplyser, at der efterfølgende ved vikarhjælp er sket afhjælpning af arbejdsplukken.

Styrelsen svarede den 15. januar 2004, at man med henvisning til styrelsens brev af 5. november 2003 fastholdt de pålagte afgifter vedrørende de 4 indklagede selskaber med regnskabsafslutning den 31. december 2002. Derimod fritog styrelsen for de 4 andre selskaber, der havde regnskabsafslutning den 30. april eller senere. Fritagelsen støttede sig på, at seneste rettidige modtagelse af disse selskabers årsrapport var 30. september 2003 eller senere. Disse tidspunkter lå efter sygdommens væsentlige forværring og revisors indlæggelse på sygehus samt konstatering af årsagen til hans sygdom.

Sagens retlige omstændigheder

Lovgrundlag

I henhold til ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelserne i § 165, stk. 3, i lov nr. 488 af 7. juni 2001 om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskab m.v. (årsregnskabsloven, ny ÅRL) gælder reglerne i den samtidigt ophævede årsregnskabslov jf. lovbekendtgørelse nr. 526 af 17. juni 1994 [1996] (gl. ÅRL) for regnskabsår, der påbegyndes og afsluttes i 2002 men med de ændringer, der følger af lovens § 169.

Efter årsregnskabslovens § 62, stk. 1, (gl. ÅRL) skal et selskabs årsregnskab indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så det er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og senest 6 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke dispensere herfra.

Lovens § 62, stk. 6, (gl. ÅRL), indeholder bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af selskabets bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt organ, såfremt årsregnskabet er modtaget senere end 6 måneder efter regnskabsårets afslutning. Det følger af samme stykke, at det er en forudsætning for at pålægge afgifter, at styrelsen sender påkrav om indsendelse af årsregnskab til selskabets ledelse på selskabets adresse med en frist på 8 hverdage fra påkravsbrekets datering.

I henhold til årsregnskabslovens § 62, stk. 7, (gl. ÅRL), kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift, hvis særlige omstændigheder taler herfor. I den nye årsregnskabslovs § 152, stk. 1, er fritagelsen betinget af ganske særlige forhold, og kun hvis vedkommende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last. Med tekstændringen i den nye lov er der ikke tilsigtet nogen materiel ændring i forhold til den tidligere lov, jf. dennes bemærkninger, men alene en præcisering af retstilstanden.

Styrelsens udtalelse

Originale godkendte og reviderede årsrapporter for selskaber med en regnskabsperiode, der slutter senest den 31. december 2002, skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold

efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlige beslutning og skulle være modtaget i styrelsen senest 6 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Selskabernes regnskabsår er 1. januar – 31. december. Som følge heraf skulle selskabernes årsrapporter for regnskabsåret 2002 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. juli 2003.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsregnskaberne for to af selskaberne den 31. juli 2003, og for de andre to selskaber henholdsvis den 25. august og 6. november 2003. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgifter.

I klagebrevet til Erhvervsankenævnet fremfører klager sine synspunkter på styrelsens argument for afvisningen af anmodningen om afgiftsfritagelse. Han oplyser bl.a., at han ikke havde modtaget regnskabsmaterialet inden hans sygdoms forværring, og at revisionsfirmaet siden starten af september 2003 har beskæftiget 2 vikarer for at komme ud over arbejdspeklen foranlediget af hans sygdom.

Hertil skal styrelsen bemærke, at klagers manglende modtagelse af materialet inden forværringen af klagers sygdom viser, at det - set i forhold til styrelsens for sene modtagelse af regnskaberne - ikke alene kan tilskrives klagers sygdom, men også selskabs tilsidesættelse af deres pligter som følge af deres manglende handling og initiativ.

Efter årsregnskabsloven har selskabets ledelse ansvar for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske - og sker - inden for tidsfristerne i den tidligere årsregnskabslovens § 62.

Revisors langvarige, men ikke kontinuerligt akutte sygdomsforløb fritager således ikke selskabsledelser for ansvar. Det er deres ansvar, at de på baggrund af kendskab til revisors manglende arbejdsevne og -kapacitet ikke har reageret, og at de ikke aktivt har søgt at fremme indsendelsen af regnskaberne på trods af den svækkelse, revisor efter egen oplysning har befundet sig i. Trods omstændigheder forårsaget af revisors sygdom har ledelserne afholdt sig fra at foretage kompenserende foranstaltninger til efterlevelse af deres pligt og ansvar efter årsregnskabsloven.

Som ansvarsbevidst godkendt revisor burde klageren efter styrelsens opfattelse på et tidligere tidspunkt i processen have reageret med tiltag for at undgå en forsinket indsendelse af regnskaberne. Sådanne tiltag kunne være fratrædelse som revisor i en periode, indhentning af assistance hos en kollega eller, som det efterfølgende er sket, ved anvendelse af vikarer m.v. Klager burde have indset, at hans langvarige sygdom med nedsat arbejdsevne, kunne medføre problemer med overholdelse af tidsfristen for regnskaberne. Som selskabernes revisor burde han derfor i selskabernes og dets ledelsers interesser have rådgivet om alternative løsninger.

Set ud fra regnskabsbrugernes interesse, ville det være endog meget betænkeligt, hvis det blev accepteret, at en så langvarig sygdomsperiode skulle kunne begrunde en tilsidesættelse af lovens frister for indlevering af regnskaber. Det samme gør sig gældende med hensyn til fritagelse for pålagte afgifter ved fristoverskridelse.

Styrelsen finder således fortsat ikke, at der i denne sag foreligger de i § 62, stk. 7, i lov nr. 526 af 17. juni 1996 om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v., omhandlede særlige omstændigheder.

Styrelsen **fastholder** derfor afgørelsen om pålagte afgifter for ledelsesmedlemmerne.

...”

I supplerende indlæg af 13. april 2004 har registreret revisor K bemærket:

”...

Det var og er en langvarig sygdom, der desværre også var kontinuerlig, således at arbejdsevnen var stærk nedsat.

Endvidere er det ganske normalt først ca. 1-2 måneder efter regnskabsafslutningsdatoen at modtage materialet, idet alle, der beskæftiger sig med udfærdigelse af årsregnskaber, ved, at såvel skyldige som tilgodehavende poster tillige med færdiggørelsen af en eventuel lageropgørelse først kan ske i efterfølgende måneder.

Jeg har heller ikke på noget tidspunkt indenfor de første måneder af mit sygdomsforløb oplyst nogle af omtalte 4 selskaber om, at jeg var alvorlig syg (jeg vidste jo ikke selv, hvor alvorligt, det var, idet lægerne sent fandt frem hertil), da jeg naturligvis som også alle andre i lignende tilfælde ville håbe på en snarlig bedring.

Derfor antog undertegnede ej heller nogen vikarer på dette tidlige stadium af min sygdom, idet økonomien i et så lille firma, som ... ApS ikke har de store midler at slå om sig med.

Jeg vil derfor stadig anmode om afgiftsfritagelse for nævnte selskaber, idet jeg også mener, der her er et politisk aspekt, idet man fra politikernes side taler meget om “det grå gulds” store værdi for samfundet.

Jeg har pensionsalderen, men ønsker stadig at være aktiv og havde jeg på et tidligere tidspunkt omtalt min sygdom, eventuelt allerede i januar 03, ja så havde firmaet i dag været lukket, idet ingen klienter havde været tilbage, derfor ingen omtale herfra om min sygdom.”

Ankenævnet udtaler:

Da sagen vedrører de omhandlede selskabers årsrapporter for 2002, er det reglerne i den nye årsregnskabslov, lov nr. 448 af 7. juni 2001 (senest

bekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004 af lov om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskab m.v. (årsregnskabsloven)), som finder anvendelse, jf. dennes § 165, stk. 1 og stk. 4, og ikke som anført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i styrelsens skrivelse af 24. februar 2004, den hidtidige årsregnskabslov (bekendtgørelse nr. 526 af 17. juni 1996 af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.).

Ankenævnet kan tiltræde, at oplysningerne om revisor K's sygdomsforløb ikke kan begrunde fritagelse for de pålagte afgifter efter den nugældende årsregnskabslovs § 152.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 15. januar 2004.

18) Kendelse af 16. juni 2005. (J.nr. 04-243.132)

Afgift som følge af for sent indsendt undtagelseserklæring ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152

(Poul Østergaard Mortensen, Preben Lund Hansen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 7. oktober 2004 har statsautoriseret revisor A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne i K (forening) klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 23. september 2004 har afslået at fritage de pågældende bestyrelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af virksomhedens undtagelseserklæring.

Sagens omstændigheder:

K har kalenderåret som regnskabsperiode. Da virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring for 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. § 145, fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 14. juni 2004 brev til virksomhedens ledelse på virksomhedens registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapport eller undtagelseserklæring senest den 24. juni 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapport eller undtagelseserklæring blev modtaget senere, ville hvert

medlem af virksomhedens øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens § 150-152. Den 28. juni 2004 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen virksomhedens årsrapport for 2003. Ved skrivelse af 5. juli 2004 anmodede styrelsen virksomheden om inden 1 måned at forsyne årsregnskabet med gengivelse af underskrifter, idet det samtidig oplystes, at styrelsen ved modtagelsen af det berigtigede årsregnskab ville pålægge hvert medlem af virksomhedens ansvarlige ledelse en afgift efter årsregnskabslovens § 151-152, idet indsendelsespligten ikke var opfyldt, så længe dokumenterne ikke var indsendt i behørig stand. Den 3. august 2004 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen virksomhedens undtagelseserklæring, og ved skrivelser af 17. september 2004 pålagde styrelsen herefter i henhold til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte bestyrelsesmedlemmer i virksomheden hver en afgift på 3.000 kr.

Ved skrivelse af 22. september 2004 anmodede statsautoriseret revisor A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om afgiftsfritagelse og anførte til støtte herfor følgende:

”Vedr.: Årsrapport for K, cvr.nr. ...

Bestyrelsen for ovenstående ... (forening) modtog den 14. juni 2004 en skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med påkrav om indsendelse af årsrapporten for 2003 eller en undtagelseserklæring inden den 24. juni 2004.

Formanden for (...foreningen) indsendte derfor et eksemplar af den trykte årsrapport. Grundet ferieafholdelse blev materialet dog først afsendt den 25. juni 2004.

I et brev dateret den 30. juni 2004 bekræfter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at have modtaget årsrapporten den 28. juni 2004. I et brev af 5. juli 2004 gør Erhvervs- og Selskabsstyrelsen opmærksom på, at den indsendte årsrapport ikke er forsynet med originale underskrifter, hvilket Styrelsen anmoder om at få berigtiget inden 1 måned.

Ultimo juli får vi kendskab til ovenstående. Foreningen er i henhold til ÅRL § 4, stk. 3 fritaget for at indsende årsrapporten.

Vi er revisorer for en række lignende selskaber, som ligeledes er fritaget for indsendelse af årsrapporter. Forretningsgangen er normalt den, at undtagelseserklæringen udarbejdes og underskrives i forbindelse med det bestyrelsesmøde, hvor årsrapporten godkendes af bestyrelsen. Vi indsender straks herefter erklæringen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Erklæringen er i det aktuelle tilfælde udarbejdet og underskrevet på et bestyrelsesmøde den 18.02.2004. Erklæringen er herefter desværre

blevet forlagt hos os og er derfor ikke indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Da vi får kendskab til sagen, finder vi den forlagte erklæring frem og indsender den omgående. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bekræfter i breve til bestyrelsen dateret 17. september 2004 at have modtaget erklæringen den 3. august 2004. I brevene er vedlagt girokort på kr. 3000 i afgift.

Med henvisning til ovenstående sagsforløb som skitserer et sammenfald af uheldige omstændigheder og tilfældigheder, samt at der ikke er tale om manglende vilje til at opfylde lovens krav, skal vi anmode om, at bestyrelsesmedlemmerne fritages for de pålagte afgifter.”

Ved skrivelse af 23. september 2004 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodningen om afgiftsfritagelse og anførte i den forbindelse:

”...

Vi kan desværre ikke imødekomme denne anmodning. En sådan afgiftsfritagelse kan kun forekomme under ganske særlige omstændigheder, jfr. årsregnskabslovens § 152, stk. 1. Da der ikke er oplyst sådanne særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse, beklager styrelsen at måtte meddele, at man fastholder de pålagte afgifter.

De begrunder anmodningen om afgiftsfritagelse med, ...

Hertil bemærkes, at efter årsregnskabsloven har selskabets ledelse ansvar for, at selskabets bogførings- og regnskabsforhold tilrettelægges således, at årsregnskabet kan udarbejdes og revideres så betids, at godkendelse og indsendelse af regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ske - og sker - inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138.

Der påhviler således hvert enkelt medlem af selskabets ledelse [hvert enkelt medlem af] et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes. Hertil skal bemærkes at det ikke fritager for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, jfr. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

...”

I klageskrivelsen af 7. oktober 2004 til Erhvervsankenævnet har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Bestyrelsesmedlemmerne i de små ...(foreninger) er valgt på generalforsamlingen blandt foreningens medlemmer. Der er oftest tale om personer, som ikke har erfaring i drift af erhvervsvirksomheder, og derfor heller ikke på forhånd er bekendt med regler om indsendelse af regnskaber m.v.

Vi forsøger derfor at servicere brugsforeningerne ved at udføre nogle af de handlinger, som bestyrelsen ellers er ansvarlig for. I det omhandlede tilfælde er det som omtalt gået galt på grund af en forglemmelse. Det fremgår ligeledes af sagsforløbet, at der ikke er tale om manglende vilje til at opfylde lovens krav, men blot manglende viden om lovbestemmelserne og et sammenfald af uheldige omstændigheder og tilfældigheder.

Det fremgår i årsregnskabslovens § 165 stk. 4, at bestemmelserne om afgiftspålæggelse for undtagelseserklæringer først har virkning fra regnskabsår som slutter den 1. januar 2003 eller senere.

Reglerne om afgiftspålæggelse vedrørende undtagelseserklæringer træder således i kraft et år senere end de tilsvarende regler om afgiftspålæggelse ved for sen indsendelse af årsrapport.

Vi tillader os, at tolke denne forskel derhen, at for sen indsendelse af en undtagelseserklæring er knap så alvorlig som for sen indsendelse af en årsrapport.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. oktober 2004 blandt andet udtalt:

”...

Det fremgår direkte af Årsregnskabslovens § 152, stk. 2, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Derfor kan styrelsen i dette tilfælde ikke fritage ledelsen for afgifter pgr. af, at undtagelseserklæringen er blevet forlagt hos selskabets revisor.

De fremførte omstændigheder er således uden betydning for sagens afgørelse. Dog vil jeg gerne kommentere følgende forhold.

Det fremgår i øvrigt af brev af 7. oktober 2004, sendt til Erhvervsankenævnet, at bestyrelsesmedlemmerne er valgt på generalforsamlingen blandt foreningens medlemmer. Medlemmerne er som oftest personer uden erfaring i drift af erhvervsvirksomheder, og derfor ikke er bekendt med reglerne om indsendelse af regnskaber m.v. Det gøres i denne sammenhæng opmærksom på, at enkelte af foreningens bestyrelse har siddet siden 27. april 1998, og dermed har deltaget ved flere udarbejdelser af undtagelseserklæringer, og således burde være bekendt med procedurer for indsendelse.

Indsendelse af årsrapport eller undtagelseserklæring til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indenfor de gældende tidsfrister er en af de pligter der følger med, når der drives erhvervsvirksomhed i selskabsform, altså uden personligt ansvar.

I samme skrivelse fremgår det, at sagen er et sammenfald af uheldige omstændigheder og tilfældigheder. Det er ikke styrelsens praksis at fritage for pålagt afgift ved forsinkelser, der skyldtes ferie, forglemmelser eller manglende reaktioner på styrelsens breve. Det er direkte at finde i bemærkningerne til Årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

Afslutningsvist fremgår det, at man har fortolket loven således, at for sen indsendelse af en undtagelseserklæring er en knap så alvorligt som for sen indsendelse af en årsrapport. Dette er ikke tilfældet.

Den omtalte bestemmelse i Årsregnskabsloven hvor afgiftsreglerne for sen indsendelse af undtagelseserklæring først træder i kraft fra 1. januar 2003, er ganske enkelt indsat som en overgangsregel. Dette som følge af at det ikke tidligere har været forbundet med afgiftspålæggelse at overskride indsendelsesfristerne for disse virksomheder.”

Ankenævnet udtaler:

K's revisors forglemmelse af rettidigt at indsende undtagelseserklæring for virksomheden samt bestyrelsesmedlemmernes manglende kendskab til årsregnskabslovens regler herom er ikke sådanne ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. september 2004.

19) Kendelse af 20. juni 2005. (J.nr. 04-201.359)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Poul Østergaard Mortensen, Cato Baldvinsson og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 22. juli 2004 har A A/S ved bestyrelsens formand og næstformand på vegne af de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer K1 og K2 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 9. juli 2004

har pålagt de pågældende bestyrelsesmedlemmer afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

Sagens omstændigheder:

A A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 14. juni 2004 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 24. juni 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Årsrapporten blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 29. juni 2004, og ved skrivelser af 9. juli 2004 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte ledelsesmedlemmer i selskabet hver en afgift på 500 kr.

I klageskrivelsen af 22. juli 2004 har formanden og næstformanden for selskabets bestyrelse anført:

”Vedrørende årsregnskabet for A ...

Vi skriver dette brev med henvisning til brev dateret 9. juli fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor det fremgår at de har modtaget A's årsregnskab den 29. juni. Yderligere, som resultat heraf (ref.: årsregnskabslovens § 138 stk. 1), er medarbejderrepræsentanterne i A's bestyrelse blevet pålagt personligt ansvar for forseelsen og et gebyr på 500,- DKK.

Brevet refererer også til § 152 i Årsregnskabsloven, der under særlige omstændigheder tillader en fritagelse fra bøden og juridisk ansvar, såfremt rimeligt bevis kan dokumentere at de individuelle bestyrelsesmedlemmer har prøvet efter bedste evne at tilsikre en rettidig indlevering af årsregnskabet – og at forsinkelsen derfor ikke skyldes forsømmelighed fra deres side.

A har gennemgået nogle organisatoriske ændringer, herunder en udskiftning af den administrerende direktør. Desuden er nogle af vore interne godkendelsesprocedurer blevet forsinket. Disse forhold har forårsaget forsinkelsen af vores årsregnskab for 2003. Det har desværre ikke været muligt at involvere medarbejderrepræsentanterne i

processen. Vi har igangsat en revision af vore interne processer for at sikre at alle forpligtelser vil blive overholdt til tiden fremover.

Som bestyrelsesrepræsentanter for A bekræfter vi hermed at medarbejderrepræsentanterne K1 og K2 på ingen måde bør gøres ansvarlige for forsinkelsen, men at de har gjort forsøg på at sikre en rettidig indlevering af årsregnskabet.

Vi håber at dette brev vil være tilstrækkeligt for at dokumentere at der i dette tilfælde foreligger særlige omstændigheder og at det derfor vil kunne fritage K1 og K2 fra bøde og juridisk ansvar i denne sag.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 13. september 2004 blandt andet udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2003, årsregnskabsloven (ÅRL), at:

”hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk. 1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasserne B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ...”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevetts datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig bestemmer ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår, jf. L 138 FT 2000/01, at det er en forudsætning for fritagelse, at det pågældende ledelsesmedlem konkret kan dokumentere overfor styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen.

Videre fremgår af bemærkningerne, at et bestyrelsesmedlem eksempelvis kan forlange bestyrelsen indkaldt, og dagsordenen kan i givet fald indeholde et punkt om indsendelse af årsrapport m.v. i behørig stand. Opnås der ikke tilslutning hertil, kan bestyrelsesmedlemmet få indført indsigelser i bestyrelsens protokol, jf. aktieselskabslovens § 56, stk. 3.

Som en generel betingelse er nævnt i bemærkningerne, at fritagelsesbestemmelsen finder anvendelse på hvad, der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”.

Retsstillingen for de, af medarbejderne til bestyrelsen, valgte repræsentanter, er behandlet i forarbejderne til aktieselskabsloven. Af forarbejderne fremgår, at medarbejderrepræsentanter i selskabets bestyrelse har samme rettigheder og pligter som ethvert andet bestyrelsesmedlem, jf. Folketingstidende 1972/73, tillæg A, sp. 4481 og tillæg B, sp. 2272.

Princippet om ligestilling mellem selskabets bestyrelsesmedlemmer fremgår tillige af § 36 i bekendtgørelse nr. 942 af 9. december 1993, bekendtgørelse om selskabsrepræsentation, at:

”Selskabsrepræsentanter har samme rettigheder, pligter og ansvar som de øvrige medlemmer af bestyrelsen.”.

...

Styrelsens bemærkninger:

Indledningsvis bemærker styrelsen, at klager ikke, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

...

Ifølge klagers egne oplysninger skyldes forsinkelsen, at man har skiftet direktør og at interne godkendelsesprocedurer er blevet forsinket.

Hertil bemærker styrelsen, at en forsinkelse som følge af virksomhedens interne forhold, ikke berettiger til fritagelse, medmindre der er tale om ganske upåregnelige forhold. At der skulle være tale om ganske upåregnelige forhold ses ikke dokumenteret i denne sag.

Videre bemærkes, at det fremgår af ÅRL § 8, at det enkelte ledelsesmedlem har ansvar for, at årsrapporten indsendes til tiden. Såfremt dette ikke sker, er det op til det enkelte ledelsesmedlem at dokumentere, at han eller hende [hun] har gjort en aktiv indsats for at forhindre den forsinkede indsendelse. Kun således er der mulighed for, at vedkommende kan opnå fritagelse for betaling af afgift efter ÅRL § 151. Af bemærkningerne til ÅRL § 152 er nævnt, at ledelsesmedlemmet eksempelvis kan kræve bestyrelsen indkaldt med henblik på at fremtvinge en indsendelse af årsrapporten.

Klager har oplyst, at medarbejderrepræsentanterne har gjort forsøg på at sikre rettidig indlevering af årsrapporten, men eftersom dette ikke er dokumenteret, hverken overfor Erhvervsankenævnet eller styrelsen, kan oplysningen, efter styrelsens opfattelse, ikke tillægges nogen vægt.

Til klagers oplysning om, at medarbejderrepræsentanterne ikke har været inddraget i dele af bestyrelsesarbejdet bemærker styrelsen, at selvom dette måtte være tilfældet, har medarbejderrepræsentanter samme rettigheder, pligter og ansvar som de øvrige bestyrelsesmedlemmer.

At dette er tilfældet er i øvrigt også fastslået af Højesteret i blandt andre [andet] dom afsagt d. 2. september 1997, U 1997.1475H, hvori der tillige er henvist til forarbejderne til aktieselskabsloven.

Endelig fremgår det af § 36 i bekendtgørelse om medarbejderrepræsentation, jf. ovenstående gennemgang af sagens retlige omstændigheder.

Således kan den manglende inddragelse i bestyrelsens arbejde af de, af medarbejderne i bestyrelsen, indvalgte repræsentanter, ikke begrunde,

at disse bør fritages fra afgift pålagt hvert enkelt ledelsesmedlem som følge af for sen indsendelse af årsrapporten for ovennævnte selskab.

Styrelsens konklusion:

Da klager ikke har godtgjort, at forsinkelsen af årsrapporten i ovennævnte selskab skyldes ”ganske upåregnelige forhold”, og eftersom det ikke er dokumenteret, at medarbejderrepræsentanterne aktivt har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, fastholder styrelsen afgørelserne vedrørende afgifter til ovennævnte personer.

...”

I skrivelse af 6. oktober 2004 har K1 bemærket:

”Find venligst vedlagt dokumentation af medarbejderrepræsentanternes opfordring til A’s Bestyrelsesformand om diskussion af Bestyrelsens involvering i forbindelse med direktørskift (kopi af e-mail fra medarbejderrepræsentanter K1 og K2 til Bestyrelsesformand C).

Som beskrevet i brev (oversat) af 22. juli fra Bestyrelsesformand C, er medarbejderrepræsentanterne ikke blevet involveret i processen omkring direktørskift og indlevering af årsregnskab.

Et bestyrelsesmøde er nødvendigt for at kunne træffe beslutninger og dermed muliggøre indgriben for Bestyrelsens medlemmer. Eftersom bestyrelsesformandens indkaldelse til møder er påkrævet, har det ikke været muligt at træffe beslutninger eller foretage yderligere til sikring af rettidig indlevering af årsregnskab for A 2003.

Eftersom Bestyrelsen, på trods af dokumenteret indgriben fra medarbejderrepræsentanterne, ikke har afholdt møde i tiden mellem valget til bestyrelsen (25. november 2003) og indtil aflevering af 2003 årsregnskab (29. juni 2004); vil jeg gerne opfordre til en revurdering af indsigtelsen mod det af styrelsen pålagte gebyr.”

I ovennævnte e-mail af 17. maj 2004 fra medarbejderrepræsentanterne K1 og K2 til bestyrelsesformanden hedder det:

”I de fleste virksomheder bliver bestyrelsen involveret ved udnævnelsen af en ny adm.dir., da en sådan beslutning anses for at være af strategisk betydning for virksomheden.

Hvorledes påtænkes processen gennemført i Danmark? Og vil bestyrelsen blive involveret på nogen måde?”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 12. oktober 2004 supplerende bemærket:

” ...

Styrelsens bemærkninger til klagers udtalelse:

For at der kan ske fritagelse i den konkrete sag, skal medarbejderrepræsentanterne aktivt have forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten m.v. Denne indsats skal tillige være dokumenteret.

I forhold til klagers ovennævnte udtalelse, lægger styrelsen til grund, at den kopi af e-mail, der er vedlagt ovennævnte udtalelse fra klager, dokumenterer, at der har været skriftlig kommunikation mellem de medarbejdervalgte repræsentanter i bestyrelsen og bestyrelsesformanden.

Det bemærkes dog i den forbindelse, at e-mailen af 17. maj 2004 ikke omhandler spørgsmålet om indsendelse af årsrapporten.

Efter styrelsens opfattelse er det således ikke dokumenteret, at medarbejderrepræsentanterne aktivt har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten m.v. Netop den aktive indsats, kombineret med en dokumentation heraf, er grundlæggende momenter i styrelsens adgang til at fritage for afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Tolkningen og rækkevidden af denne bestemmelse, fremgår af styrelsens redegørelse af 13. september 2004 til Erhvervsankenævnet, hvor ovenstående bestemmelse i årsregnskabsloven er behandlet under afsnittet vedrørende ”Sagens retlige omstændigheder”.

Styrelsens konklusion:

Med henvisning til ovenstående bemærkninger, indstiller styrelsen til Erhvervsankenævnet, at de påklagede afgørelser stadfæstes.

Uddybende bemærker styrelsen, at det fremgår af aktieselskabslovens § 56, stk. 2, 2. punktum, at ”Et medlem af bestyrelsen eller en direktør kan forlange, at bestyrelsen indkaldes.” I forhold til den konkrete sag, finder styrelsen, at de pågældende ledelsesmedlemmer burde have fordret indkaldelse til et bestyrelsesmøde, hvor man kunne diskutere indsendelse af årsrapporten, og herigennem at have dokumenteret en aktiv indsats for at fremme indsendelse af årsrapporten m.v. Netop denne mulighed er omtalt i bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152.”

Ankenævnet udtaler:

I forarbejderne til aktieselskabsloven er det klart forudsat, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer har samme rettigheder og pligter som

ethvert andet bestyrelsesmedlem, jf. navnlig Folketingstidende 1972/73, tillæg A, sp. 4481 og tillæg B, sp. 2272. Denne forudsætning er kommet til udtryk i § 36 i bekendtgørelse nr. 942 af 9. december 1993 om medarbejderes valg af bestyrelsesmedlemmer i aktieselskaber og anpartsselskaber m.v. (Selskabsrepræsentation), hvorefter selskabsrepræsentanter har samme rettigheder, pligter og ansvar som de øvrige medlemmer af bestyrelsen.

Organisatoriske ændringer, herunder udskiftning af den administrerende direktør, er ikke en sådan ganske særlig omstændighed, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 9. juli 2004.

20) Kendelse af 20. juni 2005. (J.nr. 04-217.386)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Cato Baldvinsson og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 6. september 2004 har A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne i K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 27. august 2004 har pålagt de pågældende bestyrelsesmedlemmer afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

Sagens omstændigheder:

K A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 14. juni 2004 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 24. juni 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabet øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Årsrapporten blev først modtaget i

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 19. august 2004, og ved skrivelser af 27. august 2004 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte ledelsesmedlemmer i selskabet hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 6. september 2004 har A anført:

”Bestyrelsen for K A/S har påført böter for belopp 3000 DKK per bestyrelsesmedlem på grund av för sent inkommen årsredovisning.

Vi bestyrelsen för K A/S bestrider härmed boten och har följande att anföre.

Räkenskaperna för bolaget överlämnades till B (revisionsfirma) ved Revisor B vecka 13. I och med detta fanns tillräcklig tid från revisorns sida att göra färdigt årsbokslutet innan tidsfristen utlöpte. Revisorn utlövade att det skulle ta ca 14 dagar att göra allt klart.

Bestyrelsen och K A/S dagliga ledning har svarat på de frågor som ställts och inlevererat listor och uppgifter på kreditorer m.m

I slutet på Maj rykker K A/S B om årsbokslutet och det skulle vara färdigt till tiden.

Så visade sig inte vara fallet. I Juni rykktes flera gånger och under Juli så gott som dagligen. Vi har också meddelat våra personliga telefonnummer så att vi skulle kunna nås vid var tid.

K's ledning har stått till förfogande hela Juni och Juli för att besvara frågor. De frågor vi fått har i regel besvarats inom 24 timmar.

I mellantiden har revisorerna tagit semester och i ett fall varit sjukskriven under lång tid.

K A/S vill också påpeka att vi inte mottagit något brev af den 14.6.2004 från eder.

Bestyrelsen anser därmed att den gjort allt som finns i dess makt att frambringa årsräkensperna i rätt tid och kräver att de påförda bötesbeloppen frånfaller med omedelbar verkan.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 8. november 2004 udtalt:

”...

Retlige forhold

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal årsrapporten være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets udløb. Selskabets regnskabsår følger kalenderåret, hvorfor årsrapporten skulle have været modtaget i styrelsen den 31. maj 2004.

Af årsregnskabslovens § 8 fremgår, at det enkelte ledelsesmedlem har ansvar for, at årsrapporten kan revideres og indsendes til styrelsen i tide.

Efter § 150 skal styrelsen sende et brev med påkrav om indsendelse af årsrapporten til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse, hvis årsrapporten ikke er modtaget rettidigt i styrelsen.

Efter årsregnskabslovens § 151, stk. 1, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af selskabets øverste ansvarlige ledelse en afgift, hvis årsrapporten modtages efter udløbet af en frist på 8 hverdage efter påkravsbrevenes datering.

Afgiften udgør ifølge årsregnskabslovens § 151, stk. 3, et beløb på 500 kr. pr. ledelsesmedlem for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Som følge heraf blev hvert bestyrelsesmedlem pålagt en afgift på 3.000 kr.

Efter § 152 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre overfor styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v. og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Som eksempel på grunde til afgiftsfritagelse nævner lovbemærkningerne til § 152 visse ganske særlige upåregnelige forhold som f.eks. alvorlig sygdom. Det er samtidig 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.

At selskabet i maj måned har rykket revisor for regnskabet en enkelt gang, og efter udløbet af indsendelsesfristen yderligere rykket flere gange er ikke tilstrækkelig begrundelse for, at hvert enkelt ledelsesmedlem har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten var styrelsen i hænde inden indsendelsesfristens udløb. Der skal således være yderligere momenter i sagen, førend der kan ske fritagelse efter § 152, stk. 1.

Det fremgår af Årsregnskabslovens § 152, stk. 2, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

I lovbemærkningerne til § 152 uddybes dette med, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, at revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet. Sidstnævnte forhold er alene et anliggende

imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere.

Klager anfører endvidere, at man ikke har modtaget styrelsens brev af 14. juni 2004, hvori der blev givet påkrav om indsendelse af årsrapporten. Hertil bemærkes, at styrelsen ikke har modtaget brevet retur, og at det derfor må formodes at være nået frem til adressaten.

Samtidig fremgår det af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen.

Sammenfattende finder styrelsen ikke, at der er påvist sådanne ganske særlige upåregnelige forhold, som kan fritage selskabets øverste ledelse for afgifter pålagt som følge af, at selskabets årsrapport først var styrelsen i hænde den 19. august 2004.

...”

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 14. juni 2004 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav til bestyrelsen for K A/S på selskabets adresse om indsendelse af selskabets årsrapport for 2003.

Ankenævnet finder det ikke sandsynliggjort, at påkravsskrivelsen ikke er kommet frem til selskabets adresse, og selskabets revisors ikke rettidige udarbejdelse af årsregnskabet er ikke en sådan ganske særlig omstændighed, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 27. august 2004.

21) Kendelse af 13. oktober 2005. (J.nr. 04-201.383)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152

(Lars Holtug, Cato Baldvinsson og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 19. juli 2004 har A på vegne af de enkelte ledelsesmedlemmer i K1 A/S, K2 A/S, K3 og K4 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 2. juli 2004 og 16. juli 2004 har pålagt de pågældende ledelsesmedlemmer betaling af en afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter.

Sagens omstændigheder:

De omhandlede selskaber har alle kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabernes årsrapporter for 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150, stk. 1, den 14. juni 2004 brev til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporterne senest den 24. juni 2004. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabernes øverste ledelse i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152 blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen. Årsrapporterne blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 28. juni 2004 for K2 A/S' og K4 ApS' vedkommende og den 9. juli 2004 for så vidt angår K2 A/S og K3, og ved skrivelser af 2. juli og 16. juli 2004 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte ledelsesmedlemmer i selskaberne en afgift for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne.

A har i fire enslydende skrivelser af 19. juli 2004 på vegne af selskabernes ledelsesmedlemmer klaget over de pålagte afgifter. Klageskrivelsen vedrørende ledelsesmedlemmerne i K1 A/S har følgende ordlyd:

”...

Grundet særlige omstændigheder anmodes hermed styrelsen om at fritage samtlige af selskabets ledelse for afgift for overskridelse af indsendelse af årsregnskabet.

Desværre var B, som direktør for K1 A/S, ude at rejse i nævnte periode, hvori jeg frivilligt havde påtaget mig ansvaret for ovennævnte, som tidligere ansatte regnskabsassistent A i samarbejde med revisor C.

Jeg A har i tro og love erklæring givet mit tilsagn om at, jeg varetog opgaven om indsendelse af årsregnskabet indfor tidsfristen, efter modtagelsen af disse i underskrevet stand.

Desværre har jeg, A ikke sendt årsregnskabet anbefalet, hvorfor jeg ikke har mulighed for at godtgøre, at jeg har søgt at fremme indsendelsen i tide, men sendt via postkasse fra Post Danmark.

Jeg er bevidst om § 152 Stk. 2., håber derfor tro og love erklæringen er tilstrækkelig.

Desværre har jeg været i god tro, om at styrelsen havde modtaget disse, indtil jeg blev kontaktet af B, om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen brev af den 16.07.2004.

Jeg beklager erhvervs- og selskabsstyrelsen ekstra arbejde i forbindelse med K1 a/s, men har desværre ikke vidst bedre.

...

Tro & Love Erklæring

Jeg A erkender hermed i tro og love erklæring, at jeg har varetaget opgaven med fulde ansvar, om indsendelse af årsregnskabet for K1 A/S, ..., har varetaget opgave i henhold til erhvervs- og selskabsstyrelse tidsfrist.

Jeg ved dog, at jeg har begået en stor fejltagelse ved ikke at sende det anbefalet.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 31. august 2004 blandt andet udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, årsregnskabsloven (ÅRL), at:

”hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk.1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ...”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der i sig selv ikke berettiger til fritagelse for afgift. Disse er (jf. lovforslag L 138 FT 2000/01) eksempelvis situationer, hvor:

”forsinkelsen skyldes, at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl...”

”forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere...”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at fritagelsesmuligheden tænkes anvendt på, hvad der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”. Derudover er fritagelsesmuligheden generelt betinget af, at forholdet kan dokumenteres overfor styrelsen.

Klagers oplysninger:

Styrelsen antager, at A, herefter benævnt ”klager”, agerer på vegne af samtlige klageberettigede, jf. forvaltningslovens bestemmelser om repræsentation.

Klager oplyser samlet vedrørende den forsinkede indsendelse af årsrapporten for ovennævnte selskaber, at:

- årsrapporterne var udarbejdet, revideret og klar til indsendelse indenfor tidsfristen
- klager varetog opgaven om indsendelse af årsrapporten indenfor tidsfristen. Dette fordi direktør B var bortrejst i perioden for indsendelse af årsrapporten
- årsrapporterne er sendt ”via postkasse fra PostDanmark”, og ikke anbefalet, i hvilket fald, det ville have været muligt at dokumentere indsendelsen
- klager var i god tro om, at styrelsen havde modtaget årsrapporterne, indtil B kontaktede hende vedrørende styrelsens afgiftsbrev

Klager har tillige vedlagt en ”tro og love” erklæring med oplysning om, at hun havde ansvaret for indsendelse af årsrapporten. Det fremgår tillige af denne erklæring, at klager erkender at have begået en fejltagelse ved ikke at sende årsrapporten anbefalet.

Styrelsens bemærkninger:

Indledningsvis bemærker styrelsen, at klager, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, ikke har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

Allerede d. 14. juni 2004 fremsendte styrelsen påkravsbreve til samtlige ovenstående selskaber. Således tilgik der på dette tidspunkt ledelsen i det enkelte selskab oplysning om, at styrelsen endnu ikke havde modtaget selskabets årsrapport. Dette selvom fristen for indsendelse, på dette tidspunkt, var overskredet med ca. 14 dage.

Som det fremgår ... af sagens faktiske omstændigheder, modtog styrelsen ovennævnte selskabers årsrapporter ultimo juni og primo juli.

Dette var imidlertid efter udløbet af den frist der fremgår af ÅRL § 138, stk. 1, og efter udløbet af den frist, der fremgik af styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2004. Som en følge af overskridelsen skal styrelsen, jf. ÅRL § 151, pålægge hvert enkelt ledelsesmedlem en afgift, hvilket skete med styrelsens skrivelser, jf. ovenstående redegørelse for sagens faktiske omstændigheder.

Afgiften er således ikke pålagt selskabet, men enkeltpersoner i ledelsen, idet disse hver især, har ansvaret for udarbejdelse og rettidig indsendelse af årsrapporten, hvilket fremgår af ÅRL § 8. Det bør bemærkes, at selvom opgaven med udarbejdelse og indsendelse kan uddelegeres til virksomhedens ansatte eller rådgivere, kan ansvaret herfor ikke, med ansvarsfrigørende virkning i forhold til ÅRL, uddelegeres til andre, jf. ÅRL § 152, stk. 2.

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. ÅRL § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift. Denne bestemmelse er rettet mod ”ganske upåregnelige forhold”. Det følger af bemærkningerne til bestemmelsen, at disse forhold skal dokumenteres overfor styrelsen.

Dette ses ikke godtgjort i den konkrete sag, hvorfor styrelsen ikke finder, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fritage de enkelte ledelsesmedlemmer for betaling af afgift, jf. ÅRL § 152, stk. 1.

Styrelsens konklusion:

Da klager ikke har godtgjort, at forsinkelsen af årsrapporterne i ovennævnte selskaber skyldes ”ganske upåregnelige forhold”, fastholder styrelsen afgørelserne vedrørende afgifter til ledelsesmedlemmerne i ovennævnte selskaber.

...”

I et supplerende indlæg af 4. oktober 2004 har A blandt andet bemærket:

”...

Grundet særlige omstændigheder anmodes hermed styrelsen om at fritage samtlige af selskabets ledelse for afgift for overskridelse af indsendelse af årsregnskabet.

Selskabet er nødsaget til at gå i betalingsstandsning med henblik på konkurs.

I henhold til renteloven er selvselskabet ikke påkrævet at indsende posten, anbefalet, men påregnet at det ved almindelig postforsendelse, vil være Styrelsen i hænde, allerede den efterfølgende dag. Hvorfor selskabet var i god tro.

Endvidere er sendt forespørgsel hos Post Danmark hos x-by.... Har dog ikke modtaget svar herpå.

Jeg beklager erhvervs- og selskabsstyrelsen ekstra arbejde i forbindelse med K1 A/S, men har desværre ikke vidst bedre.

...”

Skrivelsen var vedlagt en udateret forespørgsel til x-by Posthus om evt. forstyrrelser i postdriften i juni måned 2004. Erhvervsankenævnet har ikke fra klager modtaget svar på denne henvendelse.

Ankenævnet udtaler:

Af de særlige 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.

...

”Som eksempler på forhold , som *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ..., *at* årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæs[e]net for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl,”

Da det ikke er godtgjort, at den forsinkede indsendelse af selskabernes årsrapporter skyldes fejl fra postvæsenets side, og da der ikke i øvrigt foreligger sådan særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 2. juli og 16. juli 2004 pålagte afgifter.

22) Kendelse af 28. november 2005. (J.nr. 04-241.007)

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Preben Lund Hansen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 5. oktober 2004 har registreret revisor A på vegne af K som direktør i B ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. september 2004 har pålagt K en afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2003.

Sagens omstændigheder:

B ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 14. juni 2004 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 24. juni 2004. Styrelsen meddelte samtidig, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabet øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 12. juli 2004, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 25. august 2004 anmodede styrelsen Sø- og Handelsrettens skifteafdeling om at opløse selskabet i medfør af anpartsselskabslovens § 60, jf. § 61, idet styrelsen ikke havde modtaget selskabets årsregnskab for 2003. Selskabets direktion blev ved skrivelse af samme dato orienteret om styrelsens skrivelse til Sø- og Handelsrettens skifteafdeling. Den 30. august 2004 modtog styrelsen selskabets årsrapport for 2003 med angivelse af fejlagtigt (ikke-eksisterende) CVR-nr., og den 7. september 2004 modtog styrelsen årsrapporten med angivelse af rette CVR-nr. Ved skrivelse af 17. september 2004 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 5. oktober 2004 har registreret revisor A anført:

”...

Årsrapporten for 2003/2004 er fremsendt den 30. maj 2004, men med angivelse af CVR. nr.

Selskabet har siden dette blev stiftet i 1999 anvendt CVR. nr. Dette CVR. nr. er blevet anvendt fra Told og Skat, og er benyttet ved momsindberetning, indberetning af A-skat og Ambi samt ved indgivelse af selskabets selvangivelser.

Efterfølgende har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjort opmærksom på, at selskabet er registreret under CVR. nr. ... og som følge af det forkerte anvendte CVR. nr. ... er selskabets årsrapport ikke registreret som modtaget.

Indsendelse af årsregnskaber for tidligere år er korrekt registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor det forkerte CVR. nr. er anvendt.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. november 2004 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Det fremgår af § 8, stk. 2, i årsregnskabsloven (ÅRL), jf. lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, at:

”Hvert medlem af de pågældende ledelsesorganer har ansvar for, at årsrapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle yderligere krav til regnskaber i vedtægter eller aftale. Ved udarbejdelsen skal de endvidere iagttage de for virksomheden gældende standarder, jf. § 136 og 137. Endvidere har hvert enkelt medlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide. Hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk. 1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, idet fristen dog er 4 måneder for virksomheder omfattet af regnskabsklasse D. Der kan ikke dispenseres fra disse frister, jf. dog §§ 140 og 141.”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet gives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Af stk. 3 fremgår, at:

”I påkravsbrevet anføres endvidere en frist på 4 uger fra brevets datering. Herefter kan styrelsen, hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget inden udløbet af denne frist, beslutte at anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med den for virksomheden gældende lovgivning herom.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår, jf. L 138 FT 2000/01, at undtagelsesadgangen skal anvendes på ”upåregnelige forhold”. Af selv samme bemærkninger fremgår, at det er en betingelse, at det enkelte ledelsesmedlem kan dokumentere, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten.

...

Styrelsens bemærkninger:

Indledningsvis bemærker styrelsen, at klager, forud for klagen til Erhvervsankenævnet, ikke har anmodet styrelsen om at tage stilling til, hvorvidt ÅRL § 152 finder anvendelse på det konkrete forhold.

Allerede den 14. juni 2004 fremsendte styrelsen påkravsbrev til selskabets direktion. Dermed var klager på dette tidspunkt orienteret om, at styrelsen endnu ikke havde modtaget selskabets årsrapport. Dette selvom fristen for indsendelse, på dette tidspunkt, var overskredet med ca. 14 dage.

Styrelsen bemærker her, at klager, som ifølge egne oplysninger, jf. ovenfor, måtte antage, at årsrapporten var modtaget i styrelsen, ikke foretog sig noget i anledning af styrelsens påkravsbrev.

Først da styrelsen anmodede skifteretten om at tvangsopløse selskabet, og underrettede klager herom, modtog styrelsen, ultimo august 2004, en årsrapport fra selskabet.

En berigtigelse af en fejl vedrørende selskabets CVR-nummer betød imidlertid, at styrelsen først har registreret selskabets årsrapport for 2003 som værende modtaget d. 7. september 2004.

Dette var imidlertid efter udløbet af den frist, der fremgår af ÅRL § 138, stk. 1, og efter udløbet af den frist, der fremgik af styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2004. Som følge af overskridelsen skal styrelsen, jf. ÅRL § 151, pålægge hvert enkelt ledelsesmedlem en afgift, hvilket skete med styrelsens skrivelser, jf. ovenstående redegørelse for sagens faktiske omstændigheder.

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. ÅRL § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift. Denne bestemmelse finder imidlertid primært anvendelse på situationer, hvor forsinkelsen af årsrapporten er opstået som følge af ”ganske upåregnelige forhold”. Det følger tillige af bemærkningerne til bestemmelsen, at disse forhold skal dokumenteres overfor styrelsen.

I den konkrete sag bemærker styrelsen, at den af klager påberåbte fremsendelse, jf. fremsendelsesbrev dateret 30. maj 2004, ikke ses at have resulteret i, at årsrapporten er modtaget i styrelsen umiddelbart herefter. Ej heller ses det dokumenteret, eller sandsynliggjort, at den manglende modtagelse skyldes udefra kommende forhold som eks. poststrejke, erklæring fra postvæsenet etc.

Styrelsen ser det ej heller dokumenteret, at selskabets direktør, da han, som følge af styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2004, måtte være blevet orienteret om den manglende modtagelse af årsrapporten, har reageret i forhold til at mindske forsinkelsen.

Styrelsen bemærker, at det følger af ÅRL § 8, at selskabets ledelse har ansvaret for overholdelse af fristerne, og det følger tillige af ÅRL § 152, at det enkelte ledelsesmedlem kun kan fritages for betaling af

afgift såfremt vedkommende har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten.

Fraværet af dokumentation for, at den opståede forsinkelse skyldes ”upåregnelige forhold” kombineret med den, af klager, udviste passivitet i forhold til at fremme indsendelsen af selskabets årsrapport gør, at styrelsen ikke har anden mulighed end at fastholde sin afgørelse om afgift, jf. ÅRL § 151.

...”

I skrivelse af 11. januar 2005 har registreret revisor A yderligere anført:

”...

B ApS har indsendt årsrapporten for 2003 med angivelse af CVR. nr., den 30. maj 2004.

CVR. nr. fremgår af oplysninger fra Told og Skat og var derfor anvendt.

CVR nr. ... er ligeledes angivet på årsrapporten for 2002. Ved udskrift fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er det konstateret at CVR nr. ... manuelt korrigeret til i modsætning til 2003.

- Kopi af forside

Den udsendte skrivelse af 14. juni 2004 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvori det oplyses at årsrapporten for 2003 ikke er modtaget, har selskabet ifølge oplysning fra direktør K aldrig modtaget. Med baggrund i dette, har K naturligvis ikke reageret.

Ved telefonsamtale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tidligere, forespurgte vi, om det var muligt at kontrollere om den indsendte årsrapport for 2003 med angivelse af forkert CVR. nr. var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Til dette blev oplyst, at årsrapporten blev scannet og formentlig derefter arkiveret.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anerkender først modtagelsen af årsrapporten for 2003, hvorpå CVR. nr. ... er anført ved modtagelse den 7. september 2004. Ved skrivelse af 27. august 2004 fremsender vi årsrapporten for 2003 ledsaget af en skrivelse, hvori vi har redegjort for, hvorledes sagen har forløbet og anmoder om at tvangsopløsningen ophæves. Ved fremsendelsen af dette, er vi af den opfattelse at årsrapporten for 2003, må anses at være modtaget, uagtet at der stadig var anført forkert CVR. nr.

Sluttelig skal vi bemærke, at vi er af den opfattelse at årsrapporten for 2003 er indsendt rettidigt dog med angivelse af CVR. nr., som anvendtes af Told og Skat og ikke CVR. nr., som er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Med baggrund i dette er tvangsopløsning berigtiget af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og herefter efterfølgende genoptagelse af selskabet.”

Ved skrivelse af 14. februar 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere bemærket:

”...

Styrelsens bemærkninger til klagers udtalelse:

Overordnet skal styrelsen bemærke, at det er modtagelsestidspunktet, og ikke indsendelsestidspunktet, der afgør, hvorvidt fristen for indsendelse af årsrapporten er overskredet, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. punktum.

Styrelsen modtog ovennævnte årsrapport, efter at der var sket en berigtigelse af CVR-nummeret i forhold til den årsrapport som styrelsen modtog ultimo august 2004, d. 7. september 2004 og kvitterede umiddelbart herefter skriftligt for modtagelsen.

De, af klager, fremdragne forhold omkring årsrapporten 2002 er, efter styrelsens opfattelse, ikke relevante i denne sag fordi det, ifølge årsregnskabslovens § 8, stk. 2, er det enkelte ledelsesmedlems ansvar, at årsrapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen, og i øvrigt indsendes til styrelsen indenfor de i loven fastsatte frister. Denne pligt, og det enkelte ledelsesmedlems opfyldelse heraf, er helt central vurderingen af, hvorvidt det enkelte ledelsesmedlem, i medfør af § 152 i årsregnskabsloven, kan fritages for betaling af afgift.

Til det, af klager, anførte vedrørende den manglende modtagelse af det, fra styrelsen, til virksomhedens adresse, fremsendte påkravsbrev, dateret 14. juni 2004, bemærker styrelsen, at påkravsbrevet, eftersom dette ikke er kommet retur til styrelsen, må anses som værende kommet adressaten i hænde.

Endelig bemærkes, at styrelsen skriftligt kvitterer for modtagelsen af en årsrapport. Denne kvittering sendes umiddelbart efter modtagelsen, og er indsenders kvittering for, at styrelsen har registreret modtagelsen. Kvitteringen udsendes fordi det, som nævnt ovenfor, er modtagelsen i styrelsen, der er afgørende i henhold til årsregnskabslovens frister.

I relation til den konkrete sag, hvor klager påstår at have fremsendt årsrapporten 2003 ultimo maj måned 2004 til styrelsen, burde styrelsens manglende kvittering for modtagelsen af årsrapporten have givet klager anledning til, på et langt tidligere tidspunkt end det skete i den konkrete sag, at rette henvendelse til styrelsen, og evt. fremsendt årsrapporten på ny.

...”

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet finder det ikke sandsynliggjort, at selskabets årsrapport for 2003 blev fremsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ultimo maj 2004, hvorved navnlig bemærkes, at selskabet ikke reagerede på styrelsens manglende fremsendelse af kvittering for årsrapportens modtagelse. Ankenævnet finder det endvidere ikke sandsynliggjort, at styrelsens påkrav af 14. juni 2004 om indsendelse af selskabets årsrapport ikke kom frem til selskabets ledelse.

Ankenævnet finder herefter ikke, at der foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af den pålagte afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. september 2004.

23) Kendelse af 21. december 2005. (J.nr. 04-243.180).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Cato Baldvinsson og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 8. oktober 2004 har statsautoriseret revisor A på vegne af de enkelte ledelsesmedlemmer i K1, K2 ApS, K3 ApS, K4 ApS og K5 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 13. september 2004 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af fondens og selskabernes årsrapporter.

Sagens omstændigheder:

Fonden og de omhandlede selskaber har alle 1. juli – 30. juni som regnskabsperiode. Da fondens og selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2002 – 30. juni 2003 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 5. december 2003 brev til fondens og selskabernes ledelse på virksomhedernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporterne for fondens

vedkommende senest den 2. januar 2004 og for selskabernes vedkommende senest den 17. december 2003. I skrivelserne til selskaberne meddelte styrelsen samtidig, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen, jf. årsregnskabslovens §§ 150-152.

Ved skrivelse af 17. december 2003 anmodede statsautoriseret revisor A Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om udsættelse med fristen for indsendelse af fondens og selskabernes årsrapporter og anførte til støtte herfor:

”Undertegnede er blevet ramt af en fysisk sygdom, der bevirker, at jeg ikke er i stand til at skrive i hånden. Det betyder, at jeg ikke kan gøre notater, underskrive m.v.

Jeg har derfor været nødsaget til at hente assistance udefra til at hjælpe mig og revisionsfirmaet er overdraget til B (revisionsfirma) pr. 1.1.2004

Men der er desværre selskabsregnskaber jeg ikke har kunnet få færdiggjort indenfor den nye frist for aflevering 30.11.2003. Jeg skal derfor anmode om udsættelse med indleveringen til 31. december 2003.

...”

Skrivelsen var vedlagt skrivelse af 3. december 2003 fra ...(hospital), neurologisk ambulatorium, til A, hvoraf fremgik:

”...

Jeg har fået svar på din rygmarvsprøve-undersøgelse samt MR-skanning af hjernen og rygsøjlen, alle svar med normale forhold. Indtil nu kan vi ikke finde noget som tyder på lidelse i nervesystemet.

Jeg har konfereret dig med overlæge C, og vi er enige om, at du indkaldes til en ny vurdering om 3 måneder.

På nuværende tidspunkt kan vi ikke tilbyde nogle yderligere undersøgelser eller behandling.

...”

Ved ligelydende skrivelser af 18. december 2003 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen statsautoriseret revisor A, at styrelsen ikke havde mulighed for at dispensere fra fristen for årsrapporternes indsendelse. I skrivelserne anførtes endvidere:

” ...

Under henvisning til det af Dem anførte, er styrelsen imidlertid indstillet på at udsætte anvendelse af tvangsmidler indtil 15.1.2004.

Styrelsen vil, så snart det rutinemæssigt er konstateret, at denne dato er overskredet, iværksætte anvendelsen af tvangsmidler.

Man skal afslutningsvis henlede opmærksomheden på, at udsættelsen af anvendelsen af tvangsmidler ikke i sig selv begrundes fritagelse for afgift for overskridelse af årsregnskabslovens indsendelsesfrister.”

Årsrapporterne blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for K1 og K2 ApS den 16. januar 2004, for K3 ApS den 19. januar 2004 og for K4 ApS og K5 ApS den 13. januar 2004. Ved skrivelser af 16. og 23. januar 2004 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, de enkelte ledelsesmedlemmer i fonden og selskaberne en afgift for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne.

I skrivelse af 22. februar 2004 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremsatte statsautoriseret revisor A indsigelse over de pålagte afgifter. I skrivelsen anførtes:

” ...

... I skrivelse af 17. december 2003 anmodede undertegnede om udsættelse, hvilket blev meddelt i skrivelse af 18. december 2003, med ordlyden, ”Styrelsen er imidlertid indstillet på at udsætte anvendelsen af tvangsmidler indtil 15.1.2004”. Denne formulering opfatter undertegnede også omfatter bøder til direktion og bestyrelsesmedlemmer. Disse medlemmer kan ikke være ansvarlig for min sygdom.

For øvrigt er min revisionsvirksomhed nu afhændet, hvilket var nødvendig efter at (... hospital) ikke kunne helbrede min fysiske lidelse.

...”

Ved skrivelse af 13. september 2004 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodningen om afgiftsfritagelse og anførte:

” ...

Bemærkninger og begrundelse:

Det enkelte ledelsesmedlem er ansvarlig for udarbejdelse, revision og efterfølgende rettidig indsendelse af årsrapporten.

I det konkrete tilfælde skyldes forsinkelsen, at De, som selskabernes revisor har været ramt af længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til, og efter sidste frist for rettidig indsendelse af årsrapporterne.

Ifølge bemærkningerne til § 152 i årsregnskabsloven kan længerevarende uarbejdsdygtighed hos personer, der er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelse, være et argument for at fritage ledelsesmedlemmerne for betaling af afgift. Det følger dog af selv samme bemærkninger, at denne sygdom skal være dokumenteret tillige med, at det pågældende ledelsesmedlem har søgt at fremme indsendelsen, og at disse anstrengelser er dokumenterede.

For så vidt angår Deres uarbejdsdygtighed, bemærker styrelsen, at det jævnfør den medsendte dokumentation i form af en erklæring fra (hospital), ikke har været muligt at finde en årsag til Deres uarbejdsdygtighed.

Selv hvis man lægger til grund, at De, som selskabets revisor, har været ramt af længerevarende uarbejdsdygtighed, er det, jf. bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 sammenholdt med ordlyden af § 8 i årsregnskabsloven, afgørende, at ledelsesmedlemmerne i ovennævnte selskaber kan dokumentere, at have truffet foranstaltninger til at minimere den forsinkelse, der måtte være opstået som følge af Deres uarbejdsdygtighed.

I relation til den konkrete sag bemærker styrelsen, at det ikke er dokumenteret, at ledelsesmedlemmerne i ovennævnte selskaber har truffet passende foranstaltninger til at afbøde virkningerne af Deres uarbejdsdygtighed.

For så vidt angår Deres opfattelse af styrelsens brev af 18. december 2003, til Dem, skal styrelsen henlede Deres opmærksomhed på, at det fremgår af sidste afsnit i brevet, at selvom styrelsen accepterer at udsætte anvendelsen af tvangsmidler begrundes dette i sig selv ikke en fritagelse for afgift pålagt som følge af for sen indsendelse af årsrapporten.

...”

I klageskrivelsen af 8. oktober 2004 til Erhvervsankenævnet har statsautoriseret revisor A anført:

”...

I skrivelsen fra Erhvervs og Selskabsstyrelsen er der lagt vægt på at der ikke er stillet en diagnose hos (...hospital). Den dag i dag er der fortsat ikke stillet en diagnose, hvilket fik speciallægen hos ... til at anbefale mig at anlægge krav hos Patient- forsikringen for direkte manglende

behandlingsmuligheder. Først den 9. juni 2004 fik jeg en diagnose af speciallæge D, som jeg var henvist til af forsikringsselskabet EDanica Pension. Lidelsen er Dystoni, skrivekampe. Jeg kan ikke så meget som sætte et punktum med en blyant hverken med højre eller venstre hånd.

Lidelsen kommer snigende, begyndende den 23. juni 2003. Sidst i juli måned 2003 går jeg til læge, fordi der er en forandring i mine skriveegenskaber. Jeg bliver sendt videre til ambulans behandling på Undersøgelsestiden er meget lang selvom jeg beder om undersøgelse på ... Sygehus. Jeg har været til CT-skanning den 4. september 2003, EMG-undersøgelse den 1. oktober 2003, MR-skanning den 3. november 2003, rygmarsundersøgelse den 18. november 2003. Alle undersøgelser munder ud i at neurologerne ikke kan stille en diagnose. Jeg bliver indkaldt til en undersøgelse igen den 10. februar 2004 hvor der fortsat ikke kan stilles en diagnose, og igen den 7. juni 2004 bliver jeg undersøgt på ..., hvor de opgiver helt at stille en diagnose.

Lidelsen har gjort at jeg i dag er 100 % arbejdsinvalid. Jeg er pr. 1. september 2004 blevet tilkendt førtidspension fra ... Kommune.

Da lidelsen har været forværret siden slutningen af juli 2003 og frem til november 2003, gik det først klart op for mig at jeg ikke kunne helbredes.

Da jeg har drevet selvstændig virksomhed som statsautoriseret revisor siden 1984 er der ingen der kan vide om lidelsen kunne helbredes. Derfor er det mit ansvar at få regnskaberne revideret og udarbejdet. Dette blev også meddelt klienterne der er omfattet af sagen.

Det kan ikke være rigtigt at der er kommet bøder/gebyrer på sygdom.

Jeg søgte den 17. december 2003 om udsættelse med indsendelse af regnskaber. Det blev meddelt udsættelse til den 15. januar 2004 uden indsendelse af tvangsmidler. Det har jeg og klienter klart opfattet som, at der ikke blev givet bøder/gebyrer, hvis regnskaber blev indleveret inden denne dato.

Jeg finder det helt uacceptabelt at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har respekt for revisorers sygdom. Jeg har været nødt til at afhænde min revisorvirksomhed den 1. januar 2004, men sygdom er ikke noget der altid er sort eller hvidt. Jeg kunne være helbredt hvis ... havde reageret omgående. Men nu er der ingen mulighed mere fordi tiden er gået.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 16. november 2004 blandt andet udtalt:

”Indledningsvis kan det oplyses, at styrelsen tager bekræftende til genmæle på påstanden om fritagelse for betaling af afgift pålagt som

følge af for sen indsendelse af årsrapporten 2002/2003 for K1, herefter benævnt fond.

For så vidt angår de øvrige påklagede afgørelser indstiller styrelsen, at disse stadfæstes.

...

Sagens retlige omstændigheder:

Det fremgår af § 8, stk. 2, i årsregnskabsloven (ÅRL), jf. lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004, at:

”Hvert enkelt medlem af de pågældende ledelsesorganer har ansvar for, at årsrapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle yderligere krav til regnskaber i vedtægter eller aftale. Ved udarbejdelsen skal de endvidere iagttage de for virksomheden gældende standarder, jf. § 136 og 137. Endvidere har hvert enkelt medlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide. Hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk. 1, at:

”virksomheder omfattet af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, idet fristen dog er 4 måneder for virksomheder omfattet af regnskabsklasse D. Der kan ikke dispenseres fra disse frister, jf. dog §§ 140 og 141.”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet gives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Af stk. 3 fremgår, at:

”I påkravsbrevet anføres endvidere en frist på 4 uger fra brevets datering. Herefter kan styrelsen, hvis årsrapport eller

undtagelseserklæring ikke er modtaget inden udløbet af denne frist, beslutte at anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med den for virksomheden gældende lovgivning herom.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravs brevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravs brets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt.

Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår, jf. L 138 FT 2000/01, at undtagelsesadgangen skal anvendes på ”upåregnelige forhold”. Af selv samme bemærkninger fremgår, at det er en betingelse, at det enkelte ledelsesmedlem kan dokumentere, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten.

I ovennævnte bemærkninger til bestemmelsen i § 152, fremgår tillige, at der kan gives fritagelse i tilfælde af alvorlig sygdom, der medfører dokumenteret længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, der 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.

Endelig fremgår det af bemærkningerne, at tilfælde, hvor forsinkelsen skyldes, at revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet eller, at virksomhedens ansatte/rådgivere har begået fejl, ikke i sig selv berettiger til fritagelse.

...

Styrelsens bemærkninger:

Vedrørende K1:

Her tager styrelsen bekræftende til genmæle på klagers påstand om at ledelsesmedlemmerne fritages for betaling af afgift.

Dette begrundes i, at styrelsens påkravsbrev, dateret 5. december 2003, til fonden ikke indeholdt varsel om pålæggelse af afgift, men varslede brugen af tvangsbøder. Hermed er det formelle grundlag for, at fondens ledelsesmedlemmer kan pålægges afgift efter årsregnskabslovens § 151, jf. lovbemærkningerne til § 150, ikke til stede, og som en konsekvens heraf, frafalder styrelsen kravet.

...

Vedrørende de resterende selskaber:

...

Ligeledes fremgår det af klagers oplysninger, at selskabernes revisor har pådraget sig en uheldelig sygdom med en gradvis forværring startende 23. juni 2003, altså godt 5 måneder før fristen for årsrapporternes indsendelse (1. december 2004). Sygdommen har betydet en gradvis forringelse af evnen til at betjene skriveredskaber.

Hvad der imidlertid ikke fremgår af sagens akter er, hvorledes ledelsesmedlemmerne i de enkelte selskaber har forholdt sig til denne gradvise forværring af revisors helbred. Det er således ikke dokumenteret, hvad de enkelte ledelsesmedlemmer konkret har foretaget sig for at begrænse den forsinkelse af årsrapporterne som revisors sygdom medførte.

Netop dokumentationen af, at de enkelte ledelsesmedlemmer har opfyldt deres handlepligt, er en grundlæggende forudsætning for, at der kan ske fritagelse for betaling af afgift.

En anden grundlæggende forudsætning er, at fritagelsesbestemmelsen i ÅRL § 152, jf. lovbemærkningerne, er tiltænkt anvendt på såkaldt "upåregnelige forhold", ses heller ikke opfyldt i den konkrete sag.

Dette fordi sygdomsforløbet, som det beskrevet af klager, efter styrelsens opfattelse, forventeligt ville medføre problemer med at overholde årsregnskabslovens frister for indsendelse af selskabernes årsrapport.

Endelig finder styrelsen ikke, at den ovenfor nævnte situation med alvorlig sygdom, der medfører længerevarende uarbejdsdygtighed hos en person, der er central for regnskabsaflæggelsen, finder anvendelse i påkommende tilfælde.

Dette fordi lovbemærkningen skal kobles med betingelsen om "upåregnelighed", hvilket i princippet medfører, at lovbemærkningen

sigter på en pludseligt opstået alvorlig sygdom, der efterfølgende medfører længerevarende uarbejdsdygtighed, og ikke en længerevarende tiltagende uarbejdsdygtighed, som situationen er i den konkrete sag.

Dernæst finder styrelsen, at der med det, i lovbemærkningerne, anvendte udtryk: ”i perioden op til indsendelsesfristens udløb”, ikke sigtes på perioder af en sådan længde som tilfældet er i den konkrete sag. Her indtræffer sygdommen principielt d. 23. juni 2003, hvilket er 5 måneder før indsendelsesfristens udløb.

...”

I skrivelse af 27. december 2004 har statsautoriseret revisor A fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen og herunder blandt andet anført:

”F har i efteråret 2003 haft telefonisk kontakt til mig om regnskaberne, men da var jeg overbevist om at jeg blev rask/kunne skrive igen. Det er helt urimeligt at tillægge F skylden for passivitet.”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har taget bekræftende til genmæle over for påstanden fra de enkelte ledelsesmedlemmer i K1 om fritagelse for betaling af afgift for ikke rettidig indsendelse af fondens årsrapport for 2002/2003. Ankenævnet foretager derfor ikke yderligere i anledning af denne klage.

Efter det oplyste medførte statsautoriseret revisor A's sygdom tiltagende uarbejdsdygtighed i de seneste 5 måneder op til udløbet af fristen for indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2002/2003. Herefter og idet det ikke er godtgjort, at de enkelte ledelsesmedlemmer i selskaberne desuagtet har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporterne, således at forsinkelsen ikke kan lægges disse til last, ses der ikke at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 13. september 2004 som ændret ved styrelsens skrivelse af 16. november 2004.

4.10. Lov om omsætning af fast ejendom

24) Kendelse af 15. november 2005. (J.nr. 04-243.798)

Klagers hidtidige beskæftigelse anerkendt som svarende til 1 års beskæftigelse i ejendomsformidlingsvirksomhed .

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 7.

(Suzanne Helsteen, Christen Sørensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 10. oktober 2004 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 22. september 2004 alene har godkendt 1 år af hans praktiske uddannelse i forbindelse med eventuel optagelse i Ejendomsmæglerregistret.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. september 2004 hedder det:

”Godkendelse af praktisk uddannelse

I brev af 21. juni 2004 har De anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om en bedømmelse af, hvorvidt De opfylder betingelserne til praktisk uddannelse, således at De senere vil kunne blive optaget i styrelsens Ejendomsmæglerregister.

Det fremgår af de medsendte arbejdsgivererklæringer fra A Bank A/S og B Bank A/S, at De i perioden 1. februar - 30. juni 1994 og 1. juli 1994 - 31. januar 1995 har beskæftiget Dem med boligrådgivning, boliglån, kreditforeningslån, rådgivning ved handel med fast ejendom og investering samt forsikrings- og pensionsprodukter. Endvidere indhentelse af forsikringstilbud og relevante oplysninger i diverse offentlige registre. Samt rådgivning vedrørende finansielle forhold.

For at blive optaget i Ejendomsmæglerregistret skal en ansøger dokumentere at have været ansat på heltid i mindst 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at have givet praktisk kendskab til ejendomsformidling eller gennem anden beskæftigelse at have opnået en tilsvarende praktisk kunnen, jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret, som ændret ved bekendtgørelse nr. 9 af 9. januar 1997.

På baggrund af ovenstående oplysninger skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herved meddele Dem, at De delvist opfylder kravene og, at der kan godkendes 1 år af den praktiske uddannelse. Det

understreges, at denne godkendelse er baseret på de gældende regler og at denne godkendelse er gyldig i 10 år fra denne dato.

Hvis De ønsker optagelse i Ejendomsmæglerregistret, kræver det yderligere 1 års praktisk uddannelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed eller anden beskæftigelse med arbejdsopgaver, der kan antages at give praktisk kendskab til ejendomsformidling.

...”

I klageskrivelsen af 10. oktober 2004 til Erhvervsankenævnet har K anført:

”...

I svarskrivelsen godkendes 1 års praktisk erfaring. Resten kan ikke godkendes, da det er mere end 10 år siden at jeg har arbejdet med boligområdet, fortæller [medarbejder i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen] efterfølgende i en telefonsamtale.

Jeg har svært ved at forstå det logiske i denne begrundelse, for jeg har på ”opfordring” fra en af medarbejderne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2001 i en telefonsamtale, netop ikke ansøgt om godkendelse før jeg var færdig med mit studie. Havde jeg ansøgt om forhåndsgodkendelse i 2001, 2002 eller 2003, så havde den praktiske erfaring givet været godkendt, idet den praktiske erfaring så IKKE havde været 10 år gammel.

På baggrund af ovennævnte samt min samlede praktiske erfaring, uddannelse og viden om boligområdet og de finansielle forhold, skal jeg derfor indklage afgørelsen, men anmodning om fuld godkendelse af min praktiske erfaring som ejendomsmægler.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 2. december 2004 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

K ansøgte den 8. juni 2004 om godkendelse af praktisk uddannelse.

K henviser i forbindelse med ansøgningen til sin ansættelse i Sparekassen Nordjylland, hvor han startede som elev den 1. august 1988, i perioden 1. august 1990 – 31. marts 1991 var han beskæftiget med ekspedition og økonomiservice, i perioden 1. april 1991 – 31. maj 1993 var han beskæftiget med som obligationsdealer i fondsafdelingen,

og derefter i erhvervsafdelingen frem til 31. januar 1994. Herefter var klager i perioden 1. februar – 30. juni 1994 ansat som filialbestyrer i A Bank, samt som fuldmægtig i C Bank i perioden 1. juli 1994 – 31. januar 1995. I de medsendte arbejdsgivererklæringer er nævnt de arbejdsopgaver klager bl.a. har været beskæftiget med. Styrelsen har fundet, at nedenstående opgaver har haft relation til omsætning af fast ejendom:

D (sparekasse) 1. august 1988 – 31. januar 1994:

- Indhentning af oplysninger om ejendomme i offentlige registre. Tingbogsoplysning/attest, offentlig ejendomsværdi.
- Rådgivning af kunder om finansielle forhold. Indhentning og gennemgang af lånetilbud, omprioritering, konvertering, alternative belåningsmuligheder, indfrielse af lån, efterfinansiering samt kurssikring.
- Afklare kundens økonomiske muligheder for køb.

A Bank 1. februar – 30. juni 1994:

- Boligrådgivning
- Boliglån, kreditforeningslån
- Rådgivning ved handel med fast ejendom

E Bank 1. juli 1994 – 31. januar 1995:

- Udlån
- Belåning af fast ejendom m.m.

Det er imidlertid styrelsens praksis at lægge vægt på tidspunktet for den praktiske uddannelse. Det er efter styrelsens opfattelse af afgørende betydning, at den teoretiske indsigt i lov om omsætning af fast ejendom anvendes i praksis under instruktionsbeføjelse fra f.eks. en ejendomsmægler. Styrelsen finder derfor, at størstedelen af den praktiske uddannelse må finde sted efter 1994, hvor lov om omsætning af fast ejendom trådte i kraft.

På baggrund af det oplyste, har styrelsen godkendt 1 år af den praktiske uddannelse. Styrelsen finder det vigtigt, at K kan få sin praktiske kunnen ajourført hos en ejendomsmægler eller tilsvarende. Styrelsen vil derfor optage klager i Ejendomsmæglerregisteret efter yderligere 1 års praktik gennem ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed eller gennem anden beskæftigelse, hvor der kan opnås en tilsvarende praktisk kunnen. Dette forudsætter, at ansøger i øvrigt opfylder betingelserne herfor.

Sagens retlige omstændigheder

I lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2 er de nærmere krav fastsat for, at en person har ret til at blive optaget i Ejendomsmæglerregisteret. I loven stilles der krav om både teoretisk indsigt og praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling. Af lovens forarbejder til bestemmelserne er anført, at *”kvalifikationsniveauet som minimum bør være det nuværende uddannelsesniveau til ejendomsmægler, og at der tilstræbes et kvalitetsløft i forhold hertil”*.

I henhold til lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 7, skal personen opfylde de nærmere krav til praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter.

Det fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1, at en ansøger skal kunne ”dokumentere at have været ansat på heltid i mindst 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at give praktisk kendskab til ejendomsformidling eller gennem anden beskæftigelse at have opnået en tilsvarende praktisk kunnen”.

I loven stilles der krav om både teoretisk indsigt og praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling. Kravet om 2 års ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at give praktisk kendskab til ejendomsformidling eller gennem anden beskæftigelse at have opnået tilsvarende praktisk kunnen, er efter styrelsens opfattelse nødvendig for at sikre, at ansøgeren har de fornødne kvalifikationer til at virke som ejendomsmægler. En vekselvirkning mellem teori og praksis er nødvendig for at kunne betjene forbrugerne som forudsat i loven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder på denne baggrund, at den praktiske kunnen også skal svare til de nutidige krav, der møder en ejendomsmægler. K har erhvervet sin praktiske kunnen i årene 1988-95. Kendskabet ligger således en del år tilbage, og der er som nævnt kommet ny lovgivning på området i 1994. Kravet om yderligere 1 års praktisk erfaring er stillet ud fra saglige hensyn for at sikre, at K har de fornødne kvalifikationer til at virke som ejendomsmægler. Det er styrelsens vurdering, at 1 års ansættelse hos en ejendomsformidler eller anden tilsvarende beskæftigelse er nødvendig for Ks vedkommende, for at opnå et tidssvarende kendskab til, hvorledes en ejendomshandel gennemføres i praksis i 2004.

For optagelse i Ejendomsmæglerregistret er det afgørende, at ansøgeren har praktisk kendskab til omsætning af fast ejendom, og anden erhvervs erfaring er i den forbindelse ikke umiddelbart relevant.

...”

I skrivelse af 3. december 2004 til Erhvervsankenævnet har K supplerende anført:

”...

I brev af 2/12-2004 fra [medarbejder i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen] til Dem, fremgår det fejlagtigt, at jeg hos E Bank alene har været beskæftiget med Udlån, Belåning af fast ejendom m.m. Det er overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dokumenteret, at jeg har arbejdet med flere ting, jfr. skrivelse af 1/9-2004 fra G, B bank, som på det tidspunkt var ansat i E

Bank. G skriver således bl.a. at jeg har arbejdet med kunderådgivning i forbindelse med boligkøb/salg, investering og forsikrings- og pensionsprodukter, Indhentelse af lånetilbud, låneoplysninger og forsikringstilbud, Indhentelse af relevante oplysninger om ejendomme i diverse offentlige registre herunder bl.a. tingbogsoplysning, Rådgivning vedr. finansielle forhold, Indhentelse af økonomiske oplysninger, Formidling af forsikrings- og låneprodukter.

Endvidere mangler der i de af F's fremsendte papirer til Dem kopi af ansøgningsskema, som er fremsendt på F's foranledning i løbet af august 2004.

Det skal desuden anføres, at jeg har anmodet om en vurdering af mine samlede kvalifikationer, og ikke kun på baggrund af min bankbaggrund, hvilket F heller ikke tager stilling til, men blot ser bort fra.

...”

I skrivelse af 4. februar 2005 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere bemærket:

”...

Med hensyn til ansættelsesforholdet i E Bank kan det oplyses, at der er refereret fra arbejdsgivererklæringen. Det kan ligeledes oplyses, at tiden i E Bank er medtaget i styrelsens skøn over den samlede praktiske kunnen, der allerede er givet godkendelse for.

For optagelse i Ejendomsmæglerregistret er det afgørende, at ansøgeren har praktisk kendskab til forhold vedrørende omsætning af fast ejendom, og anden erhvervs erfaring er i den forbindelse ikke umiddelbart relevant. Siden 1995 har klager været beskæftiget som leder af løn og økonomifunktionen i Ældre- og Handicapservice i X-by kommune, økonomikonsulent i Økonomisk sekretariat i Y-by kommune, økonomi- og salgschef på Z-by Avis, administrationschef hos H A/S, salgskonsulent hos I, regnskabschef og IT ansvarlig hos J, IT-konsulent og Account Manager hos L samt administrationschef og IT-ansvarlig hos M. Ingen af de ovennævnte jobfunktioner indgår i den samlede vurdering af klagers praktiske uddannelse.

F.s.v.a. K's vigtigste klagepunkt, at havde han søgt om godkendelse af den praktiske uddannelse i 2001, 2002 eller 2003, så ville den givet være blevet godkendt, skal styrelsen bemærke, at der ikke alene lægges vægt på, hvor langt tilbage i tiden den praktiske uddannelse har fundet sted. Ved styrelsens vurdering lægges der vægt på, at den har fundet sted efter den 1. januar 1994 hvor lov om omsætning af fast ejendom trådte i kraft. Lovens formål var bl.a. at højne uddannelsesniveaet blandt ejendomsformidlerne.

Endvidere er det styrelsens opfattelse, at det af hensyn til forbrugerne, er nødvendigt for K at opnå et bredere og mere praktisk kendskab til ejendomsformidling, idet der inden for de sidste 10 år er sket mange nye tiltag på bolig- og finansieringsområdet.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af lov om omsætning af fast ejendom (lovbekendtgørelse nr. 691 af 2. juli 2003) § 25 stk. 1 og stk. 2, nr. 7, fremgår, at en person, som ønsker optagelse i det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentligt førte register over ejendomsmæglere, blandt andet skal opfylde de nærmere krav til praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter. De nærmere krav til denne praktiske kunnen fremgår af bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1, hvorefter ansøgeren skal ”dokumentere at have været ansat på heltid i mindst 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at have givet praktisk kendskab til ejendomsformidling, eller gennem anden beskæftigelse at have opnået en tilsvarende praktisk kunnen”.

Ankenævnet tiltræder, at den praktiske kunnen i ejendomsformidling, som Ks beskæftigelse i Sparekassen Nordjylland, Østjydske Bank og Alm. Brand Bank har givet ham, kun delvist kan sidestilles med beskæftigelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed, og at denne beskæftigelse er anerkendt som svarende til 1 års beskæftigelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. september 2004.

4.11. Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer

25) Kendelse af 11. april 2005. (J.nr. 03-226.941)

Krav om bestået kvalifikationseksamen for optagelse i det danske register over registrerede revisorer.

Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer § 3, stk. 1 og § 4.

(Lars Holtug, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 14. oktober 2003 har K, der er registreret revisor på Færøerne, klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 23. september 2003 ikke har imødekommet hans anmodning om optagelse i det danske register over registrerede revisorer, men meddelt, at han for at kunne blive beskikket som registreret revisor i Danmark skal bestå en kvalifikationseksamen.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelsen af 14. oktober 2003 anfører:

”...

Ifølge oplysninger som jeg har fået fra Foreningen af registrerede revisorer i Danmark, blev kvalifikationseksamen indført i Danmark med en bekendtgørelse fra 1991. På det tidspunkt havde jeg været registreret revisor på Færøerne i 8 år (1983). Den færøske registreringsmyndighed (Færøernes Landsstyre) har mig bekendt stillet samme krav til kandidater, som stilles i Danmark. De beføjelser som registreringsmyndigheden på Færøernes har, er en del af hjemmestyreordningen, som er en delegationslov fra den danske lovgivningsmagt (folketinget).

Danske reg. Revisorer som var registreret før kvalifikationseksamen blev indført, beholdt sin registrering, uden at skulle til en kvalifikationseksamen.

Revisorer fra EU og EØS lande, som opfylder betingelserne for udøvelse af lovpligtig revision i sit hjemland, kan ikke nægtes at udøve samme erhverv i et andet medlemskab iht. medlemsaftale. Dog kan det pågældende land stille krav om særlig egnethedsprøve.

Jeg er født dansk statsborger og blev beskikket reg. revisor af en kompetent registreringsmyndighed indenfor det danske rige 8 år før kvalifikationseksamen blev indført i Danmark, og efter de betingelser som var gældende i Danmark på det tidspunkt.

Derfor forekommer det mig helt urimeligt, at færinger i det mindste ikke får samme vilkår for optagelse i registret, som fremmede statsborgere fra andre EØS og EU lande.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 24. november 2003 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder:

K, ..., Færøerne, har ved brev af 2. april 2003 søgt om optagelse i det danske revisorregister som registreret revisor.

...

Af fremsendt eksamensbevis fremgår, at K bestod revisorkandidateksamen, cand.merc.aud., d. 5. maj 1998.

K oplyser, at han har været beskæftiget med revision siden 1980, bortset fra 2½ år, hvor han var ansat i erhvervslivet. Han oplyser, at han har arbejdet 6½ år hos en statsautoriseret revisor i ... (1980-1987), og at han siden 1989 har haft sin egen virksomhed som registreret revisor.

Endvidere oplyser K, at han blev registreret revisor på Færøerne i 1983.

Ved brev af 5. august 2003 oplyser styrelsen, at sagen vil blive forelagt for Revisorkommissionen på førstkommende møde i september måned.

Ved brev af 25. august 2003 forelægger styrelsen sagen for Revisorkommissionen.

Ved brev af 15. september 2003 udtaler Revisorkommissionen, at K efter Revisorkommissionens opfattelse skal til en kvalifikationseksamen for at blive beskikket som registreret revisor i Danmark. Revisorkommissionen henviser til kommissionens udtalelse i en tidligere lignende sag.

Ved brev af 23. september 2003 træffer styrelsen afgørelse i overensstemmelse med Revisorkommissionens udtalelse.

Ved e-mail af 13. oktober 2003 anmoder K om aktindsigt i den sag, som Revisorkommissionen henviser til.

Ved e-mail af 21. oktober 2003 oplyser Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at det endnu ikke har været muligt at fremskaffe sagen fra arkiv, men at styrelsen arbejder på at finde den frem.

Ved brev af 28. oktober 2003 forelægger styrelsen på ny sagen for Revisorkommissionen, da det ikke var muligt at finde sagen med Revisorkommissionens tidligere udtalelse. Styrelsen orienterer samtidig K herom.

Den endelige udtalelse fra Revisorkommissionen foreligger endnu ikke. Sekretariatet for Revisorkommissionen har imidlertid d. 24. november

2003 oplyst, at sagen på ny har været behandlet i kommissionen ved et møde den 3. november 2003, og at Revisorkommissionen fastholder, at K skal op til en kvalifikationseksamen for at blive optaget i det danske revisorregister.

Sagens retlige omstændigheder:

Ved brev af 14. april 2003 bemærker CVUU [Undervisningsministeriets Center for Vurdering af Udenlandske Uddannelser], at den generelle ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser (Rådets direktiver nr. 89/48/EØF, 92/51/EØF og Europa Parlamentets og Rådets direktiv 99/42/EF) ikke finder anvendelse i denne sag.

CVUU anfører, at ordningen alene finder anvendelse på statsborgere i Fællesskabet, som er fuldt kvalificerede til at udøve et erhverv i et af EU/EFTA-landene, og som ønsker at udøve det samme erhverv i en anden medlemsstat.

Optagelse i det danske revisorregister forudsætter gennemførelse af en kvalifikationseksamen. Kravet blev indført ved bekendtgørelse nr. 209 af 5. april 1991 om godkendelse af registrerede revisorer uddannelse. Bekendtgørelsen trådte i kraft d. 10. april 1991.

Bekendtgørelsen fra 1991 indeholdt en overgangsbestemmelse i § 6. Efter denne overgangsregel kunne personer, der inden 1. januar 1990 var påbegyndt teoretisk eller praktisk uddannelse, indtil udgangen af 1995 optages i Revisorregistret efter reglerne om teoretisk uddannelse i bekendtgørelse nr. 493 af 21. september 1978, forudsat at de i øvrigt opfyldte betingelserne for optagelse i Revisorregistret. Ansøgning om optagelse i Revisorregistret på baggrund af overgangsreglen skulle indgives til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest d. 1. november 1995.

Alle personer, der i dag søger om optagelse i registret over registrerede revisorer skal gennemføre en kvalifikationseksamen. For så vidt angår K følger dette af § 1, stk. 2, nr. 4, i lov om registrerede revisorer, jf. lovbekendtgørelse nr. 502 af 30. juni 1998 og bekendtgørelse nr. 186 af 24. marts 1998 om kvalifikationseksamen for registrerede revisorer. Kravet om kvalifikationseksamen er videreført i § 3, stk. 1, nr. 4, i den nye lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, jf. lov nr. 302 af 30. april 2003, og bekendtgørelse nr. 744 af 21. august 2003 om kvalifikationseksamen for registrerede revisorer.

Efter bekendtgørelse nr. 178 af 17. marts 2003, kan statsborgere i et EU-land og et EFTA-land udøve et lovreguleret erhverv her i landet, såfremt den pågældende opfylder betingelserne i direktiv 89/48/EØF med de ændringer, der følger af direktiv 2001/19/EF. Dette følger også af § 1 a, stk. 1, i lov om registrerede revisorer, jf. lovbekendtgørelse nr. 502 af 30. juni 1998 og i øvrigt af § 4, stk. 1, i den nye lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, jf. lov nr. 302 af 30. april 2003. Der kan efter direktiverne stilles krav om gennemførelse af en egnethedsprøve.

Af bemærkningerne til indførelsen af § 1 a i lov om registrerede revisorer, jf. lovforslag L 38 1997-1998, fremgår, at personer i medfør af reglerne om gensidig anerkendelse (direktiv 89/48/EØF) vil kunne opnå optagelse i registret, evt. efter aflæggelse af en egnethedsprøve. Af bemærkningerne til § 4, stk. 1, i den nye lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, som indeholder en tilsvarende bestemmelse, fremgår det i øvrigt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved egnethedsprøven har mulighed for at stille krav om, at en ansøger dokumenterer sit kendskab til dansk lovgivning.

Af bemærkningerne til § 1 a i lov om registrerede revisorer, jf. lovforslag L 38 1997-1998, fremgår endvidere, at bestemmelsen i § 1 a i lov om registrerede revisorer, jf. lovbekendtgørelse nr. 502 af 30. juni 1998, vil kunne anvendes til at optage personer, som i et andet land har fået en uddannelse, der kan ligestilles med uddannelsen til registreret revisor. Af bemærkningerne til en tilsvarende bestemmelse i § 4, stk. 1, i den nye lov om statsautoriserede og registrerede revisorer fremgår det i øvrigt, at bestemmelsen også anvendes på revisorer fra andre lande, som skønnes at have opnået den relevante uddannelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal udtale:

K blev optaget i det færøske register over revisorer i 1983. Dette berettiger imidlertid ikke K til automatisk at blive optaget i det danske revisorregister.

Enhver, som efter udløbet af overgangsbestemmelsen i § 6 i bekendtgørelse nr. 209 af 5. april 1991 søger om optagelse i det danske revisorregister, skal først gennemføre en kvalifikationseksamen for at blive optaget i registret. Dette gælder uanset, om K kunne have gjort brug af overgangsbestemmelsen.

Det bemærkes i den forbindelse, at det færøske revisorregister og det danske revisorregister er to forskellige registre med to forskellige optagelseskrav. Dette gælder uanset, at Danmark og Færøerne i øvrigt indgår i et rigsfællesskab.

Kravet om kvalifikationseksamen som betingelse for optagelse i det danske register er begrundet i ønsket om at sikre, at revisorer, der optages i registret, har et godt kendskab til danske forhold, herunder især retlige forhold.

Kravene for optagelse i det færøske register for registrerede revisorer er lempeligere end kravene for optagelse i det danske register for registrerede revisorer, idet der ikke stilles krav om kvalifikationseksamen for optagelse i det færøske register. En fravigelse af kravet om kvalifikationseksamen over for færøske revisorer vil således kunne betyde, at danske registrerede revisorer kan omgå kravet om kvalifikationseksamen ved først at lade sig registrere i det færøske register og herefter i det danske.

Personer inden for EU/EFTA kan ansøge om gensidig anerkendelse af udenlandske kvalifikationer, jf. bekendtgørelse nr. 178 af 17. marts 2003. Optagelse i registret kan betinges af aflæggelse af egnethedsprøve. CVUU har udtalt, at K ikke kan benytte sig af disse regler. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger dette til grund for sin afgørelse.

Personer uden for EU/EFTA kan også søge om optagelse på baggrund af udenlandske uddannelser, jf. bemærkningerne til § 1 a i lov om registrerede revisorer, jf. lovbekendtgørelse nr. 502 af 30. juni 1998. Dette følger i øvrigt også af § 4, stk. 1, i den nye lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, jf. lov nr. 302 af 30. april 2003. Godkendelse kan ligeledes her betinges af, at ansøgeren aflægger egnethedsprøve.

K anser det for urimeligt, at færinger ikke får samme vilkår for optagelse i registreret som fremmede borgere fra EU/EFTA-landene. Styrelsen bemærker i den anledning, at det beror på en politisk beslutning, at Færøerne står uden for EU. Endvidere bemærker styrelsen, at en egnethedsprøve i mange tilfælde vil svare til en kvalifikationseksamen. Hvis K således kunne anvende reglerne for EU/EFTA-statsborgere, ville den egnethedsprøve, som han skulle gennemføre, svare til den danske kvalifikationseksamen.

K's ansøgning må behandles efter § 1 a i lov om registrerede revisorer, jf. lovbekendtgørelse nr. 502 af 30. april 1998. Efter bemærkningerne til denne bestemmelse kan revisorer fra andre lande end EU/EØS også benytte denne bestemmelse. For at blive optaget i registret over registrerede revisorer kan der stilles krav om, at ansøger dokumenterer sit kendskab til dansk lovgivning ved en egnethedsprøve eller lignende. Dette følger af lovens ord om, at personen skal godtgøre at have fået en uddannelse i udlandet, der findes at kunne ligestilles med den danske, inklusiv kvalifikationseksamen.

Revisorkommissionen har udtalt, at K skal op til en kvalifikationseksamen. Dette forstår styrelsen således, at egnethedsprøven i K's tilfælde udgør en kvalifikationseksamen. Sekretariatet for Revisorkommissionen har d. 24. november 2003 over for styrelsen oplyst, at Revisorkommissionen fastholder dette efter den nye behandling af sagen d. 3. november 2003. Styrelsen kan i det hele tilslutte sig kommissionens opfattelse. I den forbindelse bemærker styrelsen, at en egnethedsprøve i alle tilfælde vil være en prøve i kendskabet til dansk lovgivning – og i K's tilfælde ses en kvalifikationseksamen at være velegnet.

Afslutningsvis bemærker styrelsen, at kravet om gennemførelse af egnethedsprøve/kvalifikationseksamen gælder uanset, hvilken teoretisk uddannelse man i øvrigt har gennemgået. – også når man som K har gennemgået uddannelsen til cand.merc.aud.”

Den 1. december 2003 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sendt Erhvervsankenævnet en udtalelse af 17. november 2003 fra Revisorkommissionen. Revisorkommissionen udtaler bl.a.:

”Revisorkommissionen har tidligere behandlet en lignende sag, der drejede sig om en færøsk revisor, der ønskede beskikkelse i Danmark. Det fremgår dog ikke af sagen, hvorvidt der var tale om en revisor, som allerede var optaget i det færøske revisorregister som registreret revisor.

Revisorkommissionen har derfor ved mødet den 3. november 2003 behandlet K's anmodning på ny.

Ifølge bekendtgørelse nr. 186 af 24. marts 1998 om godkendelse af registrerede revisorers uddannelse fremgår det af § 6, at personer, der inden 1. januar 1990 har påbegyndt teoretisk eller praktisk uddannelse indtil udgangen af 1995 vil kunne optages i Revisorregistret efter reglerne om teoretisk uddannelse i bekendtgørelse nr. 493 af 21. september 1978, forudsat at de i øvrigt opfylder betingelserne for optagelse i Revisorregistret. Ansøgning om optagelse i Revisorregistret må indgives til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 1. november 1995.

K kunne således – uden at bestå en kvalifikationseksamen – være blevet optaget i det danske register som registreret revisor, såfremt han havde søgt herom senest den 1. november 1995.

Færøerne har egen revisorlovgivning og eget revisorregister, der er forskellig fra den danske revisorlovgivning og det danske revisorregister.

Det forhold, at revisorer optages i det færøske revisorregister medfører ikke at disse samtidig optages i det danske revisorregister. Der er den væsentlige forskel på den danske lovgivning om registrerede revisorer og den færøske lovgivning, at der ikke kræves en kvalifikationseksamen for at blive optaget i det færøske register over registrerede revisorer. Dette medfører, at såfremt en registreret revisor fra Færøerne ønsker at blive beskikket som registreret revisor i Danmark, må han først bestå en kvalifikationseksamen, da ingen kan beskikkes som registrerede revisorer uden at have bestået kvalifikationseksamen.

Såfremt der ikke blev stillet krav om, at færøske registrerede revisorer skulle bestå en kvalifikationseksamen for at blive beskikket som danske registrerede revisorer, ville danske revisorer kunne lade sig registrere på Færøerne og alene på baggrund heraf søge beskikkelse i Danmark og dermed undgå en kvalifikationseksamen.

Det er således Revisorkommissionens opfattelse, at K må indstille sig til en kvalifikationseksamen for at opnå beskikkelse som dansk registreret revisor.”

Ved skrivelse af 14. december 2003 har K supplerende anført:

” ...

Jeg har nogle afsluttende kommentarer til revisorkommissionens og E&S behandling af min ansøgning. Især følgende punkter vil jeg kommentere:

- Kravet om kvalifikationseksamen som betingelse for optagelse i det danske register er begrundet i ønsket om at sikre, at revisorer der optages i registret har et godt kendskab til de danske forhold, herunder især retlige forhold.
- De færøske krav for registrering er ”lempeligere” end de krav der stilles for optagelse i det danske register.
- Overgangsbestemmelsen, der udløb pr. 1. nov. 1995.
- Konklusion

De objektive krav der stilles til at opnå beskikkelse som revisor (beståelse af prøver, praksis mv.) er løbende blevet skærpet, og kandidater skal naturligvis bestå kvalifikationerne. Men det undrer mig, at jeg objektivt set kunne have opnået dansk beskikkelse blot jeg havde søgt inden 01.11.95, samtidig med, at min ansøgning efter min opfattelse ikke bliver behandlet på konkret subjektivt grundlag. I min ansøgning lagde jeg især vægt på, at jeg blev reg. revisor på Færøerne i 1983, 8 år før kvalifikationseksamen blev indført i Danmark, og 12 år før overgangsbestemmelsen udløb.

... i redegørelsen omtales de færøske krav for registrering som lempeligere end de tilsvarende danske krav.

Jeg vil gerne understrege, at jeg er ikke blevet reg. revisor på Færøerne på lempeligere betingelser end i Danmark. Min registrering er 20 år gammel. At den færøske registreringsmyndighed siden 1991 muligvis har praktiseret optagelseskrav lempeligere end i Danmark, (der er jo få revisorer på Færøerne sammenlignet med Danmark også i forhold til befolkningen) bør ikke have nogen betydning i denne konkrete sag. Jeg har ikke forsøgt at omgå de danske krav, jeg har ganske enkelt glemt at lade mig dobbeltregistrere inden fristen udløb. Dette udelukker registrering på grundlag af overgangsbestemmelserne, men de udelukker ikke registrering på grundlag af LRR §1a, om godkendelse af revisorer fra andre lande end EU/EØS.

Iht. kommissionens udtalelse og E&S redegørelse, kunne jeg være blevet optaget i det danske register, såfremt jeg havde søgt herom senest den 1. november 1995. En sådan ansøgning ville ikke have medført, at jeg var blevet bedre udrustet rent fagligt. Men selv om jeg har glemt at indsende min ansøgning med henblik på overgangsbestemmelserne, så har jeg ikke glemt at vedligeholde og

udvikle min faglige viden med læsning af relevant faglitteratur, deltagelse i kurser samt beståelse af revisorkandidateksamen i ... i 1998. Jeg har været i revisionsbranchen siden 1980 med undtagelse af 2½ år. Siden 1994 har jeg bl.a. været generalforsamlingsvalgt revisor for et færøsk pengeinstitut (Balance 1,2 mia.). Tilsynsførende myndighed for pengeinstituttet er Det Danske Finanstilsyn.

Jeg mener derfor at min ansøgning også bør vurderes på det subjektive grundlag, end blot kold jura om overgangsbestemmelser, Færøernes statsretlige stilling m.m.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 1, stk. 2, nr. 1, i den på tidspunktet for Ks ansøgning om optagelse i det danske revisorregister som registreret revisor gældende lov om registrerede revisorer (nu § 3, stk. 1, nr. 1 i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer), at det er et krav for optagelse i registret over registrerede revisorer, at den pågældende har bopæl her i landet. Af den dagældende lovs § 1 a (nu § 4 i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer) fremgår dog, at Erhvervs- og selskabsstyrelsen kan registrere personer, som godtgør at have en uddannelse i udlandet, der findes at kunne ligestilles med den i § 1, stk. 2, nr. 4 og 5, omhandlede uddannelse, og som i øvrigt opfylder betingelserne i § 1, stk. 2, jf. stk. 3.

§ 1 a blev indsat i lov om registrerede revisorer ved lov nr. 1086 af 29. december 1997 om ændring af lov om statsautoriserede revisorer og lov om registrerede revisorer (Kvalifikationseksamen for registrerede revisorer). Af bemærkningerne til lovforslaget (L 38 af 23. oktober 1997) fremgår blandt andet:

”...

Almindelige bemærkninger

1. Baggrund

Formålet med lovforslaget er at skabe hjemmel for, at Revisorkommissionen kan afholde den kvalifikationseksamen, der er en forudsætning for optagelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register over registrerede revisorer.

...

Ved bekendtgørelse nr. 209 af 5. april 1991 om godkendelse af registrerede revisorers uddannelse blev de uddannelsesmæssige krav i direktiv 84/253/EØF om autorisation af personer, der skal foretage lovpligtig revision af regnskaber, implementeret. Efter bekendtgørelsen kunne optagelse i Revisorregistret efter en overgangsperiode til udgangen af 1995 kun ske på grundlag af en kvalifikationseksamen, der skulle forestås af Undervisningsministeriet.

...

Bemærkninger til de enkelte bestemmelser

...

§ 1 a svarer til bestemmelsen i § 2 i lov om statsautoriserede revisorer.

Bestemmelsen giver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mulighed for at optage personer, som i et andet land har fået en uddannelse, der kan ligestilles med uddannelsen til registreret revisor, i Revisorregistret. Personer, der er statsborgere i EU, eller som er omfattet af EØS-traktatens regler, og som i et andet EU-land har adgang til at udføre lovpligtig revision vil i medfør af reglerne om gensidig anerkendelse (direktiv 89/48/EØF) ligeledes kunne opnå optagelse i registret, evt. efter aflæggelse af en egnethedsprøve.

Bestemmelsen findes i dag i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bekendtgørelse nr. 209 af 5. april 1991. Denne bekendtgørelse ophæves i forbindelse med overførelsen af kvalifikationseksamen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og udstedelsen af en eksamensbekendtgørelse for registrerede revisorer.

...”

På baggrund af formålet med lovændringen i 1997, da det efter Revisorkommissionens udtalelse af 1. december 2003 må lægges til grund, at der efter den færøske lovgivning ikke kræves kvalifikationseksamen for optagelse i det færøske register over registrerede revisorer, og da K ikke har benyttet sig af overgangsordningen i § 6 i bekendtgørelse nr. 209 af 5. april 1991 om godkendelse af registrerede revisorers uddannelse, tiltrædes det, at K skal til en kvalifikationseksamen for at blive beskikket som registreret revisor i Danmark.

Ankenævnet tiltræder herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. september 2003.

26) Kendelse af 8. marts 2005. (J.nr. 04-106.132)

Ingen dispensation for krav om registrering i Revireg.

Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer § 5, stk. 1 og bekendtgørelse nr. 54 af 2. februar 2004 om register over statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder (Revireg).

(Poul Østergaard Mortensen, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. marts 2004 har statsautoriseret revisor K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. februar 2004 har afslået at dispensere fra kravet om registrering i Revireg af hans revisionsvirksomhed.

Sagens omstændigheder:

Statsautoriseret revisor K anmodede ved skrivelse af 25. februar 2004 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at blive fritaget for registrering i det nye revisionsvirksomhedsregister, Revireg. Skrivelsen har følgende ordlyd:

”Jeg driver en enkeltmandsvirksomhed uden ansatte. Indtil 1993 var jeg i en årrække partner i en stor dansk revisionsvirksomhed. Jeg udtrådte på egen foranledning i 1993 og etablerede min egen beskedne virksomhed. De ydelser, jeg leverer, er hovedsagelig rådgivning og regnskabsmæssig assistance til virksomheder, der revideres af andre statsautoriserede revisorer. Jeg afgiver ingen erklæringer i forbindelse med dette arbejde. Herudover afgiver jeg årligt erklæringer på 5 ikke reviderede regnskaber. I 2002 afgav jeg undtagelsesvis revisionspåtegning på et revideret regnskab - for at hjælpe en kollega, men det var en absolut undtagelse.

For at illustrere lidt om omfanget og størrelsesrelationerne af arbejdsopgaverne i min virksomhed kan jeg oplyse, at mine honorarindtægter i 2002 og 2003 udgjorde henholdsvis kr. 320.384 og kr. 305.143 hvoraf erklæringsopgaverne udgjorde henholdsvis kr. 32.750 (6 stk.) og kr. 28.070 (5 stk.).

Jeg benytter ikke moderne teknik (EDB, internet o.l.) , da der ikke er behov herfor, og da jeg påregner at afvikle mine aktiviteter i løbet af 2005 eller i begyndelsen af 2006, anser jeg det for en u hensigtsmæssig investering blot for at kunne, opfylde kravet om en digital signatur i 1-2 år. Jeg tillader mig derfor at gå ud fra, at der kan dispenseres fra dette krav.

Herudover skal anføres, at jeg ikke ønsker at blive optaget i registeret. Som tidligere omtalt er det hensigten at afvikle aktiviteterne indenfor en kort tidshorisont. Jeg vil således under alle omstændigheder føle mig forpligtiget til at sige nej tak til eventuelle tilbudte revisions- og erklæringsopgaver.

I betragtning af at over 90% af mine beskedne arbejdsopgaver/honorarindtægter vedrører rådgivningsopgaver uden erklæringer og at mine erklæringsopgaver/honorarindtægter på ikke reviderede regnskaber er ubetydelige og under afvikling, anmoder jeg om at blive fritaget for registrering i det nye revisionsvirksomhedsregister.

Jeg kan samtidig erklære, at jeg ikke påtager mig nye revisions- eller erklæringsopgaver.”

Foranlediget heraf har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. februar 2004 truffet den påklagede afgørelse. Af afgørelsen fremgår det blandt andet:

” ...

Styrelsen skal i anledningen af Deres brev oplyse, at det ikke er muligt at dispensere fra registreringspligten i Revireg.

Enhver virksomhed, hvorigennem der udføres revision og/eller afgives erklæringer, jf. lov om statsautoriserede og registrerede revisorer § 1, stk. 2, skal registreres i det i henhold til § 5 anførte register (Revireg). Det er kun tilladt at udføre sådanne opgaver gennem en statsautoriseret revisionsvirksomhed, der er registreret i Revireg og dermed har underlagt sig revisorlovens bestemmelser om kvalitetskontrol. Dette følger af bestemmelserne i den nye revisorlovs § 1, stk. 2 og § 2, stk. 2, § 12 og § 5.

Hvis De således fortsat ønsker at udføre revisions- eller erklæringsopgaver i henhold til revisorlovens § 1, stk. 2, skal Deres revisionsvirksomhed registreres i Revireg.

...”

I klageskrivelsen af 19. marts 2004 har statsautoriseret revisor K anført:

” ...

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 27. februar 2004, som jeg modtog 2. marts 2004, blev jeg nægtet dispensation fra registrering i Revireg. Jeg anmodede om dispensation, da det var min opfattelse, at det ikke ville medføre uoverskuelige konsekvenser for hverken lovgiver eller revisorbranchen, at meddele mig en sådan. Efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse er der ingen dispensationsadgang.

Jeg er naturligvis i stand til manuelt at afgive de lovkrævede oplysninger om registrets indhold jfr. bekendtgørelse nr. 54 af 2. februar 2004.

Når der henses til, at det eneste formål med en investering i det nødvendige udstyr for mit vedkommende vil være at kunne opnå en registrering og herefter en afmeldelse, så forekommer det mig at være en uhensigtsmæssig investering. Jeg har desuden en fornemmelse af, at det vil kræve en stor tidsindsats fra min side at opnå de nødvendige færdigheder.

Jeg har funderet meget og længe på den opståede situation. Jo mere jeg spekulerer på problemstillingen, des mere grotesk forekommer den mig at være. Nu er retten til at udføre et bestemt arbejde gjort ubetinget afhængig af en tilslutning til internettet og selve registreringsformen. Ikke således at de faglige kvalifikationer er gjort umiddelbart betydningsløse, men det er de alligevel, for uden internetforbindelse og digital signatur er det tilsyneladende ikke længere muligt at arbejde efter reglerne i Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer.

...”

I anledning af klagen, som har været tillagt opsættende virkning, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. maj 2004 blandt andet udtalt:

”...

I henhold til § 1, stk. 2 i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (LBR), finder loven anvendelse ved revisors revision af regnskaber m.v. og supplerende beretninger samt ved revisors afgivelse af erklæringer og rapporter, der i øvrigt kræves i henhold til lovgivningen eller ikke udelukkende er bestemt til hvervgiverens eget brug. Efter bestemmelsens stk. 2 omfatter betegnelsen ”revisor” såvel statsautoriserede eller registrerede revisorer, medmindre andet udtrykkeligt fremgår.

Efter LBR § 2, stk. 2, må de i § 1, stk. 2, omhandlede opgaver alene udføres af revisorer i statsautoriserede eller registrerede revisionsvirksomheder, jf. § 12, stk. 1.

Det fremgår af LBR § 12, stk. 1, at de opgaver, som revisorer udfører i henhold til § 1, stk. 2, alene må udføres i enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, aktieselskaber, anpartsselskaber eller kommanditaktieselskaber, der lader sig undergive reglerne om kvalitetskontrol, jf. kap. 9, og som opfylder betingelserne i stk. 2-4. Sådanne virksomheder betegnes statsautoriserede henholdsvis registrerede revisionsvirksomheder.

I henhold til LBR § 5, stk. 1, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen føre et offentligt register over såvel statsautoriserede og registrerede revisorer samt over revisionsvirksomheder, jf. § 12, stk. 1. Det fremgår endvidere, at styrelsen kan fastsætte nærmere regler om registrets førelse, herunder om indberetning hertil samt vedligeholdelse heraf.

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 5 (Lovforslag nr. L 144, Folketinget 2002-03, side 27, 2. spalte), at som noget nyt foreslås, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal føre et register over statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder. Det fremgår videre, at

”Baggrunden herfor er, at alle revisionsvirksomheder og de heri beskæftigede revisorer i medfør af § 14, stk. 1, har pligt til at lade sig underkaste kvalitetskontrol efter reglerne i kap. 9. Den obligatoriske kvalitetskontrol bygger på EU-Kommissionens henstilling herom (2001/256/EF), og den forudsætter bl.a., at alle revisionsvirksomheder kontrolleres inden for en nærmere fastsat periode. For at sikre at dette sker i overensstemmelse med lovens bestemmelser, er det nødvendigt at oprette et register over alle revisionsvirksomheder og de heri beskæftigede revisorer.”

Herudover fremgår samme sted, at det foreslås, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte nærmere regler om indberetning til og førelse af dette register, og at

”Der vil herved bl.a. kunne fastsættes regler om, at revisionsvirksomhederne elektronisk skal indberette ind- og udtræden af revisorer samt andre ændringer i virksomhederne af betydning for registret.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har udnyttet hjemmelen i LBR § 5, stk. 1, til at udstede bekendtgørelse om register over statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder (Revireg), som er trådt i kraft den 11. februar 2004.

Efter bekendtgørelsens § 4, stk. 2, skal registrering - i overensstemmelse med lovbemærkningerne - ske elektronisk med digital signatur via www.revireg.dk. Efter bekendtgørelsens § 4, stk. 3, kan virksomheder, som ikke har et CVR-nummer, også anmelde virksomheden skriftligt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Undtagelsen gælder altså kun meget små virksomheder, der ikke har et CVR-nummer.

Med den nye revisorlov sikres revisors uafhængighed gennem regler om konkret uafhængighed i overensstemmelse med EU-Kommissionens henstilling om revisors uafhængighed. Den lovpligtige kvalitetskontrol, som tager udgangspunkt i registret over revisionsvirksomheder, indgår som en væsentlig del af sikringen af revisors uafhængighed. Uafhængighed er helt grundlæggende for revisors virke og gælder, uanset om revisor udfører få eller mange opgaver, som falder ind under LBR § 1, stk. 2, eller hvorvidt revisor er ved at afvikle sin virksomhed. Hvis tilliden til revisorstanden skal bevares, er det derfor af afgørende betydning, at enhver revisor, der udfører de af loven omfattede opgaver, omfattes af den lovpligtige kvalitetskontrol. I overensstemmelse hermed giver loven ikke mulighed for at dispensere fra registrering i Revireg.

Det forhold, at statsautoriseret revisor K forventer at afvikle aktiviteterne i løbet af 2005 eller 2006, eller at han kun har få erklæringsopgaver, kan således på ingen måde begrunde, at han derved skulle kunne friholdes den pligtmæssige elektroniske indberetning, der er en forudsætning for en effektiv vedligeholdelse af registrets udvisende og dermed Revisortilsynets virksomhed.

Bekendtgørelsen tillader kun virksomheder, der ikke har et CVR-nummer (altså meget små virksomheder), at anmelde virksomheden skriftligt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Da statsautoriseret revisor K's virksomhed har et CVR-nummer, kan det forhold, at K anser en investering i det nødvendige it-udstyr for at være uhensigtsmæssig, heller ikke begrunde, at han derfor skulle kunne fritages for den lovpligtige kvalitetskontrol, eller for at anmelde virksomheden i overensstemmelse med bekendtgørelsen. I forbindelse med indførelsen af hjemlen til at kræve digital signatur havde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen drøftelser med Justitsministeriet, som ikke havde bemærkninger til den digitale signatur, da den rettede sig mod professionelle erhvervsudøvere.

I henhold til lov om statsautoriserede og registrerede revisorer er der således ikke lovhjemmel til at undtage fra registreringspligten i henhold til lovens § 5, ligesom der ikke i hverken lov om statsautoriserede og registrerede revisorer eller i lovmotiverne til bekendtgørelsens hjemmelsbestemmelse i lovens § 5, stk. 1 er forudsat adgang at dispensere fra bekendtgørelsens § 4 om, at revisionsvirksomheder, der har et CVR-nummer, skal registreres elektronisk med digital signatur. Tværtimod fremgår det direkte af bemærkningerne, som nævnt ovenfor, at styrelsen kan bestemme, "at virksomhederne elektronisk skal indberette ind- og udtræden af revisorer samt andre ændringer i virksomhederne af betydning for registret."

..."

Statsautoriseret revisor K har ved skrivelse af 9. juni 2004 yderligere bemærket:

"...

Jeg ejer ikke nogen computer, og jeg forstår ikke at anvende en sådan. Jeg har forsøgt for år tilbage, men forholdet udviklede sig alt andet end lykkeligt.

Til gengæld har jeg et SE-nummer for at opfylde min momsregistreringspligt. Ovennævnte forhold er tilsyneladende blevet afgørende for min erhvervsudøvelse.

Jeg har fuld forståelse for det praktiske arrangement med et selvjusterende register, men det forekommer drastisk, når den uddelegerede lovhjemmel formuleres så firkantet, at alle andre hensyn

tilsidesættes, specielt når der henses til, at der samtidig vil være et skriftligt register (for virksomheder uden CVR-nummer). Jeg kunne forstå det, såfremt jeg drev en forretning med en millionomsætning, men jeg afgiver som nævnt i tidligere breve erklæringer på ikke reviderede regnskaber for et beløb, der ikke overstiger kr. 30.000,- årligt.

Jeg føler, at det er en uværdig og unfair måde at blive dømt ude på efter ca. 30 år som statsautoriseret revisor.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ved skrivelse af 21. juli 2004 fremkommet med et yderligere indlæg i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 2, stk. 2, i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, at de i lovens § 1, stk. 2, omhandlede revisions- og erklæringsopgaver alene må udføres af revisorer i statsautoriserede eller registrerede revisionsvirksomheder.

Af lovens § 12, stk. 1, følger det videre, at de opgaver som revisorer udfører i henhold til § 1, stk. 2, alene må udføres i revisionsvirksomheder, som blandt andet lader sig undergive reglerne om kvalitetskontrol, jf. lovens kapitel 9 om Revisortilsynet.

Det fremgår af lovens § 5, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fører et offentligt register over såvel statsautoriserede revisorer som registrerede revisorer samt over revisionsvirksomheder, og at styrelsen kan fastsætte nærmere regler om registrets førelse, herunder om indberetning hertil. Af lovbemærkningerne fremgår det blandt andet:

”Som noget nyt er der i forslaget indsat en bestemmelse om at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ligeledes skal føre et register over revisionsvirksomheder, jf. definitionen i § 12, stk. 1. Baggrunden herfor er, at alle revisionsvirksomheder og de heri beskæftigede revisorer i medfør af § 14, stk. 1, har pligt til at lade sig underkaste kvalitetskontrol efter reglerne i kap. 9. Den obligatoriske kvalitetskontrol bygger på EU-kommissionens henstilling herom (2001/256/EF), og den forudsætter bl.a., at alle revisionsvirksomheder kontrolleres inden for en nærmere fastsat periode. For at sikre at dette sker i overensstemmelse med lovens bestemmelser, er det nødvendigt

at oprette et register over alle revisionsvirksomheder og de heri beskæftigede revisorer. Det foreslås derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte nærmere regler om indberetning til samt førelse af dette register. Der vil herved bl.a. kunne fastsættes regler om, at revisionsvirksomhederne elektronisk skal indberette ind- og udtræden af revisorer samt andre ændringer i virksomhederne af betydning for registret.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har med hjemmel i bestemmelsen udstedt bekendtgørelse nr. 54 af 2. februar 2004 om register over statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder (Revireg). Af bekendtgørelsens § 4, stk. 2, fremgår det, at registrering i registret skal ske elektronisk med digital signatur via www.revireg.dk.

Ankenævnet finder, at § 4, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 54 af 2. februar 2004 har fornøden hjemmel i § 5, stk. 1, i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer. Da statsautoriseret revisor Ks revisionsvirksomhed ikke er omfattet af bekendtgørelsens § 4, stk. 3, og da der ikke er hjemmel til at dispensere fra kravet om, at registreringen skal ske elektronisk med digital signatur via www.revireg.dk, tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. februar 2004 har pålagt statsautoriseret revisor K at lade sin revisionsvirksomhed registrere i Revireg, såfremt han ønsker at udføre revisions- eller erklæringsopgaver i henhold til lovens § 1, stk. 2,

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 27. februar 2004.

4.12. Lov om en rejsegarantifond

27) Kendelse af 15. august 2005. (j.nr. 04-217.156)

Rejsebureau pålagt forhøjet garantistillelse.

Rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1.

(Anne-Dorte Bruun Nielsen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 11. september 2004 har K ApS klaget over, at Rejsegarantifonden i skrivelse af 1. september 2004 har meddelt selskabet, at

selskabet på grund af dets økonomiske forhold udgør en særlig risiko for at påføre fonden tab, og at fonden som følge heraf har pålagt det en forhøjet garantistillelse.

Ankenævnet har ikke fundet anledning til at imødekomme en begæring om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

Af en redegørelse af 7. oktober 2004 fra Rejsegarantifonden for sagens faktiske omstændigheder fremgår blandt andet:

”...

K ApS blev registreret i fonden i 1993.

På daværende tidspunkt skulle rejsearrangørerne stille garanti iht. lov nr. 104 af 28. februar 1986 om en rejsegarantifond, i henhold til hvilken alle rejsearrangører skulle stille garanti stor kr. 200.000 for at være registreret i fonden.

Ved lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond ... ændredes reglerne for garantistillelse således, at garantistillelsen som udgangspunkt var afhængig af rejsearrangørens omsætning, jf. skalatrinnene i lovens § 8 stk. 5 og 6. Herudover kunne fonden ifølge lovens § 19 stk. 1 kræve forhøjet garanti af en rejsearrangør, som tidligere havde påført fonden tab. Dette var ikke tilfældet med K ApS.

K ApS oplyste den 1. december 1996, at omsætningen for de seneste 4 kvartaler udgjorde ca. 4,2 mio. kr., hvilket ifølge skalatrinnene i lovens § 8 stk. 5 nr. 1) udløste en garanti på kr. 300.000. Garantien skulle ifølge lovens § 26 stk. 4 være forhøjet senest den 1. januar 1998. K ApS forhøjede garantien den 16. januar 1997.

Pr. 1. april 2004 hhv. 1. oktober 2004 trådte en ændring af lov nr. 315 af 14. maj 1997 i kraft. Lovændringen har nr. 207 af 29. marts 2004

Bl.a. var det flg. forhold, som blev ændret:

Garantiskalaen i 1997-loven blev ændret, idet der blev indført to ekstra trin i bunden af skalaen, og skalaens overgrænse blev fjernet. Denne ændring trådte i kraft den 1. oktober 2004.

Det blev indført et målrettet tilsyn med rejsearrangørerne, således at fonden kan kræve forhøjet garantistillelse af en rejsearrangør, når det efter en konkret analyse af arrangørens økonomiske forhold må

antages, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab. Denne ændring trådte i kraft den 1. april 2004.

Fonden har siden 2001 fulgt K ApS's økonomiske udvikling, bl.a. ved løbende at anmode om oplysning om selskabets økonomiske forhold.

Fonden kan i medfør af lovens § 13 af enhver forlange alle oplysninger, som skønnes nødvendige bl.a. for at undgå, at fonden lider tab. Jf. bemærkningerne ovenfor havde fonden før ændringen af loven i 2004 ingen sanktionsmulighed (som fx at kræve forhøjet garanti) i forhold til rejsearrangører, hvis drift hvilede på et økonomisk utilstrækkeligt grundlag. Fonden kunne alene kræve garantien forhøjet, hvis rejsearrangøren tidligere havde påført fonden tab.

Fonden ønskede imidlertid gennem den tidligere praksis - ved løbende at forlange økonomiske oplysninger - at lade arrangørerne vide, hvis driften efter fondens mening hvilede på et utilstrækkeligt økonomisk grundlag, således at arrangøren evt. ville tage skridt til at konsolidere virksomheden. Såfremt virksomheden efterfølgende gik konkurs, var mulighederne for at gøre ledelsesansvar gældende efter fondens vurdering også bedre, hvis fonden før konkursen havde gjort ledelsen opmærksom på virksomhedens økonomiske problemer, uden at ledelsen havde fundet anledning til at reagere herpå.

K ApS' årsregnskab for 2000/01 ... udviste et underskud på ca. 5.000 kr. mod et underskud på ca. 250.000 kr. i det forrige regnskabsår og en negativ egenkapital på ca. 440.000 kr. mod en negativ egenkapital på ca. 435.000 i det forrige regnskabsår.

Ledelsen oplyste i årsberetningen, at der for 2001/02 forventedes et resultat, der lå væsentligt over det for 2000/01 realiserede resultat.

Selskabets statsautoriserede revisor gjorde i revisionspåtegningen opmærksom på, at selskabet havde tabt over 40 % af anpartskapitalen, og at der ikke indenfor anpartsselskabslovens frister var stillet forslag til retablering af anpartskapitalen, hvorfor ledelsen kunne ifalde ansvar.

Revisor oplyste i skrivelse af 4. september 2001 ..., at selskabet forventede at genetablere anpartskapitalen indenfor de næste par regnskabsår.

Revisor anførte bl.a. flg. i revisionsprotokollat af 29. august 2001 ...:

"Selskabets resultat er højere end i 1999/00 på trods af faldende omsætning og bruttofortjeneste. Afvigelserne i forhold til tidligere år kan primært henføres til lavere lønomkostninger samt mindre rejseudgifter.

Da selskabet har en negativ egenkapital, vil et ophør af aktiviteterne på nuværende tidspunkt påføre selskabets kreditorer,

herunder især Rejsegarantifonden, tab, medmindre der sker en samtidig kapitaltilførsel i form af ny anpartskapital.

I henhold til kapitaltabsreglerne i lov om anpartsselskaber skal der ske en retablering af kapitalen straks, medmindre der efter aftale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan aftales en frist for retablering gennem den løbende indtjening.

Når selskabet kan holdes i drift trods ovennævnte skyldes det udelukkende den gode likviditet, som et selskab i rejsebranchen typisk får i kraft af forudbetalinger fra kommende rejsedeltagere.

Det er på baggrund heraf helt afgørende, at selskabet ved fortsat drift for det første ikke oparbejder yderligere underskud. Dette ville være klart ansvarspådragende for ledelsen.

For det andet skal det sikres, at selskabet gennem stram styring af økonomien realiserer overskud, således at kapitalgrundlaget kan retableres over en kort årrække. Budgettet for 2001/02 udviser et betydeligt overskud, der dog ikke fuldt ud udligner selskabets underbalance.”

På baggrund af årsregnskabet for 2000/01 samt revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet af 29. august 2001 besluttede fonden i december 2001 at anmodede selskabet om hvert kvartal at fremsende balance samt budget med realiserede tal.

Selskabets årsregnskab for 2001/02 ... udviste et overskud på ca. 32.000 kr. og en negativ egenkapital på ca. 406.000 kr.

Ledelsen oplyste i årsberetningen, at der for 2002/03 forventedes et resultat, der lå væsentligt over det for 2001/02 realiserede resultat.

Selskabets statsautoriserede revisor gjorde i revisionspåtegningen opmærksom på, at selskabet havde tabt over 40 % af anpartskapitalen, og at der ikke indenfor anpartsselskabslovens frister var stillet forslag til retablering af anpartskapitalen, hvorfor ledelsen kunne ifalde ansvar.

Revisor anførte bl.a. flg. i revisionsprotokollat af 27. september 2002 ...:

”Dækningsbidraget for bøger er i år påvirket af opstartsomkostninger for bogen D-dag, hvorfor der næste år må forventes et højere dækningsbidrag, såfremt salget holder samme niveau som i år.

Da selskabet har en negativ egenkapital, vil et ophør af aktiviteterne på nuværende tidspunkt påføre selskabets kreditorer, herunder især Rejsegarantifonden, tab, medmindre der sker en samtidig kapitaltilførsel i form af ny anpartskapital.

I henhold til kapitaltabsreglerne i lov om anpartsselskaber skal der ske en retablering af kapitalen straks, medmindre der efter aftale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan aftales en frist for retablering gennem den løbende indtjening.

Når selskabet kan holdes i drift trods ovennævnte skyldes det udelukkende den gode likviditet, som et selskab i rejsebranchen typisk får i kraft af forudbetalinger fra kommende rejsedeltagere.

Det er på baggrund heraf helt afgørende, at selskabet ved fortsat drift for det første ikke oparbejder yderligere underskud. Dette ville være klart ansvarspådragende for ledelsen.

For det andet skal det sikres, at selskabet gennem stram styring af økonomien realiserer overskud, således at kapitalgrundlaget kan retableres over en kort årrække.”

På baggrund af årsregnskabet for 2001/02 samt revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet af 27. september 2002 anmodede fonden ved skrivelse af 2. april 2003 ... selskabet om at oplyse, om der siden regnskabsårets afslutning den 30. april 2002 var sket kapitaltilførsel i form af ny anpartskapital, eller om selskabet med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde aftalt en frist for retableringen af anpartskapitalen, evt. gennem løbende indtjening.

Selskabet oplyste ved skrivelse af 14. maj 2003 ..., at årsregnskabet for 2002/03 ville udvise et overskud på mindst kr. 100.000, og at selskabet i løbet af året havde foretaget forskellige ændringer for at forbedre indtjeningen. Selskabet havde ikke indgået nogen aftale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om retablering af kapitalen, da selskabet ikke havde modtaget nogen henvendelse herom fra styrelsen. Selskabet oplyste, at man fortsat regnede med at fortsætte og forstærke den positive udvikling i de kommende år, således at kapitalen ad denne vej ville blive retableret.

Herefter fremsendte selskabet den 28. maj 2003 ... en opgørelse udvisende et foreløbigt overskud for regnskabsåret 2002/03 på ca. 170.000 kr.

Fonden anmodede ved skrivelse af 29. september 2003 ... om at få tilsendt den endelige årsrapport samt et drifts- og balancebudget for regnskabsåret 2003/04.

Herefter fremsendte selskabet ved skrivelse af 4. oktober 2003 ... årsrapporten for 2002/03 ..., som udviste et resultat på ca. 70.000 og en negativ egenkapital på ca. 330.000 kr.

Ledelsen oplyste i årsberetningen, at der for 2003/04 forventedes en fremgang i antal rejser samtidig med en reduktion af de faste omkostninger i forhold til regnskabet for 2002/03. Ledelsen forventede på denne baggrund et resultat, der lå over det for 2002/03 realiserede resultat.

Revisor anførte bl.a. flg. i revisionsprotokollat af 19. september 2003 ...:

”Egenkapitalen i selskabet har i årene 1998/99 til 2002/03 udviklet sig således:

	2002/03	2001/02	2000/01	1999/00	1998/99
	<u>t.kr.</u>	<u>t.kr.</u>	<u>t.kr.</u>	<u>t.kr.</u>	<u>t.kr.</u>
Egenkap.					
Primo	- 406	-438	-433	-179	-290
Årets re-					
sultat	<u>72</u>	<u>32</u>	<u>-5</u>	<u>-254</u>	<u>111</u>
Egenkapi-					
tal ultimo	<u>-334</u>	<u>-406</u>	<u>-438</u>	<u>-433</u>	<u>-179</u>

Selskabet har i løbet af de seneste fem år reduceret egenkapitalen med t.kr. 155.

Da selskabet har en negativ egenkapital, vil et ophør af aktiviteterne på nuværende tidspunkt påføre selskabets kreditorer, herunder især Rejsegarantifonden, tab, medmindre der sker en samtidig kapitaltilførsel i form af ny anpartskapital.

I henhold til kapitaltabsreglerne i lov om anpartsselskaber skal der ske en retablering af kapitalen straks, medmindre der efter aftale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan aftales en frist for retablering gennem den løbende indtjening.

Når selskabet kan holdes i drift trods ovennævnte skyldes det udelukkende den gode likviditet, som et selskab i rejsebranchen typisk får i kraft af forudbetalinger fra kommende rejsedeltagere.

Det er på baggrund heraf helt afgørende, at selskabet ved fortsat drift ikke oparbejder yderligere underskud. Dette ville være klart ansvarspådragende for ledelsen.

Endvidere skal det sikres at selskabet gennem stram styring af økonomien realiserer overskud, således at kapitalgrundlaget kan retableres over en kort årrække.”

Revisor oplyste endvidere i protokollatet:

”Mellemregning med direktør

Selskabet har pr. statusdagen et samlet tilgodehavende hos direktøren på kr. 35.977.

Mellemregnskontoen har det meste af året været i direktørens favør, men i perioden slutning er der posteret en række udlæg, der har bragt saldoen i selskabets favør.

Udlån til direktion/anpartshaver er ikke tilladt i h.t. lovgivningen. En nærmere gennemgang af posteringerne på kontoen fører dog til den konklusion, at der mest er tale om posteringer i f.m. direktørens virke som rejseleder.

Vi skal dog under alle omstændigheder henstille, at saldoen udlignes hurtigst muligt.”

På baggrund af årsrapporten for 2002/03 samt revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet af 19. september 2003 anmodede fonden ved skrivelse af 9. oktober 2003 ... selskabet om at bekræfte, at anpartshaverlånet var udlignet.

Endvidere bad fonden selskabet redegøre nærmere for, hvorledes egenkapitalen påtænkte retableret. Fonden bad om at få fremsendt drifts-, balance- og likviditets budget for 2003/04, såfremt selskabet fortsat påtænkte at retablere kapitalen gennem driften.

Selskabet bekræftede ved skrivelse af 22. oktober 2003 ..., at mellemværendet mellem selskabet og anpartshaveren var udlignet. Selskabet oplyste, at budgettet ville blive fremsendt ultimo oktober 2003.

Selskabets revisor fremsendte ved skrivelse af 31. oktober 2003 ... månedsopdelt resultatbudget omfattende den resterende del af regnskabsåret 2003/04 med realiserede tal for perioden 1. maj – 30. september 2003 Revisor oplyste, at selskabet i henhold til budgettet forventede et overskud i størrelsesordenen kr. 200.000, og fandt at det på baggrund heraf var realistisk at forvente en retablering af selskabets anpartskapital indenfor 2-3 år. Revisor bedømte, at fortsat drift var forsvarlig og at risikoen for herved at forværre selskabets situation var minimal.

Fonden bekræftede ved skrivelse af 3. november 2003 ... modtagelsen af revisors redegørelse med bilag og anmodede om at få fremsendt årsrapporten for 2003/04, når den forelå.

På denne baggrund er det nærliggende, at de ny muligheder for at sikre fonden mod tab gennem krav om øget garanti fra arrangøren som betingelse for den videre drift, førte til at K ApS er et af de første selskaber, som fondens bestyrelse ønskede en konkret vurdering af.

Derfor anmodede fonden ved skrivelse af 28. maj 2004 ... K ApS om at fremsende en oversigt over forudbetalingerne fra kunderne fordelt på

12 måneder i 2003 samt på månederne januar – maj 2004. Lov nr. 207 af 29. marts 2004 var på dette tidspunkt trådt i kraft pr. 1. april 2004, og fonden ønskede derfor den reelle risiko i forhold til selskabet belyst.

Selskabet fremsendte oversigten ved skrivelse af 2. juni 2004

Fonden udarbejdede herefter en konkret økonomisk analyse af selskabet, hvorved fonden lagde særlig vægt på årsrapporterne for 2001/02 og 2002/03. Fonden beregnede selskabets soliditets- og likviditetsgrad således:

	2002/03	2001/02
Soliditetsgrad	-37%	-60%
Likviditetsgrad	0,67	0,55

Fonden vurderede, at såvel selskabet soliditets- som likviditetsgrad var utilfredsstillende. Fondens noterede, at selskabet i regnskabsåret 2002/03 havde forbedret indtjeningen, men at indtjeningen stadig var begrænset - også set i forhold til en negativ egenkapital af ikke uvæsentlig størrelse.

Fondens bestyrelse vurderede på dette grundlag, at selskabets økonomiske fundament var utilstrækkeligt, og at selskabet udgjorde en særlig risiko for fonden. Dette meddelte fonden selskabet ved skrivelse af 25. juni 2004

Fonden opgjorde i skrivelsen af 25. juni 2004 omfanget af risikoen således:

Selskabet havde på daværende tidspunkt stillet en garanti overfor fonden på kr. 300.000. Garantien skulle pr. 1. oktober 2004 forhøjes til kr. 500.000 eller kr. 750.000 afhængig af selskabets omsætning iht. lovændringen pr. 1. oktober 2004.

Ifølge selskabets oversigt af 2. juni 2004 over forudbetalinger fra kunder for perioden 1. januar 2003 til 30. april 2004 har selskabet i 4 af årets 12 måneder forudbetalinger på mellem 1,2 og 1,6 mio. kr.

Fondens risiko på den enkelte rejsearrangør kan beregnes som forskellen mellem den stillede garanti og det til enhver tid værende forudbetalingsbeløb fra ikke afrejste rejsekunder med tillæg af et skønnet beløb til hjemtransport m.v. af evt. strandede rejsekunder.

Fonden meddelte på dette grundlag ved skrivelsen af 25. juni 2004 K ApS, at selskabet måtte forvente, at fonden ville kræve den stillede garanti forhøjet, så fonden ikke længere havde en særlig risiko for at lide tab, jf. lovens § 19, og anmodede samtidig selskabet om at fremkomme med en udtalelse, forinden fonden traf afgørelse i sagen.

Selskabet fremsendte den 8. juli 2004 en udtalelse til fonden Der er ikke oplysninger heri, som ændrede i fondens vurdering.

Fonden fremsendte herefter skrivelse af 20. juli 2004 ... til selskabet, hvor det meddeltes, at fondens bestyrelse på et møde ultimo august 2004 ville afgøre, om fonden skulle kræve forhøjet garanti i sagen. Fonden anmodede om, at evt. yderligere udtalelse fra selskabet blev fremsendt senest 10. august 2004, således at udtalelsen i givet fald kunne forelægges bestyrelsen på mødet ultimo august 2004.

Herefter fremsendte selskabet den 10. august 2004 ... fornyet udtalelse i sagen, hvor det bl.a. blev gjort gældende, at en permanent garanti på kr. 1,6 mio. ville være helt ude af proportioner, idet beløbet dels var det maksimalt indbetalte på et bestemt tidspunkt af året og dels for hovedpartens vedkommende var til stede i selskabet. Selskabet oplyste, at det som følge heraf ikke ville være vanskeligt at opnå en rullende garantistillelse, således at selskabets bankforbindelse stillede en garanti, der til enhver tid svarede til det i depositum indbetalte beløb.

På bestyrelsesmødet den 25. august 2004 behandlede fondens bestyrelse sagen.

Bestyrelsen fandt, at der efter den konkrete analyse af selskabets økonomiske forhold må antages, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

Bestyrelsen lagde ved afgørelsen bl.a. vægt på, at selskabet i løbet af de seneste fem år har reduceret egenkapitalen med ca. 150.000 kr. fra – 179.000 kr. til –334.000 kr. Selskabet har i denne periode valgt ikke at indskyde yderligere kapital i selskabet, da det var ledelsens forventning at kunne retablere kapitalen ved fremtidig indtjening.

Ved afgørelsen af hvilket beløb garantien skulle forhøjes til for at afdække fondens risiko, tog bestyrelsen udgangspunkt i bemærkningerne til lov nr. 207 af 29. marts 2004, hvorefter den forhøjede garanti som udgangspunkt sammen med arrangørens almindelige garanti skal dække kundernes forudbetalinger og forventede omkostninger til hjemtransport. Det anføres endvidere i lovbemærkningerne, at fonden således vil have mulighed for at kræve en ekstra garanti af betydelig størrelse, hvis den skønner, at risikoen er tilsvarende forøget. Fonden vil dog ikke kunne kræve en forhøjet garanti, der skønnes at ville overstige dens samlede tab ved rejsearrangørens konkurs.

Bestyrelsen besluttede derfor, at den forhøjede garanti bør afspejle fondens reelle risiko på det tidspunkt af året, hvor arrangøren kan påføre fonden det største tab. For virksomheder med sæsonudsving – som K ApS - vil det således være før højsæsonen, hvor kunderne har slutbetalt rejserne men endnu ikke er kommet af sted.

Bestyrelsen var opmærksom på, at denne beslutning ville medføre, at K ApS i en del af året stiller en højere garanti end fondens reelle risiko udgør, men bestyrelsen ønskede ikke en garanti beregnet på

gennemsnittet af forudbetalinger i løbet af året, fordi det ville betyde, at fonden ville blive påført tab, hvis selskabet gik konkurs lige før højsæsonen.

Bestyrelsen tog imidlertid til efterretning, at K ApS oplyste at kunne opnå en "rullende garanti" hos sin bankforbindelse, dvs. en garanti, der til enhver tid svarer til det i depositum indbetalte beløb.

Bestyrelsen besluttede derfor, at imødekomme K ApS forslag om etablering af en rullende garanti, under forudsætning af:

- at K ApS med "depositum" mente "forudbetalinger generelt" (dvs. både depositum og slutbetaling) og
- at der kan opnås en tilfredsstillende aftale med selskabets bankforbindelse, således at det tilsikres, at garantien løbende svarer til ikke-afrejste kunders forudbetalinger

Bestyrelsen fandt, at denne model var mere rimelig i forhold til arrangøren end kravet om en fast maksimumgaranti hele året igennem, som i størstedelen af årets måneder langt vil overstige fondens reelle risiko.

...

Det skal for god ordens skyld oplyses, at selskabet den 13. september 2004 forhøjede den stillede garanti stor kr. 300.000 til i alt kr. 750.000. Denne forhøjelse har hjemmel i lovens § 8 stk. 5 nr. 3), hvorefter rejsearrangører med en årsomsætning af rejsearrangementer på mellem 10 og 15 mio. kr. skal stille ordinær garanti stor kr. 750.000. Forhøjelsen har således ikke relation til lovens § 19, hvilket selskabet er enig i."

I den påklagede afgørelse af 1. september 2004 hedder det blandt andet:

"...

Fonden oplyste i skrivelsen af 25. juni 2004, at baggrunden for fondens gennemgang af K ApS' økonomiske forhold var den lovændring, der trådte i kraft pr. 1. april 2004, hvorefter fonden iht. § 19 i lov nr. 207 af 29. marts 2004 kan kræve forhøjet garanti af en rejsearrangør, når det efter en konkret analyse af dennes økonomiske forhold må antages, at der er særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

Fonden har som anført i skrivelsen af 25. juni 2004 analyseret selskabets økonomiske forhold på baggrund af den senest aflagte årsrapport for 2002/2003 samt budgetmateriale for 2003/2004. Fondens finder, at selskabets økonomiske fundament er utilstrækkeligt, jf. nærmere begrundelsen i skrivelsen af 25. juni 2004.

Fonden har opgjort sin risiko som forskellen mellem den stillede garanti og det til enhver tid værende forudbetalingsbeløb fra ikke

afrejste rejsekunder. De har i oversigten dateret den 2. juni 2004 opgjort forudbetalingeme månedsvi i løbet af 2003/2004 til max. at udgøre ca. 1,6 mio. kr.

...

De anfører bl.a. i udtalelsen [af 8. juli 2004], at fonden udelukkende vurderer sin risiko i forhold til selskabets formelle regnskab og ikke i forhold til selskabet som sådan og dets virksomhed. Dette er korrekt. Ifølge bemærkningerne til lovens § 19 skal fondens beslutning om at hæve forhøjet garantistillelse bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret, om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej, og/eller om rejsearrangøren har yderligere muligheder for at rejse kapital.

...

Fonden oplyste i skrivelsen af 20. juli 2004, at De under alle omstændigheder pr. 1. oktober 2004 skulle forhøje garantien iht. lovens § 8 stk. 5, idet der pr. denne dato træder en ændring af skalatrinnene i § 8 stk. 5 i kraft, hvorefter en omsætning på de seneste 4 kvartaler på mellem 5 og 10 mio. kr. udløser en garanti på 0,5 mio. kr., og en omsætning på mellem 10 og 15 mio.kr. udløser en garanti på 0,75 mio.kr. Som bekendt udgør Deres omsætning for 3. og 4. kvartal 2003 samt 1. og 2. kvartal 2004 i alt kr. 9.672.133.

...

Endvidere anfører De i skrivelsen af 10. august 2004, at det vil være helt uden proportioner at skulle stille en permanent garanti på 1,6 mio. kr. - dels fordi det er det maksimalt forudbetalte beløb på et bestemt tidspunkt af året, og dels fordi beløbet for hovedpartens vedkommende er til stede i firmaet. De oplyser, at det på denne baggrund ikke vil være vanskeligt at opnå en rullende garantistillelse, således at banken stiller en garanti, der til enhver tid svarer til det i depositum indbetalte beløb.

Under forudsætning af, at De med "depositum" mener "forudbetalinger" (dvs. både depositum og slutbetaling), har fonden taget Deres anbringender vedrørende permanent garanti/rullende garanti til efterretning, jf. nærmere herom nedenfor.

Fondens bestyrelse behandlede som ovenfor anført sagen på det seneste bestyrelsesmøde, og **bestyrelsen besluttede at kræve, at K ApS skal forhøje den stillede garanti iht. lov nr. 207 af 29. marts 2004 § 19.**

Garantien skal forhøjes, således at K ApS stiller en garanti, der er sammensat af en basisgaranti svarende til det beløb, der til enhver tid skal stilles iht. lovens § 8 stk. 5, med tillæg af en forhøjet garanti iht. lovens § 19, som efter Deres ønske gøres variabel.

Den variable garanti skal til enhver tid dække de forudbetalingsbeløb ud over basisgarantien, som K ApS er i besiddelse af vedrørende ikke påbegyndte rejsearrangementer.

...

De har ifølge lovens § 19 stk. 2 mulighed for at begære den forhøjede garanti nedsat, hvis selskabets økonomiske situation bedres, så fonden på baggrund af en fornyet vurdering af sagen ikke længere finder, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

...”

I klageskrivelsen af 11. september 2004 til Erhvervsankenævnet har K ApS anført:

”...

Rejsegarantifonden bekræfter i sin skrivelse, at fonden udelukkende vurderer risikoen for tab ud fra selskabets formelle regnskab og ikke i forhold til selskabet som sådant og ej heller ud fra selskabets virksomhed.

Det anføres endvidere, at fondens beslutning om at kræve forhøjet garantistillelse skal bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej, og/eller rejsearrangøren har mulighed for at rejse kapital. Hvis Rejsegarantifonden konkret havde stillet disse to konkrete spørgsmål, ville man have fået et konkret svar. Nemlig at vi ikke mener, at vi er i noget negativt driftsforløb, tværtimod, at K på trods af udgiftskrævende aktivitetsudvidelser har haft overskud i de sidste tre regnskabsår, og at regnskabet også i år ville udvise et mindre overskud. Endvidere ville man, igen forudsat man havde spurgt, havde fået det svar, at der var mulighed for at rejse kapital, men at der ikke var noget behov herfor. I skrivelsen fra Rejsegarantifonden blev jeg bedt om en kommentar til analysen af selskabets finansielle situation. Det virker mærkværdigt at man først efter, at der er truffet afgørelse får meddelelse om, hvilket grundlag, afgørelsen er truffet på, og hvilke spørgsmål som man skulle have svaret på, især når spørgsmålene ikke er blevet stillet.

Det helt principielle i min anke er følgende: Da Rejsegarantifonden ikke konkret går ind i en analyse af den enkelte rejsearrangørs regnskab og virksomhed vil afgørelserne blive helt arbitrære. Det skyldes, at der er stor forskel på, hvorledes rejsebureauer udarbejder regnskaber, og hvilke principper der følges i regnskabsaflæggelsen, ligesom måden at opgøre aktiver på kan være meget forskellig. Vedlagt følger en artikel med analyse at et navngivet rejsebureau

regnskab. Havde vi i K regnskab anvendt de samme principper, ville regnskabet for 2002-2003 havde udvist et solidt overskud, ligesom aktiverne ville have været betragteligt større. Et regnskab udarbejdet efter disse principper ville derfor ikke havde givet anledning til krav om forhøjelse af garantibeløbet.

Så længe der ikke stilles samme krav om anvendelse af samme regnskabsprincipper til alle rejsebureauer, vil afgørelser om forhøjet garanti vedblive med at være arbitrære.

At "analysen" af K er foregået uden at der er rettet henvendelse til hverken vor revisor eller vor bank, finder jeg kritisabelt. Hos vor revisor kunne man f.eks. havde fået oplyst, at vi anvender et meget konservativt skøn over aktiver, udgifter til udvikling af nye aktiviteter udgiftsføres i det år udgifterne er afholdt, selvom indtægterne først viser sig i senere regnskabsår, hvilket er vigtigt for forståelsen af regnskabet i en ekspansionsperiode, som K har gennemgået. En henvendelse til vor bank kunne have forvissat fonden om, at vi altid har betragtelige beløb på vor konto, der dækker alle fordringer, at vi ingen kreditorer har ud over de løbende, og at der ikke findes skjult gæld eller andre passiver, og at K er et redeligt selskab med orden i sin økonomi.

Endvidere finder jeg, at Rejsegarantifonden ikke tolker bestemmelsen om "særlig risiko" i overensstemmelse med de intentioner, der lå til grund for revisionen af loven. Denne var affødt af, at flere rejsearrangører havde disponeret fuldkommen hasarderet økonomisk, og derved havde påført fonden store tab. Den forhøjede sikkerhedsstillelse skulle imødegå sådanne situationer.

At antage, at K, der har drevet seriøs virksomhed i over 16 år på hæderlig og forsvarlig måde, og som har undertegnede med en solid økonomi i ryggen, hvilket man kunne have forvissat sig om ved at rette henvendelse til vor bank, er i denne kategori, er en fordrejning af den reelle situation.

Der er i K tilfælde intet der indikerer, at fonden har en større risiko for at lide tab end ved ethvert andet rejsebureau. En seriøs totalanalyse af firmaet ville have vist dette.

At Rejsegarantifonden i sit brev skriver, at jeg har foreslået, at den forhøjede garanti gøres variabel, er forkert. Jeg påpegede i mit brev, det helt ulogiske i, at man krævede garanti for beløb, der var tilstede i firmaet. Det er vanskeligt for mig at se, hvorledes en "rullende" garantistillelse, som krævet af Rejsegarantifonden skal udformes i praksis. En model herfor bør anvises, hvis Rejsegarantifondens krav om forhøjelse tages til følge.

En praksis for forhøjet garantistillelse som rejsegarantifonden her lægger op til, vil virke som en opfordring til rejsebureauer om kreativ regnskabsaflæggelse.

Afslutningsvis skal jeg anføre, at den af Rejsegarantifonden anvendte praksis for forhøjelse af garantibeløbet, hvor en seriøs analyse ville vise, at der ikke er nogen reel fare for, at Rejsegarantifonden vil lide tab, kan have store skadevirkninger for bureauer, der således uretmæssigt risikerer at blive stemplet som økonomisk upålidelige.

...”

I Rejsegarantifondens udtalelse af 7. oktober 2004 er om sagens retlige omstændigheder anført:

”...

Fonden fastholder, at K ApS skal forhøje den stillede garanti, så den til enhver tid dækker de indbetalte forudbetalinger fra ikke afrejste rejsekunder.

Begrundelsen for fondens afgørelse om forhøjet garanti er, at det efter fondens konkrete analyse af selskabets økonomiske forhold må antages, at der er særlig risiko for, at fonden vil lide tab, jf. lov om en rejsegarantifond § 19 stk. 1.

Fonden har i den konkrete analyse af selskabets økonomiske forhold bl.a. benyttet de nøgletal, som ifølge lovens § 12a én gang årligt skal indberettes til fonden. Det er hhv. dækningsgrad, likviditetsgrad og soliditetsgrad.

Selskabets likviditetsgrad angiver forholdet mellem omsætningsaktiver og kortfristet gæld. I henhold til bemærkningerne til lov nr. 207 af 29. marts 2004 bør likviditetsgraden være mindst 1, idet en likviditetsgrad af denne størrelse vil indikere, at rejsearrangøren har et tilstrækkeligt likviditetsberedskab, også under sæsonudsving, herunder i de dele af året, hvor forudbetalingerne nærmer sig 0. Det er i lovbemærkningerne understreget, at det i denne forbindelse er vigtigt, at man løbende er opmærksom på niveauet for forudbetalinger. Som nævnt ovenfor, kunne selskabets likviditetsgrad ud fra årsrapporten for 2002/03 beregnes til 0,67.

Selskabets soliditetsgrad er ifølge lovbemærkningerne en indikation for rejsearrangørens muligheder for at imødegå et tab, uden at det vil føre til en konkurs med deraf følgende tab for kreditorerne, herunder fonden. Lovbemærkningerne har taget udgangspunkt i de soliditetskrav, som IATA (den internationale luftfartsorganisation) stiller til de billetudstedende agenter. IATA kræver en soliditetsgrad på 6 % for virksomheder, der er overskudsgivende, og 8 % af virksomheder, der giver underskud. Som nævnt ovenfor gav K ApS i regnskabsåret 2002/03 overskud, men soliditetsgraden var -37 %.

Fonden har betragtet de pågældende nøgletal som indikatorer for selskabets økonomiske situation, men som nævnt ovenfor var fonden opmærksom på selskabets dårlige økonomiske situation langt tidligere end lovændringen trådte i kraft, og fonden har derfor lagt vægt på selskabets samlede økonomiske situation og ikke alene nøgletallene.

Fonden har lagt afgørende vægt på, at der ikke er tale om forbigående økonomiske vanskeligheder. Selskabet har således i mere end 5 år haft negativ egenkapital.

I den forbindelse skal det for god ordens skyld oplyses, at selskabets årsrapport for 2003/04 ... viser et overskud på ca. 5.000 kr. og en negativ egenkapital på ca. 330.000 kr.

Af revisionsprotokollat af 13. september 2004 ... fremgår det, at resultatet er lavere end i 2002/03, hvilket overvejende skyldes øgede personaleomkostninger samt salgs- og administrationsomkostninger. I omsætningen og dækningsbidraget ses der en positiv udvikling, der dog ikke har kunnet opveje de øgede udgifter. Revisor anfører endvidere, at der pr. statusdagen er et tilgodehavende hos direktøren på kr. 4.174. Endelig anfører revisor de samme bemærkninger vedrørende negative egenkapital, virksomhedsophør med tab for kreditorerne, herunder fonden, til følge, kapitaltabsreglerne og forudbetalinger fra rejsekunder, som revisor har anført i tidligere årsrapporter, jf. ovenfor.

Fonden har herudover lagt afgørende vægt på, at selskabets ledelse ikke har ønsket at konsolidere virksomheden, men igennem en årrække har fastholdt, at kapitalen vil blive reableret gennem driften.

Fonden skal ikke afgøre, hvorvidt ledelsens forventning til kapitalens reablering er realistisk, men fonden kan konstatere, at ledelsens dispositioner påfører fonden risiko for at lide tab, jf. bl.a. selskabets revisors protokollater for regnskabsårene 2000/01, 2001/02 og 2002/03.

Denne risiko ønsker fonden, at selskabet afdækker. Fondens hjemmel hertil er lovens § 19.

...”

K ApS har i skrivelse af 9. november 2004 yderligere bemærket:

”...

Indledningsvis skal jeg bemærke, at jeg finder Rejsegarantifondens afgørelse udtryk for en helt urimelig forskelsbehandling. Der har ikke fundet en konkret analyse af K som virksomhed sted. I bedømmelsen af K er ikke indgået en bedømmelse af vor virksomhed i de forløbne 16 år. Der har ikke været rettet henvendelse til hverken vor bank eller vor statsautoriserede revisor med henblik på en vurdering af virksomheden og fondens risiko. Henvendelser, der ville have resulteret i, at fonden ville have kunnet få oplyst, at der ingen økonomisk risiko var. Når

dertil lægges, at den såkaldt konkrete økonomiske analyse af K bygger på med visse andre rejsebureauers helt usammenlignelige regnskaber med helt forskellige regnskabsprincipper forekommer afgørelsen endnu mere som udtryk for forskelsbehandling.

Det er min opfattelse, at der for at bedømme og sammenligne regnskaber, må tages udgangspunkt i sammenlignelige størrelser, dvs. regnskaberne skal være udarbejdet på grundlag af de samme principper. Når rejsegarantifonden på baggrund af en økonomisk analyse af et rejsebureau kræver forhøjet garantistillelse af dette rejsebureau, må det forlanges, at samme kriterier lægges til grund for bedømmelsen af andre rejsebureauers regnskaber. Det er ikke tilfældet.

Den eneste rimelige fremgangsmåde ville være at fastlægge fælles kriterier for rejsebureauers udarbejdelse af regnskaber og derefter vurdere, hvilke bureauer, der eventuelt skulle stille forhøjet sikkerhed.

Der er, som det fremgår af den tidligere fremsendte artikel fra bladet Stand By, og i øvrigt af forskellige rejsebureauers regnskaber, tale om, at der anvendes meget forskellige principper i bl.a. opgørelse af aktiver og i opgørelse af overskud, to helt centrale dele i vurderingen af et selskabs regnskab. Det fremgår ikke af svarene på mine henvendelser til Rejsegarantifonden, at man er opmærksom på dette, og at man i bedømmelsen af rejsebureauer generelt og K specielt har taget hensyn til dette. Det giver en fuldstændig vilkårlig bedømmelse af bureauernes økonomi.

Det ses heller ikke, at der til grund for vurderingen af K er taget hensyn til bedømmelse af virksomheden fra de to instanser, der formentlig ved mest om firmaets reelle økonomiske stilling, vor statsautoriserede revisor og vor bank. Der er alene lagt til grund årsregnskaberne, hvoraf det måske ikke klart nok fremgår, at der i opgørelsen af aktiver i forhold til visse andre rejsebureauer anvendes meget konservative principper, ligesom regnskabsføring af overskud først sker, når en rejse er afholdt. En henvendelse til vor bank - eller til os - ville også kunne godtgøre, at de forudbetalte beløb (deposita og forudbetaling for rejser) for langt hovedpartens vedkommende vil være til stede i vor bank. For at vurdere fondens risiko vil det have været rimeligt, om man ikke blot havde ønsket oplyst, hvor store indbetalingerne af deposita og forudbetalingerne var, men også havde ønsket oplyst, hvor stor del af pengene, der var tilstede i banken på det pågældende tidspunkt, evt. også hvor store forudbetalinger K havde foretaget. Dette ville have givet et reelt billede af fondens risiko på et givet tidspunkt, men det har man åbenbart ikke ønsket at få.

Det var i denne forbindelse, at jeg gjorde opmærksom på, at fondens krav om forhøjet garanti betød, at fonden krævede en garanti, der selv ud fra fondens egen bedømmelse ville overstige den økonomiske risiko, som fonden mente at have. Jeg foreslog ikke, at jeg skulle stille en "rullende" sikkerhed i banken, jeg fremhævede blot en mere rimelig mulighed. Hvorfor det fremstilles som mit forslag, ved jeg ikke, og det forekommer mig som udtryk for en bevidst fejllæsning. Jeg mener

absolut ikke, at Rejsegarantifonden har nogen begrundelse for at kræve forhøjet sikkerhedsstillelse, hverken "rullende" eller på anden måde.

Det fremgår af Rejsegarantifondens brev til Erhvervsankenævnet af 7. oktober 2004 ... at fonden hævder at have lagt vægt på selskabets samlede økonomiske situation, og at denne er lagt til grund for kravet om forhøjet sikkerhedsstillelse. Det kan ikke ses at være tilfældet. I øvrigt kan det tilføjes, at forhøjet sikkerhedsstillelse kun kan kræves når "der er særlig risiko for, at fonden vil lide tab". Fonden har, som det vil fremgå nedenfor ingen risiko for at lide tab.

Som jeg tidligere har anført i mine svar til Rejsegarantifonden, indgår der normalt i en seriøs analyse af et firma og firmaets regnskab og økonomi en samlet vurdering af selskabet: Hvor seriøs en forretning drives der, hvorledes er virksomhedens historie, hvem tegner firmaet og hvilke forcer har de og firmaet. En sådan analyse har Rejsegarantifonden ikke foretaget, men udelukkende fokuseret på nøgletal, der er fremgået af et regnskab, der er frembragt efter principper, der gør det usammenligneligt med mange andre rejsebureauers regnskaber.

Jeg har tidligere anført til bedømmelse af K seriøsitet, at vi i de 16 år vi har drevet rejsebureauvirksomhed, aldrig har haft en klage i Rejseankenævnet og aldrig haft en ufyldstgjort kreditor.

Jeg finder det helt uacceptabelt, at Rejsegarantifonden på et så løst grundlag bedømmer K til at udgøre en risiko for at fonden lider tab.

Dette understreges yderligere af det faktum, at fonden reelt ikke har nogen risiko for tab. Jeg skal i denne forbindelse henvise til mit brev af 25/10 2004, hvor jeg anfører, at i medfør af anpartsselskabsloven, hæfter jeg, i betragtning af at firmaet har mistet 60 % af egenkapitalen, personligt for tab, der måtte opstå ved videreførsel af firmaet. Fondens reelle risiko vil derfor afhænge af, om jeg i givet fald ville kunne honorere eventuelle krav efter en konkurs. At jeg vil kunne dette, kunne fonden have fået oplysning om, hvis man ønsker det, ved at rette henvendelse til undertegnede eller til min bank, som jeg også anfører i brevet til Erhvervsankenævnet af 25/10.

Som ovenfor beskrevet er langt størstedelen af de indbetalte beløb (deposita og forudbetalinger) til stadighed til stede i firmaet. Der er derudover stillet en bankgaranti på kr. 750.000. På den baggrund er det mig helt uforståeligt, at Rejsegarantifonden kan komme til den konklusion, at K udgør "en særlig risiko for, at fonden vil lide tab".

Det er ikke rigtigt, når fonden i sit brev af 7. oktober 2004 fremfører "at ledelsens dispositioner påfører fonden risiko for at lide tab jvf, selskabets revisors protokollater for regnskabsårene 2000/01, 2001/02 og 2002/03" jvf. ovenstående.

Fonden skal alene vurdere, om der er risiko for, at fonden lider økonomiske tab, da det, som det fremgår af ovenstående, ikke er

tilfældet vil en opretholdelse af kravet om forhøjet sikkerhedsstillelse betyde, at fonden til grund for sin beslutning må ligge andre vurderinger end de rent økonomiske. Hvilke fremgår ikke af fondens hidtidige skrivelser.

Jeg skal endvidere anføre den manglende information fra Rejsegarantifondens side vedrørende klagens opsættende virkning, og derudover den mangelfulde information om klageproceduren. Det forekommer mig også mærkværdigt, at man i brevet af 7/10 til Erhvervsankenævnet nævner at jeg har et mellemværende med K på kr. 4.174,- men ikke nævner forklaringen: at det skyldes en mellemregning på grund af udlæg jeg har haft i forbindelse med min virksomhed som rejseleder. Det forekommer mig også uforståeligt, at Rejsegarantifonden i sine formuleringer omkring klagens opsættende virkning forsøger at skabe et indtryk af overhængende risiko "fondens risiko vil fortsætte uændret", "ganske hurtig behandling af anken", specielt i betragtning af, at der ingen risiko er. At Rejsegarantifonden også fastholder, at anken ikke skal have opsættende virkning forekommer mig også uforståeligt. Det vil være fonden bekendt, at garantistillelse er forbundet med omkostninger, og at det betyder at i tilfælde af, at K får medhold i anken, vil firmaet være blevet påført unødige omkostninger.

Jeg skal bede Erhvervsankenævnet i behandlingen af anken også tage hensyn til de af 11/9 og 25/10 2004 til ankenævnet fremsendte breve fra K [vedrørende opsættende virkning].

Konkluderende skal jeg anføre:

- 1) Bedømmelsen af K regnskab sker på et i forhold til andre rejsebureauers regnskab arbitrært grundlag
- 2) Der indgår ikke i Rejsegarantifondens vurdering af fondens økonomiske risiko, en generel bedømmelse af K virksomhed, hvilket i allerhøjeste grad er relevant for en vurdering af et firmas økonomi.
- 3) Der indgår ikke i vurderingen af fondens risiko en analyse af firmaets reelle økonomiske situation. Der er ikke sket henvendelse desangående til vor revisor eller til vor bank f. eks. vedrørende indestående i forhold til deposita og forudbetalinger.
- 4) Der er ikke i vurderingen af fondens økonomiske risiko taget hensyn til, at undertegnede er økonomisk ansvarlig med min personlige formue for tab, der måtte opstå, herunder Rejsegarantifondens, ved fortsat drift af K.

Afslutningsvis skal jeg bemærke, at når jeg ikke ønsker at imødekomme Rejsegarantifondens krav om øget sikkerhedsstillelse har det flere årsager.

- Jeg er principielt imod at forvaltningsmæssige afgørelser træffes på et arbitrært grundlag som i denne sag.

- Fondens bedømmelse af dens økonomiske risiko er objektivt forkert. Som det fremgår af ovenstående har fonden ingen risiko.

- En afgørelse fra Rejsegarantifonden om særlig sikkerhedsstillelse vil, hvis den kommer til offentlighedens kendskab kunne skade K omdømme, og dermed have konsekvenser for firmaet. Det kan Rejsegarantifonden ikke være uvidende om, og som erhvervsdrivende forventede jeg på den baggrund en mere dybtgående og seriøs behandling af spørgsmålet.”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 19, stk. 1, i rejsegarantifondsloven, som bestemmelsen er affattet ved lov nr. 207 af 29. marts 2004 om ændring af lov om en rejsegarantifond, at Rejsegarantifonden kan kræve forhøjet garantistillelse af en arrangør eller en formidler for en udenlandsk arrangør, når det efter en konkret analyse af dennes økonomiske forhold må antages, at der er særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

Af lovbemærkningerne til § 19, stk. 1, i rejsegarantifondsloven (L 116 af 17. december 2003) fremgår af de specielle bemærkninger (nr. 10) blandet andet:

”Lovforslaget indebærer som nævnt, at den mulighed for at kræve forhøjet garantistillelse, som fonden allerede i dag har, når en ”genganger” driver sin virksomhed på en måde, der giver fonden en særlig risiko for tab, udvides til at gælde alle rejsearrangører/formidlere, der driver virksomhed på et uforsvarlig økonomisk grundlag. I lighed med hvad der gælder efter den nuværende § 19, stk. 1 og 2, skal dette ske på baggrund af et skøn, der er baseret på en analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomi.

Et element i den økonomiske analyse vil være om rejsearrangørens/formidlerens økonomiske nøgletal afviger negativt fra de indikatorer, der er beskrevet under nr. 7, men der vil ikke være tale om, at nøgletal der ligger under de angivne værdier, automatisk vil udløse et krav om forhøjet garantistillelse.

Fondens beslutning om at kræve forhøjet garantistillelse skal således bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret, om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej, og/eller om rejsearrangøren/formidleren har yderligere muligheder for at rejse kapital.

Den forhøjede garanti fastsættes konkret af fonden i forhold til den skønnede forøgede risiko, men skal som udgangspunkt sammen med

den almindelige garanti dække kundernes forudbetalinger og forventede omkostninger til hjemtransport.”

Årsrapporterne for årene 1998/99, 1999/2000, 2000/01, 2001/02 og 2002/03 for K ApS udviser alle en ganske betydelige negativ egenkapital. Egenkapitalen er set over perioden forringet med ca. 150.000 kr. Der er efter ankenævnets opfattelse således ikke tale om økonomiske vanskeligheder af forbigående karakter.

Selskabets revisor har i revisionsprotokollater af henholdsvis 29. august 2001, 27. september 2002 og 19. september 2003 vedrørende årsrapporterne for 2000/01, 2001/02 og 2002/03 blandt andet påpeget overfor selskabets ledelse, at:

”Da selskabet har en negativ egenkapital, vil et ophør af aktiviteterne på nuværende tidspunkt påføre selskabets kreditorer, herunder især Rejsegarantifonden, tab, medmindre der sker en samtidig kapitaltilførsel i form af ny anpartskapital.

I henhold til kapitaltabsreglerne i lov om anpartsselskaber skal der ske en retablering af kapitalen straks, medmindre der efter aftale med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan aftales en frist for retablering gennem den løbende indtjening.

Når selskabet kan holdes i drift trods ovennævnte skyldes det udelukkende den gode likviditet, som et selskab i rejsebranchen typisk får i kraft af forudbetalinger fra kommende rejsedeltagere.

Det er på baggrund heraf helt afgørende, at selskabet ved fortsat drift ikke oparbejder yderligere underskud. Dette ville være klart ansvarspådragende for ledelsen.”

I de nævnte revisionsprotokollater har selskabets revisor endvidere påpeget, at det skal sikres, at selskabet gennem stram styring af økonomien realiserer overskud, således at kapitalgrundlaget kan retableres over en årrække.

Uanset at K ApS i de seneste år har opnået mindre overskud, finder ankenævnet det på baggrund af ovennævnte godtgjort, at betingelserne for i medfør af rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1, at kræve forhøjet garantistillelse er opfyldt.

Ankenævnet kan herefter tiltræde, at K ApS skal forhøje den stillede garanti, så den ud over basisgarantien til enhver tid dækker indbetalte forudbetalinger fra ikke afrejste kunder.

Ankenævnet stadfæster derfor Rejsegarantifondens afgørelse af 1. september 2004.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2005 modtaget 80 klagesager. Hertil kommer 41 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse ialt 121 sager er der afsagt kendelse i 27 sager. 53 sager er afsluttet på anden måde, heraf 2 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under sagens behandling i ankenævnet. 41 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 27 kendelser, der blev afsagt i 2005, var der i 17 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 2 kendelser tiltrådte ankenævnet den påklagede afgørelse, således som afgørelsen var ændret af indklagede under behandlingen af sagen i ankenævnet. I 5 kendelser ændrede/hjemviste ankenævnet den påklagede afgørelse, og endelig blev 3 sager afvist ved kendelse.

Oplysningerne for 2005 kan specificeres således:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2005:

Sagsstatistik 2005:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2005. 41

Indkommet i året: 80

Til behandling ialt: 121

Heraf:

Afvist på grund af manglende gebyr: 43

Afvist af andre grunde: 1

Omgjort af indklagede: 2

Tilbagekaldt af klager: 7

Afsluttet uden kendelse ialt: 53

Afgjort ved kendelse: 27

Afsluttet ialt: 80

Uafsluttede sager pr.

31. december 2005: 41

Kendelsesstatistik 2005:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	2	0	0	2
Anden finansiel virksomhed	1	0	1	2
Forsikring/ Pension	0	1	0	1
Investeringsforeninger	1	0	0	1
Værdipapirhandel	1	0	0	1
ATP	0	1	0	1
Aktie- og anpartsloven	0	2	1	3
Erhvervsdrivende virksomheder	1	0	0	1
Årsrapport	9	0	0	9
Ejendomsomsætning	1	0	0	1
Revisorer	2	0	0	2
Rejsegaranti	1	0	0	1
I alt	19	5	3	27