

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2009

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2009.

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

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

1. FORMANDSKABETS BERETNING	7
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	8
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	10
3.1. Ankenævnets organisation	10
3.2. Ankenævnets kompetence.....	11
3.3. Indgivelse af klager	12
3.4. Sagens forberedelse.....	13
3.5. Sagens afgørelse.....	14
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	16
4.1. Lov om finansiel virksomhed	
1) Kendelse af 9. januar 2009 (J.nr. 2007-0013935). Pensionskasser meddelt en række påbud vedrørende det tekniske grundlag. Ikke grundlag for at offentliggøre navnene på pensionskasserne	16
2) Kendelse af 30. januar 2009 (J.nr. 2008-0017362). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	19
3) Kendelse af 30. januar 2009 (J.nr. 2008-0017489). Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet	25
4) Kendelse af 24. februar 2009 (J.nr. 2008-0015771). Den udøvede virksomhed udgør udstedelse af elektroniske penge og kræver tilladelse	33
5) Kendelse af 3. marts 2009 (J.nr. 2008-0017864). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	44
6) Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0017069). Ikke meddelt dispensation til at intern revisionschef må udføre revisionsopgaver uden for den finansielle koncern	51
7) Kendelse af 8. juni 2009 (J.nr. 2008-0017408). Omtvistet aktivitet vedrørende rådgivning og vejledning om konkrete prospekter opfylder ikke kravet i lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 2, 2. pkt.	61
8) Kendelse af 19. juni 2009 (J.nr. 2009-0018724). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	75

9) Kendelse af 28. august 2009 (J.nr. 2009-0018589). Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet	84
10) Kendelse af 31. august 2009 (J.nr. 2009-0018042). Filial af udenlandsk pengeinstitut pålagt at have direkte adgang til likviditet i Danmark for det fulde beløb for indlån	91
11) Kendelse af 31. august 2009 (J.nr. 2009-0018812). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	124
12) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2009-0019227). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	131
13) Kendelse af 7. oktober 2009 (J.nr. 2009-0019149). Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet	136
14) Kendelse af 13. oktober 2009 (J.nr. 2009-0019579). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	148
15) Kendelse af 29. oktober 2009 (J.nr. 2009-0020371). Pengeinstitut pålagt forhøjet solvenskrav	155

4.2. Lov om forsikringsformidling

16) Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0016956). Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling meddelt efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4	158
17) Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0016957). Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling meddelt efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4	169

4.3. Anden finansiel lovgivning

18) Kendelse af 10. november 2009 (J.nr. 2009-0019167). Bonuscertifikater ikke omfattet af § 12, stk. 1, nr. 3, jf. nr. 11, i bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006.....	181
---	-----

4.4. Aktie- og anpartsselskabsloven

19) Kendelse af 24. februar 2009 (J.nr. 2008-0017615). Den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udpegede medrevisor, ifølge Aktieselskabsloven § 82, stk. 2 tiltrådt	196
20) Kendelse af 30. juni 2009 (J.nr. 2008-0018004). Selskab pålagt at ændre navn, da nuværende navn egnet til at vildlede	200
21) Kendelse af 14. september 2009 (J.nr. 2008-0017295). Berostillelse af registrering af kapitalforhøjelse tiltrådt	208
22) Kendelse af 24. november 2009 (J.nr. 2009-0018966).	

Registrering af kapitalforhøjelse nægtet på grund af tvivl om grundlaget for kapitalforhøjelsen.....	225
--	-----

4.5. Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder

23) Kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-0016968). Selskab nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. § 13	236
---	-----

4.6. Årsregnskabsloven

24) Kendelse af 3. marts 2009 (J.nr. 2008-0017480). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	242
--	-----

25) Kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-0017898). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	245
---	-----

26) Kendelse af 27. april 2009 (J.nr. 2008-0017638). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	249
---	-----

27) Kendelse af 27. april 2009 (J.nr. 2008-0018182). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	255
---	-----

28) Kendelse af 18. august 2009 (J.nr. 2009-0018545). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	259
--	-----

29) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2008-0018377). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	269
--	-----

30) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2009-0018477). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	273
--	-----

31) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2009-0018854). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	277
--	-----

32) Kendelse af 25. august 2009 (J.nr. 2009-0018747). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	280
--	-----

33) Kendelse af 25. august 2009 (J.nr. 2009-0018811). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	285
--	-----

34) Kendelse af 17. september 2009 (J.nr. 2009-0018684). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	289
---	-----

35) Kendelse af 22. september 2009 (J.nr. 2009-0019342). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	293
---	-----

36) Kendelse af 11. november 2009 (J. nr. 2009-0019271). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	296
---	-----

37) Kendelse af 11. november 2009 (J. nr. 2009-0019448). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	303
---	-----

4.7. Bogføringsloven

38) Kendelse af 1. juli 2009 (J. nr. 2008-0017409). Dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA	312
--	-----

4.8. Lov om godkendte revisorer og revisorvirksomheder

39) Kendelse af 27. februar 2009 (J.nr. 2008-0017432). Revisionsvirksomhed slettet i Revireg som følge af manglende lovpligtig kvalitetskontrol	321
---	-----

40) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2009-0018761). Revisionsvirksomhed skulle betale gebyr efter bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet	329
---	-----

4.9. Hvidvaskloven

41) Kendelse af 7. september 2009 (J.nr. 2008-0018412). Optagelse i hvl-registeret nægtet	344
--	-----

42) Kendelse af 22. september 2009 (J.nr. 2009-0018462). Sag hjemvist til fornyet behandling, da nægtelse af optagelse i hvl-registeret i medfør af § 31, stk. 2, i hvidvaskloven ikke var berettiget.....	352
--	-----

43) Kendelse af 6. oktober 2009 (J.nr. 2009-0018460). Pengeoverførselsvirksomheds manglende overholdelse af pligter i henhold til hvidvaskloven påtalt	363
--	-----

4.10. Lov om omsætning af fast ejendom

44) Kendelse af 13. marts 2009 (J.nr. 2008-0016811). Klager opfylder ikke kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling, og alene kortere periode godkendt som relevant praktisk erfaring vedrørende ejendomsformidling.....	379
---	-----

45) Kendelse af 6. august 2009 (J.nr. 2008-0018314). Klager opfylder ikke kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling	396
---	-----

4.11. Rejsegarantifondsloven

46) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2008-0017684). Rejsebureau pålagt forhøjet garantistillelse	404
---	-----

5. SAGSSTATISTIK.....	440
------------------------------	------------

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 2009 haft en tilgang på 173 klagesager og har i alt haft 203 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 176 sager. Heraf er 46 sager afsluttet ved kendelse og 130 sager på anden måde. Af de 46 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 42 sager, mens 4 sager førte til ankenævnets ændring/omgørelse af den påklagede afgørelse.

I 11 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 7,5 måneder, der inkluderer den tid, som medgår til høring af en sags parter. Sagsbehandlingstiden for hver sag fremgår af de enkelte kendelser, der er optrykt i kapitel 4.

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

Jan Uffe Rasmussen
formand

Steen Mejer
næstformand

2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING

Ankenævnet bestod ved udgangen af 2009 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 2009 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Steen Mejer, næstformand

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Suzanne Helsteen
Advokat	Finn Møller
Advokat	Anders Hjulmand
Statsaut. revisor	Lars Holtug
Statsaut. revisor	Kirsten Aaskov Mikkelsen
Statsaut. revisor	Johnny Kofoed-Jensen
Statsaut. revisor	Marianne Fog Jørgensen

Med kendskab til nationaløkonomi:

Lektor	Peter Erling Nielsen
Lektor	Ingrid Henriksen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Bankdirektør	Preben Lund Hansen
Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen
Underdirektør	Cato Baldvinsson
Områdedirektør	Peter Stig Hansen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Vicedirektør	Jørgen Wohlsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:

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

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Sekretær	Steen Hansen

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.erhvervsankenaevnet.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 beskeden størrelse til meget komplicerede sager med betydelige økonomiske konsekvenser.

Bestemmelser om Erhvervsankenævnet findes i lov nr. 858 af 23. december 1987 som ændret ved lov nr. 315 af 14. maj 1997, lov nr. 1052 af 23. december 1998 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. Ved udgangen af 2009 var antallet af sagkyndige medlemmer 19. 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 styrelsers 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 typisk 4 uger. Fristen er ikke fastsat i loven om ankenævnet, men følger af de enkelte bestemmelser, der fastlægger ankenævnets kompetence. Efter den grønlandske aktieselskabslov og anpartsselskabslov er klagefristen 7 uger.

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

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

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

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

3.4. Sagens forberedelse.

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

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

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

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

3.5. Sagens afgørelse.

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

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

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

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

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

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

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2009.

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

4.1. LOV OM FINANSIEL VIRKSOMHED

1) Kendelse af 9. januar 2009 (J.nr. 2007-0013935).

Pensionskasser meddelt en række påbud, vedrørende det tekniske grundlag.

Ikke grundlag for at offentliggøre navnene på pensionskasserne.

Lov om finansiel virksomhed §§ 20, 21, 347 og 354 samt forvaltningslovens § 19.

(Holger Dock, Mogens Andersen, Cato Baldvinsson, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. september 2007 har advokat A på vegne af K1 og K2 klaget over Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2007. Ved afgørelserne meddelte Finanstilsynet pensionskasserne en række påbud og oplyste endvidere, at tilsynet i forbindelse med udsendelse af afgørelserne ville offentliggøre navnene på pensionskasserne.

(Da kendelsen fylder 50 sider kan denne i sin helhed findes på Erhvervsankenævnets hjemmeside: www.erhvervsankenævnet.dk/sw53028.asp. Nedenfor angives ankenævnets udtalelse i kendelsen)

Ankenævnet udtaler:

Holger Dock, Mogens Andersen, Cato Baldvinsson og Lise Høgh udtaler vedrørende spørgsmålet om offentliggørelse af pensionskassernes navne:

Finanstilsynets beslutning om i henhold til lov om finansiel virksomhed § 354a at offentliggøre navnene på pensionskasserne er en selvstændig forvaltningsretlig afgørelse, som kan påklages til Erhvervsankenævnet.

Da der ikke anses at foreligge den i lov om finansiel virksomhed § 354a omhandlede interesse for pensionskassernes kunder i at kende navnene på pensionskasserne, stemmer vi for at tage klagerens påstand om, at der ikke skal ske offentliggørelse af navnene, til følge.

Steen Mejer udtaler vedrørende samme spørgsmål:

Finanstilsynets beslutning om i henhold til lov om finansiel virksomhed § 354a at offentliggøre navnene på pensionskasserne kan ifølge lovens forarbejder ikke ankes til nævnet. Jeg stemmer derfor for at afvise klagen på dette punkt.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, hvorefter klagerens påstand om, at der ikke skal ske offentliggørelse af navnene, tages til følge.

Herefter udtaler samtlige medlemmer vedrørende sagens øvrige spørgsmål:

For så vidt angår spørgsmålet om tilsidesættelse af Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2007 af formelle grunde bemærkes, at anmeldelsessystemet i henhold til lov om finansiel virksomhed ikke er et godkendelsessystem, og at optagelsen i registeret således ikke indebærer en godkendelse, der afskærer Finanstilsynet fra (senere) at meddele påbud. Finanstilsynet findes heller ikke ved i en længere periode at have undladt at meddele påbud nu at være afskåret fra at meddele sådanne.

Efter de foreliggende oplysninger lægges det til grund, at Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2007 var baseret på de faktiske oplysninger, som lå til grund for mødet med pensionskasserne den 6. april 2006 og de yderligere oplysninger, som advokat A fremsendte ved brev af 10. maj 2006. Dette fremgår således af e-mail af 13. juni 2007 fra Finanstilsynet til pensionskasserne. Finanstilsynet måtte herefter gå ud fra, at pensionskasserne var bekendt med, at Finanstilsynet var i besiddelse af oplysningerne. Afgørelserne er derfor ikke

ugyldige som følge af manglende partshøring i henhold til forvaltningslovens § 19.

Det fremgår blandt andet af Finanstilsynets e-mail af 13. juni 2007, at Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2007 til dels bygger på et andet retsgrundlag end tilkendegivet på mødet med pensionskasserne den 6. april 2006. Pensionskasserne havde lejlighed til at kommentere dette, hvilket skete ved advokat A's brev af 11. juli 2007. På denne baggrund findes afgørelserne af 22. august ikke at være ugyldige som følge af sagsbehandlingsfejl hos Finanstilsynet.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 20 skal en pensionskasses tekniske grundlag m.v. anmeldes til Finanstilsynet. I henhold til samme lovs § 21, stk. 1, skal de efter § 20, stk. 1, nr. 1-5, anmeldte forhold være betryggende og rimelige over for det enkelte medlem og andre berettigede efter pensionsaftalen, og efter § 21, stk. 2, skal de anmeldte regler for beregning og fordeling af realiseret resultat efter § 20, stk. 1, nr. 3, være præcise og klare og føre til en rimelig fordeling. Såfremt kravene i disse bestemmelser ikke er opfyldt, skal Finanstilsynet påbyde pensionskassen at foretage de fornødne ændringer i de anmeldte forhold inden en fastsat tidsfrist.

Erhvervsankenævnet tiltræder af de Finanstilsynet anførte grunde, at det anmeldte grundlag for beregning og fordeling af bonus for medlemmer optaget før overgangen til betinget garanteret grundlag er ikke tilstrækkelig præcist og klart, jf. lov om finansiel virksomhed § 21, stk. 2. Nævnet tiltræder med samme begrundelse, at det tekniske grundlag for så vidt angår ordinære og ekstraordinære bidragsstigninger samt indskud for medlemmer optaget før overgangen til betinget garanteret grundlag ikke er rimeligt, jf. lovens § 21, stk. 1. Det tiltrædes således tillige, at pensionskasserne er påbudt at bringe forholdene i overensstemmelse med lovens krav inden den fastsatte frist.

For så vidt angår påbuddet vedrørende rimeligheden af det tekniske grundlag findes ændringen imidlertid ikke at skulle ske med tilbagevirkende kraft men alene for fremtiden. Der er ved afgørelsen om at ændre Finanstilsynets afgørelse på dette punkt lagt vægt på, at Finanstilsynet har haft fuldt kendskab til det tekniske grundlag siden anmeldelsen og optagelsen i det offentlige register i

1997, i hvilken forbindelse tilsynet afgav forhåndsudtalelse om grundlaget. Det bør ved ændringen af det tekniske grundlag sikres, at ordinære og ekstraordinære bidragsstigninger samt frivillige indskud forøger pensionsudbetalingerne. Samme krav gælder ikke nødvendigvis for bonus.

Som følge af det anførte ophæves påbuddet om at indsende separat redegørelse for sikring af behandlingen af allerede foretagne ordinære og ekstraordinære bidragsstigninger samt indskud.

Den af pensionskasserne givne information som beslutningsgrundlag for indbetaling af et ekstraordinært bidrag eller indskud kan endvidere ikke anses for tilstrækkelig tydelig til, at et medlem på dette grundlag har mulighed for at forstå konsekvenserne af en frivillig indbetaling, og er dermed i strid med § 7 i bekendtgørelse nr. 1132 af 17. november 2006 om information om livsforsikringsaftaler. Det tiltrædes derfor, at pensionskasserne er påbudt straks at bringe informationsmaterialet i overensstemmelse med bekendtgørelsen.

Det tiltrædes endelig, at pensionskasserne i henhold til lovens § 347, stk. 1, er pålagt at orientere Finanstilsynet om klager til Ankenævnet for Forsikring eller domstolene.

Ankenævnet stadfæster med disse ændringer Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2007.

2) Kendelse af 30. januar 2009 (J.nr. 2008-0017362).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 29. juli 2008 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 22. juli 2008 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i den redegørelse som A, tidligere bestyrelsesmedlem i B [pengeinstitut] A/S, blev anmodet om af Finanstilsynet i 1998.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 22. juli 2008 hedder det:

” ...

De har i mail af 20. juli 2008 anmodet om aktindsigt i den redegørelse som A, tidligere bestyrelsesmedlem i B [pengeinstitut] A/S, blev anmodet om af Finanstilsynet i 1998. De endvidere oplyser, at De administrerer 744 aktier i B A/S.

Finanstilsynet kan ikke imødekomme deres anmodning om aktindsigt.

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

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

En aktionær kan ikke betragtes som part i den konkrete sag, jf. lov om finansiel virksomhed § 355.

Såfremt man ikke er part efter forvaltningsloven, har man i stedet mulighed for aktindsigt, med henvisning til offentlighedsloven. Den primære forskel på aktindsigt efter forvaltningsloven og efter offentlighedsloven er, at aktindsigt efter offentlighedsloven skal vurderes i henhold til § 14, hvorefter pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt i lov.

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er begrænset af tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354. En aktionær kan således ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven.

...”

I klageskrivelsen af 29. juli 2008 har K anført:

” ...

Jeg anmoder om aktindsigt i den redegørelse som A, bestyrelsesmedlem i B bestyrelse af [Finanstilsynet] blev anmodet om at afgive. Det ligger 10 år tilbage i tiden. Der henvises om reglerne i forvaltningsloven om aktindsigt. Jeg administrer 744 aktier i B.”

Finanstilsynet har i en redegørelse af 21. august 2008 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1 Lov om finansiel virksomhed

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

I bemærkningerne til § 355 (lovforslag L 176, Folketinget 2002-2003), er følgende anført: "*Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parter adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne.*"[...]

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

Tavshedsbestemmelserne fremgår af § 354 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår, at ansatte i Finanstilsynet er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e og er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

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

Af OFL § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Partsbegrebet og tavshedsbestemmelserne i lov om finansiel virksomhed i forhold til forvaltningsloven

Forvaltningslovens § 9 bestemmer, at den der er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet en afgørelse, har ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

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

Indførelsen af § 355 i lov om finansiel virksomhed skete på baggrund af ombudsmandens kendelse FOB 1987 64, i sagen om indlånsforeningen i 6. Juli Banken. Finanstilsynet havde i sagen afvist at give indlånsforeningen aktindsigt i sagen, med henvisning til tavshedsbestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 50, stk. 3. Ombudsmanden udtalte imidlertid, at foreningen havde en sådan interesse i sagen, at den burde have været anset som part.

På denne baggrund blev det fundet nødvendigt, at præcisere partsbegrebet i den finansielle lovgivning, således at hverken kunder eller aktionærer er parter i forhold til afgørelser mod den pågældende virksomhed.

K har oplyst, at han administrerer aktier i B. Det fremgår af bemærkningerne til § 355 i lov om finansiel virksomhed, at aktionærer ikke er part i en sag vedrørende den pågældende virksomhed.

Det er på den baggrund Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed, og derfor ikke kan få aktindsigt i sagens dokumenter efter forvaltningslovens bestemmelser.

3.2 Forholdet til offentlighedsloven / meroffentlighed

I offentlighedsloven findes endvidere en adgang til at få aktindsigt i en myndigheds sagsbehandling.

Af offentlighedsloven fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

Forholdet til meroffentlighed er reguleret af den samme bestemmelse, som giver myndigheden mulighed for at give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt, som f.eks. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354.

Omfattet af § 354 er fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Den konkrete sag, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed af tilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er således begrænset af tavshedspligten i § 354 i lov om finansiel virksomhed. K kan således heller ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven i en sag om den pågældende virksomhed.

...”

K er ved skrivelse af 5. oktober 2008 fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Det er af afgørende betydning, at jeg får aktindsigt i Finanstilsynets akter vedrørende B, idet jeg søger om fri proces for at rejse erstatningssager mod centrale personer i B. Endvidere har jeg anmeldt Direktion og Bestyrelse til Bagmandspolitiet. Erstatningssagen og politianmeldelse kan udformes mere præcis med indsigt i de relevante akter.

Året 1997 er central i B. Her bliver C valgt til bestyrelsesformand, og det er begyndelsen til enden for B. Finanstilsynet har i 1995 en række påbud til B og især til C relationer til B og C udviklede regneskabsmetoder i egen virksomhed. Det er denne udvikling jeg er interesseret i at se. Det samme er øvrige tilsynsrapporter for Finanstilsynets besøg i B.

...”

Ankenævnet udtaler:

K er ikke part i sagen om den redegørelse som tidligere bestyrelsesmedlem A i 1998 blev anmodet af Finanstilsynet om at afgive, jf. lov om finansiel virksomhed § 355.

Af offentlighedslovens § 14 følger det, at de almindelige regler om offentlighedens adgang til at få aktindsigt i oplysninger i den offentlige forvaltning begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved eller med hjemmel i lov.

Efter § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed fremgår blandt andet:

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

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

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

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

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kationerer for kunder, har ejerandele i den finansielle

virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

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

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

...”

Ankenævnet tiltræder herefter, at Finanstilsynet ikke har imødekommet K anmodning om aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 22. juli 2008.

3) Kendelse af 30. januar 2009 (J.nr. 2008-0017489).

Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 16. august 2008 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 12. august 2008 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i referatet samt øvrige akter fra et møde afholdt mellem direktør A, B [pengeinstitut] og Finanstilsynet i juli 2008. K har endvidere klaget over, at Finanstilsynet har nægtet at give aktindsigt i referater og notater i yderligere kontakter, der skulle have været mellem B og Finanstilsynet samt i B's redegørelse til Finanstilsynet af september 2007 samt endelig i B's redegørelse til Finanstilsynet om ejendomsrelaterede sager.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 12. august 2008 hedder det:

”...

De har i mails af 8. august anmodet om aktindsigt i en række akter i relations til B [pengeinstitut] A/S. Anmodningen omfatter aktindsigt i referat fra et møde der er blevet afholdt i juli 2007 og øvrige akter i denne forbindelse. Endvidere anmoder De om aktindsigt i referater og notater i forbindelse med, som nævnt bankens redegørelse til Fondsbørsen den 14. juli 2008, en række kontakter mellem Finanstilsynet og B A/S. Derudover anmoder De om aktindsigt i redegørelsen til Finanstilsynet af september 2007 samt i B A/S redegørelse til Finanstilsynet vedrørende ejendomsrelaterede sager.

For en god ordens skyld, antager jeg, at Deres anmodning om aktindsigt i referatet fra et møde mellem A og Finanstilsynet der er blevet afholdt i juli 2007 og øvrige akter i denne forbindelse, er fra juli 2008 og ikke 2007.

Endvidere har De tidligere oplyst at De er aktionær i B A/S

Finanstilsynet kan ikke imødekomme deres anmodning om aktindsigt.

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

Det fremgår af § 355 i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3. Forvaltningslovens almindelige regler om hvem der i en sag anses for at være part, finder således ikke anvendelse i forhold til Finanstilsynet.

I henhold til § 355 i lov om finansiel virksomhed kan De ikke anses som part i sagen som privat person eller som aktionær.

Såfremt man ikke er part efter forvaltningsloven, har man i stedet mulighed for aktindsigt, med henvisning til offentlighedsloven. Den primære forskel på aktindsigt efter forvaltningsloven og efter offentlighedsloven er, at aktindsigt efter offentlighedsloven skal vurderes i henhold til § 14, hvorefter pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt ved lov

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er begrænset af tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354. De kan som aktionær eller som privat person derfor ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedslovens bestemmelser herom.
...”

Finanstilsynet har i en redegørelse af 29. august 2008 udtalt:

” ...

K har i en tidligere aktindsigtsanmodning af 20. juli 2008 oplyst, at han administrerer 744 aktier i B A/S, jf. ankenævns sag K mod Finanstilsynet, j.nr. 2008-0017362. Det er lagt til grund, at K fortsat administrerer pågældende aktier.

I B redegørelse til Fondsbørsen den 14. juli 2008 ... fremgår følgende:

"Løbende kontakt til Finanstilsynet

I forbindelse med A's tiltræden som administrerende direktør afholdtes i juli 2007 møde med Finanstilsynets ledelse på dennes foranledning. Tilsynet gennemgik de verserende sager omkring banken og bankens generelle situation blev gennemgået og drøftet.

I eftersommeren og efteråret 2007 var der adskillige kontakter til Finanstilsynet omkring de i medierne omtalte aktiehandler foretaget omkring årsskiftet 2006/07. I samtalerne med Finanstilsynet drøftedes den revisionsrapport, som på bankens foranledning blev udarbejdet vedrørende disse aktiehandler.

I september 2007 redegjorde banken på Finanstilsynets anmodning om den kraftige udlånsvækst på 50.9 % fra 1. halvår 2006 til 1. halvår 2007, ligesom Finanstilsynet i slutningen af december 2007 aflagde banken tilsynsbesøg. Særligt bankens nedskrivningsbehov blev i forlængelse af tilsynsbesøget gjort til genstand for drøftelser med Finanstilsynet, og banken fulgte Finanstilsynets anbefalinger vedrørende nedskrivninger og øvrige påbud.

B var en af de banker, hvor Finanstilsynet bad om indsendelse af de ejendomsrelaterede sager, der udgjorde mere end 5 % af basiskapitalen. Banken indberettede 30 sager.

Banken kontaktede i starten af juli 2008 Finanstilsynet og orienterede om bankens aktuelle situation. Der har siden været løbende daglig kontakt mellem Finanstilsynet og banken."

...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1 Lov om finansiel virksomhed

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

eller den finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet. Opregningen i § 355 nævner ikke kunder og aktionærer.

I bemærkningerne til § 355 (lovforslag L 176, Folketinget 2002-2003), er følgende anført: *"Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parter adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne."*[...]

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

I lov om finansiell virksomhed § 354 fremgår bestemmelserne om Finanstilsynets tavshedspligt. Det fremgår heraf, at ansatte i Finanstilsynet er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e og er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

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

Af OFL § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Partsbegrebet og tavshedsbestemmelserne i lov om finansiell virksomhed i forhold til forvaltningsloven

Forvaltningslovens § 9 bestemmer, at den der er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet en afgørelse, har ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Partsbegrebet i lov om finansiell virksomhed afviger fra det almindelige partsbegreb i forvaltningsloven, da § 355 lov om finansiell virksomhed,

regulerer partsbegrebet i forhold til Finanstilsynets afgørelser og forskrifter.

Indførelsen af § 355 i lov om finansiel virksomhed skete på baggrund af ombudsmandens kendelse FOB 1987 64, i sagen om indlånsforeningen i 6. Juli Banken. Finanstilsynet havde i sagen afvist at give indlånsforeningen aktindsigt i sagen, med henvisning til tavshedsbestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 50, stk. 3. Ombudsmanden udtalte imidlertid, at foreningen havde en sådan interesse i sagen, at den burde have været anset som part.

På denne baggrund blev det fundet nødvendigt, at præcisere partsbegrebet i den finansielle lovgivning, således at hverken kunder eller aktionærer er parter i forhold til afgørelser mod den pågældende virksomhed.

K har tidligere oplyst, at han administrerer 744 aktier i B. Det er uvist for Finanstilsynet, om han også er ejer af aktierne, men af bemærkningerne til § 355 i lov om finansiel virksomhed fremgår, at heller ikke aktionærer er part i en sag vedrørende den pågældende virksomhed.

På nævnte baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed, og derfor ikke kan få aktindsigt i sagernes dokumenter efter forvaltningslovens bestemmelser.

3.2 Forholdet til offentlighedsloven / meroffentlighed

I offentlighedsloven findes endvidere en adgang til at få aktindsigt i en myndigheds sagsbehandling.

Af offentlighedsloven fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

Forholdet til meroffentlighed er reguleret af den samme bestemmelse, som giver myndigheden mulighed for at give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt, som f.eks. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354.

Omfattet af § 354 er fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. K har i en mail sendt den 8. august 2008, kl. 11.26, ... søgt om aktindsigt i referat af møde i juli 2007 mellem direktør A og Finanstilsynet og øvrige akter fra samme møde. Finanstilsynet har i sin besvarelse ... lagt til grund, at K ved en fejl har anført "juli 2007" i stedet for "juli 2008". Uanset om der er tale om et møde i 2007 eller 2008 er Finanstilsynets afgørelse den samme.

Sagerne, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed af tilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er således begrænset af tavshedspligten i § 354 i lov om finansiel virksomhed. K kan således heller ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven i sager om den pågældende virksomhed.

...”

K har ved skrivelse af 5. oktober 2008 bemærket:

” ...

Det er af afgørende betydning, at jeg får aktindsigt i Finanstilsynets akter vedrørende B, idet jeg søger om fri proces for at rejse erstatningssager mod centrale personer i B. Endvidere har jeg anmeldt Direktion og Bestyrelse til Bagmandspolitiet. Erstatningssagen og politianmeldelse kan udformes mere præcis med indsigt i de relevante akter.

Året 1997 er central i B. Her bliver C valgt til bestyrelsesformand, og det er begyndelsen til enden for B. Finanstilsynet har i 1995 en række påbud til B og især til C relationer til B og C udviklede regneskabsmetoder i egen virksomhed. Det er denne udvikling jeg er interesseret i at se. Det samme er øvrige tilsynsrapporter for Finanstilsynets besøg i B.

...”

Ankenævnet udtaler:

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

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

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

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

Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte

have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. Dog kan kunder, der klager over, at en finansiell virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den del af sagen, Ligeledes vil aktionærer i en finansiell virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed”.

K er således ikke part i tilsynets sager i forhold til B, jf. lov om finansiell virksomhed § 355.

Af offentlighedslovens § 14 følger det, at de almindelige regler om offentlighedens adgang til at få aktindsigt i oplysninger i den offentlige forvaltning begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved eller med hjemmel i lov.

Efter § 354 i lov om finansiell virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed fremgår blandt andet:

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

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

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter

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

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

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

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

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

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt

efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiel virksomhed § 355.

...”

Ankenævnet tiltræder herefter, at Finanstilsynet ikke har imødekommet K anmodning om aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 12. august 2008.

4) Kendelse af 24. februar 2009 (J.nr. 2008-0015771).

Den udøvede virksomhed udgør udstedelse af elektroniske penge og kræver tilladelse.

Lov om finansiel virksomhed, § 308, stk. 1.

(Mads Bryde Andersen, Finn Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. februar 2008 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Finanstilsynets afgørelse af 30. januar 2008, hvorved tilsynet fastslog, at den af selskabet udøvede virksomhed med ... udgør udstedelse af elektroniske penge i henhold til § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og kræver tilladelse.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 30. januar 2008 hedder det:

”...

B har i mail af 5. december 2007 anmodet Finanstilsynet om at tage stilling til, om B er udsteder af elektroniske penge i henhold til § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Ifølge B's egne oplysninger er B en platform, hvorpå uafhængige coaches kan udbyde deres ydelser i form af coachingsessions. B stiller alene booking og betalingsfaciliteter til rådighed. Ydelserne der udbydes er alene coachingydelser.

Transaktionen håndteres af betalingssystemet C.dk, og pengene overføres til en dedikeret konto i D [bank] og er øremærket coachingydelser købt på B. Beløbet kan til enhver tid tilbageføres til kundens bankkonto, fratrukket prisen for evt. coachingydelser.

Det fremgår af § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at fire betingelser skal være opfyldt for, at der er tale om elektroniske penge.

Der skal være tale om en pengeværdi, der skal være tale om et krav på udstederen, kravet skal være lagret på et elektronisk medium og pengene skal være anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender end udstederen.

Ifølge definitionen i § 308, stk. 1, skal der være tale om en pengeværdi. Ved forudbetaling af et pengebeløb, der kan anvendes til køb af ydelser på nettet, er det Finanstilsynets vurdering, at der er tale om en pengeværdi.

Der skal være tale om et krav på udstederen. Ved forudbetaling af et pengebeløb, opnås et krav på udstederen B. I tilfælde hvor der er tale om en forudbetaling på en konkret ydelse eller vare, er der dog ikke tale om elektroniske penge.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at der i B's tilfælde ikke er tale om forudbetaling på en konkret ydelse. Finanstilsynet har lagt vægt på, at det er muligt at indbetale et større beløb til B uden, at der er købt en ydelse. Derved er der ikke tale om en konkret ydelse. Det forhold, at der kun kan købes coachingydelser ændrer ikke herved.

Kravet skal være lagret på et elektronisk medium. I B's tilfælde indsætter kunden et beløb på sin konto på www.B.dk, og oplysningerne lagres på en computers hukommelse. Der er derfor tale om lagring på et elektronisk medium.

Pengene skal være anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender end udstederen. Det er Finanstilsynets opfattelse, at de indbetalte penge til B anerkendes af andre end udstederen. B virker udelukkende som platform og formidler af de ydelser, som udbydes af uafhængige coaches. Således anerkendes pengene som betalingsmiddel af de uafhængige coaches og dermed af andre end B.

Samlet set er det Finanstilsynets vurdering, at der er tale om elektroniske penge, jf. definitionen i § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet skal på denne baggrund henlede opmærksomheden på § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Ifølge denne bestemmelse skal virksomheder, der udøver virksomhed, som består i at udstede elektroniske penge, have tilladelse hertil.
...”

I klageskrivelsen af 26. februar 2008 har advokat A anført:

”...
[K ApS] er ejer af ”B”, som er en internetbaseret platform, hvorfra vores klient tilbyder forskellige former for coaching.

Det er på vores klients hjemmeside muligt at foretage indbetalinger til en kundespecifik konto, som herefter af kunden kan anvendes til betaling for coaching-ydelser bestilt via vores klients hjemmeside.

Alle indbetalinger fra kunder indsættes på vores klients bankkonto. En gang månedligt afregner vores klient med hver enkelt coach tilknyttet hjemmesiden i henhold til dennes arbejdsindsats i den forgangne måned, idet vores klient i udbetalingerne til sine coaches modregner sit eget honorar.

Som angivet i Finanstilsynets afgørelse af 30. januar d.å. indeholder lov om finansiel virksomhed i § 308, stk. 1 fire betingelser, som skal være opfyldt, for at der er tale om elektroniske penge.

Der er for så vidt enighed om, at de forudbetalinger, som vores klients virksomhed, B, modtager fra sine kunder, repræsenterer en pengeværdi, som lagres på et elektronisk medium.

Endvidere er det korrekt, at der er mulighed for at indbetale beløb til vores klient, uden kunden samtidig har udvalgt en konkret ydelse. Vores klient kan således også tiltræde, at kunden som følge af sin indbetaling får et krav mod B, der ikke nødvendigvis er tilknyttet en konkret ydelse på det tidspunkt, hvor vores klients kunder foretager indbetaling til vores klient. Dog er de ydelser, som vores klients kunders indbetalinger kan anvendes til, begrænset af udbuddet på vores klients hjemmeside.

I henhold til § 308, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed er det imidlertid ligeledes en betingelse for elektroniske penge, at disse er anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender end udstederen. I forhold til vores klients betalingsløsning, er denne betingelse ikke opfyldt.

...

Kunden kan ikke anvende de indbetalinger der foretages til vores klient direkte som betalingsmiddel overfor de enkelte coaches, som det er lagt til grund af Finanstilsynet i dennes afgørelse af 30. januar d.å.

I supplerung til Finanstilsynets afgørelse af 30. januar d.å. skal det således oplyses, at vores klients kunder alene kan foretage indbetaling af penge til vores klients konto direkte på internetplatformen.

Vores klient registrerer, at den pågældende coach har leveret coaching-ydelsen, og afregner herefter selv med den pågældende coach, som kunden har benyttet.

Der sker således ingen direkte afregning mellem vores klients kunder og de enkelte coaches, og der er ikke mulighed herfor via vores klients platform. Betalinger til de coaches, som er tilknyttet vores klient, er således et mellemværende mellem vores klient og hver enkelt coach.

Kunden kan ikke aftale coaching med en af de til vores klients hjemmeside tilknyttede coaches uden om hjemmesiden og efter coaching-ydelsen er leveret vælge at afregne med coachen ved brug af det beløb, som er indbetalt til B. Coachen anerkender således ikke den konto hos vores klient, som kunderne foretager indbetaling til som betalingsmiddel, idet kunderne i et sådant tilfælde vil skulle foretage betaling på anden vis, fx ved kontantbetaling.

Vores klients kunders indbetalinger anerkendes således ikke som betaling af andre end vores klient selv.

I lovkomentaren til lov om finansiel virksomhed, 1. udgave, 2007 nævnes på side 966, i pkt. 8 til § 308, stk. 1, at det afgørende for, om der er tale om et betalingsmiddel, som anerkendes af flere foretagender end udstederen, er, hvem der er aftalepart i forhold til den ydelse der sælges.

...

I dette tilfælde er B sælger af en coaching-ydelse. Uanset at kunderne kan vælge en bestemt coach til at udføre en session, er det således alene B, som er hæftende aftalepart i forhold til kunden.

Der er ej heller tale om simpel videreformidling af betaling, som antaget i Finanstilsynets afgørelse af 30. januar d.å., fordi vores klient selv får del i de indbetalinger der kommer fra kunderne. De beløb der udbetales til de enkelte coaches er således ikke identiske med de beløb, der indbetales til B. Inden der sker udbetalinger til vores klients coaches, sker der fradrag af et aftalt salær til vores klient af de indkomne beløb. Det fremgår således af vores klients ”step by step booking case” af 25. februar d.å., at B den første tirsdag i hver måned overfører betaling til hver enkelt coach fratrukket Bs egen betaling.

Idet der ikke er mulighed for, at kunden kan anvende de indbetalte beløb som betalingsmiddel hos andre end vores klient - og dermed ej kan vælge at anvende den konto, som vores klients kunder indbetaler til direkte hos de enkelte coaches - er lovens krav om, at det indbetalte skal være anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender, ikke opfyldt. Denne betingelse er helt klart angivet både i ordlyden af lov om finansiel virksomheds § 308, stk. 1 og e-pengedirektivets art. 3, nr. iii (direktiv 2000/46/EF).

Dette må medføre, at der ikke er tale om elektroniske penge for så vidt angår indbetalinger, som vores klients kunder foretager til vores klient på platformen B.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 7. april 2008 udtalt:

”...

4. Finanstilsynets vurdering:

Ved vurderingen af, om betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen, er det afgørende, hvem der er aftalepart i forhold til den vare eller tjenesteydelse som sælges.

Der er tale om et betalingsmiddel, der er anerkendt af andre end udsteder, hvis en udbyder sælger en vare eller tjenesteydelse i eget navn og for egen risiko, og hvis betalingen foretages af en anden virksomhed, som kunden har et krav mod.

Det er en forudsætning for, at der er tale om elektroniske penge, at kunden indgår en aftale med udstederen heraf. I denne sag indgår kunden en aftale med K ApS om, at kunden indbetaler penge på sin konto hos K ApS, som kan anvendes til betaling for coachingydelser eller kan kræves tilbagebetalt. Dette fremgår af pkt. 1 i brev af 5. december 2007 fra K ApS til Finanstilsynet ... hvor det anføres, at: "Kunden indsætter et beløb på mellem fx 500 og 20.000 DKK på sin B konto. Transaktionen håndteres af betalingssystemet C.dk, og pengene overføres til en dedikeret konto i D [bank]. Det indsatte beløb er øremærket coachingydelser købt på B, og kan til hver en tid tilbageføres til kundens bankkonto minus prisen for evt. coachingydelser."

Det anføres i klageskriftet ..., at B (K ApS) sælger en coaching-ydelse til kunden, og at B er hæftende aftalepart i forhold til kunden. Finanstilsynet er ikke enig i denne vurdering.

Det fremgår af ... *step by step booking case*, ...at coachen har en personlig side på B. På denne side kan coachen tilgå sine bookinger og se, om der er dækning på kundens konto for den enkelte booking. ..., at coachen fakturerer coachingydelsen og kan tilrette beløbet for coaching-ydelsen efter aftale med kunden. Endelig fremgår det ..., at kunden, når der er penge nok på kundens konto, kan godkende betalingen til sin coach.

Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at kunden køber en ydelse af den enkelte navngivne coach. Coachen hæfter for denne ydelse over for kunden og bærer risikoen, hvis ydelsen er mangelfuld. Den enkelte coach sælger altså en tjenesteydelse i eget navn og for egen risiko.

K ApS hæfter alene over for kunden for de beløb, som kunden indbetaler på sin konto hos K ApS.

Det modsatte havde været tilfældet, såfremt der bestod et reelt ansættelsesforhold mellem K ApS og den enkelte coach. I disse tilfælde sælges ydelsen i K ApS' navn og K ApS bærer risikoen for eventuelle mangler. Efter det oplyste er der dog intet, som tyder herpå.

Betalingen foretages ved, at K ApS' kunder anvender indbetalinger til K ApS som betalingsmiddel for coachingydelser. Dette sker ved, at den pågældende coach efter, at ydelsen er leveret, sender en betalingspåmindelse til kunden, der skal acceptere denne over for K ApS. K ApS overfører herefter det godkendte beløb fratrukket K ApS's eget honorar fra kundens konto hos K ApS til den pågældende coach. K ApS afregner således over for den pågældende coach på vegne af kunden. Betalingen foretages dermed af en anden virksomhed end den, der leverer ydelsen, og som kunden har et krav mod.

Det forhold, at der ikke sker nogen direkte afregning mellem kunden og den konsulterede coach, og at betalinger til de coaches, der er tilknyttet K ApS, er et mellemværende mellem K ApS og den enkelte coach, er således forudsætninger for, at der er tale om udstedelse af elektroniske penge.

Det forhold, at K ApS' kunder alene kan foretage indbetalinger af penge til sin konto hos K ApS direkte på internetplatformen, er ikke relevant for vurderingen.

Samlet set vurderer Finanstilsynet, at der er tale om en situation, hvor en udbyder (coachen) sælger en vare eller tjenesteydelse i eget navn og for egen risiko, og hvor betalingen foretages af en anden virksomhed (K ApS), som kunden har et krav mod. Der er således tale om et betalingsmiddel, der anerkendes af andre end udstederen.

K ApS har ikke bestridt, at de andre betingelser i § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed er opfyldte.
..."

I skrivelse af 13. maj 2008 har advokat A yderligere anført:

" ...

K ApS fastholder, at dennes betalingsløsning under internetportalen B ikke er omfattet af lov om finansiel virksomheds § 308, stk. 1 om elektroniske penge.

Beløb, som kunderne indbetaler til K ApS' B-konto, er ikke anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender end B, som henhører under K ApS, hvilket i medfør af § 308, stk. 1 i lov om visse betalingsmidler er en betingelse for, at der er tale om elektroniske penge.

Det er korrekt som, at kunderne indbetaler til K ApS' dedikerede B-konto. Det bemærkes, at kontoen tilhører K ApS, og alene anvendes til kundebetaling hidrørende fra B. De enkelte coaches, som yder coachingydelsen under K ApS har ikke adgang til kontoen.

De indbetalinger, som kunden foretager til K ApS' konto med eksempelvis Dankort, anerkendes således ikke som betaling af hver enkelt coach eller af nogen anden end K ApS' internetportal, B. Tilknyttede coaches, har blot mulighed for inden påbegyndelse af en session at tjekke, om K ApS har modtaget betaling af coachingydelsen.

... Coachen kan meddele K ApS, at en session er afsluttet, og at K ApS dermed kan trække beløbet, som kunden skal betale, fra K ApS' dedikerede kundespecifikke B-konto.

Fakturering af kunder foretages således alene af B ApS.

Coachen meddeler kun af praktiske årsager, hvornår en session er afsluttet og klar til fakturering, men foretager ikke derudover nogen aktiv handling i forbindelse med faktureringen.

Det er K ApS, der ensidigt foretager faktureringen og trækker beløbet fra den dedikerede B-konto.

Kundens indbetalinger til K ApS' dedikerede B-konto, anerkendes af K ApS som betalingsmiddel, men ikke af coachen. Derfor indgås aftalen om betaling for coachingydelsen mellem kunden og K ApS.

Coachen kan ikke på egen hånd trække betaling fra K ApS' dedikerede kundespecifikke konto, som kunden har forudbetalt til. Som følge deraf anerkender coachen ikke de forudbetalte beløb til K ApS' dedikerede B-konto som betalingsmiddel.

Coachen anerkender derimod den bankoverførsel, der efterfølgende sker fra K ApS til coachens egen bankkonto den 2. tirsdag i hver måned, som det fremgår af tidligere fremsendte step by step booking case.

I relation til betaling for coachingydelsen indgår kunden aftale med K ApS, og ikke hver enkelt coach. Coachen honoreres således af K ApS, som anført ovenfor. I den sammenhæng anfører Finanstilsynet da også korrekt, at vores klient hæfter over for kunden for de beløb, som kunden indbetaler på kontoen hos vores klient.

Vores klient er på den baggrund uenig i, at det ... ikke skulle være K ApS, der er aftalepart i forhold til aftalen om betaling for coachingydelserne med kunden.

...

Det forhold, at coachen kan tilrette prisen overfor kunden indebærer ikke, at det er coachen – og ikke K ApS – der er aftalepart i forhold til kunden. Dette beror derimod på en aftale mellem K ApS og coachen.

Vores klient udvælger selv, hvilke coaches som kan tilknyttes K ApS' internetportal B. Dette sker efter et sæt standarder, som indeholder en række minimumskriterier, fastsat af vores klient. Det er således ikke muligt for enhver coach ensidigt at tilmelde sig på internetportalen og anvende vores klients navn i forbindelse med markedsføring af sine coachingsessions.

Vores klients virksomhed er således mere end simpel videreformidling af betaling.

Idet K ApS' kundespecifikke B-konto ikke anerkendes som betalingsmiddel af andre end B, må det således efter en samlet vurdering konkluderes, at K ApS ikke er udsteder af elektroniske penge i medfør af lov om finansiel virksomheds 308, stk. 1

....”

Heroverfor har Finanstilsynet ved skrivelse af 4. juni 2008 bemærket:

” ...

4. Finanstilsynets vurdering:

...

Som anført i Finanstilsynets udtalelse af 7. april 2008, er K ApS' fakturering af kunden og efterfølgende afregning af den pågældende coach på vegne af kunden en forudsætning for, at betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen. Herved foretages betalingen af en anden virksomhed end den, der leverer ydelsen, og som kunden har et krav mod.

Det er i princippet korrekt, ..., at aftalen om *betaling* for coachingydelsen indgås mellem kunden og K ApS. Men det må antages at bero på en aftale mellem K ApS og den enkelte coach. Noget andet er selve aftalen om indholdet og leveringen af selve coachingydelsen. Efter Finanstilsynets opfattelse indgås aftalen om realydelsen med den enkelte navngivne coach, som også er den part, som kunden kan rette et krav mod, såfremt realydelsen er mangelfuld.

Den enkelte coach anerkender betalingsmidlet ved at levere coachingydelser på baggrund af de oplysninger om den enkelte kundes saldo, som stilles til rådighed af K ApS.

Det forhold, at coachen ikke på egen hånd kan trække betaling fra K ApS' dedikerede kundespecifikke konto, er ikke afgørende for vurderingen af, om betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen. Det ændrer heller ikke ved, at den enkelte coach har et krav mod K ApS i det øjeblik, at vedkommende har leveret sin ydelse og opfyldt sin del af aftalen.

At coachen honoreres af K ApS har ikke selvstændig betydning for, med hvem kunden indgår en aftale om levering af en coachingydelse. I denne sammenhæng er det igen en forudsætning for, at betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen, at betalingen foretages af en anden virksomhed end den, der leverer ydelsen, og som kunden har et krav mod.

Det forhold, at coachen kan tilrette prisen for coachingydelsen efter aftale med kunden, hvilket fremgår direkte af ... B's *Step by step booking case* ... er med til at underbygge, at kunden køber en ydelse af den enkelte navngivne coach. Var det derimod K ApS, der tilrettede prisen for den leverede ydelse direkte med kunden uafhængigt af den enkelte coach, pegede dette i retning af, at kunden købte coachingydelsen af K ApS. Det fremgår desuden...i B's *Step by step booking case*, at det er muligt at indrette systemet således, at kunden kan booke den enkelte coach direkte fra vedkommendes egen hjemmeside via et booking link. Dette indikerer også, at kunden indgår aftalen med den enkelte coach og ikke K ApS.

At det er ikke muligt for enhver coach ensidigt at tilmelde sig på internetportalen og anvende B's navn i forbindelse med markedsføring af sine coachingsessions er ikke relevant for vurderingen af, om betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen.

Den omstændighed, at K ApS' virksomhed mere har karakter af videreformidling af betaling, er igen en forudsætning for, at betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen. Herved foretages betalingen af den enkelte coach af K ApS og dermed en anden virksomhed, som kunden har et krav mod.
...”

Ved skrivelse af 4. juli 2008 har advokat A yderligere bemærket:

”...

K ApS er ikke enig i, at videreformidling af betaling på nogen måde skulle være virksomhedens formål, men efter vores opfattelse er dette forhold i øvrigt underordnet for vurderingen af, om K ApS er udsteder af elektroniske penge i henhold til Lov om finansiel virksomhed.

Det forhold, at K ApS foretager betaling til de af K ApS udvalgte coaches, som er tilknyttet portalen B, betyder heller ikke, at K ApS' virksomhed har karakter af videreformidling af betaling, som ellers anført af Finanstilsynet. Formålet med K ApS' portal B er således at sælge coachingydelser online til kunder, hvortil helt naturligt hører betaling fra kunder og en overførsel af honorarer fra K ApS til de underleverandører - coaches -, som er udvalgt og tilknyttet B.

Det bemærkes i den forbindelse, at det er K ApS' portal B, som har den pågældende betalingsløsning, og at den betaling, som der sker fra K ApS til de tilknyttede coaches ikke betyder, at den kundespecifikke B-konto anerkendes som betalingsmiddel af de enkelte coaches. ...

At Bs coaches kan tilrette pris m.v. beror på fuldmagt, som coachen har fået af K ApS og betyder således ikke, at coachen på egen hånd har adgang til at udbetale midler fra den kundespecifikke B-konto.

Af Finanstilsynets udtalelse af 4. juni 2008 fremgår følgende:

”... Den omstændighed at K ApS' virksomhed mere har karakter af videreformidling af betaling, er igen en forudsætning for, at betalingsmidlet er anerkendt af andre end udstederen. Herved foretages betalingen af den enkelte coach af K ApS og dermed en anden virksomhed, som kunden har et krav mod...”

Det er sprogligt uklart, hvad der skal forstås ved dette afsnit. Hvis det der menes er; at K ApS' honorering af de til B tilknyttede coaches medfører, at den kundespecifikke B-konto anerkendes som betalingsmiddel af andre end udstederen – det vil sige både kunden og coachen - er dette udtryk for en misforståelse af betingelserne i Lov om finansiel virksomhed § 308, stk. 1. Skulle man følge denne antagelse, ville ethvert supermarked, som betaler sine underleverandører med midler modtaget elektronisk fra kunder, opfylde denne betingelse i Lov om finansiel virksomhed § 308, stk. 1.

Vi kan ikke udlede meningen eller relevansen af Finanstilsynets bemærkning om, at betalingen af den enkelte coach foretages af B ApS og dermed en anden virksomhed, som kunden har et krav mod, men det forekommer som et udtryk for en misforståelse og sammenblanding af betingelserne i § 308 stk. 1 i Lov om finansiel virksomhed.

Hertil skal vi på vegne af B ApS blot bemærke, at den kundespecifikke B-konto ikke anerkendes som betalingsmiddel af andre foretagender end udstederen, dvs. K ApS, hvorfor der ikke er tale om elektroniske penge.
...”

Af skærmpoint af B, Step by step booking case fremgår nedennævnte tekst til de enkelte skærmbilleder:

” ...

A. Når en bruger opretter sig på B får denne en personlig side som bla. indeholder en personlig præsentation til brug for sessioner. En aftale/bookingkalender på B. Samt kontooplysninger. Kontooplysninger giver adgang til en oversigt over posteringer samt mulighed for at indsætte penge. Disse penge kan alene anvendes som betaling for coachingydelser.

...

B. Ved hjælp af C betalingssystem (C.dk) kan brugeren indsætte penge med gængse kreditkort som betalingsmidler. Pengene deponeres på en konto i D, og kan til hver en tid tilbageføres kundes – minus prisen for evt. gennemførte coachingydelser.

...

C. Efter at have indsat penge på sin konto kan brugeren booke sessioner. Brugeren kan også booke sessioner uden penge på kontoen. I disse tilfælde er det op til coachen, om han/hun vil acceptere bookingen eller ej.

...

D. Når brugeren booker en coach til en session kan brugeren vælge mellem 3 forskellige sessionsformer: 1. Online coaching (via Skype) 2. Telefon coaching 3. Face-to-face coaching. Forløbet for sessionen vil typisk være det samme uanset hvilket sessionsform kunden vælger.

...

E. Brugeren skal vælge dato og varighed for session, for herefter at gennemføre sin booking.

...

F. Efter gennemført booking får brugeren en oversigt med sine valg samt eventuelle noter for sessionen.

...

G. På sin personlige side kan coachen se nye bookinger.

...

H. Coachen kan tilgå sine bookinger i detaljer. Herunder information om B har modtaget betaling for den enkelte booking eller ej.

...

I. Når sessionen starter kan coach og bruger hver især tilgå den samme side med kontaktoplysninger, noter for sessionen, varighed etc.

- ...
- J. Efter sessionen overgår status fra 'Kommende' til 'Afventer betaling'. På dette tidspunkt kan coachen henstille til, at B sætter sessionen til betaling.
- ...
- K. Coachen kan tilrette beløb ifølge evt. aftale med brugeren. Fakturaen fremgår af brugerens e-mail og personlige side. Brugeren har 10 dage til at godkende fakturaen. Når faktura er godkendt af brugeren afregner B det optjente beløb med coachen.
- ...
- L. Har brugeren ikke dækning på sin konto, føres denne direkte til skærmen for indsat penge.
- ...
- M. Efter at have indsat et beløb kan brugeren godkende betalingen til sin coach. Herfter afregner B det optjente beløb med coachen.
- ..."

Ankenævnet udtaler:

Virksomheder, der udøver virksomhed, som består i at udstede betalingsmidler i form af elektroniske penge, skal have tilladelse som udstedere af elektroniske penge, jf. § 308, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed. Ved elektroniske penge forstås en pengeværdi, der er repræsenteret ved et krav på udstederen, og som er lagret på et elektronisk medium, jf. 2. pkt., og skal være anerkendt som betalingsmiddel af andre foretagender end udstederen, jf. 3. pkt.

Den af K ApS med ... udøvede virksomhed indebærer, at kunder forudbetaler et pengebeløb på en ...-konto tilhørende kunden på www.B.dk til brug for een eller flere ikke nærmere specificerede coachingydelser. Disse udbydes og udføres af en række coaches i eget navn og for egen risiko, og som efter det oplyste derfor må anses som uafhængige af K ApS. Kunderne har herved den enkelte coach som aftalepart for så vidt angår coachingydelsen, mens afregningen af ydelsen foretages ved, at K ApS afregner på vegne af kunden i forhold til coachen med midler indsat på kundens B-konto, hvorved de enkelte coaches altså har anerkendt de elektroniske penge som betalingsmiddel.

Når henses hertil, tiltræder ankenævnet herefter, at K ApS udøver virksomhed, som består i at udstede elektroniske penge og skal have tilladelse hertil, jf. § 308, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 30. januar 2008.

5) Kendelse af 3. marts 2009 (J.nr. 2008-0017864).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 6. oktober 2008 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 9. september 2008 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i det materiale, der lå til grund for Finanstilsynets godkendelse af overdragelsen af A til B.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 9. september 2008 hedder det blandt andet:

”Finanstilsynet finder ikke, at De kan have partsstatus i en sag som den, De har beskrevet i Deres klage, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed. De er derfor ikke berettiget til aktindsigt i den af Dem beskrevne afgørelse efter forvaltningsloven.

...

Efter offentlighedslovens § 14, stk. 1, er pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk., 1, begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Finanstilsynets ansatte er undergivet tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og De er derfor ikke berettiget til aktindsigt i den af Dem beskrevne afgørelse efter offentlighedsloven.

...”

I klageskrivelsen af 6. oktober 2008 har K anført:

”...

Finanstilsynet ønsker ikke at fremsende det relevante materiale, som jeg har bedt om i forbindelse med en sag, hvor jeg mener, at der er en hemmelig aftale mellem C og B i forbindelse med, at B overtog C's pensionsforpligtelser. Finanstilsynet henviser til tavshedspligten, og derfor er det umuligt at få belyst denne sag. Det burde være muligt i dag at få aktindsigt i en sag, hvor jeg og ca. 540 andre er overbevist om, at der er begået fejl.

...”

Finanstilsynet har i en redegørelse af 5. november 2008 udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

K har ved brev af 2. juni 2008 ... spurgt Finanstilsynet, om Finanstilsynet er bekendt med "Aftale om Anvendelsen af bonuspuljen i

C's Pensionskasseordning i B". Han spurgte desuden, om det er i overensstemmelse med reglerne om god skik, når pensionskassen ikke har udsendt meddelelse til medlemmerne om ophørsstatus.

Finanstilsynet meddelte K ved brev af 18. juli 2008 ..., at de oplysninger, som K havde indsendt, ville indgå i det løbende tilsyn med B. Finanstilsynet meddelte yderligere, at på grund af tavshedspligten i § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed kan Finanstilsynet ikke give yderligere informationer om tilsynet med B. Endelig meddelte Finanstilsynet, at K ikke var part i en eventuel sag, som Finanstilsynet måtte rejse overfor B.

K har herefter ved mail af 13. august 2008 ... anmodet om aktindsigt i det materiale, der lå til grund for Finanstilsynets godkendelse af overdragelsen af A til B.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 9. september 2008 ... afslag på aktindsigt

...

K har efter Finanstilsynets afvisning på begæringen om aktindsigt tilsendt en mail d. 19. september 2008... Heri oplyser han, at han vil klage til Erhvervsankenævnet

Finanstilsynet svarede ved brev d. 9. oktober 2008 og uddybede partsbegrebet Heraf fremgår:

"Uddybende kan jeg oplyse, at § 355 i lov om finansiel virksomhed omhandler, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser. Bestemmelsen er lidt anderledes end det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb. Afvigelsen fra det almindelige partsbegreb er nød

vendig på grund af Finanstilsynets særlige tavshedspligt i medfør af § 354 i lov om finansiel virksomhed. § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed indebærer, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse kunden måtte have i en given sag."

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1 Lov om finansiel virksomhed

Det fremgår af § 355 i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3. Stk. 2 og 3 indeholder en udtømmende liste over hvem, der, udover den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed som Finanstilsynets afgørelse retter sig mod, kan anses for værende part i en sag i Finanstilsynet. Opregningen i § 355 nævner ikke kunder, aktionærer og medlemmer. Endvidere fremgår det af § 355, stk. 4, at partsstatus og partsbeføjelser

efter stk. 2 og 3 er begrænset til forhold, hvor tilsynets afgørelse er truffet efter den 8. oktober 1998.

...

I lov om finansiell virksomhed § 354 fremgår bestemmelserne om Finanstilsynets tavshedspligt. Det fremgår heraf, at ansatte i Finanstilsynet under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

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

Af offentlighedslovens § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Partsbegrebet og tavshedsbestemmelserne i lov om finansiell virksomhed i forhold til forvaltningsloven

Forvaltningslovens § 9 bestemmer, at den der er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet en afgørelse, har ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Partsbegrebet i lov om finansiell virksomhed afviger fra det almindelige partsbegreb i forvaltningsloven, da § 355 i lov om finansiell virksomhed, regulerer partsbegrebet i forhold til Finanstilsynets afgørelser og forskrifter.

Indførelsen af § 355 i lov om finansiell virksomhed skete på baggrund af ombudsmandens kendelse FOB 1987 64, i sagen om indlånsforeningen i 6. Juli Banken. Finanstilsynet havde i sagen afvist at give indlånsforeningen aktindsigt i sagen, med henvisning til tavshedsbestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 50, stk. 3. Ombudsmanden udtalte imidlertid, at foreningen havde en sådan interesse i sagen, at den burde have været anset som part.

På denne baggrund blev det fundet nødvendigt, at præcisere partsbegrebet i den finansielle lovgivning, således at hverken kunder eller aktionærer er parter i forhold til afgørelser mod den pågældende virksomhed.

K har oplyst, at han var medlem af A. K er således ikke omfattet af partsbegrebet i § 355, stk. 1. Der er endvidere ikke undtagelser i § 355, stk. 2 og 3, der omfatter K, og selv hvis der var, ville de ikke gælde den konkrete sag, da denne er fra før 8. oktober 1998, jf. 355 stk. 4.

På nævnte baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed, og derfor ikke kan få aktindsigt i sagernes dokumenter efter forvaltningslovens bestemmelser.

3.2 Forholdet til offentlighedsloven / meroffentlighed

I offentlighedsloven findes endvidere en adgang til at få aktindsigt i en myndigheds sagsbehandling.

Af offentlighedsloven fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

Forholdet til meroffentlighed er reguleret af den samme bestemmelse, som giver myndigheden mulighed for at give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt, som f.eks. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354.

Omfattet af § 354 er fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. K har i et brev sendt den 13. august 2008... søgt om aktindsigt i det materiale, der lå til grund for Finanstilsynets godkendelse af overdragelsen af A til B. Sagen som K har anmo-

det om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed af tilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er således begrænset af tavshedspligten i § 354 i lov om finansiel virksomhed. K kan således heller ikke få aktindsigt i henhold til offentlighedsloven i sager om den pågældende virksomhed.
..."

K har ved skrivelse af 25. november 2008 yderligere bemærket blandt andet:

"det må være klart, at finanstilsynet har godkendt afviklingskassens overdragelse til B på nogle meget luftige erklæringer. Finanstilsynets godkendelse er af 23. marts 1998 ...

Regnskabet foreligger 15. juni 1998. ...

Generalforsamlingen var den 12. november 1997. ... Der er efter generalforsamlingen lavet to hemmelige aftaler mellem C og B. ... Vi pensionister kunne jo ikke protestere, da vi ikke kendte den hemmelige aftale.

Jeg synes, at det er efterhånden pinligt, at Finanstilsynet kan fastholde henvisning til tavshedspligten. Ligeledes henvises til, at jeg ikke er berettiget til aktindsigt. Det fremgår af materialet, at der er lavet fusk både af C og B og Finanstilsynet har formentlig godkendt, hvad der er foregået på en tro og love erklæring.

... på et møde på C med ca. 110 pensionister den 23. oktober 2008 lykkedes det at få B's ... til at indrømme, at der var aftaler efter generalforsamlingen, og at de ikke var udsendt til medlemmerne.
..."

Ankenævnet udtaler:

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

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

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

...

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

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

K er således ikke part i en Finanstilsynssag i forhold til B, jf. lov om finansiel virksomhed § 355.

Af offentlighedslovens § 14 følger det, at de almindelige regler om offentlighedens adgang til at få aktindsigt i oplysninger i den offentlige forvaltning begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved eller med hjemmel i lov.

Efter § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed fremgår blandt andet:

”...

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

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

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

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold.

Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

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

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

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

...”

Ankenævnet tiltræder herefter, at Finanstilsynet ikke har imødekommet K anmodning om aktindsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 9. september 2008.

6) Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0017069).

Ikke meddelt dispensation til at intern revisionschef må udføre revisionsopgaver uden for den finansielle koncern.

Lov om finansiel virksomhed § 199, stk. 9.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved brev af 30. juni 2008 har advokat A på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet ved brev af 2. juni 2008 ikke har meddelt dispensation i henhold til lov om finansiel virksomhed § 199, stk. 9, 3. pkt., således at en kommende intern revisionschef må udføre revisionsopgaver uden for koncernen.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 2. juni 2008 hedder det:

”...

§ 199, stk. 9, 3. pkt. indeholder mulighed for, at tilsynet i særlige tilfælde kan dispensere fra § 199, stk. 9, 1. pkt. og dermed tillade, at revisionschefen udfører revisionsopgaver i virksomheder uden for koncernen. Muligheden er tiltænkt anvendt i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomhedens størrelse gør, at den omfattes af kravet om at oprette en intern revision, men hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor.

Formålet med § 199, stk. 9 og 10 er at beskytte revisionschefens uafhængighed. Som led heri afgrænser bestemmelserne revisionschefens arbejdsområde til revisionsopgaver inden for koncernen.

På baggrund af selskabets beskrivelse vurderer Finanstilsynet ikke, at der er tale om så særligt et tilfælde, at der kan dispenseres. Dispensationen gives derfor ikke.

Opmærksomheden henledes på, at der ikke er krav om, at revisionschefen skal ansættes på fuld tid, men blot at denne kun reviderer og kun gør dette inden for koncernen.

...”

I klagebrevet af 30. juni 2008 har advokat A anført:

”...

For Erhvervsankenævnet nedlægges følgende

1. Påstand

1.1 Klagerens ansøgning om dispensation fra § 199, stk. 9, 1. pkt. i Lovbekendtgørelse af 22. maj 2008 nr. 376 om finansiel virksomhed (”LFV”), jf. LFV § 199, stk. 9, 2. pkt. skal imødekommes med den virkning, at der gives Klageren dispensation til at tillade, at en kommende intern revisionschef må udføre revisionsopgaver i virksomheder uden for Klagerens koncern.

Til påstanden er knyttet den proceserklæring, at en kommende intern revisionschef ikke vil blive pålagt sådanne andre arbejdsopgaver, som gør ham inhabil i funktionen som intern revisor.

...

3. Sagsfremstilling

3.1 Klagerens primære forretningsområder er tegning af bygnings- og løsøreforsikringer for erhvervsvirksomheder, familieforsikringer for private samt motorkøretøjsforsikringer for begge kundegrupper. Igennem de seneste år har Klageren reduceret kompleksiteten af sin forretning ganske betydeligt. Klageren er således ophørt med at tegne patientforsikring, ejerskifteforsikring og arbejdsskadeforsikring.

3.2 Klagerens virksomhed er overordnet reguleret af LFV. Derudover er der, for så vidt angår revision, i LFV § 199, stk. 11 givet hjemmel til, at Finanstilsynet i bekendtgørelsesform kan fastsætte nærmere regler om revisionens gennemførelse i finansielle virksomheder mv. samt finansielle koncerner.

3.3. Med hjemmel i LFV § 199, stk. 11 blev der den 11. december 2006 udstedt en bekendtgørelse nr. 1363, der blandt andet regulerer, hvornår en finansiel virksomhed skal have en intern revisionschef. I bekendtgørelsens § 30, stk. 1 står som følger:

”I skadesforsikringsselskaber, der i henhold til den senest godkendte årsrapport har en årlig bruttopræmieindtægt på 2 mia. kr. og i det seneste regnskabsår i gennemsnit har haft 50 eller flere fuldtidsansatte, skal der oprettes en intern revision”

3.4 Denne bestemmelse er nu ophævet og der er i stedet med hjemmel i samme LFV § 199, stk. 11 udstedt en bekendtgørelse af 22. oktober 2007 nr. 1224 (”**Revisorbekendtgørelsen**”). I Revisorbekendtgørelsen er indsat en ny regel i § 9, stk. 3 om intern revision:

”I virksomheder, der i de to seneste regnskabsår på balancetidspunktet i gennemsnit har haft 125 eller flere fuldtidsansatte, skal der oprettes en intern revision”.

3.5 Kriterierne for, hvornår et skadesforsikringsselskab skulle have en intern revision i henhold til den dagældende bekendtgørelse medførte, at

Klagerens virksomhed indtil 1. januar 2008 ikke var omfattet af dette krav.

3.6 Imidlertid har Klageren i alt 126 fuldtidsansatte og har gennemsnitligt beskæftiget 134 fuldtidsansatte igennem de seneste to regnskabsår (dvs. 2006 og 2007) målt på balancetidspunktet. Således er Klageren pr. 1. januar 2008 blevet omfattet af reglerne om intern revision med den følge, at bestyrelsen skal foranledige, at der ansættes en intern revisionschef.

3.7 Klagerens størrelse og den drevne virksomheds kompleksitet medfører, at det – som forudsat i Revisorbekendtgørelsen - ikke er muligt at fuldtidsbeskæftige en intern revisionschef. Klageren er af den opfattelse, at Klageren kun vil kunne beskæftige en intern revisionschef ca. 400 timer om året. Følgelig er der sådanne særlige grunde, der kan begrunde, at den interne revisionschef må udføre revisionsopgaver i virksomheder uden for Klagerens koncern. Det skal føjes til, at Klageren vurderer, at det ikke med et så afgrænset stillingsindhold på deltid vil være muligt at kunne tiltrække en tilstrækkelig kvalificeret ansøger

3.8 Ved lov af 10. juni 2003 nr. 453 er der tilføjet en ny § 198, stk. 9 (i dag § 199, stk. 9, jf. lovbekendtgørelse af 22. maj 2008 nr. 376), som giver adgang til, at Finanstilsynet kan dispensere fra kravet om intern revision. Bestemmelsen i § 199, stk. 9 bestemmer som følger:

”Bestyrelsen kan ikke tillade, jf. § 80, stk. 1, at interne revisions- og vicerevisionschefer udfører revisionsopgaver i virksomheder udenfor koncernen. Bestyrelsen kan heller ikke tillade, at interne revisions og vicerevisionschefer udfører andet arbejde end revisionsopgaver i virksomheder indenfor koncernen eller i virksomheder indenfor samme administrationsfællesskab. Finanstilsynet kan i særlige tilfælde dispensere fra 1. pkt.”

3.9 På denne baggrund indgav Klageren den 3. marts 2008 en ansøgning om dispensation fra LFV § 199, stk. 9, 1. pkt. ..., hvori Klageren anmodede om dispensation til at tillade, at en intern revisionschef udfører revisionsopgaver i virksomheder udenfor Klagerens koncern.

3.10 Ved brev af 2. juni 2008 meddelte Finanstilsynet afslag på dispensationsansøgningen.

...

Denne afgørelse og den anførte begrundelse er Klageren uenig i, hvilket har givet anledning til denne klage.

4. Argumentation

4.1 Afgørelsens begrundelse

Finanstilsynets afslag på dispensationen er baseret på følgende præmisser:

at muligheden for at meddele dispensation er tiltænkt anvendt i meget sjældne tilfælde og at der ikke for Klagerens vedkommende er tale om et så særligt tilfælde, at der kan dispenseres,

at formålet med forbuddet mod, at en intern revisionschef udfører andet revisionsarbejde uden for virksomheden og koncernen er at beskytte den interne revisors uafhængighed, og

at der ikke er krav om, at en intern revisor ansættes på fuld tid, men blot at denne kun reviderer og kun gør dette inden for koncernen.

Klageren har herved noteret sig, at der også efter Finanstilsynets opfattelse er grundlag for dispensation, såfremt der er tale om et særligt tilfælde samtidig med at kravet om habilitet overholdes.

4.2 Ad. præmis (a):

Præmis (a) er uddybet i Afgørelsen ved Finanstilsynets fremhævelse af, at muligheden for dispensation er tiltænkt anvendt i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomhedens størrelse gør, at den omfattes af kravet om at oprette en intern revision, men hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisionschef.

Finanstilsynets opfattelse af, hvornår der kan gives dispensation er citeret direkte fra forarbejderne til § 199, stk. 9 (tidligere § 198, stk. 9).

Finanstilsynets vurdering af, at der ikke er tale om et dispensationstilfælde i denne sag er fejlagtig set ud fra de af Klageren beskrevne forhold.

Dette begrundes først og fremmest i, at der i forarbejderne til bestemmelsen i § 199, stk. 9 samt i Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer direkte står som eksempel, at dispensationsmuligheden tænkes anvendt i en situation som den foreliggende.

Endvidere har Klageren i selve dispensationsansøgningen ... oplyst for Finanstilsynet, (i) at Klageren i betydelig grad har reduceret kompleksiteten af forretningen, (ii) at der ikke vil være tilstrækkeligt med arbejde til at fuldtidsbeskæftige en intern revisionschef og det dermed kan blive svært at finde kvalificeret arbejdskraft.

Endelig er antallet af fuldtidsansatte medarbejdere i Klageren (pt. 126 medarbejdere) kun lige over grænsen for, hvornår en virksomhed, ifølge revisorbekendtgørelsen, skal ansætte en intern revisionschef (125 medarbejdere).

Det må således bero på en fejlagtig forvaltning af hjemmelen, at Klagerens ansøgning om dispensation er blevet afvist som følge af, at der ikke foreligger særlige forhold, hvorfor denne præmis (a) ikke kan tillægges betydning i vurderingen af en dispensation.

4.3 Ad. præmis (b)

I den anden centrale præmis for Afgørelsen er det anført, at formålet med LFV § 199, stk. 9 og 10 er at beskytte den interne revisionschefs uafhængighed.

Klageren er enig i, at en (intern) revisionschef altid skal være uafhængig og at der ikke må kunne opstå tvivl om den interne revisionschef uafhængighed. Klageren mener dog, at uafhængighedskravet ikke skal tillægges direkte betydning ved vurderingen af, om en dispensationsansøgning i henhold til LFV § 199, stk. 9 skal imødekommes som følge af Klagerens forhold. De to bestemmelser i § 199 modsiger ikke hinanden.

Bestyrelsen i en finansiel virksomhed kan aldrig tillade, at en intern revisionschef påtager sig hverv, der bevirker, at den pågældende revisor kommer i strid med habilitetsbestemmelser svarende til dem der gælder for eksterne revisorer i henhold til lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, kapital 4, jf. LFV § 199, stk. 10.

En meddelelse om dispensation tilsidesætter derfor ikke princippet om revisors uafhængighed, som altid skal iagttages af både den interne revisionschef og Klageren.

Som følge heraf vil formålet med § 199, stk. 9 ikke blive tilsidesat ved en imødekommelse af en ansøgning om dispensation til at tillade, at en intern revisionschef, efter konkret bedømmelse af Klageren i hvert enkelt tilfælde, kan udføre revisionsopgaver udenfor Klagerens koncern.

På den baggrund kan Finanstilsynets præmis (b) ikke tillægges betydning i vurderingen af dispensationsansøgningen.

4.4 Ad. præmis (c)

Det er anført i Afgørelsen, at Klageren ikke er forpligtet til at ansætte en intern revisionschef i en fuldtidsstilling. Denne opfattelse er Klageren enig i, men hvis Klageren kun kan tilbyde en stilling med få arbejdstimer, vil det være vanskeligt, hvis ikke umuligt at tiltrække en kvalificeret revisor, idet denne revisor samtidigt hermed vil være forhindret i at tage arbejde udenfor Klagerens koncern og dermed ikke kan opretholde en sædvanlig lønindtægt.

På den baggrund kan Finanstilsynets præmis (c) ikke tillægges betydning i vurderingen af dispensationsansøgningen.
...”

I en redegørelse af 11. juli 2008 har Finanstilsynet udtalt:

”...

Sagsfremstilling

K blev ved ændringen af grænsen for krav om intern revision omfattet af kravet pr. 1. januar 2008. Kravet fremgår af revisionsbekendtgørelsens §

9. Af bestemmelsens stk. 1, fremgår det, at bestyrelsen skal drøfte behovet for at oprette en intern revision under hensyntagen til virksomhedens kompleksitet. Det fremgår tillige af stk. 3, at virksomheder, der i de to seneste regnskabsår på balancetidspunktet i gennemsnit har haft 125 eller flere fuldtidsansatte, skal oprette en intern revision, dvs. at disse virksomheder under alle omstændigheder anses for komplekse.

Grænsen for intern revision er fastsat ud fra en vurdering af, at finansielle virksomheder, der har flere end 125 fuldtidsansatte, altid vil have en sådan størrelse og kompleksitet, at de skal have intern revision. Finansielle virksomheder, der har færre end 125 fuldtidsansatte, kan være så komplekse, at de bør have en intern revision, men det lades op til bestyrelsen at vurdere kompleksiteten i disse virksomheder. Eftersom K ligger over grænsen på de 125 fuldtidsansatte, skal de derfor have en intern revision.

K har ansøgt om dispensation i henhold til § 199, stk. 9, 3. pkt. i lov om finansiel virksomhed, hvorefter tilsynet i særlige tilfælde kan dispensere fra § 199, stk. 9, 1. pkt. og dermed tillade, at revisionschefen udfører revisionsopgaver i virksomheder uden for koncernen.

Det fremgår af lovbemærkningerne (L176 § 198, stk. 9) at: "Dispensationsmuligheden tænkes anvendt i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomhedens størrelse gør, at den omfattes af kravet om at oprette en intern revisionsafdeling, men hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor."

I praksis har bestemmelsen været anvendt i et yderst begrænset antal sager. Dispensation er hidtil kun blevet givet i et tilfælde, hvor virksomhedens geografiske placering (på Grønland) begrundede dispensationen, og hvor dispensationen udelukkende blev anvendt til at revisionschefen tillige kunne være revisionschef i en anden konkret finansiel virksomhed, hvor tilsynet vurderede truslen mod revisionschefens uafhængighed (og risikoen for eventuelle interessekonflikter) som værende minimal. Tilsynet har derudover alene i enkelte tilfælde tilladt, at revisionschefen tillige var revisor for en række ikke-erhvervsdrivende fonde, da det af tilsynet blev vurderet ikke at kunne udgøre en trussel mod revisionschefens uafhængighed.
..."

I et brev af 1. september 2008 har advokat A yderligere anført:

”...

1.1 Finanstilsynets afslag på ansøgning om dispensation til at tillade, at en kommende intern revisionschef i Klageren tillige må udføre revisionsopgaver i virksomheder uden for Klagerens koncern, er ifølge Finanstilsynets redegørelse for sagen baseret på følgende præmisser:

(a) at der ikke er tale om et sådant sjældent tilfælde, at der kan gives dispensation til Klageren, og

(b) at bestemmelsen, der giver mulighed for at give dispensation, i praksis har været anvendt i et yderst begrænset antal sager og at en imødekommelse af Klagerens dispensationsansøgning vil være i strid med den nuværende praksis.

1.2 Ad. præmis (a): Et sjældent tilfælde

Finanstilsynets præmis (a) er ikke korrekt set ud fra de af Klageren beskrevne forhold i klageskriftet af 30. juni 2008,

Herudover skal følgende forhold endvidere fremhæves:

I overensstemmelse med almindelige fortolkningsprincipper og forvaltningsretlige principper bidrager forarbejderne til fastlæggelsen af lovens indhold og sætter rammerne for en forvaltningsmyndigheds ellers umiddelbart frie skøn til fakultativt at kunne dispensere i særlige tilfælde.

Eftersom Klageren i klageskriftet har påvist, at Klagerens situation svarer direkte til det eksempel, der nævnes i forarbejderne til LFV § 199, stk. 9 (og i kommentarerne dertil) som værende en situation, hvor dispensationsmuligheden er tænkt anvendt, kan Finanstilsynet ved behandlingen af Klagerens dispensationsansøgning ikke afvise denne under henvisning til, at der ikke er tale om "et sådant sjældent tilfælde, at der kan gives dispensation".

Forarbejderne omtaler ikke de kriterier, som Finanstilsynet synes at indlægge i sin fortolkning af, hvornår der kan gives dispensation. Hermed er der efter klagerens opfattelse tale om en indskrænkende fortolkning, som er i strid med lovgivers intention med bestemmelsen.

1.3 Ad. præmis (b): I strid med nuværende praksis

Præmis (b) er uddybet i Finanstilsynets redegørelse som følger (Finanstilsynets udtalelse side 2-3):

(i) *"Dispensation er hidtil kun blevet givet i et tilfælde, hvor virksomhedens geografiske placering (på Grønland) begrundede dispensation, og hvor dispensationen udelukkende blev anvendt til at revisionschefen tillige kunne være revisionschef i en anden konkret finansiel virksomhed, hvor tilsynet vurderede truslen mod revisionschefens uafhængighed (og risikoen for eventuelle interessekonflikter) som værende minimal", og*

(ii) *"Tilsynet har derudover alene i enkelte tilfælde tilladt, at revisionschefen tillige var revisor for en række ikke-erhvervsdrivende fonde, da det af tilsynet blev vurderet ikke at kunne udgøre en trussel mod revisionschefens uafhængighed."*

Klageren forstår ikke, at det i Finanstilsynets præmis (b) anførte skulle tale imod at imødekomme Klagerens dispensationsansøgning. LFV §

199, stk. 9 er efter Klagerens opfattelse ikke indsat af hensyn til særlige forhold i Grønland og forarbejderne til bestemmelsen indeholder da heller ikke et geografisk og/eller afstandsmæssigt kriterium.

Det eksempel, som Finanstilsynet fremhæver (citeret i pkt. 1.3 (i) ovenfor), hvor der blev meddelt dispensation, adskiller sig ydermere ikke på relevante punkter fra Klagerens forhold.

Situationen er i begge sager (uafhængig af geografisk beliggenhed), at det ikke er muligt at fuldtidsbeskæftige en intern revisionschef og at det er vanskeligt at tiltrække kvalificeret arbejdskraft til en deltidsstilling, hvis dette samtidig indebærer, at den pågældende ikke kan få tilladelse til – under iagttagelse af uafhængighedskravet – at udføre revisionsarbejde uden for den finansielle virksomheds koncern for dermed at kunne oppebære en rimelig lønindkomst og et relevant jobmæssigt indhold i det daglige arbejde.

Efter klagerens opfattelse har Finanstilsynet valgt en administrativ praksis i strid med LfV § 199, stk. 9's formål, som bl.a. beskrevet i forarbejderne til bestemmelsen, og denne indskrænkende praksis er Finanstilsynet forpligtet at korrigere.
..."

I et brev af 6. oktober 2006 har Finanstilsynet anført:

"...

Finanstilsynet fastholder sin redegørelse og konklusion i sagen som anført i redegørelsen af 11. juli 2008 til ankenævnet.

Ad. præmis (a): Et sjældent tilfælde

Finanstilsynet finder det ikke påvist af klageren, at dennes situation "svarer direkte til det eksempel, der nævnes i forarbejderne til LfV § 199, stk. 9 (og i kommentarerne dertil)",

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen i § 199, stk. 9, fremgår det, at "Dispensationsmuligheden tænkes anvendt i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomhedens størrelse gør, at den omfattes af kravet om at oprette en intern revisionsafdeling, men hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor."

Det er således ikke nævnt eksplicit, hvad der skal til for, at "virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor". Størrelseskravet på 125 fuldtidsansatte i henhold til § 9, stk. 3, i revisionsbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1224 af 22. oktober 2007 om revisionens gennemførelse i finansielle virksomheder m.v. samt finansielle koncerner) er netop fastsat ud fra en hensyntagen til, at de omfattede virksomheder har en størrelse, hvor det bør være muligt ud fra virksomhedens størrelse at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor. Finanstilsynet kan således ikke give en dispensation alene på den baggrund, at en

virksomhed kun ligger lidt over grænsen for, hvornår der skal etableres en intern revision.

Muligheden for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor skal derfor være begrundet i øvrige forhold, og sådanne forhold har klager ikke påvist gør sig gældende i denne sag. Det er endvidere fremhævet i lovbemærkningerne, at dispensationsmuligheden er tiltænkt meget sjældne tilfælde. Dvs. at disse øvrige forhold skal være helt særlige, f.eks. at virksomheden befinder sig i et område, hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor. Dette ses ikke at være tilfældet i klagerens sag.

Klageren har således ikke godtgjort, at der er tale om et helt særligt tilfælde.

Ad præmis (b): I strid med nuværende praksis

Finanstilsynet vurderer fortsat, at den nuværende praksis fuldt ud er i overensstemmelse med bestemmelsens formål, nemlig at give dispensation i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor.

...”

I et brev af 3. november 2008 har advokat A anført:

”...

1.1 Klageren er enig i, at Finanstilsynet ikke kan give dispensation alene fordi en virksomhed ligger lige over grænsen på de 125 fuldtidsansatte medarbejdere. Afgørende er det, at Klageren, der pt. har 126 fuldtidsansatte, kun vil kunne beskæftige en intern revisionschef ca. 400 timer om året, jf. klageskrift af 30. juni 2008, pkt. 3.7, og at det derfor vil være meget vanskeligt for Klageren at tiltrække en kvalificeret intern revisionschef (der opfylder revisorbekendtgørelsens krav), når den pågældende ikke må udføre revisionsopgaver i virksomheder uden for Klagerens koncern.

1.2 Finanstilsynet kan ikke lovligt indføre en intern regel (praksis), der opstiller et geografisk kriterium i dispensationsvurderingen, der afskærer det skøn, lovgiver i forarbejderne til LFV § 199, stk. 9 har forudsat udøvet. Følgelig kan Finanstilsynet ikke alene under henvisning til virksomhedens geografiske placering og den praksis, Finanstilsynet fører, afskære dispensationsadgangen for Klageren.

...”

Ankenævnet udtaler:

Finanstilsynets adgang til at dispensere fra lov om finansiel virksomhed § 199, stk. 9, 1. og 2. pkt., hvorefter bestyrelsen ikke kan tillade interne revisionschefer

at udføre arbejde uden for koncernen samt arbejde inden for koncernen, der ikke er revisionsopgaver, følger af lovens § 199, stk. 9, 3. pkt.

Af forarbejderne til lov om finansiel virksomhed § 199, stk. 9, 3. pkt. (lovforslag L 176 2002/2003 om forslag til lov om finansiel virksomhed) fremgår følgende:

”Dispensationsmuligheden tænkes anvendt i de meget sjældne tilfælde, hvor virksomhedens størrelse gør, at den omfattes af kravet om at oprette en intern revisionsafdeling, men hvor virksomheden ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor.”

Erhvervsankenævnet finder efter det oplyste om klagerens forhold ikke, at klageren ikke har mulighed for at tiltrække og fuldtidsbeskæftige en kvalificeret intern revisor. Nævnet finder derfor ikke, at der foreligger en situation, hvor Finanstilsynet burde have anvendt den omhandlede dispensationsadgang.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 2. juni 2008.

7) Kendelse af 8. juni 2009 (J.nr. 2008-0017408).

Omtvistet aktivitet vedrørende rådgivning og vejledning om konkrete prospekter opfylder ikke kravet i lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 2, 2. pkt.

Lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 2.

(Anders Hjulmand, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. august 2008 har K A/S (herefter K) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008 om, at flere af de ydelser, som K udbyder i forbindelse med prospektarbejde, ikke er omfattet af bilag 4, afsnit B, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed, og at K's rolle i prospekter således er mere omfattende, end hvad et fondsmæglerselskab må udøve.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008 hedder det:

” ...

Finanstilsynet har den 3. juni 2008 modtaget "Notat om prospektarbejde" fra K A/S (herefter K), hvor K skriver, at selskabets ydelse i forbindelse med prospektarbejde ikke er selve udarbejdelsen af prospekter, men derimod rådgivning og vejledning omkring prospektets indhold og opbygning. Det fremgår ligeledes af notatet, at "K har i prospektet erklæret sig som finansiel formidler" samt, at "K kommer derved til at fremstå som en form for tovholder på prospektet".

Finanstilsynet påtalte i undersøgelsesrapporten af den 20. maj 2008, at Ki strid med § 9, bilag 4, til lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 376 af 22. maj 2008 (herefter FiL), har udarbejdet prospekter. Finanstilsynet lagde ved påtalen til grund, at K selv oplyste på inspektionen i april 2008, at K udarbejder prospekter.

Et fondsmæglerselskab må foretage rådgivning i henhold til bilag 4, afsnit B, nr. 3, til FiL. I begrebet rådgivning kan der efter tilsynets opfattelse ikke indfortolkes udarbejdelse af prospekter, bl.a. da rådgivning alene retter sig mod den kunde, der modtager ydelsen, mens selskabet ved udarbejdelse af prospekter medvirker ved emissionen og hermed også retter sig mod de investorer, der investerer i det pågældende selskab.

Et fondsmæglerselskab vil f.eks. kunne rådgive om hvilke regler, kunden skal være opmærksom på, men udarbejdelse af selve prospektet eller kontrol af om prospektet lever op til alle krav, vil derimod være udover bilag 4, afsnit B, nr. 3, til FiL.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at flere af de ydelser, som K udbyder i forbindelse med prospektarbejde ikke er omfattet, af bilag 4, afsnit B, nr. 3, til FiL. K's rolle som "finansiel formidler" og "tovholder" i prospekter er således mere omfattende, end hvad et fondsmæglerselskab må udøve, idet K herved medvirker ved den pågældende emission.

...”

I klageskrivelse af 7. august 2008 har K anført:

” ...

Sagsfremstilling

Indledning

Finanstilsynet gennemførte i april 2008 et inspektionsbesøg hos K. På baggrund af inspektionsbesøget udarbejdede Finanstilsynet en undersøgelsesrapport dateret 20. maj 2008. Af denne rapport fremgår de konklusioner, som Finanstilsynet er kommet frem til efter undersøgelsen af K. En af Finanstilsynets konklusioner var, at K i strid med § 9, jf. bilag 4 i lov om finansiel virksomhed, har *udarbejdet* prospekter. Rapporten er vedlagt som bilag.

K drøftede dette per telefon med Finanstilsynet, og man blev enige om, at det overfor Finanstilsynet skulle nærmere klarlægges, hvilke arbejdsopgaver K udfører i forbindelse med prospekter, idet det er K's opfattelse, at K ikke *udarbejder* prospekter, men derimod udfører rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning, og det er K's opfattelse, at disse arbejdsopgaver er en tilladt aktivitet, jf. bilag 4, afsnit B, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed.

Derfor udarbejdede K notatet af 2. juni 2008 til Finanstilsynet. Finanstilsynet traf herefter afgørelse i sagen den 11. juli 2008 ...

Om K A/S ("K")

Primære aktiviteter

K udfører en række forskellige aktiviteter, der kan defineres som primære aktiviteter omfattet af afsnit A i bilag 4 i lov om finansiel virksomhed. En af disse aktiviteter er K-listen. K har i en årrække drevet K-listen, som kan betegnes som et ureguleret marked. Købere og sælgere af unoterede aktier har kunnet bruge K-listen til via K at etablere kontakt til en køber eller sælger, og K fungerer i den sammenhæng som mellemmand.

En anden primær aktivitet er investeringsrådgivning. K udfører formuepleje for en række kunder, og en naturlig del af dette arbejde er at udvælge de værdipapirer på de regulerede markeder nationalt og internationalt, som skal købes eller sælges. Dette indebærer også gennemlæsning af de prospekter, som selskaberne på de regulerede markeder måtte udarbejde i forbindelse med emissioner og/eller børsintroduktioner.

Accessoriske aktiviteter

I forbindelse med arbejdet omkring K-listen er der gennem årene foregået en løbende dialog med de selskaber, hvis aktier (blandet andet) handles via K-listen. Denne dialog har i forskellige sammenhænge ført til, at K har udført rådgivning til disse selskaber vedrørende kapitalstruktur mv., dvs. en aktivitet omfattet af afsnit B pkt. 3 i bilag 4, og K har med tiden også givet rådgivning om kapitalstruktur mv. til selskaber, der ikke omsættes på K-listen, idet også andre selskaber har erfaret, at K kan levere denne ydelse i en konkurrencedygtig kvalitet til konkurrencedygtige priser. I og med K qua sit arbejde indenfor investeringsrådgivning også har indsigt i, hvilket indhold et prospekt skal have, har det virket naturligt, at K i sin rådgivning om kapitalstruktur mv. også har rådgivet i relation til prospekter, idet udarbejdelse af et prospekt ofte er et krav i forbindelse med kapitaltilførsel. Derfor har K den opfattelse, at denne form for rådgivning klart må være omfattet af afsnit B pkt. 3 i bilag 4.

K's ydelser i forbindelse med prospekter

Som det fremgår af ledelsens erklæring i et hvert prospekt, der er udarbejdet i henhold til EU Kommissionens forordning 809/2004, er selskabets ledelse ansvarlig for, at oplysningerne i prospektet er korrekte. K's ydelser har således været, på baggrund af sin indsigt i, hvilket

indhold et prospekt skal have, at rådgive selskabet om, hvilke oplysninger, der skal indgå i prospektet, og hvorledes disse oplysninger præsenteres i prospektet.

K har i prospektet erklæret sig som finansiel formidler, og af erklæringen fremgår, at K har fået forelagt alle ønskede oplysninger fra selskabet og selskabets revisorer. Det fremgår også af erklæringen, at K ikke selvstændigt har efterprøvet disse oplysninger, men K har gennemgået oplysningerne og har herved ikke fundet ukorrektheder eller manglende sammenhænge.

K's opgaver i forbindelse med prospektudarbejdelsen er således rådgivning til selskabet om prospekternes indhold og opstilling, herunder omfanget af regnskabsoplysninger og beskrivelse af selskabets produkter, markedsforhold og risici. Disse oplysninger *udarbejdes så af selskabet selv* samt typisk bistået af selskabets revisor for så vidt angår regnskabsoplysningerne. Materialet gennemgås efterfølgende med K, og K vurderer herunder, hvorvidt materialet efter K's vurdering lever op til kravene i EU Kommissionens forordning 809/2004.

K kommer derved til at fremstå som en form for tovholder på prospektet, fordi alle oplysningerne samles her. Og typisk er det også K, der har kontakten med det af selskabet valgte pengeinstitut, som skal forestå aktieudstedelsen mv.

Typisk har det været sådan, at K på selskabets vegne indsender det endelige prospektudkast til godkendelse hos Finanstilsynet. K bliver herved mellemmand mellem selskabet og Finanstilsynet i godkendelsesprocessen. Dette er hensigtsmæssigt for alle parter, idet K qua sin erfaring og indsigt på en konstruktiv måde kan formidle Finanstilsynets bemærkninger videre til selskabet, således at selskabet bliver i stand til at foretage de rettelser/ ændringer i prospektet, som Finanstilsynet finder anledning til at påpege. Selskabet foretager herefter i samråd med K rettelserne/ ændringerne, hvorefter K på ny indsender prospektet til godkendelse hos Finanstilsynet.

K *udarbejder* således ikke prospekter, K *rådgiver* om prospekters indhold og opbygning. I og med denne rådgivning, som beskrevet ovenfor, foregår i naturlig forlængelse af K's primære aktiviteter, er det K's opfattelse, at rådgivningen kan henføres til afsnit B pkt. 3 i bilag 4.

Fondsmæglerselskabers forretningsområder

Forarbejderne til lov om finansiel virksomhed rummer ikke fortolkningsbidrag vedrørende afsnit B pkt. 3 i bilag 4, men det er K's opfattelse, at der skal tages hensyn til, at ikke alle fondsmæglerselskabers forretningsområde er ens. K-listen er en aktivitet, der ikke i samme omfang findes i andre fondsmæglerselskaber, og derfor er den rådgivning, som K udfører i medfør af afsnit B pkt. 3 i bilag 4 en naturlig forlængelse af aktiviteterne i afsnit A i bilag 4, mens den samme rådgivning udført af et *andet fondsmæglerselskab* ikke nødvendigvis vil have en naturlig sammenhæng med afsnit A i bilag 4.

Andre fondsmæglerselskaber udfører tilsvarende opgaver i forbindelse med prospektudarbejdelse som K, fx fremstår fondsmæglerselskabet A A/S også som finansiel formidler i prospekterne for B A/S, C A/S, D A/S, E A/S, F A/S, G A/S og H A/S.

Samtlige disse selskaber udspringer af A's aktiviteter indenfor investeringsrådgivning. Hvorvidt den aktivitet er i naturlig forlængelse af A's aktiviteter i medfør af afsnit A i bilag 4 hverken kan eller vil K forholde sig til.

Oplysningen om fondsmæglerselskabet A A/S skal blot tjene som illustration af, at der vitterligt er forskel på fondsmæglerselskaber, og det er K's holdning, at de ydelser i forbindelse med prospektarbejde, som K har leveret, har en ganske naturlig sammenhæng med aktiviteterne, som K har i medfør af afsnit A i bilag 4, og K mener derfor, at denne rådgivning kan henføres til afsnit B pkt. 3 i bilag 4 og derfor klart må være en tilladt aktivitet.

Afsluttende bemærkninger

Finanstilsynet har i forbindelse med dets undersøgelse af K i april 2008 fået den opfattelse, at K udarbejder prospekter. I notatet af 2. juni 2008 har K klarlagt, hvilke ydelser K yder i forbindelse med prospektarbejde, nemlig *rådgivning om prospekters indhold og opbygning*. I sin afgørelse af 11. juli 2008 lægger Finanstilsynet til grund, at K *udarbejder* prospekter, ligesom sondringen mellem fondsmæglerselskabers forskellige forretningsområder ikke er nævnt i afgørelsen.

Det er derfor K's vurdering, at Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008 ikke er truffet på et korrekt grundlag, og derfor indbringes afgørelsen for Erhvervsankenævnet.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 20. oktober 2008 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

K A/S har i medfør af § 9, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed tilladelse som fondsmæglerselskab. Selskabet har tilladelse til at udøve de i bilag 4, afsnit A, nr. 1, 2, 3, 4, 5 og 9, og afsnit B, nr. 2, 3 og 4, nævnte aktiviteter.

Finanstilsynet gennemførte den 2. og 3. april 2008 en ordinær inspektion i K A/S. På baggrund af denne undersøgelse udarbejdede Finanstilsynet "Rapport om undersøgelse af K A/S" af 20. maj 2008. Rapporten indeholdt en påtale af, at selskabet i strid med § 9, stk. 2, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed, havde udarbejdet prospekter.

K A/S sendte efterfølgende "Notat om prospektudarbejdelse" af 2. juni 2008 til Finanstilsynet. I notatet redegør selskabet for selskabets involvering i udarbejdelsen af prospekter. Der redegøres for, at selskabet ikke udarbejder prospekter, men rådgiver og vejleder om prospekters indhold og opbygning. Selskabet anfører, at den omhandlede rådgivning

og vejledning ligger inden for bilag 4, afsnit B, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed, og at rådgivningen i øvrigt står i naturlig sammenhæng med aktiviteterne i henhold til bilag 4, afsnit A, til lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet sendte den 11. juli 2008 et brev til K A/S, hvor Finanstilsynet traf afgørelse om, at flere af de ydelser, som selskabet udbyder i forbindelse med prospektudarbejdelse, jf. notatet af 2. juni 2008, ikke er omfattet af bilag 4 til lov om finansiel virksomhed, og at ydelserne derfor ikke må udbydes af et fondsmæglerselskab, jf. lovens § 9, stk. 2, 2. pkt.

K A/S har ved brev af 7. august 2008 indbragt Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008 for Erhvervsankenævnet.

...

Finanstilsynet skal for en god ordens skyld oplyse, at det er korrekt, at tilsynet på den ordinære undersøgelse fik den opfattelse, at selskabet ikke kun rådgav og vejlede, men rent faktisk udarbejdede prospekter, og at dette blev lagt til grund for påtalen i tilsynets rapport af 20. maj 2008. Ved Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008 har tilsynet derimod lagt oplysningerne i selskabets notat af 2. juni 2008 til grund.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Af § 9, stk. 1 og 2, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 897 af 4. september 2008, fremgår:

"Virksomheder, der for tredjemand udøver aktiviteter som nævnt i bilag 4, afsnit A, er værdipapirhandlere og skal have tilladelse som værdipapirhandlere, jf. dog § 7, stk. 1, og § 8, stk. 1. Værdipapirhandlere kan desuden udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter. Tilladelse til at udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter kan kun meddeles i tilknytning til tilladelse til de i bilag 4, afsnit A, nævnte aktiviteter. Tilladelsen skal angive de aktiviteter i bilag 4, som tilladelsen omfatter.

Stk. 2. Værdipapirhandlere, som ikke har tilladelse efter § 7, stk. 1, § 8, stk. 1, eller § 10, stk. 1, er fondsmæglerselskaber. Fondsmæglerselskaber må kun udføre aktiviteter som nævnt i bilag 4."

Det fremgår således, at fondsmæglerselskaber alene må udføre aktiviteter, som er nævnt i lovens bilag 4. Omhandlet af lovens bilag 4 er i afsnit A aktiviteter relateret til værdipapirhandel, samt i afsnit B aktiviteter, der er accessorisk hertil. Tilladelse til at udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter kan kun meddeles i tilknytning til en aktivitet i afsnit A.

"AFSNIT A

1) Modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter.

2) Udførelse af ordrer med et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter for investorers regning.

- 3) *Forretninger for egen regning med ethvert af de i bilag 5 nævnte instrumenter.*
- 4) *Skønsmæssig porteføljepleje af de enkelte investorers værdipapirbeholdninger efter instruks fra investorerne, såfremt beholdningerne omfatter et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter.*
- 5) *Investeringsrådgivning.*
- 6) *Afsætningsgaranti i forbindelse med emissioner af et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter eller placering af sådanne instrumenter på grundlag af en fast forpligtelse.*
- 7) *Placering af finansielle instrumenter uden fast forpligtelse.*
- 8) *Drift af multilaterale handelsfaciliteter.*
- 9) *Opbevaring og forvaltning for investorers regning i forbindelse med et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, herunder depotvirksomhed og tjenesteydelser knyttet til en eller flere af de i nr. 1-8 nævnte aktiviteter.*

AFSNIT B

- 1) *Boksudlejning.*
- 2) *Kredit- eller långivning til en investor, således at denne kan udføre en transaktion med et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter, såfremt den virksomhed, der yder kreditten eller lånet, deltager i transaktionen.*
- 3) *Rådgivning til virksomheder vedrørende kapitalstrukturer, industristrategi og dermed beslægtede spørgsmål samt rådgivning og tjenesteydelser vedrørende fusioner og opkøb af virksomheder.*
- 4) *Valutatransaktioner, når de pågældende transaktioner er et led i ydelsen af investeringsservice.*
- 5) *Investeringsanalyser og finansielle analyser eller andre former for generelle anbefalinger vedrørende et eller flere af de i bilag 5 nævnte instrumenter.*
- 6) *Tjenesteydelser i forbindelse med afsætningsgaranti.*
- 7) *Investeringservice og investeringsaktiviteter samt accessoriske tjenesteydelser af den type, der er omhandlet i dette bilag vedrørende det underliggende instrument for derivaterne omfattet af bilag 5, nr. 5-7 og 10, når disse er knyttet til investeringsserviceydelsen eller accessoriske tjenesteydelser.*
- 8) *Formidling og rådgivning om lån og kreditter til gearede investeringer."*

Bilag 1 til lov om finansiel virksomhed omhandler de aktiviteter, som pengeinstitutter må udøve, jf. lovens § 7, stk. 1, 2. pkt. Det følger heraf, at pengeinstitutter ud over aktiviteterne omfattet af lovens bilag 1 må udøve virksomhed efter lovens §§ 24-26. Blandt andet må pengeinstitutter i henhold til § 24 i lov om finansiel virksomhed drive virksomhed, der er accessorisk til den virksomhed, der er givet tilladelse til. Finanstilsynet kan bestemme, at den accessoriske virksomhed skal drives i et andet selskab.

Af bemærkningerne til § 24, lovforslag nr. L 176 af 12. marts 2003, fremgår:

"Begrebet accessorisk virksomhed har ikke betydning for fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningsselskaber. Fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningsselskaber skal have tilladelse til de aktiviteter, som udøves, og tilladelsen angiver de aktiviteter, som er omfattet af tilladelsen".

For fondsmæglerselskaber gælder § 27 i lov om finansiel virksomhed, hvori der findes en begrænsning i de aktiviteter, et fondsmæglerselskab kan udøve. Bestemmelsen lyder:

"Fondsmæglerselskaber må ikke have dattervirksomheder, medmindre disse er fondsmæglerselskaber"

Et fondsmæglerselskab må således kun have datterselskaber, såfremt disse udelukkende driver fondsmæglervirksomhed.

Bilag 1 til lov om finansiel virksomhed vedrører aktiviteter et pengeinstitut kan udføre, mens bilag 4 vedrører de aktiviteter et fondsmæglerselskab må udføre. Bilagene indeholder enkelte sammenfaldende aktiviteter, hvorved enkelte af de omhandlede aktiviteter må udøves af såvel pengeinstitutter som fondsmæglerselskaber. Det skal her bemærkes, at bilag 1, nr. 7, er stort set enslydende med bilag 4, afsnit B, nr. 3.

Bilag 1 til lov om finansiel virksomhed omfatter herudover blandt andet følgende aktivitet i nr. 6:

"Medvirken ved emission af værdipapirer og tjenesteydelser i forbindelse hermed"

Der findes ikke en tilsvarende bestemmelse i bilag 4.

Oplistingen af aktiviteter i bilag 1 og 4 stammer i overvejende grad fra EU-direktiver på det finansielle område.

Bestemmelsen i bilag 4, afsnit B, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed stammer oprindeligt fra Rådets direktiv 93/22/EØF af 10. maj 1993 om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer (ISD). Her fremgik den ordret som afsnit C, nr. 4. ISD blev blandt andet gennemført ved den første lov om fondsmæglerselskaber, lov nr. 1071 af 20. december 1995, og har siden været gældende i fondsmæglerselskabslovene samt senere i lov om finansiel virksomhed. I Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, om ændring af Rådets direktiv 85/611/EØF, og 93/6/EØF samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF og om ophævelse af Rådets direktiv 92/22/EØF (MiFiD) er bestemmelsen fortsat, jf. direktivets bilag 1, afsnit B, nr. 3.

Bilag 1 til lov om finansiel virksomhed vedrørende pengeinstitutvirksomhed har baggrund i Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som

kreditinstitut (Kreditinstitutdirektivet). Bilag 1, nr. 6 og 7, i lov om finansiel virksomhed svarer til bilag 1, nr. 8 og 9, i Kreditinstitutdirektivet.

3. Finanstilsynets vurdering

I henhold til § 9, stk. 2, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed er fondsmæglerselskabers aktiviteter begrænset til de aktiviteter, som er omfattet af lovens bilag 4, som omfatter aktiviteter relateret til værdipapirhandel, jf. bilagets afsnit A, samt aktiviteter, der kan udøves i tilknytning hertil, jf. bilagets afsnit B.

Fondsmæglerselskaber er således begrænset til at udøve de accessoriske aktiviteter, som er omfattet af bilag 4, afsnit B, til lov om finansiel virksomhed. I modsætning til pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringsselskaber findes der ikke en bestemmelse svarende til § 24 i lov om finansiel virksomhed, som giver mulighed for, at et fondsmæglerselskab kan udøve aktiviteter, som går ud over den virksomhed, der er givet tilladelse til.

Desuden skal det anføres, at når der i bilag 1, nr. 6, til lov om finansiel virksomhed direkte er taget stilling til, at pengeinstitutter kan medvirke ved emissioner af værdipapirer og udføre tjenesteydelser i forbindelse hermed, altså medvirke ved udarbejdelse af prospekter, har lovgiver taget stilling til, at fondsmæglerselskaber ikke som pengeinstitutter må udføre sådanne aktiviteter, når aktiviteten ikke er udtrykkeligt nævnt i bilag 4.

Fondsmæglerselskaber er også begrænset derved, at fondsmæglerselskaber i henhold til § 27 i lov om finansiel virksomhed alene må have dattervirksomheder, der også er fondsmæglerselskaber.

Af lovbemærkningerne til §§ 24-27, jf. lovforslag nr. L 176 af 12. marts 2003, kan udledes, at bestemmelsen i § 27 i lov om finansiel virksomhed hænger sammen med, at fondsmæglerselskaber ikke må drive accessorisk virksomhed ud over, hvad der følger af lovens bilag 4, afsnit B. Dette skal ses i lyset af, at fondsmæglerselskaber er underlagt et betydeligt mindre minimumskapitalkrav end for eksempel pengeinstitutter, som har en videre adgang til at udøve accessorisk virksomhed, jf. § 24 i lov om finansiel virksomhed. Minimumskapitalkravet til fondsmæglerselskaber udgør 1 mio. euro eller 0,3 mio. euro afhængig af hvilke aktiviteter, jf. bilag 4 i lov om finansiel virksomhed, selskabet er meddelt tilladelse til at udøve, jf. lovens § 125, stk. 2. For pengeinstitutter er minimumskapitalkravet 5 mio. euro, jf. § 124, stk. 2.

Bestemmelsen i § 27 i lov om finansiel virksomhed indebærer således, at fondsmæglerselskaber ikke må have bestemmende indflydelse i andre selskaber end fondsmæglerselskaber, og bestemmelsen skal således – ligesom bestemmelsen om omfanget af den accessoriske aktivitet, jf. bilag 4, afsnit B, til lov om finansiel virksomhed – afskære fondsmæglerselskaber fra at påtage sig risici, som er forbundet med

anden virksomhed end fondsmæglervirksomhed, og som ikke kan siges at være dækket ind af minimumskapitalkravet til fondsmæglerselskaber.

Det er således Finanstilsynets opfattelse, at rådgivning og vejledning om udarbejdelse af prospekter kun kan udøves, i det omfang aktiviteten er omfattet af eller kan indfortolkes i bilag 4 til lov om finansiel virksomhed. I den forbindelse har det ikke nogen betydning, om selskabet har forsøgt at lave en ansvarsfraskrivelse.

...

Det er Finanstilsynets opfattelse, at bestemmelsen i bilag 4, afsnit B, nr. 3, til lov om finansiel virksomhed skal forstås sådan, at et fondsmæglerselskab kan rådgive virksomheder om de emner, som er nævnt i bestemmelsen. Samtidig forudsættes det, at rådgivningen står i naturlig forlængelse af fondsmægleraktivitet, jf. bilag 4, afsnit A, til lov om finansiel virksomhed, sådan at fondsmæglerselskabet ikke påtager sig risici, som ikke kan siges at være dækket ind af minimumskapitalkravet til fondsmæglerselskaber.

Videre er det Finanstilsynets opfattelse, at "rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning", herunder rollen som "tovholder", ikke kan fortolkes som værende inden for de aktiviteter, der må ydes i medfør af bilag 4, afsnit B, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed. Det er således Finanstilsynets opfattelse, at rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning ikke på nogen måde kan sidestilles med "rådgivning om kapitalstruktur", og at den omhandlede rådgivning og vejledning i øvrigt ikke står i naturlig forlængelse af fondsmægleraktivitet, jf. bilag 4, afsnit A, til lov om finansiel virksomhed. Rådgivningen er derfor i strid med de begrænsninger, som fondsmæglerselskaber er underlagt i henhold til lov om finansiel virksomhed.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at "rådgivning om kapitalstruktur" skal forstås sådan, at et fondsmæglerselskab kan rådgive virksomheder om finansiering af virksomheden (sammensætning af virksomhedens passivside) [Af den kommenterede lov om finansiel virksomhed fremgår følgende til aktiviteten: "Aktiviteten svarer til begrebet "corporate finance". Fondsmæglerselskaber må ikke yde eller formidle kreditter. Fondsmæglerselskaber, der har tilladelse til denne aktivitet, kan dog rådgive virksomheder om finansiering (sammensætning af passivside)]. Fondsmæglerselskaber vil således kunne rådgive om, hvorvidt virksomheden skal udstede aktier, og i den forbindelse vil selskabet efter Finanstilsynets opfattelse kunne oplyse om, at dette i givet fald indebærer, at der skal udarbejdes et prospekt, og at prospektet skal udarbejdes i henhold til særlig lovgivning. Fondsmæglerselskabet må derimod ikke rådgive nærmere om udarbejdelsen af prospektet, men må henvise virksomheden til anden rådgiver.

Finanstilsynet er således af den opfattelse, at "rådgivning om kapitalstruktur" ikke kan udstrækkes til at omfatte rådgivning om udarbejdelsen af prospekter. I den forbindelse skal det ydermere bemærkes, at rådgivning og vejledning om kapitalstruktur og rådgivning om udarbejdelse af prospekter er forbundet med forskellige ansvar og

risici. Ved rådgivning og vejledning om udarbejdelse af prospekter påtager selskabet sig et ansvar for oplysningerne indeholdt i prospektet over for selskabets kunder, men også over for de investorer, som vælger at foretage en investering på baggrund af prospektet. Finanstilsynet er derfor også af den opfattelse, at det er i strid med § 9, stk. 2, 2. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at K A/S erklærer sig som oplyst i prospekter, idet erklæringen – uanset at selskabet i erklæringen forsøger at fraskrive sig ethvert ansvar over for investorer som tegner – indebærer risici for selskabet.

Endelig er Finanstilsynet af den opfattelse, at den omhandlede "rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning", herunder rollen som "tovholder" ikke står i naturlig forlængelse af fondsmægleraktivitet, jf. bilag 4, afsnit A, til lov om finansiel virksomhed. K A/S argumenterer med, at aktiviteten står i naturlig forlængelse af investeringsrådgivning, da selskabet "qua sit arbejde inden for investeringsrådgivning også har indsigt i, hvilket indhold et prospekt skal have", og at det derfor har "virket naturligt, at K i sin rådgivning om kapitalstruktur m.v. også har rådgivet i relation til prospekter, idet udarbejdelse af et prospekt ofte er et krav i forbindelse med kapitaltilførsel".

Finanstilsynet finder ikke, at det anførte er et argument for, at rådgivning og vejledning om prospektudarbejdelse står i naturlig forlængelse af investeringsrådgivning, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 5, i lov om finansiel virksomhed. Den omhandlede rådgivning og vejledning er ikke relateret til investeringsrådgivningen, men derimod til den indsigt i prospektudarbejdelse, som selskabet har opnået ved som led i investeringsrådgivningen at have gennemgået og vurderet prospekter.
...”

I skrivelse af 18. november 2008 har K yderligere anført:

”...

Finanstilsynet er i dets redegørelse af 20. oktober 2008 fremkommet med yderligere bemærkninger, og K ønsker at kommentere enkelte af disse.

Aktiviteter efter bilag 4, afsnit B i lov om finansiel virksomhed skal stå i naturlig forlængelse af fondsmægleraktivitet (bilag 4, afsnit A)

Finanstilsynet bringer i redegørelsen lov om finansiel virksomhed, bilag 1 nr. 6 ind i sagen. Bilag 1 vedrører aktiviteter, som et pengeinstitut kan udføre. Det fremgår heraf, at ”medvirken ved emission af værdipapirer og tjenesteydelser i forbindelse hermed” er en tilladt aktivitet for et pengeinstitut.

Finanstilsynet slutter derfor modsætningsvis, at i og med det ikke nævnes i bilag 4 i lov om finansiel virksomhed (aktiviteter, som kan udføres af et fondsmæglerselskab), kan et fondsmæglerselskab ikke udføre rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning.

K er ud fra en generel betragtning enig heri. Aktiviteten er typisk for pengeinstitutter, derfor er det naturligt, at det er nævnt i bilag 1. Aktiviteten er ikke typisk for fondsmæglerselskaber.

Men det som er væsentligt i denne sag er, at der er forskel på fondsmæglerselskaber. K er det eneste fondsmæglerselskab i Danmark, som har en handelsplads for unoterede aktier – nemlig K-listen. K har tidligere nævnt, bl.a. i afsnittet ”Supplerende bemærkning” i brev af 8. oktober 2008 til Erhvervsankenævnet, at

”Det er imidlertid en væsentlig faktor, at fondsmæglerselskaber er forskellige, og der bør derfor være forskel på, hvilke aktiviteter fondsmæglerselskaber kan udøve. Der bør således være aktiviteter, som nogle fondsmæglerselskaber kan udøve, men som andre fondsmæglerselskaber ikke kan udøve”.

I henhold til bl.a. Finanstilsynets afgørelse af 19. maj 2008 (afgrænsning af fondsmæglerselskabers aktivitetsområde) er det netop en forudsætning, at rådgivningen – ud over at vedrøre emner nævnt i bestemmelsen – står i naturlig forlængelse af fondsmægleraktivitet, jf. bilag 4, afsnit A.

Det er således K’s opfattelse, at lige netop K’s aktiviteter indenfor rådgivning og vejledning omkring prospekters indhold og opbygning står i en naturlig forlængelse med en af K’s primære aktiviteter, nemlig K-listen, og dermed klart er en tilladt aktivitet.

Risiko

Det fremgår af Finanstilsynets redegørelse, at K ved at udføre rådgivning og vejledning om udarbejdelse af prospekter påtager sig risici, som ikke kan siges at være dækket ind af minimumskapitalkravet til fondsmæglerselskaber.

K er ikke enig heri. Det udstedende selskab er alene ansvarligt for prospektets indhold, hvilket også fremgår af udstederens erklæring i prospektet. K har alene rådgivet selskabet om prospektets opbygning og indhold, og K har ikke stillet tegningsgaranti eller på anden vis påtaget sig en økonomisk risiko i forbindelse med rådgivningen.

Dette står i kontrast til pengeinstitutterne, idet de typisk forpligter sig til at afsætte dele af aktierne, fx via en garanti. Deri ligger en væsentlig forskel på K’s aktivitet og pengeinstitutters aktivitet indenfor dette område.

Præcisering

Finanstilsynet bemærker i sin redegørelse, at K argumenterer for, at rådgivning og vejledning om prospektudarbejdelse står i naturlig forlængelse af investeringsrådgivning, jf. bilag 4, afsnit A nr. 5 i lov om finansiel virksomhed.

Dette er ikke korrekt. K ønsker at præcisere, at den investeringsrådgivning, som K udfører i medfør af bilag 4, afsnit A nr. 5

i lov om finansiel virksomhed alene tilfører K kompetencen til at rådgive om prospekters indhold og opbygning.

Som nævnt indledningsvis i denne skrivelse, er det K's aktiviteter omkring K-listen (bilag 4, afsnit A nr. 1 i lov om finansiel virksomhed), som medfører, at rådgivning og vejledning om prospektudarbejdelse står i naturlig forlængelse af K's primære aktivitet.

Konklusion

I og med at K's primære aktiviteter bl.a. omfatter K-listen, jf. bilag 4, afsnit A, nr. 1, vil rådgivning og vejledning om prospektudarbejdelse stå i naturlig forlængelse af K's primære aktivitet.

K fastholder derfor, at det lige netop for K's vedkommende er en klart tilladt aktivitet, jf. bilag 4, afsnit B, nr. 3.

..."

Finanstilsynet er ved skrivelse af 5. januar 2009 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

"...

K A/S anfører, at der er forskel på fondsmæglerselskaber, og at der derfor bør være forskel på, hvilke aktiviteter fondsmæglerselskaber kan udøve. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at lovgivningen er ens for alle fondsmæglerselskaber. De aktiviteter, som et fondsmæglerselskab kan få tilladelse til at udøve, fremgår af bilag 4 til lov om finansiel virksomhed.

K A/S anfører desuden, at de alene har rådgivet om prospektets opbygning og indhold, og at de ikke har stillet tegningsgaranti eller på anden vis påtaget sig en økonomisk risiko i forbindelse med rådgivningen. Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at rådgivning indebærer risiko for et økonomisk ansvar, uanset om dette måtte være aftalt. En ansvarsfraskrivelsesklausul fritager ikke nødvendigvis for ansvar, hverken over for modparten eller tredjemand. Det vil i sidste ende være op til domstolene at afgøre, om en ansvarsfraskrivelsesklausul kan gøres gældende.

K A/S har endvidere anført, at pengeinstitutter typisk forpligter sig til at afsætte dele af aktierne, f.eks. via en garanti, og at der deri ligger en væsentlig forskel mellem selskabets aktivitet og pengeinstitutters aktivitet på området. Det skal hertil bemærkes, at i medfør af bilag 4, afsnit A, nr. 6, til lov om finansiel virksomhed, kan et fondsmæglerselskab få tilladelse til aktiviteten at udstede afsætningsgarantier i forbindelse med emissioner. Den risiko, der er forbundet med denne aktivitet, er dækket ind af minimumskapitalkravet til fondsmæglerselskaber, jf. § 125 i lov om finansiel virksomhed.

..."

I skrivelse af 19. januar 2009 har K heroverfor bemærket:

”...

Finanstilsynet anfører, at lovgivningen er ens for alle fondsmæglerselskaber, og mener derfor ikke, at der skal være forskel på, hvilke aktiviteter fondsmæglerselskaber kan udøve. K er enig i, at lovgivningen er ens for alle fondsmæglerselskaber. Desuagtet er der uomtvisteligt forskel på fondsmæglerselskaber og de aktiviteter, der udfoldes i fondsmæglerselskaberne, og derfor bør loven fortolkes i overensstemmelse med disse forskelle. Deri ligger vel også en af årsagerne til, at bilag 4, afsnit B, nr. 3 er formuleret så bredt. Den brede formulering giver mulighed for at rumme en aktivitet som den prospektrådgivning, som K udfører, uden at der dermed åbnes op for, at ethvert fondsmæglerselskab har denne mulighed.

K ønsker i denne sammenhæng også at inddrage lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 1, 2. punktum, hvoraf det fremgår, at *”Tilladelse til at udøve en eller flere af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter kan kun meddeles i tilknytning til tilladelse til de i bilag 4, afsnit A, nævnte aktiviteter.”*

Formuleringen ligger meget tæt på forarbejderne til lov om finansiel virksomhed § 24 (accessorisk virksomhed for finansielle virksomheder). Af forarbejderne til § 24 fremgår, at den accessoriske virksomhed, et selskab måtte ønske at udøve, *”skal være forbundet med eller ligge i naturlig forlængelse af”* selskabets finansielle virksomhed. Desuden lægger forarbejderne vægt på virksomhedernes mulighed for at tilbyde totalløsninger: *”(...) Baggrunden for forslaget er, at virksomhederne gennem den finansielle virksomhed har erhvervet en ekspertise på tilgrænsende områder, som det ud fra en samfundsmæssig betragtning er hensigtsmæssig at stille til rådighed for virksomhedernes kunder og andre.”*

Bestemmelsen i § 24 omfatter ikke fondsmæglerselskaber, men i lyset af den nære sammenhæng mellem formuleringen i § 9, stk. 1, 2. punktum og forarbejderne til § 24, er det K's opfattelse, at ræsonnementet i forarbejderne til § 24 også er gældende i forhold til § 9, stk. 1, 2. punktum, og at bilag 4, afsnit B, nr. 3 i K's tilfælde skal fortolkes således, at rådgivning og vejledning om prospektarbejde er en tilladt aktivitet.

Finanstilsynet anfører, at rådgivning indebærer risiko for et økonomisk ansvar, uanset om dette måtte være aftalt. K fastholder, at det alene er det udstedende selskab, der er ansvarlig for et prospekts indhold, jf. udsteders erklæring i prospektet. Såfremt dette spørgsmål måtte være det eneste, der står i vejen for at at K kan rådgive og vejlede om prospekters indhold og opbygning, kan det dog løses ved at etablere en forsikring til at afdække denne risiko, og K vil i så fald være villig hertil.
...”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 2, 2. pkt., må fondsmæglerselskaber kun udføre aktiviteter som nævnt i lovens bilag 4. Disse aktiviteter består dels af de i bilag 4, afsnit A, nævnte, som kræver tilladelse som værdipapirhandler, og af de i afsnit B nævnte accessoriske aktiviteter, som værdipapirhandlere – udover aktiviteterne i afsnit A – må udføre. Blandt accessoriske aktiviteter omtaler afsnit B, nr. 3, ”Rådgivning til virksomheder vedrørende kapitalstrukturer, industristrategi og dermed beslægtede spørgsmål samt rådgivning og tjenesteydelser vedrørende fusioner og opkøb af virksomheder”.

Den af K A/S omtvistede aktivitet består efter det oplyste blandt andet i rådgivning og vejledning om konkrete prospekters indhold og opbygning i forbindelse med, at prospektet bliver udarbejdet, herunder om hvilke oplysninger der skal indgå i prospektet, og hvorledes disse oplysninger præsenteres i prospektet. Erhvervsankenævnet finder ikke, at denne aktivitet er omfattet af de i bilag 4, afsnit A, nævnte aktiviteter eller af de i bilag 4, afsnit B, nævnte aktiviteter, herunder den i afsnit B, nr. 3, nævnte accessoriske aktivitet.

Da den omtvistede aktivitet herefter ikke opfylder kravet i lov om finansiel virksomhed § 9, stk. 2, 2. pkt., tiltræder ankenævnet Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2008.

8) Kendelse af 19. juni 2009 (J.nr. 2009-0018724).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Anders Hjulmand, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 9. februar 2009 har K [advokatfirma] klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 16. januar 2009 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i oplysninger om, hvorvidt tilsynet har behandlet eller aktuelt behandler en ansøgning fra A AG om tilladelse til at drive finansiel virksomhed i Danmark.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet over sagen indhentet redegørelse har Finanstilsynet den 16. marts 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog i december 2008 en telefonisk forespørgsel fra K [advokatfirma] vedrørende udenlandske investeringsselskaber. Finanstilsynet besvarede henvendelsen med en e-mail af 17. december 2009. Advokatfirmaet rettede herefter fornyet henvendelse med anmodning om aktindsigt vedrørende selskabet A AG med adresse i Schweiz. Finanstilsynet anmodede advokatfirmaet om at specificere sin anmodning.

I en e-mail af 5. januar 2009 anmodede advokatfirmaet herefter om aktindsigt i, hvorvidt det nævnte selskab havde søgt tilladelse i Danmark, og hvilke tilladelser der i givet fald var givet. Finanstilsynet afslog i e-mail af 6. januar 2009 anmodningen om aktindsigt under henvisning til, at advokatfirmaet ikke sås at have partsstatus (jf. lov om finansiel virksomhed § 355) i en sag, som den der blev beskrevet i anmodningen. Finanstilsynet henviste ligeledes til den særlige tavshedspligt der gælder for tilsynets ansatte, jf. lov om finansiel virksomhed § 354.

Advokatfirmaet rettede på denne baggrund fornyet henvendelse i e-mail af 13. januar 2009. Man gjorde heri gældende, at oplysninger om hvorvidt en sag eksisterede i tilsynet ikke kunne udgøre en fortrolig oplysning, ligesom hensynet til almenhedens interesse i at kunne undersøge om en given forretning havde en tilladelse burde tilsige, at der var adgang til oplysningerne.

Henvendelsen af 13. januar 2009 blev besvaret med e-mail af 16. januar 2009, hvori Finanstilsynet fastholdt afslaget på aktindsigt. ...”

I Finanstilsynets afgørelse af 16. januar 2009 hedder det:

” ...

[Det] kan oplyse[s], at alle virksomheder, der er undergivet Finanstilsynets tilsyn, samt virksomheder som Finanstilsynet har givet tilladelse eller notifikation til at drive finansiel virksomhed i Danmark, er opført på Finanstilsynets hjemmeside. Dertil kommer, at Finanstilsynet er forpligtet i henhold til lov om finansiel virksomhed § 354 [b], stk. 2, til at orientere offentligheden om navnet på en virksomhed, der overtræder forbuddet mod at udøve finansiel virksomhed uden tilladelse, jf. §§ 7-11, 308 og 334.

Det er således i lov om finansiel virksomhed og ved Finanstilsynets offentliggørelse af tilsynsbelagte virksomheder taget højde for almenhedens interesse i at kunne undersøge, hvorvidt der er givet tilladelse til en given type forretning, ligesom virksomheder, der overtræder reglerne, kommer til offentlighedens kundskab.

Derimod er det efter Finanstilsynets vurdering en fortrolig oplysning omfattet af lov om finansiel virksomhed § 354, hvorvidt tilsynet har behandlet eller aktuelt behandler en ansøgning fra A AG, eller om selskabet ikke har indgivet en ansøgning i henhold til lov om finansiel virksomhed § 33, idet disse oplysninger ikke er beregnet på at komme til offentlighedens kendskab. Som eksempel kan nævnes, at oplysningerne kan være af strategisk betydning for virksomheden i forhold til dens konkurrenter.
...”

I klageskrivelse af 9. februar 2009 er det anført:

”...

I henhold til lov om finansiel virksomhed er fortrolige oplysninger undtaget fra retten til aktindsigt. Det er ikke min opfattelse at f.eks. oplysningen om, hvorvidt A AG har søgt en tilladelse ikke kan være en fortrolig oplysning, idet A AG selv i blandt andet, [en] artikel af 16. december 2008 direkte oplyser, at man ikke ønsker at søge tilladelse efter danske ret, hvorfor man har valgt at placere sig i Schweiz. På denne baggrund er det naturligt at antage, at A AG ikke har søgt tilladelse/godkendelse i medfør af lov om finansiel virksomhed.

For så vidt at dette er tilfældet, giver diverse artikler anledning til at tro, at A AG udøver ulovlig finansiel virksomhed, idet A AG selv oplyser, at man vil handle værdipapirer på kundernes vegne. Dette behøver nødvendigvis ikke at være tilfældet, for så vidt at A AG har søgt den fornødne tilladelse, men hvor sagen endnu ikke er færdig behandlet og der er indgået en tredjeland-aftale med Schweiz.

I sådan tilfælde vil det også være i A AGs interesse, at det blev oplyst, at man er i gang med søge fornøden tilladelse til deres virksomhed. Alternativt må man konkludere, at der iht. Finanstilsynets hjemmeside ikke er meddelt tilladelse/godkendelse af A AGs aktiviteter, hvorfor det alene må være et spørgsmål om tid inden virksomheden kommer på listen over virksomheder under tilsyn

Til slut vil jeg ikke undlade at bemærke, at ved Finanstilsynets praksis om kategorisk at meddele afslag på aktindsigt i alle oplysninger reelt afskærer muligheden for aktindsigt, hvilket næppe har været lovens intention.
...”

Finanstilsynet har i førnævnte redegørelse af 16. marts 2009 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Lov om finansiel virksomhed

Det følger af lov om finansiel virksomheds § 354, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffeloven er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det fremgår af Karnovs bemærkninger til bestemmelsen, at tilsynsvirksomhed er aktiviteter efter §§ 344-352 og § 353, stk. 2. Det betyder, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, *ikke* er omfattet af den særlige tavshedspligt, mens øvrige oplysninger *er* omfattet.

Finanstilsynet har i § 347, stk. 4, hjemmel til at kræve alle oplysninger, herunder regnskaber og regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som tilsynet skønner, er nødvendige for tilsynets virksomhed eller til afgørelse af, om en fysisk eller juridisk person er omfattet af bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed. Denne hjemmel omfatter ifølge bemærkningerne til loven også oplysninger fra ikke tilsynsbelagte virksomheder, hvis oplysningerne er nødvendige for at vurdere, om en (anden) virksomhed udøver tilsynsbelagt virksomhed og således burde have tilladelse fra Finanstilsynet.

2.1.1 Begrebet ”fortrolig oplysning”

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

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

2.1.2. Tavshedspligt

Det fremgår af bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets tavshedspligt er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Tavshedspligten er indført for at beskytte de tilsynsbelagte virksomheders forretningsmæssige forhold, så oplysninger herom ikke kan misbruges i konkurrencemæssig sammenhæng, og for at sikre, at oplysninger om tilsynsbelagte virksomheders kunder ikke spredes i en større kreds.

2.1.3 Partsbegrebet

Det fremgår af § 355 i lov om finansiel virksomhed, at den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, anses som part i forhold til Finanstilsynet. Dette modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der derudover kan anses som part. Opregningen i § 355 nævner ikke kunder, aktionærer og medlemmer.

I bemærkningerne til § 355 (oprindeligt § 354 i lovforslag L 176, Folketinget 2002-2003), er følgende anført:

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

Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån."

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

Det fremgår af offentlighedsloven § 4, stk. 1, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

En forvaltningsmyndighed kan desuden give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt m.v. (meroffentlighed).

Af offentlighedslovens § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Aktindsigt som part i sagen

Den der er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet afgørelse, har ret til aktindsigt i sagen. Det følger som beskrevet ovenfor af forvaltningslovens § 9.

Partsbegrebet i lov om finansiel virksomheds § 355 afviger imidlertid fra det almindelige partsbegreb i forvaltningsloven. Således regulerer § 355, hvem der er part i forhold til de afgørelser, som Finanstilsynet træffer i medfør af lov om finansiel virksomhed eller bekendtgørelser udstedt med hjemmel i loven.

Partsbegrebet i lov om finansiel virksomhed omfatter, som det tidligere blev beskrevet, hverken kunder eller aktionærer i et selskab.

Der er ikke i den konkrete sag oplysninger, der indikerer, at K skulle være part i forhold til en eventuel sag om tilladelse til finansiel virksomhed, som Finanstilsynet måtte behandle vedrørende A AG.

3.2 Aktindsigt efter offentlighedsloven/meroffentlighed

Som også beskrevet ovenfor har enhver ifølge offentlighedsloven ret til aktindsigt i dokumenter, som er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed i forbindelse med sagsbehandling i myndigheden.

Retten til aktindsigt er dog begrænset, hvis der gælder særlige bestemmelser om tavshedspligt. Tavshedspligten for Finanstilsynets ansatte i lov om finansiel virksomheds § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt. Det betyder også, at muligheden for at give aktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af offentlighedsloven, er begrænset af tavshedspligten i lov om finansiel virksomheds § 354.

Det afgørende er således, om oplysningen om hvorvidt Finanstilsynet behandler en ansøgning fra Agrocura AG er omfattet af tavshedspligten i lov om finansiel virksomheds § 354.

Som ovenfor beskrevet er den særlige tavshedspligt begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendigt. Det gælder både virksomheder under tilsyn samt virksomheder, der ikke er undergivet tilsyn.

Udover det effektive tilsyn, er der også et hensyn til virksomhedernes forhold til det øvrige marked. Det kan således skade virksomhedens konkurrenceevne på markedet, hvis fortrolige oplysninger bliver offentligt kendt, før virksomheden selv har planlagt det.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at begrebet ”fortrolige oplysninger” skal ses i sammenhæng med de hensyn, der ligger bag bestemmelsen om tavshedspligt. Det betyder, at en oplysning isoleret set kan forekomme harmløs, mens den i sammenhængen må vurderes at være fortrolig. I den konkrete sag drejer det sig om oplysningen om, hvorvidt Finanstilsynet behandler en ansøgning om tilladelse til at drive finansiel virksomhed.

En oplysning om, hvorvidt Finanstilsynet behandler en ansøgning om tilladelse til finansiel virksomhed, er efter tilsynets opfattelse fortrolig. Det skyldes, at oplysningen kan afsløre fortrolige forhold omkring virksomheden. Hvis en virksomhed eksempelvis søger om tilladelse og får afslag, kan en oplysning herom give indtryk af, at virksomheden ikke lever op til lovens økonomiske krav, eller at Finanstilsynet ikke kan godkende ledelsen.

Som beskrevet tidligere, skal oplysninger, som ad andre kanaler end gennem Finanstilsynet er blevet almindelig kendt, ikke anses som fortrolige oplysninger. Derimod kan offentliggjorte rygter og ubekræftede oplysninger ikke bevirke, at Finanstilsynet herefter kan videregive og bekræfte fortrolige oplysninger. Ikke engang samtykke fra virksomheden til videregivelse kan medføre, at Finanstilsynet kan videregive de fortrolige oplysninger, jf. lov om finansiel virksomheds § 354, stk. 2.

I den konkrete sag er der efter Finanstilsynets opfattelse ikke tale om almindelig kendte og dermed ikke-fortrolige oplysninger. Således er der ikke i den artikel, som advokatfirmaet har vedlagt sin klage, specifikke oplysninger om A AG's eventuelle planer om at søge tilladelse ved Finanstilsynet, eller om eventuelle drøfter med tilsynet herom.

Oplysningen om, hvorvidt Finanstilsynet har modtaget en ansøgning fra A AG er således en fortrolig oplysning omfattet af tavshedspligten i lov om finansiel virksomheds § 354, stk. 1.

Finanstilsynet skal i den sammenhæng understrege, at der er regler, der sikrer gennemsigtighed i forhold til de aktører, der opererer på det finansielle marked i Danmark. Finanstilsynet er således forpligtet til at offentliggøre navnet på en virksomhed, der udøver finansiel virksomhed uden tilladelse. Det følger af lov om finansiel virksomheds § 354 b. Offentliggørelsen sker som en advarsel på tilsynets hjemmeside samt i en pressemeddelelse til medierne. Finanstilsynet har ligeledes på tilsynets hjemmeside en oversigt over alle virksomheder med tilladelse fra Finanstilsynet og under tilsyn.

...”

Ved skrivelse af 26. marts 2009 har K bemærket:

”...

at det synes ironisk, at Finanstilsynet argumenterer for, at der er tale om fortrolige oplysninger med henvisning til et eventuelt afslag på en ansøgning der efterfølgende ville kunne give indtryk af, at virksomheden ikke lever op til lovens økonomiske krav, hertil kunne jeg bemærke, at manglende oplysning om ansøgningen ville på samme måde kunne give grundlag for, at antage at A AG bevidst undlader at følge de danske regler, og at derfor modsætningsvis må antage, at der pågår en tilsynssag mod Dem på nuværende tidspunkt.

...”

Ankenævnet udtaler:

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

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

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

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

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

K1 [ansat i advokatfirmaet] er således ikke part i en eventuel tilsynssag i forhold til A AG, jf. lov om finansiel virksomhed § 355.

Af offentlighedslovens § 14 følger det, at de almindelige regler om offentlighedens adgang til at få aktindsigt i oplysninger i den offentlige forvaltning begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved eller med hjemmel i lov.

Efter § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed fremgår blandt andet:

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

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

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

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

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

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

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

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

...”

Henset hertil, og idet navnlig hensynet til såvel tilsynsbelagte virksomheder samt øvrige virksomheders konkurrencemæssige situation samt den tilsynsmæssige effektivitet er tillagt vægt, tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet ikke har imødekommet klagerens anmodning om aktindsigt i, hvorvidt tilsynet har behandlet eller aktuelt behandler en ansøgning fra A AG om tilladelse til at drive finansiell virksomhed. Det af klageren anførte kan ikke heroverfor føre til et andet resultat.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 16. januar 2009.

9) Kendelse af 28. august 2009 (J.nr. 2009-0018589).

Ikke part og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansiell virksomhed §§ 354 og 355 samt offentlighedsloven § 14.

(Niels Bolt Jørgensen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. januar 2009 har K klaget over Finanstilsynets afgørelse af 6. januar 2009, hvorved tilsynet fastslog, at K ikke er part i forhold til en afgørelse truffet af Finanstilsynet den 3. oktober 2000, og følgelig ikke kunne oplyse nærmere om afgørelsen.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 16. marts 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

K har ved brev af 7. marts 2007 ... rettet henvendelse til Finanstilsynet vedrørende en afgørelse, som Finanstilsynet traf den 3. oktober 2000 om dyrtidsreguleringer af pensioner i A A/S. Med afgørelsen blev virksomheden pålagt at foretage en forsikringsmæssig afdækning af fremtidige dyrtidsreguleringer for tidligere ansatte, der var gået på pension før den 3. juni 1999. Virksomheden klagede til Erhvervsankenævnet, der stadfæstede afgørelsen den 21. februar 2002.

K ønskede i henvendelsen at få oplyst, hvorvidt Finanstilsynet havde kompetence til at afgøre, om han som pensioneret *efter* den 3. juni 1999 kunne have berettigede forventninger om regulering af sin pension efter det oprindelige pensionsregulativ.

Finanstilsynet meddelte K ved brev af 23. maj 2007 ..., at spørgsmålet om sådanne berettigede forventninger var en aftaleretlig vurdering, der henhørte under domstolene eller Ankenævnet for Forsikring. Tilsynet havde ikke kompetence til at efterprøve gyldigheden af aftalevilkår mellem kunder og finansielle virksomheder. Tilsynet ville kunne tage stilling til, hvorvidt der forelå et pensionstilsagn for de ansatte, der blev pensioneret efter den 3. juni, som i givet fald skulle afdækkes. I en sådan sag ville alene firmapensionskassen være part, jf. lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 b, stk. 1.

Herefter henvendte K sig den 23. juli 2007 igen til Finanstilsynet Han formodede ikke, at A havde foretaget den fornødne afdækning for pensionsløftet og bad derfor Finanstilsynet træffe en afgørelse, der ville ”bringe forholdet i orden.”

Den 17. august 2007 gentog Finanstilsynet, at spørgsmålet om berettigede forventninger til en årlig regulering henhørte under domstolene Desuden oplyste Finanstilsynet, at K oplysninger ville indgå i det løbende tilsyn med virksomheden, men at tilsynet på grund af tavshedspligten i lov om tilsyn med firmapensionskasser ikke ville kunne

anse ham som part i en eventuel sag. Der blev endvidere redegjort nærmere for denne tavshedspligt, herunder for muligheden efter den dagældende § 66 b, stk. 4, i lov om tilsyn med firmapensionskasser for i en konkret sag om overholdelse af god pensionskasseskik at blive tillagt partsstatus.

K henvendte sig den 4. august 2008 igen til Finanstilsynet Han ønskede en forklaring på den sontring, der blev gjort i afgørelsen fra 2000 mellem ansatte, der var pensioneret før den 3. juni 1999 og ansatte, der som han selv blev pensioneret efter den dato. Endvidere henviste han til undtagelsesbestemmelsen i lov om tilsyn med firmapensionskasser § 66 b, stk. 2, nr. 2, hvorefter den, der mener at have et krav, der er grundet i pensionsløftet, kunne være part. Han ønskede derfor en forklaring på, hvorfor han ikke var part ”i min egen sag.”

Finanstilsynet svarede den 6. januar 2009 ... og redegjorde nærmere for partsbegrebet i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Der blev henvist til den gældende formulering af § 66 b, stk. 2, nr. 2, med citat fra de oprindelige lovbemærkninger fra undtagelsesbestemmelsens indførelse i 1998. Desuden redegjorde Finanstilsynet for, hvordan bestemmelsen havde fået sin nuværende ordlyd ved ændringen af reglerne om forældelse. Det blev således fastholdt, at K ikke kunne være part. Som følge heraf afviste tilsynet at give en nærmere redegørelse for pensioneringsdatoens betydning for afgørelsen af 3. oktober 2000. Finanstilsynet kunne alene henvise til ankenævnets kendelse og tilsynets tidligere breve.

Den 8. januar 2009 sendte K en mail til Finanstilsynet og stillede igen et spørgsmål til fortolkningen af afgørelsen fra 3. oktober 2000 og Erhvervsankenævnets kendelse af 21. februar 2002 K ønskede oplyst, om Finanstilsynets afgørelse i princippet ikke skelner mellem om pensioneringstidspunktet lå før eller efter 3. juni 1999.

Den 18. januar 2009 svarede Finanstilsynet, at man ikke kunne oplyse nærmere om afgørelsen, da K ikke havde partsstatus

K har herefter i brev af 22. januar 2009 indbragt Finanstilsynets afgørelse om, at der ikke kan tildeles ham partsstatus for Erhvervsankenævnet

...”

I klageskrivelsen af 22. januar 2009 har K anført:

”Ang.: Finanstilsynets afgørelse om partsstatus i relation til en sag om dyrtidsregulering af pension

...

Jeg mener at kunne bevise et krav der er begrundet i pensionsløftet, og mener mig dermed berettiget til partsstatus.

...

Det omstændighed at Finanstilsynet ikke tillægger fjernelsen af § 9 nogen betydning for sin afgørelse undrer mig, da Finanstilsynets afslag på partsstatus i en lignende sag, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 8. marts 2001.00-177318, bl.a. blev begrundet i følgende forhold:

”Efter Finanstilsynets opfattelse vedrører § 66 b. stk. 2, nr. 2, alene spørgsmål efter lovens § 9 om forældelse, jf. bestemmelsens ordlyd,”

og videre:

”Ud fra bemærkningerne og bestemmelsens formulering synes det klart, at en løftemodtager efter § 66 b, stk. 2, nr. 2, alene kan opnå partsstatus i forhold til spørgsmål om forældelse af pensionsløfterne. En løftemodtager kan således ikke opnå partsstatus i forhold til sager efter lovens § 1 ved at påberåbe sig lovens § 66 b, stk. 2, nr. 2.”

Nu er det jo sådan at § 9 er ophævet ved lov, og at § 66 b. stk. 2. nr. 2 står tilbage rensat for henvisning til § 9. Hvordan kan Finanstilsynet så hævde at der ikke er sket nogen ændring i retstilstanden?

Jeg mener at Finanstilsynet forflygtiger lovens bogstav ... i § 66 b, stk. 2, nr. 2 ... og derfor beder jeg Erhvervsankenævnet ændre Finanstilsynets afgørelse.

I parentes skal bemærkes, at 17 andre pensionisters beslutningsgrundlag også afhænger af denne afgørelse.”

I omtalte redegørelse af 16. marts 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

”...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1 Lov om tilsyn med firmapensionskasser og partsbegrebet

Partsbegrebet er reguleret i § 66 b i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Bestemmelsen blev indført i 1998 og ændret i 2007.

Det fremgår af § 66 b, at som part i forholdet til Finanstilsynet anses alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, jf. dog stk. 2 og 3. Stk. 2 og 3 indeholder en udtømmende opregning over tilfælde, hvor en anden end firmapensionskassen kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, der vedrører den pågældende.

2.1.1. Lov om tilsyn med firmapensionskasser 1998

Da firmapensionskasselovens § 66 b blev indført ved lov nr. 1055 af 23. december 1998 blev ordlyden af § 66 b, stk. 2, nr. 2, formuleret således:

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

(....)

2) Den, der uanset bestemmelsen i § 9 mener at have et krav, der er begrundet i pensionsløftet, jfr. § 9.

(....)”

Da bestemmelsen i § 66 b blev indført, skete det under politisk bevågenhed og bl.a. med baggrund i ”Eneudredning om tavshedspligt og partsbegreb i den finansielle tilsynslovgivning” udarbejdet af daværende advokat, dr. jur. Jan Schans Christensen. Det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslaget (L 54 af 22. oktober 1998), at økonomiministerens formål med bestemmelsen ikke var generelt at give medlemmer af en firmapensionskasse partsstatus:

”Som udgangspunkt anses alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, som part i forhold til Finanstilsynet.

.....

Det foreslås endvidere, at andre – f.eks. ved undersøgelse af, hvorvidt et løfte om pension i forbindelse med et ansættelsesforhold er afdækket – får partsstatus, når tilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende.

Eneudrederen anbefalede endvidere, at det bør overvejes, hvorvidt kunder i visse situationer skal kunne opnå partsstatus. I forbindelse med lov om firmapensionskasser må det overvejes, om en pensionskasses medlemmer skal kunne opnå partsstatus.

Da Finanstilsynets afgørelser imidlertid alene vil være rettet mod pensionskassen, hvorefter det er op til pensionskassen selv at afgøre, hvorvidt der skal træffes foranstaltninger over for medlemmet, er det ikke fundet relevant at udvide muligheden for at opnå partsstatus til at omfatte pensionskassens medlemmer.”

De specielle bemærkninger til bestemmelser i § 66 b, stk. 2, præciserer, at det som udgangspunkt alene er pensionskassen, der kan få partsstatus:

”Det foreslås at indsætte en ny bestemmelse i firmapensionskasseloven om, at det som udgangspunkt alene er pensionskassen, der er part i forhold til Finanstilsynet, jf. tilsvarende bestemmelser om afgrænsning af partsbegrebet i de øvrige tilsynslove. I stk. 2 og 3 foreslås det, at andre end pensionskassen kan være part i forhold til Finanstilsynet.....

I de specielle bemærkninger til bestemmelsens stk. 2, nr. 2, fremgår videre:

”I stk. 2 er angivet de tilfælde, hvor andre end pensionskassen kan anses for part.

(----)

Af § 9 fremgår reglerne om forældelse af krav, der er grundede i pensionsløfter. Det synes rimeligt at give partsstatus til personer, der over for Finanstilsynet rejser spørgsmål om eventuel forældelse af sådanne krav.”

Under folketingsbehandlingen forsøgte et mindretal at udvide partsbegrebet til også at omfatte f.eks. medlemmer i den firmakasse, som en afgørelse fra Finanstilsynet retter sig til eller kunder, der bliver berørt af den pågældende afgørelse. Ændringsforslaget blev imidlertid ikke vedtaget.

2.1.2 Ændring af lov om tilsyn med firmapensionskasser i 2007

I 2007 blev firmapensionskasselovens § 9 ophævet som led i den generelle reform af forældelsesreglerne ved lov nr. 523 af 6. juni 2007. I henhold til lovbemærkningerne medførte det, ”at de pågældende krav vil forældes efter reglerne i forslaget til ny forældelseslov.” Efter lovforslagets fremsættelse men inden vedtagelsen blev man opmærksom på henvisningen i § 66 b, stk. 2, nr. 2, til den snart ophævede § 9. Der blev derfor fremsat et ændringsforslag, som fjernede henvisningen til § 9 (konsekvensændring), som siden blev vedtaget. I betænkning afgivet af Retsudvalget den 3. maj 2007 anføres i bemærkningerne til ændringsforslag nr. 3:

”Den foreslåede ændring er en konsekvens af, at § 9 i lov om tilsyn med firmapensionskasser foreslås ophævet ved lovforslagets § 41.”

Den nugældende formulering af § 66 b, stk. 2, nr. 2, er således:

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

(....)

2) Den, der mener at have et krav, der er begrundet i pensionsløftet.

(....)”

Karnov kommenterer i den elektroniske udgave af firmapensionskasselovens § 66 b, stk. 2, nr. 2 således:

”Personer, der rejser spørgsmål over for Finanstilsynet om forældelse af pensionsløfter, har partsstatus.”

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

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

Af offentlighedslovens § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

Formålet med § 66 b, stk. 2, nr. 2, har siden 1998 været, at et medlem af en firmapensionskasse kun undtagelsesvis skal have partsstatus, nemlig kun i det tilfælde, hvor pensionskassemedlemmets krav har relation til forældelsesspørgsmål.

Der er ikke i forarbejderne til lovændringen fra 2007 nogen indikation af, at hensigten med lovændringen var at gennemføre en udvidelse af partsbegrebet eller anden indholdsmæssig ændring af bestemmelsen. Som allerede nævnt ovenfor fremgår det af bemærkningerne i Retsudvalget betænkning af 3. maj 2007, at ændringen af § 66 b, stk., nr. 2, er en konsekvensændring. Ændringen er alene af teknisk karakter, og formålet med bestemmelsen må således stadig være at sikre partsstatus til personer, der over for Finanstilsynet rejser spørgsmål om eventuel forældelse af sådanne krav.

4. Konklusion

Da Ks krav ikke vedrører forældelse, er det fortsat Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan anses for part i medfør af § 66 b, stk. 2, nr. 2, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Da K ikke kan anses for part i medfør af § 66 b, stk.2, nr.2 i lov om tilsyn med firmapensionskasser, kan der ikke gives aktindsigt i henhold til forvaltningslovens regler.

Sagen, som K søger om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed af tavshedspligten i § 66 a i lov om firmapensionskasser. Dette medfører, at der heller ikke kan gives aktindsigt i henhold til reglerne i offentlighedsloven, jf. lovens § 14.

På den baggrund fastholder Finanstilsynet afgørelsen.
..."

K har ved skrivelse af 15. april 2009 bemærket:

"...

Jeg har gennemlæst den modtagne redegørelse og kun fundet anledning til at kommenterer et punkt ..., hvor der refereres til en 'fodnote' i Karnov der siger: "Personer der rejser spørgsmålet over for

Finanstilsynet om forældelse af pensionsløftet, har partsstatus”. Det undrer mig at Finanstilsynet bruger Karnov’s kommentarer som argument, for Karnov’s kommentar er ikke loven, og kunne være påvirket af Finanstilsynets praksis, altså en slags cirkelbevisførelse. Den kunne også være forkert. Jeg har henvendt mig til Karnov’s chefredaktør Anne Nørvang Hansen for at få en udtalelse om rigtigheden af ’fodnoten’, men har i skrivende stund ikke modtaget svar.
...”

Ankenævnet udtaler:

Efter § 66 a, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet modtager under behandlingen af en sag vedrørende den nævnte lov. Tilsynet kan derfor kun give aktindsigt i sådanne oplysninger i det omfang, partsbestemmelserne i lovens § 66 b giver mulighed herfor.

Af § 66 b, stk. 2, nr. 2, i lov om tilsyn med firmapensionskasser fremgår, at ” Den, der mener at have et krav, der er begrundet i pensionsløftet” har partsstatus i en afgørelse truffet af Finanstilsynet for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Da bestemmelsen blev indsat i 1998 var formålet at give et medlem af en pensionskasse partsstatus i de tilfælde, hvor pensionskassemedlemmets krav har relation til forældelsesspørgsmålet.

Der er ikke i forarbejderne til lovændringen i 2007 (lov nr. 523 af 6. juni 2007 om ændring af forskellige lovbestemmelser om forældelse af fordringer m.v. (ændringer som følge af en ny lov om forældelse af fordringer, ophævelse af købelovens reklamationsfrister ved visse køb m.v.)), hvor henvisningen til § 9 i lov om tilsyn med firmapensionskasser udgik, holdepunkter for at antage, at der dermed skulle ske en udvidelse af partsbegrebet eller tilsigtet en anden indholdsmæssig ændring af bestemmelsen.

Da K krav ikke vedrører forældelse, kan han ikke anses som part i firmapensionskasselovens forstand, og begæringen om aktindsigt kan derfor ikke tages til følge efter forvaltningslovens regler. Sagen, som K søger om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed af

tavshedspligten i § 66 a, i lov om firmapensionskasser. Dette medfører, at der heller ikke kan gives aktindsigt i henhold til reglerne i offentlighedsloven, jf. lovens § 14.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Finanstilsynet har afslået at give K aktindsigt.

10) Kendelse af 31. august 2009 (J.nr. 2009-0018042).

Filial af udenlandsk pengeinstitut pålagt at have direkte adgang til likviditet i Danmark for det fulde beløb for indlån.

Lov om finansiel virksomhed §§ 344, stk. 2, og § 152.

(Niels Bolt Jørgensen, Cato Baldvinsson, Lise Høgh, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved brev af 11. november 2008 har advokat A på vegne af K, filial af [udenlandsk pengeinstitut], klaget over, at Finanstilsynet ved afgørelse af 5. november 2008 har påbudt filialen at have direkte adgang til likviditet i Danmark svarende til mindst 6 ugers fortløbende forfald i den eksisterende portefølje samt at have direkte adgang til likviditet i Danmark for det fulde beløb for nye indlån.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 27. januar 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

K ... er et kreditinstitut, der har fået tilladelse til at drive virksomhed i [andet land] under tilsyn af det [nationale] tilsyn. En udenlandsk virksomhed, der er meddelt tilladelse til at udøve finansiel virksomhed i et andet land inden for EU/EØS, kan gennem en filial udøve virksomhed her i landet 2 måneder efter, at Finanstilsynet har modtaget meddelelse herom fra tilsynsmyndighederne i hjemlandet. Finanstilsynet har fra det [nationale] finanstilsyn modtaget notifikation om, at K driver virksomhed i Danmark gennem en filial. Ifølge det oplyste har filialen udøvet virksomhed her i landet siden 3. kvartal 2007. Filialen er den eneste aktive filial af et [udenlandsk] kreditinstitut Danmark.

Ved Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2008 ... blev filialledelsen i K i Danmark påbudt at have direkte adgang til likviditet i Danmark, jf. lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2, svarende til mindst 6 ugers fortløbende forfald i filialens eksisterende portefølje. Dette var en

stramning, idet filialen inden påbuddet af 5. november 2008 havde direkte adgang til likviditet i Danmark svarende til mindst 4 ugers fortløbende forfald i filialens eksisterende portefølje.

Desuden påbød Finanstilsynet filialen ugentligt at indberette filialens forfaldsstruktur på porteføljen sammenholdt med filialens aktuelle likviditetsberedskab hertil til Finanstilsynet.

Endelig påbød Finanstilsynet K at sikre, at for nye indlån filialen tager imod, skal filialledelsen i Danmark have direkte adgang til likviditet i Danmark for det fulde beløb.

K har ved klage af 11. november 2008 indbragt afgørelsen for Erhvervsankenævnet med påstand om, at de i afgørelsen anførte påbud om forøget likviditetsberedskab ophæves. Påbuddet om ugentlig indberetning af likviditeten er ikke indklaget.

K har ved brev af 11. december 2008 til ankenævnet uddybet sin klage og yderligere kommenteret på Finanstilsynets brev af 28. november 2008 til ankenævnet.

...”

I Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2008 hedder det:

”Særlige foranstaltninger for filialen som følge af den generelle uro om banker [i det pågældende land] og den [nationale] stat

Finanstilsynet og filialen har såvel mundtligt som skriftligt drøftet filialens situation herunder likviditeten. Herudover har Finanstilsynet haft kontakt med det [nationale] finanstilsyn om bankens situation og situationen for den [nationale] indskydergarantiordning.

Det er herefter Finanstilsynets opfattelse, at K er kommet i en vanskelig situation. Det skyldes blandt andet, at [nationen] generelt er i en meget vanskelig situation for så vidt angår muligheden for at skaffe særlig udenlandsk likviditet.

Herudover er det Finanstilsynets vurdering, at den [nationale] indskydergarantiordning, som skal dække indskydere i bankens filial i København, er i en vanskelig situation med afhængighed af hjælp udefra.

På den baggrund finder Finanstilsynet, at der er behov for at stille særlige krav til den likviditet, som filialen skal have i Danmark, jf. § 344, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed.

Følgende fremgår af § 344, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed:

For filialer af udenlandske kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, fører Finanstilsynet i overensstemmelse med bestemmelser fastsat i direktiver tilsyn med likviditeten i filialerne.

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at ”i situationer med uro omkring en virksomhed kan Finanstilsynet stille særlige krav til den likviditet, som en filial skal have her i landet”.

Finanstilsynet påbyder på denne baggrund filialledelsen i Danmark at have direkte adgang til likviditet i Danmark, jf. lov om finansiel virksomhed § 152, stk. 2, svarende til mindst 6 ugers fortløbende forfald i filialens eksisterende portefølje. Dette gælder også ved eventuel fornyelse af eksisterende indlån.

Finanstilsynet skal samtidig påbyde filialen ugentligt at indberette filialens forfaldsstruktur på porteføljen sammenholdt med filialens aktuelle likviditetsberedskab hertil til Finanstilsynet.

Ks filial i Danmark har tilmeldt sig den danske stabilitetspakke jf. lov om finansiel stabilitet. Som et led i denne lov vil der for de tilmeldte pengeinstitutter gælde en begrænsning på væksten i de næste to år. Begrænsningen forventes at vedrøre væksten både på indlåns- og udlånssiden. Begrænsningen forventes nærmere afgrænset i en bekendtgørelse, der udstedes snarest.

I lyset af, at denne bekendtgørelse endnu ikke er udstedt, skal finanstilsynet pålægge K at sikre, at for nye indlån filialen tager imod, skal filialledelsen i Danmark have direkte adgang til likviditet i Danmark, jf. lov om finansiel virksomhed § 152, stk. 2, for det fulde beløb. Dette omfatter ikke eventuel fornyelse af eksisterende indlån, jf. ovenfor.

Ovennævnte krav er gældende indtil videre, idet Finanstilsynet dog løbende vil vurdere situationen med henblik på enten at ophæve eller skærpe disse.

Finanstilsynet orienterer samtidig hermed de [nationale] tilsynsmyndigheder.
...”

I klage af 11. november 2008 har advokat A på vegne af K, filial af [udenlandsk pengeinstitut], anført:

”...

På vegne af K, filial af [udenlandsk pengeinstitut] (”Filialen”) skal vi hermed indklage Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2008 (”Afgørelsen”) og anmode om, at de i afgørelsen anførte påbud om forøget likviditetsberedskab ophæves. Det i afgørelsen anførte påbud om ugentlig indberetning påklages ikke.

...

1. Overordnede bemærkninger

Filialen er en filial af [et udenlandsk pengeinstitut]. Hovedansvaret for tilsynet med Filialen ligger i overensstemmelse med de finansielle direktiver hos de [nationale] tilsynsmyndigheder.

Undtaget herfra er tilsynet med Filialens likviditet, hvor Finanstilsynet udøver et supplerende tilsyn, jf. § 344, stk. 2 i lov om finansiel virksomhed. Ifølge § 344, stk. 2 i lov om finansiel virksomhed skal Finanstilsynet alene udøve tilsyn med filialers likviditet, men lovens regler om pengeinstitutternes minimumslikviditetsberedskab gælder ikke for filialer, jf. den manglende henvisning til § 152 i § 1. stk. 4 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet har i Afgørelsen fastsat krav om, at Filialen skal holde likviditet i Danmark svarende til mindst seks ugers fortløbende forfald i Filialens eksisterende indlånsportefølje. Dette krav er væsentlig strammere end de krav der gælder for danske pengeinstitutter. Ifølge § 151, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, skal danske pengeinstitutter have likviditet svarende til mindst 15 % af de gældsforpligtelser, der forfalder med kortere varsel end en måned. Finanstilsynets krav til Filialen udgør således reelt et krav om likviditetsberedskab svarende til 100 % af de gældsforpligtelser, der forfalder inden for seks uger. Et sådant krav må derfor anses for stridende med principperne om proportionalitet og ligebehandling.

Finanstilsynet har i Afgørelsen yderligere fastsat krav om, at samtlige Filialens nye indlån skal være direkte og 100 % dækket af likviditet i Danmark uanset forfaldstidspunkt. Dette er efter vores vurdering et unødigt vilkår, der – udover at være stridende mod principperne om proportionalitet og ligebehandling – vil medføre betydelige tab for Filialen, jf. nærmere nedenfor.

2. Foreløbige specifikke bemærkninger

Til nærmere støtte for klagen samt særligt anmodningen om, at klagen for opsættende virkning skal vi anføre følgende:

2.1. Afgørelsen vil få betydelig økonomisk indflydelse på Filialens forhold

Kravet i Afgørelsen om at samtlige Filialens nye indlån skal være direkte og 100 % dækket af likviditet i Danmark uanset forfaldstidspunktet for Filialens gældsforpligtelser, vil medføre betydelige tab for Filialen.

For at opfylde kravet vil Filialen skulle indsætte hele indlånet på en bankkonto i et dansk pengeinstitut. Filialen kan herved ikke opnå en forrentning, der svarer til den forrentning, som Filialen skal betale for indlån i det nuværende marked og derved opstår der et tabt for Filialen på forskellen i rentemarginal.

Såfremt Filialen vælger at undlade at modtage indlån vil Filialen miste markedsandele som Filialen har kæmpet hårdt for at erobre siden Filialen fik tilladelse til at modtage indlån, hvilket tillige vil medføre betydelige

tab for Filialen. I den forbindelse bemærket, at Filialen først i 3. kvartal af 2007 fik tilladelse til at tage imod indlån i Danmark. Filialen har siden brugt meget tid og mange penge på at etablere sig på markedet for indlån og kæmper fortsat med at positionere sig på det pågældende marked. En afbrydelse af indlånsaktiviteten vil derfor – også selvom afbrydelsen kun vil gælde for en kortere periode – være ødelæggende for Filialens forsøg på at penetrere markedet.

Derudover vil kravet om 100 % likviditetsberedskab væsentlig påvirke Ks muligheder for at rejse funding, idet K grundet den [nationale] økonomi ønsker at fokusere på de funding muligheder, som K har via sine udenlandske operationer.

Endelig bemærkes, at K har udlån til danske virksomheder, der væsentligt overstiger summen af indlån i Filialen. K og Filialen bidrager således netto med likviditet i Danmark. En forringelsen af Ks likviditet vil således negativt påvirke Ks mulighed for fortsat udlån til danske virksomheder.

2.2 Manglende proportionalitet

Afgørelsens krav om 100 % likviditetsberedskab er ikke at proportionale i forhold til det beskyttelseshensyn, der ligger bag reglerne om et passende likviditetsberedskab.

Det er et grundprincip for al form for bankvirksomhed, at der er forskel i løbetid mellem de gældsforpligtelserne (indlån mv.) som en bank har og de udlån mv. som banken investerer de modtagne midler i. Kravet om 100 % likviditetsmæssig dækning af Filialens nye indlån strider derfor mod grundlæggende principper for bankvirksomhed og medfører derfor i praksis at Filialen er nødt til at ophøre med at drive indlånsvirksomhed i Danmark i takt med at modtagne indlån forfalder. Dette er ude af proportionalitet med de hensyn der ligger bag reglerne om likviditetsberedskab.

Det skal endvidere påpeges, at Filialen har tilsluttet sig ”Det Private Beredskab til Afvikling af Nødlidende Banker, Sparekasser og Andelskasser”. Filialen er derfor omfattet af dækningen i henhold til lov om finansiel stabilitet, hvilket medfører, at alle navnenoterede indlån i Filialen er dækket af statsgarantien i lov om finansiel stabilitet.

2.3 Ligebehandlingsprincippet.

Afgørelsens krav om 100 % likviditetsberedskab afviger væsentligt fra de krav om minimumslikviditet, der gælder for danske pengeinstitutter og – undertegnede bekendt – andre filialer i Danmark.

Som nævnt ovenfor skal danske pengeinstitutter have likviditet, der svarer til minimum 15 % af de gældsforpligtelser, der forfalder inden for en måned, jf. § 152, stk. 1, nr. 1 i lov om finansiel virksomhed. Afgørelsen pålægger Filialen at have direkte adgang til likviditet i Danmark, der svarer til henholdsvis 100 % af de beløb, der forfalder

inden for seks uger for så vidt angår eksisterende indlån og 100 % af alle nye indlån uanset forfaldstidspunkt. Der er således tale om en betydelig forskelsbehandling af Filialen i forhold til danske pengeinstitutter, hvilket kan få alvorlige konsekvenser for Filialens forretningsmuligheder i Danmark.

Endvidere skal bemærkes, at K igennem de seneste 18 måneder har haft en erklæret strategi om at øge sine aktiviteter udenfor [nationen]. I 2006 udgjorde Ks [nationale] aktiver 44 % af Ks samlede aktivmasse, mens Ks [nationale] aktiver i dag alene udgør 21 % af Ks samlede aktivmasse. I samme periode er procentdelen af Ks indtjening hidrørende fra [nationen] ændres fra 55 til 36 (målt i første halvår 2008). Ovennævnte udvikling har bl.a. været muliggjort af Ks operationer udenfor [nationen] (... , ... , ... , ... og ...). Pålægges K nu via nationale myndigheder i de enkelte jurisdiktioner at indskrænke ikke-[nationale] aktiviteter væsentligt, kan det medføre uoprettelig skade på Ks i øvrigt sunde forretning.

2.4 Finanstilsynets manglende hjemmel

Afgørelsen er truffet uden tilstrækkelig hjemmel. Finanstilsynet henviser i Afgørelsen til § 344, stk. 2 i lov om finansiel virksomhed. Denne bestemmelse giver imidlertid ikke hjemmel til at pålægge sanktioner over for filialer af udenlandske pengeinstitutter. Bestemmelsen giver alene hjemmel til at føre tilsyn med (overvåge) likviditeten i filialerne.

Som hjemmel anføres i Afgørelsen alene en henvisning til lovbemærkningerne, der ikke har noget grundlag i selve loven og derfor ikke alene kan anses for tilstrækkelig hjemmel til de krav, der er anført i Afgørelsen.

Afgørelsen er begrundet med, at K er kommet i en vanskelig situation på baggrund af nogle generelle betragtninger om den økonomiske situation i [nationen]. Finanstilsynet specificerer ikke nærmere, hvori Ks såkaldte ”vanskelige situation” består.

Det skal bemærkes, at situationen i [nationen] ikke kan begrunde indgreb over for en filial af en [national] bank i Danmark, når Finanstilsynet ikke konkret har dokumenteret, at der er sammenhæng mellem den [nationale] situation og filialens situation.

I det forbindelse understreges, at K opfylder minimumskravene til såvel Ks som Filialens likviditet i henhold til både danske og [national] lovgivning. Det skal endvidere gentages, at kun en mindre del af Ks balance og indtægtsgrundlag hidrører fra [nationen].

Hvis Finanstilsynet vil anvende den hjemmel, som Finanstilsynet mener fremgår af lovbemærkningerne til § 344, stk. 2, må mindstekravet være, at Finanstilsynet dokumenterer, at der er uro om ”den virksomhed”, som det særlige krav vedrører. Det er således ikke tilstrækkeligt, at Finanstilsynet oplyser, at der er uro omkring virksomhedens hjemland.

2.5 Manglende udstedelse af bekendtgørelse

Kravet om, at filialen skal have et 100 % likviditetsberedskab for så vidt angår alle nye indlån, er endvidere af Finanstilsynet begrundet med, at Finanstilsynet endnu ikke har udstedt en bekendtgørelse som led i de foranstaltninger, der skal foretages som følge af den nyligt vedtagne lov om finansiel stabilitet. Det er efter vores opfattelse indlysende, at Finanstilsynet ikke kan begrunde et pålæg over for en virksomhed med, at Finanstilsynet endnu ikke har været i stand til at udstede en bekendtgørelse, som Finanstilsynet er forpligtet til at udstede.

2.6 Omfanget af og baggrunden for Finanstilsynets tilsyn

Finanstilsynet henviser i Afgørelsen til en vurdering af den [nationale] indskydergarantiordnings mulighed for at dække indskyderne i filialen i Danmark.

Det bemærkes, at indskydergarantiordningerne skal dække indskyderne i tilfælde af en banks konkurs eller betalingsstandsning. Tilsynet med en banks solvens er i henhold til de finansielle direktiver henlagt til hjemlandets tilsyn, det vil i det aktuelle tilfælde sige det [nationale] tilsyn. Det danske tilsyn har alene et supplerende ansvar for tilsyn med Filialens likviditet. De af Finanstilsynet fremførte bemærkninger om den [nationale] indskydergarantiordning har alene betydning i forhold til Ks solvens, hvilket er uden for det område, som Finanstilsynet skal påse.

2.7 Filialens forhold

Det skal påpeges, at samtlige indlån, der modtages af Filialen, er indlån modtaget for en forud defineret periode, hvorfor Filialen har et præcist overblik over hvornår dets forpligtelser forfalder.

Det skal i denne forbindelse gentages, at Filialen har tilsluttet sig ”Det Private Beredskab til Afvikling af Nødlidende Banker, Sparekasser og Andelskasser”, hvorfor alle navnenoterede indlån er sikrede i overensstemmelse med lov om finansiel stabilitet.

Der henvises derudover til Filialens brev af 23. oktober 2008, hvori redegøres både for Filialens forretningsmodel samt hovedselskabets gode solvens m.v. Kopi af brevet er vedlagt.
...”

I uddybende klagebrev af 11. december 2008 har advokat A yderligere anført:

” ...

2.2 Påbuddenes hjemmel

2.2.1 Hjemmel i FiL § 344, stk. 2

Hjemlen for påbuddene i Afgørelsen er som nævnt angivet at være FiL § 344, stk. 2, som har følgende indhold:

”Stk. 2. For filialer af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, fører Finanstilsynet i overensstemmelse med bestemmelser fastsat i direktiver tilsyn med likviditeten i filialerne.”

Henvisningen til direktiver er en henvisning til artikel 41 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (omarbejdning) ("Direktivet"). Bestemmelsen har følgende indhold:

”Værtslandet har i samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder ansvaret for tilsyn med likviditeten i kreditinstitutters filialer, indtil yderligere koordinering har fundet sted.

Med forbehold af de foranstaltninger, der måtte være nødvendige for at styrke Det Europæiske Monetære System, bevarer værtslandet det fulde ansvar for de foranstaltninger, der iværksættes som led i dets pengepolitik.

Sådanne foranstaltninger må ikke føre til forskelsbehandling eller mere restriktiv behandling af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i en anden medlemsstat.”

På baggrund af Direktivets bestemmelse kunne Danmark have indført regler om mindstekrav til de i FiL § 344, stk. 2, nævnte filialer. Det ville i så fald naturligvis være en forudsætning, at reglerne blev gennemført på et ikke-diskriminatorisk grundlag.

Danmark har imidlertid ved gennemførelsen af Direktivet i Danmark valgt ikke at indføre regler om sådanne mindstekrav.

Bestemmelsen i FiL § 344, stk. 2, vedrører regler om tilsyn. I henhold til bestemmelsen skal Finanstilsynet udøve tilsyn med filialers likviditet. Bestemmelsen pålægger således Finanstilsynet en pligt. Der fremgår ikke nogen pligt for de i bestemmelsen nævnte filialer, hvorfor det ikke er muligt, at påbyde filialerne krav i henhold til bestemmelsen. Bestemmelsen er heller ikke strafbelagt.

I FiL § 1, stk. 4, er angivet, hvilke bestemmelser der finder anvendelse for filialer af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale. FiLs regler om minimumslikviditet i FiL § 152 er ikke medtaget i FiL § 1, stk. 4 og gælder således ikke for Filialen. Dette er naturligt, da en filials likviditet, som det fremgår af lovbemærkningerne i lovforslag 176 2002/2003 om forslag til lov om finansiel virksomhed ("L 176") til FiL § 344, stk 2, er en del af kreditinstituttets samlede likviditet. Det er derfor ikke interessant, om en filial er likvid, hvis hele instituttet er likvidt.

Som det fremgår af artikel 41, indeholder Direktivet heller ikke nogen specifikke krav til en filials minimumslikviditet. Henvisningen til ”bestemmelser fastsat i direktiver” i FiL § 344, stk. 2, er derfor alene et krav om, at Finanstilsynet skal ”samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder”, jf. Direktivets artikel 41. Det vil sige, at Finanstilsynet i denne sag skal samarbejde med det [nationale] tilsyn.

Der er derfor ikke i FiL § 344, stk. 2, hjemmel til at pålægge en filial i Danmark specifikke likviditetskrav.

2.2.2 Samarbejde med de [nationale] myndigheder

FiL § 344, stk. 2, henviser til Direktivets artikel 41. Det fremgår af artikel 41, at Finanstilsynet skal samarbejde med de [nationale] tilsynsmyndigheder.

Filialen har i forbindelse med denne sag fået aktindsigt i Finanstilsynets sag, herunder korrespondancen med det [nationale] tilsyn.

Det fremgår heraf, at Finanstilsynet har haft en kontakt til det [nationale] tilsyn inden den indklagede afgørelse blev truffet i form af to e-mails; en e-mail fra Finanstilsynet og en e-mail fra det [nationale] tilsyn.

I mail af 15. oktober 2008 spørger Finanstilsynet det [nationale] tilsyn om følgende:

- Er [udenlandsk pengeinstitut] en “going bank”?
- Er [udenlandsk pengeinstitut] i stand til at overføre likviditet til Filialen på anmodning?
- Fungerer den [nationale] indskydergarantifond, og er den i stand til at betale danske indskydere i Filialen?

Det [nationale] tilsyn svarer i mail af 16. oktober 2008, at

- tilsynet overvåger [udenlandsk pengeinstitut] og den indflydelse, som den økonomiske situation i [nationen], har på [udenlandsk pengeinstitut]s egenkapital og likviditet,
- tilsynet er ved at gennemgå [udenlandsk pengeinstitut]s 20 største udlånsengagementer for at vurdere kundernes kreditværdighed og sikkerhedernes kvalitet,
- [udenlandsk pengeinstitut] har kun begrænsede risici i [nationen], fordi en stor del af udlånene er til udenlandske kunder,
- tilsynets opfattelse er, at [udenlandsk pengeinstitut] opfylder de gældende solvenskrav,
- [udenlandsk pengeinstitut]s solvensprocent var 25,4 pr. 30. juni 2008 [minimumskrav 8 %],
- den udenlandske likviditet er stram, så tilsynet forventer, at banken må sælge aktiver eller skaffe yderligere lån i de kommende uger,
- den [nationale] garantifond har en kapital på 10.900 mio. [udenlandske valuta], og

- den [nationale] regering har, i sager vedrørende de [nationale] banker, der har økonomiske problemer, indvilget i at dække indskydernes krav med op til 20.887 euro.

...

Der er ikke yderligere kontakt mellem det [nationale] tilsyn og Finanstilsynet, inden Finanstilsynet træffer Afgørelsen. Finanstilsynet sender kopi af Afgørelsen til det [nationale] tilsyn samme dag, som Afgørelsen sendes til Filialen.

Som det fremgår af e-mail korrespondancen oplyser det [nationale] tilsyn, at der er tale om en bank, der opfylder kravene til minimumssolvens, og det må antages, at de [nationale] krav til likviditet også er opfyldt, da der ikke fremgår noget af e-mailen fra det [nationale] tilsyn om, at dette ikke skulle være tilfældet.

Finanstilsynet finder ikke anledning til at stille yderligere spørgsmål til den stramme udenlandske likviditet, eller om det [nationale] tilsyn vurderer, at det for K er muligt at sælge aktiver eller skaffe yderligere de yderligere lån, som det [nationale] tilsyn vurderer at være nødvendige. Finanstilsynet træffer endvidere Afgørelsen uden at have yderligere oplysninger om udfaldet af det [nationale] tilsyns undersøgelse af kvaliteten af Ks store udlånsengagementer.

Vi finder på denne baggrund ikke, at Finanstilsynet har levet op til kravet i Direktivets artikel 41 om, at tilsynet med likviditeten skal ske i samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder, og det er vores opfattelse, at svaret fra det [nationale] tilsyn ikke kan danne grundlag for så drastiske indgreb, som indeholdt i Afgørelsen.

2.2.3 Hjemmel i lovbemærkningerne

Afgørelsen er bl.a. udstedt med hjemmel i bemærkningerne til FiL § 344, stk. 2, hvor følgende fremgår af lovbemærkningerne:

*”Filialens likviditet er en del af kreditinstituttets samlede likviditet. Stk. 2 vil derfor normalt kun få særlig betydning, hvis der opstår **uro omkring virksomhederne**. I en sådan situation vil Finanstilsynet kunne stille særlige krav til den likviditet, som en filial her i landet skal have.”*

Der er imidlertid ikke i lovtæksten noget grundlag for at påbyde de krav, som Finanstilsynet har påbudt i Afgørelsen. Det er naturligvis ikke muligt at udvide anvendelsesområdet for bestemmelsen i FiL § 344, stk. 2, i lovbemærkningerne.

Hvis Finanstilsynet ville anvende lovbemærkningerne til FiL § 344, stk. 2, som grundlag for at pålægge Filialen særlige krav til likviditet, skulle dette være sket i overensstemmelse med reglerne i lovtæksten.

Da FiL ikke giver mulighed for at fastsætte specifikke likviditetskrav for filialer skulle fastsættelsen af sådanne krav være sket i samarbejde med

det [nationale] tilsyn, jf. artikel 41 i Direktivet, som FiL § 344, stk. 2 henviser til, og det vil være det [nationale] tilsyn, der i givet fald skulle pålægge likviditetskravene.

Hvis Finanstilsynet til trods for ovenstående vil anvende den hjemmel, som ifølge Finanstilsynet fremgår af lovbemærkningerne til FiL § 344, stk. 2, må mindstekravet være, at Finanstilsynet dokumenterer, at der er uro om *"den virksomhed"*, som bliver underlagt de særlige krav.

Finanstilsynet har ikke begrundet sin afgørelse med forhold, der vedrører Filialen eller K.

Finanstilsynet begrundet alene påbuddene med, at

" [nationen] generelt er i meget vanskelig situation for så vidt angår muligheden for at fremskaffe udenlandsk likviditet."

Endvidere begrundet Finanstilsynet indgrebet med, at det er

"Finanstilsynets vurdering, at den [nationale] indskydergarantiordning, som skal dække indskydere i bankens filial i København, er i en meget vanskelig situation med afhængighed af hjælp udefra."

Ingen af de nævnte begrundelser vedrører specifikt Ks eller Filialens forhold.

Det er korrekt, at [nationen] på tidspunktet for Afgørelsen havde økonomiske problemer. Men det er på ingen måde i Afgørelsen begrundet, at K er i en vanskelig situation.

Tværtimod fremgår det af korrespondancen med det [nationale] tilsyn, at K opfylder solvenskravet og formentlig også de [nationale] krav til likviditetsdækning. Finanstilsynet har ikke taget yderligere skridt til at opklare, om den stramme likviditetsmæssige situation er løst på den måde, som det [nationale] tilsyn forventer at banken vil løse problemerne på.

Endvidere synes Finanstilsynet ikke at have bemærket, at det [nationale] tilsyn oplyser, at K kun har begrænsede risici i [nationen], fordi en stor del af Ks udlån er til ikke-[nationale] kunder.

Finanstilsynet havde derfor ikke grundlag for i Afgørelsen at antage, at [nationen]s problemer automatisk fører til, at K også har problemer.

Som det fremgår af korrespondancen med det [nationale] tilsyn, har den [nationale] garantifond en kapital på 10.900 mio. [udenlandsk valuta], og den [nationale] regering har i sager vedrørende de [nationale] banker, der har økonomiske problemer, indvilget i at dække indskydernes krav op til 20.887 euro.

På denne baggrund konkluderer Finanstilsynet, at den [nationale] indskydergarantiordning har økonomiske problemer.

Det er vores opfattelse, at der på datoen for Afgørelsen (den 5. november 2008) ikke var grundlag for at foretage den nævnte konklusion. Det skal tilføjes, at begrundelsen under alle omstændigheder på nuværende tidspunkt er irrelevant, idet der efterfølgende er opnået enighed mellem EU og [nationen] om, at den [nationale] stat i henhold til eksisterende EU lovgivning er og hele tiden har været juridisk forpligtet til at støtte enhver indskyders krav mod garantifonden uanset indskyderens nationalitet.

Hertil kommer, at hverken K eller Filialen på nogen måde er skyld i eller kan påvirke, om den [nationale] indskydergarantiordning er i stand til at betale sine forpligtelser, bortset fra at sørge for at holde sig solvent, således at indskydergarantiordningen ikke får udgifter til dækning af Ks indskydere. Som nævnt opfylder K solvenskravet.

2.2.4 Hjemmel i den ikke udstedte bekendtgørelse

Finanstilsynet begrundes Afgørelsen med, at:

”Ks filial i Danmark har tilmeldt sig den danske stabilitetspakke, jf. Lov om finansiel stabilitet. Som led i denne lov vil der for de tilmeldte pengeinstitutter gælde en begrænsning i væksten i de næste to år. Begrænsningen forventes, at komme til at vedrøre både indlåns- og udlånsiden. Begrænsningen forventes nærmere afgrænset i en bekendtgørelse, der udstedes snarest.

I lyset af at denne bekendtgørelse endnu ikke er udstedt, skal Finanstilsynet pålægge K at sikre, at for nye indlån filialen tager imod, skal filialledelsen have direkte adgang til likviditet i Danmark, jf. lov om finansiel virksomhed § 152, stk. 2, for det fulde beløb. Dette omfatter ikke fornyelse af eksisterende indlån, jf. ovenfor.”

Finanstilsynet kan ikke begrunde et påbud over for en virksomhed med, at det endnu ikke har været muligt at udstede en bekendtgørelse.

Filialen vil naturligvis efterleve reglerne i bekendtgørelse om de risici, pengeinstitutter omfattet af garantiordningen må påtage sig, når den bliver udstedt. Men det er ikke muligt, at udstede et påbud på grundlag af en bekendtgørelse, der end ikke var offentliggjort i udkast, da Afgørelsen blev truffet.

Det er efter vores opfattelse heller ikke muligt at udstede påbud med direkte hjemmel i lov om finansiel stabilitet, før bekendtgørelsen er udstedt. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at sanktioner efter § 13, stk. 2, i lov om finansiel stabilitet forudsætter, at økonomi- og erhvervsministeren har udstedt de i § 13, stk. 1, i lov om finansiel stabilitet nævnte regler.

Det skal tilføjes, at begrænsning i muligheden for at modtage indlån ikke var med i de eksempler, som fremgik af lovbemærkningerne til lov om finansiel stabilitet, på aktiviteter, der kan sættes begrænsninger for. I øvrigt skal det bemærkes, at ifølge det udkast til bekendtgørelse, som Finanstilsynet sendte i høring den 18. november 2008, og som var vedlagt som bilag 1 til Finanstilsynets brev af 28. november 2008, gælder begrænsningen i indlån kun udenlandske filialer.

2.2.5 Hjemmel i artikel 30 i Direktivet

I brev af 28. november 2008 nævner Finanstilsynet, at Finanstilsynet som følge af art. 30 i Direktivet kan *"igangsætte en procedure, hvis filialen ikke overholder lovbestemmelser i værtslandet/Danmark."*

Direktivets artikel 30 har følgende indhold:

*1. Når de kompetente myndigheder i værtslandet konstaterer, at et kreditinstitut, der har en filial eller præsterer tjenesteydelser på dets område, ikke overholder de **lovbestemmelser**, som værtslandet har vedtaget i medfør af dette direktivs bestemmelser, og som giver værtslandets myndigheder kompetence, skal de anmode det pågældende kreditinstitut om at bringe det ulovlige forhold til ophør.*

2. Tager det pågældende kreditinstitut ikke de nødvendige skridt, skal værtslandets kompetente myndigheder underrette hjemlandets kompetente myndigheder herom.

Disse skal da så hurtigt som muligt træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at sikre, at kreditinstitutet bringer det ulovlige forhold til ophør. Karakteren af disse foranstaltninger meddeles værtslandets kompetente myndigheder.

3. Hvis det pågældende kreditinstitut til trods for de foranstaltninger, der er truffet af hjemlandet — eller hvis disse foranstaltninger viser sig at være uhensigtsmæssige, eller hjemlandet ikke har truffet nogen foranstaltninger — fortsat overtræder de i værtslandet gældende lovbestemmelser som nævnt i stk. 1, kan værtslandet efter at have givet de kompetente myndigheder i hjemlandet underretning herom træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at forebygge eller straffe nye ulovligheder, og om nødvendigt forbyde, at kreditinstitutet indleder yderligere aktiviteter på dets område. Medlemsstaterne sikrer, at de for disse foranstaltninger nødvendige dokumenter kan forkyndes for kreditinstitutterne på deres område.

Det fremgår af Finanstilsynets brev, at henvisningen i FiL § 344, stk. 2, til at Finanstilsynet fører tilsyn i *"overensstemmelse med direktiver"*, indebærer en henvisning til artikel 30 i Direktivet. Dette er ikke korrekt.

Bestemmelsen i FiL § 344, stk. 2, gennemfører kun artikel 41 i Direktivet. Det fremgår af bilag A til L 176, at FiL § 344, stk. 2,

gennemfører artikel 27 i direktiv 2000/12. Artikel 27 i direktiv 2000/12 er identisk med den nugældende artikel 41 i Direktivet.

Artikel 30 i Direktivet er gennemført i FiL § 243. Det er derfor ikke korrekt, at henvisningen til, at Finanstilsynet fører tilsyn ”i overensstemmelse med direktiver” er en henvisning til artikel 30 i Direktivet.

Hertil kommer, at hverken betingelserne i artikel 30 i Direktivet eller betingelserne i FiL § 243 er opfyldt.

Bestemmelsen i FiL § 243 har følgende indhold:

Finanstilsynet kan efter de procedurer, der er fastsat i fællesskabsretlige regler herom, forbyde et udenlandsk kreditinstitut, finansieringsinstitut, investeringsselskab, investeringsforvaltningsselskab eller forsikringsselskab omfattet af § 30, stk. 1, og § 31, stk. 1, med hjemsted i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, at udøve virksomhed her i landet gennem en filial eller ved at yde tjenesteydelser her i landet. Finanstilsynet kan forbyde de i 1. pkt. nævnte virksomheder at udøve virksomhed som nævnt i 1. pkt., hvis virksomheden groft eller gentagne gange har overtrådt bestemmelser i denne lov, regler udstedt i medfør af loven eller anden lovgivning, der retter sig mod kreditinstituttet, finansieringsinstituttet, investeringsselskabet, investeringsforvaltningsselskabet eller forsikringsselskabet, og det ikke ved påbud eller sanktioner efter denne lov har været muligt at bringe overtrædelsen til ophør.

Både Direktivet og FiL § 243 forudsætter, at der er konstateret en lovovertrædelse vedrørende lovbestemmelser som værtslandet/Danmark har gennemført i overensstemmelse med Direktivet.

Afgørelsen indeholder ingen angivelse af, at Filialen har overtrådt lovbestemmelser, og Afgørelsen henviser i øvrigt hverken til artikel 30 i Direktivet eller bestemmelsen i FiL § 243, der gennemfører artikel 30 i Direktivet.

I den forbindelse påpeges, at Filialen overholder lovgivningen gældende i [nationen] og i Danmark, og at Finanstilsynet på intet tidspunkt har påpeget noget lovbrud fra Filialens side.

Der er derfor ikke grundlag for at anvende artikel 30 i Direktivet som hjemmel til at pålægge Filialen de krav, der fremgår af Afgørelsen.

2.3 Rimelighed og proportionalitet

Finanstilsynet har i brev af 28. november 2008 tilsluttet sig, at de i Afgørelsen indeholdte påbud skal være rimelige og proportionale.

Det er vores opfattelse, at de krav, som Filialen er blevet pålagt i Afgørelsen, hverken er rimelige eller proportionale.

2.3.1 Misbrug af stabilitetsordningen

Finanstilsynet oplyser i brev af 28. november 2008, at:

”Efter at K havde tilmeldt sig stabilitetsordningen [Garantiordningen], måtte K påregne, at der kom begrænsninger på deres aktivitet her i landet. De nærmere krav kendtes ikke i detaljer på tidspunktet for Finanstilsynets afgørelse, men en forsvarlig og forsigtig ledelse ville efter bedste evne have forsøgt at indrette sig på de forventede nye regler. Filialen må derfor indrette sig, så den ikke risikerer at misbruge stabilitetsordningen, og som følge deraf blive smidt ud af ordningen. Sker dette vil det kunne skabe et "run" på filialen. For at K kan have en forsvarlig likviditet, skal K derfor som minimum kunne tilbagebetale de nye indlån med henblik på at kunne blive i ordningen.”

2.3.2 Begrænsninger i Filialens aktivitet her i landet

Det er korrekt, at Filialen har tilmeldt sig Garantiordningen, og Filialens ledelse har efter bedste evne forsøgt at indrette sig efter de nye regler, herunder de regler, der kunne forventes som følge af § 13, stk. 2, i lov om finansiel stabilitet. Om de nye begrænsninger i pengeinstitutternes aktivitetsmuligheder fremgår følgende af bemærkningerne til lovforslag 33 2008/2009 forslag til lov om finansiel stabilitet:

”Da garantiordningen spænder et massivt sikkerhedsnet ud under den danske pengeinstitutsektor, og da dette sikkerhedsnet opbygges af store offentlige og private midler, er det nødvendigt at styrke kontrollen med risikoadfærden hos de pengeinstitutter, der er omfattet af ordningen. Det foreslås derfor i stk. 1, at Økonomi- og Erhvervsministeriet får adgang til at fastsætte regler for den risiko, som omfattede pengeinstitutter må løbe i den periode ordningen er gældende. Som led i fastsættelsen af disse regler skal økonomi- og erhvervsministeren tage behørigt hensyn til de særlige omstændigheder som gør sig gældende for internationale pengeinstitutkoncerner. Moderselskabets tilsynsmyndighed skal informeres om denne proces. Risikoreglerne foreslås fastsat efter drøftelse med Det Private Beredskab. Det Private Beredskab har som repræsentant for sektoren en interesse i at nå en hensigtsmæssig balance mellem en begrænsning af risikoadfærden blandt medlemmerne og dermed mindske beredskabets risiko for tab ved betaling til ordningen, og på den anden side, at risikomålene ikke bliver så stramme, at hensigtsmæssig vækst og udvikling går i stå i perioden.

*Af hensyn til retssikkerheden hos de omfattede pengeinstitutter foreslås det, at risikomålene bliver objektive og kvantitative i form af eksempelvis følgende nøgletal (opgjort kvartalsvist):
Maksimal stigning i udlån og garantier målt som % p.a.*

Maksimal sum af store engagementer

Maksimal stigning i andel af store engagementer i forhold til lovens 800 % grænse (å/å i procent point)

Maksimal (stigning i) vægtede poster med markedsrisiko

Maksimal (stigning i) vægtede poster med renterisiko i procent af kernekapital

Maksimal eksponering til en enkelt branche”

Der er ikke i loven eller bemærkningerne til loven nogen angivelse af, at der ville komme begrænsninger i muligheden for at modtage indlån. En stigning i kreditinstitutters indlån er tværtimod et af formålene med lov om finansiel stabilitet.

Det fremgår da også af Finanstilsynets brev af 28. november 2008, at Finanstilsynet på tidspunktet for Afgørelsen ikke kendte det nærmere indhold af bekendtgørelsen. Det forekommer på denne baggrund at være et urimeligt krav, at Filialen skulle indrette sig efter indholdet af bekendtgørelsen på et tidspunkt, hvor dennes indhold ikke var Filialen bekendt.

Det er korrekt, som anført af Finanstilsynet, at den samlede sum af indlån til Filialen er steget. Imidlertid er stigningen sket før Filialens kendskab til udkastet til bekendtgørelse om de risici, pengeinstitutter omfattet af garantiordningen må påtage sig.

Filialen har ikke anvendt Garantiordningen som en del af sin markedsføring.

Endelig har Filialen ikke i perioden ændret den måde, hvorpå Filialen fremskaffer indlån.

Filialen har derfor på ingen måde *misbrugt* Garantiordningen.

2.3.3 "Run" på Filialen

Finanstilsynet oplyser i sit brev af 28. november 2008, at der kan opstå risiko for "run" på Filialen. Imidlertid er et "run" på Filialen ikke muligt, da Filialen alene tager mod indskud for en aftalt periode. Ingen kunde har derfor juridisk ret til at kræve deres penge førtidigt udbetalt.

Der eksisterer derfor ikke en risiko for et "run" på Filialen, hvorfor argumentet ikke kan begrunde kravene i Afgørelsen. Dette var Finanstilsynet fuldt bekendt med, da Finanstilsynet traf Afgørelsen. Se Filialens brev af 23. oktober 2008 til Finanstilsynet som vedlægges som bilag.

2.3.4 Sikring af indskydernes krav

Finanstilsynet anfører, at "*disse krav er alt andet lige bedst sikret ved, at der er direkte adgang til likviditet her i landet,*" såfremt K skulle gå konkurs.

Udover at Finanstilsynet alene skal påse Filialens likviditet, mens sikring i tilfælde af konkurs påhviler det [nationale] finanstilsyn, vil Ks aktiver, inkl. dets likviditet – uanset likviditetens geografiske placering – i en eventuel konkurs indgå i et konkursbo til ligedeling mellem alle Ks kreditorer. Der opnås ikke en særlig sikkerhed for kravene i Filialen ved de af Finanstilsynet fremsatte krav.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at indskydere i [nationale] pengeinstitutter i modsætning til, hvad der gælder for indskydere i danske pengeinstitutter, har en privilegeret status i forhold til øvrige kreditorer.

Danske krav er således ikke bedst sikret ved direkte adgang til likviditet i Danmark.

2.3.5 Krav om 100 % likviditetsberedskab

Afgørelsens krav om 100 % likviditetsberedskab er ikke proportionalt i forhold til det beskyttelseshensyn, der ligger bag reglerne om et passende likviditetsberedskab.

Det er et grundprincip for al form for bankvirksomhed, at der er forskel i løbetid mellem de gældsforpligtelser (indlån mv.), som en bank har, og de udlån mv., som banken investere de modtagne midler i.

Kravet om 100 % likviditetsmæssig dækning af Filialens nye indlån strider derfor mod grundlæggende principper for bankvirksomhed og medfører derfor i yderste konsekvens, at Filialen er nødt til at ophøre med at drive indlånsvirksomhed i Danmark i takt med, at modtagne indlån forfalder. Det skal i denne forbindelse tilføjes, at det ikke vil være muligt for Filialen at opnå en rente på de likvide midler, som er højere end den rente, der skal betales for indlånene, hvorfor modtagelse af nye indlån vil være en ren underskudsforretning. Dette er ude af proportion med de hensyn, der ligger bag reglerne om likviditetsberedskab.

2.4 Diskrimination

2.4.1 Generelt om forskelsbehandling

Danske pengeinstitutter skal have likviditet, der svarer til minimum 15 % af de gældsforpligtelser, der forfalder inden for en måned, jf. FiL § 152, stk. 1, nr. 1.

Afgørelsen pålægger Filialen at have direkte adgang til likviditet i Danmark, der svarer til henholdsvis 100 % af de beløb, der forfalder inden for seks uger for så vidt angår eksisterende indlån, og 100 % af alle nye indlån uanset forfaldstidspunkt. Der er således tale om en betydelig forskelsbehandling af Filialen i forhold til danske pengeinstitutter, hvilket kan få alvorlige konsekvenser for Filialens forretningsmuligheder i Danmark.

Finanstilsynet hævder i brev af 28. november 2008, at ligebehandlingsprincippet er opfyldt fordi Filialen er den eneste aktive [nationale] filial i Danmark og fordi den særegne situation i den [nationale] økonomi gør situationen vanskeligt sammenlignelig med andre filialer eller pengeinstitutter i Danmark.

Det er efter vores opfattelse åbenbart, at det ikke er muligt at forskelsbehandle Filialen, alene fordi Filialen er hjemmehørende i [nationen]. Finanstilsynet har på intet tidspunkt påpeget konkrete forhold i Filialen, der kan begrunde den nævnte forskelsbehandling.

Finanstilsynet begrundelse vedrører alene forhold vedrørende [nationen]s økonomiske situation, som Filialen ikke har indflydelse på.

2.4.2 EU regler om forbud mod diskrimination

Da [nationen] er omfattet af EØS-traktaten, er [nationen] omfattet af reglerne om forbud mod forskelsbehandling i EU-traktaten. EU-traktaten og direktiverne indeholder en række forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet.

Det fremgår af artikel 12 i EU-traktaten, at al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er forbudt.

Af artikel 20 i direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked, fremgår det bl.a., at Medlemsstaterne påser, at der ikke stilles diskriminerende krav til en tjenestemodtager begrundet i dennes nationalitet eller opholdssted.

I EU-traktatens artikel 56 anføres, at alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande, er forbudt. På trods af undtagelsen i artikel 58, stk. 1, er det understreget i artikel 58, stk. 2, at nationale foranstaltninger ikke må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling.

Endelig følger det som bekendt af artikel 87, at statsstøtte, som *"fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder..."* er uforeneligt med fællesmarkedet.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den danske stat – ved henvendelse til Kommissionen med henblik på at få godkendt Garantiordningen i henhold til artikel 87 – har oplyst, at både danske pengeinstitutter og filialer af udenlandske selskaber kan blive omfattet af statsgarantien uden samtidig at oplyse, at der ville blive indført væsentligt forskellige vilkår for henholdsvis danske pengeinstitutter og filialer af udenlandske selskaber. Følgende fremgår af Kommissionens beslutning State Aid NN51/2008 – Denmark Guarantee scheme for banks in Denmark, pkt. 24:

"The Danish authorities declare that the notified scheme does not involve any unduly adverse spill-over effects on other Member

States or undue distortions of competition. The measures are not limited to purely Danish companies and therefore are open and non-discriminatory and do not threaten or distort competition."

Det er vores opfattelse, at Afgørelsen er i strid med disse bestemmelser i EU-traktaten og det nævnte direktiv, idet Afgørelsen alene er begrundet i, at Filialen er hjemmehørende i [nationen], idet kravet om, at Filialens likviditet vedrørende nye indlån skal være tilgængelig i Danmark er i strid med forbuddet mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemslandene, og idet Afgørelsen fordrejer konkurrencevilkårene for Filialen i forhold til danske pengeinstitutter.

3. Anbringender

På baggrund af ovenstående gøres det derfor til støtte for påstanden gældende, at

- hverken de af Finanstilsynet anførte lovbestemmelser eller lovbemærkningerne giver Finanstilsynet hjemmel til at påbyde de i Afgørelsen indeholdte krav om likviditetsberedskab,
- Finanstilsynets påbudte krav om likviditetsberedskab ikke er proportionale med de faktiske likviditetsmæssige forhold i Filialen,
- de i Afgørelsen indeholdte påbud om likviditetsberedskab udgør en urimelig begrænsning af Filialens mulighed for at drive virksomhed i Danmark,
- Finanstilsynets krav ikke – som øjensynligt ønsket af Finanstilsynet – udgør en bedre beskyttelse af de danske indskydere, og
- Afgørelsens påbudte krav om likviditetsberedskab er i strid med de almindelige principper for ligebehandling og særligt EU's regler om forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet.

...”

I førnævnte redegørelse af 27. januar 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

”...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Finanstilsynets afgørelse er truffet i medfør af § 344, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Stk. 2. For filialer af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i et andet land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, fører Finanstilsynet i overensstemmelse med bestemmelser fastsat i direktiver tilsyn med likviditeten i filialerne."

Af bemærkningerne til loven (L 176 fremsat den 12. marts 2003) fremgår:

"Efter stk. 2 fører Finanstilsynet tilsyn med likviditeten i filialer af udenlandske kreditinstitutter.

Ifølge kreditinstitutdirektivet har værtslandet i samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder ansvaret for tilsyn med likviditeten i et kreditinstituts filialer, indtil yderligere koordinering mellem EU-landene har fundet sted. Bestemmelsen har kun relevans for kreditinstitutter, da der ikke eksisterer et likviditetstilsyn på de øvrige områder.

Filialens likviditet er en del af kreditinstitutets samlede likviditet. Stk. 2 vil derfor normalt kun få særlig betydning, hvis der opstår uro omkring virksomhederne. I en sådan situation vil Finanstilsynet kunne stille særlige krav til den likviditet, som en filial her i landet skal have."

I kreditinstitutdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48 af 14. juni 2009 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (omarbejdning) (EU-Tidende 2006 nr. L 177, s. 1)) fremgår følgende af artikel 41:

...

Direktivet indeholder ikke specifikke krav til et kreditinstituts likviditet. Dette er overladt til medlemslandene at bestemme.

Direktivets artikel 43, stk. 3, har følgende ordlyd:

"Stk. 1 og 2 er ikke til hinder for, at værtslandets kompetente myndigheder på stedet kontrollerer filialer etableret på deres område med henblik på varetagelsen af de opgaver, som påhviler dem i henhold til dette direktiv."

Direktivets artikel 30 har følgende ordlyd:

...

Af direktivets præambel nr. 21 fremgår blandt andet:

"Ansvaret for tilsyn med et kreditinstituts finansielle sundhed og især dets solvens bør påhvile instituttets hjemland. Værtslandets myndigheder bør have ansvar for tilsynet med filialernes likviditet og den pengepolitiske styring. Tilsyn med markedsrisikoen bør føres i nært samarbejde mellem hjem- og værtslandets kompetente myndigheder."

§ 152 i lov om finansiel virksomhed har følgende ordlyd:

...

§ 152 gælder ikke for herværende filialer af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande, jf. lov om finansiel virksomhed § 1, stk. 4.

3. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynets vurdering af K filialens likviditet

[nationen] har fire store banker: ..., ..., ... og K.

I Danmark er der en aktiv filial af den [nationale] investeringsbank K.

Det bemærkes, at to andre [nationale] banker (... og ...) formelt set fortsat har filialer i Danmark. Der er dog ingen aktivitet i disse filialer, og Finanstilsynet afventer pt. blot en formel notifikation fra de [nationale] tilsynsmyndigheder, før der kan ske afregistrering af disse to filialer.

Modsat de 3 største [nationale] banker, der er overtaget af den [nationale] stat, har K fortsat sine aktiviteter.

Ks filial i København havde pr. 13. oktober 2008 modtaget indlån svarende til en modværdi på ca. 390 mio. DKK. Alle indlån var aftaleindlån. Heraf udgjorde private indlån godt 160 mio. DKK. Da der var tale om aftaleindlån, var forfaldsstrukturen aftalt på forhånd. Der forfaldt mellem 16 og 21 mio. DKK på ugebasis.

Det fulgte af dagspressen primo oktober 2008 samt interne meddelelser fra diverse internationale fora, at datterselskaber og filialer af [nationale] banker af forskellige årsager og i forskelligt omfang enten blev taget under administration eller fik pålagt aktivitets- og dispositionsbegrænsninger i forskellige lande.

Finanstilsynet holdt som en konsekvens heraf et møde med filialledelsen i K den 13. oktober 2008 om filialens likviditetssituation. I forlængelse heraf fik Finanstilsynet indberettet supplerende oplysninger om filialens kundeportefølje og forfaldsstruktur samt disponible aktiver. Filialen havde pr. 15. oktober 2008 165 mio. DKK til rådighed på konti i danske pengeinstitutter, svarende til godt 40 pct. af indlånet i den danske filial.

Finanstilsynet rettede ved mail af 15. oktober 2008 ... henvendelse til det [nationale] tilsyn og bad om dets vurdering af Ks "going-status" samt en vurdering af danske kunders fortsatte og reelle dækning af den [nationale] indskydergarantiordning.

Det [nationale] tilsyn har med mail af 16. oktober 2008 ... svaret følgende:

- 1) K har opgjort en solvens på 25,4 pct. pr. 30. juni 2008. Det [nationale] tilsyn er i gang med at gennemgå bankens 20 største engagementer. Det er det [nationale] tilsyns foreløbige vurdering, at banken, der hovedsageligt er eksponeret uden for [nationen], vil tage nogle tab, men at den fortløbende vil overholde solvenskravene. Adgangen til udenlandsk valuta er stram, så banken vil være nødsaget til at bortsælge aktiver for at skaffe udenlandsk valuta.
- 2) Den [nationale] indskydergarantiordning oplyses at fungere med aktiver pt. på 10,900 m. [udenlandsk valuta]. Opgjort ved valutakursen pr. 16. oktober 2008 svarer dette til ca. 270 mio. DKK. Samtidig oplyser de [nationale] myndigheder dog, at der er indgået en aftale med den hollandske regering, hvorefter der ydes et

hollandsk lån til betaling af krav mod den [nationale] garantiordning til hollandske indskydere i Landsbanki IceSave, samtidig med at den [nationale] regering har påtaget sig kompensationsforpligtelsen ift. de hollandske indskydere. Det oplyses også, at en tilsvarende aftale søges indgået med den britiske regering. Endelig oplyses det, at den [nationale] garantiordning fungerer i overensstemmelse med EU-direktiverne.

Det fremgår heraf, at de [nationale] myndigheder foreløbigt mente, at banken overholdt solvenskravene, men at de var i gang med en undersøgelse, at banken havde likviditetsmæssige problemer i fremmed valuta, samt at den [nationale] indskydergarantiordning for at honorere sine forpligtelser havde været nødsaget til at optage lån i Holland og forventede at gøre det samme i Storbritannien mod den [nationale] regerings garanti..

Kravene til kreditinstitutters likviditet skal bl.a. sikre instituttets evne til at tilbagebetale sin gæld, efterhånden som den forfalder. Muligheden for, og den tid det tager, at afhænde aktiverne indgår i vurderingen af bankens likviditet. Endvidere indgår bankens mulighed for at optage nye lån (ny funding) i likviditeten i vurderingen. Styringen af likviditeten har et fremadrettet sigte, og forventningerne til fremtiden indgår derfor i fastsættelsen af kravene til en forsvarlig likviditet. Det er således et andet krav og hensyn, end at instituttet skal være solvent, som for kreditinstitutter indebærer, at basiskapitalen bl.a. skal udgøre mindst 8 % af de vægtede aktiver, jf. lov om finansiel virksomhed § 124. Dog er der den sammenhæng, at stilles der blandt indskyderne spørgsmålstejn ved solvensen, kan instituttet hurtigt få likviditetsmæssige vanskeligheder.

Kravene til danske pengeinstitutters likviditet fremgår af lov om finansiel virksomhed § 152. Det overordnede krav er, at institutterne skal have en forsvarlig likviditet, jfr. stk. 1, 1. pkt. Desuden gælder yderligere 2 specifikke krav, jf. stk. 1, nr. 1 og 2. Herudover gælder, at pengeinstitutterne skal have en kapitalberedskabsplan, jf. kapitaldækningsbekendtgørelsen bilag 1, punkt 18.

Lov om finansiel virksomheds § 152 gælder ikke for filialer her i landet af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande, jf. lovens § 1, stk. 4. Der kan dog ikke sluttes modsætningsvist heraf. Selvom filialer her i landet af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande ikke er omfattet af bestemmelsen, må de fortsat skulle have en forsvarlig likviditet.

Det fremgår af kreditinstitutdirektivets artikel 22, at institutterne skal identificere, forvalte, overvåge, styre og rapportere om de risici, som instituttet er eller kan blive udsat for. Dette omfatter også instituttets likviditet, uden at der dog i direktiverne er sat lige så specifikke mål herfor som i lov om finansiel virksomhed § 152. De kompetente myndigheder fører tilsyn med institutternes virksomhed jfr. kreditinstitutdirektivets artikel 40. Det må derfor forudsættes, at de enkelte landes tilsynsmyndigheder stiller en eller anden form for krav til institutternes likviditet. Som ovenfor nævnt fører værtslandets myndigheder tilsyn med filialens likviditet jfr. direktivets artikel 41. Det

er derfor Finanstilsynets opfattelse, at det ikke er i strid med direktiverne, at værtslandets tilsynsmyndighed forlanger, at også filialerne har en forsvarlig likviditet, og fører tilsyn med at dette overholdes.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 1, påser Finanstilsynet overholdelsen af loven. Bestemmelsen er den generelle hjemmel for Finanstilsynet til at udstede påbud og til at give påtaler ved overtrædelser af loven. Kravene skal selvfølgelig være rimelige og proportionale. Finanstilsynet skal føre tilsyn med udenlandske filialers likviditet jf. lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2.

Likviditetsproblemer for en bank på et overordnet plan vil uundgåeligt få konsekvenser for en filial og hermed for indskyderne i filialen. Hvis en udenlandsk bank med filial i Danmark overordnet set har eller er i risiko for at få likviditetsproblemer, er det tilsynets pligt at tage stilling til, om der skal stilles skærpede likviditetskrav til filialen.

Med baggrund i den anstrengte situation, som det [nationale] samfund befandt sig i, i oktober 2008, og fortsat befinder sig i, er der efter Finanstilsynets opfattelse ikke tvivl om, at det var og forsat er vanskeligt og dyrt både for den [nationale] stat og for [nationale] virksomheder at låne på det internationale kapitalmarked. Det er tilsynets vurdering, at der er opstået en usædvanlig landerisiko.

Dette illustreres og understreges af, at den [nationale] stat har måttet kautionere for den [nationale] indskydergarantifonds optagelse af lån, som er nødvendige for at den [nationale] indskydergarantifond kan opfylde sine forpligtelser. Endvidere understøttes dette af det faktum, at den [nationale] stat har måttet optage lån hos Den Internationale Valutafond IMF samt på usædvanlig vis hos udvalgte samarbejdslande, f.eks. hos Finland, Norge, Sverige og Danmark.

Der er efter tilsynets opfattelse en stor risiko for, at særlige anstrengte låneforhold for den [nationale] stat har en afsmittende virkning på alle [nationale] virksomheders lånemuligheder. Begrænsede lånemuligheder som følge af en landerisiko vil derfor relativt hurtigt give sig udslag i likviditetsproblemer for en bank fra det pågældende land. Dette understreges da også af svaret af 16. oktober 2008 fra det [nationale] tilsyn ..., som bemærkede, at Ks adgang til udenlandsk valuta er stram, så banken vil være nødsaget til at bortsælge aktiver for at skaffe udenlandsk valuta.

Finanstilsynet fandt det derfor nødvendigt, at pålægge herværende filialer af [nationale] banker et skærpet likviditetskrav. Hjemmelsgrundlaget herfor er lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2, hvorefter Finanstilsynet fører tilsyn med likviditeten i en filial i overensstemmelse med bestemmelser fastsat i direktiver, herunder med henvisning til art. 41 i kreditinstitutdirektivet. Da filialen af K er den eneste aktive filial her i landet af [nationale] kreditinstitutter, rammer de skærpede likviditetskrav alene denne filial.

Forinden Finanstilsynet traf endelig afgørelse i sagen, foretog tilsynet den 21. oktober 2008 ... en høring af K, hvor tilsynet redegjorde for, hvilke påbud tilsynet påtænkte at meddele filialen. K svarede herpå ved brev af 23. oktober 2008 Høringen gav ikke tilsynet anledning til at ændre på de påtænkte påbud.

Finanstilsynet meddelte derfor K filialen et påbud om skærpede likviditetskrav ved brev af 5. november 2008. De skærpede likviditetskrav skal sikre, at filialen i takt med forpligtelsernes forfald kan tilbagebetale indskud til kunder i filialen, og skal ses på baggrund af det [nationale] finanstilsyns oplysninger om, at banken må sælge aktiver for at have tilstrækkelig likviditet i udenlandsk valuta.

Påbudene har følgende ordlyd:

- 1) Filialen skal holde et forsvarligt likviditetsberedskab i Danmark som udgangspunkt svarende til minimum 6 ugers fortløbende forfald i filialens portefølje.
- 2) Såfremt der modtages nye indlån i filialen, herunder fornyelse af forfaldne indlån, skal likviditet hertil holdes disponibel i Danmark i fuldt omfang.
- 3) Filialen skal ugentligt indberette til Finanstilsynet forfaldsstrukturen på filialens portefølje sammenholdt med det aktuelle likviditetsberedskab.

Påbuddene er udtryk for en afvejning af hensynene til indskydere og kreditorer over for virksomheden, og er således udtryk for et skøn foretaget af Finanstilsynet. Både mere og mindre indgribende påbud har været overvejet, men de anvendte er fundet både rimelige og proportionale. Tilsynet er ikke bekendt med nogen relevant praksis på området.

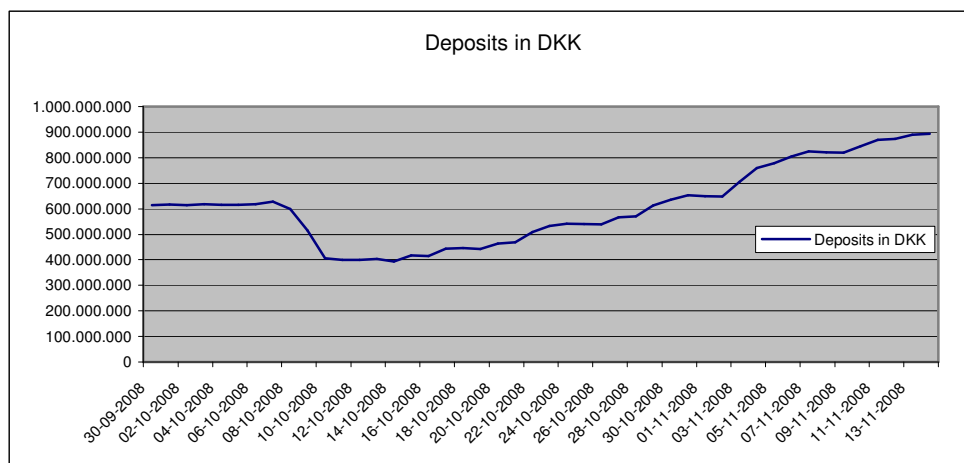
Ad 1. Det første påbud indebærer en vis skærpelse af den likviditet filialen havde i forvejen, svarende til 4 ugers løbende forfald. Skærpelsen er fundet nødvendig, idet det efter tilsynets opfattelse ikke kunne udelukkes, at K ville skulle bruge mere tid end tidligere til at forhandle ny likviditet til banken samt betale mere herfor, efterhånden som behovet herfor opstår, og idet banken som følge af problemerne på [nationen] må forventes at have svært ved at afhænde sine aktiver (udlån mv.).

Ad. 2) Det andet påbud skal ses i lyset af, at K har tilmeldt sig den statslige garantiordning i medfør af lov om finansiel stabilitet. K har gennem sit medlemskab af Det Private Beredskab, og dermed af garantiordningen, forpligtet sig til at leve op til lov om finansiel stabilitet, bekendtgørelser udstedt i medfør af loven samt den bagvedliggende aftale mellem regeringen og Det Private Beredskab. Af denne aftale fremgår blandt andet:

"12. For institutterne i Det Private Beredskab stilles følgende betingelser:

- Institutterne, der deltager i ordningen, må ikke foretage væsentlig udvidelse af sine aktiviteter, som ikke ville have fundet sted uden ordningens eksistens."

Til illustration af Ks aktiviteter i forbindelse med garantiordningen er der herunder indsat et diagram, der viser udviklingen i Ks samlede indlånsmasse i perioden fra den 30. september 2008 til den 11. november 2008:



Som det ses af diagrammet, er indlånet steget ca. 50 pct. i perioden fra den 7. oktober, og frem til den 14. november. Aftalen om finansiell stabilitet blev offentliggjort den 5.-6. oktober 2008. Loven blev vedtaget den 10. oktober 2008. K tilmeldte sig ordningen den 8. oktober 2008.

I den forbindelse skal det nævnes, at i det udkast til den bekendtgørelse, som udstedes i medfør af lov om finansiell stabilitet, som blev sendt i høring, fremgik følgende af det foreslåede § 13, stk. 5:

"Stk. 5. Stigningen fra ultimo september 2008 i indlån i filialen må maksimalt udgøre 10 pct. frem til ultimo september 2009, og stigningen frem til ultimo september 2010 må maksimalt udgøre 20 pct."

I den endelige bekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 13 af 13. januar 2009 om de risici pengeinstitutter omfattet af garantiordningen må påtage sig) er tilføjet, at stigningen i indlån kan overskride disse grænser, så længe filialens udlån overstiger indlånene. K har endnu ikke ansøgt om at blive omfattet af undtagelsen fra hovedreglen, og det er fortsat uklart, om det med den nødvendige sikkerhed kan siges, at filialens udlån overstiger indlånene. Tidligere har filialen oplyst over for tilsynet, at al udlån – også til danske kunder - sker gennem hovedkontoret i [nationen] (og ikke i filialen).

Det overordnede formål er dog fortsat at hindre, at pengeinstitutterne og filialerne misbruger garantiordningen, jf. bekendtgørelsens § 2. Af de almindelige bemærkninger punkt 2.3 til lov om finansiell stabilitet fremgår, at

"[...] intet institut må foretage væsentlige udvidelse af sine aktiviteter, som ikke ville have fundet sted uden garantiordningens eksistens."

Efter K havde tilmeldt sig stabilitetsordningen, måtte K påregne, at der kom begrænsninger på deres aktivitet her i landet. De nærmere krav kendtes ikke i detaljer på tidspunktet for Finanstilsynets afgørelse, men en ansvarlig og forsigtig ledelse ville efter bedste evne have forsøgt at indrette sig på de forventede nye regler. Filialen må derfor skulle indrette sig, så den ikke risikerer at misbruge stabilitetsordningen og som følge heraf blive smidt ud af ordningen. Sker dette, vil det kunne skabe et "run" på filialen.

Det bemærkes i den forbindelse, at der i branchen er kutyme for at udbetale aftaleindlån før tid på kundens forlangende, mod beregning af en rentedekort. Aftaleindlån kan derfor i praksis godt danne grundlag for et "run" på filialen, uanset denne ikke juridisk er forpligtet til at udbetale indlånene før tid.

For at K kan have en forsvarlig likviditet, skal K derfor som udgangspunkt kunne tilbagebetale de nye indlån med henblik på at kunne blive i ordningen.

Finanstilsynets påbud af 5. november 2008 om, at K for alle nye indlån skulle have 100 % adgang til likviditet her i landet, er således nødvendigt for at sikre, at K lever op til sine forpligtelser om at have en forsvarlig likviditet i medfør af lov om finansiel virksomhed. Når Finanstilsynet skal vurdere førnævnte, skal fremtidige forhold indgå, herunder de begrænsninger til filialens virksomhed her i landet, som ville blive pålagt i forbindelse med den kommende bekendtgørelse.

Bekendtgørelsen havde inden høringen været drøftet med branchen, hvorfor de overordnede dele af bekendtgørelsen måtte antages at blive opretholdt efter høringen. I den forbindelse skal det nævnes, at det er åbenbart, at branchen ikke kan acceptere misbrug af ordningen, da det vil kunne forrykke deres indbyrdes markedsposition. Fastsættelsen af likviditetskrav skal således også ses i lyset af de forpligtelser, filialen vil blive pålagt i medfør af den kommende bekendtgørelse.

Udkast til bekendtgørelse, jf. § 13, stk. 1, i lov om finansiel stabilitet, om de risici, som pengeinstitutter omfattet af garantiordningen må påtage sig, og som blev sendt i høring den 18. november 2008, er vedlagt Den endelige version af bekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 13 af 13. januar 2009 om de risici pengeinstitutter omfattet af garantiordningen må påtage sig) er ligeledes vedlagt

Endelig måtte indgå, at det [nationale] finanstilsyn var i gang med en gennemgang af bankens økonomiske forhold, og at det [nationale] tilsyn fandt, at banken som helhed havde likviditetsvanskeligheder i udenlandsk valuta.

Ad. 3) K har ikke påklaget påbuddet om ugentlige likviditetsindberetninger.

Bemærkninger til specifikke punkter i klagen:

Herunder skal Finanstilsynet komme med sine bemærkninger til Ks enkelte klagepunkter

Hjemmel

Som det fremgår ovenfor finder Finanstilsynet, at der er hjemmel for afgørelsen i § 344 i lov om finansiel virksomhed, jf. kreditinstitutdirektivet artikel 41. Klagens punkt 2.2.1. bestrides derfor.

Samarbejde med kompetente myndigheder

K finder ikke, at tilsynet har levet op til kravene om samarbejde med hjemlandets tilsyn, jf. klagen punkt 2.2.2.

Hertil skal for det første bemærkes, at det [nationale] tilsyn er blevet gjort bekendt med tilsynets afgørelse af 5. november 2008, og det [nationale] tilsyn har ikke fremført synspunkter om, at Finanstilsynet ikke skulle have levet op til sin samarbejdsforpligtelse.

For det andet skal bemærkes, at Finanstilsynet har fortsat samarbejdet med det [nationale] tilsyn også efter afgørelsen blev truffet, blandt andet med henblik på løbende at vurdere behovet for at lempe eller stramme kravene til filialens likviditet.

Ved brev af 10. december 2008 (modtaget i Finanstilsynet den 12. december) orienterede det [nationale] tilsyn således om likviditetsudviklingen i K På baggrund af den meget stramme likviditet i banken som helhed og de tidligere oplysninger om den [nationale] indskydergarantiordnings manglende muligheder for opfyldelse af dets forpligtelser, medmindre værtslandet ydede lån, fandt Finanstilsynet det nødvendigt samme dag at påbyde K at ophøre med at modtage flere indlån i filialen, jf. vedlagte mail af 12. december 2008 ...

Efterfølgende har tilsynet løbende været i kontakt med det [nationale] tilsyn om udviklingen i likviditeten. Senest har det [nationale] tilsyn ved mail af 14. januar 2009 ... meddelt, at der har været fejl i bankens tidligere likviditetsopgørelser. Banken havde således pr. 14. januar 2009, alene likviditet til den 22. januar 2009 og ikke til den 10. februar som tidligere meddelt. Endvidere oplyses det, at de af banken efterspurgte lån fra den [nationale] centralbank endnu ikke er bevilget. Dette bekræfter efter Finanstilsynets opfattelse den alvorlige likviditetssituation i banken og filialen. Yderligere er det ikke betryggende, at der i denne alvorlige situation forekommer fejl i bankens likviditetsopgørelser og indberetninger.

Ved mail af 21. januar 2009 ..., har det [nationale] tilsyn oplyst, at K har tilstrækkelig likviditet frem til den 31. januar 2009. Ved mail af 25. januar 2009 ... har det [nationale] tilsyn oplyst, at K har tilstrækkelig likviditet frem til den 29. januar 2009. Det er Finanstilsynets vurdering, at der var og fortsat er en endog meget stram likviditetssituation som banken befinder sig i og som har væsentlig betydning for bankens overlevelsesmuligheder og filialens likviditet.

Finanstilsynet er fortsat i kontakt med det [nationale] tilsyn med henblik på løbende at vurdere behovet for at lempe eller stramme kravene til filialens likviditet.

Hjemmel i lovbemærkningerne

K finder, at Finanstilsynet har truffet sin afgørelse med hjemmel i lovbemærkningerne, jf. klagen punkt 2.2.3. Dette bestrides jf. ovenfor. Finanstilsynet finder, at der er hjemmel i lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2, jf. kreditinstitutdirektivet artikel 22 og 41, til at forlange en forsvarlig likviditet, og i lovens § 344, stk. 1, til at udstede de nødvendige påbud til at sikre dette. Kun hvis K ikke overholder Finanstilsynets påbud, skal tilsynet kontakte det [nationale] tilsyn, jfr. kreditinstitutdirektivets artikel 30, som herefter skal træffe de nødvendige foranstaltninger.

K anfører videre, at tilsynets afgørelse ikke er begrundet i forhold, der vedrører K eller filialen. Som nævnt ovenfor finder tilsynet, at problemerne for den [nationale] økonomi påvirker alle [nationale] virksomheder, herunder også K og filialen. De begrundelser, som fremgår af tilsynets afgørelse af 5. november 2008, er ikke i modstrid hermed. Tværtimod er det en uddybning af nogle af de overvejelser, som lå til grund for tilsynets afgørelse.

Hjemmel i ikke udstedt bekendtgørelse

K anfører, at tilsynet ikke kan begrunde et påbud med en bekendtgørelse, der endnu ikke er udstedt, jf. klagen punkt 2.2.4. Hertil skal bemærkes, at bekendtgørelsen ikke er hjemlen for afgørelsen, men at der skal tages højde for de krav, der må forventes at følge af bekendtgørelsen, ved vurderingen af likviditeten, idet likviditeten skal vurderes i et fremadrettet perspektiv, samt at bekendtgørelsen alene er en udmøntning af indholdet af lov om finansiel stabilitet samt den bagvedliggende aftale.

Kreditinstitutdirektivet artikel 30

I punkt 2.2.5. anfører K, at der ikke er grundlag for at anvende direktivets artikel 30. Tilsynet er enig heri. Dette bliver kun relevant, hvis K ikke overholder tilsynets påbud. Når tilsynet har nævnt dette i sit brev af 28. november 2008 til filialen, er det for at informere filialen om denne mulighed.

Rimelig og proportional

Det fremgår af klagens punkt 2.3, at K ikke finder tilsynets afgørelse rimelig og proportional.

Finanstilsynet skal hertil anføre, at tilsynet har valgt et afbalanceret påbud, som ikke udelukker at filialen fortsat kan udøve aktivitet i Danmark. Finanstilsynet har i sin udtalelse af 28. november redegjort nærmere for, at påbuddene er proportionale, herunder set i lyset af de foruroligende oplysninger om bankens forhold fra det [nationale] tilsyn. Det fremgår her, at formålet med afgørelsen er at sikre indskydernes krav i filialen på baggrund af usikkerheden om den [nationale] økonomi og indskydernes sikkerhed, hvis pengeinstitut går ned. Disse krav er alt

andet lige bedst sikret ved, at der er direkte adgang til likviditet her i landet for det fulde beløb af alle indlån. Finanstilsynet kunne således i stedet have fastsat et krav om likviditetsdækning for eksisterende og nye indlån eller krav om stop for nye indlån. Da Finanstilsynet på dette tidspunkt ikke kendte det nærmere indhold i bekendtgørelsen om finansiell stabilitet, valgte tilsynet at stille et krav, som ikke gik helt så langt, som det der forventedes at blive konsekvensen af den kommende bekendtgørelse. Et krav om stop for nye indlån må antages, at være mere byrdefulde for K, end et krav om fuld likviditet for nye lån. Finanstilsynet besluttede derfor, at K alene skulle have direkte adgang til likviditet for det fulde beløb for nye indlån. Der er således foretaget en proportionalitetsvurdering, og det udstedte påbud vurderes ikke at gå videre, end formålet tilsiger.

Misbrug af garantiordningen

Klageren anfører endvidere, at filialen ikke kendte indholdet af stabilitetsbekendtgørelsen og ikke har misbrugt ordningen.

Finanstilsynet skal ikke i denne forbindelse tage stilling til, om ordningen er blevet misbrugt. Derimod finder tilsynet som nævnt ovenfor, at en forsvarlig ledelse i tide skal tage højde for muligheden af væsentlige nye krav og begrænsninger. Netop fordi filialen ikke har gjort dette, har det været nødvendigt, at tilsynet udsteder et påbud. Tilsynet skal dog ikke undlade at påpege, at det forekommer oplagt, at den væsentlige vækst i indlånene næppe kunne have været opnået uden ordningens eksistens. Om dette er et udtryk for misbrug af ordningen, må bero på en konkret vurdering, som endnu ikke er foretaget.

"Run" på filialen

Det anføres i punkt 2.3.3., at der ikke er risiko for "run" på filialen, da denne alene tager mod aftaleindskud. Som nævnt ovenfor, er der i branchen kutyme for at udbetale aftaleindlån før tid på kundens forlangende mod beregning af en rentedekort. Aftaleindlån kan derfor i praksis godt danne grundlag for et "run" på banken, uanset denne ikke juridisk er forpligtet til at udbetale indlånene før tid.

Sikring af indskyderes krav

Det anføres i punkt 2.3.4., at danske krav ikke er bedre sikrede ved bankens konkurs af, at aktiver svarende til indskuddene er placeret i Danmark. Finanstilsynet er enig heri, og synspunktet skal rettelig forstås således, at det med påbuddet blev sikret, at banken har likviditet i Danmark. Dette skal også ses i lyset af oplysningerne om bankens likviditetsvanskeligheder i forhold til udenlandsk valuta.

100 pct. likviditetsberedskab

Af punkt 2.3.5. fremgår, at klageren finder, at 100 pct.-kravet ikke er proportionalt. Begrundelsen herfor anføres at være, at det er et grundlæggende princip for bankvirksomhed, at der er forskel i løbetid mellem ind- og udlån.

Finanstilsynet skal ikke bestride, at dette er et grundlæggende princip for bankvirksomhed. Tilsynet har da heller ikke påbudt filialen, at der skal

være løbetids match mellem indlån og aktiver. Tilsynet har alene påbudt filialen, at aktiver svarende til indskuddene skal befinde sig i Danmark. Filialen kan således placere sine midler i andre aktiver omfattet af § 152, idet tilsynet ikke har fundet behov for at udstede noget påbud vedrørende løbetids match. Dette er fortsat overladt til filialens forsvarlige vurdering.

EU regler om forbud mod diskrimination

K har endvidere anført, at afgørelsen er i strid med EU-traktaten og direktiv 2006/1234/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked, idet afgørelsen alene er begrundet i, at filialen er hjemmehørende i [nationen].

Det skal hertil nævnes, at for at der kan være tale om forskelsbehandling, skal ens eller sammenlignelige sager behandles forskelligt. Hvis der tales om forskelsbehandling i strid med artikel 20 i EF-Traktaten skal forskelsbehandlingen ske på baggrund af nationalitet. I Finanstilsynets afgørelse er der ikke tale om forskelsbehandling. Der er tale om en enestående sag, der ikke kan sammenlignes med andre tidligere eller nuværende. Hvis andre lande med virksomheder, som har filialer i Danmark, er eller kommer i en lignende situation, som [nationen] og de [nationale] virksomheder er i nu, vil der ligeledes være behov for at foretage de nødvendige foranstaltninger. Det er således ikke nationaliteten, der er afgørende, men de faktiske omstændigheder.

Det skal for god ordens skyld nævnes, at direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked ikke finder anvendelse på finansielle tjenesteydelser, herunder bankvirksomhed, jf. direktivets artikel 2, nr. 2, litra b).

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående fastholder Finanstilsynet sin afgørelse og gør til støtte herfor følgende gældende:

1. Finanstilsynet har den nødvendige hjemmel til den trufne afgørelse i lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2, jfr. kreditinstitutdirektivet artikel 41.
 2. Afgørelsen er proportional og ikke urimelig, og går ikke ud over det forsvarlige skøn, som Finanstilsynet skal foretage i medfør af § 344, stk. 2.
 3. De skærpede likviditetskrav sikrer de danske indskydere bedre ved likviditetsproblemer i banken.
 4. Afgørelsen er ikke diskriminerende.
- ...”

I brev af 2. marts 2009 har advokat A bemærket:

” ...

Da Finanstilsynets redegørelse ikke ændrer på det der fremgår af vores brev af 11. december 2008 til Erhvervsankenævnet, vil vi kun præcisere følgende:

- En stor del af Finanstilsynet redegørelse vedrører forhold, der er indtruffet efter at Finanstilsynet traf afgørelse den 5. november 2008, hvorfor disse forhold naturligvis ikke kan have dannet grundlag for afgørelsen. Erhvervsankenævnet anmodes derfor om at se bort fra disse betragtninger ved stillingtagen til anken.
- Afgørelsen af 5. november 2008 er truffet i henhold til lov om finansiel virksomhed og ikke lov om finansiel stabilitet, som Finanstilsynet i vidt omfang henviser til og anken skal derfor også afgøres i henhold til reglerne i lov om finansiel virksomhed.
- K er modsat de 3 største [nationale] banker ikke blevet overtaget af den [nationale] stat, hvorfor det ikke er rimeligt at sammenligne banken med de andre [nationale] banker.
- § 152 i lov om finansiel virksomhed finder ikke anvendelse på filialer her i landet af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande.
- Artikel 22 i kreditinstitutdirektivet er i Danmark gennemført ved § 71 i lov om finansiel virksomhed. Denne bestemmelse gælder ikke for filialer her i landet af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande.
- Ks filial i Danmark vil naturligvis kun tilbagebetale aftaleindlån før det aftalte tilbagebetalingstidspunkt, hvis filialen ikke derved bringer sig i en uholdbar likviditetsmæssig situation.

...”

Finanstilsynet har ved brev af 16. marts 2009 heroverfor bemærket:

” ...

Finanstilsynet er enig i, at forhold, der er indtruffet efter afgørelsen af 5. november 2008 er truffet, ikke kan have dannet grundlag for afgørelsen. Imidlertid er Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2008 baseret på et skøn foretaget ud fra Finanstilsynets vurdering af Ks situation. Den efterfølgende udvikling i sagen må rimeligvis tages i betragtning, når det skal vurderes, om det foretagne skøn har været korrekt og den trufne afgørelse var rimelig og proportional.

Det er korrekt, at afgørelsen af 5. november 2008 er truffet med hjemmel i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2008 vedrørende 100 pct. likviditet for nye indlån er imidlertid fundet nødvendig for at sikre, at filialen har en tilstrækkelig likviditet til at overholde de forventede krav til filialer, der er medlem af den statslige garantiordning, jf. også tilsynets redegørelse til ankenævnet af 27. januar 2009.

K anfører endvidere, at K – modsat de tre største [nationale] banker – ikke er blevet overtaget af den [nationale] stat, hvorfor der ikke kan ske en sammenligning med disse banker. Det skal hertil nævnes, at kontrollen med K den 9. marts 2009 blev overtaget af den [nationale] stat ved det [nationale] finanstilsyn. Det [nationale] finanstilsyns pressemeddelelse af 9. marts 2009 vedlægges

Som det fremgår af tilsynets redegørelse til ankenævnet af 27. januar 2009, side 7, gælder § 152 ikke for filialer her i landet af kreditinstitutter

fra EU/EØS-landene. Finanstilsynet finder dog fortsat, at der ikke heraf kan sluttes modsætningsvis, idet det – som allerede anført – følger af § 344, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet fører tilsyn med likviditeten for filialen af kreditinstitutter med hjemsted i et andet land i Den Europæiske Union eller i et land, som fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område. Der må derfor fortsat stilles krav om, at de pågældende filialer har en forsvarlig likviditet svarende til det grundlæggende krav i § 152.
...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 344, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, at for filialer af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i et land inden for Den Europæiske Union eller i et land, som Fællesskabet har indgået aftale med på det finansielle område, fører Finanstilsynet i overensstemmelse med bestemmelser fastsat i direktiver tilsyn med likviditeten i filialerne.

I bemærkningerne til loven (L 176 fremsat den 12. marts 2003) anføres blandt andet:

"Efter stk. 2 fører Finanstilsynet tilsyn med likviditeten i filialer af udenlandske kreditinstitutter.

Ifølge kreditinstitutdirektivet har værtslandet i samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder ansvaret for tilsyn med likviditeten i et kreditinstituts filialer, indtil yderligere koordinering mellem EU-landene har fundet sted. Bestemmelsen har kun relevans for kreditinstitutter, da der ikke eksisterer et likviditetstilsyn på de øvrige områder.

Filialens likviditet er en del af kreditinstitutets samlede likviditet. Stk. 2 vil derfor normalt kun få særlig betydning, hvis der opstår uro omkring virksomhederne. I en sådan situation vil Finanstilsynet kunne stille særlige krav til den likviditet, som en filial her i landet skal have."

Det fremgår af artikel 41 i kreditinstitutdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48 af 14. juni 2009 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EU-Tidende 2006, nr. L 177, side 1)):

"Værtslandet har i samarbejde med hjemlandets kompetente myndigheder ansvaret for tilsyn med likviditeten i kreditinstitutters filialer, indtil yderligere koordinering har fundet sted.

Med forbehold af de foranstaltninger, der måtte være nødvendige for at styrke Det Europæiske Monetære System, bevarer værtslandet det fulde

ansvar for de foranstaltninger, der iværksættes som led i dets pengepolitik.

Sådanne foranstaltninger må ikke føre til forskelsbehandling eller mere restriktiv behandling af kreditinstitutter, der er meddelt tilladelse i en anden medlemsstat."

Det fremgår af direktivets præambel nr. 21:

"Ansvaret for tilsyn med et kreditinstituts finansielle sundhed og især dets solvens bør påhvile instituttets hjemland. Værtslandets myndigheder bør have ansvar for tilsynet med filialernes likviditet og den pengepolitiske styring. Tilsyn med markedsrisikoen bør føres i nært samarbejde mellem hjem- og værtslandets kompetente myndigheder."

Erhvervsankenævnet finder, at der for filialer her i landet af kreditinstitutter fra andre EU/EØS lande må gælde et krav om forsvarlig likviditet svarende til det krav, der i henhold til lov om finansiel virksomhed § 152 gælder for danske pengeinstitutters likviditet.

Der findes i medfør af lov om finansiel virksomhed § 344, stk. 2, at være hjemmel for Finanstilsynet til - som led i udøvelsen af tilsynet med udenlandske virksomheders filialers likviditet - om fornødent at udstede påbud.

Det er oplyst, at Finanstilsynet har truffet sin afgørelse af 5. november 2008 efter forudgående korrespondance med det [nationale] tilsyn og efter afholdelse af møde med filialledelsen i K.

Herefter, og efter en samlet vurdering af det oplyste om forholdene i og omkring K, finder ankenævnet ikke, at der er grundlag for at tilsidesætte de påklagede påbud, der ikke anses for at være diskriminerende eller i strid med principper om lighed eller proportionalitet.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2009.

11) Kendelse af 31. august 2009 (J.nr. 2009-0018812).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansiel virksomhed § 354 samt offentlighedsloven § 14.

(Lise Høgh, Suzanne Helsteen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 22. februar 2009 har journalist K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 20. februar 2009 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i en nærmere afgrænset del af dokumenterne i Baltica-sagen.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 26. marts 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

K har ved mail af 3. februar 2009 ... anmodet om aktindsigt i Baltica-sagen nærmere afgrænset til de dokumenter, der vedrører det, som K kalder ”Wilhelm-sagen”.

Den 16. februar 2009 videresendte økonomi- og erhvervsministeriet K anmodning om aktindsigt til finanstilsynet

K oplyser i sin anmodning, at han er journalist på [dagblad], og at han for flere år siden søgte om aktindsigt i sagen, men da fik afslag på aktindsigt, fordi dokumenterne ikke var offentlige tilgængelige.

Finanstilsynet besvarede ved mail af 20. februar 2009 Ks anmodning om aktindsigt. ... Finanstilsynet meddelte afslag på aktindsigt. K har ved mail af 22. februar 2009 til Erhvervsankenævnet klaget over afgørelsen.

...”

I klageskrivelse af 22. februar 2009 har journalist K anført:

” ...

Som journalist på [dagblad] har jeg fået afslag fra Finanstilsynet om aktindsigt i Baltica-sagen, i den såkaldte Wilhelm-sag. Jeg skrev under Hafnia-krisen intenst om de pågældende sager, herunder om Danske Banks overtagelse af Baltica, og jeg skrev om dette konkrete aspekt i min bog ...

Finanstilsynet indbragte denne sag for Bagmandspolitiet, fordi tilsynet – og Baltica – mente, at lovgivningen blev overtrådt i forbindelse med overtagelsen. Tidligere industriminister Nils Wilhelm var formand for bestyrelsen i Baltica på dette tidspunkt. Bagmandspolitiet henlagde siden hen sagen.

Jeg har tidligere søgt om aktindsigt vedr. dette forløb. Det er nu, mere end 15 år efter, atter blevet afvist, og jeg ser, at begrundelsen er, at Finanstilsynet er underlagt en særlig tavshedspligt, så der ikke er nogen tidsgrænse for tilbageholdelsen af dokumenter i konkrete sager.

Det finder jeg højst besynderligt. Er der tale om statens sikkerhed? Sagen handlede om, hvorvidt konkrete ejere blev snydt, og om den konkrete lovgivning blev overholdt.

Jeg vil derfor anmode Erhvervsankenævnet om at se på sagen i håb om, at ankenævnet vil foranledige, at dokumenterne kan blive offentliggjort. Hvis det ikke kan ske, vil jeg gerne have en detaljeret begrundelse for, hvorfor det ikke kan lade sig gøre, og jeg vil gerne vide, hvilken instans jeg i givet fald så kan gå til.
...”

I føromtalte redegørelse af 26. marts 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1 Lov om finansiel virksomhed

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

Af forarbejderne til § 355 i lov om finansiel virksomhed (L 176 af 12. Marts 2003, § 354) fremgår blandt andet:

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

...

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

...

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

Partsstatus indebærer bl.a. adgang til efter forvaltningslovens regler at få fortrolige oplysninger i den del af en sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets afgørelse herom for Erhvervsankenævnet. Forvaltningslovens regler om partsbeføjelser finder dog kun anvendelse i sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1.”

I lov om finansiel virksomhed § 354 fremgår bestemmelserne om Finanstilsynets tavshedspligt. Det fremgår heraf, at ansatte i Finanstilsynet er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e og er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

2.2 Forvaltningsloven

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

2.3 Offentlighedsloven

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

Af offentlighedslovens § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Partsbegrebet og tavshedsbestemmelserne i lov om finansiel virksomhed i forhold til forvaltningsloven

Forvaltningslovens § 9 bestemmer, at den der er part i en sag, hvor der er eller vil blive truffet en afgørelse, har ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Partsbegrebet i lov om finansiel virksomhed afviger fra det almindelige partsbegreb i forvaltningsloven, da § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, kun giver partsstatus til de personer som Finanstilsynets afgørelser og forskrifter retter sig imod.

Indførelsen af § 355 i lov om finansiel virksomhed skete på baggrund af ombudsmandens kendelse FOB 1987 64, i sagen om indlånsforeningen i 6. Juli Banken. Finanstilsynet havde i sagen afvist at give indlånsforeningen aktindsigt i sagen, med henvisning til tavshedsbestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 50, stk. 3. Ombudsmanden udtalte imidlertid, at foreningen havde en sådan interesse i sagen, at den burde have været anset som part.

På denne baggrund blev det fundet nødvendigt, at præcisere partsbegrebet i den finansielle lovgivning, således at hverken kunder eller aktionærer er parter i forhold til afgørelser mod den pågældende virksomhed.

K opfylder ikke som journalist undtagelsesbestemmelserne til det særlige partsbegreb, jf. § 355, stk. 2 og 3, i lov om finansielle virksomhed.

På nævnte baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed, og derfor ikke kan få aktindsigt i sagernes dokumenter efter forvaltningslovens bestemmelser.

3.2 Forholdet til offentlighedsloven / meroffentlighed

I offentlighedsloven findes endvidere en adgang til at få aktindsigt i en myndigheds sagsbehandling.

Af offentlighedsloven fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

Forholdet til meroffentlighed er reguleret af den samme bestemmelse, som giver myndigheden mulighed for at give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt, som f.eks. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354.

Omfattet af § 354 er fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. K har i mail sendt den 3. februar 2009, ... søgt om aktindsigt i Baltica-sagen nærmere afgrænset til de dokumenter, der vedrører det, som K kalder "Wilhelm-sagen". Sagen, som K har anmodet om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed af tilsynets tavshedspligt.

Finanstilsynets muligheder for at give aktindsigt er således begrænset af tavshedspligten i § 354 i lov om finansiel virksomhed. K kan således heller ikke få aktindsigt i sagen i henhold til offentlighedsloven.
..."

Ved skrivelse af 1. april 2009 har journalist K bemærket:

"...

Vedr. offentlighedsloven:

Jeg har tidligere fået en liste over dokumenterne i Wilhelm-sagen, og deraf fremgik det, hvad der kunne offentliggøres, og hvad der ikke kunne offentliggøres. Journalister kunne med andre ord krydse af, hvad de ønskede af det tilgængelige materiale.

Er der sket en stramning af lovgivningen eller praksis, så journalister ikke længere kan se, hvad der er fortroligt?

Sagen er jo uhyre interessant, fordi de fortæller, hvordan en konkret finanskriser er blevet løst, hvordan offentlige og private partnere har været involveret, og hvordan ejerne er blevet behandlet.

..."

Finanstilsynet har ved skrivelse af 30. april 2009 heroverfor bemærket:

"...

K har ved mail af 1. april 2009 oplyst, at han tidligere har fået en liste over dokumenterne i den såkaldte Wilhelm-sag, hvor journalisterne kunne krydse af, hvad de ønskede af det tilgængelige materiale.

Finanstilsynets journalsystem viser ikke, at tilsynet skulle have udleveret sådan en liste til K, og tilsynet er derfor heller ikke bekendt med eksistensen af sådan en liste.

Finanstilsynet kan desuden oplyse, at lovgivningen med hensyn til finanstilsynets tavshedspligt ikke er ændret af betydning for denne type anmodninger om aktindsigt.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at K ikke er part i forhold til Finanstilsynet.

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

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

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

K har derfor ikke aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 9, hvorefter den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

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

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

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

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

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

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

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold.

Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kautionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

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

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

...”

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 20. februar 2009.

12) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2009-0019227).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Lise Høgh, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 27. april 2009 har journalist K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af samme dato har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i ”Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A Bank”.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 27. april 2009 hedder det:

”Finanstilsynet har modtaget Deres anmodning om aktindsigt af 23. april 2009. De har anmodet om aktindsigt i ”Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A Bank” inkl. de fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet kan ikke imødekomme deres anmodning om aktindsigt i de fortrolige oplysninger.

Det fremgår af offentlighedslovens § 4, stk. 1, at enhver, men de undtagelser der følger af lovens §§ 7-14, er berettiget til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Efter offentlighedslovens § 14, stk. 1, er pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk. 1, begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Finanstilsynets ansatte er undergivet tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår af § 354, stk. 1, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152- 152 er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Bestemmelsen indebærer, at de oplysninger som en finansiel virksomhed giver Finanstilsynet som led i tilsynet med virksomheden, som udgangspunkt er omfattet af denne særlige tavshedspligt, og derfor undtaget reglerne om aktindsigt. Finanstilsynet har på denne baggrund ikke mulighed for at give aktindsigt i de fortrolige oplysninger i ”Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A Bank”.
...”

I klageskrivelse af 27. april 2009 har journalist K anført:

”...

Tilsynet har bl.a. ikke, som det ellers ifølge Ombudsmanden skal, vurderet ansøgningen i lyset af princippet om meroffentlighed. Heraf fremgår det ifølge Ombudsmanden, at offentlige myndigheder – også selv om det kan finde §§, der kan begrunde et afslag – ikke nødvendigvis skal tage dem i brug. En sådan afvejning er ifølge afslaget ikke foretaget i dette tilfælde.

Denne sag har så stor offentlig interesse, at alle aspekter af den må belyses fuldt ud. I dette tilfælde bør meroffentlighedsprincippet derfor tillægges ekstra betydning. Fremgår der personfølsomme data af de fortrolige afsnit, kan sådanne fjernes. A Bank er i dag de facto en offentlig institution, og dens kollaps har kostet private danskere millioner og atter millioner af kroner. Alle dispositioner, som Finanstilsynet har foretaget i denne sag, er derfor yderst relevante og har enorm offentlig interesse at få belyst.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 25. maj 2009 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Offentlighedsloven

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

Offentlighedslovens § 14, stk. 1 fastslår, at pligten til at meddele oplysninger efter § 4, stk. 1, er begrænset af de særlige bestemmelser, der er fastsat ved lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Lov om finansiel virksomhed

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

3. Finanstilsynets vurdering

Aktindsigt – meroffentlighed

Af offentlighedsloven fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

De konkrete oplysninger, som K har anmodet om aktindsigt i, vedrører oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget som led i tilsynsvirksomheden, og som dermed er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed.

Eftersom oplysningerne er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt har Finanstilsynet heller ikke mulighed for at give adgang til aktindsigt i videre omfang end Finanstilsynet er forpligtet til (meroffentlighedsprincippet).

K kan således ikke få aktindsigt i sagen i henhold til offentlighedsloven.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K er vedrørende ”Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A Bank” ikke part i forhold til Finanstilsynet, jf. lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 1.

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

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

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

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

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

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

erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

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

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

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

...”

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 27. april 2009.

13) Kendelse af 7. oktober 2009 (J.nr. 2009-0019149).

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 2, nr. 6 og § 199, stk. 4-6 og 8.

(Mads Bryde Andersen, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 15. april 2009 har advokat A klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 20. marts 2009 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 15. maj 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Som led i Finanstilsynets undersøgelse af A Bank A/S rettede tilsynet ved brev af 5. februar 2009 henvendelse til K og anmodede om en række oplysninger vedrørende revisionen for regnskabsåret 2007.

Som det fremgår af brevet ... anmodede Finanstilsynet for det første K om en begrundelse for, at der ikke er foretaget opfølgning på intern revisions kritiske bemærkninger i revisionsrapporten, der viste, at bankens interne kontroller vedrørende udlånsområdet ikke fungerede tilfredsstillende. K blev samtidig anmodet om at redegøre for, hvorfor der ikke var afgivet revisionsprotokollat vedrørende revisionen i årets løb af udlånsområdet, ligesom tilsynet anmodede om dokumentation for afgivelse af erklæring i henhold til § 6, nr. 1, i bekendtgørelse nr. 1224 af 22. oktober 2007 om revisionens gennemførelse i finansielle virksomheder m.v. samt finansielle koncerner (revisionsbekendtgørelsen).

Herudover udbad Finanstilsynet sig oplysninger om grundlaget for afgivelse af erklæringer i henhold til § 5, stk. 2, nr. 1, i revisionsbekendtgørelsen, herunder især om den interne revision havde fungeret tilfredsstillende, samt om den interne revision havde fungeret uafhængigt af den daglige ledelse i lyset af, at der mangler protokolleringer af konklusionerne i intern revisions revisionsrapporter.

Desuden anmodede Finanstilsynet om at få oplyst grundlaget for afgivelse af erklæring i henhold til § 5, stk. 2, nr. 2, i revisionsbekendtgørelsen, herunder Ks overvejelser i forbindelse med de

kritiske bemærkninger angående udlånsområdet i intern revisions revisionsrapporter for 2007.

Endelig anmodede Finanstilsynet om nærmere oplysninger om en række yderligere revisionsmæssige forhold vedrørende nedskrivninger i 2007, revisionens vidensgrundlag for en række nærmere anførte engagementer, beskrivelse af indhold og omfang af forskellige assistance- og rådgivningsopgaver samt kopi af revisionsaftale vedrørende revision af årsrapporten for 2007 mellem K og den interne revisionschef.

Finanstilsynet afsluttede sit brev med at henlede opmærksomheden på retssikkerhedslovens § 10 om selvinkriminering.

Ved brev af 19. februar 2009 ... anmodede K om at få oplyst, med hvilken hjemmel tilsynet anmodede om de i brevet af 5. februar 2009 anførte oplysninger for den udførte revision af A Bank A/S for 2007, herunder formålet og omfanget heraf, under hensyntagen til at det tidligere selskab A Bank A/S er ophørt med at drive bankvirksomhed. K anmodede desuden, med henvisning til forvaltningslovens § 9, om aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr.

Ved brev af 20. marts 2009 ... redegjorde Finanstilsynet for de relevante hjemmelsbestemmelser i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet gav desuden afslag på anmodningen om aktindsigt. Afslaget på anmodning om aktindsigt er begrundet med, at K ikke er part i sagen efter lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 1, da sagen vedrører A Bank A/S. Afslaget er desuden begrundet med, at K ikke kan anses for at være part efter lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 2, nr. 6, idet der ikke er tale om en afgørelse i sagen, som vedrører K.

Ved brev af 20. april 2009 ... har K A/S's advokat med henvisning til en udtalelse udarbejdet af professor, dr.jur. Jan Schans Christensen afvist at besvare Finanstilsynets anmodning af 5. februar 2009 om oplysningerne vedrørende revisionen af A Bank A/S med henvisning til, at tilsynet som myndighed er inhabil, da tilsynets rolle i A Bank A/S-sagen for tiden undersøges af Rigsrevisionen. I brevet anføres det indledningsvist, at hjemlen for tilsynets anmodning af 5. februar 2009 om oplysninger, er taget til efterretning. Det fremgår desuden, at K har indbragt afslaget om aktindsigt for Erhvervsankenævnet.
...”

I klageskrivelse af 15. april 2009 har advokat A anført:

” ...

Regelgrundlag

Den relevante hjemmel for Finanstilsynets forespørgsel må være § 240 sammenholdt med § 199, stk. 6, medens § 347, stk. 1 og 4, ifølge ordlyden ikke angår revisor og derfor må lades ude af betragtning.

Efter FIL § 354, stk. 1 er Finanstilsynets ansatte og eksperter, der handler på tilsynets vegne forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Dette er en særlig vidtgående tavshedspligt, som således begrænser adgangen til den aktindsigt efter offentlighedsloven § 14.

Der er stadig adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven (FVL) regler. Det følger af FVL § 9, at den der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Det følger direkte af stk. 2, at bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, ikke begrænser pligten til at give aktindsigt efter dette kapitel.

Partsbegrebet inden for FIL er defineret efter § 355.

a. Aktindsigt efter FIL § 355, stk. 2, nr. 6.

Efter denne bestemmelse er en revisor i en finansiel virksomhed part, når Finanstilsynet afsætter denne eller påbyder denne at give oplysninger om virksomhedens forhold, samt i sager vedrørende forbud mod, at en revisor har lån m.v. i den finansielle virksomhed, som revisor reviderer, jf. § 199, stk. 4-6 og 8.

...

Det er et krav efter § 355, stk. 1, at en afgørelse skal vedrøre en finansiel virksomhed, hvis denne skal have partsstatus. Stk. 2 er en undtagelse til stk. 1, hvorefter en række andre juridiske/fysiske personer anses som part – ”for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende”. Der fremgår intet krav om at afgørelsen skal vedrøre revisor – dette krav findes kun under stk. 1.

Bestemmelsen i stk. 2 blev oprindeligt indført i Lov vedrørende banker og sparekasser m.v. ved en lovændring i 1998. Forarbejderne til bestemmelsen [Lovforslag nr. L 6 fremsat den 8. oktober 1998 – Tillæg A, sp. 290] tydeliggør, at stk. 2 er indsat for at andre end pengeinstitutterne kan være part i en sag. Partstatus medfører ret til aktindsigt efter forvaltningslovens regler. Der findes intet krav om at afgørelsen skal vedrøre parten. Vedrørende § 355, stk. 2, nr. 6 (revisor) fremgår det, at ”*ligeledes får revisor i det pengeinstitut partsstatus, hvis Finanstilsynet afskediger revisor, pålægger denne at give oplysninger om pengeinstituttets forhold...*”

Finanstilsynet har i sit brev af 5. februar 2009 anmodet K om at give oplysninger om A Bank og henviser i brev af 20. marts 2009 til § 199, stk. 6 som hjemmel for anmodningen. Det er derfor uden videre klart, at K er part i forhold til Finanstilsynet, jf. § 355, stk. 2, nr. 6.

b.1. Aktindsigt ”for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende”

Partstatus efter § 355, stk. 2, indskrænkes til den del af sagen, som vedrører den pågældende. Hvad der præcis menes hermed er ikke klart.

Bemærkningerne til de forskellige lovforslag, der alle vedrører partsbegrebet i FIL, berører ikke spørgsmålet.

Bestemmelsen om revisorers partstatus vedrører tre situationer 1) revisors afsættelse, 2) revisors pligt til at give oplysninger om virksomheden, og 3) forbud mod revisors låntagning i den finansielle virksomhed. Medens 1) og 3) ”vedrører” revisor, kan det næppe siges om situation 2). Tages bestemmelsen på ordet kan revisor aldrig få partsstatus i situation 2), idet oplysninger om ”virksomhedens forhold” aldrig ”vedrører” revisor. Følgen må være, at forbeholdet om at partstatus indskrænkes til, hvad der ”vedrører” revisor ikke kan være relevant i situation 2).

b.2. Sag vedrørende K

Skulle Finanstilsynet mene, at intet i sagen vedrører K, vil dette modsiges af deres egen henvisning til retssikkerhedsloven § 10.

Der henvises i brev af 5. februar 2009 til § 10 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligt. Bestemmelsen omhandler tilfælde, hvor der er konkret mistanke om, at en enkeltperson eller juridisk person har begået en lovovertrædelse, der kan medføre straf. Myndigheden skal efter stk. 3 vejlede den mistænkte om, at vedkommende ikke har pligt til at meddele oplysninger, som kan have betydning for bedømmelsen af den formodede lovovertrædelse.

Efter vejledning til loven pkt. 115, er det afgørende for om der foreligger konkret mistanke, om myndighedens mistanke er så stærk, at der ville være grundlag for inden for strafferetsplejen at rejse sigtelse eller at tillægge vedkommende en sigtets rettigheder. Der skal foreligge omstændigheder, spor m.v. som på objektivi grundlag og med rimelighed kan tale for vedkommendes mulige skyld.

Det er svært se en sammenhæng i at sagen ikke vedrører K, når der samtidig må foreligge en konkret mistanke, baseret på omstændigheder, spor m.v. Konklusionen må derfor være, at hele sagen ”vedrører” K.

Dette resultat understøttes af hensynet bag tavshedspligten. Det følger af FIL § 354, stk. 1, at finanstilsynets ansatte er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Bestemmelsen blev modificeret ved lovændringen i 2004. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget [Lovforslag nr. L 64 fremsat den 27. oktober 2004 – Tillæg A, samling 2004/2005 (Samling 1), sp. 1677], at denne ændring havde til formål at præcisere reglerne om tavshedspligt. Af spalte 1722 (bemærkninger til nr. 65) fremgår det, at *”Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold.”*

Disse hensyn kan ikke tale imod at indrømme K aktindsigt henset til, at K var revisor for banken. Under alle omstændigheder kan hensynet ikke være til stede længere, da virksomheden er gået konkurs.
...”

I førømtalte redegørelse af 15. maj 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Finanstilsynet anmodede i sin skrivelse af 5. februar 2009 K om en række oplysninger vedrørende revisionen af A Bank A/S for 2007. Denne anmodning er hjemlet i lov om finansiel virksomhed, § 240, § 347, stk. 1 og stk. 4 samt § 199, stk. 6.

Det følger af § 240, i lov om finansiel virksomhed, at bestemmelserne i denne lov, herunder de finansielle virksomheders pligter over for Finanstilsynet, med de nødvendige tilpasninger finder anvendelse for sådanne virksomheder, som har standset deres betalinger eller er under opløsning. Bestemmelsen fastslår således, at reglerne om Finanstilsynets beføjelser efter denne lov efter omstændighederne principielt fortsat finder anvendelse, selvom en virksomhed har standset sine betalinger eller er under opløsning. Ved opløsning forstås, at virksomheden er under opløsning efter aktieselskabslovens regler ([likvidation] eller tvangsopløsning) eller efter konkurslovens regler.

Det følger endvidere af § 347, stk. 1 og stk. 4, i lov om finansiel virksomhed, at finansielle virksomheder mv. skal give Finanstilsynet de oplysninger, der er nødvendige for tilsynets virksomhed, samt at Finanstilsynet kan kræve alle oplysninger, herunder regnskaber og regnskabsmateriale, udskrift af bøger, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som skønnes nødvendige for Finanstilsynets virksomhed eller til afgørelse af, om en fysisk eller juridisk person er omfattet af bestemmelserne i denne lov.

Det følger endvidere af § 199, stk. 6, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan pålægge revisor at give oplysninger om forholdene i en finansiel virksomhed, i en finansiel holdingvirksomhed eller i sådanne virksomheders dattervirksomheder.

Finanstilsynets afslag på anmodning om aktindsigt er begrundet med, at K ikke er part i sagen efter lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 1, da sagen vedrører A Bank A/S. Afslaget er desuden begrundet med, at K ikke kan anses for at være part efter lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 2, nr. 6, idet der ikke er tale om en afgørelse i sagen, som vedrører K

Det følger af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte og eksperter, der handler eller har handlet på tilsynets vegne er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Finanstilsynets tavshedspligt er en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 14.

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligten og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, den pågældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

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

...

Af bemærkningerne til § 355 i lov om finansiel virksomhed (Lovforslag nr. L 176, fremsat den 12. marts 2003, Folketinget 2002-03) fremgår bl.a. følgende:

”Bestemmelsen er i hovedsagen en videreførelse af en tilsvarende bestemmelse i den gældende tilsynslovgivning. Stk. 2, nr. 10, er ny for realkreditinstitutter og forsikringsselskaber. Stk. 2, nr. 11, er ny for banker og sparekasser. Forslaget til nr. 13 er nyt.

Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i forhold til Finanstilsynet. Det foreslås som noget nyt, at der gives udenlandske finansielle virksomheder og udenlandske finansielle holdingvirksomheder samme retsstilling som nationale finansielle virksomheder. Baggrunden herfor er, at det skønnes hensigtsmæssigt, at grænseoverskridende finansielle virksomheder opnår partsstatus efter den finansielle lovgivning på lige fod med nationale finansielle virksomheder således, at der ikke sker forskelsbehandling.

Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parterers adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne. Det fremgår bl.a. af ombudsmandens praksis, at det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb fortolkes bredt, jf. FOB 1987 64, hvor ombudsmanden tillagde Indlånerforeningen i 6. juli Banken partsstatus i forhold til tilsynets sag om anmeldelse af betalingsstandsning.

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

Partsstatus indebærer bl.a. adgang til efter forvaltningslovens regler at få fortrolige oplysninger i den del af en sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets afgørelse herom for Erhvervsankenævnet. Forvaltningslovens regler om partsbeføjelser finder dog kun anvendelse i sager, hvori der er eller vil

blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1.

I stk. 2 opregnes de konkrete tilfælde, hvor andre end de i stk. 1 nævnte virksomheder kan anses for part efter denne lov.

....

Efter nr. 5 får en revisor i en finansiel virksomhed partsstatus i sin egen sag, hvis Finanstilsynet afskediger revisor, pålægger denne at give oplysninger om den finansielle virksomheds forhold, eller der opstår sager vedrørende forbuddet mod, at en revisor har lån m.v. i den virksomhed, som denne reviderer, jf. § 198, stk. 4-6 og stk. 8.”

Bestemmelsen blev oprindeligt indført i lov om banker og sparekasser m.v. ved en lovændring i 1998. Af de *Almindelige bemærkninger* til lovforslaget (Lovforslag nr. L 6, fremsat den 8. oktober 1998, Folketinget 1998-99) fremgår bl.a. følgende:

”Partsbegreb

Der foreslås indsat en ændret bestemmelse, der fastslår, hvem der har partsstatus i forhold til Finanstilsynet. Partsstatus har bl.a. betydning for retten til aktindsigt og retten til at indbringe Finanstilsynets afgørelser for Erhvervsankenævnet.

De gældende bestemmelser fastslår, at i forhold til Finanstilsynets tilsynsvirksomhed anses alene instituttet som part.

Det foreslås, at partsbegrebet udvides og præciseres for så vidt angår bestyrelsesmedlemmer, revisorer, direktører og andre ledende medarbejdere, såfremt tilsynets påtale eller pålæg er rettet direkte mod den pågældende.

Det foreslås endvidere, at andre - f.eks. ved undersøgelse af, hvorvidt der er sket en overtrædelse af bank- og sparekasselovens regler, om hvem der kan henvende sig til offentligheden og tilbyde sig som modtager af indlån - får partsstatus, når tilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende.

Eneudrederen anbefalede endvidere, at det burde overvejes, hvorvidt kunder i visse situationer skal kunne opnå partsstatus.

Da Finanstilsynets afgørelser imidlertid alene vil være rettet mod instituttet, hvorefter det er op til instituttet selv at afgøre, hvorvidt der skal træffes foranstaltninger over for kunden, er det ikke fundet relevant at udvide muligheden for at opnå partsstatus til at omfatte kunder.”

Af *Bemærkningerne* til lovforslagets enkelte bestemmelser fremgår desuden bl.a. følgende:

”Bestemmelsen i stk. 1 er en videreførelse af princippet i den gældende § 50 b, stk. 6, om, at alene instituttet er part i forholdet til Finanstilsynet. Ved institut forstås et pengeinstitut eller et institut omfattet af § 7 f. Som noget nyt henvises til, at i stk. 2 og 3 kan andre end instituttet tillige være part i forhold til Finanstilsynet. Partsstatus indebærer bl.a. adgang til, efter forvaltningslovens regler, at få fortrolige oplysninger i den del af

en sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets afgørelse herom for Erhvervsankenævnet. Forvaltningslovens regler om partsbeføjelser finder dog kun anvendelse i sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1.

I stk. 2 er angivet de tilfælde, hvor andre end instituttet kan anses for part.

Hvis Finanstilsynet enten undersøger, om der er sket en overtrædelse af lovens forbud mod ved henvendelse til offentligheden at tilbyde sig som modtager af indlån, jf. § 1, stk. 5, eller mod, at et datterselskab af et pengeinstitut, der ikke selv er pengeinstitut, modtager indlån m.v., jf. § 1, stk. 7, eller påtaler en overtrædelse af disse bestemmelser, er den, som Finanstilsynets afgørelse er rettet mod, part i sagen.

Det samme gør sig gældende, hvor Finanstilsynet undersøger eller påtaler overtrædelse af lovens forbud mod uberettiget anvendelse af ordene »bank« »sparekasse« eller »andelskasse«, jf. § 2, stk. 1, 2. pkt.

En virksomhed, som ansøger om tilladelse til at drive pengeinstitutvirksomhed, jf. § 6, stk. 1, har partsstatus, selv om virksomheden endnu ikke er godkendt og derfor ikke er et pengeinstitut omfattet af § 50 c, stk. 1.

Dette gælder også i tilfælde af, at Finanstilsynet suspenderer behandlingen af ansøgninger om godkendelse af pengeinstitutter, som direkte eller indirekte ejes af selskaber med hjemsted uden for Den Europæiske Union eller lande, som Fællesskabet har indgået aftale med, jf. § 6, stk. 12.

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

Ligeledes får revisor i et pengeinstitut partsstatus, hvis Finanstilsynet afskediger revisor, pålægger denne at give oplysninger om pengeinstituttets forhold eller der opstår sager vedrørende forbudet mod, at en revisor har lån m.v. i det institut, som denne reviderer, jf. § 34, stk. 6, 8 og 10. Tilsvarende gælder, hvis Finanstilsynet påtaler, at de valgte revisorer ikke har opfyldt deres oplysningsforpligtelse over for Finanstilsynet, jf. § 35.”

3. Finanstilsynets vurdering

...

Ad a) Spørgsmålet om hvorvidt K skal anses som part i sagen i medfør af lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 2, nr. 6

...

Finanstilsynet har følgende bemærkninger hertil:

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

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

Af § 355, stk. 2, nr. 6, fremgår, at revisor i en finansiel virksomhed, når Finanstilsynet påbyder denne at give oplysninger om virksomhedens forhold, jf. § 199, stk. 6, tillige anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

...

Af bemærkningerne til bestemmelsen (Lovforslag nr. L 176, fremsat den 12. marts 2003, Folketinget 2002-03) fremgår det, at

"Partsstatus indebærer bl.a. adgang til efter forvaltningslovens regler at få fortrolige oplysninger i den del af en sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets afgørelse herom for Erhvervsankenævnet. Forvaltningslovens regler om partsbeføjelser finder dog kun anvendelse i sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1." [Finanstilsynets fremhævelse]

Det fremgår desuden, at

"I stk. 2 opregnes de konkrete tilfælde, hvor andre end de i stk. 1 nævnte virksomheder kan anses for part efter denne lov.

....

Efter nr. 5 får en revisor i en finansiel virksomhed partsstatus i sin egen sag, hvis Finanstilsynet afskediger revisor, pålægger denne at give oplysninger om den finansielle virksomheds forhold, eller der opstår sager vedrørende forbuddet mod, at en revisor har lån m.v. i den virksomhed, som denne reviderer, jf. § 198, stk. 4-6 og stk. 8." [Finanstilsynets fremhævelse]

Det er korrekt, at bestemmelsen oprindeligt blev indsat for at give andre end den finansielle virksomhed partsstatus. Som det dog også fremgår af bemærkningerne i forbindelse med indførelsen af den oprindelige bestemmelse (Lovforslag nr. L 6, fremsat den 8. oktober 1998, Folketinget 1998-99), var det allerede på dette tidspunkt alene hensigten, at give partstatus til bl.a. revisorer, hvis tilsynets afgørelse var rettet direkte mod den pågældende:

"Der foreslås indsat en ændret bestemmelse, der fastslår, hvem der har partsstatus i forhold til Finanstilsynet. Partsstatus har bl.a. betydning for retten til aktindsigt og retten til at indbringe

Finanstilsynets afgørelser for Erhvervsankenævnet.

De gældende bestemmelser fastslår, at i forhold til Finanstilsynets tilsynsvirksomhed anses alene instituttet som part.

Det foreslås, at partsbegrebet udvides og præciseres for så vidt angår bestyrelsesmedlemmer, revisorer, direktører og andre ledende medarbejdere, såfremt tilsynets påtale eller pålæg er rettet direkte mod den pågældende." [Finanstilsynets fremhævelse]

Det fremgår således både af lovteksten og af bemærkningerne til bestemmelsen, at revisor tillige kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører revisor. Revisor har således i medfør af bestemmelsen alene partsstatus i sin egen sag, hvor der træffes en forvaltningsretlig afgørelse.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at selvom ordet "tillige" anvendes, indebærer det ikke, at der automatisk er "dobbelt" partsstatus – det vil sige, at både virksomheden, der er part efter stk. 1, og den revisor, som afgørelsen i givet fald retter sig imod, jf. stk. 2, får partsstatus. "Dobbelt" partsstatus kræver, at afgørelsen retter sig både mod den finansielle virksomhed, jf. stk. 1 samt revisor efter stk. 2. [Se note 4 til § 355 i Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer, Merete Hjetting, Thomas Kjøller, Marianne Simonsen & Malene Stadil, Forlaget Thomson, 1. udgave, 2007, side 1083.]

Da der ikke er tale om en afgørelse i sagen, som vedrører K finder Finanstilsynet således fortsat, at K ikke kan anses som part i sagen i medfør af § 355, stk. 2, nr. 6.

Hertil kommer, at det ikke er sikkert, at der på noget tidspunkt bliver truffet en afgørelse, som retter sig mod K, idet henvendelsen til K ... er foretaget som et led i Finanstilsynets almindelige tilsynsopgaver. Det kan dog ikke afvises, at Finanstilsynet beslutter at anmelde revisorerne i K til Revisornævnet og/eller politiet. En sådan beslutning betragtes imidlertid ikke som en forvaltningsretlig afgørelse.

Afslutningsvist skal det bemærkes, at bliver der truffet en forvaltningsretlig afgørelse, som retter sig mod K, vil K blive part i den del af sagen, som i så fald vedrører K.

Ad b) Spørgsmålet om K kan få aktindsigt i hele sagen, idet forbeholdet om, at partsstatus indskrænkes til, hvad der vedrører revisor ikke kan være relevant i den situation, hvor revisor pålægges at give oplysninger om virksomheden.

...

Finanstilsynet skal bemærke, at allerede fordi K ikke kan anses for at være part i sagen, jf. lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 2, nr. 6, er der ikke grund til at tage nærmere stilling til denne del af sagen.

Finanstilsynet skal i øvrigt henvise til bemærkningerne ovenfor vedr. ad a), hvoraf det fremgår, at lovgiver har taget udtrykkeligt stilling til spørgsmålet.

Det fremgår således af såvel lovteksten som af bemærkningerne til bestemmelsen, at revisor alene kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører revisor. Revisor har således i medfør af bestemmelsen alene partsstatus i den del af en sag, hvor der træffes en forvaltningsretlig afgørelse, som vedrører den pågældende.

Ad c) Spørgsmålet om hvorvidt hele sagen vedrører K, jf. Finanstilsynets henvisning til retssikkerhedsloven, § 10.

...

Finanstilsynet skal bemærke, at allerede fordi K ikke kan anses for at være part i sagen, jf. lov om finansiel virksomhed, § 355, stk. 2, nr. 6, er der ikke grund til at tage nærmere stilling til denne del af sagen.

Vedrørende klagers advokats bemærkninger i relation til hensynene bag tavshedspligten, skal Finanstilsynet for god ordens skyld bemærke, at der i det af klagers advokat citerede afsnit fra bemærkningerne mangler den del, hvoraf det fremgår, at Finanstilsynets tavshedspligt også er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. Finanstilsynet kan således henvise til, at der bl.a. fremgår følgende af bemærkningerne til nr. 65 i Lovforslag nr. 64, fremsat den 27. oktober 2004, samling 2004-2005:

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

I lov om finansiel virksomhed er der eksplicit og udtømmende taget stilling til, i hvilke situationer Finanstilsynets skærpede tavshedspligt ikke er til hinder for, at fortrolige oplysninger videregives i en situation, hvor et institut er gået konkurs. F.eks. kan nævnes:

- § 354, stk. 5, der vedrører videregivelse af fortrolige oplysninger under en civil retssag,
- § 354, stk. 6, nr. 12, der bl.a. vedrører videregivelse af fortrolige oplysninger til skifteretten og andre myndigheder, der medvirker ved den finansielle virksomheds likvidation, konkursbehandling eller lignende procedurer, samt
- § 352 a, der er en ny bestemmelse [Jf. Lov nr. 133 af 24. februar 2009 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger og forskellige andre love, § 1, nr. 11. Bestemmelsen trådte i kraft den 1. marts 2009.], hvorefter Finanstilsynet – når en finansiel virksomhed er erklæret

konkurs, og staten har ydet garanti eller stillet midler til rådighed - skal udarbejde en redegørelse for forløbet op til den finansielle virksomheds konkurs. Finanstilsynet skal offentliggøre redegørelsen, og i forbindelse hermed finder § 354 ikke anvendelse, medmindre oplysningerne vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde den pågældende finansielle virksomhed. Af bemærkningerne til bestemmelsen (Lovforslag nr. L 91, fremsat den 12. december 2008, Folketinget 2008-09) fremgår dog bl.a. at:

”Lempelsen af Finanstilsynets generelle tavshedspligt gælder alene i forhold til den foreslåede lovpligtige redegørelse”.

Ovennævnte undtagelser ville således ikke have nogen selvstændig betydning, hvis det – som gjort af klagers advokat – lægges til grund, at Finanstilsynets tavshedspligt ikke skal gælde, fordi selskabet er gået konkurs.
...”

Ankenævnet udtaler:

Af § 355 i lov om finansiel virksomhed fremgår, hvem der anses som part i forhold til Finanstilsynet. Bestemmelsen indeholder en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

Det følger af lovens § 355, stk. 2, nr. 6, at revisor i en finansiel virksomhed, når Finanstilsynet påbyder denne at give oplysninger om virksomhedens forhold, jf. § 199, stk. 4-6 og 8, tillige anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende. Bestemmelsen indebærer, at K vil være part i en sag, hvor revisor pålægges at give oplysninger om revisionsmæssige forhold i A Bank.

I Finanstilsynets skrivelse af 5. februar 2009 til K anmoder tilsynet om en redegørelse om nærmere bestemte forhold. Skrivelsen, der i sit afsluttende afsnit orienterer om, at K efter reglerne i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter, ikke er forpligtet til at afgive udtalelser eller udlevere oplysninger, fremstår ikke som et påbud i medfør af § 355, stk. 2, nr. 6, i lov om finansiel virksomhed. Allerede af denne grund indebærer skrivelsen ikke, at K opnår partsstatus med heraf følgende adgang til aktindsigt i Finanstilsynets sag j.nr. 6345-0475.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 20. marts 2009.

14) Kendelse af 13. oktober 2009 (J.nr. 2009-0019579).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Niels Bolt Jørgensen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 19. juni 2009 har journalist K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 17. juni 2009 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i en sag om A Banks redegørelse om køb og salg af egne aktier sendt til Finanstilsynet i oktober 2007.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 17. juni 2009 hedder det:

”...

Du har søgt om aktindsigt i en sag om A Banks redegørelse om køb og salg af egne aktier sendt til Finanstilsynet i oktober 2007.

Jeg kan oplyse, at sager med et sådant indhold behandles efter lov om værdipapirhandel m.v. Lovens § 84 a, stk. 1, pålægger Finanstilsynet pligt til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Loven begrænser således den adgang til aktindsigt, som ellers kan opnås efter offentlighedsloven.

Loven indeholder på forskellige områder undtagelser, men imidlertid ikke nogen, som kan bringes i anvendelse i forbindelse med din begæring om aktindsigt, og herunder ikke med de begrundelser, du anfører, såsom relevans for offentligheden, og det forhold, at A Bank ikke længere eksisterer i sin daværende form.

Finanstilsynet har derfor ikke mulighed for at imødekomme din begæring om aktindsigt.

...”

I klageskrivelse af 19. juni 2009 har journalist K anført:

”...

1. Tavshedspligten er ikke absolut, men begrænset til oplysninger, der efter deres karakter skal holdes fortrolige.
2. Det har stor offentlig interesse, ikke mindst for aktionærer i banken, at få kendskab til bankens redegørelse - og i tilsynets reaktion. Sagen skal bl.a. afdække om bankens ledelse har disponeret i strid med reglerne.

3. Tavshedspligten begrænser ikke videregivelse af oplysninger om ulovlige forhold.(Dette forbehold er fastslået af domstolene).
4. Der er ikke givet en egentlig begrundelse for afslaget.
5. Der er ikke taget stilling til delvis aktindsigt.
- ...

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 10. juli 2009 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Offentlighedsloven

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

Af OFL § 14 fremgår, at pligten til at give aktindsigt begrænses af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

2.2. Lov om værdipapirhandel

Tavshedsbestemmelsen fremgår af § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel (herefter: VPHL). Heraf følger, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Stk. 6 indeholder en udtømmende liste over til hvem, fortrolige oplysninger kan videregives.

VPHL § 84 a blev nyaffattet med lovforslag L 91, Folketinget 2008-2009, men det fremgår af bemærkningerne, at: *”Det foreslåede stk. 1 er en videreførelse af det gældende stk. 1.”*

I de oprindelige bemærkninger til § 84 a, stk. 1, (lovforslag L 64, Folketinget 2004-2005, 1. samling) er følgende anført: *”Der er tale om en tilsvarende bestemmelse som § 1, nr. 65. Der henvises til bemærkningerne til denne bestemmelse.”*

Af bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 65 (§ 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed) fremgår følgende: *”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.”*
[...]

”Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervs-kunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige

forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.” [...]

”Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.” [...]

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

Det følger endvidere af VPHL § 83, stk. 1, at Finanstilsynet påser overholdelsen af VPHL og regler, der er udstedt i medfør af loven.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Offentlighedsloven / meroffentlighed

Af OFL § 4, stk. 1, fremgår, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Denne pligt for myndighederne til at meddele oplysninger er dog begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i offentlighedsloven. Finanstilsynets tavshedspligt i VPHL § 84 a er en sådan lovbestemt tavshedspligt.

Forholdet til meroffentlighed er reguleret af den samme bestemmelse, som giver myndigheden mulighed for at give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt, som f.eks. Finanstilsynets tavshedspligt i VPHL § 84 a.

3.2. Finanstilsynets tavshedspligt

K har anmodet om aktindsigt i en sag i Finanstilsynet om A Banks køb og salg af egne aktier.

Som det fremgår af Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A Bank i henhold til § 352 a i lov om finansiell virksomhed af 17. juni 2009 (en undtagelse til Finanstilsynets tavshedspligt som kun finder anvendelse, når en finansiell virksomhed er gået konkurs, og der er statslige midler involveret), undersøgte Finanstilsynet i 2007 A Banks køb og salg af egne aktier, da bl.a. køb og salg af egne aktier er reguleret i VPHL, og Finanstilsynet påser overholdelsen af VPHL, jf. VPHL § 83, stk. 1. Oplysningerne herom er derfor modtaget i Finanstilsynet som en del af tilsynsvirksomheden.

Sagen indeholder oplysninger om A Banks forretningsmæssige forhold, som efter deres karakter må anses for fortrolige, hvorfor Finanstilsynet

finder, at sagen er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt i VPHL § 84 a. Det må i den forbindelse tillægges betydning, at Finanstilsynets tavshedspligt er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet, da de finansielle virksomheder skal kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. At A Bank ikke længere eksisterer i sin daværende form gør ikke, at dette hensyn skal tillægges mindre vægt. I modsat fald vil der være undtagelsesbestemmelser til Finanstilsynets tavshedspligt, som ikke giver selvstændig mening, da de forudsætter, at den tilsynsbelagte virksomhed er gået konkurs.

Herudover giver ingen af de undtagelser til tavshedspligten, der findes i VPHL § 84 a, stk. 6, mulighed for at videregive oplysninger om sagen til K.

Sagen om A Banks køb og salg af egne aktier indeholder således fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget gennem tilsynsvirksomheden, og muligheden for aktindsigt i sagen efter OFL er derfor afskåret af Finanstilsynets tavshedspligt i VPHL § 84 a.

3.3. De af K i klagen anførte punkter

For det første anfører K, at tavshedspligten ikke er absolut, men begrænset til oplysninger, der efter deres karakter skal holdes fortrolige.

Hertil bemærkes, at Finanstilsynets tavshedspligt ikke omfatter tilsynets reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed, men som anført i afsnit 3.2. indeholder sagen om A Banks køb og salg af egne aktier fortrolige oplysninger modtaget gennem tilsynsvirksomheden, og sagen er derfor omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

For det andet anfører K, at det har stor offentlig interesse, ikke mindst for aktionærer i banken, at få kendskab til bankens redegørelse og i tilsynets reaktion.

Der findes ikke nogen undtagelse til tavshedspligten for så vidt angår sager af stor offentlig interesse.

For det tredje anfører K uden nærmere dokumentation, at tavshedspligten ikke begrænser videregivelse af oplysninger om ulovlige forhold. Finanstilsynet er ikke enig i dette, men det er korrekt, at et brud på tavshedspligten i visse tilfælde kan være straffrit, jf. straffelovens § 152 e. En bestemmelse om straffrihed i særlige tilfælde indeholder dog ikke en pligt til at videregive fortrolige oplysninger til f.eks. pressen.

Endelig anfører K, at der ikke er givet en egentlig begrundelse for afslaget, samt at der ikke er taget stilling til delvis aktindsigt.

I Finanstilsynets afslag på aktindsigt ved mail af 17. juni 2009 er Finanstilsynets tavshedspligt anført som begrundelse, ligesom det er anført, at ingen af undtagelserne til tavshedspligten kan finde anvendelse på anmodningen om aktindsigt. Med afslaget på aktindsigt blev der samtidig taget stilling til delvis aktindsigt, da der af de ovenfor i afsnit

3.2. anførte grunde ikke vurderes at være mulighed for at give delvis aktindsigt.
...”

K har den 20. juli 2009 yderligere bemærket:

”...

Jeg har tre særligt vigtige kommentarer til Finanstilsynets vurdering.

De har givet afslag på både hel og delvis aktindsigt på trods af, Finanstilsynet ifølge Lov om Finansiell Virksomhed af 17. juni paragraf 352 a har vedtaget, at der netop er aktindsigt i konkursramte banker med statslige penge involveret. Dette punkt understreger netop, at lovgivningen som minimum giver mulighed for at få delvis aktindsigt i sagen. Dvs. med konkrete virksomhedsnavne sløret. Derfor er der ingen begrundelse for dette afslag andet end Finanstilsynets mulige egeninteresse i at holde oplysningerne og egen reaktion hemmelig. Derfor er der særlig grund til at bevilge aktindsigt.

Der henvises herudover til, at modparten eller en af modparterne ifølge offentlige børspapirer er ... som er insolvent/konkurs og derfor overtaget af Derfor holder Finanstilsynets argument ifølge Lov om Finansiell Virksomhed af 17. juni paragraf 352 a heller ikke på punktet om konkrete virksomheder.

Finanstilsynet skriver videre, at man ikke kender til, at ulovlige forhold ikke er omfattet af tavshedspligt. Der henvises her til, tavshedspligten begrænser ikke videregivelse af oplysninger om ulovlige forhold. Dette forbehold er fastslået af domstolene. Der henvises til Finanstilsynets bevidste misforståelse af klagens sprogbrug, hvilket igen påpeger behovet for som minimum delvis aktindsigt i sagen.

Finanstilsynet afslår anmodningen om delvis aktindsigt i punkt 3.3. Der henvises her til, at der også er søgt aktindsigt i Finanstilsynets reaktion på sagen tillige med rapporten. Og der er ikke givet årsag til, hvorfor Finanstilsynet afslår aktindsigt i denne del af sagen, som i hvert fald ikke sløret med overstregne virksomhedsnavne kan begrunde afslaget om aktindsigt.

Der henvises sidst overordnet til, at tavshedspligten er ikke absolut, men begrænset til oplysninger, der efter deres karakter skal holdes fortrolige. Det har stor offentlig interesse ikke mindst for aktionærer i banken at få kendskab til bankens redegørelse. Den kan kaste lys over hvorvidt bankens ledelse- og tilsynet har disponeret i strid med reglerne.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 6. august 2009 heroverfor bemærket:

”...

I de specielle bemærkninger til lov om finansiell virksomhed § 352 a (lovforslag L 91, Folketingsåret 2008-2009) er anført følgende:

”Det foreslås, at Finanstilsynet, når en finansiell virksomhed er erklæret konkurs, og staten har ydet garanti eller stillet midler til rådighed, får

pligt til at udarbejde og efterfølgende offentliggøre en redegørelse for forløbet op til konkursen - herunder for Finanstilsynets rolle under dette forløb.” [...]

”Lempelsen af Finanstilsynets generelle tavshedspligt gælder alene i forhold til den foreslåede lovpligtige redegørelse.”

Af citatet fremgår, at lempelsen af Finanstilsynets generelle tavshedspligt alene gælder i forhold til den lovpligtige redegørelse, som Finanstilsynet skal udarbejde. Med indførelsen af de nye regler er der således ikke sket nogen generel lempelse af Finanstilsynets tavshedspligt, hvorfor Finanstilsynet hverken kan give K hel eller delvis aktindsigt i sagen om A Banks køb og salg af egne aktier, jf. de i Finanstilsynets udtalelse af 10. juli 2009 anførte grunde.

Finanstilsynet stiller sig uforstående over for Ks påstand om, at Finanstilsynets tavshedspligt ikke begrænser videregivelse af oplysninger om ulovlige forhold, samt at tilsynet bevidst misforstår klagers sprogbrug.

K anfører, at det har stor offentlig interesse ikke mindst for aktionærer i banken at få kendskab til bankens redegørelse. Hertil bemærkes, at det forhold, at en sag har stor offentlig interesse, ikke kan bevirke, at oplysninger ikke længere skal anses som værende fortrolige og dermed omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.
...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at K ikke er part i forhold til Finanstilsynet i sagen, der drejer sig om A Banks redegørelse til Finanstilsynet om køb og salg af egne aktier. K har derfor ikke aktindsigt i medfør af forvaltningslovens § 9, hvorefter den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

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

I henhold til § 84 a i lov om værdipapirhandel har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Forarbejderne til den nyaffattede § 84 a, stk. 1, (L91 FT 2008/2009) og til den oprindelige § 84 a, stk. 1, (L 64 FT 2004/2005) henviser til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår blandt andet:

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

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

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

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

Bestemmelsen er dog ikke til hinder for, at overordnede myndigheder (ministerier) i forskellige lande udveksler oplysninger om koncernforbundne virksomheder som led i en krisestyring.

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

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

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

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 17. juni 2009.

15) Kendelse af 29. oktober 2009 (J.nr. 2009-0020371).

Pengeinstitut pålagt forhøjet solvenskrav.

Lov om finansiell virksomhed § 124.

(Cato Baldvinsson, Marianne Fog Jørgensen, Peter Erling Nielsen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 6. oktober 2009 har advokat A på vegne af K A/S [pengeinstitut] klaget over Finanstilsynets afgørelse af 5. oktober 2009, som forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd, hvorved Finanstilsynet i medfør af lov om finansiell virksomhed § 124, stk. 5, fastsatte et solvenskrav på 13,6 %, svarende til en tilstrækkelig basiskapital på 3.488 mio. kr., og meddelte [pengeinstituttet] en frist til den 3. november 2009 kl. 16.00, til opfyldelse af solvenskravet, jf. lovens § 225, stk. 1.

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

(Da kendelsen fylder 128 sider kan denne i sin helhed findes på Erhvervsankenævnets hjemmeside: www.erhvervsankenaevnet.dk/sw56077.asp. Nedenfor angives ankenævnets udtalelse i kendelsen)

Ankenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at artikel 136, stk. 2, i kreditinstitutdirektivet ikke skaber rettigheder for kreditinstitutterne, men fastlægger betingelserne for, at de kompetente myndigheder, her Finanstilsynet har en egentlig pligt til at stille særlige solvenskrav over for kreditinstitutter, der ikke opfylder direktivkravene.

Et pengeinstituts bestyrelse og direktion skal i henhold til § 124, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed sikre, at instituttet har en tilstrækkelig basiskapital og råder over interne procedurer til risikomåling og risikostyring til løbende vurdering og opretholdelse af en basiskapital af en størrelse, type og fordeling, som er passende til at dække instituttets risici. Basiskapitalen skal mindst udgøre 8 % af de risikovægtede poster (solvenskravet), jf. § 124, stk. 2, nr. 1.

I henhold til § 124, stk. 4, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed skal et pengeinstitut på baggrund af vurderingen i henhold til stk. 1 opgøre instituttets individuelle solvensbehov. Solvensbehovet skal udtrykkes som den tilstrækkelige basiskapital i procent af de risikovægtede poster og kan ikke være mindre end solvenskravet efter stk. 2, nr. 1, jf. § 124, stk. 4, 2. pkt. og 3. pkt.

K har pr. 30. juni 2009 opgjort det individuelle solvensbehov til 9,48 % og sin solvens til 11,5 %.

Finanstilsynet kan fastsætte et højere individuelt solvenskrav, jf. § 124, stk. 5.

Finanstilsynet har ved afgørelsen af 5. oktober 2009, som forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd, i medfør af § 124, stk. 5, fastsat et solvenskrav for K på 13,6 %.

Ankenævnet finder efter en gennemgang af de for nævnet forelagte oplysninger, herunder vedrørende ”store og svage engagementer”, ”uudnyttede kreditfaciliteter” samt ”dobbeltregning”, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte det af Finanstilsynet udøvede skøn med hensyn til K’s solvensbehov. Ankenævnet tiltræder derfor, at Finanstilsynet ved afgørelsen af 5. oktober 2009 har fastsat et solvenskrav for pengeinstituttet på 13,6 %.

Spørgsmålet om den af K anmodede fristforlængelse i forhold til den i Finanstilsynets afgørelse meddelte frist 3. november 2009 kl. 16.00, henhører under Finanstilsynet.

4.2. LOV OM FORSIKRINGSFORMIDLING

16) Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0016956).

Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling meddelt efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, § 9, stk. 2 og § 9, stk. 4.

(Lise Høgh, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 19. juni 2008 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 23. maj 2008 har afslået en ansøgning om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 23. maj 2008 hedder det:

”...

Finanstilsynet har behandlet Deres ansøgning af 30. april 2008 vedrørende tilladelse til som ansat i A A/S at udøve skadesforsikringsmægling i medfør af § 4, stk. 2, jf. § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 401 af 25. april 2007.

Det fremgår af ansøgningen, at De er uddannet cand. jur. 1986 og at De fra 1986 til 2002 har været ansat i forsikringsbranchen. Fra den 1. august 2002 har De været ansat som forsikringsmæglerassistent hos A A/S.

Finanstilsynet kan ikke på det nuværende grundlag give Dem tilladelse som skadesforsikringsmægler i henhold til § 7, stk. 1, nr. 2, jf. § 9, stk. 2 i lov om forsikringsformidling.

Baggrunden for Finanstilsynets afslag er, at De ikke opfylder de krav til teoretisk uddannelse, som fremgår af bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen). Lov og bekendtgørelse kan ses på Finanstilsynets hjemmeside www.finanstilsynet.dk.

De kan ikke få tilladelse, fordi De ikke opfylder kravet til teoretisk uddannelse i § 3, nr. 1, jf. § 4 i uddannelsesbekendtgørelsen.

Efter § 3, nr. 1 og 4, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen skal enhver person, der ønsker at blive skadesforsikringsmægler, gennemføre et teoretisk uddannelsesforløb inden for skadesforsikringsmægling, der sikrer, at personen kan tilrettelægge og gennemføre forsikringsmæglingen ved anvendelsen af en hensigtsmæssig arbejdsmetode og kan dokumentere, at besidde de videnelementer, der

fremgår af bilag 1 til bekendtgørelsen, jf. § 5, stk. 3 i uddannelsesbekendtgørelsen.

De har orienteret Finanstilsynet om Deres ansættelse i B A/S.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at Deres tidligere ansættelse i forsikringsbranchen ikke kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse efter uddannelsesbekendtgørelsen.

For så vidt angår Deres teoretiske uddannelse finder Finanstilsynet ikke, at disse teoretiske kompetencer er tilstrækkelige til at opfylde de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet kan dispensere fra de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen, hvis en ansøger har en anden teoretisk uddannelse, der medfører, at kravene til de teoretiske forsikringsmæglerkompetencer anses opfyldt.

Dette er ikke tilfældet i Deres sag.

Finanstilsynet finder ikke i medfør af § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling grundlag for at lade de fremsendte oplysninger om Deres teoretiske kompetencer træde i stedet for den i uddannelsesbekendtgørelsen fastsatte teoretiske uddannelse. Baggrunden herfor er, at De ikke har fremvist bevis på andre teoretiske kompetencer, der kan træde i stedet for den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.

Den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler varetages p.t. af Forsikringsakademiet, der har fastlagt et uddannelsesforløb, der er i overensstemmelse med kravene i uddannelsesbekendtgørelsen.

...”

I klageskrivelsen af 19. juni 2008 har K anført:

”...

Baggrunden for afslaget er, at jeg efter Finanstilsynets opfattelse ikke opfylder kravene til teoretisk uddannelse, som fremgår af Bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse (Uddannelsesbekendtgørelsen), samt at der ikke er grundlag for at meddele dispensation efter Lov om Forsikringsformidling § 9 stk.4, idet jeg ”ikke har fremvist bevis på andre teoretiske kompetencer, der kan træde i stedet for den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.”

Finanstilsynet har ikke bestridt, at jeg opfylder kravene til praktisk erfaring jfr. Lov om Forsikringsformidling § 9 stk. 2.

Jeg skal derfor ved nærværende skrivelse anke den af Finanstilsynet truffene afgørelse, jfr. Lov om Forsikringsformidling § 53, idet jeg mener at der på baggrund af min teoretiske og praktiske baggrund bør gives tilladelse efter § 9 stk. 4.

Til brug for Deres behandling af sagen vedlægger jeg:

- Ansøgning af 30. april 2008 bilagt
 - Ansøgningsskema C
 - Eksamensbevis [Universitet], Juridisk Fakultet
 - Straffeattest
 - Curriculum Vitae
 - Arbejdsgivererklæring fra A A/S
- Finanstilsynets meddelelse af 23. maj

Uddannelse og baggrund

Jeg er uddannet cand. jur. i 1986 med kursusfag i bl.a. forsikringsret.

Jeg har været ansat i forsikringsbranchen siden, og suppleret min teoretiske uddannelse med diverse erstatnings- og forsikringsrelaterede kurser, jfr. vedlagte CV, ligesom jeg har foretaget selvstudium og gennemgået intern undervisning i forsikringsmæglerlovgivningen.

At jeg ikke har gennemgået en generel forsikringsuddannelse på Forsikringsakademiet skyldes, at jeg har opnået en bred teoretisk viden gennem min juridiske embedseksamen med diverse efteruddannelsesforløb og en lang praktisk erfaring gennem min ansættelse i B, og at Forsikringsakademiet ikke har en uddannelse, der er rettet mod de risici og forsikringsprodukter, som jeg arbejder med og rådgiver om. Jeg har dog deltaget i de seminarer m.v. som Forsikringsakademiet har afholdt om disse produkter.

Jeg har siden 1. juni 2002 været ansat på fuld tid i forsikringsmæglervirksomheden A A/S, som Legal Advisor i A med ansvar for rådgivning til A' kunder om finansielle og professionelle risici og forsikringsprodukter, som f.eks. direktions- og bestyrelsesansvar, prospektansvar, kriminalitetsforsikringer/BBB, kontaminering, employment practices liability, professionelt ansvar m.v.

A er et internationalt netværk af specialister inden for disse finansielle og professionelle erhverv og forsikringsprodukter.

Jeg har igennem hele min ansættelse i A A/S arbejdet med alle de i bekendtgørelse nr. 825 om forsikringsmægleres uddannelse § 4 stk. 1. litra 1)-8) nævnte opgaver, ligesom jeg har undervist kunder og kolleger i de særlige ansvarsområder og forsikringsprodukter.

Jeg har endvidere både i B og i A arbejdet med udvikling af forsikringsbetingelser på området, og deltaget i tværfaglige projekter og forhandlinger med såvel forsikringsselskaber som interesseorganisationer om udarbejdelse, fortolkning og anvendelse heraf.

Mit arbejde i A foregår i dag under tilsyn fra såvel forsikringsmægler, Practice Leader for A, C som de øvrige forsikringsmægler og

kundechefer, der har det overordnede ansvar for de konkrete kunder, som jeg rådgiver.

Da det dog er meget ressourcekrævende for A, at jeg nu efter flere år stadig skal arbejde under leders og kollegers tilsyn på trods af min lange praktiske erfaring, og da klienter i stigende omfang stiller krav til en specialiseret rådgivning, og ofte i akutte sager, som f.eks. større forsikringsskader, har jeg fundet det nødvendigt at søge om tilladelse til at udøve mæglervirksomhed som ansat forsikringsmægler uden først at skulle gennemgå den tids- og ressourcekrævende uddannelse på Forsikringsakademiet.

Anbringender

Jeg anker meddelelsen, idet der ikke efter min opfattelse er foretaget en konkret vurdering af mine teoretiske kompetencer i henhold til Lov om Forsikringsformidling § 9 stk. 4. Der er alene foretaget en undersøgelse af, hvorvidt jeg har gennemført den i Uddannelsesbekendtgørelsen angivne uddannelse eller ej. Det er min opfattelse, at min eksamen som cand. jur. med kursusfag i forsikringsret, suppleret med de relevante seminarer og kurser på Forsikringsakademiet og andre relevante uddannelsesinstitutioner, burde være tilstrækkelig dokumentation for, at jeg teoretisk er klædt på til de arbejdsopgaver, jeg udfører.

Jeg har efter meddelelsen om afslaget bedt Finanstilsynet uddybe, hvilke beviser for teoretiske kompetencer, Finanstilsynet måtte ønske for at kunne give meddelelse efter § 9 stk. 4.

Finanstilsynet har hertil svaret at et sådant bevis kunne være en tilsvarende udenlandsk uddannelse. En sådan uddannelse bør efter min opfattelse danne grundlag for en meddelelse efter § 9 stk. 2 jfr. stk. 3 og ikke efter § 4.

På Finanstilsynets opfordring har jeg endnu engang kontaktet Forsikringsakademiet med henblik på at få tilrettelagt et konkret uddannelsesforløb, der vil kunne kvalificere til en tilladelse med den teoretiske baggrund, jeg har. Forsikringsakademiet kan dog fortsat ikke tilbyde andet uddannelsesforløb end det, der er tilrettelagt efter Uddannelsesbekendtgørelsen, og i henhold til hvilken der kan gives tilladelse efter § 9 stk. 2.

Et sådant kursusforløb kan gennemføres på minimum 2 år og indeholder i øvrigt ikke undervisning i de forsikringsprodukter, som jeg er specialist i, da disse ikke er omfattet af Uddannelsesbekendtgørelsen.

Det synes ikke rimeligt, at der alene skulle kunne gives tilladelse til at udøve forsikringsmægling som ansat i en forsikringsvirksomhed, hvis der er gennemført én specifik generel uddannelse på en navngivet privat uddannelsesinstitution, i og med at branchen i dag efterspørger specialister med længerevarende uddannelser, herunder akademiske. Det synes heller ikke rimeligt, at personer med sådanne langvarige uddannelser skal supplere denne med den i Uddannelsesbekendtgørelsen

nævnte uddannelse i fuldt omgang, herunder at jurister skal gennemføre moduler i juridiske discipliner, hvor hverken undervisere eller censorer er jurister.

Jeg skal derfor indstille til Erhvervsankenævnet, at den af Finanstilsynet truffne afgørelse omstødes og at jeg meddeles tilladelse i medfør af § 9 stk.4.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 28. juli 2008 udtalt:

”...

Klager har i e-mail af 30. maj 2008 rettet henvendelse til Finanstilsynet for nærmere uddybning af, hvilke beviser på andre teoretiske kompetencer Finanstilsynet mener, vil være relevante for at kunne opfylde kravene til teoretisk uddannelse efter § 9, stk. 2, i lov om forsikringsformidling.

I e-mail af 12. juni 2008 har Finanstilsynet tilkendegivet, at en dansk forsikringsmægleruddannelse kan erstattes af bevis for en udenlandsk bestået forsikringsmægleruddannelse.

...

2. Retlig baggrund

Folketinget vedtog i 1999 lov om forsikringsmæglervirksomhed, der med virkning fra 1. januar 2000 indførte regulering af et tidligere ureguleret erhverv og stillede herunder uddannelsesmæssige krav til erhvervets udøvere.

Det følger af § 4 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 401 af 25. april 2007, at virksomheder og ansatte, der udøver forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse hertil af Finanstilsynet. Tilladelsen skal sikre, at forsikringsmæglererhvervet udøves af virksomheder og ansatte, der over for Finanstilsynet kan dokumentere at leve op til de krav som loven stiller, herunder bl.a. krav om egnethed og hæderlighed, uddannelse mv.

Ifølge lovens § 9, stk. 2, skal personer, som søger om tilladelse som forsikringsmægler besidde en teoretisk uddannelse og praktisk kunnen om forsikringsmæglervirksomhed.

Finanstilsynet har i bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen) fastsat nærmere krav til en forsikringsmæglers teoretiske og praktiske kunnen.

Finanstilsynet kan, jf. lovens § 9, stk. 4, give tilladelse til personer, uanset om personen opfylder uddannelseskravene i § 9, stk. 1 og 2, samt regler fastsat i medfør heraf (uddannelsesbekendtgørelsen)

Lovens § 9, stk. 4 åbner, jf. bemærkningerne til bestemmelsen, mulighed for at give tilladelse til en person, som har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der er

fastsat i medfør af § 9, stk. 2. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse i medfør af § 9, stk. 4 sker efter en konkret vurdering af ansøgerens samlede forhold. Af bemærkningerne til § 9, stk. 4 fremgår blandt andet følgende:

Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringssselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også være tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmægleres uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.

Finanstilsynet anlægger generelt en restriktiv praksis for dispensationer efter § 9, stk. 4, idet lovgivers intention om at styrke forsikringsmæglererhvervets uddannelsesmæssige kompetencer tillægges betydelig vægt, ikke mindst af hensyn til beskyttelsen af kundens interesser.

Finanstilsynet har således ikke siden den ændring af lov om forsikringsformidling, der blev gennemført med lov nr. 362 af 19. maj 2004, meddelt tilladelse som forsikringsmægler i medfør af § 9, stk. 4, til personer, der har en anden uddannelsesmæssig baggrund.

Den stramme praksis har som baggrund et ønske – også fra forsikringsmæglernes egne interesseorganisationer – om at højne erhvervets uddannelsesniveau.

3. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagerens anbringender

Finanstilsynet finder ikke, at klager opfylder betingelserne for at få tilladelse som forsikringsmægler hverken efter § 9, stk. 2 eller efter reglen i § 9, stk. 4. Finanstilsynet fastholder derfor afslag på klagers ansøgning.

3.1. Tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 2 i lov om forsikringsformidling

Det er Finanstilsynets praksis, at der ikke meddeles tilladelse til personer, der ansøger om tilladelse efter lovens § 9, stk. 2, hvis personen ikke kan fremlægge bevis for bestået forsikringsmæglereksamen.

3.2. Tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling

For at komme i betragtning til en tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 4, fordrer det efter bemærkningerne til bestemmelsen, at man eksempelvis har en anden uddannelsesmæssig baggrund, som har givet ansøger en tilstrækkelig teoretisk forsikringsmæssig viden og indsigt.

Klager har i sin klage til Erhvervsankenævnet gjort gældende, at Finanstilsynet ikke har foretaget en konkret vurdering af klagers teoretiske kompetencer i henhold til lov om forsikringsformidling § 9, stk. 4, men at der alene er foretaget en undersøgelse af, hvorvidt klager har gennemført den i uddannelsesbekendtgørelsen angivne uddannelse. Det er klagers opfattelse, at en uddannelse som cand.jur. suppleret med relevante kurser kan træde i stedet for forsikringsmægleruddannelsen.

Finanstilsynet har i sin afgørelse af 23. maj 2008 taget konkret stilling til om klagers teoretiske baggrund kan træde i stedet for den teoretiske uddannelse, der kræves efter uddannelsesbekendtgørelsen. Det fremgår af afgørelsen, at Finanstilsynet ikke finder grundlag for at give tilladelse efter § 9, stk. 4, når en ansøger, som klager, mangler hele den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.

Klager har i ansøgningen oplyst at have bestået juridisk kandidateksamen med kursusfag i bl.a. forsikringsret, som efter klagers opfattelse bør kunne træde i stedet for forsikringsmægleruddannelsen.

Klager har endvidere oplyst at have været ansat i B A/S fra 1986-2002 som henholdsvis skadesbehandler, advokatfuldmægtig og senior underwriter. I denne periode har klager deltaget i diverse efteruddannelseskurser om erstatning og forsikring, ligesom klager efter sin ansættelse i A A/S har foretaget selvstudium og gennemgået intern undervisning i lov om forsikringsformidling.

Klager finder det ikke rimeligt, at personer med en lang uddannelse (f.eks. jurist) skal supplere en sådan uddannelse med den i uddannelsesbekendtgørelsen nævnte uddannelse i fuldt omfang, herunder at jurister skal gennemføre moduler i juridiske discipliner, hvor hverken undervisere eller censorer er jurister.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det er op til uddannelsesinstitutionen at vurdere den enkeltes teoretiske kompetencer i forhold til uddannelsesbekendtgørelsens krav om teoretisk viden. F.eks. er det muligt, at en jurist kan få merit for moduler, der vedrører juridiske forhold, jf. bilag 1 til uddannelsesbekendtgørelsen. Men det er netop ikke Finanstilsynet, men uddannelsesinstitutionen, der træffer denne afgørelse, da uddannelsesinstitutionen efter uddannelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3, jf. § 16, stk. 1 indestår for at deltagerne, der får bevis for bestået forsikringsmæglereksamen besidder de krævede kompetencer. Derfor opfordrer Finanstilsynet altid ansøgere til at rette henvendelse til den udbydende uddannelsesinstitution med henblik på en planlægning af et kursusforløb til supplerende med den nødvendige kompetence.

Finanstilsynet kan dispensere fra de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen, hvis klager har en anden teoretisk uddannelse, der medfører, at kravene til de teoretiske forsikringsmæglerkompetencer anses for opfyldte. Finanstilsynet finder ikke i den konkrete sag, at klagers forsikringsuddannelse, efteruddannelse og undervisning i lov om forsikringsformidling er tilstrækkelig til at kunne give dispensation efter § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at en uddannelse som jurist ikke i sig selv kan ækvivalere de specifikke forsikringstekniske kompetencer, der indeholdes i uddannelsen som forsikringsmægler. Det faktum, at klager har bestået et kursusfag i forsikringsret på [Universitet] ændrer ikke herved. Faget forsikringsret på den juridiske kandidateksamen indeholder en gennemgang af reglerne om indgåelse og ophør af forsikringsaftaler. Faget indeholder ikke de forsikringstekniske elementer, som udgør den teoretiske del af uddannelsen som forsikringsmægler og sikrer ikke, at klager har teoretisk viden om eller kan tilrettelægge og gennemføre forsikringsformidling i praksis. Finanstilsynet fastholder derfor, at klagers teoretiske kompetencer ikke er tilstrækkelige til at opfylde de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet bemærker samtidig, at klagers tidligere ansættelse i forsikringsbranchen ikke kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse efter uddannelsesbekendtgørelsen.

Uddannelsen som forsikringsmægler består såvel af en praktisk som en teoretisk del. De krav, der stilles til den teoretiske uddannelse kan ikke erstattes af praktisk erfaring, men alene af anden relevant teoretisk uddannelse. Hvis det var således, at praktisk erfaring om

forsikringsmægling kunne erstatte den manglende teori, ville det betyde, at ingen ansøgere behøvede at dokumentere teoretisk uddannelse, hvis ansøger blot havde været ansat i en længere periode i en forsikringsmæglervirksomhed. Derfor kan den af klagers arbejdsgiver udstedte erklæring om klagers praktiske kompetencer, ikke erstatte den teoretiske uddannelse. Finanstilsynet fastholder denne vurdering.

3.3 Uddannelsesinstitution

Klager gør i sin klage gældende, at det ikke er rimeligt, at der alene kan gives tilladelse som ansat forsikringsmægler, hvis ansøger har en generel uddannelse, som alene udbydes på en privat navngiven uddannelsesinstitution med et uddannelsesforløb med en varighed på min. 2 år.

Klager anfører, at Forsikringsakademiets uddannelsesforløb ikke indeholder undervisning i de forsikringsprodukter, som klager er specialist i og finder det derfor ikke relevant at kræve, at klager skal gennemgå en generel uddannelse. Finanstilsynet er opmærksomt på denne problemstilling, men har ikke hjemmel til på dette grundlag at dispensere fra kravet om bestået forsikringsmægleruddannelse.

Forsikringsmægleruddannelsen er en erhvervsrettet deltidsuddannelse, der kan udbydes af uddannelsesinstitutioner, der udbyder en uddannelse, der giver deltagerne de i uddannelsesbekendtgørelsen beskrevne kompetencer inden for livs-/og eller skadesforsikringsmægling.

Uddannelsesbekendtgørelsen fastsætter de nærmere krav til, hvilke kompetencer en forsikringsmægler skal besidde efter endt uddannelsesforløb. Uddannelsesbekendtgørelsen stiller ikke krav om, at uddannelsesforløbet skal gennemføres på en specifik uddannelsesinstitution. Det er således muligt at gennemføre uddannelsen på andre uddannelsesinstitutioner, der ønsker at udbyde uddannelsen. Bekendtgørelsen stiller heller ikke krav om, at der skal følges et uddannelsesforløb med en varig på min. 2 år, når blot deltagerne erhverver de krævede kompetencer og afslutter uddannelsen med bevis for bestået forsikringsmæglereksamen.

Uddannelsesbekendtgørelsen er derfor ikke til hinder for, at person, der mener at besidde de kompetencer, som bekendtgørelsen stiller krav om, at en forsikringsmægler skal besidde, kan gå til eksamen uden at have fulgt et uddannelsesforløb. Det er imidlertid op til den udbydende uddannelsesinstitution, hvordan uddannelsesforløbet tilrettelægges. For tiden er en sådan mulighed ikke tilstede.
...”

I skrivelse af 27. august 2008 har K yderligere anført:

”...

Til begrundelserne for afslag efter § 9 stk. 4 har jeg flg. bemærkninger:

Ad gennemførelse af den i uddannelsesbekendtgørelsen anførte uddannelse

Til støtte for afslag på meddelelse efter stk. 4 har Finanstilsynet gjort gældende, at jeg mangler den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.

Hertil skal jeg bemærke, at dette alene bør kunne begrunde et afslag efter § 9 stk. 2, da der efter såvel ordlyden i som forarbejderne til § 9 stk.4 er mulighed for at give tilladelse til personer, der har en anden uddannelse.

Jeg har noteret mig, at Finanstilsynet ikke bestrider, at der alene kan opnås de i uddannelsesbekendtgørelsen anførte kompetencer på Forsikringsakademiet, og ej heller bestrider, at der alene kan gives adgang til eksamen, hvis eksaminanden har gennemført undervisningen. Således som Forsikringsakademiet tilrettelægger undervisningen og formulerer sine adgangskrav, vil en forsikringsmæglereksamen hurtigst kunne opnås på 2 år. Det tilføjes i øvrigt, at eksamensopgaver kun vedrører almene forsikringsprodukter, som jeg som specialist ikke beskæftiger mig med til daglig.

Det kan endvidere tilføjes, at Forsikringsakademiet ikke i mit tilfælde har givet merit for juridiske moduler, således som af Finanstilsynet anført.

Ad den aktuelle uddannelse

Finanstilsynet har yderligere fremsat det anbringende, at den juridiske kandidateksamen ikke indeholder forsikringstekniske elementer.

Hertil skal jeg bemærke dels, at kursusfaget forsikringsret giver indsigt i visse generelle forsikringsprodukter og i fortolkning af forsikringsvilkår generelt og dels at uddannelsen generelt giver kandidaten indsigt i metoder, hvorpå han eller hun kan tilegne sig kompetencer og teoretisk viden om tilrettelæggelse og gennemførelse af forsikrings-formidling i praksis.

Jeg skal endvidere uddybe, at den interne undervisning, jeg har modtaget, herunder i Lov om Forsikringsformidling bl.a. er givet af kolleger, der tillige underviser eller har undervist heri på Forsikringsakademiet.

Ad tidligere meddelelser efter stk.4

Endelig har Finanstilsynet gjort gældende, at der ikke siden lovændringen i 2004 har været meddelt tilladelse efter stk. 4, til personer, der ikke opfylder uddannelseskrauet i stk. 2.

Dette anbringende finder jeg ikke relevant. Det har næppe været lovgivers hensigt med en dispensationsbestemmelse, at den alene skulle finde anvendelse på forhold, der i forvejen er omfattet af stk. 2. Finanstilsynet er tildelt en adgang til at give dispensation til ansøgere, der netop *ikke* opfylder betingelserne i stk. 2. En tilladelse eller afvisning bør derfor meddeles i henhold til et konkret skøn.

Af bemærkningerne til stk. 4 fremgår, at der skal lægges vægt på langvarig ansættelse i forsikringsbranchen. Jeg har som nævnt været

ansat i forsikringsbranchen i 22 år, heraf 6 år i A, og har i al den tid haft direkte kontakt med såvel kunder som mæglere.

Det anføres endvidere, at der kan være tale om dispensation til advokater og revisorer. Jeg har som tidligere anført arbejdet som advokatfuldmægtig og kan tilføje, at jeg i den funktion har ført retssager om forsikringsforhold og bistået med udarbejdelse af samarbejdsaftaler mellem forsikringsmæglere og forsikringsselskabet og med løsninger af konflikter mellem assurandører, forsikringsmæglere, forsikringsselskaber og disses kunder.

Finanstilsynet begrundet den stramme praksis i et ønske om at højne erhvervets uddannelsesniveau.

Hertil kan jeg anføre, at mæglerbranchen i stigende omfang netop ansætter specialister med akademisk baggrund. Dette sker som følge af en stigende efterspørgsel herpå fra kundernes side.

Det er derfor netop i kundernes og branchens interesse, at der kan gives tilladelse efter stk. 4 til specialister, så disse kan udøve forsikringsmægling uden at gennemgå uddannelse i generelle forsikringsprodukter eller skulle være underlagt tilsyn af andre forsikringsmæglere.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, nr. 2, er Finanstilsynets tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed betinget af, at ansøger opfylder de fastsatte krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen vedrørende forsikringsmæglervirksomhed, jf. lovens § 9, stk. 2. Af samme lovs § 9, stk. 4, fremgår imidlertid, at Finanstilsynet kan give tilladelse til at være forsikringsmægler til personer, uanset at disse ikke opfylder betingelserne, herunder om teoretisk uddannelse, i lovens § 9, stk. 2.

Af bemærkningerne til § 9, stk. 4, (lovforslag L 141 2003/2004) fremgår blandt andet:

”Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringsselskaber og

forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også blive tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmæglers uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.”

Det er om K teoretiske og praktiske baggrund blandt andet oplyst, at hun er uddannet cand. jur., at hun fra 1986 til 2002 har været ansat i forsikringsbranchen, at hun har gennemført relevante kurser og seminarer på Forsikringsakademiet, og at hun fra 1. august 2002 har været ansat som forsikringsmæglerassistent. Erhvervsankenævnet finder efter en konkret bedømmelse af K's samlede forhold, at disse kan ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af lovens § 9, stk. 2, og at hun derfor bør gives tilladelse til at være forsikringsmægler, jf. forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Ankenævnet ændrer derfor Finanstilsynets afgørelse af 23. maj 2008.

17) Kendelse Kendelse af 27. marts 2009 (J.nr. 2008-0016957).

Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling meddelt efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, § 9, stk. 2 og § 9, stk. 4.

(Lise Høgh, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 20. juni 2008 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 23. maj 2008 har afslået en ansøgning om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 23. maj 2008 hedder det:

” Finanstilsynet har behandlet Deres ansøgning af 30. april 2008 vedrørende tilladelse til som ansat i A A/S at udøve skadesforsikringsmægling i medfør af § 4, stk. 2 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 401 af 25. april 2007.

Det fremgår af ansøgningen, at De har bestået modul 4.14 forsikringsmæglerjura fra Forsikringsakademiet, at De fra 1970 til 1993 og fra 1993 til 1997 har været ansat i forsikringsbranchen og fra 1999 til 2005 været underviser på Forsikringsakademiet. Fra den 1. august 2005 har De været ansat som forsikringsmæglerassistent hos A A/S.

Finanstilsynet kan ikke på det nuværende grundlag give Dem tilladelse som skadesforsikringsmægler i henhold til § 7, stk. 1, nr. 2, jf. § 9, stk. 2 i lov om forsikringsformidling.

Baggrunden for Finanstilsynets afslag er, at De ikke opfylder de krav til teoretisk uddannelse som fremgår af bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen). Lov og bekendtgørelse kan ses på Finanstilsynets hjemmeside www.finanstilsynet.dk.

De kan ikke få tilladelse, fordi De ikke opfylder kravet til teoretisk uddannelse i § 3, nr. 1, jf. § 4 i uddannelsesbekendtgørelsen.

Efter § 3, nr. 1 og 4, stk. 1 i uddannelsesbekendtgørelsen skal enhver person, der ønsker at blive skadesforsikringsmægler, gennemføre et teoretisk uddannelsesforløb inden for skadesforsikringsmægling, der sikrer, at personen kan tilrettelægge og gennemføre forsikringsmæglingen ved anvendelsen af en hensigtsmæssig arbejdsmetode og kan dokumentere at besidde de videnelementer, der fremgår af bilag 1 til bekendtgørelsen, jf. § 5, stk. 3 i uddannelsesbekendtgørelsen.

De har orienteret Finanstilsynet om Deres ansættelser i forsikringsbranchen samt om Deres ansættelse som underviser på Forsikringsakademiet.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at Deres tidligere ansættelser ikke kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse efter uddannelsesbekendtgørelsen.

For så vidt angår Deres teoretiske uddannelse finder Finanstilsynet ikke, at disse teoretiske kompetencer er tilstrækkelige til at opfylde de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet kan dispensere fra de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen, hvis en ansøger har en anden teoretisk uddannelse, der medfører, at kravene til de teoretiske forsikringsmæglerkompetencer anses opfyldt.

Dette er ikke tilfældet i Deres sag.

Finanstilsynet har ikke i medfør af § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling fundet grundlag for at lade de fremsendte oplysninger om Deres teoretiske kompetencer, træde i stedet for den i uddannelsesbekendtgørelsen fastsatte teoretiske uddannelse. Baggrunden herfor er, at De ikke har fremvist bevis på andre teoretiske kompetencer, der kan træde i stedet for den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.
...”

I klageskrivelsen af 20. juni 2008 har K anført:

” ...

Jeg skal derfor ved nærværende skrivelse anke den af Finanstilsynet truffne afgørelse, jfr. Lov om Forsikringsformidling § 53, idet jeg mener at der på baggrund af min teoretiske og praktiske baggrund bør gives tilladelse efter § 9 stk. 2 – eller efter stk. 4.

Til brug for Deres behandling af sagen vedlægger jeg:

- Ansøgning af 30. april 2008 bilagt
- Straffeattest
- Curriculum Vitae
- Arbejdsgivererklæring fra A A/S
- Finanstilsynets meddelelse af 23. maj

Uddannelse og baggrund

Jeg er uddannet indenfor forsikring idet jeg har taget den specielle FX2 eksamen i 1975 på Forsikringsakademiet (dengang Forsikringshøjskolen).

Jeg har været ansat i forsikringsbranchen siden 1970 og suppleret min teoretiske uddannelse fra Forsikringsakademiet gennem årene med diverse erstatnings- og forsikringsrelaterede moduler og kurser ligesom jeg har gennemgået og bestået undervisning i forsikringsmæglerlovgivningen. Jeg har endvidere i 6 år været underviser i de faglige uddannelser på Forsikringsakademiet som forlanges gennemgået og bestået til Forsikringsmægleruddannelsen. (mellem 1999-2005)

Jeg har siden 1. juni 2005 været ansat på fuld tid i forsikringsmæglervirksomheden A A/S, som Client Advisor i A i hhv. Reverse Flow hvor der serviceres udenlandske kunder på alle forsikringsbrancher og i A med ansvar for rådgivning til A' kunder om bl.a. finansielle og professionelle risici og forsikringsprodukter, som f.eks. direktions- og bestyrelsesansvar, prospektansvar,

kriminalitetsforsikringer/BBB, kontaminering, employment practices liability, professionelt ansvar m.v.

A er et internationalt netværk af specialister inden for disse finansielle og professionelle erhverv og forsikringsprodukter.

Jeg har igennem hele min ansættelse i A A/S arbejdet med alle de i bekendtgørelse nr. 825 om forsikringsmægleres uddannelse § 4 stk. 1. litra 1)-8) nævnte opgaver.

Mit arbejde i A foregår i dag under tilsyn fra såvel forsikringsmægler, Practice Leader for A, B som de øvrige forsikringsmæglere og kundechefer, der har det overordnede ansvar for de konkrete kunder, som jeg rådgiver.

Det er dog næppe rimeligt for hverken A eller mig selv, at jeg stadig skal arbejde under en leders og kollegas tilsyn på trods af min store faglige teoretiske og praktiske erfaring, og da klienter i stigende omfang stiller krav til en specialiseret rådgivning, har jeg fundet det nødvendigt at søge om tilladelse til at udøve mæglervirksomhed som ansat forsikringsmægler, uden først at skulle gennemgå en både tids og ressourcekrævende uddannelse på Forsikringsakademiet.

Anbringender

Jeg anker meddelelsen, idet der ikke efter min opfattelse er foretaget en konkret vurdering af mine teoretiske kompetencer i henhold til Lov om Forsikringsformidling § 9 stk. 2 – og stk. 4. Der er alene foretaget en undersøgelse af, hvorvidt jeg har gennemført den i Uddannelsesbekendtgørelsen angivne uddannelse eller ej og med særlig henvisning til at skulle bestå en eksamen. Det er min opfattelse, at min teoretiske viden, tidligere uddannelse på Forsikringshøjskolen og efterfølgende erfaring og viden som underviser i netop de faglige emner som forlanges til Forsikringsmæglereksamen, burde være tilstrækkelig dokumentation for, at jeg teoretisk er klædt på til de arbejdsopgaver, jeg dagligt udfører. Ved kontakt til Forsikringsakademiet, som jeg henvendte mig til efter afslaget fra Finanstilsynet har jeg fået oplyst, at jeg skal gennemgå et arbejdsmetodemodul og en eksamen – med andre ord anerkendes alle mine faglige kompetencer fuldt ud i forhold til Uddannelsesbekendtgørelsen. Det er således alene et kursusforløb i arbejdsmetode og en eksamen man beder mig gennemføre. Begge dele er til daglig hvad jeg udfører her i A med min vurdering og rådgivning overfor vores kunder.

Jeg har efter meddelelsen om afslaget bedt Finanstilsynet uddybe, hvilke beviser for teoretiske kompetencer, Finanstilsynet måtte ønske for at kunne give meddelelse efter § 9 stk. 2 eller stk. 4.

Finanstilsynet har hertil svaret, at et sådant bevis kunne være en tilsvarende udenlandsk uddannelse. En sådan uddannelse bør efter min opfattelse danne grundlag for en meddelelse efter § 9 stk. 2 jfr. stk. 3 og ikke efter § 4.

Jeg skal derfor indstille til Erhvervsankenævnet, at den af Finanstilsynet truffene afgørelse omstødes, og at jeg meddeles tilladelse i medfør af § 9 stk.2 – eller efter stk. 4.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 28. juli 2008 udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

...

Klager har i e-mail af 4. juni 2008 rettet henvendelse til Finanstilsynet for nærmere uddybning af, hvilke beviser på andre teoretiske kompetencer Finanstilsynet mener, vil være relevante for at kunne opfylde kravene til teoretisk uddannelse efter § 9, stk. 2, i lov om forsikringsformidling.

I e-mail af 9. juni 2008 har Finanstilsynet tilkendegivet, at en dansk forsikringsmægleruddannelse kan erstattes af bevis for en udenlandsk bestået forsikringsmægleruddannelse.

Klager har ved brev af 20. juni 2008 til Erhvervsankenævnet klaget over Finanstilsynets afslag af 23. maj 2008 på ansøgning om tilladelse som ansat skadesforsikringsmægler, jf. § 4, stk. 2, i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 401 af 25. juni 2007, idet klager har anført, at der ikke er foretaget en konkret vurdering af klagers teoretiske kompetencer i henhold til § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling.

2. Retlig baggrund

Folketinget vedtog i 1999 lov om forsikringsmæglervirksomhed, der med virkning fra 1. januar 2000 indførte regulering af et tidligere ureguleret erhverv og stillede herunder uddannelsesmæssige krav til erhvervets udøvere.

Det følger af § 4 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 401 af 25. april 2007, at virksomheder og ansatte, der udøver forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse hertil af Finanstilsynet. Tilladelsen skal sikre, at forsikringsmæglererhvervet udøves af virksomheder og ansatte, der over for Finanstilsynet kan dokumentere at leve op til de krav som loven stiller, herunder bl.a. krav om egnet hederlighed, uddannelse mv.

Ifølge lovens § 9, stk. 2, skal personer, som søger om tilladelse som forsikringsmægler besidde en teoretisk uddannelse og praktisk kunnen om forsikringsmæglervirksomhed.

Finanstilsynet har i bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse (uddannelsesbekendtgørelsen) fastsat nærmere krav til en forsikringsmæglers teoretiske og praktiske kunnen.

Finanstilsynet kan, jf. lovens § 9, stk. 4, give tilladelse til personer, uanset om personen opfylder uddannelseskravene i § 9, stk. 1 og 2, samt regler fastsat i medfør heraf (uddannelsesbekendtgørelsen).

Lovens § 9, stk. 4 åbner, jf. bemærkningerne til bestemmelsen, mulighed for at give tilladelse til en person, som har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af § 9, stk. 2. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse i medfør af § 9, stk. 4 sker efter en konkret vurdering af ansøgerens samlede forhold. Af bemærkningerne til § 9, stk. 4 fremgår blandt andet følgende:

Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringsselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også blive tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmæglers uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.

Finanstilsynet anlægger generelt en restriktiv praksis for dispensationer efter § 9, stk. 4, idet lovgivers intention om at styrke forsikringsmæglererhvervets uddannelsesmæssige kompetencer tillægges betydelig vægt, ikke mindst af hensyn til beskyttelsen af kundens interesser.

Finanstilsynet har således ikke siden den ændring af lov om forsikringsformidling, der blev gennemført med lov nr. 362 af 19. maj 2004, meddelt tilladelse som forsikringsmægler i medfør af § 9, stk. 4, til personer, der har en anden uddannelsesmæssig baggrund.

Den stramme praksis har som baggrund et ønske – også fra forsikringsmæglerens egne interesseorganisationer – om at højne erhvervets uddannelsesniveau.

3. Finanstilsynets vurdering og bemærkninger til klagerens anbringender

Finanstilsynet finder ikke, at klager opfylder betingelserne for at få tilladelse som forsikringsmægler hverken efter lovens § 9, stk. 2 eller efter reglen i § 9, stk. 4. Finanstilsynet fastholder derfor afslag på klagers ansøgning.

3.1. Tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 2 i lov om forsikringsformidling

Det er Finanstilsynets praksis, at der ikke meddeles tilladelse til personer, der ansøger om tilladelse efter lovens § 9, stk. 2, hvis personen ikke kan fremlægge bevis for bestået forsikringsmæglereksamen.

3.2. Tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling.

For at komme i betragtning til en tilladelse meddelt i henhold til § 9, stk. 4, fordrer det efter bemærkningerne til bestemmelsen, at man eksempelvis har en anden uddannelsesmæssig baggrund, som har givet ansøger en tilstrækkelig teoretisk forsikringsmæssig viden og indsigt.

...

Klager har i ansøgningen oplyst at have bestået en FX2 forsikringsuddannelse på Forsikringsakademiet. Klager har endvidere oplyst at have været ansat i bl.a. C A/S, D A/S, E A/S samt som underviser på Forsikringsakademiet. I disse perioder har klager deltaget i diverse erstatnings- og forsikringsrelaterede kurser og moduler samt gennemgået og bestået undervisning i forsikringsmæglerlovgivningen.

...

Forsikringsmægleruddannelsen er en erhvervsrettet deltidsuddannelse, der kan udbydes af uddannelsesinstitutioner, der udbyder en uddannelse, der giver deltagerne de i uddannelsesbekendtgørelsen beskrevne kompetencer inden for livs/og eller skadesforsikringsmægling.

Finanstilsynet skal bemærke, at det er op til uddannelsesinstitutionen at vurdere den enkeltes teoretiske kompetencer i forhold til uddannelsesbekendtgørelsens krav om teoretisk viden. Således har Forsikringsakademiet oplyst klager om, at klager kan få merit for allerede beståede moduler fra Forsikringsakademiet. Men det er netop ikke Finanstilsynet, men uddannelsesinstitutionen, der træffer denne afgørelse, da uddannelsesinstitutionen efter uddannelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3, jf. § 16, stk. 1 indestår for at

deltagere, der får bevis for bestået forsikringsmæglereksamen besidder de krævede kompetencer. Derfor opfordrer Finanstilsynet altid ansøgere til at rette henvendelse til den udbydende uddannelsesinstitution med henblik på planlægning af et kursusforløb til supplerende med den nødvendige kompetence.

Klager oplyser, at klager ved kontakt til Forsikringsakademiet har fået oplyst, at klager alene mangler et enkelt modul i arbejds metode samt en afsluttende eksamen, hvorefter klager vil besidde de nødvendige teoretiske kompetencer, der er en forudsætning for at opnå tilladelse som ansat skadesforsikringsmægler efter § 9, stk. 2 i lov om forsikringsformidling.

Hertil bemærker klager, at alle klagers faglige kompetencer dermed anerkendes fuldt ud i forhold til uddannelsesbekendtgørelsen. Dette er efter Finanstilsynets opfattelse netop ikke tilfældet, idet klager ved kontakt til Forsikringsakademiet har fået oplyst, at klager mangler et undervisningsforløb i arbejds metode for at besidde de efter uddannelsesbekendtgørelsen krævede teoretiske kompetencer samt mangler at bestå den afsluttende eksamen som forsikringsmægler. Den afsluttende eksamen er netop betingelsen for, at Forsikringsakademiet kan udstede bevis for bestået forsikringsmæglereksamen. Det er derfor heller ikke korrekt, at Finanstilsynets afslag indebærer, at klager skal gennemgå en både tids- og ressourcekrævende uddannelse på Forsikringsakademiet. Klager anfører selv, at det manglende kursusforløb i arbejds metode og eksamen begge dele er, hvad klager udfører til dagligt.

Finanstilsynet skal endvidere bemærke, at uddannelsesbekendtgørelsen ikke er til hinder for, at en person, der mener at besidde de kompetencer, som bekendtgørelsen stiller krav om, at en forsikringsmægler skal besidde, kan gå til eksamen uden at have fulgt et uddannelsesforløb. Det er imidlertid op til den udbydende uddannelsesinstitution, hvordan uddannelsesforløbet tilrettelægges. For tiden er en sådan mulighed dog ikke tilstede.

Finanstilsynet kan dispensere fra de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen, hvis klager har en anden teoretisk uddannelse, der medfører, at kravene til de teoretiske forsikringsmæglerkompetencer anses for opfyldte. Finanstilsynet finder ikke i den konkrete sag, at klagers forsikringsuddannelse, efteruddannelse og undervisning i lov om forsikringsformidling er tilstrækkelig til at kunne give dispensation efter § 9, stk. 4 i lov om forsikringsformidling.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at klagers tidligere ansættelse i forsikringsbranchen ikke kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse efter uddannelsesbekendtgørelsen.

Uddannelsen som forsikringsmægler består af såvel en praktisk som en teoretisk del. De krav, der stilles til den teoretiske uddannelse kan ikke erstattes af praktisk erfaring, men alene af anden relevant teoretisk

uddannelse. Hvis det var således, at praktisk erfaring om forsikringsmægling kunne erstatte den manglende teori, ville det betyde, at ingen ansøgere behøvede at dokumentere teoretisk uddannelse, hvis ansøger blot havde været ansat i en længere periode i en forsikringsmæglervirksomhed.

Derfor kan den af klagers arbejdsgiver udstedte erklæring om klagers praktiske kompetencer, ikke erstatte den teoretiske uddannelse. Finanstilsynet fastholder denne vurdering.
...”

I skrivelse af 28. august 2008 har K yderligere anført:

”...

Til begrundelserne for afslag efter § 9 stk. 4 har jeg flg. bemærkninger:

Ad gennemførelse af den i uddannelsesbekendtgørelsen anførte uddannelse

Til støtte for afslag på meddelelse efter stk. 4 har Finanstilsynet gjort gældende, at jeg mangler den teoretiske uddannelse som forsikringsmægler.

Hertil skal jeg bemærke, at dette alene bør kunne begrunde et afslag efter § 9 stk. 2, da der efter såvel ordlyden i som forarbejderne til § 9 stk.4 er mulighed for at give tilladelse til personer, der har en anden uddannelse.

Jeg har noteret mig, at Finanstilsynet ikke bestrider, at der alene kan opnås de i uddannelsesbekendtgørelsen anførte kompetencer på

Forsikringsakademiet, og ej heller bestrider, at der alene kan gives adgang til eksamen, hvis eksaminanden har gennemført undervisningen.

Ad den aktuelle uddannelse

Finanstilsynet har yderligere fremsat det anbringende, at den teoretiske uddannelse fra Forsikringshøjskolen FX2 fra 1975 ikke kan anerkendes ligesom man ikke tillægger min erfaring med og undervisning i netop de faglige uddannelsesmoduler på Forsikringsakademiet som kræves for at tage uddannelse som forsikringsmægler nogen konkret værdi. Forsikringsakademiet har netop anerkendt min merit på disse moduler.

Ad tidligere meddelelser efter stk.4

Endelig har Finanstilsynet gjort gældende, at der ikke siden lovændringen i 2004 har været meddelt tilladelse efter stk. 4, til personer, der ikke opfylder uddannelseskrauet i stk. 2.

Dette anbringende finder jeg ikke relevant. Det har næppe været lovgivers hensigt med en dispensationsbestemmelse, at den alene skulle finde anvendelse på forhold, der i forvejen er omfattet af stk. 2. Finanstilsynet er tildelt en adgang til at give dispensation til ansøgere, der netop *ikke* opfylder betingelserne i stk. 2. En tilladelse eller afvisning bør derfor meddeles i henhold til et konkret skøn.

Af bemærkningerne til stk. 4 fremgår, at der skal lægges vægt på langvarig ansættelse i forsikringsbranchen. Jeg har som nævnt været ansat i forsikringsbranchen siden 1970, heraf 3 år i A, og har i al den tid haft direkte kontakt med såvel kunder som forsikringsmæglere.

I min ansættelse i forsikringsselskaber (C, D og F) har jeg i meget høj grad arbejdet direkte med kunder og assurandører såvel som med forsikringsmæglere og igennem lang tid på lederniveau og har i den funktion bistået med løsninger af konflikter mellem assurandører, forsikringsmæglere, forsikringsselskaber og kunder.

Finanstilsynet begrundet den stramme praksis i et ønske om at højne erhvervets uddannelsesniveau.

Hertil kan jeg anføre, at forsikringsmæglerbranchen i stigende omfang netop ansætter specialister uden præcis uddannelse som forsikringsmægler. Dette sker som følge af en stigende efterspørgsel herpå fra kundernes side.

Det er derfor netop i kundernes og branchens interesse, at der kan gives tilladelse efter stk. 4 også til specialister, så disse kan udøve forsikringsmægling uden at gennemgå uddannelse i generelle forsikringsprodukter eller skulle være underlagt tilsyn af andre forsikringsmæglere.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, nr. 2, er Finanstilsynets tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed betinget af, at ansøger opfylder de fastsatte krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen vedrørende forsikringsmæglervirksomhed, jf. lovens § 9, stk. 2.

Finanstilsynet har ved bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 (uddannelsesbekendtgørelsen) fastsat regler om forsikringsformidlers uddannelse. Af § 3, nr. 1, fremgår det, at en person, der ansøger Finanstilsynet om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling skal fremlægge bevis for at besidde teoretisk viden inden for skadesforsikringsmægling som angivet i § 4. Af § 4 følger, at tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling kræver, at man har gennemført et uddannelsesforløb indenfor skadesforsikringsmægling, der sikrer, at personen kan tilrettelægge og gennemføre forsikringsmæglingen ved anvendelsen af en hensigtsmæssig arbejdsmetode, herunder besidder en række nærmere specificerede kompetencer.

Erhvervsankenævnet tiltræder, at K, der ikke kan fremlægge bevis for bestået forsikringsmæglereksamen, ikke har en teoretisk uddannelse, som opfylder de i uddannelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 1, og § 4, stk. 1, fastsatte krav, og at hun derfor ikke er meddelt tilladelse efter forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, jf. § 9, stk. 2 til at udøve skadesforsikringsmægling.

I henhold til forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4, kan Finanstilsynet give tilladelse til at være forsikringsmægler til personer, uanset at disse ikke opfylder betingelsen om teoretisk uddannelse i lovens § 9, stk. 2.

Af bemærkningerne til § 9, stk. 4, (lovforslag L 141 2003/2004) fremgår blandt andet:

”Stk. 4 viderefører endvidere den gældende mulighed for, at Finanstilsynet kan undtage fra de fastsatte krav til uddannelse. En person kan få tilladelse, såfremt den pågældende har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, der bedømmes at kunne ligestilles med de krav, der i medfør af stk. 2 er fastsat. Finanstilsynets mulighed for at give tilladelse til personer skal ske efter en konkret bedømmelse af personens samlede forhold. Ved afgørelsen vil Finanstilsynet bl.a. lægge vægt på, om personen vil kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis. I vurderingen vil blandt andet indgå, om ansøgeren ved langvarig ansættelse i flere forskellige forsikringsselskaber og forsikringsmæglervirksomheder eller i andre virksomheder, hvor ansøgeren har arbejdet med forsikring, har haft arbejdsopgaver, som ligger tæt op ad de arbejdsopgaver, som en forsikringsmægler varetager. Ansøgeren skal således have beskæftiget sig med direkte kundebetjening. Der vil desuden blive lagt vægt på, om ansøgeren har en uddannelsesmæssig baggrund, som har givet denne en tilstrækkelig forsikringsmæssig viden og indsigt. I uddannelsen som eksamineret erhvervsassurandør ligger eksempelvis en del moduler, som er fælles med modulerne på en egentlig uddannelse som forsikringsmægler, og denne uddannelse kan derfor i det konkrete tilfælde give grundlag for dispensation, hvis de øvrige forudsætninger er opfyldt.

Der kan også blive tale om dispensation, hvis personen har en anden teoretisk og praktisk uddannelse, som modsvarer de krav, der stilles til forsikringsmæglers uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor, som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.”

Det er om K teoretiske og praktiske baggrund blandt andet oplyst, at hun siden 1970 har været ansat i forsikringsbranchen, at hun fra 1999 til 2005 har været

underviser i de faglige uddannelser på Forsikringsakademiet, som forlanges bestået til forsikringsmægleruddannelsen, og at hun siden 1. marts 2005 har været ansat som forsikringsmæglerassistent. Erhvervsankenævnet finder efter en konkret bedømmelse af K samlede forhold, at disse kan ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af lovens § 9, stk. 2, og at hun derfor bør gives tilladelse til at være forsikringsmægler, jf. forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Ankenævnet ændrer derfor Finanstilsynets afgørelse af 23. maj 2008.

4.3. ANDEN FINANSIEL LOVGIVNING

18) Kendelse af 10. november 2009 (J.nr. 2009-0019167).

Bonuscertifikater ikke omfattet af § 12, stk. 1, nr. 3, jf. nr. 11, i bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006.

Bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006 (puljebekendtgørelsen) § 12, stk. 1, nr. 3, jf. nr. 11.

(Niels Bolt Jørgensen, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved brev af 15. april 2009 har K Bank A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2009, hvorved tilsynet fastslog, at konkrete bonuscertifikater udstedt af A bank N.V. ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer, jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. nr. 3.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2009 hedder det:

”Afslag på at sidestille konkrete certifikater med erhvervsobligationer

K Bank A/S har [ved skrivelse af 17. november 2008] anmodet Finanstilsynet om at sidestille konkrete certifikater med erhvervsobligationer i henhold til bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006 om puljepension og andre skattebegunstigede opsparingsformer m.v. (puljebekendtgørelsen) § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Finanstilsynet finder, at certifikaternes strukturerede elementer udgør så stor en del af de konkrete finansielle produkter, at produkterne efter en samlet vurdering anses for at være afledte finansielle instrumenter.

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

Sagsfremstilling

K Bank A/S har anmodet Finanstilsynet om at sidestille konkrete såkaldte bonuscertifikater med erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

De konkrete bonuscertifikater er bygget op på aktier eller aktieindeks og er udstedt af A Bank N.V.

Certifikaterne er udstedt med henblik på omsætning på kapitalmarkedet, og de handles på forskellige børser i Europa. K Bank A/S har oplyst, at de kan stige og falde ubegrænset, men at investor aldrig kan miste mere end det indskudte beløb. Der er tale om en uforrentet fordring, og certifikaterne har forskellig løbetid, som typisk ligger i intervallet 1-3 år fra udstedelsestidspunktet. Det er endvidere oplyst, at de ikke er gearede.

Banken anfører, at hovedstolen eller en del af hovedstolen tilbagebetales til ejeren af værdipapiret og at afkastet afregnes ved udløb, hvor ejeren får udbetalt hovedstolen +/- afkast af investeringen.

Retligt grundlag

I medfør af § 50, stk. 2, og § 373, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet fastsat bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006 om puljepension og andre skattebegünstigede opsparingsformer m.v. (puljebekendtgørelsen).

I henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3, kan Finanstilsynet træffe afgørelse om, at værdipapirer kan sidestilles med de under nr. 1-9 nævnte aktiver.

Finanstilsynets vurdering

På baggrund af de for Finanstilsynet foreliggende oplysninger vurderes de konkrete bonuscertifikater ikke til at kunne sidestilles med erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

De strukturerede elementer vurderes til at have så stor en optionsdel, at de samlet set har karakter af et afledt finansielt instrument, og de kan derfor ikke sidestilles med erhvervsobligationer.
..."

K Bank A/S har den 15. april 2009 klaget over afgørelsen. I brev af 12. maj 2009 har K Bank A/S uddybet klagen og i den forbindelse anført:

"...

2. En beskrivelse af produktet

Bonuscertifikater er et investeringsværktøj, som kan bygges op om næsten alle aktivklasser f.eks. aktier og fremmed valuta. De bonuscertifikater der spørges på, er alle bygget op på én aktie eller et aktieindeks. Investeringen i bonuscertifikatet er et alternativ til direkte investering og giver mulighed for afkast, uanset om markedet er moderat stigende, faldende, eller bevæger sig sidelæns.

Bonuscertifikaterne:

- er udstedt af A Bank N.V. som hæfter for indløsning af certifikatet ved udløb,
- er børsnoteret på forskellige børser i Europa, f.eks. XFRA DEUTSCHE BOERSE AG,

- kan stige og falde ubegrænset (med mindre kunden gerne vil have en cap), holder certifikatet sig over sikkerhedsniveauet, vil der være en garanteret udbetaling. Investor kan aldrig miste mere end det indskudte beløb – på samme vis som ved en traditionel investering,
- anses for en usikret fordring mod udstederen og er uforrentet,
- har forskellig løbetid, som typiske ligger i intervallet 1-3 år fra udstedelsestidspunktet,
- er ikke gearede, og
- kunden bliver ikke ejer af den underliggende aktie, ligesom kunden ikke bliver ejer af den eventuelle afdækning der sker gennem finansielle instrumenter der foretages af udsteder A Bank N.V.

Af prospektet (og brochuren) fremgår det, at hovedstolen eller en del af hovedstolen tilbagebetales til ejeren af værdipapiret, og at afkastet afregnes ved udløb, hvor ejeren får udbetalt hovedstolen +/- afkast af investeringen.

Ved bonuscertifikater får investor ved indfrielse et forud bestemt beløb, som kaldes bonus, hvis kursen på det underliggende aktiv ikke på noget tidspunkt har været under en bestemt grænse i certifikatets løbetid. Disse grænser kaldes sikkerheds- og bonusgrænser.

Bonuscertifikater løber i en aftalt periode. Ved periodens udløb betales der bonus, hvis sikkerhedsgrænsen ikke er blevet overskredet.

Den ”attraktive” risiko-/afkastprofil, som bonuscertifikater har i forhold til direkte investering, betales ved at investor giver afkald på udbytte af det underliggende aktiv i bonuscertifikatets løbetid. ”Udbyttet” anvendes i stedet til at finansiere bonuscertifikatets bonusmekanisme.

Der er bonuscertifikater med eller ud afkastbegrænsning (loft).

Ved et bonuscertifikat med afkastbegrænsning, er der fastsat en maksimal indfrielseskurs på certifikatet. Fordelen ved at vælge et afkastbegrænset bonuscertifikat i stedet for et traditionelt certifikat uden afkastbegrænsning er, at produktets egenskaber er væsentlig bedre: Bonusgrænsen bliver nemlig højere for et afkastbegrænset certifikat.

Eksempel

En investor har besluttet at investere i et bonuscertifikat i stedet for at investere direkte i den underliggende aktie. Kursen på én aktie er 100 kr. på udstedelsesdagen. Sikkerhedsgrænsen for et bonuscertifikat fastsættes typisk som 80 % af den aktuelle aktiekurs, hvilket i dette tilfælde betyder et absolut niveau på 80 kr. Bonusniveauet kunne derimod typisk være

120 %, hvilket i dette tilfælde indebærer et bonusniveau på 120 kr. Disse grænser fastsættes på udstedelsesdagen og ændres ikke i løbetiden.

Hvis aktiekursen på den underliggende aktie ikke på noget tidspunkt kommer under 80 kr. i bonuscertifikatets løbetid, modtager investor 120 kr. ved indfrielse. Hvis aktiekursen kommer under sikkerhedsgrænsen i løbetiden, kobles bonusmekanismen fra, og investor modtager det samme som den aktuelle aktiekurs ved indfrielse op til et maksimum på det fastsatte loft (eksempelvis bonusniveauet).

For en nærmere beskrivelse af produktet, henvises der til det vedlagte brochuremateriale udarbejdet af

3. K Banks begrundelse

På baggrund af § 12, stk. 1, nr. 11 i puljebekendtgørelsen, kan Finanstilsynet træffe afgørelse om, at værdipapirer kan sidestilles med de under nr. 1-9 nævnte aktiver.

3. 1. Fastlæggelse af udgangspunktet for vurderingen

Det er ikke nærmere defineret i § 12, stk. 1, nr. 11 hvad der skal tages udgangspunkt i, når det skal afgøres, hvorvidt et værdipapir kan sidestilles med de under nr. 1-9 nævnte aktiver.

I afgørelsen af 14/7 2000 blev Finanstilsynet spurgt, hvorvidt aktieindekserede obligationer kunne sidestilles med enten *indeksobligationer* eller *erhvervsobligationer*. Finanstilsynet kom til det resultat, at aktieindekserede obligationer kunne sidestilles med *erhvervsobligationer*, idet Finanstilsynet på den ene side anvendte en ”traditionel” definition af indeksobligationer, mens Finanstilsynet på den anden side anvendte en noget bredere og mere udvidende definition af *erhvervsobligationer*.

Den ”traditionelle definition” af aktiverne i nr. 1-9

I afgørelsen blev der således taget udgangspunkt i den ”traditionelle” definition af indeksobligationer - som værende er en obligation, hvis værdi bliver reguleret i takt med prisudviklingen i samfundet -, og kom dermed frem til, at de aktieindekserede obligationer IKKE kunne sidestilles med indeksobligationerne.

En ”bredere definition” af aktiverne i nr. 1-9

I afgørelsen blev der videre taget stilling til, at de aktieindekserede obligationer kunne sidestilles med *erhvervsobligationer*. Dette begrundede Finanstilsynet med, at værdien af produktet relaterer sig til udviklingen i erhvervsvirksomheder.

Havde Finanstilsynet lagt vægt på en ”traditionel definition” af *erhvervsobligationer*, ville Finanstilsynet formodentlig have taget udgangspunkt i en obligation udstedt af en virksomhed for at låne

kapital, og typisk med en effektiv rente som er højere end på statsobligationer, da risikoen på obligationerne er højere. Værdien af obligationen/fordringen vil således alene afhænge af udviklingen i virksomheden, og dermed ikke af udviklingen i *andre* erhvervsvirksomheder/selskaber.

Selv om produkterne har visse lighedspunkter – nemlig at der vedrørende begge produkter er tale om en fordring, hvis værdi afhænger af udviklingen i erhvervsvirksomheden, så har den aktieindekserede obligation endnu et element, nemlig det, at afkastet (og dermed værdien) afhænger af udviklingen i *andre* virksomheder/aktier, end den virksomhed der er investeret i. Der er således med afgørelsen af 14/7 2000 åbnet op for, at der kan tages udgangspunkt i en bredere og mere udvidende definition end den traditionelle definition, når det skal afgøres om et værdipapir kan sidestilles med et aktiv nævnt i nr. 1-9.

3.1.1. Hvilke hensyn må den ”bredere definition” opfylde

Hvis man skal gå ud over den traditionelle definition, må det ske under hensyntagen til *formålet med placeringsreglerne*.

Formålet med placeringsreglerne i § 50, stk. 2 og § 373, stk. 4 i lov om finansiel virksomhed, er

- at beskytte opsparernes midler
- at sikre en vis mindste kvalitet af det enkelte værdipapir, samt
- at sikre et vist minimum af risikospredning,

jf. lovbemærkningerne til § 50 i Lov om finansiel virksomhed.

Endvidere er placeringsreglerne med til at sikre, at der er indkomst til beskatning, når pensionsordningerne udbetales – dvs. at beskytte samfundet imod at miste et ”udskudt” skattegrundlag.

Det er bestemt i puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, at investering i visse positivt nævnte aktivtyper opfylder formålet med placeringsreglerne. Disse aktivtyper er således stempet som ”sikre” aktivtyper i relation til placeringsreglerne.

Når der er tale om et produkt der ”pakker” et aktiv ind, og hvor udviklingen i det underliggende aktiv er det ”bærende” element ved værdiansættelsen af produktet (dvs. værdien af produktet følger *i overvejende grad* udviklingen af værdien af det underliggende aktiv), kan man derfor argumentere for, at vurderingen skal foretages på baggrund af følgende betragtning:

Hvis

- der kan investeres direkte i det *underliggende aktiv* der er i produktet (her en aktie), jf. puljebek. § 12, stk. 1, nr. 1-9, og hvis
- der IKKE er større risiko ved produktet end ved direkte investering i det underliggende aktiv (her en aktie),

så kan værdipapiret sidestilles med det underliggende aktiv (her en aktie) i relation til placeringsreglerne - eller alternativt med den aktivtype der

har flest lighedspunkter med værdipapiret (her en erhvervsobligation, idet værdipapirer er en fordring på A Bank N.V.).

3.2. Kan Bonuscertifikatet sidestilles med en aktie eller en erhvervsobligation

Det underliggende aktiv i Bonuscertifikatet:

Bonuscertifikatet er baseret på en dansk aktie, der handles på et reguleret marked. Der kan således investeres direkte i det underliggende aktiv, jf. puljebek. § 12, stk. 1, nr. 3.

Værdien af certifikatet følger *i overvejende grad* udviklingen i den underliggende aktie, og udviklingen i den underliggende aktie er derfor det "bærende" element ved værdiansættelsen af certifikatet.

Risikoen ved certifikatet:

Produktet udbydes til den mere sikkerhedssøgende investor, der ønsker at investere i aktier, hvor kunden kan dække sig ind mod moderate kursfald og få mulighed for højere afkast.

Såfremt værdien af den underliggende aktie på et tidspunkt kommer under 80 % af kursen ved udstedelsen af certifikatet, så er værdien af certifikatet præcis den samme, som værdien af den underliggende aktie. Så længe værdien af den underliggende aktie ligger over 80 %, udgør værdien af certifikatet 120 % - dvs. mere end den underliggende aktie, hvis aktien er steget op til 119 %, og mindre end den underliggende aktie, hvis aktien er steget over 120 % (hvis der er tale om et certifikat med loft, og loftet udgør bonusniveauet).

I forhold til direkte investering i den underliggende aktie, er risikoen ved certifikatet således mindre ved moderate fald i aktiekursen (ned til 80 %), mens risikoen ved certifikatet er den samme ved større fald i aktiekursen (under 80 %). Endvidere er der en risiko for, at man ikke får del i det fulde afkast, såfremt kursen overstiger 120 % (såfremt der er loft over afkastet og kursen ikke forinden har været under 80 %). Denne risiko relaterer sig dog udelukkende til afkastet på produktet og ikke til tab af de oprindeligt investerede midler, og kun vedrørende afkast der ligger over et vist minimumsniveau (20 %).

Samlet set er det derfor vores opfattelse, at risikoen ved investering i bonuscertifikatet er *mindre* sammenlignet med en direkte investering i den underliggende aktie. Dette er også begrundelsen for, at produktet efterspørges af og udbydes til den mere "sikkerhedssøgende" investor, der ønsker at investere i en aktie.

På baggrund af ovenstående argumentation, er det vores opfattelse, at produktet enten kan sidestilles med

- en aktie (det underliggende aktiv), idet udviklingen i det underliggende aktiv er det bærende element ved værdiansættelsen af certifikatet, og idet at risikoen ved certifikatet ikke er større, end hvis investor havde investeret direkte i den underliggende aktie eller

- en erhvervsobligation, idet Bonuscertifikatet indebærer, at investor har en fordring på A Bank N.V. og derfor produkttypemæssigt mest minder om en erhvervsobligation, jf. også den bredere definition af erhvervsobligationer der er anvendt i afgørelsen af 14/7 2000.

Vurdering af optionsdelen i produktet

Vi mener ikke, at det er et afgørende element i vurderingen, at der er en optionsdel i produktet, idet optionsdelen i dette produkt indebærer, at risikoen ved produktet er mindre end ved direkte investering i den underliggende aktie, og idet produktets risiko skal vurderes som en helhed.

Når optionsdelen skal vurderes, skal produktet endvidere anskues i forhold til investor, og dermed anses for ét samlet produkt. Dvs. det afgørende er ikke, hvilke finansielle instrumenter der ligger bag, dvs. hvilke finansielle kontrakter udstederen af produktet (A N.V.) evt. måtte indgå (dette er da heller ikke fastlagt på forhånd – og kan endvidere ændre sig over tid). Investor er således ikke ejer af de evt. bagvedliggende kontrakter, ligesom investor ikke ejer den bagvedliggende aktie.

Der skal endvidere henvises til lovbemærkningerne til § 50 i Lov om Finansiell virksomhed, hvoraf det fremgår, at tabsrisikoen i forbindelse med anvendelse af finansielle instrumenter skal begrænses, og at baggrunden for indskrænkningen i anvendelsen af finansielle instrumenter (puljebek.§ 24) er, at enhver mulighed for brug af finansielle instrumenter giver store kontrolmæssige vanskeligheder.

Når der er tale om et certifikat, er der ikke et ”kontrolmæssigt” hensyn at tage, da de ”bagvedliggende” finansielle kontrakter ikke berører kunden/investor. Den enkelte investors risiko er således fastlagt på forhånd, og er dermed uafhængig af, hvordan udsteder dækker sig ind – evt. via finansielle instrumenter.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 19. juni 2009 udtalt:

” ...

Finanstilsynet skal henlede opmærksomheden på, at den brochure, som K Bank A/S har vedlagt klagen til Erhvervsankenævnet, ikke er identisk med den, som K Bank A/S har vedlagt anmodningen til Finanstilsynet Brochuren, der er sendt til Erhvervsankenævnet, indeholder dog ikke oplysninger, der giver Finanstilsynet anledning til at ændre afgørelsen.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Puljebekendtgørelsen er udstedt i medfør af lov om finansiell virksomhed § 50, stk. 2.

...

Hvis midlerne anbringes kontant på en indlånskonto, forrentes midlerne med den til enhver tid gældende rente for sådanne kontantindskud. Ved puljeindlån placeres de indskudte midler ved aftale mellem

pengeinstituttet og kunden i en eller flere puljer med værdipapirer. Afkastet af de indbetalte midler svarer til afkastet af de værdipapirer, som er indeholdt i puljen. Værdipapirerne anvendes derved som beregningsgrundlag, idet værdipapirerne tilhører pengeinstituttet og ikke indskyderen.

Hvis midlerne anbringes i et særskilt depot, afgør kunden selv, hvilke værdipapirer opsparingen skal placeres i, hvor ofte og hvornår der skal handles m.v. Kunden bærer alle direkte omkostninger ved bl.a. køb og salg af værdipapirer, ligesom kunden har ejendomsretten til værdipapirerne.

Bestemmelsen er en videreførelse af § 42 a i lov om banker og sparekasser m.v.

I bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed § 50, stk. 2, jf. lovforslag nr. 176 som fremsat den 12. marts 2003, fremgår bl.a. følgende:

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

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

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

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

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

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

Finanstilsynet kan godkende nye værdipapirer og nye regulerede markeder.

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

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

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

Af puljebekendtgørelsens § 12 fremgår følgende:

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

1) Som indestående på en kontantforrentet indlånskonto.

2) I

- a) statsobligationer,*
- b) realkreditobligationer og obligationer udstedt af Danmarks Skibskreditfond,*
- c) indeksobligationer,*
- d) skatkammerbeviser,*
- e) erhvervsobligationer garanteret af den danske stat eller andre medlemsstater inden for Den Europæiske Union eller af stater, som Fællesskabet har indgået aftale med, samt*
- f) obligationer udstedt eller garanteret af danske amtskommuner, danske kommuner, Grønlands hjemmestyre, Færøernes landsstyre, eller regionale og lokale myndigheder i andre lande inden for Den Europæiske Union eller lande, som Fællesskabet har indgået aftale med, og hvor de kompetente myndigheder har givet nulvægt.*

3) I aktier, konvertible obligationer, erhvervsobligationer samt i tegningsretter knyttet til aktier, der allerede indgår i opsparingen.

[...]

11) I værdipapirer som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under nr. 1-9 nævnte aktiver.

[...]

Stk. 10. Puljer kan efter bestemmelserne i kapitel 6-10 anvende afledte finansielle instrumenter. Særskilte depoter kan anvende afledte finansielle instrumenter efter bestemmelserne i kapitel 10.

[...]

Stk. 14. Anvendes midler i særskilte depoter til anbringelse i de i stk. 1, nr. 3, 6-7, 9 og 10 nævnte aktiver, må værdien af værdipapirer udstedt af en enkelt emittent ikke overstige 20 pct. af kundens opsparing i samme pengeinstitut placeret på

*kontantforrentede indlånskonti samt i særskilte depoter. Op til 20 pct. af kundens opsparing i særskilte depoter kan anbringes i de i stk. 1, nr. 8, nævnte aktiver. Et beløb svarende til det efter pensionsbeskatningsloven maksimale tilladte årlige indskud på en kapitalpensionsordning kan dog altid anbringes i værdipapirer omfattet af stk. 1, nr. 3 og 5-10.
[...]"*

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

"Ved afledte finansielle instrumenter forstås i denne bekendtgørelse finansielle instrumenter, hvis værdi afhænger af værdien på et underliggende aktiv eller finansielt instrument, herunder værdipapirer, indeks og renter."

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

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

- 1) Som indestående på en kontantforrentet indlånskonto.*
- 2) I obligationer, herunder indeksobligationer, skatkammerbeviser og konvertible obligationer.*
- 3) I aktier, tegningsretter og aktieretter til aktier.*
- 4) I investeringsforeningsandele udstedt af investeringsforeninger eller afdelinger af sådanne, der omfattes af lov om investeringsforeninger.*
- 5) I sparekassernes beviser for garantikapital og andelskassernes beviser for andelskapital, såfremt beviserne ifølge sparekassens eller andelskassens vedtægter er omsættelige.*
- 6) I værdipapirer, som efter Finanstilsynets afgørelse kan sidestilles med de under nr. 1-5 nævnte aktiver."*

Loven indeholdt således også dengang en mulighed for at Finanstilsynet kunne sidestille værdipapirer med de oplyste. Af lovbemærkningerne til nr. 6 fremgår følgende (lovforslag nr. L 5 som fremsat den 2. oktober 1991):

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

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

Der er således lagt op til en restriktiv anvendelse af dispensationsmuligheden, der er tiltænkt situationen, hvor nye eller udenlandske værdipapirer introduceres på det danske marked. Denne fortolkning blev opretholdt med vedtagelsen af lov om finansiel virksomhed, jf. bemærkningerne hertil ovenfor.

Finanstilsynet traf den 14. juli 2000 afgørelse i en sag om aktieindekserede obligationer i forhold til den dagældende puljebekendtgørelses § 10 (bekendtgørelse nr. 657 af 4. september 1998). I afgørelsen havde et pengeinstitut forespurgt, hvorvidt obligationer, der er udstedt af en virksomhed og indekseres på baggrund af et aktieindeks, skal kategoriseres som indeksobligationer eller erhvervsobligationer. Finanstilsynet traf følgende afgørelse:

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

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

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

De pågældende obligationer var indekseret på de største aktier i Europa henholdsvis de største aktier i USA. Obligationerne var uforrentede, da kursen på obligationen i stedet forøgedes med en procentdel af stigningen i aktieindekset. Hvis aktieindekset faldt, var obligationerne garanteret indfrielse til kurs 100 på udløbstidspunktet.

Endelig skal det oplyses, at konsekvensen af, at et værdipapir/instrument ikke er omfattet af oplystningen i § 12, stk. 1, men i stedet skal betegnes som et afledt finansielt instrument bl.a. er, at de ikke kan indgå i et særskilt depots portefølje, medmindre der er tale om optioner eller warrants, jf. puljebekendtgørelsens § 24.

3. Finanstilsynets vurdering

Ved investering i et af de pågældende Bonuscertifikater investerer kunden i udviklingen af den underliggende aktie. Bonuscertifikatet kan falde og stige ubegrænset. Hvis der er fastsat et loft, er afkastet dog begrænset heraf. Kunden kan dermed tabe op til det indskudte beløb. *Bonussen* ved et Bonuscertifikat ligger i den strukturerede del af produktet. Hvis kursen på den underliggende aktie ikke på noget tidspunkt i certifikatets løbetid har været under en bestemt grænse (sikkerhedsniveauet), udbetales et forud bestemt beløb (bonusniveauet) uafhængigt af kursen på den underliggende aktie, dog højst op til et evt. fastsat loft.

Betalingen for produktet sker ved, at kunden giver afkald på udbytte af den underliggende aktie. Hvis der er fastsat et loft, giver kunden

endvidere afkald på en evt. kursstigning på den underliggende aktie over dette loft.

...

Efter K Bank A/S' opfattelse er risikoen ved investering i Bonuscertifikater mindre end ved investering direkte i den underliggende aktie.

Finanstilsynet er ikke enig heri. Både ved investering i Bonuscertifikatet og i den underliggende aktie risikerer man at tabe hele sin investering. Derudover giver man ved Bonuscertifikatet afkald på udbytte, samt afkastet, hvis kursen overstiger et evt. fastsat loft på Bonuscertifikatet.

Det skal hertil nævnes, at ved investering i et Bonuscertifikat erhverver man en usikret fordring på udstederen (her A N.V.). Udover at være afhængig af udviklingen i udstederen af den underliggende aktie er man således også afhængig af betalingsevnen hos udstederen af Bonuscertifikatet.

Bonuscertifikater kan således give kunden et større tab, end ved investering direkte i den underliggende aktie, idet man samtidig har givet afkald på udbytte.

K Bank A/S anfører, at Bonuscertifikaterne kan sidestilles med enten aktier eller erhvervsobligationer, jf. puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Finanstilsynet finder, at Bonuscertifikater ikke kan sidestilles med aktier eller erhvervsobligationer, jf. herunder, men at der derimod er tale om et afledt finansielt instrument.

Lov om finansiell virksomhed § 12, stk. 1, indeholder, som det også fremgår af lovbemærkningerne, en udtømmende liste af placeringsmulighederne for de pågældende opsparingsformer. I stk. 1, nr. 11, er der åbnet mulighed for at Finanstilsynet kan godkende nye værdipapirer, der opfylder kravet om en vis mindste kvalitet af det enkelte værdipapir. Som nævnt i lovbemærkningerne, skal denne dispensationsadgang anvendes restriktivt.

Sidestillelse med aktier

Finanstilsynet skal først og fremmest gøre opmærksom på, at K Bank A/S' anmodning af 17. november 2008, Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2009 og K Bank A/S' foreløbige klage af 15. april 2009 alle vedrører sidestillelse af de pågældende certifikater med erhvervsobligationer. I K Bank A/S' endelige klage af 12. maj 2009 nedlægges også påstand om at sidestille certifikaterne med aktier.

Finanstilsynet har således ikke tidligere truffet afgørelse i sagen om at sidestille Bonuscertifikater med aktier og skal på denne baggrund begære denne del af sagen afvist.

Subsidiært skal Finanstilsynet anføre følgende:

Der er væsentlige forskelle på at investere direkte i den underliggende aktie og at investere i et Bonuscertifikat. Ved køb af en aktie erhverver man en ejerandel i virksomheden. Hertil medfølger en række selskabsretlige aktionærrettigheder. Det drejer sig bl.a. om ret til at modtage indkaldelse til generalforsamlinger, ret til at møde op, tage ordet og afgive stemme på generalforsamlingen, og ret til udbytte m.v. fra selskabet.

Ved et Bonuscertifikat får man ikke en ejendomsret til den underliggende aktie. Man erhverver således alene en fordring på udstederen og ikke ejendomsretten til aktierne.

Herudover har Bonuscertifikaterne en løbetid, som efter K Bank A/S' oplysninger typisk er 1-3 år. Der findes ikke en sådan løbetid på aktier, hvor investor til enhver tid har mulighed for at sælge eller beholde sine aktier, afhængigt af vedkommendes forventninger til udviklingen i aktiekursen.

I forhold til værdiansættelsen ligger afkastet fra en investering direkte i aktien i aktiekursen. Ved opgørelsen af afkastet på et Bonuscertifikat er det væsentlige den strukturerede del i form af sikkerhedsniveauet, bonusniveauet og et evt. loft. Der er altså indsat en række andre elementer, som sættes i eller ud af kraft afhængig af udviklingen i kursen på den underliggende aktie. Afkastet på Bonuscertifikatet vil således ikke nødvendigvis afspejle aktiekursen.

Det skal hertil bemærkes, at Bonuscertifikaterne netop markedsføres som interessante når markedet er moderat stigende eller faldende eller bevæger sig sidelæns – altså i de situationer, hvor afkastet ikke afskygger aktiekursen.

På baggrund af ovenstående finder Finanstilsynet, at Bonuscertifikater har en række væsentlige forskelle fra en aktie, og at de derfor ikke kan sidestilles med aktier i medfør af puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Sidestillelse med erhvervsobligationer

K Bank A/S anfører, at idet Bonuscertifikatet indebærer, at kunden har en fordring på A Bank N.V., minder det produkttypemæssigt mest om en erhvervsobligation. Til støtte herfor henvises til Finanstilsynets afgørelse af 14. juli 2000, der efter K Bank A/S' opfattelse kan tages til indtægt for en bredere definition af erhvervsobligationer.

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

Risikoen ved en erhvervsobligation ligger i, at udstederen af obligationen ikke kan opfylde sine betalingsforpligtelser i henhold til obligationen.

Der er således en risiko for at miste hele sin investering, hvis udstederen af erhvervsobligationen går konkurs.

Den væsentlige forskel til Bonuscertifikater er, at der ved certifikaterne ikke er en på forhånd fastsat indfrielseskurs, idet værdien følger den underliggende aktie. Samtidig afviger certifikatet ved den strukturerede del med sikkerhedsniveau, bonusniveau og evt. loft også betydeligt fra erhvervsobligationer.

Finanstilsynets afgørelse af 14. juli 2000 vedrørte spørgsmålet, om aktieindekserede obligationer skal kategoriseres som indeksobligationer eller erhvervsobligationer i henhold til puljebekendtgørelsen. De pågældende papirer havde obligationernes karakteristika i form af en fordring på udsteder, hvor investor havde ret til indfrielse til kurs 100 på udløbstidspunktet. Der var ikke knyttet særlige elementer til obligationen.

Finanstilsynet er ikke enig i, at afgørelsen kan tages til indtægt for en bredere definition af erhvervsobligationer, hvorved Bonuscertifikater skulle være omfattet heraf.

På baggrund af ovenstående finder Finanstilsynet, at Bonuscertifikater ikke kan sidestilles med erhvervsobligationer i medfør af puljebekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, jf. § 12, stk. 1, nr. 3.

Afledt finansielt instrument

Da Bonuscertifikaternes værdi *afhænger* af den underliggende aktie, og de ikke kan sidestilles med hverken aktier eller erhvervsobligationer, finder Finanstilsynet, at der er tale om afledte finansielle instrumenter, jf. puljebekendtgørelsens § 14.

...”

Ankenævnet udtaler:

Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer udtaler:

For så vidt angår Finanstilsynets påstand om afvisning af den del af K Bank A/S' klage, der vedrører sidestillelse af de omhandlede certifikater med aktier bemærkes, at K Bank A/S i sit brev af 17. november 2008 til Finanstilsynet indledningsvis anfører: ”Kan Finanstilsynet bekræfte, at certifikater...er omfattet af bekendtgørelse nr. 1464 af 13. december 2006...§12, stk. 1, nr. 3, jf. nr. 11?”. Herefter, og da aktier er nævnt i bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 3, findes der - uanset at Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2009 ikke omtaler aktier - ikke grundlag for at afvise K Bank A/S' klage som påstået.

Erhvervsankenævnet lægger efter det oplyste til grund, at et bonuscertifikat indeholder en væsentlig større risiko end en erhvervsobligation, idet der ikke på forhånd er fastsat en indløsningskurs, og at et bonuscertifikat indeholder væsentlige strukturerede dele, som adskiller dem betydeligt fra erhvervsobligationer. Det lægges endvidere til grund, at et bonuscertifikat savner grundlæggende selskabsretlige karakteristika, ligesom de indeholder væsentlige strukturerede dele, som adskiller dem betydeligt fra aktier.

På denne baggrund, og da dispensationsadgangen efter bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 11, ifølge bestemmelsens forarbejder skal anvendes restriktivt, tiltræder Erhvervsankenævnet Finanstilsynets vurdering, hvorefter bonuscertifikaterne ikke er omfattet af bekendtgørelsens § 12, stk. 1, nr. 3, jf. § 11.

Cato Baldvinsson udtaler:

Bonuscertifikatet er et massegældsbrev, udstedt af en erhvervsvirksomhed A (en bank undergivet skærpet tilsyn), der er forpligtet til at betale det i obligationsbetingelserne fastsatte afkast. Det kan ikke diskvalificere bonuscertifikatet som erhvervsobligation, hvorledes selve afkastet er fastsat/aftalt og om der er større eller mindre risiko på fordringens afkast og hovedstol.

Afkastet er indekseret mod udviklingen i en banks aktiekurs og desuden afhængig af kursudviklingen inden for nogle givne kursrammer. Sidstnævnte udgør ganske rigtigt et optionselement men diskvalificerer ikke bonuscertifikatet, status som erhvervsobligation.

Jeg stemmer herefter for at tage K Banks påstand til følge for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det omhandlede bonuscertifikat efter puljebekendtgørelsen kan omfattes af betegnelsen virksomhedsobligation.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2009.

4.4. AKTIE- OG ANPARTSSELSKABSLOVEN

19) Kendelse af 24. februar 2009 (J.nr. 2008-0017615).

Den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udpegede medrevisor, ifg.

Aktieselskabsloven § 82, stk. 2 tiltrådt.

Aktieselskabsloven 82, stk. 2.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 8. september 2008 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 25. august 2008 har udpeget statsautoriseret revisor B som medrevisor i selskabet i medfør af aktieselskabslovens § 82, stk. 2.

Sagens omstændigheder:

I en over klagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 7. oktober 2008 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Styrelsen modtog fra advokat C en anmodning af 27. juni 2008 om at udnævne en medrevisor i selskabet, jf. aktieselskabslovens § 82, stk. 2. ...

Advokat C repræsenterede en aktionær, der ejer 49 % af aktiekapitalen i selskabet, og ønskede udnævnt stats.aut. rev. B som medrevisor.

2. Styrelsen hørte den 6. august 2008 selskabet om anmodningen fra advokat C om udnævnelsen af stats.aut. rev. B som medrevisor i selskabet. ... Styrelsen gjorde opmærksom på, at styrelsen agtede at udnævne B som medrevisor i selskabet, og at der kun kan gøres indsigelse mod udnævnelse af en bestemt revisor, men ikke mod, at der udnævnes en medrevisor.

3. I brev af 6. august 2008 meddelte advokat A, at selskabet ikke ønsker, at B blev udnævnt til medrevisor. ...

Om baggrunden herfor oplyste advokat A, at det er ledelsens opfattelse, at samarbejdet med B har været vanskeligt, og at der fra B side har været stillet en række urimelige krav - herunder adgang til oplysninger vedrørende D A/S - i forbindelse med revisionen af selskabets regnskab fra 2007.

A oplyste yderligere, at selskabet fandt B revisionshonorar for stort.

4. Styrelsen meddelte i brev af 14. august 2008 B, at styrelsen fortsat agtede at udnævne hende som medrevisor, hvis hun var indforstået hermed. I modsat fald vil styrelsen anmode Foreningen af Statsautoriserede Revisorer om at foreslå en anden revisor. ...

Styrelsen fandt således ikke, at de rejste indvendinger fra selskabets side var egnede til at vække tvivl om B uafhængighed til at virke som revisor for selskabet. Styrelsen fandt heller ikke, at det anførte om honorar var en relevant indsigelse i relation til udnævnelse af B som medrevisor.

5. Stats.aut. rev. B meddelte i brev af 20. august 2008, at hun påtog sig opgaven som medrevisor. ...

6. Styrelsen registrerede den 25. august 2008 stats.aut. rev. B som medrevisor og meddelte det til de involverede parter. ...”

I klageskrivelse af 8. september 2008 har advokat A anført:

”...

I nærværende sag repræsenterer jeg K A/S og E ApS, der ejer 51 % af aktierne i K A/S.

Advokat C repræsenterer F ApS, der ejer 49 % af aktierne.

På generalforsamlingen i selskabet den 28. juni 2007 blev statsautoriseret revisor B valgt som mindretalsrevisor. ...

På generalforsamlingen i selskabet den 11. juni 2008 blev statsautoriseret revisor B ikke genvalgt som revisor. Der forelå begæring fra mindretalsaktionæren om, at statsautoriseret revisor B blev indvalgt som mindretalsrevisor, hvilket ikke blev vedtaget. ...

...

Jeg skal ved nærværende anke den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen trufne afgørelse vedrørende spørgsmålet om udpegning af statsautoriseret revisor B til medrevisor.

Som begrundelse skal jeg henvise til det i ... [skrivelse af 6. august 2008 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen] anførte samt yderligere anføre, at det efter hovedaktionærens opfattelse har forholdt sig således, at statsautoriseret revisor B alene har varetaget mindretalsaktionærens interesser, at der har været dårligt samarbejde med selskabets valgte revisor, statsautoriseret revisor G, at samarbejdet med statsautoriseret revisor B og ledelsen har været dårligt, herunder at statsautoriseret revisor B har forlangt adgang til regnskaber for søsterselskab, konflikt med selskabets hovedrevisor, og at statsautoriseret revisor B har stillet krav om helt urimeligt detaljeringsgrad.

Jeg skal yderligere anføre, at selskabet har gjort indsigelse mod statsautoriseret revisor B's faktura,
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i redegørelsen af 7. oktober 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

” ...

Ifølge aktieselskabslovens § 82, stk. 2, har en minoritetsaktionær ret til at anmode styrelsen om at udnævne en medrevisor, der skal deltage i revisionsopgaven på lige fod med den generalforsamlingsvalgte revisor.

Når styrelsen modtager en anmodning om udpegning af medrevisor, kan der medfølge en anmodning om, hvem minoritetsaktionæren ønsker, at styrelsen skal udpege. I så fald spørger styrelsen selskabet, om det har indvendinger mod udpegningen af denne revisor.

Styrelsen har den suveræne udpegningsret og er ikke bundet til at udnævne en foreslået revisor.

Hvis der ikke er indvendinger, udpeger styrelsen den foreslåede revisor som medrevisor.

Hvis selskabet har relevante indvendinger, anmoder styrelsen enten Foreningen af Statsautoriserede Revisorer eller Foreningen af Registrerede Revisorer om at udpege en revisor til hvervet som medrevisor i selskabet. Det gælder i de tilfælde, hvor der fra selskabets side rejses berettiget tvivl om revisors habilitet. I de tilfælde, hvor selskabet fremfører saglige indvendinger mod valget, vil styrelsen heller ikke udpege den foreslåede revisor. I den forbindelse henvises til ankenævnets kendelse i sagen j.nr. 00-00.000.

I nærværende sag foreligger der efter styrelsens opfattelse ikke tvivl om den foreslåede revisor uafhængighed.

Der foreligger efter styrelsens opfattelse heller ikke afgørende saglige hensyn, som taler mod udnævnelsen.

Det forhold, at samarbejdet med B efter selskabets opfattelse har været vanskeligt, og at der fra B side angiveligt har været stillet en række urimelige krav - herunder adgang til oplysninger vedrørende D A/S - i forbindelse med revisionen af selskabets årsrapport for 2007, finder styrelsen ikke har den fornødne saglighed.

Bestyrelse og direktion i et aktieselskab skal give revisor adgang til at foretage de undersøgelser, som revisor finder nødvendige, jf. aktieselskabslovens § 54 b, stk 2. I denne bestemmelse er det forudsat, at revisor selv tilrettelægger sin revision.

Der er opstået uenighed om dette forhold mellem revisionen og selskabet, og dette er kommet til udtryk i revisionspåtegningen i årsrapporten. ...

I henhold til den dagældende lov nr. 302 af 30. april 2003 om statsautoriserede og registrerede revisorer § 2 skal revisor som offentlighedens tillidsrepræsentant udføre sine opgaver med omhu, nøjagtighed og den hurtighed, som deres beskaffenhed tillader, samt i overensstemmelse med god revisorskik. Hermed tilkendegives bl.a., at revisor skal være objektiv i sit virke.

På det foreliggende grundlag finder styrelsen ikke grundlag for at antage, at B ikke har opfyldt disse krav. Heller ikke, selv om det i klagen til ankenævnet er anført, at hun alene har varetaget mindretalsaktionærens interesser.

Advokat A har yderligere oplyst, at selskabet fandt B revisionshonorar for stort. Under ankesagen har han anført, at selskabet den 8. september 2008 har gjort indsigelse mod honoraret og har bedt Foreningen af Statsautoriserede Revisorer om at tage stilling til, om honoraret er rimeligt.

Da styrelsen traf afgørelse den 25. august 2008, havde selskabet endnu ikke anmodet Foreningen af Statsautoriserede Revisorer om en sådan udtalelse, men styrelsen fandt ikke honoraret urimeligt. Hvis Foreningen af Statsautoriserede Revisorer skulle nå frem til, at honoraret var urimeligt, kan denne indsigelse fra selskabet vise sig at være en saglig indvending.
...”

I skrivelse af 10. november 2008 har advokat A anmodet om, at sagen udsættes, indtil Foreningen af Statsautoriserede Revisorer har taget stilling til statsautoriseret revisor B honorar, og at der alternativt, indtil en afgørelse foreligger, udpeges en anden mindretals revisor.

Advokat C har på vegne af F ApS ved skrivelse af 11. november 2008 meddelt, at anmodningen om udpegning af statsautoriseret revisor B som medrevisor fastholdes, og ved skrivelse af 1. december 2008 har han henstillet, at ankenævnet ikke udsætter sagen på afgørelsen fra Foreningen af Statsautoriserede Revisorer af honorarspørgsmålet.

Erhvervsankenævnet har den 9. januar 2009 fra advokat C modtaget afgørelse af 22. december 2008 vedrørende honorarspørgsmålet fra Foreningen af Statsautoriserede Revisoreres Responsumudvalg. Sagen blev afvist, da honoraret ifølge det oplyste var betalt, idet udvalget betragtede betalt honorar som accept af honorarets størrelse.

Ankenævnet udtaler:

Der er ud fra det af klageren anførte ikke grundlag for at rejse tvivl om statsautoriseret revisor B habilitet og uafhængighed, eller at hun ikke skulle have den fornødne faglige kompetence.

Herefter og da det af klageren anførte ikke kan føre til, at statsautoriseret revisor B ikke kan udpeges som medrevisor i K A/S, jf. aktieselskabslovens § 82, stk. 2, stadfæster ankenævnet derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 25. august 2008.

20) Kendelse af 30. juni 2009 (J.nr. 2008-0018004).

Selskab pålagt at ændre navn, da nuværende navn egnet til at vildlede.

Anpartsselskabslovens § 2, stk. 3.

(Finn Møller, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. november 2008 har advokat A på vegne K ApS klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. oktober 2008, hvorved styrelsen påbød selskabet at ændre navn senest på tidspunktet for selskabets ordinære generalforsamling i 2009 og anmelde dette senest den 30. juni 2009.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 26. november 2008 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Den 26. september 2006 blev ...[K ApS] stiftet og via styrelsens selvregistreringssystem Webreg.dk registreret den 27. september 2006.

På baggrund af bl.a. anmeldelse om stiftelse af et nyt selskab ”B ApS”, konstaterede styrelsen at, at nogle virksomheder herunder ”K ApS”, benyttede ordet ”ministeriet.”

Dette medførte, at styrelsen i brev af 18. juli 2008 anmodede selskabet om at ændre navn, ...

I brev af 7. august 2008 anfægtede advokat A styrelsens krav om ændring af selskabsnavnet og nægtede at imødekomme dette krav.

I brev af 8. oktober 2008 fastholdt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kravet om ændring af selskabet navn.
...”

I den påklagede afgørelse af 8. oktober 2008 hedder det blandt andet:

”

Det er fortsat Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at selskabets navn, hvori ”ministeriet” indgår, har et officielt præg og derfor kan vække vildledende forestilling om offentlig virksomhed. Styrelsen fastholder som følge heraf, at selskabet skal ændre navn senest på førstkommende generalforsamling, jf. anpartsselskabslovens § 2, stk. 3.

Det forhold, at styrelsen først 2 år efter registreringen af selskabet, som i øvrigt skete via styrelsens selvregistreringssystem (Webreg), ændrer ikke på dette forhold, idet anmelder har ansvaret for, at registreringen er lovlig.

Hertil kommer, at styrelsen ikke har ressourcer til at påse alle registreringers lovlighed, som sker via Webreg,

Styrelsen foretager dog stikprøvekontrol af disse registreringer.

For så vidt oplysningen om, at andre virksomheder benytter ordet, hvori "ministeriet" indgår, bemærkes, at dette ikke lovliggør brugen af dette selskabs navn.

Styrelsen vil dog løbende kontakte selskaber og virksomheder, som er registreret som selskaber med begrænset hæftelse i styrelsen, med henblik på ændring af selskabsnavne, hvori ovennævnte ord indgår.

...

Hvis anmeldelse om navneændring ikke er vedtaget senest på tidspunktet for selskabets ordinære generalforsamling i 2009 og anmeldt senest den 30. juni 2009, vil man pålægge selskabets direktør en ugentlig bøde på kr. 2.000,00, indtil berigtigelse sker, jf. anpartsselskabslovens § 79, stk. 5.

...."

I klageskrivelsen af 4. november 2008 har advokat A anført:

"...

Sagen indeholder ... dels en problemstilling om hvorvidt navnet "K" er lovligt jf. anpartsselskabslovens § 2, stk. 3, dels en problemstilling om hvorvidt min klient har opnået en berettiget forventning om at kunne bruge navnet som følge af at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hverken ved registreringen eller efterfølgende i en periode på mere end 2 år har valgt at gøre indsigelse imod selskabsnavnet.

Ad lovligheden af navnet "K"

Det gøres i nærværende klage gældende at min klients brug af navnet "K" ikke kan opfattes som vildledende i forhold til hvorvidt der er tale om offentlig virksomhed, og følgelig ikke kan anses for i strid med anpartsselskabslovens § 2, stk. 3.

Det kan til sagens oplysning bemærkes at selskabets erhvervsmæssige aktivitet består i planlægning og gennemførelse af fester og arrangementer og henvender sig til private såvel som firmaer, hvilket er baggrunden for anvendelsen af ordet X i selskabets navn.

Ordet X vil efter min opfattelse næppe vil være et ord der anvendes eller kunne tænkes anvendt i en officiel sammenhæng. Ordet er indført i det Danske sprog i 1985 ... og stammer fra engelsk. Det må lægges til grund at ordet fortrinsvist bruges om arrangementer og begivenheder af social,

kulturel eller marketingsmæssig natur. Ordet dækker således ikke over nogen aktivitet eller betegnelse der vedrører offentlig virksomhed, hverken aktuelt eller potentielt.

Videre bemærker jeg at i officiel sammenhæng ses "ministeriet" sædvanligvis at være koblet sammen med ord der beskriver brede almindelige og overordnede emner, såsom eksempelvis "erhverv og økonomi", "kultur" eller "transport". Det bemærkes videre at sådanne emner altid vil være emner af offentlig interesse, og det kan ikke udelukkes at et selskabsnavn hvorved ordet ministeriet blev koblet sammen med et almindeligt begreb af interesse for det offentlige ville kunne virke vildledende.

Min klients selskabsnavn "K ApS" falder imidlertid helt udenfor denne kategori, og kan følgelig ikke opfattes som vildledende. Det forekommer usandsynligt at nogen person på baggrund af min klients selskabsnavn ville kunne få den opfattelse at der skulle være tale om offentlig virksomhed. Min klients anvendelse af ordet "ministeriet" sker i en humoristisk sammenhæng, idet det må almindeligvis antages at det står kunder og gæster klart at der ikke er tale om et ministerium, men en festarrangør.

...

For så vidt angår hvorvidt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens helt generelt kan anse selskabsnavne hvori ordet "ministeriet" indgår for vildledende bemærkes det blot at der må være tale om en konkret vurdering i hver enkelt sag.

...

Jeg forstår ... at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens alene anser selskabsnavne hvori ordet "ministeriet" indgår for vildledende for så vidt angår selskaber og virksomheder registreret som selskaber med begrænset hæftelse. Jeg skal imidlertid hertil henvise til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 6, stk. 3, som indeholder en regel der i det hele svarer til anpartsselskabslovens § 2, stk. 3 og aktieselskabslovens § 153, stk. 3.

På baggrund heraf gøres det gældende at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ikke konsekvent følger den tilkendegivne opfattelse af at brugen af ordet "ministeriet" i et virksomheds- eller selskabsnavn i sig selv skulle være egnet til at vildlede, hvorfor det tillige ses som udtryk for en usaglig forskelsbehandling overfor min klient og/eller selskaber med begrænset ansvar generelt, når min klient pålægges at ændre sit selskabsnavn.

Det bemærkes endvidere hertil at der forekommer adskillige eksempler på virksomheder registreret i CVR som anvender ordet "ministeriet" i virksomhedsnavnet, og at disse ses registreret løbende over en længere årrække.

Endeligt bemærker jeg at i forhold til domænenavnspraksis ses domænenavne hvori ordet "ministeriet" indgår i vidt omfang at være registreret, i Danmark såvel som i EU. ...

Det må lægges til grund, for så vidt angår de dansk registrerede domænenavne at lovligheden heraf ikke efter det oplyste ses anfægtet af nogen myndighed. Jeg skal her tillade mig at henlede opmærksomheden på at et enkelt af ... domænenavne[ne] er registreret allerede i 1999. Myndighedernes passivitet heroverfor, og dermed accept af brugen af ordet "ministeriet" i domænesammenhæng ses til støtte formodningen for at der ikke er tale om en ensartet praksis på området, men at min klient udsættes for en praksisændring med uhjemlet tilbagevirkende kraft.

Vedrørende ... domænenavne registreret i EU lande omkring os, fremgår det at man i disse lande ses at have adgang til at anvende nationalsprogets betegnelse for "ministeriet" i forbindelse med udøvelse af erhvervsvirksomhed. Det forekommer mig urimeligt såfremt min klient skulle stilles ringere end eksempelvis "D" eller "E" i Tyskland, i adgangen til at anvende ordet "ministeriet" i forbindelse med denne type erhvervsvirksomhed. Henset til at selskabslovgivningen i vidt omfang baserer sig på EU regulering, forekommer det mig uhensigtsmæssigt såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens nu anlægger en restriktiv praksis på området, som må anses for afvigende i forhold til den man finder i andre EU lande.

Det bemærkes navnlig i den forbindelse at såfremt en virksomhed i et andet EU land gyldigt og lovligt etablerer sig med sit virksomhedsnavn hvori ordet "ministeriet" indgår i dette land, vil en restriktiv praksis som der anlægges med den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen truffe afgørelse i min klients sag, kunne medføre at registrering og/eller anvendelse af samme virksomhedsnavn (herunder i oversat form) i Danmark vil kunne forhindres, hvilket ikke på forhånd kan udelukkes at ville udgøre en overtrædelse af EF-traktatens art. 43 om retten til fri etablering. Denne problemstilling bør efter min opfattelse indgå i bedømmelsen af min klients sag, idet sagens udfald ses af principiel betydning for fortolkningen af anpartsselskabslovens § 2, stk. 3, og i forbindelse hermed tillige relevant i forholdet til EU retten.

Ad Erhvervs- og Selskabsstyrelsens passivitet

Som anført ... har min klient gennem en periode på mere end 2 år anvendt selskabsnavnet, og har afholdt betydelige omkostninger til markedsføring m.v. af virksomheden, idet min klient har indrettet sig i tiltro til at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke havde indvendinger imod lovligheden af navnet.

...

Indledningsvist bemærker jeg at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en anden sag vedrørende "B" har nægtet registrering under henvisning til anvendelsen af ordet "ministeriet" i selskabsnavnet. Det står ikke min klient klart hvorfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har valgt at prøve denne sag ved registreringen i modsætning til min klients sag, der først prøves efter mere end 2 år.

For så vidt angår spørgsmålet om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ressourcer til prøvelse af selskabsnavne bemærkes det at registrering via

Webreg sker elektronisk og at det må antages at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med lethed har været i stand til eller burde have været i stand til elektronisk at lade systemet påse at bestemte ord som generelt opfattes af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som vildledende, som ex. "ministeriet" ikke registreres i selskabsnavne uden prøvelse.

Jeg bemærker, idet der henvises til *Jacob Ørskov Rasmussen & Jesper Kock Clausen: Beskyttelse af virksomhedsnavne, 2003, side 40 ff*, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretager dels en "EDB-mæssig gennemgang" af registrerede navne, dels en "skønmæssig vurdering der foretages af den enkelte sagsbehandler."

Henset til at det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse at selskabsnavne hvori ordet "ministeriet" indgår anses for egnet til at vildlede, og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som konsekvens heraf agter løbende at kontakte sådanne selskaber, forekommer det at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen allerede ved den skønmæssige vurdering af navnet burde have fremsat sin indsigelse imod navnets lovlighed.

I det tilfælde at der er tale om en praksisændring således at til trods for at virksomhedsnavne eller selskabsnavne hvori ordet "ministeriet" optræder ikke længere accepteres, bør dette selvsagt ikke komme min klient til skade.

Henset til at der, som omtalt ovenfor, findes adskillige virksomheder registreret i CVR som anvender ordet "ministeriet", hvilket ikke ses at have givet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anledning til at reagere, samt henset til det ovenfor anførte omkring domænenavne der anvender ordet, forekommer det mig at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse som meddelt min klient, må opfattes som udtryk for en sådan praksisændring. ..."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder i redegørelsen af 26. november 2008 udtalt:

" ...

Af anpartsselskabslovens § 2, stk. 3, fremgår, at et anpartsselskabs navn ikke må være egnet til at vildlede. Anpartsselskabslovens § 2, stk. 3, er identisk med aktieselskabslovens § 153, stk. 3.

Set i lyset af disse lovbestemmelser har styrelsen anset det for nødvendigt at kræve at navne, hvori ordet "ministeriet" indgår.

Dette gælder endvidere andre kombinationer, hvori dette officielle navn indgår, f.eks. "ministerium".

Om baggrunden herfor kan oplyses, at et navn, hvori ovennævnte ord indgår, efter styrelsens opfattelse kan vække vildledende forestillinger om offentlig virksomhed eller tilknytning til offentlig virksomhed.

Af Kommentaren til aktieselskabsloven § 153, stk. 3, note 12. f, side 852 (Aktieselskabsloven med kommentarer af Lars Bunch, Ida Rosenberg og Lone Sneholt), fremgår, at” navnet må ikke vække vildledende forestillinger om offentlig virksomhed eller tilknytning til offentlig virksomhed, f.eks. ved optagelse af betegnelse som ”statens”, ”stats”, ”rigs”, ”ministeriet”,...

Det forhold, at styrelsen først 2 år efter registreringen af selskabet er blevet opmærksom på ovennævnte navn, ændrer ikke på dette forhold.

Med hensyn til oplysningen i styrelsens brev af 8. oktober 2008 om, at vi løbende vil kontakte selskaber med begrænset hæftelse med henblik på ændring af navne, hvori ovennævnte ord indgår, kan oplyses, at der med denne passus ikke tilsigtes nogen forskelsbehandling af selskaber som er registreret i styrelsen, men blot, at den etablerede stikprøvekontrol normalt retter sig mod selskaber med begrænset hæftelse, som er registreret i styrelsen.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at også andre selskaber, f.eks. et i styrelsen registreret I/S skal overholde kravet i § 6, stk. 3 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Bestemmelsen svarer til aktieselskabslovens § 153, stk. 3 og anpartsselskabslovens § 2 stk. 3.

Afslutningsvis kan oplyses, at der med styrelsens afgørelse ikke er tale om indførelse af ny navnepraksis, og at reglerne om registrering af domænenavne i EU ligger uden for styrelsens lovområde, og styrelsen vurderer, at disse regler ikke er relevante i forhold til den påklagede afgørelse.
...”

I en af advokat A fra Dansk Sprognævn indhentet udtalelse af 17. december 2008 er det anført blandt andet:

”Ad 1:

...

Det er vores klare indtryk at ordet X næppe (eller i hvert fald kun meget sjældent) anvendes i officielle myndighedssammenhænge.

Ad 2:

På baggrund af det ovenstående finder vi ikke umiddelbart at ”K” har et officielt præg.

Ad 3:

Vi finder det ikke sandsynligt at selskabsnavnet ”K ApS” vil vække vildledende forestillinger om offentlig virksomhed.

De rent juridiske forhold kan vi naturligvis ikke udtale os om.
..."

I skrivelse af 6. januar 2008 har advokat A yderligere anført blandt andet:

"Jeg skal ... fastholde, at aktieselskabslovens § 153, stk. 3, indebærer, at der foretages en konkret skønmæssig vurdering i hvert enkelt tilfælde. Den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens meddelte opfattelse kan således alene opfattes som et udtryk for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forsøger at sætte skøn under regel, hvilket som bekendt ikke er tilladt efter forvaltningsretlige regler.

Jeg har endvidere noteret mig, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i sin udtalelse af 26. november 2008 ikke ses at have fremkommet med oplysninger til støtte for, at "K ApS" konkret kan opfattes som egnet til at vække vildledende forestilling om offentlig virksomhed. Det må herefter kunne lægges til grund, at dette ikke er tilfældet.
..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 30. januar 2009 heroverfor bemærket:

"...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan på baggrund af udtalelsen fra Dansk Sprognævn, tilslutte sig, at ordet X næppe eller sjældent anvendes i officielle myndighedssammenhænge.

Derimod er det fortsat styrelsens opfattelse, at virksomhedsnavne, hvori ordet "ministeriet" indgår, har et officielt præg, som kan vække vildledende forestilling om offentlig virksomhed eller tilknytning til offentlig virksomhed.

Der henvises i denne forbindelse til aktieselskabslovens § 153, stk. 3, hvoraf fremgår, at et aktieselskabsnavn ikke må være egnet til at vildlede.

I tilslutning hertil kan oplyses, at styrelsen efter fast administrativ praksis nægter at registrere anmeldelser, hvori betegnelser som f.eks. "statens", "kommune", "ministeriet" m.v. indgår.

Styrelsen lægger derfor alene vægt på, at ord af denne art ikke indgår i navnet og ikke på den øvrige bestanddel af navnet.
..."

I skrivelse af 4. februar 2008 har advokat A bemærket:

"...

Som det fremgår af ...[udskrift af 15. januar 2009 fra hjemmesiden www.tv2.dk].lancerer Tv2 et satirisk underholdningsprogram under navnet "Nyhedsministeriet." Det ... ses som endnu et eksempel på at

ordet "ministeriet" bredt anvendes udenfor myndighedssammenhæng og at dette ikke ses at give anledning til påtale fra myndighederne. For en god ordens skyld bemærker jeg at Tv2 tidligere har anvendt navnet "Nyhedsministeriet" på Tv2 Radio, hvor navnet blev anvendt i forbindelse med en nyhedsudsendelse, blandt andet vedrørende politiske emner, ved Thomas Qvortrup.

Jeg tillader mig at gå ud fra at ejerforholdene vedrørende Tv2 er Erhvervsankenævnet bekendt, herunder at Tv2 er ejet og drives af staten i aktieselskabsform. Den omstændighed at et statsligt ejet og drevet selskab således anvender ordet "ministeriet" i en åbenlys ikke-myndighedssammenhæng medfører tillige at det fra myndighedsside, må anses for accepteret ved myndighedernes adfærd at ordet "ministeriet" anvendes udenfor officiel og myndighedssammenhæng.

På den baggrund forekommer det mig ubegribeligt at Erhvervs- og selskabsstyrelsen har grebet ind over for min klient under henvisning til at ordet "ministeriet" skulle være forbeholdt anvendelse i officiel og myndighedssammenhæng.

Endeligt ... bemærker jeg at min klient ikke er den eneste der ses at anvende "-ministeriet" i forbindelse med cateringvirksomhed. I det omfang at Erhvervs- og selskabsstyrelsen har undladt at gribe ind over for "C", idet jeg bemærker at "C" er oprettet allerede i 2004, må dette ses til støtte for at min klient er udsat for en praksisændring med tilbagevirkende kraft samt en usaglig forskelsbehandling. Under henvisning til det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anførte omkring at der er grebet ind overfor min klient som følge af en stikprøvekontrol, bemærker jeg at "C" samt øvrige fremlagte virksomhedsnavne hvori ordet "ministeriet" indgår, er fremkommet som resultat af en simpel søgning på CVR, som det må lægges til grund at Erhvervs- og selskabsstyrelsen ville kunne foretage uden et nævneværdigt eller uproportionalt ressourceforbrug.
..."

Ved skrivelse af 16. marts 2009 er advokat A fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Et anpartsselskabs navn må ikke være egnet til at vildlede, jf. anpartsselskabslovens § 2, stk. 3.

Anvendelsen af ordet "ministerium" i en selskabs navn giver virksomheden et officielt præg, som kan vække vildledende forestilling om offentlig virksomhed eller tilknytning til offentlig virksomhed.

Herefter og da det af klageren anførte ikke kan føre til andet resultat, stadfæster ankenævnet derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. oktober 2008 om, at K ApS skal ændre navn. Fristen for anmeldelse af navneændring fastsættes til den 1. oktober 2009.

21) Kendelse af 14. september 2009 (J.nr. 2008-0017295).

Aktieselskabslovens §§ 156a og 157 samt anmeldelsesbekendtgørelsen

Berostillelse af registrering af kapitalforhøjelse tiltrådt.

(Lise Høgh, Finn Møller samt Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 18. juli 2008 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. juni 2008 har sat en sag vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af en kapitalforhøjelse i bero.

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 23. september 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

1. Styrelsen modtog fra advokat B på vegne af C, som er aktionær i selskabet, brev af 6. juni 2008 med anmodning om at slette de foretagne registreringer, som var truffet på 3 generalforsamlinger afholdt i maj 2008, idet disse beslutninger var truffet i strid med selskabets vedtægter, og generalforsamlingerne desuden måtte antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Der var bl.a. tale om den omtvistede, ekstraordinære generalforsamling afholdt den 25. maj 2008, hvor det angiveligt blev besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

2. I brev af 9. juni 2008 til styrelsen afviste og bestred advokat A det af advokat B i brev af 6. juni 2008 anførte.

3. Styrelsen meddelelse i brev af 27. juni 2008 (afgørelsen) advokat B, at kapitalforhøjelsen ikke var anmeldt, og at den ikke ville blive registreret på daværende tidspunkt. Styrelsen fandt, at der ikke ved en anmeldelse ville foreligge det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering. Styrelsen ville derfor sætte sagen i bero til parterne var blevet enige, eller der var afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen.

Styrelsen meddelte samtidig, at hvis sagen forsat skulle være i bero for udfaldet af en retssag, måtte der indsendes dokumentation for anlæggelse af retssag om lovligheden af kapitalforhøjelsen. Sagen blev sat i bero herfor til den 10. juli 2008.

Advokat A modtog kopi af brevet af 27. juni 2008 til advokat B.

4. Advokat B anmodede herefter i brev af 10. juli 2008 om, at sagen stilles i bero til udfaldet af retssag foreligger.

Advokat B havde medsendt kopi af stævning med bilag, hvoraf det fremgik, at han for sin klient havde indstævnet selskabet. Det var bl.a. påstået, at den ekstraordinære generalforsamling den 25. maj 2008 er en nullitet. På denne generalforsamling blev det besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

Styrelsen meddelte som svar herpå i brev af 10. juli 2008, at styrelsen ville opretholde lukning for registrering indtil videre, da advokat B havde indsendt dokumentation for sagsanlæg.

Kopi af dette brev blev sendt til advokat A.

5. I fax af 11. juli 2008 oplyste advokat A, at han havde begæret sagen ved retten afvist. Han anmodede i den anledning styrelsen om, at der blev åbnet for registreringer.

6. Med fax af 15. juli 2008 sendte advokat B kopi af en skrivelse af samme dato til retten i Glostrup. (Retten i Glostrup har efterfølgende oplyst over for styrelsen, at sagen verserer ved retten.)

7. Styrelsen svarede den 24. juli 2008 advokat A, at lukningen for registreringer blev opretholdt indtil videre.

8. Den 18. juli 2008 orienterede advokat A om, at han havde indbragt styrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

9. I fax af 23. juli 2008 opfordrede advokat A på ny styrelsen til at åbne for registreringer.

10. I brev af 28. juli 2008 bad advokat D fra samme advokatkontor som advokat A om svar på spørgsmål stillet af advokat A i brev af 23. juli 2008.

11. I brev af 4. august 2008 svarede styrelsen, at da styrelsens afgørelse om lukning for registreringer var indbragt for Erhvervsankenævnet, må sagens behandling efter styrelsens opfattelse nu henhøre under den verserende ankesag.

12. Med brev af 11. august 2008 havde advokat A sendt anmeldelse af bl.a. den omtvistede kapitalforhøjelse.

13. I brev af 27. august 2008 meddelte styrelsen, at gyldigheden af kapitalforhøjelsen er omtvistet, jf. tidligere korrespondance i sagen. Denne anmeldelse er derfor sat i bero for afklaring af forholdet, herunder afgørelse i den verserende ankesag.
...”

I skrivelsen af 27. juni 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til advokat B, med kopi tilsendt advokat A hedder det:

” ...

Som advokat for en aktionær i selskabet, C ApS, har du i brev af 6. juni 2008 anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at slette de foretagne registreringer, som er truffet på generalforsamlinger, idet disse beslutninger er truffet i strid med selskabets vedtægter, og generalforsamlingerne desuden må antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Der er tale om følgende:

1. Den 15. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet af skifte revisor.
2. Den 25. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.
3. Ordinær generalforsamling den 30. maj 2008 med godkendelse af årsrapport.

Advokat A var dirigent på generalforsamlingerne og har i brev af 9. juni 2008 i anledning af dit brev til os anført, at der på generalforsamlingerne blev truffet lovlige beslutninger.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse

Revisorskift og modtagelse af årsrapport er registreret, jf. pkt. 1 og 3. Disse registreringer vil vi ikke ophæve, da spørgsmålet om registreringernes udslettelse hører under domstolene, jf. aktieselskabsloven § 159 b, stk. 3, og § 81.

Kapitalforhøjelsen er ikke anmeldt og vil ikke blive registreret på nuværende tidspunkt. Vi finder ikke, at der ved en anmeldelse foreligger det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering, og vi vil derfor sætte sagen i bero til parterne er blevet enige, eller der er afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen.

Hvis sagen forsat skal være i bero for udfaldet af en retssag, må der indsendes dokumentation for anlæggelse af retssag om lovligheden af kapitalforhøjelsen. Sagen er sat i bero til den 10. juli 2008.

Kapitalforhøjelsen vil ikke kunne registreres i web-reg, så længe sagen er sat i bero.

Advokat Bs argumentation

Du har anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at slette de foretagne registreringer vedrørende ekstraordinære generalforsamlinger den 15. og 25. maj 2008, idet der blev truffet beslutninger i strid med selskabets vedtægter, og desuden må beslutningerne anses som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Du har endvidere bedt os betragte den ordinære generalforsamling som ugyldig.

Du har anført manglende overholdelse af en række formalia i forbindelse med afholdelse af de 3 generalforsamlinger.

Den 15. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling vedtaget at lade E udtræde af revisionen og i stedet at lade F indtræde.

Den 25. maj 2008 blev det på ekstraordinær generalforsamling besluttet at forhøje aktiekapitalen i selskabet med nominelt kr. 2.000.000,00.

For begge generalforsamlinger gælder, at de blev afholdt hos advokatfirmaet G. Til dirigent blev valgt advokat A, der i henhold til generalforsamlingsprotokollaterne konstaterede, at samtlige stemmer var repræsenteret, og at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig i enhver henseende. Dette har du bestridt er tilfældet.

Uanset at din klient ved en stemmeoverdragelsesaftale midlertidigt har overdraget stemmerne til selskabets to mindretalsaktionærer, medfører dette ikke efter din opfattelse, at selskabet kan afholde generalforsamlinger uden at indkalde din klient som aktionær, jf. selskabets vedtægt pkt. 7.1, hvoraf det fremgår, at generalforsamlinger indkaldes med højst 4 uger og mindst 14 dages varsel ved almindeligt brev til hver enkelt aktionær

Endvidere har du bestridt, at din klient skulle have givet tilsagn til, at generalforsamlingen kunne afholdes på advokat As kontor, G. Afholdelse der er en overtrædelse af vedtægternes pkt. 7.3, hvoraf fremgår, at alle generalforsamlinger skal afholdes på selskabets hjemsted.

Da din klient hverken som aktionær eller medlem af bestyrelsen er blevet indkaldt til de to ekstraordinære generalforsamlinger, må disse generalforsamlinger derfor betragtes som nulliteter.

Hertil kommer, at den valgte dirigent, advokat A, må antages at have et ikke ubetydeligt habilitetsproblem i forhold til sin rolle som dirigent på selskabets generalforsamling, idet advokat A tillige repræsenterer selskabets to mindretalsaktionærer, HApS og I ApS - blandt andet i forbindelse med indgåelse af førnævnte stemmeoverdragelsesaftale og

den tvist, der er opstået i forbindelse hermed. Samtidig lader det endvidere til, at han repræsenterer selskabet i en tvist mod din klient.

Da advokat A som dirigent for de ekstraordinære generalforsamlinger konstaterede, at generalforsamlingerne var lovlige og beslutningsdygtige i enhver henseende, var dette således stærkt problematisk.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor slette de foretagne registreringer vedrørende ovennævnte ekstraordinære generalforsamlinger, idet disse beslutninger er truffet i strid med selskabets vedtægter, og desuden må antages som nulliteter i henhold til aktieselskabsloven.

Vedrørende den ordinære generalforsamling, der blev afholdt den 30. maj 2008, gør du gældende, at den under protest valgte dirigent, advokat A, fortsat var inhabil og således ikke berettiget til som dirigent at konstatere, at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig i enhver henseende, hvilket fremgår af referatet fra generalforsamlingen.

Herefter blev der på generalforsamlingen gennemgået en årsrapport for 2007 udarbejdet af F.

Da F ikke er selskabets generalforsamlingsvalgte revisor, blev generalforsamlingen således afholdt på et forkert grundlag. Endelig fremgår det af generalforsamlingsprotokollatet for den ordinære generalforsamling, at generalforsamlingen bemyndigede advokatfirmaet G til på selskabets vegne at optræde som fuldmægtige i forhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det bestrides, at dette forhold i det hele taget blev drøftet på generalforsamlingen.

Din klient gør over for selskabet og de to mindretalsaktionærer gældende, at den indgåede stemmeoverdragelsesaftale er bortfaldet. Dette skyldes blandt andet, at man har valgt at bruge stemmerne til at misrøgte selskabets tarv ved blandt andet at træffe væsentlige beslutninger uden, at disse er blevet behandlet på bestyrelsesmøder, at optage lån i selskabets navn uden at dette er blevet drøftet på bestyrelsesmøder eller blandt aktionærene, at gennemføre ekstraordinære generalforsamlinger uden at orientere alle aktionærene og endeligt til aktivt at modarbejde, at stemmeoverførselsaftalens vilkår for tilbageoverdragelse af stemmerne kan opfyldes.

Din klient agter snarest muligt indkalde til en ekstraordinær generalforsamling, hvor ovennævnte forhold kan drøftes blandt aktionærene, og hvor din klient formentlig vil stille krav om granskning i henhold aktieselskabslovens § 95.

Advokat As argumenter

Advokat A har på selskabets og aktionærene J ApS' og I ApS' vegne i det hele afvist og bestridt det af advokat Bs anførte. Beslutningers lovlighed fastholdes, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal ikke slette de foretagne registreringer.

Af advokat Bs brev fremgår ikke det væsentligste element i nærværende sag. Ligesom andre væsentlige punkter og forhold enten er udeladt eller ændret.

I slutningen af 2007 og begyndelsen af 2008 opstod der væsentlige likviditets- og ledelsesmæssige problemer i selskabet.

På ekstraordinær generalforsamling den 28. februar 2008 besluttede samtlige aktionærer derfor at udskifte daværende direktør O med K. Samtidig blev der i tillæg til aktionæroverenskomst givet K og L stemmefuldmagt til at stemme på vegne af aktionærerne M ApS og N ApS i en rekonstruktionsfase.

K og L er eneanpartshavere i henholdsvis I ApS og J ApS. Disse selskaber ejede på daværende tidspunkt hver 20 % af aktiekapitalen i selskabet. Med stemmefuldmagten ville K og L gennem deres holdingselskaber kontrollere samlet 100 % af stemmerne i selskabet. Dette blev valgt for at undgå, at netop disse skulle komme i eventuelt mindretal i rekonstruktionsfasen — en rekonstruktion, som primært skulle bæres igennem med finansiering fra K og L.

Samtlige efterfølgende beslutninger i selskabet er truffet i overensstemmelse med denne stemmefuldmagt og under hensyn til de formål, forudsætninger og beslutninger, der lå til grund for denne.

Advokat A A kan derfor som dirigent bekræfte, at følgende møder og generalforsamlinger har været lovlige:

- Nødvendig beslutning om skift af revisor d. 14. maj 2008
- Nødvendig beslutning om kapitalforhøjelse d. 25. maj 2008
- Ordinær generalforsamling d. 30. maj 2008.

En aktionær i selskabet har egenhændigt indkaldt til ekstraordinær generalforsamling, men bestyrelsesformanden, L, har oplyst aktionæren om det ukorrekte i denne procedure. Indkaldelsen er afvist af bestyrelsesformanden, idet denne primært ikke er sket i henhold til selskabets vedtægter eller aktieselskabsloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens begrundelse

Indledningsvis bemærkes, at vi ikke er en domstol, der har adgang til at foretage en bevisbedømmelse. Vi kan derfor ikke med den fornødne sikkerhed afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt, ligesom vi ikke kan udslette allerede foretagne registreringer, med mindre der er tale om fejl fra vores side. I sådanne sager er det derfor vores praksis at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene. Skal sagen sættes i bero, indtil sagen er afgjort ved domstolene, må det dokumenteres, at sag er anlagt.

Revisorskift og godkendelse af årsrapport

Revisorskift og godkendelse af årsrapport er blevet registreret.

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, eller § 81.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolenes afgørelse.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, omfatter ikke tilfælde omfattet af lovens § 81.

Efter § 81, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlige måde eller er stridende mod aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en aktionær eller et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.

Det er således domstolene, der har kompetencen efter både § 159 b, stk. 3, og § 81. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ingen kompetence efter hverken § 81 eller § 159 b, stk. 3.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ikke mulighed for administrativt at ændre disse registreringer.

Kapitalforhøjelsen

Kapitalforhøjelsen er ikke blevet registreret eller anmeldt til registrering. Så længe nærværende sag verserer, vil kapitalforhøjelse ikke kunne registreres i web-reg eller ved anmeldelse indsendt til os.

At lukke for registreringer er indgribende over for selskabet, og lukningen vil derfor kun blive opretholdt, hvis det dokumenteres, at sag er anlagt ved domstolene, og at sagsanlægget også vedrører beslutningen om kapitalforhøjelse. Denne frist udløber den 10. juli 2008.

Hvis en sådan dokumentation bliver indsendt, vil en anmeldelse om den besluttede kapitalforhøjelse skulle afvente udfaldet af retssagen.

Om andre beslutninger i en sådan situation vil kunne registreres ved indsendelse af anmeldelse, vil afhænge af en konkret vurdering.

...”

I klageskrivelsen af 18. juli 2008 har advokat A anført:

”...

Som advokat for selskabet K Technology A/S skal jeg hermed på vegne af selskabets ledelse indklage spørgsmålet om Erhvervs- og Selskabsstyrelsens nægtelse af registrering af kapitaludvidelse foretaget i selskabet den 25. maj 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har med sin afgørelse af 27. juni 2008, ..., i detaljer beskrevet sagens forløb. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen beslutter i denne forbindelse, at allerede registrerede beslutninger

opretholdes, men at endnu ikke registrerede beslutninger skal sættes i bero.

Der vil ikke blive åbnet for registreringer overhovedet i selskabet, såfremt en klagende aktionær, M ApS, inden en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen givet frist af 10. juli indsender dokumentation for, at der er indgivet stævning. Denne stævning bliver indgivet, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen beslutter og meddeler dette ved brev af 10. juli, som vi modtager kopi af den 11. juli d.å., at der fortsat vi være lukket for registreringer i selskabet.

Undertegnede har på vegne af selskabet gentagne gange bestridt en sådan praksis under hensyn til selskabets generelle tarv. Jeg må stille mig ganske uforstående overfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på denne måde, uden dokumentation af behørig hjemmel for dette, egenhændigt blokerer for lovligt vedtagne registreringer og beslutninger, som er nødvendige for selskabets drift.

Eneaktionær i M ApS, O, har tidligere været involveret i mindst én konkurs, hvor man har formået at sikre sig patentrettighederne, inden ”selskabet kører ned”, og hvor medaktionærer, bank og leverandører har tabt betydelige værdier. Der er derfor et klart billede af, at man ønsker at gøre alt fra Os side for at skæmme driften og tilsidesætte selskabets tarv mest muligt, og undertegnede finder det yderst beklageligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved sin nægtelse af registrering nu reelt har deltaget i dette.

Det bemærkes i sammenhæng hermed, at selskabet er i besiddelse af beviser for, at O i samarbejde med bl.a. selskabets fravalgte revisor i det skjulte har deltaget/deltager i aktiviteter, der er konkurrerende over for selskabet og de øvrige aktionærer. Det har været nødvendigt at anmelde disse forhold til politiet.

Den nægtede registrering har primært betydet, at en for selskabet ganske nødvendig yderligere udvidelse med eksterne investorer ikke har kunnet lade sig gøre i og med, at investorerne nu naturligt er blevet usikre ved situationen.

O er som aktionær pro rata blevet tilbudt at være med til at nytegne aktier i forbindelse med den vedtagne kapitaludvidelse den 25. maj 2008. Dette har O afslået. At 2 andre eksisterende aktionærer har valgt ekstraordinært at tegne aktier i selskabet for derved at kunne sikre driften, var et ubetinget nødvendigt skridt for, at selskabet ikke gik konkurs.

Det er min klare overbevisning, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved nægtelse af registrering derved pådrager sig et selvstændigt ansvar, ...

... at det [er] tydeligt i selskabet ... aftalt, at samtlige konflikter mellem aktionærene skal behandles ved en voldgift. Denne konflikt er i udpræget grad en konflikt mellem en aktionær, selskabet og en række aktionærer med bestemmende indflydelse. Der er utvetydigt overdraget

100% stemmeret vedrørende de omhandlede kapitaludvidelser, revisorskift m.v.

Det har derfor ikke været tilstrækkeligt at kræve, at opretholdelse af lukning for registrering skulle ske ved indgivelse af en stævning til domstolene. ...

...

Opsummerende er det derfor min klare opfattelse, at der ubetinget skal ske genåbning af registreringer for selskabet, således at selskabets drift kan sikres. Eventuelle stridigheder mellem aktionærer og selskabet kan sideløbende udmærket afgøres ved domstole og voldgiftsretter, alt efter hvor værneting måtte være.

Ved at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på denne måde tilsidesætter selskabets tarv, bliver man direkte part i sagen og derved erstatningsansvarlig.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i nævnte redegørelse af 23. september 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

1. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke en domstol, der har adgang til at foretage en bevisbedømmelse. Styrelsen kan derfor ikke med den fornødne sikkerhed afgøre, hvem der har ret i en opstået konflikt, ligesom styrelsen ikke kan udslette allerede foretagne registreringer, med mindre der er tale om fejl fra styrelsens side. I sådanne sager er det derfor styrelsens praksis at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene. Skal styrelsessagen sættes i bero, indtil forholdet er afgjort ved domstolene, må det dokumenteres, at sag er anlagt.

At styrelsen først og fremmest er en registreringsmyndighed er kommet til udtryk i aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, og § 81.

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, eller § 81.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, fastslår, at hvis nogen finder, at en foretagen registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolenes afgørelse.

Aktieselskabslovens § 159 b, stk. 3, omfatter ikke tilfælde omfattet af lovens § 81.

Efter § 81, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod aktieselskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en aktionær eller et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.

Det er domstolene, der har kompetencen efter både § 159 b, stk. 3, og § 81. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ingen kompetence efter hverken § 81 eller § 159 b, stk. 3.

I realiteten er der i denne sag tale om en tilsvarende konflikt, selv om der endnu ikke er sket en registrering af en generalforsamlingsbeslutning. Når der er tale om komplicerede forhold i et selskabs interne forhold med alvorlig uenighed til følge, er styrelsen som registreringsmyndighed ikke den rette myndighed for afgørelse af konflikten. En afgørelse af konflikten vil sædvanligvis kræve vidneforklaringer, og her er domstolene det rette forum.

Dette er baggrunden for styrelsens praksis med at sætte sagen i bero for, at parterne bliver enige, eller eventuelt ved at sagen afgøres ved domstolene.

Styrelsen er varsom med at sætte en sag i bero. At lukke for registreringer er indgribende over for et selskab, og lukningen vil derfor kun blive opretholdt, hvis det dokumenteres, at sag er anlagt ved domstolene, og at sagsanlægget også vedrører den omtvistede beslutning.

I denne sag har der fra starten efter styrelsens vurdering været tale om dyb uenighed. Dette har den senere korrespondance også vist.

...

4. Styrelsen kan henvises til ankenævnets kendelse i sag j.nr.2006-0005217.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

De komplicerede forhold var baggrunden for styrelsens afgørelse af 27. juni 2008. Der forelå ikke det fornødne sikre grundlag for en registrering. Styrelsen kunne ikke på det foreliggende grundlag afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt om lovligheden af beslutningen om kapitalforhøjelse. Styrelsen har således været berettiget til at lukke for registrering af en endnu ikke anmeldt kapitalforhøjelse på kr. 2.000.000, som var angivet vedtaget den 25. maj 2008 på en ekstraordinær generalforsamling.

Dette svarer til, at sagen sættes i bero for berigtigelse, jf. aktieselskabsloven § 157, stk. 2.

...”

I skrivelse af 9. december 2008 har advokat A anført:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører som væsentligste argument, at det har været berettiget at lukke for registreringer i selskabet i og med at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med fornøden sikkerhed har kunnet afgøre, om generalforsamlingen har været lovligt afholdt.

Det skal bestrides, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke i denne sag har haft sædvanlige muligheder for at bedømme dette – især af hensyn til et selskabs driftsmæssige tarv.

Advokat som dirigent og anmelder

Det skal understreges og fastholdes, at samtlige anmeldelser er indsendt af undertegnede i egenskab af advokat for selskabet. Undertegnede har ligeledes været dirigent på de afholdte generalforsamlinger. Ved dette er der sket behørig offentlig sikring angående rigtigheden og lovligheden af de anmeldte forhold. Med dette er der sket anmeldelse og sikring på helt sædvanlig baggrund. I og med, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen betvivler dette og fuldstændigt stopper muligheden for almindelige anmeldelser i selskabet, bliver Erhvervs- og Selskabsstyrelsens selvstændig ansvarlig part i sagen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmel

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmel til på denne måde at blokere samtlige registreringer er ikke på noget tidspunkt angivet. Dette er i lyset af den indgribende effekt som Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning har og har haft for selskabet stærkt kritisabelt.

Der er fra aktionæren O alene gjort formelle indsigelser gældende i forbindelse med vedtagelsen. Disse forhold er bl.a. forhold vedrørende indkaldelsesfrister til generalforsamling og bestyrelsesmøder.

Aktieselskabslovens § 157, stk. 2 indeholder ikke, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påberåber sig, hjemmel til at sætte en sag i bero på ubestemt tid. Dette må især gælde, når det er forhold som er mulige at berigtige indenfor en kort frist.

Frist for berigtigelse

En tvist som denne kunne ganske let afhjælpes uden at selskabet derved blev standset i sin fortsatte drift. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har netop i Aktieselskabslovens § 157 hjemmel til at give en registrant frist til at berigtige eventuelle mangler. Det ville i denne sag have været oplagt at pålægge selskabet at afholde en berigtigende generalforsamling, eventuelt med en af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udpeget dirigent, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var i tvivl om lovligheden. Dette ville have været langt mindre indgribende overfor selskabets drift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bevisvurdering ...

Undertegnede er principielt enig i, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har hjemmel til eller mulighed for at foretage en bevisvurdering af sager. Dette er også nødvendigt for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke gør sig til part i en sag. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gør sig dog i dette konkrete tilfælde til part ved direkte at lægge en klagers fortolkning af en aktionæroverenskomst til grund. Dette til trods for, at forholdene er

vurderet af en advokat både som dirigent og som anmelder. Såfremt dette måtte vise sig ikke at have været lovligt, må dette efterfølgende vurderes ved en ansvarssag mod advokaten i rollen som dirigent og som anmelder.

Det skal også præciseres at denne tvist ikke er et spørgsmål om bevisvurdering. I en sag som denne er der ubestridt indgået et tillæg til en aktionæroverenskomst. Denne har to af selskabets, til hvem der er givet en meget præcist defineret stemmeoverdragelse, handlet i henhold til. Den stemmeoverdragelse indeholde alene en række punkter hvor den ikke kan anvendes. Dette er ubestridt ikke spørgsmål som de her omhandlende.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor ikke foretage en bevisvurdering og skal ubetinget lægge en på en generalforsamling fremlagt og prøvet fuldmagt til grund. Vælger man ikke at gøre dette underminerer Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hele det i praksis accepterede system om fuldmagter. Hermed foretager man en bevisvurdering. En bevisvurdering som man netop ikke ønsker at foretage, endsige har hjemmel til.

Der kan ej heller herske tvivl om berettigelsen af udstrækningen og virkninger af en stemmeafgivelse for overdragerne af stemmerne. Aktionærer, som har overdraget deres stemmer, mistet deres rettigheder som aktionærer, herunder til at være repræsenteret og lade sig høre på generalforsamlinger. En aktionær, der ikke har ret til at være repræsenteret på en generalforsamling, har derfor ikke krav på at blive indkaldt af såvel formelle som praktiske årsager.

Der kan næppe herske tvivl om, at dette er et helt igennem almindeligt accepteret standpunkt i dansk ret, og det kan bl.a. i Jan Schans Christensen's Kapital Selskaber 2. udgave s. 521 læses at:

”Såfremt en aktiepost er pantsat,(.....), vil panthavers fremmøde på generalforsamlingen indebære, at pantsætter afskæres fra at møde frem”

En stemmeoverdragelse i henhold til en aktionæroverenskomst er til fulde at sidestille med en pantsætning.

Ved at lukke for registreringen gør Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sig til ansvarlig part i nærværende tvist, uanset at man netop ikke ønsker dette. At sagen, med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ord, er kompliceret gør netop at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen må henholde sig til praksis uden at foretage en indirekte prøvelse af sagen ved at lade en fortolkningstvivil komme selskabet til skade, på trods af en almindelig accepteret procedure udført af sædvanlige ansvarlige aktører.
...”

Med Erhvervsankenævnets tilladelse er M ApS indtrådt i sagen, jf. § 5, i lov om Erhvervsankenævnet. Advokat B har på vegne af M ApS ved skrivelse af 13. januar 2009 bemærket:

” ...

Advokat A gør i sit indlæg den 9. december 2008 gældende, at der er sket behørig offentlig sikring, idet han som anmelder og dirigent på de omhandlede generalforsamlinger har sikret overholdelse af alle regler.

Dette må i det hele bestrides. Advokat A har muligvis som dirigent konstateret at generalforsamlingerne har været lovligt indkaldt, men har i så fald fejlet som dirigent ved ikke at konstatere, at aktieselskabsloven ikke var overholdt, idet aktionærer der på tidspunktet for generalforsamlingerne besad 60% af aktierne ikke blev orienteret – endsige indkaldt – til generalforsamlingerne.

Den indgåede stemmeoverdragelsesaftale bestemmer ikke at de aktionærer der midlertidigt i en tre-måneders periode havde overdraget deres stemmer, dermed havde mistet deres ret til at møde og tale ved generalforsamlinger.

Advokat A gør gældende, at stemmeoverdragelsen skulle betyde samme tab af rettigheder som pantsætning af aktierne. Dette bestrides.

Advokat A citerer i denne forbindelse Jan Schans Christensen's Kapital Selskaber, 2. udgave. Citatet er imidlertid efter min bedste vurdering fejlvisende. Jeg vil benytte lejligheden til at referere fra samme bog og samme side:

”Retten til at møde gælder, uanset om aktionæren har stemmeret eller ej. ... Såfremt en aktiepost er pantsat, og pantsætningen efter aftale mellem pantsætter og pantnaver omfatter stemmeretten, vil pantnavers fremmøde på generalforsamling indebære, at pantsætter afskæres fra at møde frem.”

Dette er tidligere gjort gældende over for advokat A, [ved] fax af 8. august 2008.

...

Endelig bemærkes, at der mig bekendt ikke har været tale om en lukning af muligheden for registrering. Således gennemførte selskabet i efteråret generalforsamling – med behørig indkaldende mv. – og vedtog kapitalforhøjelse, hvilken kapitalforhøjelse er blevet registreret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet styrelsen vurderede at de formelle regler var overholdt i forbindelse med generalforsamlingen.

...”

I skrivelse af 26. januar 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærket:

” ...

Advokat A har efterlyst styrelsens hjemmel til at sætte sagen i bero og dermed blokere for registreringer.

Hertil bemærkes, at styrelsen ikke har lukket for registreringer i selskabet, men alene lukkede for registrering af en endnu ikke anmeldt

kapitalforhøjelse på kr. 2.000.000, som var angivet vedtaget den 25. maj 2008 på en ekstraordinær generalforsamling. Baggrunden herfor var, at der er konflikt om lovligheden af beslutningen om denne kapitalforhøjelse, og styrelsen ikke med den fornødne sikkerhed kunne afgøre, om generalforsamlingen har været lovligt afholdt.

... Styrelsen modtog ... den 25. november 2008 en ny anmeldelse af kapitalforhøjelse. Den 4. december 2008 registrerede styrelsen denne kapitalforhøjelse på kr. 1.400.000, som var vedtaget den 21. november 2008. Registrering af kapitalforhøjelsen blev foretaget, selv om der var rejst indsigelser herimod. I brev af 4. december 2008 til advokat B ... oplyste styrelsen, at der ikke var grundlag for at afvente eller afvise en registrering.

Som nævnt ovenfor, har styrelsen ikke generelt lukket for registreringer i selskabet, men styrelsens selvregistreringssystem (webreg) er indrettet således, at en åben journalsag lukker for selvregistreringer, så længe journalsagen er åben. Den omtvistede kapitalforhøjelse er således til hinder for selvregistreringer, men styrelsen har i hele den forløbne periode kunnet og kan også fremover foretage registreringer, således som det er sket den 4. december 2008 med den anmeldte kapitalforhøjelse.

I brev af 27. juni 2008 ... fandt styrelsen ikke det fornødne sikre grundlag for at nægte en registrering. Styrelsen ville derfor sætte sagen i bero til parterne var blevet enige, eller der var afsagt en endelig dom vedrørende spørgsmålet om gyldig vedtagelse af kapitalforhøjelsen. Der var således tale om en anmodning om berigtigelse, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 2. Da problemet var, om generalforsamlingen var lovligt afholdt, kunne styrelsen ikke anvise som berigtigelsesmulighed, at der blev afholdt en ny generalforsamling. Det havde været løsningen, hvis styrelsen havde kunnet erklære afholdelsen af generalforsamlingen for ulovlig. Selskabet har imidlertid den 21. november 2008 afholdt en gyldig generalforsamling, og efter styrelsens opfattelse er der hermed sket berigtigelse. Herved er grundlaget for ankesagen muligvis ikke længere til stede.
..."

I skrivelse af 25. marts 2009 har advokat A heroverfor bemærket:

"...

Lukning for registrering og hjemmel

Det skal fastholdes, at der med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens manglende registrering skete en reel de facto lukning for registreringer i selskabet. Denne lukning resulterede i en sådan forstyrrelse og indgreb i selskabets almindelige drift, at selskabet led væsentligt herunder.

Der er fortsat med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens seneste svar ikke angået en behørig hjemmel for et så indgribende indgreb.

Vurderingen af indsigelsen fra klagers side er netop blevet vurderet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i et sådant omfang, at der reelt er sket bevisvurdering. Dette ganske uhjemlet.

Dette underbygges endvidere af, at der ved registreringen af generalforsamlingen afholdt d. 21. november 2008 må antages at være sket en vurdering. Der er ikke væsentlige forskelle på disse beslutninger. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens argumentation er derfor cirkulær og skaber i sig selv ingen behørig og nødvendig hjemmel – nærmere det modsatte.

Berigtigelse

Med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens svar står det klart, at en berigtigelse ganske enkelt kunne være sket. Dette kunne der ganske enkelt være givet en frist for, som beskrevet i undertegnedes seneste indlæg.

Grundlaget er ganske klart, og en for selskabet meget kritisk situation kunne have været afværget ved, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen konstruktivt og løsningsorienteret havde søgt en berigtigelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke ved blot at sætte sagen i bero opfyldt kravet til berigtigelse.

Det skal yderligere fastholdes, at berigtigelsen i sig selv ikke har været nødvendig for at kunne gennemføre registreringen. De her angivne forhold omkring berigtigelse er alene anført for at dokumentere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde mulighed for at deltage aktivt i en løsning af den for selskabet meget kritiske situation. Ved en sådan aktiv handling havde selskabet ikke været i den kritiske økonomiske situation, som selskabet fortsat befinder sig i.

Vejledning

I forhold til ovennævnte forhold omkring berigtigelse i henhold til aktieselskabslovens § 157 skal det yderligere tilføjes, at en offentlig myndighed som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har et ansvar for at vejlede klagere og borgere, jf. forvaltningslovens § 7.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan derfor ikke blot lade klager ”opfinde” nye berigtigelsesmuligheder, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er klar over praktiske muligheder for berigtigelse.

I forhold til dette er det en skærpene omstændighed, at selskabet med den manglende vejledning bringes i betydelige økonomiske problemer på grund af den manglende registrering.

Grundlag for anke

Jf. især bemærkninger om hjemmel mv. ovenfor skal det udtrykkeligt fastholdes, at der fortsat er grund til nærværende klagesag.

Sagen skal, udover at afgøre grundlaget for nægtelsen af registreringen, også afklare Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ansvar for selskabets situation samt grundlaget for et eventuelt erstatningskrav.

Anken har derfor fortsat betydelig selvstændig værdi.
...”

Ankenævnet udtaler:

Af aktieselskabslovens § 156 a fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan forlange de oplysninger, som er nødvendige for, at der kan tages stilling til, om loven og selskabets vedtægter er overholdt i forbindelse med anmeldelse og registrering af oplysninger hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Dersom anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven, eller ikke stemmer med aktieselskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på den måde, som loven eller vedtægterne foreskriver, skal registrering nægtes, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 1.

I henhold til bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007 om anmeldelse, registrering, gebyr samt offentliggørelse m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (anmeldelsesbekendtgørelsen) § 41, stk. 1, registreres de anmeldte oplysninger i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, medmindre det anmeldte er i strid med lovgivningen, med stiftelsesdokumentet eller vedtægterne m.v.

Med anmeldelsen skal følge bevis for ændringens lovlige vedtagelse, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 9, stk. 2, 1. pkt. Anmelderen indestår over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at anmeldelsen er lovligt foretaget, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 1.

Såfremt der foreligger en anmeldelse af en beslutning, der er i overensstemmelse med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv., er udgangspunktet således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal foretage registrering af den anmeldte beslutning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens prøvelse forud for en registrering omfatter alene en prøvelse af, hvorvidt en beslutning er i strid med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv. og ikke herudover en materiel prøvelse af beslutningens korrekthed. Er de nævnte krav opfyldt, skal der således ske registrering, uanset, om der er mulighed for, at det senere måtte vise sig, at den materielle beslutning ikke var korrekt.

Det er ubestridt, at ikke alle aktionærer har været indkaldt til generalforsamlingen den 25. maj 2007, hvorpå det blev besluttet at gennemføre kapitalforhøjelsen.

Stemmeretten er kun en af de forvaltningsmæssige rettigheder, der er knyttet til ejerskabet af en aktie.

Af aftalen om overførsel af stemmeretten fremgår, at aftalen er indgået ”For at sikre at mindretalsaktionærerne ikke kommer i mindretal ved eventuelt kommende generalforsamlinger”

Erhvervsankenævnet finder herefter ikke, at der med tilstrækkelig sikkerhed tillige er sket overførsel af retten til at give møde på generalforsamling og der tage ordet til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan se bort fra protest fra en aktionær, der ubestridt ikke har været indkaldt til generalforsamlingen.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sat registreringen af kapitalforhøjelsen i bero således som sket.

22) Kendelse af 24. november 2009 (J.nr. 2009-0018966).

Registrering af kapitalforhøjelse nægtet på grund af tvivl om grundlaget for kapitalforhøjelsen.

Anpartsselskabsloven §§ 72 og 73

(Anders Hjulmand, Finn Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 22. februar 2009 har direktør A for K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 19. februar 2009 har nægtet at registrere en anmeldelse af en kapitalforhøjelse i selskabet.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. februar 2009 hedder det:

”...

Sagens omstændigheder

Der blev den 5. november 2008 anmeldt en beslutning om kapitalforhøjelse, truffet på selskabets generalforsamling den 31. oktober 2008, på 9.485.000,00 kr. til kurs 100,08 i det ovennævnte selskab. Denne kapitalforhøjelse sker ved indskud af andre værdier end kontanter.

Der er truffet beslutning herom på selskabets ekstraordinære generalforsamling den 31. oktober 2008. Det fremgår af protokollatet fra denne, at C ApS som led i kapitalforhøjelsen tegner nye B-anparters for nominelt 3.585.000,00 kr. Herudover tegner B ApS nye B-anparters for nominelt 5.900.000,00 kr. Der henvises til særskilte vurderingsberetninger for oplysninger vedrørende apportindskuddet.

Disse bliver efter anmodning herom, jf. anpartsselskabslovens § 73, stk. 2 indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 23. december 2008.

Det fremgår heraf, at for så vidt angår den førstnævnte tegning af anparters, består apportindskuddet i en faktura af 13. oktober 2008 mellem C ApS og D A/S, pålydende 3.588.016,19 kr.

For så vidt angår den sidstnævnte tegning af anparters, består apportindskuddet i en 13% andel i K/S E.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 5. december modtaget skrivelse fra kuratellet for C ApS under konkurs. Heri oplyses det, at debitor til den fordring, der er indskudt i forbindelse med C ApS's tegning af nye anparters i selskabet, ikke vedstår aftalen, som danner grundlag for fordringen. Kuratellet vurderer derfor, at der kan være tvivl om, hvorvidt fordringen består og værdien heraf. Der anmodes derfor om, at kapitalforhøjelsen ikke registreres.

Kuratellet tilskrives efterfølgende Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henholdsvis den 12., den 18. december 2008 og den 7. januar 2009.

Det fremgår af disse skrivelser, at debitor for fordringen gør gældende, at den aftale, som er indgået mellem debitor og C ApS, og som ligger til grund for fordringen ikke er blevet effektueret og at debitor derfor ikke vedstår sig aftalen eller fordringen.

Herudover bekræftes det, at kuratellet er likvidator i B ApS. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er efterfølgende blevet oplyst, at kuratellet efterfølgende er blevet udpeget som kurator for B ApS under konkurs.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 8. januar 2009 rettet henvendelse til den revisor, som har udarbejdet vurderingsberetningerne, med henblik på bemærkninger til kuratellens skrivelser, herunder om der heri er anført

forhold, der ændrer ved konklusionen i vurderingsberetningen. Dette brev er blevet returneret, da revisor ikke bor på denne adresse længere. Brevet er derfor blevet fremsendt til revisors nuværende adresse den 29. januar 2009 med frist for kommentarer den 9. februar 2009.

Der er den 9. februar 2009 modtaget mail fra A, hvori der erklæres, at de fremførte protester ikke ændrer ved den konklusion på vurderingsberetningen, som han har underskrevet den 31. oktober 2008.

Revisor har den 29. januar 2009 rettet henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen via mail om, at de til anmodningen bilagte skrivelser fra kuratellet ikke var fremkommet. Disse blev genfremsendt via mail den 12. februar 2009 med frist for revisors kommentarer mandag den 16. februar 2009. Der ses ikke dags dato at være modtaget bemærkninger fra revisor.

Kuratellet har den 17. februar 2009 fremsendt den korrespondance, de har modtaget fra debitor, som der tidligere er henvist til. Heri beskrives den indgåede aftale som betinget af nogle forhold, der ikke er blevet opfyldt. Aftalen betragtes af debitor således ikke som endeligt opfyldt.

Retligt grundlag

I henhold til anpartsselskabslovens § 73 skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægte registrering, hvis anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven eller ikke stemmer med selskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på den måde, som loven eller vedtægterne foreskriver, skal registrering nægtes.

Vurdering

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan på det foreliggende grundlag ikke afgøre, om der foreligger en fordring på den omtalte debitor, samt om der foreligger en underliggende endeligt indgået aftale mellem C ApS, nu under konkurs, og D A/S.

En sådan afgørelse vil fordrer en egentlig bevisbedømmelse, hvilket ligger uden for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kompetence. En sådan tvist om, hvorvidt den indskudte fordring eksisterer, og følgende om der kan foretages en kapitalforhøjelse på baggrund heraf, må afgøres parterne imellem eller endeligt af domstolene.

Det er herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen opfattelse, at der er en væsentlig tvivl om grundlaget for den anmeldte kapitalforhøjelse. Styrelsen nægter derfor registrering, jf. anpartsselskabslovens § 73.
..."

I skrivelse af 22. februar 2009 har K ApS klaget over registreringsnægtelsen og i den forbindelse anført:

..."

Anbringender.

Primært skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrere anmeldelsen af 5. november 2008 i sin helhed.

Sekundært skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrere anmeldelsen af 5. november 2008 for den del der ikke er nedlagt protest imod. Det vil sige at kapitalen skal forhøjes med nom. kr. 5.900.000 i henhold til særskilt vurderingsberetning og særskilt del af generalforsamlingsprotokol.

Sagsfremstilling.

Den 31. oktober 2008 afholdes generalforsamling i F ApS.

Der foreligger bl.a. forslag om forøgelse af kapitalen med

- a) nom. 3.585.000 ved apportindskud fra C ApS af en fordring på D A/S og
- b) nom. 5.900.000 ved apportindskud fra B ApS af en ejerandel på 13% i K/S E.

Der foreligger separate vurderingsberetninger på hver af apportindskuddene, dateret den 31. oktober 2008 af reg. revisor G.

Der er ingen der har benægtet disse omstændigheder.

Dette anmeldes den 5. november 2008 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Der er ingen lovformelige indvendinger imod anmeldelserne.

Herefter påklager Cs kuratel kapitalforhøjelsen af Cs apportindskud på nom. 3.585.000 i form af fordring på D A/S.

Til brug for belysning af fordringens eksistens forefindes følgende dokumenter;

- aftale om overdragelse af lejemål mv. af 13. oktober 2008
- bestyrelsesprotokol fra D A/S, der godkender afalen
- godkendelse af Kuratellet i C om lejemålets overdragelse.

Som det fremgår af lejemålsoverdragelsen er det en præceptiv aftale. Denne godkendes af en enig bestyrelse i D A/S og endelig og ikke mindst godkendes essensen af overdragelsesaftalen, nemlig lejemålet kuratellet i C.

Kuratellet i C, som har godkendt overdragelsen af lejemålet, har således været fuldt bekendt med overdragelsesaftalen og har således i forbindelse logisk nok ikke set problemer i overdragelsen af lejemålet.

Det er således modstridende på den ene side at godkende overdragelsen af lejemålet for på den anden side at påklage en overdragelse af fordringen på selvsamme lejemål.

Det er uvist, hvilket formål kuratellet har hermed. Det må antages at kuratellet efter en registreringsnægtelse alligevel vil gå efter fordringen mod D A/S og således spiller på 2 heste.

Efterfølgende har en ny bestyrelse i D A/S valgt at anmelde denne fordring til SØK. Der er ingen selvstændig begrundelse eller bevisførelse for at denne fordring af 13. oktober 2008 ikke skulle være vedtaget af en fuldtallig og enstemmig bestyrelse i D A/S.

Denne anmeldelse er subjektiv og unægtelig en del af en umenneskelig magtkamp om et børsnoteret rederi.

Det fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag af 19. februar 2009 at man bl.a. beror dette på at debitor ikke vedkender sig aftalen. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke træffe en afgørelse på et partsindlæg.

Afvisningen af registreringen med henvisning til Anpartsselskabslovens § 73 forekommer at være forkert. De er intet i anmeldelsen der er forkert eller strider imod anpartsselskabsloven. Det forhold at et kuratel eller en debitor i forsøger at tilegne sig et aktive hhv. forsøger at unddrage sig betaling er uden betydning for registrering og kan ikke falde ind under § 73.

Erhvervs- og selskabsstyrelsen har bedt undertegnede om at bekræfte anmeldelsen og værdiansættelsen, hvilket jeg har gjort.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har tillige bedt reg. revisor G om tilsvarende. Det forhold er absurd, eftersom det modsatte skulle være ensbetydende med at den vurdering der blev udarbejdet den 13. oktober 2008 dermed ikke skulle stå til trone. Dette vil aldrig være tilfældet. Der kunne højst være tale om at vurderingen kunne have et andet indhold i dag end da denne blev afgivet. Dette vil dog formentlig ikke være tilfældet eftersom skyldgrundlaget er uændret – der er ingen nye oplysninger fremkommet.

Det forhold at Reg. revisor G ikke har svaret kan alene tillægges den betydning at hun ingen ændringer har til sin vurderingsberetning og ikke den modsatte betydning som Erhvervs- og selskabsstyrelsen tillægger dette.

Endelig vil en registrering ikke betyde at debitor får dårligere retsstilling eller at kuratellet får dårligere retsstilling. Ingen får ringere retsstilling og F ApS opnår heller ikke en bedre retsstilling, da det underliggende skylddokument er uændret.

Krav om registrering

Som det fremgår af sagsfremstillingen er der intet til hindre for en registrering af det anmeldte.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte frem til at registreringen af nom. 3.585.000 ved apportindskud fra C ApS af en fordring på D A/S ikke kan finde sted er det sekundært anbringende at nom. 5.900.000 ved apportindskud fra B ApS af en ejerandel på 13% i K/S E skal finde sted.

Ifølge generalforsamlingsprotokollen af 31. oktober 2008 er der 2 kapitalforhøjelser med 2 vurderingsberetning og tilmed fra 2 forskellige selskaber.

Der er ingen direkte forbindelse mellem de 2 kapitalforhøjelser andet end de er behandlet på samme generalforsamling.

Der er ingen der har rejst protester vedr. den anden del af kapitalforhøjelsen, dette gælder for så vidt også Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Cs kuratel.

Den ubestridte del af kapitalforhøjelsen skal således gennemføres.

Dette gælder selvfølgelig også de øvrige forslag der er ubestridte og som blev vedtaget på den ekstraordinære generalforsamling.

Der findes ingen bestemmelser i anpartsselskabsloven der forhindre at delregistrere generalforsamlingsbeslutninger.

Omvendt følger det heraf at registrering skal finde sted.”

I skrivelse af 10. april 2009 har K ApS supplerende anført til klagen:

” ...

Det er anført i anke af 22. februar 2009 klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at kurator advokat H modsatte sig registrering af anmeldelsen af kapitalforhøjelsen alene for at berige sig på falsk grundlag.

...

Som dokumentation for dette forsøg på berigelse vedlægger jeg uddrag af ”Statusoversigt samt redegørelse i henhold til konkurslovens § 125, stk. 2” ... udarbejdet den 31. marts 2009, hvor det fremgår af side 5 at ”Boet er fortsat af den opfattelse, at kravet mod D A/S består og vil forfølge dette”

En sådanne fremgangsmåde er en vildledning af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Sagen vil selvfølgelig blive forfulgt af mig i advokatsamfundets regi.

På denne baggrund anmoder jeg Erhvervsankenævnet om at beslutte indstilling af den fulde registrering af anmeldelse af kapitalforhøjelse i K ApS af 5. november 2008.

Subsidiært gennemførelse af alle øvrige forhold anmeldt den 5. november 2008 og afventning af forhøjelse af nom. 3.585.000 indtil dom eller andet forligger i sagen.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 27. maj 2009 udtalt:

”...

Udtalelse

A fremfører i sin klage som primært anbringende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal registrere anmeldelsen af 5. november 2008 i sin helhed.

Sekundært anfører A, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal registrere den ovennævnte anmeldelse for den del af kapitalforhøjelsen, der ikke er nedlagt protest imod, således at selskabets kapital forhøjes med nominelt 5.900.000 kr. i henhold til særskilt vurderingsberetning og særskilt del af generalforsamlingsprotokol.

Erhvervs og Selskabsstyrelsen fastholder sin afgørelse om at nægte registrering af den anmeldte kapitalforhøjelse, da der efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse er væsentlig tvivl om, hvorvidt de værdier, der ligger til grund for den anmeldte kapitalforhøjelse, består.

Også for så vidt angår As sekundære anbringende, fastholder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægtelse af registrering af den anmeldte kapitalforhøjelse i sin helhed.

I den konkrete sag er der besluttet en kapitalforhøjelse, som tilvejebringes ved to indskyderes tegning af B anparter. Kapitalforhøjelsen er således besluttet i sin helhed, og der er derfor efter styrelsens opfattelse en sådan sammenhæng mellem de to tegninger af nye anparter, at kapitalforhøjelsen ikke kan effektueres og registreres, hvis det alene er den ene indskyder, der tegner sin andel af anparterne.

For så vidt angår det af A anførte i klagen vedrørende kuratellens handlinger og formål hermed, er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke i stand til at kommentere dette, da dette ikke henhører under styrelsens kompetenceområde.

Sagens retlige omstændigheder

I henhold til anpartsselskabslovens § 73 skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægte registrering, hvis anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven eller ikke stemmer med selskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på den måde, som loven eller vedtægterne foreskriver..

Ved anmeldelse af flere forhold, f.eks. tegning af nye anparter som led i en kapitalforhøjelse, skal der efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens faste praksis ske registreringsnægtelse af det anmeldte som et hele, såfremt der er en sådan forudsætningsammenhæng mellem de forskellige elementer af den anmeldte kapitalforhøjelse, at de er indbyrdes afhængige.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

I forbindelse med kapitalforhøjelser, som foretages på baggrund af indskud af andre værdier end kontanter, foreligger der en række betingelser, der skal være opfyldt med henblik på at dokumentere værdien af det indskudte.

I dette tilfælde blev der allerede under sagens behandling rejst indsigelse mod eksistensen af den fordring, som en væsentlig del af kapitalforhøjelsen hvilede på. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne ikke på det foreliggende grundlag afgøre, hvorvidt der forelå en fordring på den omtalte debitor. Styrelsen kunne endvidere heller ikke afgøre, hvorvidt der forelå en underliggende endeligt indgået aftale mellem C ApS, nu under konkurs, og D A/S. Dette blev yderligere underbygget af, at kuratellet for indskyderen rettede henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og anmodede styrelsen om at nægte registrering, da kuratellet fandt, at der var tvivl om, hvorvidt den indskudte fordring bestod.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forsøgte under sagens behandling at indhente yderligere dokumentation for indskuddets værdi. Styrelsen kontaktede i den forbindelse den revisor, som havde udarbejdet vurderingsberetning. Styrelsen udbad sig yderligere kommentarer på de oplysninger, som var tilgået Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dette medførte dog ikke yderligere sikkerhed for indskuddets værdi.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vurderede på dette grundlag, at der fortsat var en væsentlig tvivl om eksistensen af og indskuddet af den nævnte fordring, som en væsentlig del af den anmeldte kapitalforhøjelse beroede på. Der forelå således ikke det fornødne sikre grundlag for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne foretage den anmeldte registrering.

For så vidt angår anbringendet om, at der skal ske delregistrering af den del af kapitalforhøjelsen, som der ikke er rejst protest mod, følger det af styrelsens faste praksis, at såfremt der ved anmeldelse er en sådan sammenhæng mellem flere anmeldte forhold, at disse må anses for at være uadskillelige dele af det anmeldte, må anmeldelsen i sit hele nægtes registreret.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at der i denne konkrete sag er en sådan sammenhæng mellem det anmeldtes enkelte dele, at disse ikke kan stå alene, idet det må anses for at have været en forudsætning for, at det ene indskud sker, at det andet indskud, som anmeldelsen vedrører også samtidigt finder sted. I sådanne tilfælde må det anmeldte derfor betragtes som en uadskillelig helhed. Det er således

ikke muligt at adskille disse to indskud, og kapitalforhøjelsen som helhed kan derfor ikke registreres.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således været berettiget til at nægte registrering af den anmeldte kapitalforhøjelse, jf. anpartsselskabslovens § 73.
..."

Ved skrivelse af 5. juni 2009 har K ApS bemærket:

"...

Vurderingsberetninger

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen slår tvivl om vurderingsberetningen.

Det er uagtet, jfr. Erhvervs- og selskabsstyrelsen ... fremlægger mail fra reg. revisor G, der fastholder sin konklusion i vurderingsberetningen, med mindre hun modtager noget der modsiger dette. Reg. revisor G har forhold sig til spørgsmålet og har ikke fundet anledning til at trække disse tilbage.

Advokat I skriver den 17. februar 2009, pag. 2, 2. afsnit, at vurderingsberetningerne formentlig ikke forelå på tidspunktet for generalforsamlingens afholdelse.

Begge disse påstande er totalt ubegrundet og forkerte. Jeg vil bede om bevis for Deres påstande. Selvfølgelig forelå vurderingsberetningerne den 31. oktober 2009.

Forvaltningsretligt og advokatretligt er beskyldninger grove og strafbare.

For god ordens skyld skal jeg kommentere, hvorfor Erhvervs- og selskabsstyrelsen måtte anmode om disse. En af mine ansatte, Henning Johannsen, afleverede vurderingsberetningerne personligt i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Efterfølgende kan jeg så bare konstatere at de er forsvundet hos erhvervs- og selskabsstyrelsen. Jeg erinde at han fik kvittering med, men den kan kurator ikke finde. Endelig da jeg får en rykker, beder jeg formelt om at Reg. revisor G selv indsender vurderingsberetningerne til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket også er sket, inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsatte frist.

Delregistrering

Det fremgår af generalforsamlingsreferatet af 31. oktober 2008, pag. 2, punkt 4, at A som dirigent, er bemyndiget til at "foretage de korrektioner i det vedtagne, herunder i selskabets vedtægter, som måtte være nødvendigt for endelig registrering af det vedtagne hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen."

Når jeg så, som dirigent, subsidiært beder om delregistrering, så skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efterkomme dette.

Henvisningen til Anpartslovens § 73 savner fuldstændig mening, da intet er i strid med loven.

Samlet konklusion

Erhvervs- og selskabsstyrelsen samt klager har intet faktisk frembragt i denne sag, andet end at de postulerer.

Fakta er at,

- der er afholdt lovlig generalforsamling, den 31. oktober 2008
- der forelå korrekte og lovlige vurderingsberetninger, der heller ikke efterfølgende er trukket tilbage
- A, som dirigent er substitueret til at foretage ændringer i det anmeldte, herunder f.eks. at bede om delregistrering

På denne baggrund anmoder jeg Erhvervsankenævnet om at beslutte indstilling af den fulde registrering af anmeldelse af kapitalforhøjelse i K ApS af 5. november 2008.

Subsidiær gennemførelse af alle øvrige forhold anmeldt den 5. november 2008 og afventning af forhøjelse af norm. 3.585.000 indtil dom eller anden forligger i sagen.”

Heroverfor har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 29. juni 2009 bemærket:

”... Erhvervs- og Selskabsstyrelsen [skal] henlede opmærksomheden på, at årsagen til registreringsnægtelsen skyldes det forhold, at kuratellet for C ApS under konkurs efter der er sket anmeldelse rejser tvivl om, hvorvidt, den fordring, der indskydes ved kapitalforhøjelsen, består. Det fremgår også af uddybende skrivelser, at den påståede debitor for fordringen har gjort gældende, at den ikke består. Kurator har fremsendt korrespondance med debitor

Der forelå således en så væsentlig tvivl om eksistensen af fordringen, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med fornøden sikkerhed kunne konstatere, at der lå reelle værdier til baggrund for registreringen.

På denne baggrund så styrelsen sig ikke i stand til at registrere den anmeldte kapitalforhøjelse.”

Ankenævnet udtaler:

Af anpartsselskabslovens § 72 fremgår det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan forlange de oplysninger, som er nødvendige for, at der kan tages stilling til, om loven og selskabets vedtægter er overholdt i forbindelse med anmeldelse og registrering af oplysninger hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Dersom anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven eller ikke stemmer med selskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på den måde, som loven eller vedtægterne foreskriver, skal registrering nægtes, jf. anpartsselskabslovens § 73, stk. 1.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog inden registreringen af den anmeldte kapitalforhøjelse en indsigelse fra kuratellet for C ApS under konkurs om, at debitor til den fordring, som danner grundlag for C ApS' tegning af nye anparter, ikke vedstår aftalen, der ligger til grund for fordringen. Efter kuratellets vurdering var der derfor tvivl om fordringens eksistens og værdi.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har herefter hos den revisor, som har udarbejdet vurderingsberetningen af apportindskuddet, søgt oplyst, om den fra kuratellet fremkomne oplysning ændrer ved revisors konklusion i vurderingsberetningen. Forelagt kuratellets oplysninger er revisor ikke er fremkommet med bemærkninger. Som sagen foreligger oplyst for ankenævnet ses anmelder heller ikke at have foretaget sig yderligere for at få tilvejebragt en fornyet vurdering fra revisor.

På denne baggrund tiltræder ankenævnet, at styrelsen på det foreliggende grundlag ikke har kunnet afgøre, hvorvidt der eksisterer en fordring og dermed om der har kunnet foretages en kapitalforhøjelse på grundlag heraf.

Ankenævnet tiltræder endvidere styrelsens vurdering, hvorefter det må anses for at have været en forudsætning for, at det ene indskud sker, at det andet indskud, som anmeldelsen vedrører, også samtidig finder sted, og at kapitalforhøjelsen derfor som helhed ikke har kunnet registreres.

Ankenævnet finder herefter, at der har bestået en sådan tvivl om grundlaget for den anmeldte kapitalforhøjelse, at Erhvervs- og selskabsstyrelsen med rette har nægtet at registrere denne, jf. anpartselskabslovens § 73.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. februar 2009.

4.5. LOV OM VISSE ERHVERVSDRIVENDE VIRKSOMHEDER

23) Kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-0016968).

Selskab nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. § 13.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1 og stk. 2 samt § 13.

(Finn Møller, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. juni 2008 har K2 S.m.b.a. ved A klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. juni 2008 nægtede at registrere K1 S.m.b.a.

Sagens omstændigheder:

I en over klagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Den 15. januar 2008 anmeldte A et S.m.b.a. til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Selskabet er stiftet af A og K2 S.m.b.a. Stiftelsesdokumentet er af dette selskab underskrevet af A, som er direktør i selskabet. A er også anmeldt som direktør i det nye K1 S.m.b.a.

Det fremgår af virksomhedens vedtægter, at selskabet har til formål at udføre erhvervmæssige forretninger/investeringer samt konsulentarbejde.

Det fremgår også, at ingen af selskabsdeltagerne hæfter personligt

Selskabet har en indskudskapital, hvis størrelse varierer i forhold til antallet af medlemmer, og alle selskabsdeltagere skal indskyde kapital i selskabet.

Det fremgår også, at overskud fordeles på baggrund af størrelsen af det enkelte medlems indskudte kapital. Det samme gælder ved selskabets likvidation.

Ejere/medlemmer har ikke krav på en andel af selskabets formue ved udtræden, men har mulighed for at overdrage andelene til tredjemand. I så fald har de andre deltagere dog forkøbsret til en pris svarende til sælgers anskaffelsessum. Hvis andelene ikke kan afstås til tredjemand har selskabet pligt til at overtage andelene til den oprindelige anskaffelsessum.

Selskabets øverste ledelsesorgan er generalforsamlingen og den daglige ledelse varetages af en direktør, som ansættes af generalforsamlingen.

Det fremgår også, at alle kan ansøge om at blive optaget som medlem af selskabet, men at ledelsen skal godkende, om ansøgningen kan imødekommes.

Den 9. maj 2008 traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgørelse om registreringsnægtelse. Denne afgørelse blev genfremsendt den 18. juni 2008.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. juni 2008 hedder det:

” ...

Afgørelse

Vi kan ikke registrere K1 S.m.b.a, jf. lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 13, stk. 1.

...

Retligt grundlag

Afgrænsningen mellem virksomheder med begrænset ansvar efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder og aktie- eller anpartsselskaber er ikke fastlagt ved lov. Det fremgår dog af lovbekendtgørelse nr. 651 af 15. juni 2006, om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2, at der ved virksomheder i loven forstås selskaber med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af aktie- eller anpartsselskabsloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vurdering, at det anmeldte selskab utvivlsomt skal betragtes som erhvervsdrivende, idet det fremgår af vedtægterne, at formålet er at udføre erhvervsdrivende forretninger/investeringer samt konsulentarbejde.

Selskabet har endvidere begrænset hæftelse, da det fremgår af vedtægterne at ingen selskabsdeltagere hæfter personligt.

Spørgsmålet er imidlertid, om selskabet adskiller sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab, jf. bestemmelsen i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, § 1, stk. 2.

Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, der reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- og anparts selskabslovens regler om minimumskapital, i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Hvis man tillod dette, ville reglerne om kapitalkrav kunne omgås.

En virksomhed, der ønskes registreret efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skal således adskille sig væsentligt fra et aktie- eller anpartsselskab for at kunne registreres. Hvis adskillelsen ikke er væsentlig, gribes virksomheden af aktie- eller anpartsselskabsloven.

I K1 S.m.b.a. fordeles overskud på baggrund af størrelsen af det enkelte medlems indskudte kapital. Det samme gælder fordeling af overskud ved selskabets likvidation.

Dette taler for at betragte selskabet som registreringspligtig efter reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven, da netop overskudsfordeling i forhold til ejernes kapitalindskud er et grundliggende kendetegn ved et kapitalselskab. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fordeles overskuddet typisk enten i forhold til medlemmernes andel af selskabets omsætning eller ligeligt mellem medlemmerne i selskabet.

Det fremgår endvidere af vedtægterne, at selskabets andele kan overdrages. Dette er endnu et forhold, der er typisk i et aktie- eller anpartsselskab, og som derfor taler for at selskabet bør registreres som et sådant. I selskaber omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder skifter selskabets kapital netop i kraft af medlemmernes ind- og udtræden, og der handles ikke med deres andele af selskabets kapital.

Også selskabets ledelsesmæssige organisation minder meget om et anpartsselskab.

Det er allerede på denne baggrund Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at K1 S.m.b.a. falder ind under reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven og dermed skal anmeldes og registreres efter reglerne heri.

Anmeldelsen kan derfor ikke registreres i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke foretaget en udtømmende gennemgang af selskabets vedtægter. Der kan således være andre forhold, der ikke stemmer overens med de gældende selskabsretlige regler og principper.
..."

I klageskrivelsen af 19. juni 2008 har A anført:

”...

Sagen omhandler hvorvidt SMBA-selskaber må fordele overskuddet efter størrelsen af den indskudte kapital.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sagt nej med henvisning til, at det er en omgåelse af reglerne for aktie- og anpartsselskaber.

Retsgrundlaget og anbringender:

Indlednings må det slås fast, at der hverken i lov om erhvervsdrivende virksomheder (LEV) eller dens forarbejder, er støttet for påstand om, at SMBA-selskaber ikke må fordele overskuddet i forhold til den indskudte kapital eller i forhold til ejerskab.

En påstand om, at alle selskaber efter LEV skal have kooperative træk er ikke hjemlet i loven.

Der er efter min mening temmelig vanskeligt at fremføre nye betingelser, der ikke fremgår af loven.

Derudover forstår jeg heller ikke afgørelsens præmisser. Aktie- og anpartsselskaber er kendetegnet ved at have en fast indskudskapital. Det er derimod ikke noget kardinalpunkt, at aktie- og anpartsselskaber fordeler overskuddet i forhold til den indskudte kapital. Ganske vist fremgår det som deklaratorisk regel, at man fordeler overskuddet efter indskuddets størrelse, men der kan sagtens vælges en anden overskudsfordeling.

Et Anpartsselskab kan således sagtens fordele overskuddet ligeligt mellem anpartshaverne uanset størrelsen af den indskudte kapital. Der er heller ikke noget til hindrer for, at man i et anpartsselskabs vedtægter skriver, at anparterne ikke er frit omsættelige.

Det Styrelsen fremfører ... er således forkert.

Yderligere vil jeg gøre opmærksom på, at afgørelsen ikke er i overensstemmelse med Styrelsens praksis. Der findes masser af SMBA-selskaber, der fordeler overskuddet i forhold til den indskudte kapital, og hvor ejerandelene er frit omsættelige.

Jeg vil også henvise til selskabsskatteoven, der blev vedtaget i 1960,...§ 1

...

Lovgiver antog således helt klart, at der kunne være kapitalselskaber, der ikke nødvendigvis var aktie- eller anpartsselskaber, og praksis er ikke lavet om med vedtagelsen LEV.

Der kan også henvises til SKM2002.682.TSS hvor Told- og Skattestyrelsen skriver (egen understregning):

”På baggrund af det ved ansøgningen vedlagte udkast til vedtægter for B Holding s.m.b.a., fandt Told- og Skattestyrelsen, at dette selskab måtte være omfattet af SEL § 1, stk. 1, nr. 2, idet der blev lagt vægt på, at medlemmerne i B Holding s.m.b.a. ikke hæftede personligt, men udelukkende med deres indskud i selskabet, at overskuddet fordeltes i forhold til den indskudte kapital, at andelene kunne overdrages i forbindelse med overdragelse af medlemmets virksomhed, og at medlemmerne ved indmeldelse skulle indbetale indskud. Andelene var dermed af en sådan karakter, at de måtte anses for omfattet af aktieavancebeskatningsloven, jf. ABL § 1, stk. 1.”

Derudover må påpeges, at selskaber med vekslende indskudskapital eller garantikapital afviger fra væsentlig fra aktie- og anpartsselskaber, hvilket jo netop er tilfældet i nærværende sag.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelsen af 21. august 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil gerne fastholde, at sagen med rette er blevet registreringsnægtet.

Til støtte herfor henvises til afsnittet om styrelsens vurdering i afgørelsen af 18. juni 2008.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal ... bemærke, at styrelsens registreringsnægtelse tager udgangspunkt i, at selskaber ikke kan blive registreret efter LEV, hvis der reelt er tale om et aktie- eller anpartsselskab, da der i så fald kan være tale om omgåelse af aktie- og anpartsselskabslovenes kapitalkravsbestemmelser. Dette kriterium fremgår både direkte af lovteksten og af bemærkningerne.

Det er således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opgave som led i behandlingen af anmodninger om registrering efter LEV at foretage en konkret og samlet vurdering af det relevante selskab og på baggrund heraf vurdere, om der er tale om et selskab, der burde registreres efter reglerne i aktie- eller anpartsselskabsloven, eller om der kan ske registrering efter LEV.

At det anmeldte selskab ikke har nogen kapital vil ikke kunne sikre registrering, da lovens henvisning til aktie- og anpartsselskaber netop er indsat for at sikre kapitalkravet.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke udelukke, at der er blandt de registrerede selskaber er enkelte, der fordeler overskuddet i forhold til den registrerede kapital. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretager en kontrol af lovens overholdelse på registreringstidspunktet. Ved denne kontrol lægges der i overensstemmelse med det ovenfor anførte betydelig vægt på, om der sker overskudsdeling i forhold til kapitalen. Der er imidlertid tale om en samlet vurdering, hvorfor det ikke kan udelukkes, at et konkret selskab er blevet registreret på trods heraf. Som altovervejende udgangspunkt registreres sådanne selskaber imidlertid ikke.

Det skal endvidere understreges, at det er anmelders samt selskabernes individuelle ledelse, der bærer ansvaret for, at anmeldte og registrerede selskaber overholder lovens betingelser både på tidspunktet for registrering og efterfølgende. Styrelsen fører endvidere ikke et løbende tilsyn med de registrerede selskaber. Skulle der være selskaber, der er registreret i strid med loven, indebærer dette således ikke, at andre selskaber fremtidigt ikke skal overholde lovens krav.

... at ordlyden af selskabsskatteloven samt skattemyndighedernes praksis på dette område ikke er relevant ved fortolkningen af LEV.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af § 1, stk. 1, i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder fremgår det, at loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Efter lovens § 1, stk. 2, forstås ved virksomheder i denne lov enkeltmandsvirksomheder, interessentskaber, kommanditselskaber, andelsselskaber (andelsforeninger) samt andre selskaber og foreninger med begrænset ansvar, som ikke er omfattet af aktieselskabsloven, anpartsselskabsloven eller lov om erhvervsdrivende fonde. Formålet med denne bestemmelse er at sikre, at virksomheder, som reelt er aktie- eller anpartsselskaber, men som ikke ønsker at opfylde aktie- eller anpartsselskabslovens regler, ikke i stedet vælger at lade sig registrere med begrænset hæftelse efter reglerne i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

Efter en samlet vurdering finder Ankenævnet ikke, at den anmeldte selskabskonstruktion på væsentlige områder, som formål, hæftelse, overskudsdeling, kapitalforhold og organisering afviger i så væsentlig grad fra et kapitalselskab, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fravige reglerne om kapitalselskaber. Det af klageren anførte kan ikke føre til et andet resultat, og Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at selskabet er nægtet registrering efter lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovens § 13.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. juni 2008.

4.6. ÅRSREGNSKABSLOVEN

24) Kendelse af 3. marts 2009 (J.nr. 2008-0017480).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151, 152 og 155, stk. 2.

(Johnny Kofoed-Jensen, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 12. august 2008 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. juli 2008 har pålagt ham to afgifter på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne for perioden 29. januar 2007 til 31. december 2007 for A [K/S] og B ApS.

Sagens omstændigheder:

Da A [K/S] og B ApS' årsrapporter for perioden 29. januar 2007 til 31. december 2007 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 20. juni 2008 en skrivelse til direktionen for B ApS og bestyrelsen for A [K/S] på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporten senest 2. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 18. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse B ApS, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. og styrelsen ville slette A [K/S], jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder § 10, stk. 6.

Selskabernes årsrapporter blev indsendt pr. e-mail den 2. juli 2008 og den 9. juli 2008 modtog styrelsen årsrapporterne med almindelig post.

Ved skrivelser af 18. juli 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, Michael Wallin en afgift på 2.000 kr. for hvert selskab. K har den 12. august 2008 klaget over de pålagte afgifter.

I klageskrivelsen har K anført:

” ...

Jeg kan oplyse, at årsregnskab for begge selskaber er indsendt den 2. juli 2008 pr. e-mail til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (ckkogs.dk) i henhold til særskilt aftale, og at begge årsregnskaber efterfølgende ligeledes er sendt pr. almindelig post.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 30. september 2008 udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., 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 årsregnskabslovens § 138, stk. 1, at virksomheder omfattende af regnskabsklasse B, C og D uden ugrundet ophold efter godkendelsen skal indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1 og § 7.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 2.

Såfremt den angivne frist overskrides, fremgår det af årsregnskabslovens § 151, stk. 1-3, at...[de pålægges en afgift]...

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, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

I henhold til indsendelsesbekendtgørelsens § 4 kan årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen elektronisk som digitalt regnskab i det omfang, styrelsen har udviklet it-systemer til at håndtere modtagelsen og offentliggørelsen af sådanne regnskaber. Herudover bemærkes det, at det digitale regnskab skal indsendes i XBRL-format.

Herudover nævnes ifølge kommentarerne til årsregnskabslovens § 138:

”Årsrapporten kan enten indsendes eller afleveres i papirudgave i styrelsen eller indsendes som digitalt regnskab i XBRL-format.”

Styrelsens udtalelse

Godkendte og reviderede årsrapporter for selskaberne for regnskabsåret 2007 skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skulle være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Selskabernes regnskabsår udløb den 31. december 2007. Som følge heraf skulle selskabernes årsrapporter for regnskabsåret 2007 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporterne den 9. juli 2008, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Såfremt der foreligger ganske særlige omstændigheder kan styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1, helt eller delvis fritage det enkelte ledelsesmedlem for betaling af afgift. Denne bestemmelse er rettet mod ”ganske upåregnelige forhold”.

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i brevet, at årsrapporterne er indsendt pr. mail den 2. juli 2008 og dermed indenfor den nævnte frist i styrelsens brev af 20. juni 2008.

Ifølge indsendelsesbekendtgørelsens § 4 samt kommentarerne til årsregnskabslovens § 138 kan årsrapporten enten indsendes eller afleveres i papirudgave i styrelsen eller indsendes som digitalt regnskab i XBRL-format. Det er derfor ikke muligt at indsende årsrapporterne pr. e-mail til styrelsen.

...”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 155, stk. 2, 4. pkt. fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter regler om elektronisk indsendelse af årsrapporter, herunder at indsendelse skal ske i en af styrelsen fastsat struktureret form.

Det fremgår af bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007 om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen) § 4, stk. 1, at årsrapporten kan indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen elektronisk som digitalt regnskab i det omfang styrelsen har udviklet it-systemer til at håndtere modtagelsen og offentliggørelsen af sådanne regnskaber. Af stk. 2, fremgår, at det digitale regnskab skal indsendes i XBRL-format specifikation 2.1, i en af styrelsen fastsat taksonomi med nærmere angivne krav til præsentationsdokumentet, og af stk. 3, fremgår, at det digitale regnskab indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen via hjemmesiden www.eogs.dk eller www.virk.dk, forsynet med indsenderens digitale signatur efter styrelsens nærmere bestemmelse.

Elektronisk indsendelse pr. e-mail af årsrapporter, som sket med årsrapporterne for B ApS og A [K/S] den 2. juli 2008, er således ikke en lovlig indsendelsesmåde.

Henset hertil, og da der i øvrigt ikke foreligger sådanne særlige omstændigheder, at K kan undtages for betaling af afgift efter årsregnskabslovens § 151, finder ankenævnet ikke, at der kan ske fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 18. juli 2008 pålagte afgifter.

25) Kendelse af 17. april 2009 (J.nr. 2008-0017898).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Johnny Kofoed-Jensen, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 6. oktober 2008 har A på egne vegne og på vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i B A.m.b.a. klaget over, at Erhvervs- og

Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 26. september 2008 har pålagt dem en afgift hver på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for perioden 1. januar – 31. december 2007 for B A.m.b.a.

Sagens omstændigheder:

B A.m.b.a. har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2007 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 23. juni 2008 en skrivelse til bestyrelsen for B A.m.b.a. på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest 3. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 21. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 18. september 2008 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 23. september 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, bestyrelsesmedlemmerne hver en afgift på 3.000 kr. A har den 6. oktober 2008 på vegne af samtlige bestyrelsesmedlemmer klaget over de pålagte afgifter.

I klageskrivelsen af 6. oktober 2008 har A anført:

”...

1. Om virksomheden

B er en privat lystbådehavn, etableret med det formål, at østjyske lystsejlere kan få et godt udgangspunkt for fritidssejls. Vi er ikke så store, hvorfor havnen kører med et minimum af lønnet/fastansat arbejdskraft. Således er også bestyrelsen glade og ulønnede amatører, der giver en hånd med i bestræbelserne på at udvikle og drive havnen til brugernes glæde og tilfredshed.

2. Forløbet

Vi fik ikke sendt årsregnskabet ind i tide, derom ingen tvivl. Her vil vi redegøre for hvorledes det kunne gå så galt:

I Maj afholdes den årlige generalforsamling og i forlængelse heraf underskriver alle bestyrelsesmedlemmerne det nu godkendte årsregnskab. Formanden får de underskrevne regnskaber med hjem og mangler nu blot at sende dem eller overdrage dem til revisor, hvorefter denne sørger for afsendelse. Dette sker ikke.

Erhvervs- og selskabsstyrelsen en advarsel om det manglende regnskab til havnens adresse. Advarslen går dog til forkert adresse af følgende årsag. Postmesteren er utilfreds med vores postkasses placering på den nye servicebygning, hvorfor posten afleveres til vores tidligere sekretær. Denne er imidlertid udtrådt af bestyrelsen ved sidste generalforsamling og er i øvrigt på ferie. Brevet viderebringes derfor først i slutningen af august til havnekontoret. Der får formanden for havnen det overdraget, da han kommer hjem fra ferie den 6. September.

Indkaldelse til møde i skifteretten – med henblik på tvangsopløsning – er datoført til den 9. September.

Det er først med denne indkaldelse, at den øvrige bestyrelse bliver klar over tingenes tilstand. Herefter får vi så hurtigt som muligt eftersøgt de forsvundne regnskaber, iværksat produktion af nye samt indsamling af underskrifter fra bestyrelsen – hvorefter de forsvundne regnskaber dukker op! Afsendelse sker straks herefter.

3. Begrundelse for ansøgning om friholdelse

- a. 6. ud af 7 bestyrelsesmedlemmer var uvidende om den manglende indsendelse. De havde jo netop underskrevet regnskabet, som de skulle og derfor i absolut god tro.
- b. Advarsel om manglende indsendelse sendes ikke til hvert bestyrelsesmedlem. De har derfor ingen mulighed for at reagere herpå.
- c. Såfremt advarslen var sendt anbefalet ville problemet med den forkerte modtager aldrig være opstået.
- d. Tiden mellem modtagelse af advarsel og indkaldelse til møde i skifteretten er så kort, at reaktion herpå næsten ikke er mulig.
- e. Det kan i fremtiden blive ganske svært at rekruttere frivillig, ulønnet arbejdskraft til bestyrelsen, såfremt det – for et forhold man var uden indflydelse på – kan medføre bøder af denne størrelsesorden.

4. Forslag til løsning

Idet selskabet naturligvis erkender, at regnskabet ikke er indsendt rettidigt og at overskridelsen er uacceptabelt lang, foreslås følgende: Bøden pålægges alene det bestyrelsesmedlem der har haft regnskaberne og advarslen til sin rådighed. De øvrige medlemmer har været i god tro og har ikke haft mulighed for at blive vidende om forholdet, endsige gøre noget ved det. De bør derfor friholdes bøden.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 16. december 2008 udtalt:

” ...

Det retlige grundlag for afgiftspålæggelse og afgiftsfritagelse

I henhold til årsregnskabslovens § 138, stk. 1 skal et selskabs årsrapport være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Modtages en årsrapport for sent, finder reglerne i årsregnskabslovens §§ 150 – 152 anvendelse.

Årsregnskabslovens § 151 omhandler den afgift, som bliver pålagt hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse ved for sen modtagelse af årsrapporten. Bestemmelsen er udtryk for, at det er af stor betydning, at årsrapporterne modtages rettidigt i styrelsen og, ikke mindst af hensyn til regnskabsbrugerne er det vigtigt at oplysningerne i de offentliggjorte årsrapporter er aktuelle. Pålæggelse af afgift til den øverste ansvarlige ledelse på grund af for sen indsendelse af årsrapporten skal tilskynde virksomhedsledelserne til at prioritere regnskabsaflæggelsen og regnskabsindsendelsen højt. Der påhviler derfor selskabets bestyrelsesmedlemmer et individuelt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter samme lovs § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at hun eller han har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges hende eller ham til last.

I bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 henvises endvidere til administrativ praksis, hvorefter der kan blive tale om hele eller delvis afgiftsfritagelse, hvis forsinkelsen skyldes ganske upåregnelige forhold. Dette gælder navnlig ved alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret, længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen.

Som eksempler på forhold, som derimod ikke sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, nævnes i forarbejderne:

- at ledelsesmedlemmer ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløb af påkravsfristen på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold (f.eks. på grund af ferie)
- at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsnet for, at forsinkelsen skyldes postvæsnets fejl, f.eks. poststrejke), og at et bestyrelsesmedlem ikke har deltaget i bestyrelsesmøderne på grund af udlandsrejser.

Der er således ved udarbejdelsen af årsregnskabslovens § 152, stk. 1 tiltænkt denne bestemmelse et meget snævert anvendelsesområde.

...

Styrelsen finder ikke, at der i nærværende sag foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som i henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1 berettiger til en afgiftsfritagelse.

Det beror således alene på selskabets egne forhold,

- at styrelsens rykkerbrev af 23. juni ikke (kan) afleveres på den korrekte adresse (bl.a. på grund af placeringen af selskabets postkasse)
- at formanden først efter afholdt ferie modtager rykkerbrevet

...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det anførte om formandens forglemmelse af selv at sende eller at overdrage det af bestyrelsesmedlemmerne underskrevne regnskab til revisor med henblik på, at denne indsender det til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, samt at bestyrelsesmedlemmerne først ved formandens hjemkomst fra ferie bliver bekendt med påkravsskrivelsen af 23. juni 2008, er ikke sådanne særlige omstændigheder, at bestyrelsesmedlemmerne kan undtages for betaling af afgift efter årsregnskabslovens § 151

Herefter, og da der ikke i øvrigt er oplyst sådanne ganske særlige omstændigheder, som i henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1 berettiger til en afgiftsfritagelse, finder ankenævnet ikke, at der kan ske fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 23. september 2008 pålagte afgifter.

26) Kendelse af 27. april 2009 (J.nr. 2008-0017638).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 7. september 2008 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 11. august 2008 har afslået at fritage K for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne for 2007 for A A/S, B ApS, C ApS og D ApS. I klageskrivelsen klages tillige på vegne af K1 og K2 over pålagte afgifter for for sen indsendelse af årsrapporten for A A/S

Sagens omstændigheder:

A A/S, B ApS, C ApS og D ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 13. april, 22. april og 25. april 2008 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en erindringsskrivelse om indsendelse af selskabernes årsrapport for 2007. Da selskabernes årsrapport 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 19. juni 2008 en skrivelse til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 1. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest 17. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 8. august 2008 modtog styrelsen årsrapporterne for B ApS, C ApS og D ApS og den 15. august 2008 årsrapporten for A A/S, og ved skrivelser af 8. august og 22. august 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K fire afgifter à 3.000 kr. og K1 og K2 hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelse af 7. september 2008 har K anført:

”...

Undertegnede har fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtaget meddelelse om, at man ikke kan imødekomme min tidligere anmodning af 1. juli 2008 ... ang. afgiftsfritagelse.

Jeg tror, imidlertid, at min sygdom har medført rimelige årsager til fritagelse, og fremsender derfor vedlagte dokumentation og forklaring på min sygdoms forløb, som følger:

I november 2007 blev jeg sygemeldt på baggrund af mistanke om alvorlig sygdom, hvorfor den 19.12.07 blev MR-scannet på eget initiativ. Scanningen efterlod bl.a. mistanke om atelektase i lungernes funktion, hvilket på [Sygehus] blev undersøgt og senere afkræftet (heldigvis) i vedlagte brev af 18. januar 2008. Derimod fik jeg desværre konstateret kongleskørhed og gik til en del undersøgelser og behandlinger herfor, hvilket i april 2008 medførte, at jeg (i 18 måneder) skal følge en behandlingsplan for knogleskørhed i det håb, at mine knoglers knoglemineralindhold vil blive forbedret. Jeg fik i samme forbindelse bevilget såkaldt kronikertilskud, da behandlingen er både langvarig og kostbar.

Uheldigvis kom jeg til skade primo maj 2008, hvilket er min egentlige årsag til, at jeg redegør så detaljeret for sygdommens opståen, dens langvarige forløb samt det indlysende forhold, at min knogleskørhed har bevirket brud (maj 2008) på venstre overarm/skulder, hvilket til dels er et meget langvarigt behandlingsforløb, som frem til ultimo juni måned bl.a. indebar, at jeg i denne travle tid ikke måtte køre bil, hvilket var en væsentlig forhindring for, at jeg kunne passe mit daglige arbejde.

Dette er samtidig årsagen til, at jeg først i august kunne få indleveret ovenstående regnskaber, hvilket – endnu engang – gerne vil beklage dybt.

Jeg skal dog tilføje, at ovenstående nu alle er afleveret, og på denne baggrund vil jeg gerne anmode om afgiftsfritagelse – dels på egne vegne – med tillige på vegne af min ægtefælle [K1] samt på vegne af K2
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 18. november 2008 udtalt:

”...

K anmodede i mail af 4. august 2008 om afgiftsfritagelse med begrundelse i sygdom...

I mailen af 4. august 2008 oplyses desuden, at årsrapporterne er udarbejdet og under indsendelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen giver i brev af 11. august afslag på afgiftsfritagelse for forsinket indsendelse af 3 af årsrapporterne, B ApS, C ApS og D ApS. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne ikke behandle anmodningen om afgiftsfritagelse for forsinket indsendelse af årsrapporten for A ApS, idet styrelsen ikke på dette tidspunkt havde modtaget denne årsrapport.

Afslaget begrundedes med, at K's sygdomstilfælde ikke kan begrunde en afgiftsfritagelse.

Det kan oplyses, at K blev pålagt afgift som følge af forsinket indsendelse af årsrapporten for 2006 for A ApS den 20. juli 2007. For de tre andre selskabers vedkommende er det selskabernes første regnskabsår.

Sagens retlige omstændigheder

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 påkravs brevet 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 påkravs brevet 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 under ganske særlige omstændigheder. 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.

Lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 nævner eksempelvis alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længerevarende uarbejdsdygtighed i tiden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen.

Styrelsens udtalelse

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ... først modtaget 3 af årsrapporterne den 8. august 2008, og den sidste årsrapport den 22. august 2008, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravs brev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i brevet, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporten skyldes sygdom hos K, idet han havde brækket sin overarm/skulder den 10. maj 2008.

I henhold til lovbemærkningerne forudsætter afgiftsfritagelse, at der skal foreligge en længerevarende dokumenteret uarbejdsdygtighed i tiden op

til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder, at selvom K har brækket overarmen/skulderen den 10. maj 2008, så har dette ikke gjort ham uarbejdsdygtig i tiden op til udløbet af selskabernes regnskabsår. Således fremgår af sygejournalen, at han har været erklæret uarbejdsdygtig i 12 uger fra 27. november 2007, på grund af formodet atelektase. Derimod er der ikke fremlagt dokumentation for, at K erklæres uarbejdsdygtig, da han brækker skulderen i maj 2008, eller da han får konstateret knogleskørhed og skal påbegynde et behandlingsforløb på 18 måneder i april 2008.

Derudover skal det bemærkes, at da K får konstateret knogleskørhed i januar 2008, har ledelsen i de fire selskaber mulighed for på et tidligt tidspunkt at træffe de nødvendige foranstaltninger, der kunne sikre, at årsrapporterne for 2007 for de fire selskaber kunne indsendes, så de var modtaget rettidigt hos styrelsen.

Styrelsen finder således fortsat ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at K skal fritages for de pålagte afgifter på samlet 12.000 kr.

Styrelsen finder desuden, at der i denne sag ikke foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at K's ægtefælle, K1, og K2 skal fritages for de pålagte afgifter på hver 3.000 kr. Der er ikke fremlagt dokumentation for, at K1 og K2 skulle have foretaget handlinger for at sikre, at styrelsen kunne have modtaget årsrapporten for 2007 for A A/S inden indsendelsesfristens udløb.

...”

I skrivelse af 28. december 2008 har K bemærket:

” ...

Jeg bemærker venligst, at jeg – såvel i perioden op til regnskabsårets afslutning, jvfr. sygemeldinger, (hvor jeg afventede resultatet af de omtalte hospitalsundersøgelser) – og igen i maj måned 2008 – (op til indsendelsesfristens udløb) – hvor jeg på grund af det omtalte knoglebrud – naturligvis var ude af stand til at arbejde, da min arm/skulder var indbundet, hvilket er omtalt i den fremlagte hospitalsjournal.

Min sygdom har således haft to forskellige faser – dels fra november 2007 til januar/februar 2008 – og igen fra maj måned 2008, men det er da i øvrigt helt korrekt, når det i redegørelsen anføres, at der i ”fase 2” ikke er fremlagt en særlig erklæring fra vor egen læge om ”uarbejdsdygtighed”.

Dette har vi udeladt, idet vi faktisk anså det for at være overflødig med henvisning til den fremlagte hospitalsjournal, men om nødvendigt vil det være let for mig at få bekræftet omtalte forhold/forløb fra vor egen læge – o.a. !

...”

Ved e-mails af 11. januar og 1. februar 2009 er K fremkommet med yderligere bemærkninger, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 22. januar 2009 fremsat yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

...

Fra administrativ praksis vedrørende praksis vedrørende afgiftsfritagelse kan endvidere nævnes, at hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold, kan dette efter en konkret vurdering give hel eller delvis afgiftsfritagelse. Dette gælder navnlig alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længerevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen. Det er dog en forudsætning, at den pågældende har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten trods hindringen blev aflagt og indsendt så hurtigt som muligt til styrelsen, således at forsinkelsen ikke kan lægges den pågældende til last.

...”

Af det foreliggende fremgår, at K har været erklæret uarbejdsdygtig i 12 uger fra den 27. november 2007 på grund af formodet atelektase, hvorimod der ikke er fremlagt dokumentation for at K med den brækkede overarm/skulder den 10. maj 2008 og det påbegyndte behandlingsforløb på 18 måneder i april 2008 som følge af den konstaterede knogleskørhed har været uarbejdsdygtig i tiden op til udløbet af selskabernes regnskabsår.

Herefter og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis

eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af en årsrapport, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 8. august og 22. august 2008 pålagte afgifter, og stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. august 2008.

27) Kendelse af 27. april 2009 (J.nr. 2008-0018182).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Preben Lund Hansen, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 21. november 2008 har statsautoriseret revisor A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne i K I/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 24. oktober 2008 har pålagt dem en afgift hver på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for 2007 for K.

Sagens omstændigheder:

K I/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 24. april 2008 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en skrivelse til bestyrelsen for K I/S på selskabets registrerede adresse med erindring om, at selskabets årsrapport for 2007 skal indsendes til styrelsen senest den 2. juni 2008. Da årsrapporten 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 1. juli 2008 en skrivelse til bestyrelsen for K I/S med påkrav om at modtage årsrapporten senest 11. juli 2008. Samtidigt 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 29. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel slette virksomheden af styrelsens register, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder § 10, stk. 6. Den 4. september 2008 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 24. oktober 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, bestyrelsesmedlemmerne hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 21. november 2008 har statsautoriseret revisor A anført:

” ...

Vi skal efter aftale, på vegne af ledelsen i K I/S ..., anmode om fritagelse for afgift for overskridelse af indsendelsesfristen af årsrapporten for 2007 for K I/S. Anmodningen om fritagelse vedrører ... K1, ... K2 og ... K3.

Sagens omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i brev af 1. juli 2008 henvendt sig til vores kunde, K I/S, med anmodning om indsendelse af interessentskabets årsrapport for 2007. På grund af ferie blev der ikke reageret på denne henvendelse med den konsekvens, at interessentskabet pr. 1. september 2008 var slettet hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Efter megen korrespondance, ..., kom det frem, at K I/S fra stiftelsen og frem til og med årsrapporten for regnskabsåret 2007 ikke tidligere har indsendt sin årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ligesom det kom frem, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke tidligere har rette henvendelse til K I/S vedrørende manglende indsendelse af årsrapport.

Interessentskabets ledelse har været af den opfattelse, at den anvendte procedure med indregning af interessentskabet i interessent-selskabernes årsrapport og indsendelse af disse (rettidigt) har været efter reglerne. Som tidligere nævnt har Styrelsen ikke reageret på dette tidligere. Under sagens behandling blev det erkendt, at der var tale om en fejl fra Styrelsens side, og ovennævnte sletning af K I/S blev på den baggrund annulleret.

Årsagen til den for sene indsendelse interessentskabets årsrapport for 2007 beror, efter vores opfattelse, på en ændret praksis hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Vi har medio uge 46, 2008 telefonisk drøftet afgiften med [navngivet medarbejder i styrelsen], idet det var vores opfattelse, at opkrævningen måtte være en fejl, idet K I/S, som nævnt ovenfor, ikke tidligere har indsendt sin årsrapport. Det er således vores opfattelse, at interessentskabets ledelse bør fritages for den pålagte afgift.

Yderligere skal det bemærkes, at K1 ... ikke har deltaget i interessentskabet siden regnskabsåret 2005. Vi har med beklagelse måtte konstatere, at K1 fejlagtigt ikke overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er blevet afmeldt som udtrådt af interessentskabet og dets ledelse. Som det fremgår af årsrapporten for 2007 underskriver K1 ikke denne.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 21. januar 2008 udtalt:

” ...

Styrelsen har ... allerede trukket afgiften tilbage vedr. K1, der udtrådte af virksomhedens ledelse den 1. april 2006, men først efterfølgende er anmeldt udtråd.

Sagens faktiske og retlige omstændigheder

Interessenterne i K I/S, hvis regnskabsår følger kalenderåret, er K3 ApS, ..., og K2 ApS, Virksomheden er hermed pligtig til at aflægge årsrapport efter årsregnskabslovens bestemmelser, jf. årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 2, litra a, herunder kravet om at indsende årsrapport til styrelsen, således at den er modtaget senest fem måneder efter regnskabsårets afslutning, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1.

...

Da årsrapporten fortsat ikke var modtaget, meddelte styrelsen den 1. september 2008 virksomheden, at den var slettet i styrelsens register, jf. årsregnskabslovens 150, stk. 3, og lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 10, stk. 6.

Efter at styrelsen havde modtaget årsrapporterne for 2005, 2006 og 2007 blev virksomheden igen registeret.

Virksomhedens årsrapport for 2007 blev modtaget den 4. september 2008, og på den baggrund blev de tre anmeldte og registrerede medlemmer af virksomhedens ledelse, K1, K3 og K2 hver pålagt en afgift på 3.000 kr. Beløbet er opgjort efter årsregnskabslovens § 151, stk. 1.

Det skal i denne forbindelse bemærkes, at der kun kan pålægges afgift som følge af for sen indsendelse af en årsrapport, når årsrapporten er modtaget. Modtages en årsrapport aldrig, kan der ikke pålægges afgift. Konsekvensen vil derimod være, at virksomheden slettes i styrelsens register (hvis der eksempelvis er tale om et interessentskab) eller oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning (hvis der eksempelvis er tale om et aktie- eller anpartsselskab). Hvis en virksomhed herefter bliver registret igen eller genoptaget og i forbindelse hermed indsender sin årsrapport, er der tale om en årsrapport, der er modtaget for sent, og så bliver hvert medlem af virksomhedens ledelse pålagt en afgift som følge heraf efter bestemmelserne i årsregnskabslovens § 151.

Da årsrapporterne for 2005 og 2006 aldrig (før sagsbehandlingen vedr. årsrapporten for 2007) var modtaget i styrelsen, kunne virksomhedens ledelse heller ikke have været pålagt afgift.

Efterfølgende er K1 fritaget for den pålagte afgift, idet han var udtrådt af virksomhedens ledelse den 1. april 2006. Virksomheden havde dog ikke fået anmeldt dette til styrelsen.

Vurdering

Det er styrelsens vurdering, at afgifterne til de to fortsættende medlemmer af virksomhedens ledelse er pålagt med rette efter årsregnskabslovens regler. Årsrapporten er ubestridt indsendt for sent, og

styrelsen har desuden i god tid inden indsendelsesfristens udløb mindet virksomheden herom.

Styrelsen har ikke – som anført af klagerens repræsentant ændret praksis for så vidt angår pålæggelse af afgift som følge af manglende rettidig indsendelse af årsrapporter. Derimod er håndhævelsen vedrørende sletning af virksomheder skærpet, således at virksomheden den 1. juli 2008 – ubestridt – er blevet rykket for indsendelse af årsrapporten for 2007. Angiveligt på grund af ferie reagerede virksomheden dog ikke herpå, inden virksomheden den 1. september 2008 blev slettet i styrelsens register.

...

Den omstændighed, at manglende indsendelse af årsrapport for hhv. 2005 og 2006 ikke er blevet påtalt af styrelsen, kan efter styrelsens vurdering ikke fritage virksomhedens ledelse for ansvar efter årsregnskabsloven – særligt ikke, når virksomhedens ledelse inden indsendelsesfristens udløb er blevet erindret herom. Hertil kom, at virksomhedens ledelse også modtog en rykkerskrivelse efter indsendelsesfristens udløb. Havde virksomhedens ledelse reageret inden for denne frist, ville den ikke være blevet pålagt afgift.

...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 4. december 2008 fritaget K1 for den pålagte afgift. Ankenævnet foretager sig derfor ikke yderligere vedrørende den del af klagen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 24. april 2008 til bestyrelsen på selskabets registrerede adresse fremsendt en orientering om indsendelse af årsrapport for 2007 for K I/S. Endvidere har styrelsen den 1. juli 2008 fremsendt påkravsskrivelse om indsendelse af årsrapport.

Under hensyn hertil, da det af klageren anførte om den manglende indsendelse af årsrapporter for henholdsvis 2005 og 2006 ikke kan føre til andet resultat og idet der ikke i øvrigt findes at foreligge sådanne særlige omstændigheder, at bestyrelsesmedlemmerne kan undtages for betaling af afgift efter årsregnskabslovens § 151, finder ankenævnet ikke, at der kan ske fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 24. oktober 2008 pålagte afgifter til K2 og K3.

28) Kendelse 18. august 2009 (J.nr. 2009-0018545).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Johnny Kofoed-Jensen, Marianne Fog Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 12. januar 2009 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. januar 2009 har pålagt ham som bestyrelsesmedlem i A A/S en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2007.

Sagens omstændigheder:

A A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 24. april 2008 fremsendte styrelsen et erindringsbrev om indsendelse af selskabets årsrapport for 2007. Da årsrapporten 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 23. juni 2008 en skrivelse til bestyrelsen for A A/S på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest 3. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest den 21. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 25. august 2008 anmodede styrelsen [skifteret] om at opløse selskabet i medfør af aktieselskabslovens § 117, jf. § 118, idet styrelsen ikke havde modtaget selskabets årsrapport for 2007. Selskabets bestyrelse blev ved skrivelse af samme dato orienteret om styrelsens skrivelse til skifteretten. Den 25. september 2008 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 9. januar 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3,

bestyrelsesmedlemmerne hver en afgift på 3.000 kr. K har den 12. januar 2009 klaget over den afgift, han er blevet pålagt.

I klageskrivelsen af 12. januar 2009 har K anført:

” ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (E&S) har med brev af 9. januar 2009 ... meddelt mig, at jeg som bestyrelsesmedlem i A A/S er blevet pålagt at betale en afgift på DKK 3.000 under henvisning til, at selskabets årsregnskab for 2007 er blevet for sent indleveret til E&S. Jeg har betalt afgiften, men anmoder hermed af principielle årsager Erhvervsankenævnet om at foranledige, at E&S fritager mig for afgiften og returnerer det nævnte beløb til mig, idet jeg med henvisning til Årsregnskabslovens § 163 stk. 1 er af den opfattelse, at hverken det legale eller moralske grundlag for at pålægge mig afgiften eksisterer.

Min anke skal begrundes som følger:

A A/S er et dansk ”speciel-purpose” holdingselskab for 3 russiske selskaber, inden for hvilke et udviklingsorienteret projekt med henblik på at producere fryse- og køleskabe i den russiske eksklave Kaliningrad forsøges gennemført. 90% af aktierne i A A/S ejes af B A/S ..., og de øvrige 10% ejes af C [fond]. B A/S, der er arvtager til aktiverne og aktiviteterne i D A/S (nu ”E A/S under konkurs”) ..., er et selskab i de brasilianske B-koncern med hovedsæde i Sao Paulo. C [fond] har status som en selvstændig fond under det danske [offentlig instans]. Jeg er ansat af C og er som sådan nomineret som dennes repræsentant i A A/S’ bestyrelse. Understøttet af C forsøger den brasilianske koncern via sit danske datterselskab at få det udviklingsorienterede projekt i Kaliningrad på ret køl igen efter vanskelighederne for projektet i forbindelse med D A/S’ konkurs. Dette danner den svære baggrund for begivenhederne, der ledte op til forløbet om det for sent indleverede 2007-årsregnskab for det danske holdingselskab, som jeg vedlægger dokumentation for, og som jeg i det følgende skal skitsere så kort som muligt.

Som dokumenteret ... kommunikerede A A/S’ direktør F (fysisk placeret i Kaliningrad) og jeg om det endelige udkast til årsregnskab 2007 per mail igennem hele maj måned 2008, idet jeg herudover telefonisk adskillige gange mindede F og mine brasilianske bestyrelseskollegaer om den danske indsendelsesfrist for årsregnskaber. Som det ses af vedlagte mail-sekvens, afsluttedes kommunikationen foreløbigt med, at direktøren med mail af 27. maj 2008 meddeler mig, at han vil forsøge at færdiggøre årsrapporten hurtigt (på engelsk: ”I will try to make it fast.”). Med min svarmail, der afsendes tidligt om morgenen den 29. maj 2008, siger som bestyrelsesmedlem o.k. til udkastet og måtte gå ud fra, at regnskabet indsendes til E&S rettidigt inden udgangen af maj måned eller i hvert fald inden modtagelsen af et eventuelt ”påkravs-brev” fra E&S (jfr. Årsregnskabslovens § 150).

Den 13. juni 2008 bliver jeg som kontaktperson for C som aktionær i A A/S ringet op af én af A A/S' eksterne revisorer, der af A A/S' direktion er blevet bedt om hurtigst muligt at forberede formalia re godkendelse og indsendelse til E&S af A A/S' årsregnskab for 2007. Det aftales, at der hurtigst muligt gennemføres en (papir)generalforsamling i A A/S specielt med henblik på formel aktionærgodkendelse ... og indsendelse af årsregnskabet. Bemærk at jeg allerede den 29. maj 2008 som bestyrelsesmedlem har godkendt årsregnskabet. Med datoen 16. juni 2008 udsteder C på min foranledning en fuldmagt til mig selv til at repræsentere Fonden ved (papir)generalforsamling i A A/S den 25. juni 2008 Jeg bliver hermed på ny foranlediget til at antage, at A A/S' 2007-regnskab nu endelig og senest umiddelbart efter den berammede generalforsamling den 25. juni 2008 indleveres til E&S.

I ovennævnte brev af 9. januar 2009 fra E&S nævnes det, at A A/S af E&S har fået tilsendt et påkravsbrev dateret den 23. juni 2008 bl.a. med en frist til den 3. juli 2008 til indsendelse af årsregnskabet for A A/S. Bemærk at jeg imidlertid ikke på nogen måde inden en rimelig frist bliver orienteret om dette påkravsbrev og dermed ikke har kunnet reagere på det.

Eksistensen af påkravsbrevet erfarer jeg først den 28. august 2008, med hvilken dato jeg modtager en alarmerende mail ... fra bestyrelsesmedlem i A A/S G (fysisk placeret i Sao Paulo), der samtidig er øverste økonomiansvarlig i B-koncernen. Indholdet af mailen taler for sig selv, men essensen af mailens indhold er, at G uopfordret påtager sig hele ansvaret for, at A A/S' 2007-regnskab ikke er blevet indleveret rettidigt.

Under henvisning til Årsregnskabslovens § 152 og til at selskabets undladelse med at indsende sit årsregnskab ikke kan tilregnes mig hverken som groft eller simpelt uagtsomt, jfr. Ovenstående, anmoder jeg om at blive fritaget for at skulle betale afgift i forbindelse med A A/S' for sene indsendelse af selskabets 2007-regnskab. Det af mig indbetalte beløb på DKK 3.000 bedes tilbagebetalt på min konto ... hos H A/S."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 4. marts 2009 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., 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 omfattende af regnskabsklasse B, C og D uden ugrundet ophold efter godkendelsen skal 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.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 2.

Såfremt den angivne frist overskrides, 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.”

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, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der i sig selv ikke berettiger til fritagelse for afgift. Eksempelvis fremgår:

”..at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2.

Usikkerhed omkring opgørelsen af regnskaber berettiger heller ikke i sig selv til afgiftsfrigtage, uanset hvad grunden hertil måtte være. I så fald må der oplyses om usikkerheden i års rapporten. Af hensyn til kreditorer og investorer er det netop særlig vigtigt, at årsrapporten offentliggøres rettidigt i denne situation.”

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.

Styrelsens udtalelse

...

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 er selskabets ledelse, der har ansvaret for, at regnskabsudarbejdelse og –godkendelse er tilrettelagt således, at selskabets årsrapport kan indsendes i rette tid. Selskabets ledelse kan ikke fraskrive sig dette ansvar ved at henvise til korrespondance foretaget i maj 2008. Styrelsen har bemærket, at K afsendte den første mail den 6. maj 2008. Den næste mail som afsendes er den 29. maj 2008. I mellemtiden er der intet sket i sagen. Efter det oplyste, afholdes den 25. juni 2008 en såkaldt ”papir generalforsamling”. Styrelsen modtager den godkendte årsrapport den 25. september 2008, hvilket er tre måneder senere end godkendelsesdatoen.

Klager har efter det oplyste, intet foretaget sig for at følge op på generalforsamling, herunder at sikre sig, at årsrapporten blev indsendt.

Styrelsen har i den foreliggende sag noteret sig, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporten angives at skyldes konkursen i D A/S og de heraf medfølgende begivenheder. Dette kan ikke begrunde afgiftsfritagelse, jævnfør de ovenfor citerede lovbemærkninger.

...”

Ved skrivelse af 11. marts 2009 har K yderligere anført:

”...

Redegørelsen foranlediger mig til at komme med følgende bemærkninger og yderligere oplysninger/dokumentation:

1. I andet afsnit på side 1 i Redegørelsen står der, at min anke ikke giver ”styrelsen anledning til at trække de pålagte afgifter tilbage”. Brugen af flertalsformen ”afgifter” i dette afsnit undrer mig, idet det her skal understreges, at jeg i sagens natur kun anker over den afgift, der er blevet pålagt mig selv. De øvrige bestyrelses- og direktionsmedlemmer i A A/S, der måtte være blevet pålagt en lignende afgift var alle ”koncern-interne” ansatte i B-koncernen og kan dermed betragtes som en del af den daglige ledelse af A A/S, hvilket jeg ikke har været. Jeg anmoder derfor både E&S og Erhvervsankenævnet om at skelne nøje imellem ”koncern-interne” (herunder ”den daglige leder”) og ”koncern-eksterne” medlemmer af selskabsledelsen og imellem det, man med føje kan forvente af de to forskellige kategorier i en sammenhæng som denne.

2. Vedlagt Redegørelsen findes således bl.a. (a) E&S' "erindringsbrev" af 24. april 2008, hvis eksistens jeg først her med Redegørelsen får kendskab til, (b) "påkravs-brev" af 23. juni 2008, som jeg først blev orienteret om ved E&S' skrivelse af 9. januar 2009 til mig, samt (c) meddelelse af 25. august 2008 om E&S' initiativ til at begære A A/S opløst, som jeg først indirekte fik kendskab til med e-mail af 28. august 2008 fra G i Brasilien Disse 3 skrivelser er alle sendt til A A/S' adresse ... og har derfor kun været umiddelbart tilgængelige for personer, som jeg ovenfor har benævnt "koncern-interne". Disse tre i denne sammenhæng meget vigtige skrivelser fra E&S er der ingen "koncern-interne" personer, der på noget tidspunkt har taget initiativ til at videresende til mig, og jeg ser dem derfor for første gang her vedlagt Redegørelsen. Jeg har med andre ord ikke haft nogen som helst mulighed for rettidigt at kunne reagere på de to førstnævnte skrivelser og dermed forhindre den mig pålagte afgift. (Ved den tredje skrivelses fremkomst er vi allerede i en ny situation, der dog i denne s sammenhæng – og som en sidebemærkning – forekommer mig højst mærkværdig, idet det omstridte afgiftskrav åbenbart aldrig ville være blevet stillet af E&S, såfremt vi fra A A/S' side ikke fra det tidspunkt af handlekraftigt havde arbejdet på – og opnået, som tilfældet var – at få A A/S bragt ud af tvangsopløsningssituationen og i stedet for havde ladet selskabet opløse.) At jeg ikke rettidigt har fået tilsendt et eneste af de tre nævnte skrivelser betragter som et "ganske upåregneligt forhold" (jf. ÅRL § 152)

3. Om "*Sagens retlige omstændigheder*" står der i Redegørelsen i sidste afsnit på side 2, at "Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister." Det skal her ikke bestrides, at dette er lovens ord. Jeg skal derimod hævde, at det i det konkrete tilfælde har ligget uden for min magt at forårsage, at pågældende regnskab blev indleveret til tiden og dermed leve op til det af loven pålagte ansvar. Bestemmelsen bliver derfor i det konkrete tilfælde meningsløs: Man kan ikke pålægge mig et ansvar for noget, som jeg ikke har kunne forhindre ske. Dette skal jeg helt konkret forklare, som følger: A A/S har juridisk adresse i ... Danmark. Herfra varetages selskabets administration, herunder bogholderi, udarbejdelse af (års-)regnskab samt intern og ekstern revision ("Team A"). Selskabets direktør befandt sig som andetsteds oplyst i russisk Kaliningrad, hvor han samtidig ledede A A/S' tre russiske datterselskaber ("Team B"). Mine to brasilianske kollegaer i A A/S' bestyrelse, som udgjorde flertallet i bestyrelsen, var ansatte i det ultimative B-moderselskab i brasilianske Sao Paulo ("Team C"). For at A A/S kunne indlevere sit årsregnskab rettidigt til E&S var det en forudsætning, at "Team A" overhovedet udarbejdede regnskabet rettidigt. "Team A" (for øvrigt under formel ledelse af "Team B") kunne imidlertid ikke udarbejde et endeligt årsregnskab, før "Team B" forsynede det med lokale russiske regnskaber for de tre russiske datterselskaber. Da først "Team A" og "Team B" havde fuldført deres del af processen, var det nødvendigt, at "Team C" som bestyrelsesflertal underskrev regnskabet, før dette indsendtes til E&S. Som det fremgår af min

anke af 12. januar 2009, lykkedes det mig med nød og næppe at coache "Team A" og "Team B" så meget, at det pågældende regnskab bliver færdiggjort før indleveringsfristen den 31. maj 2008. Imidlertid forsager "Team C" – i første omgang uden min viden – herefter sporenstregs i at få regnskabet godkendt og indleveret til E&S. Da jeg medio juni 2008 erfarer, at "Team C" i første omgang således har forsaget, sætter jeg igen alt, hvad der er mig muligt, ind på at få regnskabet ordentligt godkendt og indleveret til E&S. Men igen forsager "Team C" (se videre herom i under pkt. 5 nedenfor). Dette hændelsesforløb er for mig et udtryk for "ganske upåregnelige forhold". Derfor støder det min retsbevidsthed, at jeg som en enkeltperson, der står uden for nævnte koncernstruktur, i det konkrete tilfælde kan blive pålagt ansvaret for den rettidige indlevering af A A/S' årsregnskab for 2007.

4. I Redegørelsens andet afsnit på side 4 står der bl.a. "I mellemtiden er der intet sket i sagen." Dette er ikke korrekt. Som jeg skriver i min anke af 12. januar 2009 mindede jeg telefonisk adskillige gange A A/S' daglige ledelse samt mine brasilianske bestyrelseskollegaer om den danske indsendelsesfrist for årsregnskaber. Dette forhold kan jeg i sagens natur ikke dokumentere på skrift, men Erhvervsankenævnet ville om nødvendigt kunne få det bekræftet af selskabets daglige leder.
5. I Redegørelsens sidste afsnit på side 4 står der: "Klager har efter det oplyste intet foretaget sig for at følge op på generalforsamlingen, herunder at sikre sig, at årsrapporten blev indsendt." Hertil kan jeg kun bemærke, at jeg for alvor har været udsat for et "ganske upåregneligt forhold", idet det må hævdes, at det i hvert fald ikke er rimeligt at forvente, at et menigt bestyrelsesmedlem efter afholdelsen af den ordinære generalforsamling følger op med at kontrollere, at den daglige leder har foretaget det, der bør betragtes som en rutinehandling, nemlig at denne "uden ugrundet ophold efter godkendelsen skal indsende den reviderede og godkendte årsrapport til E&S". AT jeg på dette punkt har været i god tro, skal jeg sandsynliggøre ved flg. Forhold og yderligere dokumentation: Med e-mail af 30. juni 2008 ... meddeler jeg G, at min arbejdsgiver og aktionær i A A/S, nemlig C, samme dag har overført yderligere aktiekapital i størrelsesordenen DKK 4.700.000 til A A/S i forbindelse med en aftalt aktiekapitaludvidelse i selskabet. Som det ses af vedlagte, takker G mig uden forbehold allerede den 1. juli 2008 for meddelelsen. Det må være særdeles meget imod formodningen, at jeg den 30. juni 2008 skulle have foranlediget C til at udbetale nævnte, ikke ubetydelige beløb, såfremt jeg havde haft den ringeste anelse om, at A A/S på nogen måde havde et problem vis-a-vis E&S, som tilfældet senere viste sig at være, med det endnu ikke indleverede årsregnskab. Endelig skal der henvises til, at jeg i nævnte mail af 30. juni 2008 til Pease anmoder denne om, at han foranlediger, at A A/S' advokat foretager sig det fornødne i forbindelse med aktiekapitalforhøjelsen. Jeg kan på et bestyrelsesmøde i A A/S i Kaliningrad den 14. august 2008 stadigvæk ikke få bekræftet, at nævnte aktiekapitalforhøjelse er

blevet formaliseret, men får dog lovning på, at selskabets direktør vil følge op på spørgsmålet Jeg er efterfølgende blevet informeret om, at da A A/S' daglige leder / administration endelig følger op på dette spørgsmål, er det for sent, idet A A/S i mellemtiden af E&S er blevet begæret tvangsopløst, hvorfor nævnte aktiekapitalforhøjelse overhovedet ikke kunne formaliseres.

6. Idet jeg som indledningsvist anført på intet tidspunkt har været en del af A A/S' "daglige ledelse" indeholder *Styrelsens konklusion* på side 5 i Redegørelsen en graverende misforståelse eller i bedste fald en fejlformulering, idet der står: "Styrelsen fastholder derfor afgørelsen om pålagt afgift for den daglige leder." Uanset baggrunden for denne malplacerede konklusion falder den ironisk nok på det afgørende punkt meget fint i tråd med mine egne ræsonnementer og konklusioner, som jeg har anført ovenfor, idet også jeg mener, at den daglige ledelse af A A/S har forsømt sine pligter i flere henseender i denne sag. Som påvist i min anke af 12. januar 2008 og ovenfor i denne skrivelse har der derimod foreligget flere for mig "ganske upåregnelige forhold", der tilsiger, at det i det konkrete tilfælde er uberettiget at pålægge mig som menigt, koncerneksternt bestyrelsesmedlem i A A/S en afgift.
..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ved skrivelse af 7. maj 2009 fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Klager oplyser under pkt. 2, at han først den 28. august 2008 bliver gjort opmærksom på, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afsendt et erindringsbrev af 24. april 2008, et påkravs-brev af 23. juni 2008 og styrelsens anmodning om opløsning af selskabet hos [skifteret], jf. brev af 25. august 2008.

Alle tre breve er sendt til A A/S' adresse ..., og derfor har klager ikke kunnet nå et reagere på de første to breve og derved forhindre den pålagte afgift. Klager anser det forhold, at han ikke rettidigt har fået tilsendt et eneste af de tre breve som et ganske upåregneligt forhold.

Hertil skal det bemærkes, at styrelsen afsender de ovennævnte breve til virksomhedens registrerede adresse. Således fremgår det af årsregnskabslovens § 150, stk. 1, at styrelsen sender brev med påkrav om indsendelse af virksomhedens årsrapport til virksomhedens registrerede adresse.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 som eksempel på forhold, der ikke kan begrunde afgiftsfritagelse, at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravs-brevet inden udløbet af påkravsfristens udløb.

Klager oplyser under pkt. 6, at han er blevet betegnet som den daglige leder i styrelsens svar af 6. marts 2009. Hertil skal Erhvervs- og

Selskabsstyrelsen korrigerer sit svar og oplyser, at K er registreret som bestyrelsesmedlem i A A/S.
..."

K har ved skrivelse af 18. maj 2009 heroverfor bemærket:

..."

E&S' supplerende bemærkninger foranlediger mig til at komme med følgende supplerende – og afsluttende – bemærkninger:

1. Det konstateres med tilfredshed, at E&S medgiver, at styrelsen i sit svar af 4. marts 2009 fejlagtigt har anført mig som den daglige leder af A A/S. Det forekommer mig på den baggrund dog påfaldende, at styrelsen ikke som en følge af denne fejltagelse har fundet anledning til også på andre punkter at korrigerer sit svar af 4. marts 2009. Styrelsen synes således fortsat ikke at skelne imellem det ansvar, der i denne sammenhæng med rimelighed kan pålægges hhv. den daglige leder og hvert enkelt bestyrelsesmedlem og herunder specielt mig selv som "koncern-ekstern" bestyrelsesmedlem.
2. Det er mig vel bekendt, at manglende kendskab til de forskellige breve ("erindringsbrev", "påkravsbrev", "anmodning om opløsning") afsendt af E&S til A A/S i bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 angives som eksempel på forhold, der ikke kan begrunde afgiftsfritagelse. I denne sammenhæng vil jeg imidlertid tillade mig at pege på to forhold: Det første forhold er den kendsgerning af generel karakter, at nævnte breve udelukkende sendes til selskabets adresse og ikke til de enkelte bestyrelsesmedlemmers adresse. Dette forhold virker særdeles uhensigtsmæssigt, idet en fremsendelse af nævnte breve direkte til de enkelte bestyrelsesmedlemmer uden tvivl ville have en meget større virkning, specielt i et tilfælde som det konkrete, hvor indholdet af de pågældende breve slet ikke bliver videreformidlet til mig som bestyrelsesmedlem. Det andet forhold er den kendsgerning i den aktuelle sag, at E&S i sin skrivelse af 9. januar 2009, der er den første skrivelse sendt direkte til mig på min adresse, henviser til påkravsbrevet af 23. juni 2008. Denne henvisning forekommer i bedste fald overflødig, idet det hævdes ikke at have nogen betydning for pålæggelsen af afgiften, og i værste fald inciterende, idet E&S nok har kunnet sende sin (standard-)skrivelse om den faktiske afgiftspåleggelse til det enkelte bestyrelsesmedlems adresse, men derimod ikke påkravsbrevet, et rettidigt kendskab til hvilket på et meget tidligere tidspunkt formodentlig ville have afværget den videre uheldige gang i sagen og dermed også selve afgiftspåleggelsen.
3. Endelig noteres det, at E&S i styrelsens supplerende bemærkninger ikke anfægter, at der for mig i den konkrete sag har været tale om flere "ganske upåregnelige forhold" som beskrevet i mit indlæg af 11. marts 2009, og som går ud over de ovenfor under punkt 2 nævnte forhold.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger ganske særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Et bestyrelsesmedlem eller en direktør kan f. eks. ifølge aktieselskabslovens § 56, stk. 2, forlange bestyrelsen indkaldt, og dagsordenen kan i givet fald indeholde et punkt om indsendelse af årsregnskab m.v. i behørig stand. Opnås der ikke tilslutning til dette, har bestyrelsesmedlemmet eller direktøren ret til at få indført indsigelser i bestyrelsens protokol, jf. aktieselskabslovens § 56, stk. 3.

...

Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravs brevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2, på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold ...

”

Henset hertil foreligger der - uanset oplysningerne blandt andet om D A/S' konkurs, om Ks kommunikation med selskabets øvrige ledelse og revisor om færdiggørelse af årsrapporten for 2007 og hans bestræbelser på at fremme afholdelse af generalforsamling og om tidspunktet for Ks kendskab til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påkravs brev af 23. juni 2008 - ikke grundlag for at fritage K for afgift.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport, tiltræder ankenævnet den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. januar 2009 pålagte afgift.

29) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2008-0018377).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved en e-mail modtaget i Erhvervsankenævnet den 9. december 2008 har K1 på egne vegne og på vegne af K2 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 21. november 2008 har pålagt dem hver en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for 2007 for A A/S samt ved skrivelse af 28. november 2008 har pålagt ham en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for 2007 for B ApS.

Sagens omstændigheder:

A A/S og B ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 22. april 2008 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen erindringsskrivelser om indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2007. Da selskabernes årsrapporter 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 20. juni 2008 skrivelser til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporterne senest den 2. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabernes øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Endvidere meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporterne ikke blev modtaget senest 18. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 24. juni 2008 anmodede advokat C på vegne af selskaberne om, at fristen for indsendelse af årsrapporterne blev stillet i bero, indtil selskaberne kunne træde i likvidation. Den 30. juni 2008 afviste Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at forlænge fristen for indsendelse af selskabernes årsrapporter. På en ekstraordinær generalforsamling den 1. juli 2008 blev det besluttet, at selskaberne skulle træde i likvidation. Da årsrapporterne stadig ikke var modtaget, anmodede styrelsen den 28. august 2008, respektive den 29. august 2008 Sø- og Handelsrettens Skifteretsafdeling om at opløse selskaberne under

henvisning til aktieselskabslovens § 117, jf. § 118, respektive anpartsselskabslovens § 60, jf. § 61. Den 5. november 2008 modtog styrelsen årsrapporterne for 2007, og den 20. november 2008, respektive den 25. november 2008 blev anmodningerne om opløsning tilbagekaldt fra skifteretten. Ved skrivelser af 21. november 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K1 og K2 hver en afgift på 3.000 kr. vedrørende A A/S, og ved skrivelse af 28. november 2008 K1 en afgift på 3.000 kr. vedrørende B ApS.

I klagen har K1 anført:

”...

Jeg ejer 50 % af selskaberne [A A/S og B ApS]. Siden foråret 2007 har jeg ønsket at likvidere selskaberne, da de har mistet funktion og betydning. Hverken min hustru eller jeg har ønske om fortsat medvirken. Den anden funktionær D har af ukendte årsager ønsket at bevare selskaberne. Og da vi ejer 50 % hver kan jeg ikke egenhændigt foretage likvidation.

Der foregår ingen kommunikation mellem D og undertegnede, og D besvarer ikke henvendelser.

Siden foråret 2007 har jeg via min sekretær fået videresendt al post vedr. selskaberne til D.

Senest i foråret 2008, har jeg igen meddelt såvel D som selskabets revisor at jeg IKKE ønsker at drive disse selskaber. ...

Jeg har besvaret alle henvendelser fra revisor og gjort hvad jeg kan for at medvirke til det nu udarbejdede regnskab.

Det er mit klare indtryk og overbevisning, at selv i denne sidste fase hvor det er gået op for D at han skal foretage sig noget, har der stadig været meget unødige forsinkelser fra hans side.

Jeg oplever det derfor som ikke rimeligt at skulle pålægges afgifter.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 5. marts 2009 udtalt blandt andet:

”**Årsrapporten for 2007 for A A/S**

...

Vurdering

Det er styrelsens vurdering, at afgifterne til bestyrelsesmedlemmerne K1 og K2 er pålagt med rette efter årsregnskabslovens regler.

...

Det er ... styrelsens vurdering, at det ikke er tilstrækkeligt til at løfte dette ansvar, at klageren efter eget udsagn har meddelt en anden aktionær (der også er bestyrelsesmedlem), at han ønsker selskabet likvideret. Det gælder så meget desto mere, da klager er eneste direktør i selskabet. For så vidt angår klagers hustru, er det ikke oplyst, at hun selvstændigt har gjort en indsats for at fremme indsendelsen af årsrapporten. Alene af den grund er det ikke godtgjort, at hun har opfyldt sine forpligtelser efter årsregnskabslovens § 8, stk. 2.

...

Årssrapporten for 2007 for B ApS

...

Vurdering

Det er styrelsens vurdering, at afgiften til direktør K1 er pålagt med rette efter årsregnskabslovens regler.

...

Det skal ... bemærkes, at K1 har indgivet en samlet klage vedr. afgifterne pålagt ham selv og hustruen som bestyrelsesmedlemmer i A A/S og afgiften pålagt ham som direktør i B ApS. Hans bemærkninger kan derfor ikke anses for præcist dækkende for forholdene i B ApS, hvori han som direktør er eneste ledelsesmedlem og ikke er medejer, idet selskabet iflg. årsrapporten for 2007 for A A/S er ejet 100 pct. af sidstnævnte selskab.

...

Det er ... styrelsens vurdering, at det ikke er tilstrækkeligt til at løfte dette ansvar, at klageren har meddelt en anden aktionær i moderselskabet (der også er bestyrelsesmedlem der), at han ønsker selskabet likvideret. Det gælder så meget desto mere, da klager er eneste ledelsesmedlem i B ApS.

..."

Ved e-mail af 22. marts 2009 har K1 yderligere anført:

"Jeg anser de aktuelle selskaber som værende 2 sider af samme sag idet der er tale om identiske sagsforhold.

Jeg er ikke enig eller særlig tilfreds med Nævnets foreløbige vurdering.

Det fremgår af sagens faktiske og retslige omstændigheder at "aktionærerne havde kørt en voldgiftssag mod hinanden.

Dette er IKKE korrekt.

Den anden aktionær, D, kører en voldgiftssag mod undertegnede. Det er en verserende sag der kører på sit 3. år. Jeg har ikke anlagt nogen sag.

En af grundene til at sagen trækker ud og trækker ud er, mærkværdigt nok, at sagsøger konsekvent overskrider alle tidsfrister sat af Voldgiftsretten samt sagsbehandlingen fra sagsøger er meget lemfældig. Det kan hænge sammen med at sagsøger, som er advokat, har en af sine

egne kolleger til at føre sagen og der derfor ikke er den store forretning for bemeldte kontor.

Det er for så vidt nærværende sag uvedkommende, men der tegnes det fuldstændigt samme mønster. I denne sag er der også overskredet tidsfrister, hvilket er grunden til at vi har denne korrespondance.

Det er korrekt, at de 2 aktionærer – via deres advokater – er blevet enige om at likvidere selskaberne. Det er sket i foråret 2008.

Det har jeg presset på med 2 år siden februar 2007. Samtlige mine henvendelser til den anden aktionær om dette emne er forblevet ubesvarede. Da jeg kun ejer 50% af selskaberne har jeg ikke kunnet gennemtrumfe en likvidation.

Da aktionærene bliver enige om en likvidation, udpeges der en likvidator. Denne kommer OGSÅ fra samme kontor som den anden aktionær og dennes advokat i voldgiftssagen.

Nu har vi 3 advokater fra samme kontor, og med samme adfærdsmønster: Tidsfrister overskrides.

Jeg vil anføre:

Jeg har meddelt den anden aktionær D mange gange at jeg ønsker en opløsning af selskaberne.

Alle henvendelser er ubesvarede.

Jeg har meddelt revisor det samme.

Revisor har forespurgt hos D hvorfor selskaberne ikke kunne lukkes.

D har besvaret revisor med sætningen ”det skal han blande sig udenom”

Dette kan bevidnes

Samtlige officielle papirer fra selskaberne er videresendt til D. Dette kan bevidnes.

Ingen papirer er kommet retur, og må anses som modtaget

D har anlagt en voldgiftssag, som han derefter trækker i langdrag

Likvidator kommer fra D kontor

Likvidator har haft god tid til at kunne gøre sit formelle arbejde før vi havnede i nuværende situation

Jeg vil anmode om at min hustru og jeg fritages for at betale bøder, som vi ikke har haft indflydelse på udløsningen af.

Jeg har derimod forsøgt at formå D til at agere så vi kunne afslutte vores selskabsdrift. Da det ikke har virket har jeg sikret mig at D modtog alle officielle papirer, så han på korrekt vis kunne drive selskaberne.”

Ankenævnet udtaler:

K1 har anført, at han har ønsket at likvidere selskaberne, og at det er meddelt den anden aktionær og selskabets revisor, ligesom han har videresendt al post vedrørende selskaberne til den anden aktionær og har besvaret alle henvendelser fra revisor.

Da disse forhold ikke kan danne grundlag for afgiftsfritagelse, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, at klagerne kan undtages for betaling af afgift efter årsregnskabslovens § 151, finder ankenævnet, at der ikke kan ske fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser 21. og 28. november 2008 pålagte afgifter til K1 og K2.

30) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2009-0018477).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 5. januar 2009 har advokat A på vegne af K1 og K2 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 19. december 2008 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer i B A/S for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2007.

Sagens omstændigheder:

B A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 22. april 2008 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en erindringskrivelse om indsendelse af selskabets årsrapport for 2007. Da selskabets årsrapport 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 20. juni 2008 en skrivelse til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 2. juli 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Endvidere meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest 18. juli 2008, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 24. juni 2008 anmodede advokat C på vegne af selskabet om, at fristen for

indsendelse af årsrapporten blev stillet i bero, indtil selskabet kunne træde i likvidation. Den 30. juni 2008 afviste Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at forlænge fristen for indsendelse af selskabets årsrapport. På en ekstraordinær generalforsamling den 1. juli 2008 blev det besluttet, at selskabet skulle træde i likvidation. Da årsrapporten stadig ikke var modtaget, anmodede styrelsen den 28. august 2008 Sø- og Handelsrettens Skifteretsafdeling om at opløse selskabet under henvisning til aktieselskabslovens § 117, jf. § 118. Den 5. november 2008 modtog styrelsen årsrapporten for 2007, og den 20. november 2008 blev anmodningen om opløsning tilbagekaldt fra skifteretten. Ved skrivelser af 21. november 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K1 og K2 hver en afgift på 3.000 kr.

I skrivelse af 27. november 2008 anmodede K1 om fritagelse for afgifterne. Af denne skrivelse fremgår blandt andet:

”Det er min opfattelse, at de fremsendte opkrævninger til betaling af afgift ikke er rimelige og ikke skal betales, idet forsinkelsen med at færdiggøre og indsende årsrapporten ikke kan lægges mig og min kone til last. Tværtimod har vi forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten og jeg mener derfor, at betingelserne for at fritage for betaling af afgift efter årsregnskabslovens § 152 er til stede.

Til belysning af forløbet i sagen vedlægges kopi af mailkorrespondance af henholdsvis 28. maj 2008 og 10. juni 2008. Det fremgår heraf, at jeg – da det stod klart, at selskabets direktion ikke havde (fået) udarbejdet årsrapport – opfordrede selskabets revisor til at færdiggøre årsrapporten, hvilket han ikke mente at kunne gøre. Jeg pointerede, at jeg ønskede at undgå, at selskabet blev taget under tvangsopløsning og derfor forsøgte at fremme udarbejdelsen af årsrapporten.

Det forhold at selskabets direktion – og anden aktionær – ikke har ønsket at medvirke til at opretholde en normal administration af selskabet, har formentlig haft indflydelse på revisors holdning og samarbejdsvilje. I den forbindelse kan det for god ordens skyld oplyses, at der p.t. verserer en voldgiftssag mellem undertegnede og selskabets anden aktionær.

Som det fremgår, er det alene en følge af manglende indsats fra selskabets direktion/anden aktionær og selskabets revisor, at årsrapporten ikke er blevet rettidigt indleveret. Min kone og jeg har forsøgt at fremme indsendelsen, men henset til at selskabets direktion/anden aktionær og selskabets revisor ikke har ønsket at fremme færdiggørelsen af årsrapporten, har dette været forgæves indtil for nylig.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste ved skrivelse af 19. december 2009 helt eller delvist at fritage klagerne for de pålagte afgifter.

I klageskrivelse af 5. januar 2009 har advokat A anført:

”...

Det fremgår direkte af Årsregnskabslovens § 152 stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift, hvis den pågældende kan godtgøre overfor styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v. og at forsinkelsen ikke kan lægges ham eller hende til last.

Ved skrivelse af 27. november 2008, ... blev der nærmere redegjort for årsagen til den forsinkede indsendelse af årsrapporten.

Brevet og det vedlagte dokumentationsmateriale illustrerer til fulde, at de pågældende ledelsesmedlemmer har gjort, hvad der overhovedet har været muligt for at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at den manglende indsendelse heraf alene kan tilregnes selskabets direktion og/eller revisor.

Det ville i en sådan situation være uantageligt, såfremt ledelsesmedlemmer, der repræsenterer ejerinteresser, for at undgå en afgift skulle være tvunget til at udtræde af ledelsen og dermed blive afskåret for at kunne varetage disse legitime ejerinteresser.

”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 5. marts 2009 udtalt:

”...

Vurdering

Det er styrelsens vurdering, at afgifterne til bestyrelsesmedlemmerne K1 og K2 er pålagt med rette efter årsregnskabslovens regler.

...

Det er styrelsens vurdering, at uanset om virksomhedens direktion, som anført af klager, ikke måtte have gjort tilstrækkeligt for at få årsrapporten indsendt til tiden, fritager det ikke i sig selv virksomhedens bestyrelse for ansvar.

K1 er formand for virksomhedens bestyrelse, men det er ikke godtgjort, at han har indkaldt bestyrelsen til møde om udarbejdelse af årsrapporten. Alene af den grund er det styrelsens vurdering, at han ikke har levet op til sit ansvar efter årsregnskabslovens § 8, stk. 2, ...

For så vidt angår K2 er det heller ikke oplyst, at hun selvstændigt har gjort en indsats for at fremme indsendelsen af årsrapporten. Alene af den grund er det ikke godtgjort, at hun har opfyldt sine forpligtelser efter årsregnskabslovens § 8, stk. 2.

...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet eller at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere.”

Henset hertil er der efter ankenævnets opfattelse med henvendelsen til selskabets revisor få dage før indsendelsesfristens udløb ikke grundlag for at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for afgifter.

Uenighed mellem ledelsesmedlemmer, hvilket forårsager forsinket indsendelse af et selskabs årsrapport, kan som udgangspunkt ikke danne grundlag for afgiftsfritagelse. Herefter og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af en årsrapport, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 21. november 2008 pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 19. december 2008.

31) Kendelse af 20. august 2009 (J.nr. 2009-0018854).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 5. marts 2009 har statsautoriseret revisor A på vegne af [ledelsesmedlemmerne i] K [fond] klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. februar 2009 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af fondens årsrapport for perioden 7. december 2006 til 31. december 2007.

Sagens omstændigheder:

K har kalenderåret som regnskabsperiode. Den 24. april 2008 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en erindringskrivelse om indsendelse af fondens årsrapport for perioden 7. december 2006 til 31. december 2007 senest den 2. juni 2008. Da fondens årsrapport 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 29. oktober 2008 en skrivelse til fondens ledelse på fondens registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 10. november 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af fondens øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Den 12. november 2008 modtog styrelsen årsrapporten for 2007, og ved skrivelser af 14. november 2008 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, ledelsesmedlemmerne i selskabet hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelse af 5. marts 2009 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Årsagen til forsinkelse med indsendelse af årsrapport 2006/07 skyldes problemer med postlevering, jf kopi af brev fra post Danmark.

Det skal bemærkes, at fondens stifter og formand, sangeren B, aldrig tidligere har haft kontakt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og derfor ikke kendte til krav om indsendelse af årsrapporter.

Fonden blev stiftet i 2006, og det var således fondens 1. regnskabsår, hvor der i øvrigt ikke forgik aktivitet af nogen art.”

Af vedlagte kopi af brevet fra Post Danmark fremgår:

”Fejlfleveret post til K og B

Desværre har Post Danmark i Rønne i september/oktober md. 2008 begået en fejl med den post, der var afleveret i ... Rønne. Alt post blev indleveret på posthuset i Rønne til videresendelse ... Sorø. Ved en fejl blev posten igen afleveret i ... Rønne, hvor den lå et stykke tid, indtil den igen blev afleveret på posthuset i Rønne til videresendelse til Sorø.

Vi beklager meget fejlen, vi har begået.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 27. april 2009 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en fonds årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den 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 fondens 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 under ganske særlige omstændigheder. 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

Godkendt og revideret årsrapport for fonden for regnskabsåret 2006/07 skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skulle være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Fondens regnskabsår udløb den 31. december 2007. Som følge heraf skulle fondens årsrapport for regnskabsåret 2006/07 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 2. juni 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten for fonden den 12. november 2008, hvilket var senere end

datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgifter.

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i brevet, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporten skyldes for sen modtagelse rykkerskrivelse. Klager medsender dokumentation fra Post Danmark.

Det forhold, at fonden har valgt at få sin post omdirigeret, så de breve, der sendes til fondens registrerede adresse, bliver forsinket, kan ikke berettige til en afgiftsfritagelse efter årsregnskabslovens § 152 stk. 1. Styrelsen har i den forbindelse ikke fået de udsendte breve retur. Endvidere skal det bemærkes, at styrelsen den 24. april 2008 sendte en forhåndserring til fonden, hvorfor fondens ledelse ikke kan undgå at være bekendt med indsendelsesfristen i årsregnskabslovens § 138.
...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sendte ved skrivelse af 24. april 2008 en erindring til fonden om, at fondens årsrapport for perioden 7. december 2006 til 31. december 2007 skal indsendes til styrelsen senest den 2. juni 2008. Fondens burde om ikke andet så fra dette tidspunkt være bekendt med årsregnskabslovens indsendelsesfrist.

Det forhold, at der i en periode er sket forsinkelse med post tilsendt fonden, hvilket af fonden er valgt videresendt til en anden adresse end fondens registrerede adresse, udgør ikke særlige omstændigheder efter årsregnskabslovens § 152.

Herefter, og da det til klagen øvrigt anførte ikke kan føre til andet resultat, tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fastholdt de pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. februar 2009.

32) Kendelse af 25. august 2009 (J.nr. 2009-0018747).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Marianne Fog Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 16. februar 2009 har statsautoriseret revisor A på vegne af ledelsesmedlemmerne i K1 A/S og K2 A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 13. februar 2009 har pålagt dem hver en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008 for K1 A/S samt en afgift hver på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008 for K2 A/S.

Sagens omstændigheder:

K1 A/S og K2 A/S har 1. juli til 30. juni som regnskabsperiode. Den 19. august 2008 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en erindringsskrivelse om indsendelse af selskabernes årsrapport for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008. Da selskabernes årsrapport 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 8. december 2008 en skrivelse til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 18. december 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, 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 §§ 150-152. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporten ikke blev modtaget senest 5. januar 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Da årsrapporterne stadig ikke var modtaget anmodede styrelsen den 5. februar 2009 Skifteretten i Horsens om at opløse selskabet under henvisning til aktieselskabslovens § 117, jf. § 118. Den 9. februar 2009 modtog styrelsen årsrapporterne, og ved skrivelser af 13. februar 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, ledelsesmedlemmerne i selskaberne hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelse af 16. februar 2009 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Ledelsen i K1 A/S samt K2 A/S har modtaget opkrævning for afgift i forbindelse med overskridelse af indsendelsesfristen på 5 måneder. Ledelsen ønsker at anmode Erhvervs & Selskabsstyrelsen om fritagelse for denne afgift i henhold til årsregnskabslovens § 152 stk. 1, da vi som selskabets revisor kan godtgøre at årsregnskaberne var fremsendt til Erhvervs & Selskabsstyrelsen inden udløb af indsendelsesfristen.

Som omtalt i skrivelse af 09.02.2009 blev regnskaberne for ovenstående selskaber fremsendt pr. post til Erhvervs & Selskabsstyrelsen den 30.10.2008 (kopi brev med dokumentation er vedlagt). Endvidere er der supplerende vedlagt dokumentation fra Bs [revisionselskab] interne logbog, der dokumenter datoen for indsendelse af regnskaberne.

Da vi som revisionselskab årligt indsender mere end 600 regnskaber for vores kunder, og der aldrig tidligere er opstået en tilsvarende situation, mener vi alene at kunne tolke sagen som en postfejl. Vi anmoder således på det foreliggende grundlag, på vegne af ledelsen i K2 A/S samt K1 A/S, Erhvervs & Selskabsstyrelsen om fritagelse for den pålagte afgift.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i redegørelse af 31. marts 2009 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., 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 uden ugrundet ophold efter godkendelsen skal 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.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt.

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, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 2.

Såfremt den angivne frist overskrides, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at ...[Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålægger hvert medlem af

virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift].

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, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1.

Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

Af bemærkningerne til ÅRL § 152, fremgår en række tilfælde, der ikke i sig selv berettiger til fritagelse for afgift. Eksempelvis fremgår:

”at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke.”

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.

Styrelsens udtalelse

...

Årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt. nævner, at styrelsen skal modtage årsrapporten senest 5 måneder efter udløbet af regnskabsåret. Der er således ikke tale om en frist, der går på indsendelse, men på den faktiske modtagelse hos styrelsen. Det forhold, at årsrapporten indsendes til tiden er dermed ikke det samme som, at der også er tale om rettidig modtagelse.

Herudover sender styrelsen en kvittering der bekræfter modtagelsen af årsrapporten. Ledelsen har således mulighed for, at få bekræftet modtagelsen. Det forhold, at styrelsen først sender et påkravsbrev og dernæst et orienteringsskrivelse vedr. oversendelse til skifteretten, burde have fået selskabet ledelse til at reagere og således undersøge, hvorvidt styrelsen har modtaget årsrapporterne.

Ledelsen i de ovennævnte selskaber har efter det oplyste, intet foretaget sig for at følge op på, hvorvidt årsrapporten er modtaget rettidigt i styrelsen.

Styrelsen har i den foreliggende sag noteret sig, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporterne angives, at skyldes, at årsrapporterne er bortkommet ved fremsendelse med posten. Dette kan ikke begrunde afgiftsfritagelse, jævnfør de ovenfor citerede lovbemærkninger.

...”

I skrivelse af 16. april 2009 har statsautoriseret revisor A yderligere anført:

” ...

Kommentar til Erindringsbrev af 19. august 2008 samt Påkravsbrev af 8. december 2008

Erindringsbrev af 19. August 2008 blev modtaget af Ledelsen i K1 A/S og K2 A/S. Brevet gav ikke ledelsen anledning til at fortage yderligere idet der ikke var tale om et rykkerbrev men alene en venlig erindring. Endvidere kan det bemærkes at årsrapporterne endnu ikke forelå på dette tidspunkt og ledelsen viste at revisorerne vil fremsende regnskaberne på vegne af K1 A/S og K2 A/S uden ugrundet ophold efter generalforsamlingen.

Det af Erhvervs og Selskabsstyrelsens påkravsbrev af 8. december 2008, er ifølge det oplyste fra K1 A/S aldrig modtaget, hvorfor bestyrelsen i K1 A/S samt K2 A/S ikke var bekendt med, at erhvervs og selskabsstyrelsen ikke havde modtaget årsrapporterne. Endvidere bør det bemærkes at bestyrelsen vidste at B [revisionselskab] havde fremsendt årsrapporterne uden ugrundet ophold efter generalforsamlingen 29. oktober 2008.

Kommentar til Orienteringsbrev af 5. februar 2009

Bestyrelsen modtager orienteringsskrivelse af 5. februar 2009 om oversendelse til skifteretten. Det er oplyst at først på dette tidspunkt bliver det ledelsen bekendt at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har modtaget årsrapporterne for henholdsvis K1 A/S og K2 A/S. Ledelsen reagere straks og anmoder B om at sørger for at årsrapporten bliver fremsendt til Erhvervs og Selskabsstyrelsen, der referes til vort skrivelse af 9. februar 2009.

Anmodning om fritagelse for afgift

I brev af 16.02.2009 vedrørende anmodning om fritagelse for afgift har samvirkende revisorer redegjort for at have fremsendt årsrapporten pr. post 30. oktober 2008 endvidere er forsendelsen dokumenteret med udskrift fra interne logbog samt kopi af følgebrev. Korrespondance med Erhvervs og Selskabsstyrelsen er vedlagt i nærværende skrivelse.

Der foreligger ikke dokumentation fra postvæsnet for at forsinkelsen skyldes postvæsentes fejl, men vi mener forsat at kunne dokumentere udfra vores interne logbog at vi har sendt årsrapporterne rettidigt og det er derfor fortsat vores opfattelse at sagen beror på postfejl eller fejl i erhvervs- og selskabsstyrelsen.

Endvidere står det os uforstående at ledelsen i K1 A/S samt K2 A/S aldrig har modtaget Erhvervs og Selskabsstyrelsens påkravsbrev af 8. december 2008, idet modtagelsen af dette brev ville have kunnet forhindre ovenstående situation.

...”

Ved skrivelse af 5. maj 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærket:

”...

I statsautoriseret revisor As indlæg af 16. april 2009 til sagen præciseres det, at årsrapporterne er afsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. oktober 2009, men aldrig modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket i henhold til A må bero på en fejl fra postvæsenets side. Det præciseres også, at påkravsbrevene af 8. december 2008 fra Erhvervs- og selskabsstyrelsen til begge ovennævnte selskaber ikke er modtaget af ledelsen i selskaberne. Styrelsen bemærker, at påkravsbrevene af 8. december 2008 sendes til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse, som styrelsen har registreret, jf. årsregnskabslovens § 150. Påkravsbrevene er tidligere medsendt som dokumentation til sagen. Styrelsen har ikke fået påkravsbrevene retur fra Postvæsenet.

Med mindre der kan fremskaffes dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, finder styrelsen ikke, at det er godtgjort, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1 omhandlede ganske særlige omstændigheder.

...”

Ankenævnet udtaler:

Klagernes revisor har anført, at selskabernes årsrapporter blev fremsendt fra revisors kontor til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. oktober 2008. Som dokumentation herfor er fremlagt revisors logbog.

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”...

Som eksempler på forhold, som *ikke* i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ..., *at* årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke) ...”

Det er udokumenteret, at forsinkelsen skyldes fejl hos postvæsenet.

At selskabets ledelse har oplyst ikke at have modtaget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påkravsskrivelser af 8. december 2008 om indsendelse af selskabernes årsrapporter kan ikke i sig selv begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift.

Da selskabernes ledelse endvidere ikke har reageret på styrelsens manglende fremsendelse af kvittering for årsrapporternes modtagelse, og da der ikke i øvrigt er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapport, tiltræder ankenævnet herefter de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 13. februar 2009 pålagte afgifter.

33) Kendelse af 25. august 2009 (J.nr. 2009-0018811).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. februar 2009 har ledelsesmedlemmerne i A A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 6. februar 2009 har pålagt dem hver 2 afgifter på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapporter for perioden 1. oktober 2006 til 31. marts 2008.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 12. maj 2009 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Det fremgår af de registrerede oplysninger, at selskabet registrerede (webreg) en ændring af regnskabsår den 20. april 2007, hvor regnskabsåret blev ændret til kalenderår med omlægningsperiode 01.10.06 – 31.12.07. Ved brev af 28. december 2007 anmeldte selskabet igen en ændring af regnskabsår til 01.04 – 31.03 med omlægningsperiode 01.01.08 – 31.03.08. Anmeldelsen blev registreret den 13. januar 2008.

Rettidig modtagelse af regnskabet for perioden 01.10.06 – 31.12.07 var dermed 2. juni 2008, og rettidig modtagelse af regnskabet for perioden 01.01.08 – 31.03.08 var den 1. september 2008, jf. årsregnskabslovens § 138.

Da regnskaberne ikke blev modtaget rettidigt, udsendte styrelsen den 5. september 2008 påkravsbreve ..., jf. årsregnskabslovens § 150, til selskabets bestyrelse på den i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede selskabsadresse. Påkravsbrevene oplyste om, hvornår selskabets regnskab for henholdsvis 01.10.06 – 31.12.07 og 01.01.08 – 31.03.08 skulle have været modtaget i styrelsen. Det fremgik endvidere af hvert påkravsbrev, at såfremt regnskabet blev modtaget efter den 17. september 2008, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift på mellem 500 kr. og 3.000 kr. afhængig af fristoverskridelsens længde.

Påkravsbrevene ses ikke modtaget retur i styrelsen.

Den 16. september 2008 medtager Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et regnskab for periode 01.10.06 – 31.03.08. Da regnskabsperioden ikke er i overensstemmelse med de registrerede oplysninger, kan regnskabet ikke antages til offentliggørelse.

I henhold til de i styrelsen registrerede oplysninger oplyste selskabets revisor – Ernst & Young – den 22. december 2008, at de manglende regnskaber ville komme i første uge af januar 2009.

I forbindelse med modtagelsen af regnskaberne blev hvert medlem af selskabets bestyrelse, som oplyst i brevene af 5. september 2009, pålagt afgifter på 2 x kr. 3.000 på grund af for sen modtagelse af regnskaberne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. ...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i redegørelsen af frafaldet afgifterne pålagt ledelsesmedlemmet B, da han først er indtrådt i bestyrelsen for A A/S den 20. november 2008, og at årsrapporterne er modtaget i styrelsen den 7. januar 2009.

I klageskrivelsen af 25. februar 2009 har klagerne anført:

”...

I skrivelser af 6. februar 2009 ... er ledelsen for A blevet pålagt afgift 2 x 3.000 kr. pr. mand vedr. årsrapporter for perioden 1.10.2006 til 31.03.2008.

Vi mener ikke, at disse opkrævninger er berettiget, hvilket begrundes i følgende forløb:

Vi indtræder som ny ledelse i A i forbindelse med at C A/S foretager et samlet køb af D der består af over 15 selskaber. I den forbindelse bliver det oplyst os at alle selskaber har fået ændret regnskabsår til 31.3.2008.

Årsrapporter for alle selskaber i den nye koncern er indsendt senest 17.9.08 – altså rettidigt iht. Modtagne påkrav om indsendelse af

årsrapporter – incl. årsrapporter for A A/S for perioden 1.10.2006 – 31.3.2008.

Som eneste undtagelse viser det sig at A A/S (ved en fejl) havde fået omlagt regnskabsåret 2 gange nemlig til den 31.12.2007 og efterfølgende til den 31.3.2008. Vi bliver først opmærksomme herpå igennem vores revisor E [revisionselskab], der er blevet telefonisk kontaktet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og herigennem får kendskab til problemstillingen.

Vi berigtiger straks herefter forholdet og får indsendt 2 årsrapporter (hhv 1.10.06-31.12.07 og 1.1.08-31.3.08) i stedet for den allerede rettidigt indsendte årsrapport dækkende 1.10.06-31.3.08).

Vi mener, at vi som ledelse har indsendt årsrapporterne rettidigt, idet den første årsrapport dækkende begge regnskabsår er indsendt rettidigt iht. modtagne påkrav om indsendelse og vi straks berettiger fejlen med et samlet regnskab for perioden, da vi bliver bekendt med den.

Vi anmoder derfor om, at afgifterne frafaldes.

...”

I førnævnte redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

...

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:

”at ledelsesmedlemmet ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen i lovforslagets § 150, stk. 2, på grund af virksomhedens eller ledelsesmedlemmets egne forhold (f.eks. på grund af ferie) (...) eller at 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.

...

Styrelsens bemærkninger

Styrelsen skal indledningsvis bemærke, 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.

Med hensyn til de af klager anførte forhold skal styrelsen bemærke, at ethvert selskabs ledelse har et selvstændigt ansvar for at udarbejde og indsende regnskaber i henhold til de for selskabet gældende registreringer.

Ikke mindst ved modtagelsen af påkravsbrevene af 5. september 2009 om manglende indsendelse af regnskaber for henholdsvis perioden 01.10.06 – 31.12.07 og perioden 01.01.08 – 31.03.08 burde ledelsen have reageret på de for selskabet gældende registreringsforhold i forhold til regnskaberne.

Til trods for påkravsbrevene indsender ledelsen desuagtet et regnskab, som ikke er i overensstemmelse med de modtagne påkrav.

Indsendelse af et regnskab for en periode, der ikke svarer til de registrerede forhold for selskabet indebærer naturligvis, at et sådant regnskab ikke kan offentliggøres. Det betyder, at det regnskab, der burde være modtaget allerede senest den 1. juni 2009 (regnskabet for perioden 01.10.06 – 31.12.07) og offentliggjort umiddelbart herefter bliver yderligere forsinket til skade for regnskabsbrugeren.

Styrelsen finder derfor ikke, at der i den konkrete situation er nogen omstændigheder, der taler for, at der er handlet rettidigt fra ledelsens side.

Tværtimod fører ledelsens manglende reaktion på styrelsens påkravsbreve til en yderligere forsinkelse af offentliggørelse af begge regnskaber til skade for regnskabsbrugerne. Det skal her understreges, at fristen for rettidig indsendelse af begge regnskaber allerede er overskredet.
...”

Klagerne har ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 12. maj 2009 fritaget B for de pålagte afgifter. Ankenævnet foretager sig derfor ikke yderligere vedrørende den del af klagen.

Selskabets ledelse har ansvaret for, at regnskabsudarbejdelse er tilrettelagt således, at selskabets årsrapport omfattende den for selskabet registrerede regnskabsperiode kan indsendes rettidigt. Ved modtagelsen af påkravsbrevene af 5. september 2009 blev ledelsen mindet om de for selskabet registrerede regnskabsperioder.

Herefter og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, at der kan ske fritagelse for betaling af den pålagte afgift, jf. årsregnskabslovens § 152,

tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 6. februar 2009 pålagte afgifter.

34) Kendelse af 17. september 2009 (J.nr. 2009-0018684).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Lars Holtug og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 5. februar 2009 har A på egne vegne og på vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i K1 A/S, K2 A/S, K3 ApS og K4 ApS under likvidation klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 23. og 30. januar 2009 har pålagt de pågældende ledelsesmedlemmer afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelse af 5. februar 2009 har direktør A anført:

”...

I henhold til materiale modtaget fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen erfarer vi at regnskaber fra [K1 A/S, K2 A/S, K3 ApS og K4 ApS under likvidation] er indgået for sent og derfor tildeles dels undertegnede samt bestyrelsesmedlemmer en afgift på hver kr. 2.000,- pr. selskab.

I selv samme materiale fremgår at vi kan anmode om fritagelse for denne afgift hvis vi mener eller kan påvise at vi ikke er årsag til forsinkelsen.

For det første, vil jeg påpege at bestyrelsen i denne sag ikke har haft indflydelse på hvornår regnskabet er indsendt, det alene hviler på undertegnede og revisor. Så ud fra denne betragtning vil jeg anmode om, at bestyrelsen fritages for afgiften.

Hvad angår undertegnede andel medsender jeg dokumentation, som fortæller at revisor har anmodet om at få regnskabsmaterialet tilsendt således at han kunne videre sende det til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket vi har gjort (dokumentation fra postvæsen).

Ovenstående synes jeg beviser at undertegnede ikke er årsag til den forsinkede indlevering, hvilket igen bør betyde at jeg heller ikke skal betale afgift.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 20. april 2009 udtalt:

” ...

Det skal indledningsvist bemærkes, at anmodningen i forbindelse med K1 A/S, K2 A/S og K3 ApS blev sendt direkte til Erhvervsankenævnet. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke (i henhold til årsregnskabslovens § 152) haft mulighed for at vurdere, hvorvidt der har foreligget særlige omstændigheder, som konkret kunne begrunde en afgiftsfritagelse.

I forbindelse med K4 ApS u/frivillig likvidation modtog styrelsen den 4. februar 2009 klage over afgiften vedrørende Holger Refslund. I skrivelse af 12. februar 2009 fastholder styrelsen denne afgift.

Indledningsvis kan det oplyses, at styrelsen indstiller, at afgørelserne stadfæstes.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde henholdsvis den 23. og den 30. januar 2009 hvert ledelsesmedlem i de 4 selskaber en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2007/08 for de 4 ... selskaber var blevet indsendt for sent.

Årsrapporterne for 2007/08 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 30. november 2008. Årsrapporterne blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 19. januar 2009. Den 5. december og 8. december 2008 fremsendte styrelsen et påkravsbrev til selskabernes registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos styrelsen senest den 17. december og 18. december 2008.

Hvert ledelsesmedlem blev pålagt en afgift på 2.000 kr., da årsrapporterne blev indsendt efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 2. måned (årsregnskabslovens § 151, stk. 3).

A har i brev af 5. februar 2009 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage alle ledelsesmedlemmerne i selskaberne for den pålagte afgift på 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem pr. selskab.

Anmodningen begrundes med, at bestyrelsesmedlemmerne ikke har haft indflydelse på, hvornår årsrapporterne er indsendt. Indsendelsen af årsrapporten hviler ifølge anmodningen på direktør A og revisor. Revisor skulle ifølge A have fået tilsendt materialet til indsendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. A vedlægger en forsendelseskopi mellem henholdsvis K1 A/S og revisor B, dateret den 18. december 2008.

Sagens retlige omstændigheder

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 under ganske særlige omstændigheder. 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

Godkendt og revideret årsrapport for selskaberne for regnskabsåret 2007/08 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 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Selskabernes regnskabsår udløb den 30. juni 2008. Som følge heraf skulle selskabernes årsrapport for regnskabsåret 2007/08 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. november 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten for alle fire selskaber den 19. januar 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgifter.

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i brevet, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporterne skyldes revisor.

I henhold til lovbemærkningerne til § 152 fritages et ledelsesmedlem ikke for afgift, hvis forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat.
..."

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet eller at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere...”

Henset hertil foreligger der efter ankenævnets opfattelse med den fremsendte dokumentation for, at revisor har anmodet selskaberne om at få tilsendt regnskabsmaterialet, således at han kunne videresende det til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og for, at selskaberne har fremsendt årsrapporterne til revisor, ikke grundlag for at fritage ledelsesmedlemmerne for afgifter.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

35) Kendelse af 22. september 2009 (J.nr. 2009-0019342).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

Preben Lund Hansen, Marianne Fog Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 5. maj 2009 har K1, K2 og K3 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 1. maj 2009 har pålagt dem hver to afgifter på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne for perioden 1. januar – 30. september 2008 for A A/S og B A/S.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 23. juli 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 1. maj 2009 K1, K2 og K3 hver to afgifter på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporterne for 2008 for A A/S, CVR-nr. ... og B A/S, CVR-nr. ... var blevet indsendt for sent.

På selskabernes ekstraordinære generalforsamling den 12. juni 2008 blev det besluttet at ændre regnskabsår. Det nye regnskabsår blev således 1. oktober – 30. september. Dette medførte en omlægningsperiode løbende fra 1. januar 2008 til 30. september 2008, ...

Selskabernes årsrapporter for omlægningsperioden derfor skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 2. marts 2009. Den 6. marts 2009 afsendte styrelsen et påkravsbrev til selskabernes registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporterne, så de var modtaget hos styrelsen senest den 18. marts 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 18. marts 2009, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

På grund af at årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 2. måned i henhold til fristen pr. 6. marts 2009, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 2.000 kr.

K1, K2 og K3 har i brev af 5. maj 2009 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage alle ledelsesmedlemmerne i de to selskaber for de pålagte afgifter på 2.000 kr.

...”

I klageskrivelsen af 5. maj 2009 har K1, K2 og K3 anført:

” ...

Vi har modtaget afgiftspålæg for selskaberne A A/S og B A/S vedrørende for sen indsendelse af årsregnskab for perioden 01.01.2008 – 30.09.2008. Disse regninger er blevet betalt.

Vi vil imidlertid gerne anke afgørelsen omkring afgiftspålæggelsen og dermed anmode om tilbagebetaling af beløbet. Dette begrundes som følgende:

Der har i 2008 været store omstruktureringer i C. koncernen. Selskabet C. A/S blev i marts 2008 solgt fra Fonden for C. til 2 investorer – D ApS og E A/S. D A/S er ejet af K1 og K2. I samme forbindelse blev selskaberne A A/S og B A/S – som var datterselskaber til C. A/S solgt til D ApS, hvor de nu er 100% ejede datterselskaber.

C. koncernen havde hidtil altid haft regnskabsår pr. 31. december. For at tilpasse regnskabsåret til den nye hovedaktionær – E ApS – blev dette ændret til 30. september. Det var imidlertid ikke tilsigtet, at D ApS og – hvad der er relevant her – de to datterselskaber A A/S og B A/S skulle have regnskabsår pr. 30. september. Bestyrelsen og Ledelsen i A A/S og B A/S var derfor af den opfattelse, at der stadig var regnskabsafslutning pr. 30. september. I den store omstrukturering som C. koncernen gennemgik i 2008 var der desværre ikke den store fokus på netop disse to mindre selskaber. Det skal endvidere nævnes, at der er skiftet økonomichef i samme periode.

Vi modtog ganske rigtigt et brev dateret den 6.3.2009 vedrørende for sen indsendelse af årsregnskaberne for disse to selskaber. Dette var første tidspunkt, hvor vi reelt set blev klar over, at der var regnskabsafslutning pr. 30. september og ikke 31. december. Så snart vi fik kontrolleret, at dette var korrekt, tog vi affære. Vi fik hurtigst muligt udarbejdet materiale til vores revisor, som derefter reviderede og opstillede regnskaberne for de to selskaber. Dette blev underskrevet af bestyrelsen, fragtet til vores revisor i Kolding og faxet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på samme dag – blot for at illustrere, at vi har forsøgt at fremme indsendelsen så meget som muligt.

Vi håber med denne redegørelse at have redegjort for de særlige omstændigheder, som førte til den forsinkede indsendelse af årsregnskaberne for de to selskaber. Vi mener samtidig, at vi har gjort hvad der stod i vores magt for at fremme indsendelsen af de to regnskaber mest muligt og vi har ingen historik i for sen indsendelse af årsregnskaber. Vi beder Dem derfor overveje en hel- eller delvis fritagelse for afgifterne, jf. årsregnskabslovens § 152.”

I førnævnte redegørelse af 23. juli 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal et selskabs årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den 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.

Ifølge årsregnskabslovens § 8, stk. 2 har selskabets ledelsesmedlemmer hver for sig et ansvar for, at årsrapporten er udarbejdet, så der er tid til eventuel revision, godkendelse og indsendelse mv. inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138, stk. 1.

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.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en 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 under ganske særlige omstændigheder. 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.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, hvis det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Styrelsens udtalelse

En godkendt og revideret årsrapport for selskaberne for omlægningsperioden 1. januar – 30. september 2008, skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skulle være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporterne for selskaberne den 8. april 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravs brev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

I henhold til årsregnskabslovens § 152 skal et ledelsesmedlem kunne godtgøre, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten. Dette forhold gælder kun for perioden, der ligger forud for indsendelsesfristen i henhold årsregnskabslovens § 138.

Ifølge klagerne skyldtes forsinkelsen, at ledelsen ikke var klar over, at der var regnskabsafslutning pr. 30. september 2008 før påkravs brevet af 6. marts 2009 blev modtaget. Dette var over 8 måneder efter at omlægning af regnskabsåret blev besluttet på selskabernes generalforsamling. Herefter sørgede ledelsen for at årsrapporterne blev udarbejdet og indsendt, således at de blev modtaget den 8. april 2009. Den 6. marts 2009 var fristen for indsendelse af selskabernes årsrapporter overskredet i henhold til årsregnskabslovens § 138, og der er i denne sag ikke fremkommet dokumentation for at ledelsesmedlemmerne har forsøgt at fremme indsendelsen inden den 2. marts 2009.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at de fire ledelsesmedlemmer skal fritages for de pålagte afgifter på 2.000 kr.

...”

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ændret regnskabsperiode som følge af omstruktureringer, herunder manglende opmærksomhed på indsendelsesfristen som følge heraf samt skifte af økonomichef udgør ikke særlige omstændigheder efter årsregnskabslovens § 152.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

36) Kendelse af 11. november 2009 (J. nr. 2009-0019271).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. april 2009 har advokat A på vegne af ledelsesmedlemmerne i fonden K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 23. april 2009 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer i fonden K for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af fondens årsrapport for 2007.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 12. juni 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 13. marts 2009 B, C, D, E og A hver en afgift på 3.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2007 for fonden K, CVR-nr. ..., var blevet indsendt for sent.

Fondens årsrapport for 2007 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 2. juni 2008. Den 13. maj 2008 fremsendte styrelsen et erindringsbrev om indsendelse af fondens årsrapport. Den 17. december 2008 afsendte styrelsen et påkravsbrev til fondens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten for 2007, så den var modtaget hos styrelsen senest den 5. januar 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 5. januar 2009, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

I brevet af 17. december 2008 oplystes endvidere, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i styrelsen senest den 14. januar 2009, kunne styrelsen vælge at tage skridt til tvangsopløsning af fonden. Vælges denne løsning, fremsendes brev med yderligere 4 ugers frist.

Den 5. marts 2009 fremsendte styrelsen brev til fondens registrerede adresse, hvor det bl.a. oplystes, at fondens bestyrelse ville blive pålagt afgift. Herudover oplystes det, at såfremt årsrapporten ikke var modtaget inden 4 uger, vil styrelsen uden yderligere varsel bede Skifteretten i Rønne om at opløse fonden.

Styrelsen modtog fondens årsrapport den 11. marts 2009.

Da årsrapporten blev indsendt efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 3. måned i henhold til fristen pr. 2. juni 2008, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 3.000 kr.

Det skal bemærkes, at der ligeledes sendes et brev den 17. december 2008 vedrørende indsendelse af årsrapporten for 2006. Årsrapporten for 2006 modtages i styrelsen den 22. december 2008 – og dermed inden den angivne frist.

...

Advokat A har i skrivelse af 23. marts 2009 anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om fritagelse for den pålagte afgift. Af denne skrivelse fremgår blandt andet:

”Vedrørende fondens virke kan jeg oplyse følgende:

Fonden K blev stiftet i 2003 i forbindelse med opstarten af et socialpædagogisk opholdssted

Fonden var i sin tid fritaget for registrering i henhold til § 1, stk. 3, i lov om fonde og visse foreninger, da man var underlagt et tilsyn fra ... Regionskommune som et led i udøvelsen af den socialpædagogiske virksomhed, som var formålet med fondens etablering.

Fonden drev således offentligt relateret virksomhed, og den valgte bestyrelse blev sammensat ud fra ønsket om at repræsentere dels erhvervsfolk, dels bestyrelsesmedlemmer med relation til

kommunalbestyrelsen og endelig bestyrelsesmedlemmer med kendskab til den socialpædagogiske aktivitet.

I 2005 blev det besluttet at udvide de socialpædagogiske aktiviteter til også at omfatte aktiviteter vedrørende tilbud til autister m.fl., og det blev i den forbindelse besluttet at opdele fondens aktiviteter i en egentlig ejendomsfond, som skulle registreres som erhvervsdrivende fond i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og yderligere 2 fonde, som fortsat skulle stå for den socialpædagogiske aktivitet, og som var underlagt Regionskommunens tilsyn.

Bestyrelsesarbejdet har hele tiden været ulønnet, og der har fra bestyrelsesmedlemmernes side været tale om en indsats, hvor man ønskede at hjælpe de socialpædagogiske tiltag, som anses for at være til gavn for både de anbragte klienter og ... som lokalsamfund i øvrigt.

I forbindelse med udarbejdelsen af den første årsrapport for fonden K for året 2006 har ledelsen ikke været opmærksom på, at regnskabet skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet man var af den opfattelse, at revisor foretog det videre fornødne desangående.

Det samme gør sig gældende for så vidt angår årsrapporten for 2007, og det er først på baggrund af skrivelsen fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 17. december 2008, at den daglige ledelse reagerer og bliver opmærksom på kravet om, at regnskaberne skal fremsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Regnskaberne, som alene omfatter en beskeden erhvervmæssig drift vedrørende ejerskabet og driften af de bygninger, som danner rammen om de socialpædagogiske tilbud, blev for så vidt angår 2006 allerede godkendt på et bestyrelsesmøde den 12. marts 2007 og for så vidt angår 2007, blev dette regnskab allerede godkendt på et bestyrelsesmøde den 29. februar 2008.

Selvangivelserne for de pågældende år er rettidigt indsendt af revisor.

Man har således fra bestyrelsens side ikke været i en situation, hvor man ikke kunne nå at udarbejde og godkende regnskaberne, tværtimod skyldes det ren uvidenhed, at materialet ikke rettidigt er videresendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det er oplyst, at man i december på baggrund af rykkerskrivelsen pr. 17. december 2008 fremsender årsrapporten for 2006 og 2007 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og at man den 29. december 2008 har modtaget svar tilbage fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om, at årsrapporten for 2006 er modtaget.

Umiddelbart efter nytår 2009 kontakter fondens ledelse Erhvervs- og Selskabsstyrelsen telefonisk med meddelelse om, at man ikke forstår, at man ikke har modtaget en kvittering for modtagelsen af årsrapporten for 2007.

Det blev i den forbindelse oplyst, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ville vende tilbage, hvis man ikke mod forventning har modtaget årsrapporten for 2007.

Fondens ledelse har i den forbindelse været af den opfattelse, at sagen var bragt på plads og er derfor forundret over, at man igen ved skrivelse af 9. marts 2009 modtager en rykker for så vidt angår indsendelse af årsrapporten for 2007.

Når henses til fondens almennyttige virke, de ovenfor anførte omstændigheder og specielt det forhold, at der er opstået misforståelser for så vidt angår fremsendelsen af det ønskede regnskabsmateriale i december 2007, skal jeg anmode om, at bestyrelsesmedlemmerne bliver fritaget for betalingen af den pålagte afgift.

Vedrørende diverse skrivelser for så vidt angår indsendelsen af årsrapporterne, er jeg ikke i stand til at redegøre hvorfor, man ikke har modtaget diverse rykkerskrivelser vedrørende årsrapporten for 2006, men jeg har vedrørende årsrapporten for 2007 fået oplyst, at man fra ledelsen side ikke har modtaget brev fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen desangående.

Institutionen lejer administrationslokaler på ..., og man har i forbindelse med henvendelse til ...administration fået oplyst, at post rutinemæssigt tilbagesendes med en påskrift ”ikke til ...”, hvis dette indleveres til

Man kan således fra ... side ikke påtage sig den opgave at levere post til de lejere, som disponerer forskellige arealer på

Ovennævnte forhold kan være begrundelsen for, at man ikke har modtaget de rykkerskrivelser, som kunne have sikret, at årsregnskabet havde været fremsendt i god tid inden for de fastsatte frister.

Til sidst kan jeg oplyse, at årsrapporten for 2008 forventes godkendt på et bestyrelsesmøde i april måned 2009 og vil kunne fremsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen umiddelbart herefter.

Jeg skal også henlede Styrelsens opmærksomhed på, at der ikke er driftsmæssige eller kapitalmæssige problemer for så vidt angår Ks drift og virke i øvrigt.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afviste i skrivelse af 23. april 2009 anmodningen om afgiftsfritagelse.

I klageskrivelsen af 28. april 2009 har advokat A anført:

”...

Der henvises til mine anbringender i skrivelse af 23. marts 2009, som vedlægges i kopi.

Derudover gøres det specielt gældende, at det har været ledelsens ønske at fremme sagen mest muligt og at man i den forbindelse har været af den faste overbevisning, at sagen har været bragt i orden i forbindelse med fremsendelse af regnskaberne i december 2008.

Undskyldelige forhold vedrørende postomdelingen i en offentlig institution, nemlig ..., har medført, at rykker ikke er modtaget.

Ovennævnte kan bekræftes fra ... side.

Det forhold, at årsrapporten har været udarbejdet rettidigt bør også indgå i vurderingen. Hvorfor skulle ledelsen ikke ønske at indsende denne.

Dernæst kan det vel ikke udelukkes, at begge årsrapporter har været fremsendt og fejlagtigt forlagt i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Endelig før Fondens virke som almennyttig offentlig relateret institution og fondens størrelse i øvrigt, vel også medgå i vurderingsgrundlaget.”

I førømtalte redegørelse af 12. juni 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den 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 under ganske særlige omstændigheder. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Ifølge årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, herunder revisor.

Styrelsens udtalelse

Godkendt og revideret årsrapport for fonden for regnskabsåret 2007 skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skulle være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Fondens regnskabsår udløb den 31. december 2007. Som følge heraf skulle selskabets årsrapport for regnskabsåret 2007 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 2. juni 2008.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget fondens årsrapport den 11. marts 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Vedrørende afgiftsfritagelse bemærker klager i brevet, at baggrunden for den forsinkede indsendelse af årsrapporten skyldes flere forhold.

[A] Det bemærkes, at ledelsen var uvidende om indsendelseskravet.

Ifølge årsregnskabslovens § 8, stk. 2, har selskabets ledelsesmedlemmer hver for sig et ansvar for, at årsrapporten er udarbejdet, så der er tid til eventuel revision, godkendelse og indsendelse mv. inden for tidsfristerne i årsregnskabslovens § 138, stk. 1.

Selskabets ledelse har således et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

[B] Det bemærkes, at det var ledelsens opfattelse, at revisor foretog det fornødne angående indsendelsen.

Ifølge årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, herunder revisor.

[C] Det bemærkes, at årsrapporterne for 2006 og 2007 fremsendes samtidig. Der fremsendes kvittering i forbindelse med modtagelsen af årsrapporten for 2006. Fondens ledelse kontakter herefter styrelsen pga. den manglende kvittering for årsrapporten for 2007, hvor styrelsen i henhold til anmodningen oplyser, at styrelsen kontakter fonden, hvis årsrapporten for 2007 ikke modtages.

Når en årsrapport er indgået i styrelsen, sendes der automatisk en kvittering til indsender eller virksomheden, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12. Ledelsen har dermed mulighed for at sikre, at der sker rettidig indsendelse.

Det kan herudover oplyses, at det ikke er styrelsens praksis at oplyse, såfremt årsrapporten ikke modtages i styrelsen. Det er derimod ledelsens ansvar at sikre, at indsendelse sker inden for de givne frister. Hertil kan kvitteringen bl.a. benyttes.

[D] Det bemærkes, at fonden lejer administrationslokaler på ..., hvor der har været diverse postleveringsvanskeligheder mellem ... og fonden.

Dette er et forhold, som må løses mellem de indbyrdes parter. Forholdet kan ikke berettige afgiftsfritagelse.

[E] Muligheden for, at begge årsrapporter har været fremsendt og fejlagtigt forlagt hos styrelsen, bemærkes.

Ved gennemgang af sagen er der ikke indikationer på fejl fra styrelsens side.

[F] Fondens virke som almennyttig, offentlig relateret institution bemærkes.

Dette er ikke et forhold, som kan berettige afgiftsfritagelse.
..."

Klagerne er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ledelsens uvidenhed om kravet om indsendelse af årsrapporten samt fondens manglende modtagelse af påkravsskrivelsen om indsendelse af fondens årsrapport grundet forhold vedrørende postomdelingen i den institution, fonden har lejet sig ind i, udgør ikke særlige omstændigheder efter årsregnskabslovens § 152.

Det følger 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, herunder revisor.

Når henses hertil, til at det er ledelsens ansvar at sikre, at indsendelse sker inden for de givne frister, og da der ikke i øvrigt foreligger sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af en årsrapport, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 13. marts 2009 pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. april 2009.

37) Kendelse af 11. november 2009 (J. nr. 2009-0019448).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Johnny Kofoed-Jensen, Peter Stig Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 26. maj 2009 har K på egne og vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i A A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 22. maj 2009 har pålagt dem hver en afgift på 3.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008.

Sagens omstændigheder:

A A/S har perioden 1. juli til 30. juni som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008 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 2008 en skrivelse til bestyrelsen for A A/S på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 17. december 2008. Styrelsen meddelte samtidigt, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabernes 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 2. januar 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 5. februar 2009 anmodede styrelsen Skifteretten i Kolding om at opløse selskabet i medfør af aktieselskabslovens § 117, jf. § 118, idet styrelsen ikke havde modtaget selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2007 til 30. juni 2008. Den 29. april 2009 modtog styrelsen anmeldelse om genoptagelse af selskabet vedlagt den krævede dokumentation, herunder årsrapporten for perioden 1. juli 2007 til 30.

juni 2008. Ved skrivelser af 22. maj 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, hvert bestyrelsesmedlem en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 26. maj 2009 har K som begrundelse for anmodningen om afgiftsfritagelse henvist til blandt andet en vedlagt kopi af klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen m.fl. Af denne skrivelse - dateret 17. marts 2009 - fremgår:

”...

Årsag til manglende indsendelse af årsregnskab skyldes ikke problemer med selskabets drift, men derimod problemer hos selskabets revisor.

Vores revisor B er gået ned psykisk og firmaet er næsten lukket – alle medarbejdere er rejst, vi er ikke blevet orienteret, men har hele tiden fået besked om at årsregnskabet lige var på trapperne og at det skyldtes travlhed at regnskabet ikke allerede var færdigt.

Vi har haft statsautoriseret B som revisor siden 1992 og har ikke oplevet problemer tidligere.

Alt regnskabsmateriale er sendt til revisoren i starten af oktober måned 2008.

Efter at have rykket for regnskabet adskillige gange og efter at have fået en rykker fra selskabsstyrelsen, blev vi lovet regnskabet klar først i det nye år og at revisionsfirmaet vil gå ind og dække evt. gebyrer i forbindelse med et for sent afleveret regnskab.

Vi kontaktede Selskabsstyrelsen i december for at meddele at der var problemer med selskabets revisor.

Vi blev desværre for sent opmærksomme på hvor galt det stod til og at vi måtte have et nyt revisionsfirma på banen. Det at udarbejde et årsregnskab med en ny revisor tager desværre længere tid end normalt.

Alle henvendelser til Selskabsstyrelsen for at orientere om at der var indgået aftale med et nyt revisionsfirma samt for at aftale ny frist for aflevering af regnskab blev afvist og A A/S blev sendt til tvangsopløsning.

Vores ny revisor C forsøgte ligeledes at få kontakt til selskabsstyrelsen for at berette at der arbejdes på regnskabet.

Som dokumentation for ovenstående vedlægges kopi af en del af korrespondancen:

1. Kvittering fra Postdanmark for fremsendelse af bilagsmateriale til årsregnskabet til B den 2.10.2008.
2. Mail til B hvor vi rykker for regnskabet dateret 6. december 2008

3. Mail til B hvor vi igen rykker for regnskabet dateret 16. december 2008 med svarmail, hvor han undskylder og tilbyder at betale evt. gebyr.
4. Vi rykker igen flere gange i løbet af januar pr. tlf. og mail til B og får at vide at der arbejdes på sagen – men der sker ikke noget.

Vi tog kontakt til selskabsstyrelsen den 17. december 2008 og meddelte at revisoren havde problemer med færdiggørelsen og fik det svar at man henviste til det brev der var sendt ud tidligere.

Vi mailer igen til selskabsstyrelsen den 5. februar da vi er blevet klar over hvor galt det står til hos B for at bede om mere tid og fortælle at vi har kontakt med revisionsfirmaet [v/ C].

[Revisionsfirmaet] v/ C forsøger ligeledes forgæves at få kontakt til [medarbejder] hos Selskabsstyrelsen hele den 5. februar 2009

Kl. 17.41 modtager vi en mail fra [medarbejder hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen] om at hun har sendt selskabet til tvangsopløsning.

Vi havde nok forestillet os at vi ville have modtaget en sidste advarsel inden vi blev sendt til tvangsopløsning.

Det kom ligeledes som en stor overraskelse, at vores revisor ikke havde meldt tilbage at han var syg og firmaet praktisk talt lukket – vi havde fuld tillid til at han havde styr på tingene – når han meddelte at de var lidt underbemandet for øjeblikket.

Det var en fejl fra vores side at stole på revisoren. A A/S er et familieaktieselskab som beskæftiger sig med juletræer og pyntegrønt, november, december og januar er den travleste periode i året, her skal vores omsætning for hele året genereres og det skal sikres at pengene kommer i hus.

Vi vil gerne hermed anmode om at tvangsopløsningen trækkes tilbage – da driften i A A/S er normal. Det er derimod selskabets revisor der ikke opfylder kravene. Derfor synes det unødvendigt, at vi skal igennem en tvangsopløsning samt en genoptagelse af firmaet igen. Det er spild af resurser og penge i disse tider hvor der er mange andre der har reelle problemer.

Vi har henvendt os til Selskabsstyrelsen fra starten for at orientere om at selskabets problemer med årsrapporten ikke skyldtes driftsforstyrrelser.

5. Kopi af mail-korrespondance med Selskabsstyrelsen vedlægges.
6. Kopi af mail til Selskabsstyrelsen fra revisionsfirmaet [v/ C]
7. Kopi af ekstraordinær generalforsamling i A A/S med formål at skifter revisor.

8. Kopi af skrivelse fra Selskabsstyrelsen hvor denne meddeler at ændringen ikke kan foretages.
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 30. juni 2009 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal et selskabs årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den 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 fra lovens tidsfrist.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i § 138, sender styrelsen jf. lovens § 150, et påkravsbrev om at indsende årsrapporten til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse. I påkravsbrevet gives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten uden pålæg af afgift, og en frist på 4 uger til at undgå selskabets tvangsopløsning.

Styrelsen kan, jf. lovens § 150, stk. 3, 2. pkt., efter udløbet af påkravsbrevets frist på 4 uger og ved fortsat manglende modtagelse af årsrapporten beslutte at anmode skifteretten om at opløse selskabet i overensstemmelse med den for selskabet gældende lovgivning herom, dvs. aktieselskabslovens § 118. Beslutning om tvangsopløsning kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. årsregnskabslovens § 163, stk. 3, og aktieselskabslovens § 159 b, stk. 2.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om 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 der foreligger ganske særlige omstændigheder. 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.

Efter årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, hvis det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

Styrelsens udtalelse

...

I henhold til årsregnskabslovens § 152 skal et ledelsesmedlem kunne godtgøre, at han eller hun har forsøgt at fremme indsendelsen af årsrapporten for at kunne fritages for afgift. Sådanne forhold gælder kun

for perioden, der ligger forud for den rettidige indsendelsesfrist i henhold årsregnskabslovens § 138. Af korrespondancen med rykninger af revisor for årsrapporten fremgår det, at rykningerne først er sket efter den senest rettidige modtagelsesdato.

Ifølge klager opstod forsinkelsen ved, at selskabernes daværende revisor ikke kunne opfylde sine pligter og indfri sine løfter over for selskabet. Den daværende revisor fratrådte ved valg af ny revisor på en ekstraordinær generalforsamling den 22. februar 2009. Revisorændringen kunne ikke registreres, da selskabet var under tvangsopløsning på dette tidspunkt. Det formelle revisorskifte blev således først registreret i forbindelse med genoptagelsen og den i den forbindelse afholdte generalforsamling den 23. april 2009.

Selvom bestyrelsesmedlemmerne tilregner selskabets daværende revisors adfærd skylden for overskridelsen af fristen i henhold til påkravsbrevene, fritager det dog ikke bestyrelsesmedlemmerne for ansvar. Af årsregnskabslovens § 152, stk. 2, fremgår, at hvis forsinkelsen opstår på grund af selskabets rådgivers handlinger, så fritager det ikke selskabernes ledelse fra ansvaret for at sikre en indsendelse af årsrapporten inden påkravsfristernes udløb.

Det er således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at afgiftsfritagelse for bestyrelsesmedlemmerne i A A/S ikke kan begrundes i daværende revisors adfærd. Bestyrelsen havde pligt til og burde i god tid inden den senest rettidige modtagelsesdato have reageret på årsrapportens udeblivelse.

...”

I skrivelse af 7. august 2009 er klagerne kommet med følgende bemærkninger hertil:

”...

I henhold til selskabslovens §152, må vi bemærke at vi i høj grad har været opmærksom på at fristen for indsendelse af regnskabet tidsmæssigt var ved at skride, og ledelsen aktivt søgte at fremme færdiggørelsen af årsrapporten.

Men også at vi havde tillid til at vi købt os til den fornødne ekspertise hos B, og med hans forsikringer om at vi nok skulle nå det, samtidig med at vi aldrig har haft grund til at tvivle på de råd, vi har fået derfra.

Mest kontakt til B har gennem årene foregået pr. telefon og ved medarbejderes besøg på As adresse. Vi har ikke været klar over situationen på kontoret hos B, og har derfor ikke haft mulighed for at vurdere at firmaet var ved at falde fra hinanden.

Generelt kan bemærkes:

A A/S er et familieføretagende der driver arealer med juletræskulturer og er medejere i andre selskaber der også producerer og omsætter juletræer. K og D er ejere af firmaet, og udfører alt arbejde der foregår, hjælp der er behov for tilkøbes fra entreprenørfirmaer, vores børn som er voksne har de sidste år sidder med i bestyrelsen.

I mange år har det været kutyme at udarbejdes vores årsregnskab i oktober, da det har passet bedst ind i revisorens planlægning. B har været selskabets revisor fra før omdannelse af firmaet til A/S i 1990.

Oktober måned er der meget at gøre i kulturerne med hensyn til mærkning og klargøring til årets høst.

November måned er højsæson for juletræsproducenter og vi arbejder næsten i døgn drift for at få årets produktion sendt på markedet.

Da det trækker ud med færdiggørelsen af vores årsregnskab, reagerer vi ikke øjeblikkeligt, da vi bliver beroliget med at ”det nok skal nås”. På det tidspunkt hvor det er ved at være sidste frist, bliver vi igen oplyst om at det er på vej og der ingen grund er til bekymring, de skal nok tage sig af det, vi har aldrig før oplevet at vi *ikke* kan have tillid til det vi får at vide, Vi har forsøgt at stille et handlingsforløb op for hvad der er foregået, hvad er ikke er medtaget er telefonisk kontakt til B, da vi ingen datoer har på dette.

Vi føler os lidt uforskyldt i det der er sket og det har kostet ledelsen en del ekstra arbejde og A A/S et betydeligt beløb at komme igennem tvangsopløsning og genoptagelse i registeret. Vi *var* overbevist om, at med den rådgivning vi fik hos B, ville vi klare skærene.

Handlingsforløb :

1. Selskabets daglige bogføring er tilgængelig for Revisor B. Programmet, WinKompas, som der abonneres på hos B har vi online adgang til.
2. Bilag vedr. årsregnskabet er sendt til B den 2. oktober 2008.
3. Den 5. oktober er der sendt mail til revisor medarbejder E, som er vores kontaktperson hos B, om at bilagsmaterialet er fremsendt.
4. Den 12. oktober er der igen, via mail til E, spurgt på årsregnskabet.
5. Den 28. oktober tages der telefonisk kontakt til revisionsfirmaet og her oplyses det at E er sygemeldt pga. stress, og forkontoret lover at informere B om vores manglende årsregnskab – samtidig oprettes et internt notat på sagen pr. mail.
6. Herefter er der telefonisk kontakt med B som lover at han nok skal få tingene færdig, men at de har problemer med at følge med, og at vi ikke skal være bekymret.
7. Den 6. december modtager vi en rykker fra Selskabsstyrelsen angående manglende indsendelse af årsregnskab – med en frist til 17. december. Vi mailer til B herom.
8. Den 16. december mailer der igen om regnskabet og vi modtager mail retur fra B hvor han meddeler at han godt er klar over at det er alvorligt og tilbyder at betale evt. gebyrer.
9. Vi er bekymrede og henvender os den 17. december til [medarbejder], EogS for at oplyse om vores problemer.
10. Den 23. december får vi svar fra [medarbejder], EogS hvor der henvises til Styrelsens brev fra den 5. december.
11. Vi har telefonkontakt til B og han lover igen: ”Nu går han i gang”.
12. Den 7. januar i år rykkes der igen for regnskabet.
13. Den 12. januar får vi svar fra B og han lover at ringe dagen efter.
14. Da vi ikke får noget materiale fra B i løbet af de næste dage – tager vi telefonisk kontakt til ejeren af det firma der ”hoster” og har Support på ..., for at få at vide om de kan oplyse om hvad der sker hos B, vi får efter nogen snak at vide at det er rigtigt galt – alle

medarbejdere er tilsyneladende rejst lidt efter lidt og B er gået psykisk ned – firmaet er næsten lukket. Vi beder IT firmaet om hjælp til at finde en ny revisor som også er fortroligt med ... og som evt. også har en licens til programmet så at vi straks kan køre videre uden at skifte program.

15. Efter nogle dage får vi besked på, at revisionsfirmaet [v/ C] – revisor F vil være et godt bud på hjælp til os.
16. Vi tager straks kontakt og får en aftale med C som er den ansvarlige hos revisionsfirmaet ... (5. februar).
17. Da vi godt er klar over alvoren forsøger vi og C at få kontakt til [medarbejder], EogS via telefon og mail for at forklare og vinde lidt tid – man laver ikke et årsregnskab på 1. dag med en ny revisor. Det eneste resultat vi får er en mail allersidst på dagen fra [medarbejder], EogS med besked om at firmaet er sendt til tvangsopløsning.
18. Herefter aftales møde for planlægning af revisorskift og genoptagelse af Selskabet.
19. Da der er en frist for genoptagelse af Selskabet på 3 måneder – råder man fra revisionsfirmaet [v/ C] at vi skal bruge denne periode til at få styr på tingene. Det tjener ingen formål at jage tingene igennem, bare vi når det inden 5. maj der er deadline for indsendelse af årsrapport samt erklæring på at selskabet er solvent dags dato.
20. Herefter tager D til ... for at hente vores bilag retur og meddele vores ønsker om at skifte revisor. B er eneste person på kontoret, og accepterer vores ønske om at skifte revisor – men beder dog om at få lov til at gøre regnskabet færdigt da han jo er inde i sagerne hvilket vi accepterer – men vi fortsætter alligevel med at gøre klar til at lave regnskabet med det nye revisionsfirma. Vi får ikke bilagene med retur.
21. I løbet af de næste tre dage korresponderer vi løbende med B uden resultat. Den 11. februar leverer hans hustru bilagene til os uden regnskab.
22. Vi har samme dag et opstartmøde med vores nye revisor.
23. Vi havde et ønske om at få lavet regnskabet i løbet af kort tid – men i forbindelse med genoptagelse af firmaet efter tvangslukning har det været nødvendigt at lave nye formueopgørelser og berigtige værdiansættelser af alle firmaets aktiver. Vi manglede alle oplysninger fra B så som afskrivninger, som vi måtte rekonstruere fra opstart af firmaet i 1990 og til nu, samt årsregnskaber for andre firmaer som vi er medejer af og som også havde B som revisor og derfor også måtte igennem et revisorskift, inden alle tal var klar – alt i alt en meget langvarig og bekostelig affære. En væsentlig del af selskabets formue består af 80 ha. med juletræskulturer, samt andel i en ejendom i Frankrig også med juletræskulturer. Disse værdiansættelser findes ikke i offentlige registre, men skal beregnes af selskabets ledelse og godkendes af eksterne rådgivere.
24. Alle opgørelser og regnskaber samt anmodning om genoptagelse af selskabet fremsendt til EogS den 28. april.
25. Besked fra EogS om registrering af A A/S, modtaget den 19. maj 2009.”

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 152, stk. 2, fremgår, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens rådgivere eller lignende, og af de specielle bemærkninger til § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... revisor ikke har kunnet nå at revidere regnskabet eller at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere som f.eks. virksomhedens revisor eller advokat, idet sidstnævnte forhold er et anliggende imellem ledelsesmedlemmerne og de pågældende ansatte eller rådgivere.”

Henset hertil foreligger der efter ankenævnets opfattelse med det oplyste om den tidligere revisors adfærd ikke grundlag for at fritage ledelsesmedlemmerne for afgifter.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 22. maj 2009 pålagte afgifter.

4.7. BOGFØRINGSLOVEN

38) Kendelse af 1. juli 2009 (J. nr. 2008-0017409).

Dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Johnny Kofoed-Jensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 11. august 2008 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 14. juli 2008 har nægtet at give selskabet dispensation til at opbevare dele af regnskabsmaterialet i USA.

Sagens omstændigheder:

I en over klagen af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. september 2008 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

På vegne af K A/S anmodede advokat A ved brev 14. februar 2008 ... styrelsen om dispensation til at opbevare dele af selskabets regnskabsmateriale i USA.

Det fremgik bl.a. af anmodningen, at det fysiske regnskabsmateriale fortsat vil befinde sig i Danmark, men at visse dele af det elektroniske materiale vil befinde sig på en server i USA.

I anmodningen fremhævede advokaten, at

”Jeg skal til styrelsens orientering fremhæve, at B Ltd. til forskel fra den lignende sag, som Erhvervsankenævnet afgjorde ved kendelse af 19. juni 2006 (J.nr. 2005-0003623), jf. ovenfor, vil være kontraktuelt forpligtet til at lade såvel K A/S, men også danske myndigheder der har en lovhjemlet ret til at gennemgå og/eller få selskabets regnskabsmateriale udleveret, få fuld adgang til det pågældende materiale.”

På baggrund af den modtagne ansøgning skrev styrelsen den 15. april 2008 til henholdsvis Told- og Skattestyrelsen (SKAT) ... og Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) ..., hvori styrelsen anmodede om en udtalelse.

...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 14. juli 2008 hedder det:

”...

Under henvisning til ... anmodning af 14. februar 2008, skal jeg meddele, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke kan give ovenstående selskab dispensation til at opbevare regnskabsmaterialet i USA i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4.

I henhold til bemærkningerne til § 12, stk. 4, ”bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i *stk. 4*, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) og SKAT har fået forelagt ... anmodning[en] og har begge udtalt, at en dispensation kan have betydning for deres arbejde. ...

På grundlag af udtalelserne fra SØK og SKAT vurderes det ikke, at formålet med lovens bestemmelser – herunder hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud er tilgodeset i den konkrete sag, og forudsætningerne for dispensation er dermed ikke til stede.

...”

I nævnte udtalelse fra Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet - af 28. april 2008 – anføres det:

”...

Det skal indledningsvis bemærkes, at statsadvokaturen er opmærksom på Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006.

Det er fortsat statsadvokaturens opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i USA som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

...

Uanset at en ... terminaladgang findes i virksomheden omfattet af denne ansøgning vil de efterforskningsmæssige hensyn ikke i tilstrækkeligt omfang blive tilgodeset ved, at den bogføringspligtige har terminaladgang til regnskabsmateriale, der udelukkende opbevares på en server i USA.

Dette skyldes, at statsadvokaturen har forsøgt at indhente oplysninger fra myndighederne i USA omkring, hvorvidt amerikansk lovgivning accepterer, at dansk politi på baggrund af en dansk retskendelse har terminaladgang i samme omfang, som hvis materialet befandt sig i Danmark.

Hidtil har de amerikanske myndigheder imidlertid ikke svaret på statsadvokaturens henvendelser. I mangel af oplysninger om det modsatte må det derfor antages, at en dispensation vil kunne påvirke

politiets efterforskningsmuligheder. Det bemærkes i den sammenhæng, at samtlige lande (bl.a. Holland, Spanien, Storbritannien, Tyskland og Østrig) uden for Skandinavien, hvorfra Statsadvokaturen har fået svar på en lignende forespørgsel, har oplyst, at en sådan terminaladgang er i strid med deres lovgivning.

Det må derfor antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.
...”

SKAT har ved nævnte udtalelse – af 10. juni 2008 – meddelt:

”...

[SKAT kan ikke] tiltræde den ønskede dispensation, da der ikke med USA findes noget retligt instrument vedrørende gensidig bistand på momsområdet, der svarer til reglerne i direktiv 76/308 (Inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798/2003 (Bistandsforordningen).

Der er dog ikke væsentlige hensyn der i øvrigt taler imod en dispensation for det pågældende selskab K A/S. Det er alene de manglende retlige instrumenter vedrørende inddrivelse og bistand på momsområdet, der medfører at vi ikke kan tiltræde den ønskede dispensation.
...”

I klageskrivelsen af 11. august 2008 har advokat A anført:

”...

Som det fremgår af dispensationsanmodningen, opbevares selskabets regnskabsmateriale p.t. i Danmark i overensstemmelse med lovgivningen. Dispensationsanmodningen vedrørte alene regnskabsmateriale, der ikke opbevares fysisk. Fysisk regnskabsmateriale vil fortsat blive opbevaret i Danmark.

Adgang til det regnskabsmateriale, der ikke opbevares i Danmark, vil blive sikret ved etablering af en on-line adgang, der altid vil være tilgængelig fra Danmark. Denne on-line adgang vil yderligere blive sikret gennem en aftale mellem B Ltd. og K A/S, der forpligter B Ltd. til at give både K A/S og relevante danske myndigheder uhindret adgang til materialet i overensstemmelse med lovgivningen.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, samt udtalelserne fra Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) og SKAT, giver anledning til følgende bemærkninger.

1. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse

...

Denne sag har en række lighedspunkter med sagen afgjort ved Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-0003623). I sagen fandt Erhvervsankenævnet, at der burde meddeles dispensation, jf. bogføringslovens § 12, stk. 4, således at ikke-fysisk dokumentation mv. kunne opbevares på en server i Tyskland, mens bilagsmateriale blev opbevaret fysisk i Danmark.

2. *Udtalelsen fra SØK*

...

SØK anvendte en lignende argumentation i ovennævnte afgørelse (j.nr. 2005-0003623). Her forelå dog positive oplysninger om, at tyske myndigheder ikke tillader terminaladgang på baggrund af en dansk retskendelse.

I denne konkrete sag er det ikke oplyst, hvorvidt USA tillader en sådan terminaladgang. Henset til at der i Erhvervsankenævnets ovennævnte kendelse forelå positive oplysninger om, at Tyskland ikke tillod en terminaladgang, og at dette ikke var til hinder for dispensation, bør udtalelsen fra SØK heller ikke i denne sag være til hinder for, at der meddeles dispensation til K A/S.

Til støtte herfor kan yderligere anføres, at der vil blive indgået ovennævnte aftale, hvorefter B Ltd. vil være forpligtet til at give adgang til ikke-fysisk materiale som anført. Endelig fremgår det af SØKs udtalelse, at SØK ikke er bekendt med konkrete og væsentlige grunde til at nægte en dispensation.

Det bemærkes endvidere, at SØK nævner Erhvervsankenævnets ovennævnte kendelse (j.nr. 2005-0003623), men ikke bestrider eller i øvrigt forholder sig til denne, uanset at der er tale om identiske faktiske situationer ud fra en teknisk betragtning. SØK anfører heller ikke, hvorledes situationen i den konkrete sag adskiller sig fra situationen i kendelsen.

3. *Udtalelsen fra SKAT*

...

Henset til at det fysiske bogføringsmateriale opbevares i Danmark, at der etableres terminaladgang fra Danmark, samt at der indgås ovennævnte aftale mellem B Ltd. og K A/S om adgang til ikke-fysisk bogføringsmateriale, er SKAT hermed sikret mulighed for at foretage kontrol og håndhævelse.

Samtidig ses der ikke at være hensyn, der tilsiger, at hensynet til SKATs kontrolmuligheder mv. skulle veje tungere end hensynet til SØKs tilsvarende.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 18. september 2008 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

” ...

Efter bogføringslovens § 12, stk. 1 (lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006), skal regnskabsmateriale opbevares i Danmark.

I bogføringslovens § 12, stk. 2-5, er fastsat bestemmelser, der giver mulighed for, at regnskabsmaterialet i kortere eller længere tid kan opbevares i udlandet.

...

Det fremgår af de oprindelige bemærkninger til ... [bogføringslovens § 12, stk. 4] (L 63 – FT 1998-99), at

”Efter forslagetets stk. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagetets stk. 1-3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat - både i relation til regnskabsmateriale for danske og udenlandske aktiviteter - at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Dette forudsættes også, hvor der er adgangsbeskyttelse med passwords, krypteret indhold og lign., jf. forslagetets § 15. Også andre relevante forhold kan tages med i betragtning i den konkrete situation.”

Den gældende formulering af § 12, stk. 4, blev vedtaget i 2006 (Lov nr. 245 af 27. marts 2006). Det fremgår bl.a. af bemærkninger til bestemmelsen (L 50 – FT 2005-06), at

”Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.

Dernæst præciseres det i § 12, stk. 4, at der skal indsendes ansøgning om dispensation for opbevaring af regnskabsmaterialet i udlandet. Præciseringen er alene en tydeliggørelse af praksis og ikke en materiel ændring.”

...

Styrelsens bemærkninger

Styrelsen skal indledningsvis slå fast, at det er hovedreglen, jf. bogføringslovens § 12, stk. 1, at regnskabsmateriale skal opbevares i Danmark.

Bogføringslovens § 12, stk. 4, er en specifik undtagelse til denne hovedregel. Der er altså ikke tale om en ret for selskaberne, men alene en mulighed for at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde kan tillade, at et selskab kan opbevare regnskabsmaterialet i udlandet.

Klager henviser til Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-003623) – EAK 2006 - og påpeger, at der er en række lighedspunkter til K A/S.

Styrelsen skal hertil påpege to væsentlige forskelle mellem de to situationer.

For det første skal styrelsen påpege, at EAK 2006 omhandler en konkret sag om opbevaring af regnskabsmateriale på en server i Tyskland, der som medlem af EU f.eks. er omfattet af persondatadirektivet.

K A/S's anmodning om dispensation vedrører derimod opbevaring af regnskabsmateriale på en server, der er placeret i USA, hvorved f.eks. persondata er omfattet af et helt andet regelsæt, som ikke svarer til persondatadirektivet.

I den forbindelse kan styrelsen henvise til de oprindelige bemærkninger til § 12, stk. 4, hvoraf det fremgår, at

”I forbindelse med opbevaring af regnskabsmateriale i udlandet lægger lov om private registre visse begrænsninger i muligheden for at opbevare oplysninger om enkeltpersoners forhold i udlandet. Det nu vedtagne EU-direktiv, 94/46/EF om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, vil desuden påvirke virksomhedernes muligheder for at opbevare oplysninger i udlandet.”

En anden væsentlig forskel, som styrelsen skal påpege, er, at i EAK 2006 havde SKAT i deres udtalelse ingen bemærkninger imod, at regnskabsmaterialet blev opbevaret i Tyskland.

...

I denne konkrete sag oplyser altså både SØK og SKAT, at en dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale på en server i USA vil have betydning for deres efterforsknings-/kontrolmuligheder.

Styrelsen skal her henvise til bemærkningerne til den gældende bestemmelse, ...

Det er således en forudsætning for dispensation, at danske myndigheder kan acceptere, at styrelsen meddeler dispensation. Dette er ikke tilfældet i den konkrete sag.

...”

I en skrivelse af 22. oktober 2008 har advokat A v/C yderligere anført:

”...

Det anføres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse, at regnskabsmateriale opbevaret i USA ikke er omfattet af persondatadirektivet. Hertil bemærkes, at lovgivningen giver mulighed for at opbevare regnskabsmateriale i udlandet i en kortere periode, også

uden at der er indhentet dispensation hertil. Det kan ikke antages, at dispensationsadgangen er begrænset til lande, der er medlem af EU. Der ses heller ikke i forarbejderne at være holdepunkter for at begrænse dispensationsadgangen hertil.

Forarbejderne kan alene tages som udtryk for, at lovgivningens øvrige regler om behandling af personoplysninger mv. generelt må iagttages ved opbevaring af regnskabsmateriale i udlandet. Det bemærkes i den forbindelse, at K A/S alene har erhvervsvirksomheder som kunder. Der ses også af denne grund ikke at være grundlag for at nægte at meddele dispensation under henvisning til regler, der har til formål at beskytte private personer.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører herudover, at SKAT i denne sag ikke kan tiltræde, at der meddeles dispensation. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører i den forbindelse, at det er en forudsætning for, at der meddeles dispensation, at danske myndigheder accepterer dette.

På baggrund af Erhvervsankenævnets praksis, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-0003623), kan det ikke antages, at det er en forudsætning for at meddele dispensation, at danske myndigheder har tiltrådt en sådan dispensation, ligesom de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen citerede forarbejder heller ikke giver holdepunkt herfor. De citerede forarbejder kan alene anses som udtryk for, at de relevante myndigheder skal have adgang til kontrol og håndhævelse. Dette er netop tilfældet i denne sag som følge af, at det fysiske regnskabsmateriale opbevares i Danmark, at der etableres terminaladgang fra Danmark, der uden videre giver adgang til det ikke-fysiske regnskabsmateriale, og at der indgås aftale mellem B Ltd. og K A/S om adgang til det ikke-fysiske regnskabsmateriale.

Det afgørende for om dispensation kan meddeles er således, om der foreligger sådanne særlige omstændigheder, der kan begrunde en dispensation.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 28. november 2008 yderligere anført blandt andet:

” ...

[Styrelsen skal] gentage, at det efter bogføringsloven er hovedreglen, at bogføringsmateriale skal opbevares i Danmark, og at § 12, stk. 4, er en specifik undtagelse til denne hovedregel.

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen (L 50 – FT 2005-06), at

”Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske

myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Der er altså ikke alene tale om en ret for selskaberne, men det er også en betingelse, at specielt SKAT og Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan acceptere, at styrelsen meddeler dispensation.

Det har hverken SKAT eller SØK kunnet i denne konkrete sag. Betingelserne er ikke opfyldt i denne konkrete sag, og styrelsens afgørelse om ikke at give dispensation er derfor i overensstemmelse med bogføringsloven.
...”

Ankenævnet udtaler:

Efter bogføringslovens § 12, stk. 1, skal regnskabsmaterialet opbevares her i landet. Ifølge stk. 2 kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned dog opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige overholder de, i stk. 2, nr. 1 – 3, anførte betingelser. Efter stk. 4, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde tillade, at bestemmelsen i stk. 1 helt eller delvis fraviges.

Af bemærkningerne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4, (lovforslag nr. L 63 fremsat den 28. oktober 1998) fremgår blandt andet:

"Efter forslagets stk. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagets stk. 1 - 3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat ... at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv."

Af bemærkningerne til den nugældende § 12 i bogføringsloven (lovforslag nr. L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår blandt andet:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.

Den stramme administrative praksis skyldes, at opbevaring af regnskabsmaterialet udenfor de nordiske lande i henhold til oplysninger fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan medføre efterforskningsmæssige problemer for politiet. Dette enten fordi der ikke er etableret det nødvendige samarbejde med det pågældende land om udveksling af oplysninger og materiale i straffesager, eller fordi det ud fra en konkret vurdering ikke skønnes hensigtsmæssigt, at den pågældende virksomhed opbevarer sit regnskabsmateriale i udlandet.

...

Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Under hensyn til, at bilagsmaterialet opbevares fysisk i Danmark, mens visse dele af det elektroniske materiale opbevares i USA, og idet det efter det oplyste er muligt uden videre at få adgang til denne dokumentation fra serveren i Danmark, findes der at foreligge en sådan ganske særlig situation, at der efter ankenævnets opfattelse bør meddeles dispensation fra bogføringslovens § 12, stk. 1.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 14. juli 2008 ophæves, og sagen hjemvises til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

4.8. LOV OM GODKENDTE REVISORER OG REVISORVIRKSOMHEDER

39) Kendelse af 27. februar 2009 (J.nr. 2008-0017432).

Revisionsvirksomhed slettet i Revireg som følge af manglende lovpligtig kvalitetskontrol.

Revisorloven §§ 29, stk. 1, 35, stk. 5 og 51, stk. 3.

(Lars Holtug, Johnny Kofoed-Jensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 12. august 2008 har registreret revisor A klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. juli 2008 som følge af, at K ikke har underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol har slettet revisionsvirksomheden i Revireg.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet over klagen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. september 2008 udtalt:

”...

Revisortilsynet oversendte ved brev af 5. november 2007 ... K...til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det fremgik af Revisortilsynets brev, at

”Revisortilsynet skal herved oplyse, at sagen vedrørende K – ... dags dato er oversendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Årsagen hertil er, at revisionsvirksomheden ikke har indsendt skriftlig aftale om kvalitetskontrol, og derved har nægtet at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol i henhold til § 12, stk. 1 i revisorloven.”

Ved brev af samme dato skriver registreret revisor A, K, til styrelsen I brevet redegør A nærmere for omstændighederne ved den manglende kvalitetskontrol. A skriver således, at

”Som det fremgår af vedlagte skrivelse af 13. september 2007 har jeg ikke afvist at lade mig kvalitetskontrollerer Blot er der ingen mening i at kvalitetskontrollen gennemføres for 2007, idet jeg ikke har haft mulighed for at ændre mit system Jeg fik først henvendelse fra Revisortilsynet den 21. juni 2007 efter at sæsonen for 2007 var afsluttet

Dette betyder at systemet for 2007 er identisk med 2006 For det kommende år vil jeg korrigere systemet ind efter Revisortilsynets anvisninger.

Det skal i øvrigt bemærkes, at der ikke blev fundet fejl i de udtagne sager. Yderligere skal det pointeres, at gennem 26 års virke som selvstændig revisor har jeg aldrig begået væsentlige fejl.

Årsagen til at Revisortilsynet ønsker en fornyet kontrol er, at kontrollen for 2006 ikke gav et tilfredsstillende resultat grundet en løgnagtig rapport. Kvalitetskontrollanten udtaler sig om arbejdsrapporterne for 2 udvalgte klienter, som han slet ikke har set — altså fri fantasi. Jeg forventer, at kontrollanten inden for få dage vil erkende sine løgne.

Herved skal jeg anmode styrelsen om at udsætte sagsbehandlingen til svaret fra kontrollanten foreligger. Herefter vil der ikke være noget grundlag for at kræve ekstraordinær kvalitetskontrol, men jeg vil alligevel acceptere at kontrol gennemføres i efteråret 2008”

Den 12. marts 2008 skriver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til K ..., at styrelsen agter at slette revisionsvirksomheden i Revireg, da virksomheden har nægtet at underkaste sig den lovpligtige kvalitetskontrol. Revisionsvirksomheden bliver anmodet om eventuelle kommentarer, forinden styrelsens endelige afgørelse om at slette virksomheden.

I brevet gør styrelsen opmærksom på, at Revisortilsynet er ansvarlig for gennemførelsen af den lovpligtige kvalitetskontrol og i den forbindelse kan træffe afgørelse om fornyet kontrol. Herunder at styrelsen ikke er ankeinstans for Revisortilsynets afgørelser.

K fremsender sine bemærkninger ved brev af 7. april 2008 I brevet anføres, at Revisortilsynets afgørelse er ubegrundet, og der påpeges en række punkter til at understøtte dette argument.

Derudover påpeger revisionsvirksomheden, at den har indbragt den kvalitetskontrollant, der udførte den lovpligtige kvalitetskontrol i 2006, for Disciplinærnævnet. Dvs. den kontrollant, hvis erklæring ligger til grund for

Revisortilsynets afgørelse om fornyet kontrol i 2007. Revisionsvirksomheden anfører i den forbindelse, at

”I et retssamfund bør man have krav på retsbeskyttelse, så lad os lade Disciplinærnævnet afgøre denne sag. Hvis Disciplinærnævnet ikke frikender mig, så accepterer jeg uden videre at blive slettet af revisorregistret. Hvis jeg bliver frikendt er der til gengæld ingen sag!”
...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 18. juli 2008 hedder det:

” ...

Jeg finder ikke, at dine bemærkninger kan lægges til grund for ikke at slette revisionsvirksomheden i Revireg som følge af, at den ikke har

underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol, jf. revisorlovens § 14, stk. 2 .

Jeg har derfor dags dato slettet K i Revireg som følge af manglende kvalitetskontrol i 2007.

...

Begrundelse

Du mener, at Revisortilsynets begrundelse for at foretage kvalitetskontrol for 2007 forekommer ubegrundet, da

- 1) Revisortilsynet først den 10. september 2007 oplyste, at man også ønskede kvalitetskontrol for 2007. På dette tidspunkt var statussæsonen (1/1-30/6-2007) for 2007 afsluttet, og du anvendte fortsat dit kvalitetssystem fra 2005.
- 2) Det ville således ikke give nogen mening at se det samme system igen. Du foreslog derfor kvalitetskontrol i 2008 i stedet for 2007.
- 3) Yderligere mener du ikke, at det kan lastes dig, at kvalitetskontrollanten udfører kontrollen på grundlag af ikke udfyldte skemaer og endnu værre senere lyver om sit arbejde. Revisortilsynet må bære ansvaret for, at man anvender inkompetente og løgnagtige kontrollører.
- 4) Din sag bliver afgjort den 24. april 2008 i Disciplinærnævnet, og samtidig har du klaget over [kvalitetskontrollanten] til Disciplinærnævnet for at udarbejde en falsk rapport og senere lyve om grundlaget for rapporten. Du anmoder om at spørgsmålet om sletning fra revisorregistret venter til ovenstående sager er afgjort.

Vedrørende pkt. 1 og 2 skal jeg oplyse, at Revisortilsynet er ansvarlig for gennemførelsen af den lovpligtige kvalitetskontrol. Revisortilsynet træffer herunder afgørelser på grundlag af den stedfundne kvalitetskontrol, herunder fornyet kontrol. Revisortilsynets afgørelser kan ikke indbringes for Erhvervsankenævnet. Styrelsen har ikke kompetence til at gribe ind i Revisortilsynets afgørelser.

Revisortilsynet har været bekendt med de forhold, som du anfører under pkt. 3 og 4, forinden sagen er blevet oversendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Styrelsen må lægge Revisortilsynets afgørelse om, at K har nægtet at underkaste sig kvalitetskontrol til grund. Som ovenfor har styrelsen ikke kompetence til at gribe ind i Revisortilsynets afgørelser. Herunder finder styrelsen ikke, at de verserende sager kan begrunde manglende underkastelse af den lovpligtige kvalitetskontrol.

Jeg finder således ikke, at K har underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol, som revisorloven kræver. Dine bemærkninger kan således ikke lægges til grund for ikke at slette revisionsvirksomheden i Revireg.

...”

I klageskrivelsen af 12. august 2008 har registreret revisor A anført:

”...

Under henvisning til skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 18. juli 2008 skal jeg påklage afgørelsen vedr. sletning fra Revireg og påstå den ophævet med følgende begrundelse:

Som det fremgår af vedlagte korrespondance er der tale om en falsk rapport fra kvalitetskontrolløren, og den kan således ikke tillægges nogen betydning. Når Revisortilsynets afgørelse ikke kan ankes, så er det vel under den forudsætning, at grundlaget for Revisortilsynets (rapporten fra kvalitetskontrolløren) er sand? Når det ikke er tilfældet, så kan det ikke give Revisortilsynet ret til at forlange en ny kontrol. Det virker ikke rimeligt at virksomheden skal bruge tid og afholde nye omkostninger til kontrolløren, når det må være Revisortilsynets ansvar at ansætte kompetente og pålidelige kontrollører, som ikke digter en rapport og efterfølgende lyver om grundlaget for det udførte arbejde.

Det skal yderligere bemærkes, at der ikke er påpeget nogen fejl i det af mig udførte arbejde, ligesom det i al stilfærdighed må anføres, at jeg drevet egen revisionsvirksomhed i 27 år uden responsansager, erstatningssager eller sager med B og fortsat har vækst i omsætning og antal klienter. Alle synes således at være tilfredse med mit virke som revisor.

Sagen drejer sig alene om at jeg måske har brugt for få ord eller forkerte ord i mine (ikke udfyldte) standardskemaer vedr. kvalitetskontrol. Det er jo det eneste dokumentation, som kvalitetskontrolløren har set. På den baggrund forekommer det alt for dramatisk at slette min virksomhed fra Revireg.
...”

I redegørelsen af 18. september har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer – lov nr. 302 af 30. april 2003 – var gældende indtil 1. juli 2008, hvor den nye revisorlov trådte i kraft (lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven) - lov nr. 468 af 17. juni 2008).

I den følgende redegørelse omkring de retlige omstændigheder refereres til bestemmelserne i loven, der var gældende frem til 1. juli 2008 (LBR), men der henvises til den tilsvarende bestemmelse i den nye revisorlov (RL).

Efter LBR § 5, stk. 1 (RL § 2) fører Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ... et offentligt register over såvel statsautoriserede revisorer som registrerede revisorer samt over revisionsvirksomheder, jf. LBR § 12, stk. 1 (RL § 13).

Det er altså en betingelse for at blive optaget i registeret, at revisionsvirksomheden opfylder kravene til at være en revisionsvirksomhed, som fastsat i loven.

Én af betingelserne for at være en revisionsvirksomhed i henhold til revisorlovgivningen er, at revisionsvirksomheden undergiver sig reglerne om kvalitetskontrol. Det fremgår således direkte af LBR § 12, stk. 1 (RL § 13, stk. 1), ...

Reglerne om den lovpligtige kvalitetskontrol fremgår af LBR §§ 14-17 (RL § 29 og §§ 34-36).

Efter LBR § 14, stk. 3 (RL § 29, stk. 3), skal kvalitetskontrollen udføres med højst 4 års mellemrum.

Det fremgår endvidere af LBR § 16, stk. 5 (RL § 35, stk. 5), [hvorledes der forholdes, hvis der i en erklæring fra en kvalitetskontrollant angives, at der er fundet fejl eller mangler hos den kontrollerede]

Revisortilsynets afgørelser kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. LBR § 18, stk. 2 (RL § 51, stk. 3).

Det følger af kravene til at være registreret i Revireg, at en revisionsvirksomhed, som ikke opfylder kravet, f.eks. som følge af manglende efterlevelse af reglerne om den lovpligtige kvalitetskontrol, slettes i det offentlige register.

Dette er nu eksplicit fastslået i den nye revisorlovs (RL's) § 14, stk. 2, hvoraf det fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol.

...

Styrelsens bemærkninger

Revireg blev oprettet i henhold til LBR § 5. Det fremgår af bemærkningerne til denne bestemmelse, at

”Som noget nyt er der i forslaget indsat en bestemmelse om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ligeledes skal føre et register over revisionsvirksomheder, jf. definitionen heraf 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 kapitel 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. De nærmere regler om kvalitets sikring er beskrevet i bemærkningerne til kapitel 9.”

Det første forhold, som klager anfører, vedrører Revisortilsynets afgørelse om fornyet kontrol.

I henhold til LBR § 16, stk. 5, kan Revisortilsynet træffe afgørelse om at give en påtale med fornyet kontrol. Revisortilsynets afgørelser kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. LBR § 18, stk. 2. Det er således uden for Erhvervsankenævnets kompetence (og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens) at tage stilling til Revisortilsynets afgørelse om fornyet kvalitetskontrol.

Det forhold, at klager ikke er enig i Revisortilsynets beslutning, er således helt uden betydning for vurderingen af styrelsens afgørelse om at slette K i Revireg.

Det må derfor lægges til grund, at da klager ikke har efterkommet Revisortilsynets afgørelse om fornyet kontrol, har denne ikke lade sig undergive lovens regler om kvalitetskontrol, jf. LBR § 12, stk. 1 (RL § 13, stk. 1).

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt revisionsvirksomheden skal slettes i Revireg, som følge af ikke at have undergivet sig den lovpligtige kvalitetskontrol.

Klager påpeger det forhold, at denne har indklaget den kvalitetskontrollant, hvis kvalitetskontrol hos klager ligger til grund for Revisortilsynets afgørelse om fornyet kvalitetskontrol, for Disciplinærnævnet (nu Revisornævnet).

Styrelsen skal hertil bemærke, at klagers kritik af kvalitetskontrollanten også blev fremført overfor Revisornævnet, forinden der blev truffet afgørelse om fornyet kvalitetskontrol. På trods af denne kritik fandt Revisortilsynet, at der var grundlag for at træffe afgørelse om fornyet kvalitetskontrol.

Styrelsen skal herudover påpege, at det forhold, at en revisionsvirksomhed er registreret i Revireg, viser overfor omverdenen, herunder brugere af revisorerers erklæringer, at der er tale om en revisionsvirksomhed, som lader sig kvalitetskontrollere af Revisortilsynet, og som følger Revisortilsynets afgørelser. Regnskabsbrugere m.v. kan således have tillid til kvaliteten af de erklæringer, der afgives igennem revisionsvirksomheden.

I den forbindelse skal styrelsen fremhæve klagers bemærkninger af 7. april ...

Klager benægter således ikke, at dennes kvalitetsstyringssystem ikke lever op til lovens krav.

Hensynet til brugerne af revisorerers erklæringer må veje tungt, når det vurderes, hvorvidt en undladelse af at lade sig undergive

kvalitetskontrol, ikke skal føre til, at revisionsvirksomheden slettes i registeret over revisionsvirksomheder.
...”

I skrivelse af 20. oktober 2008 har registreret revisor A yderligere bemærket:

”...

Det forekommer overordentlig kritisabelt, at Revisortilsynet vil tillægge en falsk rapport udarbejdet af en løgnagtig kvalitetskontrollør nogen betydning. Revisortilsynet hævder, at det er uden for Erhvervsankenævnets kompetence at tage stilling til Revisortilsynets afgørelse om fornyet kvalitetskontrol. Denne bestemmelse kan næppe gælde, når der er tale om en falsk rapport. Det ville i så fald være tale om nye retstilstande i Danmark, hvis falske rapporter kan få retsgyldighed. I øvrigt forstår jeg ikke at en sag, som kan ankes, ikke skulle kunne omgøres af Erhvervsankenævnet. Dette ville jo gøre anken uden mening. Det er en meget alvorlig sag at kunne afsløre en kvalitetskontrollør som en falskner og løgner. Jeg har derfor opfordret kvalitetskontrolløren til at indlede en injuriersag mod mig, men han ved tilsyneladende godt selv at han kun er en dårlig amatør digter med en skidt moral, så han må bide skammen i sig.

Revisortilsynet kræver en masse dokumentation af revisionsfirmaerne, medens deres egne kontrollanter ikke skal dokumentere noget som helst. Kvalitetskontrolløren har ingen kopi af de udfyldte skemaer og kan heller huske noget som helst fra de skemaer, som han ikke har set. Når man (Revisortilsynet) ”lever” af at kræve dokumentation, så burde man så meget desto mere selv kunne leve op til kravene.

Revisortilsynet kan vel ikke bare kræve den ene kontrol efter den anden? Revisortilsynet må vel bære ansvaret for at ansætte en anløben kontrollør Det forekommer ikke rimeligt at jeg skal betale for en ekstra kontrol og afse tid hertil. Egentlig synes jeg heller ikke at Revisortilsynets behandling af min sag er overbevisende. I flæng nævner jeg: (1) I indledningsbrevet af 27. april 2008 betegnes mit firma NNC Revision ApS, (2) i en senere skrivelse betegnes [kvalitetskontrollanten] som registreret revisor på side 2 og statsautoriseret revisor på side 5, og (3) i skrivelsen til Revisornævnet opgiver man forkert CVR. nr. Harmløse fejl – måske, men leder det ikke tanken hen på genbrug af tekst og måske en manglende omhu i sagsbehandlingen. Revisortilsynet har ubegrænsede magtbeføjelser, og det giver nogle uheldige følgevirkninger i praksis.

Denne sag er helt uden substans og er kommet helt ud af proportioner i forhold til, hvad formålet var med kvalitetskontrollen. Der er ikke påvist nogen fejl i substansen – måske kunne der have været anvendt nogle flere eller andre ord i mine skemaer, men der findes jo ikke autoriserede skemaer, som klart nævner, hvad der skal til for at opfylde reglerne for kvalitetskontrol.

Jeg finder det alt for dramatisk at slette mig fra Revireg på et så tvivlsomt grundlag, og jeg skal anmode Erhvervsankenævnet om at omgøre Revisortilsynets afgørelse.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og registreret revisor A er ved skrivelser af 24. november og 26. november 2008 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven) § 29, stk. 1, (tidligere § 14, stk. 1 i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer), at revisionsvirksomheder og de heri beskæftigede revisorer har pligt til at underkaste sig kvalitetskontrol.

Revisortilsynets afgørelser efter § 16, stk. 5, i den dagældende lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (nu revisorlovens § 35, stk. 5) om, hvorledes der skal forholdes, hvis der i en erklæring fra en kvalitetskontrollant angives, at der er fundet fejl eller mangler hos den kontrollerede, kan efter § 18, stk. 2, i den dagældende lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (nu revisorlovens § 51, stk. 3) ikke indbringes for højere administrativ myndighed.

K har ikke efterkommet Revisortilsynets afgørelse om kvalitetskontrol for 2007, og revisionsvirksomheden har således ikke underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol.

Herefter, og idet det af klageren anførte ikke kan føre til andet resultat, tiltræder Erhvervsankenævnet derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har slettet virksomheden i Revireg, jf. lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven) § 14, stk. 2, (tidligere § 5 sammenholdt med § 12, stk. 1 i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer)

40) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2009-0018761).

Revisionsvirksomhed skulle betale gebyr efter bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet.

Revisorlovens § 50 og bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008

(Mads Bryde Andersen, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. februar 2009 har K [revisionsvirksomhed] (tidligere K1) klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 23. januar 2009 har fastholdt, at virksomheden skal betale gebyr i henhold til revisorlovens § 50, stk.1, uanset der er betalt gebyr for K2 [revisionsvirksomhed].

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 6. april 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagen faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Revisionsvirksomheden blev registreret i det offentlige register over godkendte revisionsvirksomheder den 26. februar 2004 og er fortsat registreret som en godkendt revisionsvirksomhed.

Den 25. september 2008 trådte bekendtgørelse om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet i kraft. Bekendtgørelsen gælder for gebyr for 2008 og omfatter alle godkendte revisorer, der pr. 1. juli 2008 var tilknyttet en revisionsvirksomhed.

I overensstemmelse med bekendtgørelsen blev revisionsvirksomheden ved faktura af 11. november 2008 opkrævet et gebyr kr. 225.000, hvilket vil sige opkrævning for 225 tilknyttede revisorer. Opkrævningen er baseret på de registrerede oplysninger i registeret over godkendte revisorer.

Den 19. november 2008 skrev K til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende det pålagte gebyr Det fremgik bl.a. heraf, at K er ved at overgå fra et ... [selskab] til et ... [selskab], og at begge virksomheder i overgangsperioden er registreret som godkendte revisionsvirksomheder. K fandt derfor ikke, at dobbeltregistreringen af ... [selskab] og ... [selskab] kunne begrunde dobbeltopkrævning af brugerbetaling, når der reelt kun var en revisionsvirksomhed.

Styrelsen besvarede K's henvendelse den 3. december 2008 Opkrævningen af gebyret pålagt revisionsvirksomheden blev fastholdt, da der var tale om to selvstændige juridiske personer, der begge var registreret i registeret over godkendte revisionsvirksomheder, og derfor begge havde de rettigheder og pligter, der følger af loven m.v. Opkrævningen var derfor i overensstemmelse med revisorlovgivningens bestemmelser.

Den 5. januar 2009 fremsendte K en mail til styrelsen ..., hvor det bl.a. blev anført, at ikke var hjemmel til opkrævning af gebyret, og at der ikke var revisorer ansat eller tilknyttet revisionsvirksomheden efter den 1. januar 2008 og derfor heller ikke på opgørelsesdagen den 1. juli 2008. K mente derfor ikke, at der var hjemmel til at opkræve revisionsvirksomheden gebyr for 2008.

Styrelsen besvarede henvendelsen ved mail af 23. januar 2009 ..., hvor styrelsen fastholdt det opkrævede gebyr ...

Ved mail af 16. februar 2009 anmodede revisionsvirksomheden om udsættelse med betaling af det pålagte gebyr, hvilket styrelsen afslog ved mail af 17. februar 2009

Styrelsen har registreret K's indbetaling af det pålagte gebyr for 2008 den 20. februar 2009.
..."

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. januar 2009 hedder det:

"Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget din mail af 5. januar 2009, hvor du anfører, at styrelsen ikke har hjemmel til at opkræve gebyr for ovenstående selskab.

Styrelsen fastholder opkrævningen af gebyr for K1, idet opkrævningen er i overensstemmelse med bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008, jf. revisorlovens § 50.

...

Begrundelse

Styrelsen skal indledningsvis henvise til afgørelsen af 3. december 2008, hvoraf det fremgår, at

"Enhver godkendt revisionsvirksomhed er underlagt de rettigheder og pligter, som fremgår af loven og bekendtgørelser udstedt i medfør heraf. Godkendelsen giver således ret til at afgive erklæringer med sikkerhed igennem virksomheden, ligesom revisionsvirksomheden kan blive genstand for en undersøgelse, en kvalitetskontrol, og den vil kunne blive indbragt for Revisornævnet.

Gennem registrering af K1 har denne juridiske person de rettigheder og de pligter, der følger af loven m.v.

Det fremgår af dit brev, at der i 2008 afgives erklæringer igennem K. K vil dermed også være den juridiske person, der har ansvaret i denne sammenhæng – uanset hvordan arbejdet er tilrettelagt - og som vil være den juridiske person, der i givet fald kunne blive genstand for en undersøgelse, en evt. kvalitetskontrol, og som evt. vil skulle indbringes for Revisornævnet.

Der er derfor styrelsens opfattelse, at opkrævningen af gebyr hos K1 er i overensstemmelse med revisorloven og lovens intentioner på dette område.”

I din henvendelse henviser du til de almindelige bemærkninger til forslag til lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (L 144, FT 2002-03). De betyder efter din opfattelse, at det er en klar forudsætning, at revisor kun skal betale én gang.

Styrelsen skal hertil bemærke, at det i L 144 bl.a. fremgår af bemærkningerne til afsnit 6 om erhvervsøkonomiske konsekvenser for erhvervslivet, at

”Udgiften til driften af Revisortilsynet foreslås finansieret ved et gebyr for samtlige statsautoriserede og registrerede revisor. Gebyret foreslås opkrævet hos den revisionsvirksomhed, revisoren er tilknyttet.

Driften af Revisortilsynet forventes at ville medføre en årlig omkostning på ca. 1,5 mio. kr. Herudover forventes der det første år en engangsudgift på ca. 0,5 mio. kr. til etablering af Revisortilsynet. Der findes i dag godt 5.000 statsautoriserede og registrerede revisorer. Det årlige gebyr forventes således at udgøre ca. 300 kr. pr. revisor pr. år, dog således at gebyret det første år på grund af etableringsudgiften forventes at udgøre ca. 400 kr. pr. revisor.”

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til forslaget § 29, at

”Da det er revisorerne som stand, der får fuld udbytte af kvalitetssikringsordningen, vil det være naturligt, at revisorerne selv betaler de omkostninger, som er knyttet til driften af Revisortilsynet. Hjemlen i § 29 vil derfor blive udnyttet således, at Revisortilsynet kan indkræve et årligt gebyr, som skal betales af alle statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder. Dette gebyr skal dække omkostningerne til Revisortilsynets arbejde, herunder de omkostninger som skal afholdes til tilsynets sekretariat. Dette vil samtidig betyde, at de revisorer, som ikke er medlem af en revisorforening, og som i dag derfor ikke er omfattet af de eksisterende ordninger for kvalitetssikring, på lige fod med andre revisorer skal bidrage til kvalitetssikringsordningen.

Gebyret vil blive beregnet som et årligt gebyr, der pålægges alle revisorer, der er tilknyttet en revisionsvirksomhed, jf. bemærkningerne til § 2, stk. 2, 1. pkt.”

I henhold til bemærkningerne til lovforslaget skal gebyret betales af revisorerne selv. Den praktiske opkrævning af gebyret er imidlertid fastsat i bemærkningerne til § 29, hvorefter hjemlen vil blive benyttet således, at gebyret skal betales af alle statsautoriserede og registrerede revisionsvirksomheder.

Der er således ikke noget til hinder for, at en revisor opkræves for hver statsautoriseret eller registreret revisionsvirksomhed, som den pågældende er tilknyttet.

Praksis for opkrævning af gebyr i perioden 2004 – 2008 har været den samme og i overensstemmelse med bemærkningerne til § 29 i lovforslaget til lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (2003-loven).

I din henvendelse oplyser du, at der ikke har været revisorer ansat i eller i øvrigt tilknyttet K efter den 1. januar 2008 eller på opgørelsesdagen den 1. juli 2008, hvorfor der ikke er hjemmel i bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 til at opkræve gebyret.

Styrelsen skal hertil anføres, at gebyret for 2008 i henhold til bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 er opkrævet hos alle revisorer, der pr. 1. juli 2008 var godkendt og tilknyttet en revisionsvirksomhed.

Opkrævningen er baseret på registreringerne i registeret over godkendte revisionsvirksomheder (Revireg), som revisionsvirksomhedens ledelse er ansvarlig for rigtigheden af. Revisorerne har således været tilknyttet revisionsvirksomheden pr. 1. juli 2008. Et opslag i Revireg viser endvidere, at K1 fortsat er registreret som en godkendt revisionsvirksomhed og med mere end 200 tilknyttede revisorer.

Styrelsen skal endvidere anføre, at styrelsen ved en stikprøvevis kontrol har konstateret, at en række revisorer i løbet af 2008 har afgivet revisionspåtegninger igennem K1. De pågældende revisorer er tilknyttet som revisorer i K1 ifølge Revireg.

Hvis disse revisorer ikke havde været tilknyttet som revisorer i K1 ville revisorerne ved afgivelse af disse erklæringer have overtrådt revisorloven, idet en revisor ikke kan afgive erklæring igennem en revisionsvirksomhed, pågældende ikke er tilknyttet.

Din oplysning om, at der ikke har været revisorer ansat i eller i øvrigt tilknyttet K efter den 1. januar 2008 eller på opgørelsesdagen den 1. juli 2008, synes således ikke at være i overensstemmelse med de faktiske forhold.

Det er herefter styrelsens opfattelse, at der er hjemmel i § 1 bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 til at opkræve gebyr i K1.

Til dine bemærkninger om, at der er tale om en omdannelse, skal styrelsen afsluttende bemærke, at ved omdannelse forstås sædvanligvis, at samme juridiske enhed fortsætter i en ny juridisk form (f.eks. A/S => ApS, ApS => A/S), dvs. at der til enhver tid kun er én enhed registreret i Revireg.

K's samtidige videreførelse af to selvstændige juridiske enheder, der begge er godkendte og hvorigennem, der afgives erklæringer kan således ikke sammenlignes med egentlige omdannelser.

..."

I klageskrivelsen af 19. februar 2009 har K anført:

”...Det skal bemærkes, at K1 den 19. november 2008 ændrede navn til **K**. Navneændringen blev anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 8. januar 2009.

Påstand

... Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilpligtes at anerkende, at styrelsen ikke med hjemmel i § 50, stk. 1, i lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder, i bekendtgørelse nr. 916 om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet samt i bekendtgørelse nr. 666 om register over godkendte revisionsvirksomheder (Revireg) kan opkræve gebyr for K1 stort kr. 225.000,00 henset til, at der er betalt gebyr stort kr. 226.000,00 én gang for revisorer tilknyttet K2.

...

Anbringender

Til støtte for den nedlagte påstand gøres gældende, at det af § 1, stk. 1, i bekendtgørelsen om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet fremgår, at styrelsen opkræver et gebyr fra *alle* revisorer, der pr. 1. juli 2008 opfylder to krav, nemlig er *godkendt og tilknyttet* en revisionsvirksomhed,

at der i afsnit 6 om erhvervsøkonomiske konsekvenser for erhvervslivet i de almindelige bemærkninger til 2003 loven, hvor gebyr for Revisortilsynets kvalitetskontrol første gang blev indført i revisorloven (§ 29), bliver foretaget en udregning, hvori det lægges til grund, at der er ca. *5000 statsautoriserede og registrerede revisorer*, og disse skal finansiere dels en engangsudgift til etablering af Revisortilsynet dels et årligt driftsgebyr. Det fastslås videre i teksten, at den årlige udgift vil udgøre ca. 300 kr. *pr. revisor*, dog således at gebyret det første år p.g.a. etableringsudgiften vil udgøre 400 kr. *pr. revisor*. Det forudsættes altså, at revisor kun skal betale *én* gang. Det anføres endelig i teksten, at gebyret opkræves hos den revisionsvirksomhed, som revisoren er *tilknyttet*,

at den omstændighed, at gebyret af praktiske grunde opkræves hos revisionsvirksomhederne og ikke hos den enkelte revisor ikke ændrer på det forhold, at gebyrbestemmelsen i loven og bekendtgørelsen tager udgangspunkt i det antal godkendte statsautoriserede og registrerede revisorer, der er *tilknyttet* den enkelte revisionsvirksomhed, og

at ved at kræve gebyr *to* gange for nøjagtig de samme statsautoriserede revisorer handler Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i strid med regeringens skattestop, idet der i givet fald vil blive opkrævet mere end nødvendigt til at dække omkostningerne ved driften af Revisortilsynet samt undersøgelses- og disciplinærsystemet. Loven forudsætter, at omkostningerne til dækning af driften kan ske ved opkrævning af *ét* gebyr pr. godkendt statsautoriseret og registreret revisor opgjort ud fra hver revisionsvirksomhed, som den pågældende revisor reelt udøver revisionsvirksomhed fra.

Uddybning af anbringender

I brev af 19. november 2008 redegør K for den ændring, der er sket pr. 1. januar 2008, fra hvilken dato det nystiftede K2 overtog og videreførte driften af den revisionsvirksomhed, der hidtil var udøvet af K1. Ændringen blev gennemført ved at K bortforpagtede driften af revisionsvirksomheden til K2. Ligeledes pr. den 1. januar 2008, blev alle statsautoriserede revisorer og øvrige medarbejders ansættelsesforhold i K overført til K2 i henhold til lov om virksomhedsoverdragelse.

Det er korrekt, ..., at K var registreret som godkendt revisionsvirksomhed pr. 1. juli 2008 med tilknyttede revisorer. Grunden hertil er, at K i overgangsåret 2008 ville sikre sig, at samtlige kunder kunne fortsætte med den allerede valgte revisor, indtil de på de ordinære generalforsamlinger i løbet af 2008 fik valgt K2 i stedet for K.

I modsat fald havde det været påkrævet at anmode samtlige kunder om - forud for afslutningen af revisionen af årsrapporterne for 2008 - at afholde en ekstraordinær generalforsamling, og dér vælge K2 som revisor i stedet for K. Dette ville have været en urimelig og unødigt byrde for K's kunder.

.... Som en del af bortforpagtningen blev det aftalt, at K2 i overgangsåret 2008 skulle fungere som underleverandør til K. Fakturering til kunder er fra januar 2008 foretaget af K2. Revisorerne er således som hidtil i realiteten kun tilknyttet én revisionsvirksomhed.

I styrelsens brev af 3. december 2008 henvises endvidere til, at det er K, som har ansvaret uanset, hvordan arbejdet er tilrettelagt. Dette er korrekt for så vidt angår ansvar, der udspringer af erklæringer der (i overgangsåret) er afgivet af K. I andre forhold har K2 i kraft af forpagtningen overtaget ansvaret fra K, ligesom alle revisorers ansættelsesforhold pr. 1. januar 2008 blev overført til partnerskabet, og der er betalt gebyr for revisorerne ansat i dette.

I den konkrete situation vil en kvalitetskontrol af en statsautoriseret revisors revision, hvor erklæringen i overgangsåret 2008 er afgivet af K1 derfor i realiteten skulle ske ved en kvalitetskontrol af en revision udført af en revisor ansat i og tilknyttet K2 og i overensstemmelse med dette selskabs kvalitetsstyringssystem.

Der er således ikke tale om, at der er sket unddragelse af kvalitetskontrol eller disciplinæransvar. Kvalitetskontrol af den enkelte revisor eller indbringelse af den pågældende for Revisornævnet vil fortsat efter ansættelsen i og tilknytningen til K2 kunne ske på samme måde, som da revisoren var ansat i K. K2s overtagelse af driften af revisionsvirksomheden har på ingen måde medført forøgelse af belastningen for Revisortilsynet, Revisornævnet og det særlige undersøgelsessystem.

I sin mail af 23. januar 2009 anfører Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blandt andet, at der ikke er noget til hinder for, at en revisor opkræves for

hver statsautoriseret eller registreret revisionsvirksomhed, som den pågældende er tilknyttet. K er enig heri, forudsat der er tale om en situation, hvor f.eks. en statsautoriseret revisor udøver revisionsvirksomhed fra flere revisionsvirksomheder og således er tilknyttet flere revisionsvirksomheder. En sådan situation kan forekomme, hvor en statsautoriseret revisor samtidig med sin ansættelse i én revisionsvirksomhed har oprettet sin egen revisionsvirksomhed for derigennem at kunne betjene "egne" kunder.

En sådan situation er der netop ikke tale om i den konkrete sag, idet der ikke drives anden revisionsvirksomhed gennem K. Der er altså heller ikke tale om, at der vil skulle ske dobbelt kvalitetskontrol, således som det ville være tilfældet, hvis en ansat revisor ved siden af sin ansættelse driver sin egen revisionsvirksomhed. I en sådan situation vil Revisortilsynet skulle kontrollere to forskellige revisionsvirksomheder. Derfor skal der naturligvis også betales gebyr for begge virksomheder.

...

Da K som ejer af K2 fortsat skal opfylde betingelserne i revisorlovens § 13 for at være en revisionsvirksomhed på lige fod med andre holdingselskaber, vil K fortsat være registreret i Revireg men fremover alene med én revisor tilknyttet virksomheden.

I den konkrete sag er der som nævnt ovenfor ikke i 2008 sket afregistrering i Revireg af de statsautoriserede revisorer, der tidligere var ansat i K1.. En sådan afregistrering fra Revireg kunne ikke ske før overgangsårets udløb og ville således tidligst kunne være foretaget den 1. januar 2009.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afslutningsvist i mail af 23. januar 2009 nogle bemærkninger i forbindelse med omdannelse og henviser i den forbindelse til K's mail af 5. januar til styrelsen. Styrelsen anfører, at K i sin mail henviser til, at der i den konkrete sag er tale om en omdannelse. Dette er ikke korrekt, idet K ... blot opfordrer styrelsen til at oplyse, hvorledes styrelsen har håndteret gebyrspørgsmålet i forbindelse med andre revisionsvirksomheders omdannelse og overførsel af statsautoriserede revisorer fra én virksomhed til en anden. K er bekendt med, at styrelsen tidligere har været behjælpelig og udvist en vis fleksibilitet i overgangsåret i forbindelse med revisionsvirksomheders ændring af driftsform især i perioden efter revisorloven fra 2003 og reglerne om Revireg trådte i kraft.

K er klar over, at der ikke i den konkrete sag er tale om en omdannelse, som f.eks. når et ApS omdannes til et A/S. Som anført af styrelsen vil der ved en egentlig omdannelse til enhver tid kun være én virksomhed registreret i Revireg. Styrelsen anfører, at der i K's tilfælde er tale om videreførelse af to selvstændige juridiske enheder, hvorigennem, der kan afgives erklæringer, og denne situation kan ikke sammenlignes med egentlige omdannelser.

K er enig heri. Netop fordi der ikke er tale om en egentlig omdannelse, hvor der som følge af succession ikke opstår et behov for valg af ny revisor på en generalforsamling, har K ved håndteringen af den konkrete

sag forsøgt at undgå at lægge unødige byrder på erhvervslivet. K's handling er sket uden nogen form for skadevirkning eller begunstigeelse, idet man vil kunne gennemføre en kvalitetskontrol og en disciplinærforfølgelse som hidtil, ligesom der er betalt gebyr for samtlige godkendte revisorer tilknyttet K.
...”

I førnævnte redegørelse af 6. april 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

[Bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet] er udstedt med hjemmel i revisorlovens ...§ 50, ...

Revisorlovens § 50 er en videreførelse af § 29 i den tidligere revisorlov [Lov nr. 302 af 30. april 2003] dog således, at undersøgelsessystemer, som er blevet indført med den nye lov, ligeledes skal finansieres af revisorerne. ...

Opkrævning af gebyr er i overensstemmelse hermed opkrævet hos alle godkendte revisionsvirksomheder på grundlag af antal tilknyttede revisorer i henhold de oplysninger, som revisionsvirksomhederne selv har registreret i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Opkrævningen er sket på samme måde siden 1. opkrævning i 2004.

...

Styrelsens bemærkninger

ad 2 og 4[det oprindelige lovforslag forudsætter, at revisor kun skal betale én gang, og at det er i strid med skattestoppet at opkræve samme revisor mere end én gang, idet der vil blive opkrævet mere end nødvendigt til at dække omkostningerne]

L 144 er ikke til hinder for, at der kan opkræves flere gebyrer for samme revisor, hvis denne er tilknyttet flere forskellige godkendte revisionsvirksomheder. Det er en naturlig konsekvens af den praktiske opkrævning af gebyret, som er beskrevet i bemærkningerne til forslaget § 29. Opgørelse af økonomiske konsekvenser i et lovforslag må altid tage udgangspunkt i nogle forudsætninger, og forudsætningen for opgørelsen i forslaget almindelige bemærkninger har været, at enhver godkendt revisor er tilknyttet én og kun én godkendt revisionsvirksomhed. På dette grundlag har det kunnet beregnes, hvad den forventede samlede økonomiske konsekvens i gennemsnit vil svare til pr. revisor.

I beregningen har det således ikke været muligt at tage hensyn til, hvor mange revisorer, der slet ikke er tilknyttet en revisionsvirksomhed, eller hvor mange revisorer, der f.eks. af skattehensyn har etableret

holdingselskaber, hvori deres ejerandel i en godkendt revisionsvirksomhed er placeret.

Af bemærkningerne til § 29 fremgår det klart, at opkrævningen sker hos enhver godkendt revisionsvirksomhed, og opkrævningen beregnes på grundlag af antal tilknyttede revisorer.

Klager anfører således også selv, at man er enig i, at der ikke er noget til hinder for, at en revisor opkræves for hver statsautoriseret eller registreret revisionsvirksomhed, som den pågældende er tilknyttet, forudsat der er tale om en situation, hvor f.eks. en statsautoriseret revisor udøver revisionsvirksomhed fra flere revisionsvirksomheder og således er tilknyttet flere revisionsvirksomheder.

Det er netop, hvad der er tale om i den konkrete sag. Samme revisor udøver revisionsvirksomhed igennem både K og K2 og er derfor tilknyttet som revisor i begge juridiske personer. Begge tilknytninger var aktuelle den 1. juli 2008.

Klager anfører dog videre, at en sådan situation er der ikke tale om i den konkrete sag, idet der ikke drives revisionsvirksomhed gennem K. Der er altså heller ikke tale om, at der vil skulle ske dobbelt kvalitetskontrol, således som det ville være tilfældet, hvis en ansat revisor ved siden af sin ansættelse driver sin egen revisionsvirksomhed. I en sådan situation vil Revisortilsynet skulle kontrollere to forskellige revisionsvirksomheder. Derfor skal der naturligvis også betales gebyr for begge virksomheder.

Styrelsen er ikke enig i denne udlægning, idet der netop er tale om to forskellige selvstændige juridiske personer, der hver især har de rettigheder og pligter, der følger af registreringen som godkendt revisionsvirksomhed. En erklæring, der afgives igennem K, vil blive kvalitetskontrolleret og undersøgt igennem K, og i tilfælde af indbringelse for Revisornævnet, vil det være K, der eventuelt vil kunne have et medansvar. Tilsvarende gælder for erklæringer, der afgives igennem K2. En godkendt revisionsvirksomhed har således et selvstændigt juridisk ansvar, som ikke gennem aftaler, samarbejder eller lignende kan "overføres" til andre.

Det er ikke korrekt, at opkrævningen af gebyret er en overtrædelse af skattestoppet, ved at der opkræves mere end nødvendigt for at dække omkostningerne ved driften af Revisortilsynet samt disciplinær- og undersøgelsessystemet. Opkrævningen for et givet år er baseret på et budget for de samlede omkostninger til Revisortilsynet samt disciplinær- og undersøgelsessystemet. Disse omkostninger fordeles herefter ud på antallet af godkendte revisorer, der er tilknyttet en revisionsvirksomhed. Hvis der et givent år er opkrævet for meget eller for lidt i forhold til de faktiske omkostninger, reguleres gebyret i opkrævningen for de efterfølgende år.

Opkrævningen af gebyr er og har altid været helt i overensstemmelse med den gældende revisorlovgivning.

ad 1 og 3 [gebyr for alle revisorer, der pr. 1. juli 2008 opfylder to krav, nemlig er godkendt Bekendtgørelse om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet og tilknyttet en revisionsvirksomhed og loven og gebyrbestemmelsen tager udgangspunkt i det antal godkendte revisorer, der er tilknyttet den enkelte revisionsvirksomhed]

Opkrævningen sker og er altid sket på grundlag af antallet af godkendte revisorer, der er tilknyttet en godkendt revisionsvirksomhed.

Styrelsen finder ikke, at de af klager anførte argumenter for at betragte K og K2 som et opkrævningssubjekt kan lægges til grund. Styrelsen skal i den forbindelse gentage, at det ved en række stikprøver er konstateret, at en række revisorer i løbet af 2008 har afgivet revisionspåtegninger både gennem K og gennem K2.

Styrelsen må derfor fastholde, jf. ovenfor, at der er tale om to selvstændige juridiske personer, der ved godkendelsen som revisionsvirksomhed hver især har de rettigheder og pligter, der følger af revisorlovgivningen, f.eks. retten til at der kan afgives revisionspåtegninger og andre erklæringer med sikkerhed igennem revisionsvirksomhederne, samt pligten til at underlægge sig det offentlige tilsyn og betale for finansieringen heraf.
...”

I skrivelse af 7. maj 2009 har K yderligere anført:

” ...

K har overdraget revisionsvirksomheden til K2 pr. 1. januar 2008. Alle medarbejdere og partnere er ansat i K2 fra denne dag. For at undgå, at alle kunder på ekstraordinære generalforsamlinger skulle vælge ny revisor, har K2 færdiggjort igangværende opgaver for K, indtil der på generalforsamlingerne er valgt nye revisorer. Derfor har alle revisorer været tilknyttet såvel K2 som K.

En kvalitetskontrol af K kan derfor for 2008 alene udføres ved en kontrol af K2. Det er derfor af praktiske årsager blot én revisionsvirksomhed, der skal foretages kontrol af.

K bestrider ikke, at der med hjemmel i § 50, stk. 1, i lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder jf. § 1, stk. 1, i bekendtgørelse om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet kan opkræves et gebyr fra alle revisorer, der den 1. juli 2008 var godkendt og tilknyttet en revisionsvirksomhed.

Det bestrides heller ikke, at K som revisionsvirksomhed registreret i Revireg er omfattet af den lovpligtige kvalitetskontrol, og at de erklæringer, der i 2008 er afgivet gennem virksomheden, kan blive gjort til genstand for undersøgelse og/eller indbringes for Revisornævnet. Det bestrides således ikke, at der er afgivet erklæringer gennem K i 2008.

K har i sin indbringelsesskrivelse af 19. februar d.å. til ankenævnet redegjort for, hvorfor det på baggrund af en ændring i revisionsvirksomhedens ejerstruktur var nødvendigt, at revisorerne i 2008 var tilknyttet såvel det nye K2 som det oprindelige K1.

Som det ligeledes fremgår af indbringelsesskrivelsen, er K enig i styrelsens udtalelse om, at der ikke er noget til hinder for, at en revisor opkræves gebyr for hver revisionsvirksomhed, som den pågældende er tilknyttet. En sådan opkrævning for den samme revisor i to forskellige revisionsvirksomheder fordrer dog efter K's opfattelse, at kvalitetskontrollen af de pågældende kun kan ske ved to separate kvalitetskontroller f.eks. når en revisor samtidig med sin ansættelse i én revisionsvirksomhed ligeledes driver revisionsvirksomhed gennem en anden revisionsvirksomhed f.eks. sin egen private revisionsvirksomhed.

Som det fremgår af indbringelsesskrivelsen, vil en sådan situation medføre, at der skal ske kvalitetskontrol i to forskellige revisionsvirksomheder med to forskellige kvalitetsstyringssystemer, kontrolmiljøer m.m., og der vil derfor skulle betales gebyr for revisor i begge virksomheder.

...

K bestrider som sagt ikke, at samme revisorer har udøvet revisionsvirksomhed ved at afgive erklæringer gennem såvel K som K2 i 2008, men er ikke enig i, at situationen i den konkrete sag svarer til den situation, hvor der er tale om to vidt forskellige revisionsvirksomheder.

Formelt er det korrekt, at K og K2 er to forskellige revisionsvirksomheder, men reelt er der tale om den samme revisionsvirksomhed med nøjagtig det samme ansvar, kontrolmiljø, politikker og kvalitetsstyringssystem. Situationen adskiller sig derfor fra den situation, hvor en revisor er ansat i to forskellige revisionsvirksomheder med hver sit kontrolmiljø, politikker og kvalitetsstyringssystem.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører, at i den konkrete sag vil en erklæring, der afgives igennem K blive kvalitetskontrolleret og undersøgt gennem dette, og at tilsvarende gælder for erklæringer, der afgives gennem K2.

Dette er formelt set korrekt, men reelt vil der ske det, at kvalitetskontrollanterne, uanset om det er K eller K2, der kontrolleres, vil skulle foretage kontrollen hos samme revisor samme sted, ligesom kontrolmiljø, kvalitetsstyringssystem m.m. er nøjagtig det samme uanset hvilken virksomhed, der kontrolleres. For Revisortilsynets virksomhed er det således fuldstændigt ligegyldigt, hvorvidt der er tale om en kontrol af en erklæring afgivet gennem K eller K2, Der vil ikke være ekstraarbejde eller ekstra udgifter forbundet med kvalitetskontrollen eller for den sags skyld med undersøgelsessystemet, som der netop ville være, såfremt det var to forskellige revisionsvirksomheder med hver sit kontrolmiljø, kvalitetsstyringssystem og politik, der skulle kontrolleres eller undersøges.

For så vidt angår styrelsens udtalelse om juridisk ansvar, er det naturligvis klart, at K og K2 kan ifalde et ansvar for erklæringer udstedt gennem virksomhederne. Ejerskabet er imidlertid reelt set uændret, idet hele den ansvarlige selskabskapital på 200 mio. kr. i K2 ejes af K, ligesom [K og K1] ejer komplementarselskabet, som indgår i K2. Det vil derfor som udgangspunkt være de samme, der kan gøres ansvarlige, uanset om det er K eller K2, der ifalder et ansvar. Der er således ikke som anført af styrelsen tale om, at der overføres et ansvar fra én revisionsvirksomhed til en anden.

I forbindelse med vedtagelsen af den oprindelige gebyrbestemmelse i revisorloven fra 2003 har en situation som i den konkrete sag aldrig været omtalt eller behandlet. Det er derfor efter vores opfattelse styrelsens egen meget direkte fortolkning af gebyrbestemmelsens ordlyd, der er baggrund for styrelsens argumentation og afgørelse i nærværende sag.

Styrelsen henviser til, at afgørelsen er i overensstemmelse med den praksis, der har været fulgt siden 1. opkrævning i 2004. Den praksis, der henvises til, omhandler formentlig holdingselskaber, samt situationer, som nævnt ovenfor, hvor en revisor erklærer sig gennem den revisionsvirksomhed, hvor vedkommende er ansat samt gennem sin egen revisionsvirksomhed, altså to vidt forskellige revisionsvirksomheder med hver sine politikker, kontrolmiljøer m.m.

Styrelsen har ved sin afgørelse valgt en direkte ordlydsfortolkning af revisorlovens § 50, stk. 1, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1, for så vidt angår spørgsmålet om gebyropkrævning på trods af, at formålet med revisorlovens gebyrbestemmelse jf. § 50, stk. 1 er *finansiering af kvalitetskontrol samt undersøgelses- og disciplinærsystem*,

Med hensyn til spørgsmålet om finansiering er der netop som påvist af K ovenfor ikke tale om ekstraudgifter som følge af, at der er formelt set er to registrerede revisionsvirksomheder, idet disse reelt udgøres af én og samme revisionsvirksomhed. Det er derfor K's opfattelse, at gebyrspørgsmålet i den konkrete sag bør afgøres ud fra en formålsfortolkning af gebyrbestemmelsen. En sådan formålsfortolkning vil føre til, at der i den konkrete sag kun skal erlægges ét gebyr til finansiering af kvalitetskontrol og undersøgelses- og disciplinærsystemet.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 10. juni 2009 bemærket:

” ...

Styrelsen noterer sig, at klager er enig i, at styrelsen i henhold til revisorlovens § 50 og den udstedte bekendtgørelse ... har hjemmel til at opkræve gebyr hos alle godkendte revisorer, der pr. 1. juli 2008 var tilknyttet en godkendt revisionsvirksomhed.

...

Styrelsen er ikke enig i, at der reelt er tale om én og samme revisionsvirksomhed, og at der ikke er tale om ekstraudgifter som følge af, at der formelt set er tale om to godkendte revisionsvirksomheder.

Styrelsen skal derfor fastholde, at K og K2 hver især er en selvstændig juridisk person, der er registreret i det offentlige register over godkendte revisionsvirksomheder, og hver især har de rettigheder og pligter, der gælder for godkendte revisionsvirksomheder. Det betyder, der kan afgives – og bliver afgivet – erklæringer med sikkerhed igennem begge revisionsvirksomheder. Det betyder også, at revisionsvirksomhederne hver især er omfattet af den lovpligtige kvalitetskontrol, og at erklæringer, der afgives igennem hver enkelt virksomhed, kan blive genstand for undersøgelser og/eller kan indbringes for Revisornævnet.

Begge revisionsvirksomheder kan således blive udtrukket til kvalitetskontrol i samme kontrolår, og i forbindelse med kontrollen kan kun kvalitetskontrolleres de erklæringsopgaver, der er udført igennem den enkelte revisionsvirksomhed. Revisortilsynet skal derfor administrere hele kvalitetskontrolprocessen for hver revisionsvirksomhed fra udtrækning til kvalitetskontrol til den endelige afgørelse træffes for hver enkelt virksomhed.

Tilsvarende gælder for selvstændige juridiske personer, der, som medlemmer af et netværk, har forpligtet sig til at have samme kontrolmiljø, politikker og kvalitetsstyringssystem. Der vil også her være tale om selvstændige kontrolsubjekter.

Endelig skal styrelsen anføre, at hvis en revisionsvirksomhed i forbindelse med en undersøgelsessag eller i forbindelse med en revisornævns sag vurderes at have et selvstændigt ansvar eller et medansvar, vil dette ansvar (og styrelsens afgørelse/Revisornævnets kendelse) alene kunne rette sig mod den revisionsvirksomhed, hvorigennem en erklæring er afgivet.

Det har derfor stor selvstændig betydning, om der er tale om én eller flere juridiske personer, ligesom det er forbundet med ekstraudgifter til kvalitetskontrol samt undersøgelses- og disciplinærsystemet, at der udøves erklæringsvirksomhed igennem både K og K2.

Det af klager i indlæg af 7. maj 2009 anførte kan derfor ikke begrunde, at der ikke skulle opkræves gebyr hos K i henhold til § 1, stk. 1, i bekendtgørelse om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet, jf. revisorlovens § 50.

Afslutningsvis skal styrelsen i øvrigt bemærke, at K's holdning betyder, at gebyret i stedet overvælttes på andre revisorer.”

K har ved skrivelse af 26. juni 2009 heroverfor bemærket:

”...

Antallet af erklæringer afgivet af revisorer i 2008 gennem K og K2 adskiller sig ikke fra det antal erklæringer, som blev afgivet af revisorer gennem K1 i 2007.

...

Det bestrides ikke, at begge virksomheder kan udtages til kvalitetskontrol samme år. Antallet af erklæringer, som danner grundlag for den stikprøvevise udtagelse til kontrol, er imidlertid det samme, uanset der er tale om to virksomheder. Hertil kommer, at kvalitetsstyringssystem, kontrolmiljø og øvrige politikker, er fuldstændig identiske i K og K2. Det bestrides derfor, at det reelt ville medføre yderligere omkostninger for Revisortilsynet at kontrollere begge virksomheder.

K har hele tiden anført, at der er tale om en helt ekstraordinær situation, hvor man i en overgangsperiode på et år har forsøgt at undgå, at K's kunder - med omkostninger til følge - skulle indkalde til en ekstraordinær generalforsamling for dér at vælge ny revisor.

Det har således aldrig været tanken, at registreringen i Revireg af såvel K som K2 skulle være permanent. Hertil kommer, at hverken K eller K2 blev udtrukket til kontrol i overgangsperioden 2008.

Reelt har det forhold, at både K og K2 var registreret i Revireg i 2008 derfor ikke medført nogen udgifter for hverken Revisortilsynet, Revisornævnet eller undersøgelsessystemet. K skal derfor afvise, at vores synspunkt indebærer, at gebyret overvæltes på andre revisorer. Dette er ikke sket og har aldrig været vores hensigt."

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af revisorlovens § 50, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte, at finansiering af kvalitetskontrol samt undersøgelses- og disciplinærsystemet sker ved opkrævning af et gebyr hos alle godkendte revisorer, der er tilknyttet en revisionsvirksomhed.

Ved bekendtgørelse nr. 916 af 16. september 2008 om finansiering af driften af Revisortilsynet, Revisornævnet og undersøgelsessystemet har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsat nærmere regler for gebyropkrævningen for 2008. Af bekendtgørelsens § 1, stk. 1, følger, at til finansiering af driften af Revisortilsynet samt undersøgelses- og disciplinærsystemet opkræver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et gebyr fra alle revisorer, der pr. 1. juli 2008 var godkendt og tilknyttet en revisionsvirksomhed. Gebyret dækker finansiering for 2008.

Det fremgår af sagen, at den omhandlede personkreds af godkendte revisorer pr. 1. juli 2008 var tilknyttet såvel K1 (nu K) og K2. Samme revisorer har altså i 2008 udøvet revisionsvirksomhed igennem både K og K2. Uanset at de to revisionsvirksomheder angiveligt har samme kontrolmiljø, politikker og kvalitetsstyringssystem, kan det ikke udelukkes, at der vil være ekstraudgifter forbundet med, at Revisortilsynet skal administrere hele kvalitetskontrolprocessen for hver af de to revisionsvirksomheder.

Under henvisning hertil tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt K1 (nu K) at betale gebyr som sket for 2008.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. januar 2009.

4.9. HVIDVASKLOVEN

41) Kendelse af 7. september 2009 (J.nr. 2008-0018412).

Optagelse i hvl-registeret nægtet.

Hvidvasklovens § 31, stk. 2.

(Finn Møller, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. december 2008 har registreret revisor A på vegne af K1 smba og K2 smba klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 31. oktober 2008, hvorved styrelsen afslog at imødekomme en ansøgning om optagelse af de to selskaber i hvidvaskregisteret, www.hvl-reg.dk.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 12. februar 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder:

Den 13. august 2008 modtog Erhvervs - og Selskabsstyrelsen anmeldelse fra B ApS [revisionselskab] ved A om at registrere K1 SMBA og K2 SMBA i styrelsens selskabsregister. I den anledning skrev Erhvervs - og Selskabsstyrelsen bl.a. til anmelder den 26. august 2008:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget 2 anmeldelser fra Dem, der behandles i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen Sagerne vedrører oprettelse af 2 selskaber – K1 SMBA og K2 SMBA. Med henblik på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering af, hvorvidt B ApS og De evt. måtte udøve virksomhed der kan være omfattet af hvidvaskloven, jf. lovens § 1, nr. 18, og § 3, stk. 5, skal man anmode Dem og B ApS om at fremkomme med en redegørelse for, hvad Deres og selskabets virksomhed nærmere går ud på.

Man skal anmode om at modtage redegørelsen senest om 2 uger.

De kan læse mere om hvidvaskloven på www.eogs.dk.”

Ved brev af 8. september 2008 fremkom A på vegne af B ApS med følgende redegørelse:

”1. B ApS har jeg oprettet til udelukkende at have revisionsklienter. Det vil sige, kun de selskaber der har valgt en

revisor kan være kunde i selskabet. Selskabet har fået ny adresse
....

2. K1 SMBA skal være tjenesteudbyder og stifter af selskaber.

3. K2 SMBA skal ligeledes være tjenesteudbyder, trustee og holding.

Jeg har den filosofi omkring B ApS, at de opgaver der ikke er revision, skal udføres i anden regi. Det være sig bogføring, som jeg lader andre udføre for egen regning, samt stiftelse af selskaber, blandt andet Anpartsselskaber og SMBA'er. Og derfor er anmeldelserne fremsendt.

Jeg har læst Deres henvisning til hvidvask og kan kun kommentere, at jeg selvfølgelig vil leve op til loven, hvilket jeg også har gjort hidtil.

Begge SMBA'er skal have adressen

Står gerne til rådighed for yderligere oplysninger.”

Herefter registrerede Erhvervs - og Selskabsstyrelsen de to selskaber i selskabsregisteret.

Endvidere meddelte styrelsen ved brev af 10. september 2008 til A, at de to selskaber skulle registreres i hvl-reg i henhold til hvidvaskloven.

Den 29. september 2008 anmeldtes de to selskaber, jf. hvidvasklovens § 31, stk. 1, til registrering i hvl-reg som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder”, jf. lovens § 1, nr. 18, og § 3, nr. 5.

I forbindelse med behandlingen af sagen indhentede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en straffeattest på selskabernes anmeldte ejer, A, jf. hvidvasklovens § 31, stk. 2.

Det fremgik af den indhentede straffeattest, at A var straffet ved domme henholdsvis af 22. april 2002 og 10. januar 2008. Sidstnævnte dom blev stadfæstet af landsretten den 19. august 2008 med ændring, jf. vedlagte straffeattest.

Ifølge straffeattesten er klageren dømt for en række forhold, så som at have afgivet urigtige og vildledende oplysninger til en offentlig myndighed og for skatte- og momssvig. Ved landsrettens strafudmåling i 2008 - fængsel i 60 dage betinget og bøde på 100.000 - blev der taget hensyn til, at sagen havde taget lang tid.

Den 31. oktober 2008 traf styrelsen den påklagede afgørelse, der lyder således:

”De har på vegne af K1 SMBA, Cvr-nr. ..., og K2 SMBA, Cvr nr. ..., søgt om optagelse af de to selskaber i hvidvaskregisteret, www.hvl-reg.dk., med henblik på udøvelse af virksomhed i henhold til hvidvasklovens § 1, nr. 18, som udbyder af tjenesteydelser til virksomheder.

De har i forbindelse hermed oplyst, at De er reel ejer af de to selskaber og har i den anledning accepteret, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har indhentet en straffeattest på Dem. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 21. oktober 2008 den i kopi vedlagte straffeattest fra Rigspolitichefen.

I den anledning skal man oplyse, at det fremgår af hvidvasklovens § 31, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal nægte at registrere virksomheder, hvis medlemmer af ledelsen eller reelle ejere er straffet for forhold og det udviste forhold begrundet en nærliggende fare for misbrug af stillingen.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse at særligt de udviste forhold som De er dømt for af Retten i Sønderborg den 10. januar 2008, og som er stadfæstet ved Vestre Landsrets dom den 19. august 2008, begrundet en sådan nærliggende fare for misbrug af stillingen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor meddele Dem, at de to selskaber ikke kan optages i hvidvaskregisteret, www.hvl-reg.dk.

Afgørelsen indebærer, at de to selskaber ikke må udøve virksomhed i henhold til hvidvaskloven. Overtrædelse heraf vil uden yderligere varsel blive anmeldt til politiet...”

Herefter har klageren bl.a. ved breve af 15. november og 18. november 2008, sendt pr. e-mail, over for styrelsen gjort gældende, at afgørelsen er forkert. I den forbindelse har klageren bl.a. henvist til, at:

”...Eftersom dommerne i byretten og Landsretten ikke har frataget mig min registrering kan jeg slet ikke acceptere, at en chefkonsulent i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil forbyde mig at drive virksomhed... Som bibemærkning skal jeg anføre, at jeg gennem min titel som registreret revisor er godkendt i henhold til hvidvaskloven”.

Styrelsen meddelte ved mail af 15. november 2008, at det er korrekt at A i sin egenskab af registreret revisor må drive virksomhed som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder”.
...”

Ved skrivelse af 3. december 2008 har registreret revisor A klaget over afgørelsen. I klagen anføres det:

”...

Jeg skal på egne vegne klage over den afgørelse der er fremsendt til K1 SMBA og K2 SMBA afsendt den 31. oktober 2008.

Jeg har dog først modtaget papirerne omkring 9. november 2008.

Som jeg skriver i mine mails til [styrelsesmedarbejder], så er min retskreds Flensborg og det er ikke en tom trussel jeg kommer med.”

I førnævnte redegørelse af 12. februar 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Reglerne i hvidvaskloven om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme blev radikalt ændret ved lov nr. 117 af 27. februar 2006, der trådte i kraft den 1. marts 2006, nu lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. maj 2007 med senere ændringer. Loven er en implementering af 3. hvidvaskdirektiv 2005/60 (EUT 2005 L 309/15). 3. hvidvaskdirektiv er blevet til på baggrund af FATF's (Financiel Action Task Force on Money Laundering) 49 rekommandationer.

Formålet med at ændre loven var, jf. de almindelige bemærkninger i L 47/2005 side 13, spalte 1, at indføre skærpede krav til forebyggende foranstaltninger som led i den fortsatte indsats med bekæmpelse af hvidvask og terrorfinansiering.

I loven er det blandt andet bestemt, at udbydere af tjenesteydelser, jf. lovens § 1, nr. 18, og § 3, nr. 5, som noget nyt skal registreres særskilt for lovligt at kunne udøve denne form for virksomhed, jf. lovens § 31, stk. 1. Det er endvidere bestemt, at personer og virksomheder, der driver sådan virksomhed, skal være under tilsyn af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. lovens § 32, stk.1.

”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder” er nærmere beskrevet i lovens § 3, nr. 5. Der er registreret ca. 30 sådanne virksomheder i hvl-reg.

De virksomheder, der er omfattet af hvidvaskloven, skal indberette kunder til hvidvasksekretariatet hos Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, hvis de har eller får mistanke om, at kunders aktivitet har tilknytning til hvidvask eller terrorfinansiering, jf. kapitel 3 i hvidvaskloven.

De omfattede virksomheder har endvidere pligt til at registrere en række oplysninger om deres kunder og opbevare dem i 5 år, således at oplysningerne er til rådighed for politi og anklagemyndighed i tilfælde af, at der senere iværksættes nærmere undersøgelser af kunder. Endvidere skal virksomhederne sørge for at identificere kunder, indhente

oplysninger om formålet med forretningsforbindelsen og løbende overvåge kundeforholdet, jf. lovens kapitel 4.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fører som nævnt tilsyn med, at "Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder" - den form for virksomhed, som klageren har anmodet om tilladelse til - lever op til de krav, der er fastsat i loven.

I den forbindelse skal virksomhederne give Erhvervs- og Selskabsstyrelsen de oplysninger, der er nødvendige til brug for tilsynet, jf. lovens § 32, stk. 3, herunder til brug for at undersøge, om virksomhederne overholder sine pligter i henhold til loven, særlig pligten til at være opmærksom på kunders mistænkelige aktiviteter og pligten til i visse tilfælde at indberette kunder til hvidvasksekretariatet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har oprettet et særligt register, www.hvl-reg.dk, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerer personer og virksomheder, der skal registreres i henhold til hvidvaskloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen må i henhold til lovens § 31, stk. 2, ikke registrere virksomheder i www.hvl-reg.dk, hvis medlemmer af ledelsen eller ejere er dømt for et strafbart forhold, og det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller erhvervet, jf. § 78, stk. 2, i straffeloven.

Det er styrelsens opfattelse, at de forhold, som klageren er dømt for, jf. straffeattesten, er af en sådan karakter, at de udviste forhold begrunder en nærliggende for misbrug af stillingen eller hvervet, jf. § 78, stk. 2, i straffeloven. Styrelsen har derfor haft pligt til at nægte at registrere de to selskaber i hvl-reg.

Den omstændighed, at A er straffet to gange bl.a. for at afgive urigtige oplysninger til en offentlig myndighed, bestyrker styrelsens frygt for, at der er en nærliggende fare for misbrug af stillingen.

Det fremgår endvidere af udskriften – side 11 midt - af landsrettens dom, at A ikke havde fortaget nogen bogføring vedrørende indtægter og udgifter, selvom A er revisor.

Som nævnt bestyrker de nævnte forhold styrelsens opfattelse af, at der er en nærliggende fare for, at A vil misbruge stillingen, jf. lovens § 31, stk. 2. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke tillid til, at A sørger for de nødvendige registreringer om kunder, i henhold til lovens kapitel 14, indberetter kunder ved mistænkelige transaktioner i henhold til lovens kapitel 3 eller forsyner Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med korrekte oplysninger i henhold til lovens § 32, stk. 3.

...

Erhvervs - og Selskabsstyrelsens bemærkninger til klagerens anbringender:

...

Erhvervs - og Selskabsstyrelsen har ikke forbudt, hverken A eller de to selskaber, at drive virksomhed. Der er ikke tale om, at styrelsen har frataget, hverken A eller de to selskaber, som er afgørelsens egentlige adressater, nogen form for rettighed, som de havde før afgørelsen blev truffet.

Der er tale om, at Erhvervs - og Selskabsstyrelsen har nægtet de to selskaber tilladelse til at drive virksomhed i henhold til hvidvaskloven.

Der er ingen hjemmel for styrelsen til efter revisorlovgivningen at fratage A rettighed til at drive virksomhed som revisor, fordi han er dømt for et strafbart forhold - heller ikke i de tilfælde, hvor en revisor får genudleveret sin beskikkelse efter deponering. Det har styrelsen heller ikke gjort.

Det er kun domstolene, der kan fradømme A ret til at drive revisorvirksomhed med henvisning til begåede strafbare forhold, jf. straffelovens § 79, stk. 1. Dette forudsætter imidlertid, at anklagemyndigheden rejser spørgsmålet over for retten i forbindelse med en straffesag. Erhvervs - og Selskabsstyrelsen er ikke bekendt med, hvorfor anklagemyndigheden ikke har rejst dette spørgsmål over for retten. Styrelsen har ikke været bekendt med de to sager forud for domsafsigelsen, og har derfor ikke heller haft mulighed for evt. at opfordre anklagemyndigheden til at rejse spørgsmålet om fratagelse.

Styrelsen skal i den forbindelse henvise til ankenævnets sag 2007-0013942. I den sag fremgik det, at klageren var fradømt retten til at drive revisionsvirksomhed på grund af det strafbare forhold. Men i forbindelse med straffesagen i den sag, havde anklagemyndigheden også været opmærksom på spørgsmålet, fordi straffesagen var rejst på foranledning af Erhvervs - og Selskabsstyrelsen.

At A ikke efter straffelovens § 79, stk. 1, er blevet fradømt retten til at drive revisionsvirksomhed, er efter styrelsens opfattelse heller ikke afgørende for denne sag.

Denne sag handler ikke om A virksomhed som revisor.

Denne sag handler om, at to selskaber, om ejes af A, ikke har fået tilladelse til at drive virksomhed i henhold til hvidvaskloven. Den påklagede afgørelse er alene truffet i henhold til hvidvasklovens regler.

I den forbindelse skal henvises til, at revisorlovgivningen og hvidvaskloven er to vidt forskellige lovområder med meget forskellige formål.

Efter styrelsens opfattelse opfylder de to selskaber, som der er redegjort for oven for, ikke betingelserne for at få tilladelse til at drive virksomhed efter hvidvaskloven.

...”

Ved skrivelse af 17. marts 2009 har registreret revisor A anført:

”...

Jeg har været bosiddende i Tyskland siden 1. oktober 1999 og heraf omfatter af tyske love.

Det er rigtigt at der i henhold til dommen, at jeg har udtalt, at jeg ikke bogførte og her drejer det sig om, om jeg løbende havde uarbejdet balancer eller lignende.

Dette har jeg ikke gjort, eftersom jeg ikke har betragtet mig opfattet af bogføringsloven! Og såfremt jeg havde det, ville jeg ikke have opfyldt loven vedr. opbevaring af mine bilag.

Så jeg kan ikke se, hvad mine forhold i Tyskland har med hvidvaskloven at gøre!”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 27. marts 2009 heroverfor bemærket:

”...

Hertil skal styrelsen bemærke, at styrelsen ved afgørelsen ikke kun har lagt vægt på ankedommen af 2008, som klageren referer til, men også på dommen af 22. april 2002, hvor klageren blev idømt betinget fængsel i 30 dage for dokumentfalsk.

Med hensyn til klagerens henvisning til, at han ikke kan forstå, hvad hans forhold i Tyskland har med hvidvaskloven at gøre, skal styrelsen bemærke følgende:

Selskaber der i Danmark driver virksomhed som nævnt i hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18, som det er tilfældet med klagerens to selskaber, skal registreres i styrelsens særlige register for sådanne virksomheder, jf. lovens § 31, stk. 1.

Ved afgørelsen af, om styrelsen i henhold til lovens § 31, stk. 2, kan nægte at registrere med henvisning til, at ejeren/ledelsen er dømt for et strafbart forhold, der kan begrunde en nærliggende fare for misbrug af hvervet, lægger styrelsen udelukkende vægt på de forhold, som den/de pågældende er dømt for.

I den konkrete sag har styrelsen således udelukkende lagt vægt på de forhold, som A er dømt for. A's forhold i Tyskland har således ikke indgået som et kriterium for afgørelsen. Det har heller ikke indgået som et kriterium for afgørelsen, at A efter det oplyste er bosiddende i Tyskland.”

Registreret revisor A har ved skrivelse af 17. april 2009 bemærket:

”...

Jeg er forundret over [styrelsesmedarbejder]. I den ene skrivelse er det med bogføringen af betydning, så kommer en masse sludder og så er det dommen fra 2002 der har betydning.

[styrelsesmedarbejder] skulle finde dommen fra Viborg den 30. juni 2008, hvor min person er del af sagen.

Her udtaler Retten, at Skat ikke har udført deres arbejde ordentligt. Den finder jeg mere interessant, fordi den udløser en erstatningssag, hvor tabet er af en anelig størrelse.”

Ankenævnet udtaler:

A blev ved Vestre Landsrets dom af 19. august 2008 idømt en betinget straf af fængsel i 60 dage samt en bøde på 100.000 kr. for med forsæt til at unddrage det offentlige skat, bidrag samt afgift i indkomstårene 2000, 2001 og 2002 blandt andet at have angivet sin skattepligtige indkomst for lavt, undladt at angive overskud ved selvstændig revisionsvirksomhed samt drevet registreringspligtig virksomhed uden anmeldelse for told- og skattemyndighederne.

A er ved Kolding Rets dom af 22. april 2002 tidligere idømt en betinget straf af fængsel i 30 dage for dokumentfalsk.

A har herefter på vegne K1 smba og K2 smba, hvilke selskaber han er ejer af, den 29. september 2008 søgt om optagelse i hvl-registeret som udbyder af tjenesteydelser til virksomheder.

Erhvervsankenævnet finder efter de straffbare forholds karakter, at der er konkret grund til at antage en risiko for misbrug af de søgte optagelser i hvl-registeret for K1 smba og K2 smba. Der er herved lagt vægt på karakteren af de pligter og opgaver, som A som ejer af selskaberne ville blive pålagt efter hvidvaskloven, hvis selskaberne blev optaget i nævnte register.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afvist at registrere K1 smba og K2 smba i hvl-registeret, jf. hvidvasklovens § 31, stk. 2.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 31. oktober 2008.

42) Kendelse af 22. september 2009 (J.nr. 2009-0018462).

Sag hjemvist til fornyet behandling, da nægtelse af optagelse i hvl-registeret i medfør af § 31, stk. 2, i hvidvaskloven ikke var berettiget.

Hvidvasklovens § 31, stk. 1 og stk. 2 samt § 39.

(Suzanne Helsteen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 22. december 2008 har A på vegne af K K/S klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 26. november 2008, hvorved styrelsen afslog at imødekomme en ansøgning om optagelse i hvidvaskregisteret, www.hvl-reg.dk.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 26. november 2008 hedder det:

” ...

Den 6. november 2008 har De på vegne af K K/S, CVR. NR. søgt om tilladelse til at drive virksomhed som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder”, jf. hvidvasklovens § 1, nr. 18.

Selskabet har tidligere ved ansøgning af 12. april 2006 under navnet ... K/S søgt om tilladelse hertil, men anmodningen blev ikke imødekommet, jf. styrelsens afgørelse af 8. august 2006. I afgørelsen gjorde styrelsen Dem udtrykkelig opmærksom på, at det ville være ulovligt, såfremt De eller selskabet fortsatte med at drive den pågældende virksomhed.

Alligevel fortsatte selskabet hermed.

Dette førte til, at styrelsen den 1. november 2008 meddelte Dem og selskabet, at nogle indsendte anmeldelser om registrering af selskaber ikke ville blive behandlet.

Endvidere meldte styrelsen Dem til politiet den 13. november 2006 for at drive virksomhed som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder” uden at have tilladelse hertil i henhold til lovens § 31, stk. 1.

I anledning af den nu modtagne ansøgning skal styrelsen udtale:

I henhold til hvidvasklovens § 31, stk. 2, skal styrelsen nægte at registrere og dermed give tilladelse til personer og virksomheder, såfremt de nævnte personer, medlemmer af ledelsen eller reelle ejere af virksomheden er dømt for et strafbart forhold og det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet, jf. § 78, stk. 2, i straffeloven.

I ansøgningen har De om K K/S bl.a. oplyst at (UK) LIMITED er komplementar i selskabet, og at A ejer 100 % af kommanditistandelene i selskabet, samt at A er eneejer af komplementarselskabet og den eneste direktør i selskaberne.

A er således den eneste fysiske person, der er ejer og ledelse i K K/S.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har derfor indhentet den i kopi vedlagte straffeattest på A.

A er, jf. straffeattesten, dømt for strafbare forhold, der efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse begrundet en nærliggende fare for misbrug af hvervet som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder”, som nævnt i straffelovens § 78, stk. 2, og hvidvasklovens § 31, stk. 2.

Erhvervs - og Selskabsstyrelsen skal derfor meddele Dem, at styrelsen ikke kan imødekomme selskabets ansøgning om tilladelse til at drive virksomhed som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder” i henhold til hvidvasklovens § 1, nr. 18, og at selskabet som følge heraf ikke kan optages i www.hvl-reg.dk.

...”

Ved skrivelse af 22. december 2008 har A på vegne af K K/S klaget over afgørelsen. I skrivelse af 24. februar 2009 har advokat B uddybet klagen. I skrivelsen anføres det:

”...

Ved indførelsen af reglen i § 31 var det i overgangsbestemmelsens § 39 nævnt: ”bestemmelsen i § 31, stk. 2 og 3, gælder ikke for virksomheder og personer, der udøver virksomhed, opfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18 på tidspunkt for lovens ikrafttræden.”

Det er anført om bestemmelsen i ”Hvidvaskloven med kommentarer” ved Ulla Høeg og Kim Busck-Nielsen (2008) side 265:

”Overgangsbestemmelsens § 39 omfatter de virksomheder og personer, der på tidspunktet for lovens ikrafttræden udøvede virksomhed omfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18. Overgangsbestemmelsen sikrer, at disse virksomheder og personer fortsat kan udøve deres virksomhed.

Bestemmelsen indebærer, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med hjemmel i § 31, stk. 2, kunne nægte at registrere de virksomheder og personer, der på tidspunkt for lovens ikrafttræden erhvervsmæssigt udøvede virksomhed med valutaveksling eller udbød tjenesteydelser til virksomheder.”

Den dom, min klient har fået, jf. straffeattesten i materialet, er en anke dom af 19. december 2001. Dommen ligger således før ikrafttrædelsestidspunktet.

Som det fremgår af vedlagte fuldstændige rapport fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er K K/S stiftet den 11. november 1999, og A har været direktør og drevet virksomheden med udbud af tjenesteydelser fra før lovens ikrafttræden.

På vegne min klient gør jeg gældende,

at min klients ansøgning af 12. april 2006, jf. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, burde have været imødekommet, da der ikke på daværende tidspunkt i lovgivningen var hjemmel til at nægte registrering for virksomheder, der inden lovens ikrafttræden drev virksomheder omfattet af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18.

Jeg gør på samme grundlag gældende,

at min klients ansøgning af 6. november 2008 skal imødekommes, da den omstændighed, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uberettiget nægtede registrering i 2006, ikke skal komme min klient til skade.

Jeg gør gældende,

at min klient har retskrav på at blive registreret.
..."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 13. marts 2009 udtalt:

”...

Udtalelse:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder den påklagede afgørelse af 26. november 2008, hvor styrelsen i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 2, nægtede at godkende og registrere K K/S (CVR-nr.: ...) som ”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder”, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 18.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder endvidere afgørelsen af 8. august 2006, hvor styrelsen nægtede klageren optagelse i www.hvl-reg.dk med henvisning til manglende berigtigelse. Styrelsen mener i øvrigt, at denne del af klagen bør afvises fra behandling i ankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Selskabet K K/S søgte første gang om optagelse i styrelsens register for ”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder” den 12. april 2006 under navnet ... K/S.

I forbindelse med ansøgningen anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 26. juni 2006, der er forsynet med

klagevejledning, A om en redegørelse for selskabets virksomhed, idet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bl.a. skrev:

”Jeg skal samtidig anmode Dem om en redegørelse for den virksomhed De udøver som udbyder af tjenesteydelser, og fra hvornår virksomheden har været udøvet, herunder ved indsendelse af kontrakter med kunder eller andet materiale, der dokumenterer oplysningerne.”

Samtidig anmodede styrelsen A om at underskrive en blanket, hvorved styrelsen bemyndigedes til at indhente en straffeattest for A.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog imidlertid aldrig svar, og afgørelsen blev heller ikke indbragt for Erhvervsankenævnet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf derfor - med henvisning til manglende berigtigelse - den 8. august 2006 afgørelse om ikke at optage selskabet i www.hvl-reg.dk. Samtidig meddelte styrelsen, at selskabet ikke måtte drive virksomhed omfattet af hvidvaskloven, og at overtrædelse heraf ville kunne straffes i henhold til lovens § 37, stk. 1.

Selskabet drev alligevel virksomhed omfattet af hvidvaskloven, hvilket førte til, at styrelsen anmeldte selskabet til politiet den 13. november 2006. Sagen verserer fortsat hos Københavns Politi.

Selskabet søgte igen den 6. november 2008 om optagelse i styrelsens register for ”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder”, men nu under det ændrede navn K K/S.

I forbindelse med styrelsens behandling af denne nye ansøgning indhentede styrelsen efter bemyndigelse fra A en straffeattest for A, der efter det oplyste var den eneste person, der står bag selskabet. A er således efter det oplyste enejer af komplementarselskabet, der er et engelsk registreret selskab, den eneste kommanditist, og den eneste direktør i såvel komplementarselskabet som i kommanditselskabet.

Den indhentede straffeattest viste, at A ved ankedom i 2001 blev idømt 5 års fængsel for bl.a. grov overtrædelse af straffelovens § 283 om skyldnersvig i forbindelse med selskabstømning. Herudover blev A dømt for overtrædelse af anpartsselskabsloven og aktieselskabsloven og blev samtidig fradømt retten til at være stifter, direktør eller medlem af bestyrelsen for et selskab med begrænset ansvar mv. Endvidere fik A konfiskeret et beløb på ca. 3. mio. kr., samt nogle yderligere aktiver, jf. vedlagte straffeattest.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen traf herefter den påklagede afgørelse af 26. november 2009 [2008] ...:

...

Denne afgørelse har A klaget over den 22. december 2008. Endvidere er klagerens advokat, advokat B, fremkommet med et indlæg ved skrivelse af 25. februar 2009.

Sagens retlige omstændigheder:

Reglerne i hvidvaskloven om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme blev radikalt ændret ved lov nr. 117 af 27. februar 2006, der trådte i kraft den 1. marts 2006, nu lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. maj 2007 med senere ændringer. Loven er en implementering af 3. hvidvaskdirektiv 2005/60 (EUT 2005 L 309/15). Det 3. hvidvaskdirektiv er blevet til på baggrund af 40 anbefalinger om bekæmpelse af hvidvask og 9 specialanbefalinger om bekæmpelse af terrorfinansiering fra FATF (Finansiel Action Task Force).

Formålet med at ændre loven var, jf. de almindelige bemærkninger i L 47/2005 side 13, spalte 1, at indføre skærpede krav til forebyggende foranstaltninger som led i den fortsatte indsats med bekæmpelse af hvidvask og terrorfinansiering.

I loven er det blandt andet bestemt, at udbydere af tjenesteydelser, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 18, og § 3, nr. 5, som noget nyt skal registreres særskilt for lovligt at kunne udøve denne form for virksomhed, jf. lovens § 31, stk. 1. Det er endvidere bestemt, at personer og virksomheder, der driver sådan virksomhed, skal være under tilsyn af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. lovens § 32, stk.1.

”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder” er nærmere beskrevet i lovens § 3, nr. 5. Der er registreret ca. 30 sådanne virksomheder i www.hvl-reg.dk.

De virksomheder, der er omfattet af hvidvaskloven, skal indberette kunder til hvidvasksekretariatet hos Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, hvis de har eller får mistanke om, at kunders aktivitet har tilknytning til hvidvask eller terrorfinansiering, jf. kapitel 3 i hvidvaskloven.

De omfattede virksomheder har endvidere pligt til at registrere en række oplysninger om deres kunder og opbevare dem i 5 år, således at oplysningerne er til rådighed for tilsynsmyndigheden, politi, anklagemyndigheden i tilfælde af, at der senere iværksættes nærmere undersøgelser af kunder. Endvidere skal virksomhederne sørge for at identificere kunder, indhente oplysninger om formålet med forretningsforbindelsen og løbende overvåge kundeforholdet, jf. lovens kapitel 4.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fører som nævnt tilsyn med, at ”Udbydere af tjenesteydelser til virksomheder” - den form for virksomhed, som klageren har anmodet om tilladelse til - lever op til de krav, der er fastsat i loven.

I den forbindelse skal virksomhederne give Erhvervs- og Selskabsstyrelsen de oplysninger, der er nødvendige til brug for tilsynet, jf. lovens § 32, stk. 3, herunder til brug for at undersøge, om virksomhederne overholder sine pligter i henhold til loven, særlig pligten til at være opmærksom på kunders mistænkelige aktiviteter og pligten til i visse tilfælde at indberette kunder til hvidvasksekretariatet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har oprettet et særligt register, www.hvl-reg.dk, hvor styrelsen registrerer personer og virksomheder, der skal registreres i henhold til hvidvaskloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen må i henhold til lovens § 31, stk. 2, ikke registrere virksomheder i www.hvl-reg.dk, hvis ejerne eller medlemmer af ledelsen er dømt for et strafbart forhold, og det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet, jf. § 78, stk. 2, i straffeloven.

I forbindelse med lovens ikrafttræden den 1. marts 2006 indførtes i § 39 en overgangsbestemmelse, hvorefter bestemmelsen i § 31, stk. 2, ikke gjaldt for personer og virksomheder, der ved lovens ikrafttræden udførte virksomhed som bl.a. ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder”.

Denne bestemmelse anvendes ikke længere af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet bestemmelsen har udtjent sit formål som overgangsbestemmelse, jf. nedenfor.

Klagerens anbringender:

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anbringender:

Det er styrelsens opfattelse, at de forhold, som klageren er dømt for, jf. straffeattesten, er af en sådan karakter, at de udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet, jf. § 31, stk. 2, i hvidvaskloven og § 78, stk. 2, i straffeloven. Styrelsen mener derfor at have haft pligt til – som det også er sket ved den påklagede afgørelse af 26. november 2008 - at nægte at godkende selskabet som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder” og til at nægte at registrere selskabet i www.hvl-reg.dk.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således som følge af de tidligere foretagne strafbare handlinger ikke tillid til, at A sørger for at indhente og registrere de lovpligtige oplysninger om kunder, i henhold til lovens kapitel 14 [kapitel 4], indberetter kunder ved mistænkelige transaktioner i henhold til lovens kapitel 3 eller forsyner Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med de nødvendige korrekte oplysninger i henhold til lovens § 32, stk. 3.

Styrelsen skal endvidere henvisne til ankenævnets kendelse i ankenævnets sag 2007-0013942. I den nævnte sag tiltrådte ankenævnet, at styrelsen havde nægtet at optage et selskab i www.hvl-reg.dk med henvisning til, at den pågældende direktør i selskabet var straffet for forhold, hvis nærmere karakter og klagerens personlige forhold gav grund til at antage

en konkret risiko for misbrug af den søgte optagelse i hvl-registeret. I denne sag var klageren kun idømt 5 måneders fængsel og dermed for en langt mindre forbrydelse end den af A begåede.

Det er styrelsens opfattelse, at der også i nærværende sag – henset til de af As begåede strafbare forhold, som blev bedømt til 5 års fængsel – er grund til at antage, at der er en konkret risiko for misbrug af stillingen, hvis selskabet optages i www.hvl-reg.dk.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke enig med klagerens advokat i, at klageren har krav på optagelse i www.hvl-reg.dk med henvisning til overgangsbestemmelsen i lovens § 39.

Overgangsbestemmelsen kan i sagens natur efter styrelsens opfattelse ikke anvendes nu mere end 3 år efter at loven trådte i kraft, selvom bestemmelsen formelt ikke er ophævet. Bestemmelsen har udtjent sit formål som overgangsbestemmelse.

Overgangsbestemmelsen kunne evt. have været bragt i anvendelse i forbindelse med klagerens første ansøgning i 2006, men dette ville have forudsat, at klageren havde oplyst styrelsen om og dokumenteret, at selskabet havde drevet virksomhed som ”Udbyder af tjenesteydelser til virksomheder” forud for lovens ikrafttræden. Det gjorde klageren ikke, selvom styrelsen opfordrede klageren hertil i skrivelsen af 26. juni 2006.

At det klagende selskab er registreret i 1999 er ikke og var ikke bevis for, at selskabet har udøvet virksomhed i henhold til hvidvaskloven før lovens ikrafttræden.

Afgørelserne af henholdsvis 26. juni 2006 og af 8. august 2006, der begge er forsynet med vejledning om at kunne indbringe afgørelserne for Erhvervsankenævnet inden for 4 uger, blev i øvrigt ikke påklaget, og klageren har derfor ikke nu mere end to et halvt år efter krav på at få denne del af klagen behandlet af ankenævnet. I modsat fald ville bestemmelsen i hvidvasklovens § 36, om at klage skal indgives inden for en 4 ugers frist og bestemmelsen i ankenævnsbekendtgørelsen § 8, hvorefter klager, der indgives for sent kan af vises, ikke have nogen mening.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor indstille, at denne del af klagen afvises fra behandling i ankenævnet. Såfremt ankenævnet alligevel måtte behandle denne del af klagen, skal styrelsen indstille, at afgørelsen af 8. august 2006 tiltrædes af de grunde, som styrelsen har anført oven for.

...”

I skrivelse af 3. april 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærket:

”...

I fortsættelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 13. marts 2009 skal styrelsen henlede ankenævnets opmærksomhed på, at A er

fradømt retten til indtil videre at være medlem af ledelsen af et selskab, som kræver offentlig godkendelse, jf. den fremsendte straffeattest.

Et selskab, der udøver virksomhed i henhold til hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18 kræver offentlig godkendelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. lovens § 31, stk. 1 og stk. 2.

Også af den grund vil styrelsen ikke kunne optage K K/S i www.hvl-reg.dk.

...”

I skrivelse af 14. april 2009 har advokat B anført:

”...

1. Faktuelle bemærkninger.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører side 2 i indlæg fra 13. marts 2009, at min klient ikke ved den første ansøgning fulgte op på anmodning. Dette skyldes, at min A blev hasteindlagt maj 2006 – inden anmodningen fremkom – hvor han gennemgik en større mave-/tarmoperation, hvor der efterfølgende blev konstateret kræft i tyktarm og lymfekirtler. Dette førte videre til omfattende kemobehandling, der var en sådan belastning, at A ikke reelt forretningsmæssigt kunne varetage Selskabets (eller egne) interesser i længere periode.

På samme side anføres, at Selskabet fortsatte med at drive virksomhed. Det er ukorrekt. Der blev ikke drevet nogen virksomhed med relation til hvidvaskloven, men A afmeldte sig som direktør i nogle selskaber.

Fortsat på side 2 anføres, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldte Selskabet til politiet i november 2006, hvor sagen skulle behandles af Københavns Politi. Anmeldelsen er korrekt, men sagen behandles af SØK, overfor hvem A har redegjort for sagen i november 2008, herunder for at A har Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bekræftelse fra 9. april 2002 på, at hans deltagelse i en række kommanditselskaber – herunder K K/S – ikke er omfattet af rettighedsfrakendelsen, og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens nægtelse af registrering er i strid med hvidvasklovens § 31.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bemærkninger side 3 om straffeattest er korrekt – det er det eneste tilfælde (både før og efter) hvor A er straffet.

Side 7 anfører Erhvervs- og Selskabsstyrelsens alene under henvisning til den omtalte dom fra 2001, der vedrører forhold fra begyndelsen af 90'erne, at Styrelsen ”ikke (har) tillid til, at A søger for at få indhentet og registreret de lovpligtige oplysninger om kunder, i henhold til lovens kapitel 14, indberetter kunder ved mistænkelige transaktioner i henhold til lovens kapitel 3 eller forsyner Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med de nødvendige korrekte oplysninger i henhold lovens § 32, stk. 2.

Bortset fra As manglende reaktion i 2006, da han var kræftsyg, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ingen holdepunkter for sin antagelse. A

har løbende besvaret alle øvrige henvendelser fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Finanstilsyn og en enkelt fra SØK, og der er ikke holdepunkter for, at A ikke skulle foretage registreringer og indberetninger efter hvidvaskloven kapitel 3 og 4.

Hvidvasklovens kapitel 14, hvortil der henvises af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er ikke eksisterede, så As eller min klients forhold til denne kan jeg ikke kommentere.

2. Juridisk Argumentation

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har tilsyneladende tre områder, der anvendes som begrundelse:

1. A straf
2. As rettighedsfrakendelse, og
3. Lovens § 39 gælder ikke.

Det er ubestridt, at A er straffet i 2001.

Det er ubestridt, at A i 2001 blev ”frakendt retten til at være stifter af eller direktør eller medlem af bestyrelsen for et selskab med begrænset ansvar, et selskab eller en forening, som kræver offentlig godkendelse eller en fond”.

Det er formentlig også ubestridt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at Styrelsen nidkært har søgt denne frakendelse håndhævet, men at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2002 – efter konsultation af Rigsadvokaten – meddelte A, at hans deltagelse i nærmere opregnede kommanditselskaber – herunder K K/S under det tidligere navn – ikke var i strid med rettighedsfrakendelsen.

Ved indførelsen af registreringspligten var min klient leder af K, der drev virksomhed omfattet af lovens § 1, stk. 1, nr. 18.

Den situation har lovgiver taget højde for i overgangsbestemmelserne, jf. § 39.

Det blev ved seneste ændring af hvidvaskloven overvejet at lade overgangsbestemmelsen udgå – med de argumenter, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremfører, jf. den kommenterede hvidvasklov af Ulla Høg og Kim Busck-Nielsen (2008) side 265 – men det skete ikke!

Der er således ikke hjemmel til at nægte registrering, og der er ikke hjemmel til at afregistrere min klient på grund af den gamle afgørelse.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 5. maj 2009 yderligere bemærket:

” ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens henvisning i redegørelsen på side 7, om bl.a. ikke at have tillid til, at klageren vil indberette i henhold til lovens kapitel 3, er ikke foranlediget af klagerens manglende berigtigelse af hans ansøgning mv., men en henvisning til, at styrelsen ikke har tillid til, at en person, der er dømt for så alvorlige forhold som nævnt i straffeattesten, vil leve op til hvidvasklovens krav. Det fremgår netop af lovens § 31, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal nægte at registrere sådanne personer, som det også er sket.

Det er for så vidt uden betydning for afgørelsen, om styrelsen har tillid eller ej, når det, jf. lovens § 31, stk. 2, er lovbestemt, at styrelsen ikke må registrere.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldte klageren til politiet den 13. november 2006. Som det fremgår af anmeldelsen, side 1, nederst, er anmeldelsen begrundet i klagerens overtrædelse af hvidvaskloven og ikke i rettighedsfratagelsen. Overtrædelsen af hvidvaskloven er dokumenteret ved henvisning til en række indsendte anmeldelser, der inkluderer oprettelse af selskaber, jf. punkt 5-15 i politianmeldelsen side 2-3. Det er således ikke korrekt, jf. klagerens indlæg side 1, midt, når klageren hævder, at der var tale om anmeldelser af klageren som direktør i nogle selskaber.

Styrelsens brev af 9. april 2002, som klageren har fremlagt som bilag til sagen, er ikke relevant for nærværende sag. Dette brev vedrører spørgsmålet om, hvorvidt klageren må være i et kommanditselskabs ledelse. Dette spørgsmål er ikke et tema i nærværende sag.

Styrelsen har imidlertid i det supplerende brev til ankenævnet af 3. april 2009 henledt ankenævnets opmærksomhed på, at klageren er fradømt retten til at være medlem af ledelsen af et selskab, som kræver offentlig godkendelse. Det er styrelsens opfattelse, at den godkendelse, som styrelsen giver selskaber i henhold til lovens § 31 til at drive virksomhed i henhold til hvidvaskloven, er en offentlig godkendelse som nævnt i straffeattesten, jf. straffelovens § 79, stk. 2. K K/S kan derfor ikke godkendes af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til at drive virksomhed omfattende af hvidvaskloven, fordi klageren, der er medlem af ledelsen, er fradømt retten til at være medlem af ledelsen i et sådant selskab.

Med hensyn til at overgangsordningen ikke blev ophævet, skyldtes dette efter det oplyste en fejl begået af Finanstilsynet, hvor hvidvaskloven er forankret. Med hensyn til anvendelse af overgangsordningen skal styrelsen henvise til redegørelsen af 13. marts 2009, hvor styrelsen har redegjort for, hvorfor overgangsordningen ikke kan bringes i anvendelse i denne sag.

Afslutningsvis bemærkes, at klageren ikke har dokumenteret at have udøvet erhvervet før loven ikrafttræden, blot ved at oplyse at have gjort dette, ...”

Advokat B har heroverfor bemærket:

”...

I ovennævnte sag har jeg modtaget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indlæg af 15. maj 2009.

I denne skrivelse anføres, at styrelsens brev af 9. april 2002 til min klient ikke har relevans for sagen. Det er jeg uenig i.

Som det fremgår af brevet, havde styrelsen så tidligt som 25. januar 2002 opregnet en lang række kommanditselskabet, som min klient deltog i. Min klient deltog ikke i de pågældende kommanditselskaber med henblik på drift, men med henblik på disses registrering og videreoverdragelse.

Styrelsens brev fra 2002 dokumenterer således i sig selv – hvilket Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne konstatere ved at gennemgå materialet – at min klient gennem en lang årrække har nyregistreret kommanditselskabet samt foretaget ændringer heri.

Der vedlægges i øvrigt en liste over anmeldelser foretaget fra 21. april 2005 og fremefter.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er til fulde bekendt med, at min klient gennem mange år har registreret og anmeldt ændringer, hvilket Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er i stand til at konstatere ved gennemgang af edb-register m.v.

Afslutningsvis skal jeg anføre, at det er første gang i min mangeårige advokatkarriere, at jeg har oplevet en offentlig myndighed gøre gældende, at en lovbestemmelse ikke skal anvendes, fordi det er en fejl begået af en anden offentlig myndighed, at bestemmelsen ikke er ophævet!

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens retspolitiske opfattelse af overgangsbestemmelserne i hvidvaskloven forekommer uden relevans for en retlig afgørelse.”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge hvidvasklovens § 31, stk. 1, skal personer og virksomheder omfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18, registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for at kunne udøve denne virksomhed. Ifølge § 31, stk. 2, skal styrelsen nægte registrering, hvis nævnte personer eller medlemmer af ledelsen eller reelle ejere af virksomheden er dømt for et strafbart forhold, og det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller hvervet, jf. straffelovens § 78, stk. 2, og styrelsen skal endvidere afregistrere personer og virksomheder, hvis en registreret person eller et medlem af ledelsen eller reelle ejere ikke opfylder kravet i stk. 2.

A er omfattet af den i hvidvasklovens § 31 omhandlede personkreds.

I henhold til hvidvasklovens § 39 gælder bestemmelserne i § 31, stk. 2 og 3, ikke for virksomheder og personer, der udøver virksomhed omfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18, på tidspunktet for lovens ikrafttræden. Den nugældende hvidvasklov, lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. maj 2007, trådte i kraft den 1. marts 2006.

Det fremgår af en fuldstændig rapport fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at K K/S er stiftet den 11. september 1999, og at A har været direktør og drevet virksomheden med udbud af tjenesteydelser fra før hvidvasklovens ikrafttræden. Herefter, og efter det i øvrigt oplyste, lægger ankenævnet til grund, at K K/S er omfattet af hvidvasklovens § 39

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen findes herefter ikke at have været berettiget til i medfør af § 31, stk. 2, at nægte K K/S optagelse i hvl-registeret.

Erhvervsankenævnet ophæver derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 26. november 2008 og hjemviser sagen til fornyet behandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

43) Kendelse af 6. oktober 2009 (J.nr. 2009-0018460).

Pengeoverførselsvirksomheds manglende overholdelse af pligter i henhold til hvidvaskloven påtalt.

Hvidvaskloven § 32, stk. 1.

(Finn Møller, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 15. december 2008 har advokat A på vegne af K v/B klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 19. november 2008 har påtalt, at virksomheden ikke har overholdt nogle pligter i henhold til hvidvasklovgivningen samt meddelt, at styrelsen vil indberette virksomheden til hvidvasksekretariatet under Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og selskabsstyrelsen i en redegørelse af 9. marts 2009 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen aflagde den 15. oktober 2008 et kontrolbesøg i henhold til hvidvaskloven hos K v/ B.

Kontrolbesøget var en opfølgning på et tidligere kontrolbesøg gennemført hos virksomheden den 2. april 2008. Det seneste kontrolbesøg havde således til formål at undersøge, om virksomheden overholder hvidvasklovens regler i forbindelse med sin udøvelse af pengeoverførselsvirksomhed.

Om virksomheden ”K v/ B” kan styrelsen på baggrund af kontrolbesøgene oplyse, at i forhold til de øvrige pengeoverførselsvirksomheder, som styrelsen fører tilsyn med, er virksomheden atypisk. Det kan således oplyses, at virksomheden drives fra Bs lejlighed i et boligkvarter i B benytter sin egen bankkonto i forbindelse med overførsler, der reklameres via mund til mund, og der uddeles flyers til forskellige former for festivaler. På trods af et anonymt forretningssted og meget sparsom markedsføring har virksomheden ca. 254 kunder i sin kundedatabase. Derudover har der forud for styrelsens første kontrolbesøg været et antal lejlighedskunder, som ikke er optaget i virksomhedens kundedatabase. Det er oplyst til styrelsen under kontrolbesøget den 15. oktober 2008, at den samlede omsætning i 2008 forventes at ligge på omkring kr. 10-12 mio.

Der spørges som udgangspunkt ikke ind til formålet med de transaktioner, som virksomheden foretager for kunderne. Hvis der ind i mellem spørges til formålet, så noteres det ikke ned.

Der indhentes i enkelte tilfælde ikke oplysninger om CPR-nr. eller lignende på virksomhedens kunder. Der er dog stort set altid indhentet kopi af billedlegitimation. De former for billedlegitimation, som indhentes, er dog ikke officielle legitimationspapirer med billede, og ofte er kopierne af billedlegitimationen meget utydelige og reelt uden værdi for en evt. senere efterforskning.

De under kontrolbesøget observerede legitimationsdokumenter, som efter styrelsens opfattelse ikke opfylder hvidvasklovens krav til dokumentation, var således bl.a. et medarbejderkort fra en dansk virksomhed og et kundekort til et svensk ... supermarked.

Desuden foretages der ikke nogen yderligere procedure for at verificere oplysningerne om de kunder, som ikke er fysisk til stede hos virksomheden. Dette gælder dog ifølge B stort set alle virksomhedens kunder.

Det blev under tilsynet oplyst, at B har været i kontakt med forskellige kunder, som han har haft mistænkt for ”noget mistænkeligt” f.eks.

hvidvask. Han har dog på trods af dette oplyst til styrelsen, at han aldrig har foretaget indberetning til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) eller andre myndigheder. Desuden foretages en stor del af virksomhedens pengeoverførsler til højrisiko-lande som bl.a. Iran og Pakistan.

Kontrolbesøget viste således manglende kendskab til hvidvasklovens regler, herunder i særdeleshed reglerne om kundeidentifikation og indberetning af mistænkelige transaktioner til hvidvasksekretariatet [Hvidvasksekretariatet er den danske FIU - Financial Intelligence Unit/finansielle efterretningsenhed, og hører under SØK].

...

Styrelsen har som nævnt desuden aflagt virksomheden et kontrolbesøg den 2. april 2008 og kontrolbesøget den 15. oktober var således et varslet opfølgingsbesøg.

Efter kontrolbesøget den 2. april 2008 sendte styrelsen den 21. april 2008 en afgørelse til virksomheden, som bl.a. indeholdt følgende:

”Det blev oplyst, at proceduren i forbindelse med pengeoverførsler er således, at kunder, som skal have overført penge, henvender sig til din bank og indbetaler det pågældende beløb kontant til din bankkonto. Derefter sørger du for, at pengene bliver videresendt via en mellemmand til de pågældende beløbsmodtagere.

Du har således ikke fysisk kontakt med dine kunder. Dine kunder benytter heller ikke egne bankkonti til at overføre penge fra, bortset fra nogle få kunder, jf. den udleverede liste.

I forbindelse med kontrolbesøget konstaterede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at du ikke følger reglerne om indhentning af oplysninger i forbindelse med faste kundeforhold, transaktioner over 1.000 euro og transaktioner foretaget for tredjemand, jf. hvidvasklovens §§ 12 - 15.

Du skal således i ovenstående tilfælde indhente oplysninger om formålet med pengeoverførslen, dine kunders navn og adresse samt CPR-nr. eller anden lignende dokumentation. Desuden skal du sørge for at få disse oplysninger dokumenteret i form af billedlegitimation, jf. hvidvasklovens § 19, stk. 2.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal herved påtale, at du ikke har sørget for at overholde hvidvasklovens bestemmelser herom.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal ligeledes meddele dig, som også meddelt under kontrolbesøget, at du i fremtiden skal sørge for at indhente ovenstående oplysninger om dine kunder. Oplysningerne skal opbevares hos dig i minimum 5 år efter at kundeforholdet er ophørt, jf. lovens § 23, stk. 1.

Med hensyn til billedlegitimation er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indtil videre indstillet på, at du til at begynde med blot sørger for at

indhente dokumentation i form af fremsendelse fra dine kunder af kopi af pas, kørekort eller anden billedlegitimation.

Såfremt du ikke sørger for at få fremskaffet sådan legitimation fra dine kunder, må du ikke overføre penge for dem, jf. hvidvasklovens § 13, stk. 2.”

Da det opfølgende kontrolbesøg den 15. oktober 2008 således har vist, at den kontrollerede virksomhed fortsat ikke overholder hvidvasklovens bestemmelser og styrelsens henvisninger - på trods af at styrelsen i forbindelse med tidligere kontrolbesøg havde oplyst om virksomhedens pligter i henhold til loven - har styrelsen indberettet virksomheden til SØK.

I den forbindelse bemærkes, at denne indberetning har til formål at SØK evt. sørger for at foretage yderligere undersøgelser, særligt undersøgelser af de kunders transaktioner, jf. lovens § 7, hvor den kontrollerede virksomhed ikke har sørget for tilstrækkelig identifikation mv.

Sådanne undersøgelser kan ikke foretages af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det er således vigtigt at være opmærksom på, at der ikke er tale om en anmeldelse, jf. også nedenfor.

Styrelsen kunne også have valgt at anmelde virksomheden til politiet med henblik på at rejse tiltale for overtrædelse af lovens §§ 7 og 12, jf. lovens § 37, stk. 1, men valgte ikke at gøre dette.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan om indberetning henvise til hvidvasksekretariatets årsberetning for 2008, hvoraf det fremgår, at en *”hvidvaskunderretning er ikke en anmeldelse, men betragtes som en almindelig oplysning om mulig kriminalitet. Det er den relevante politikreds, der afgør, om der skal iværksættes videre efterforskning. I nogle tilfælde kan en underretning være relevant i forbindelse med en allerede påbegyndt efterforskning”*.

Indberetningen er således ikke en anmeldelse, men blot en underretning. Den vil således kunne indgå som en del af et større efterretningsarbejde.

Styrelsen har desuden ikke været forpligtet til at oplyse virksomheden om indberetningen til SØK, men valgte at gøre dette bl.a. for over for virksomheden at understrege vigtigheden af at overholde hvidvaskloven.

I indberetningen af 8. december 2008 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bl.a. skrevet:

”K er og vil fortsat være under tilsyn af Erhvervs - og Selskabsstyrelsen. I den forbindelse vil Erhvervs - og Selskabsstyrelsen kunne påtale evt. manglende overholdelse af hvidvasklovens regler, som det er sket ved styrelsens breve af henholdsvis den 21. april og den 19. november 2008. Styrelsen vil endvidere kunne foretage indberetninger til hvidvasksekretariatet.

Erhvervs - og Selskabsstyrelsen har i brevet af 19. november 2008 bl.a. påtalt, at virksomheden ikke har foretaget indberetninger til hvidvasksekretariatet i de tilfælde, hvor virksomheden har haft mistanke. At der ikke er foretaget indberetning af virksomheden i disse tilfælde er særligt betænkeligt, når henses til, at virksomheden overfører penge til højrisikoområder som Afghanistan og Pakistan.

Erhvervs - og Selskabsstyrelsen mener, at det vil være bedst stemmende med hvidvaskloven, at nærmere undersøgelser af mistænkelige forhold foretages af politiet og ikke af Erhvervs - og Selskabsstyrelsen.

*Erhvervs - og Selskabsstyrelsen mener derfor, at eventuelle yderligere undersøgelser af virksomheden og virksomhedens kunder bør foretages af politiet.”
...”*

I den påklagede afgørelse af 19. november 2008 hedder det:

”...

Styrelsen har følgende kommentarer til de påseede forhold:

Pligt til indberetning, jf. hvidvaskloven § 7:

Det er under kontrolbesøget oplyst, at der ikke er foretaget nogen indberetninger til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet. Det er dog fra selskabets side oplyst, at der ved enkelte transaktioner har været mistanke om hvidvask e.l., hvorfor det skal indskræpes, at der skal foretages indberetning ved mistanke om ulovlige transaktioner.

Kundeidentifikation, jf. hvidvaskloven §§ 11 – 15:

Det er oplyst at selskabet indhenter ID-oplysninger ved alle transaktioner. Dog er det ved stikprøvekontrol konstateret, at de opbevarede oplysninger ikke lever op til hvidvasklovens krav.

Der er således tale om kopier af identitetspapirer med CPR-nr., som ikke er officielt udstedte dokumenter. Desuden er flere af de opbevarede kopier så dårlige, at oplysningerne ikke kan læses. Det skal derfor indskræpes at virksomhedens procedurer omkring kundeidentifikation skærpes.

Der skal desuden, som også oplyst tidligere, gøres opmærksom på, at selskabet har kunder fra højrisiko-lande, hvilket medfører krav om skærpet opmærksomhed ved gennemførelse af transaktioner.

Skærpede krav til legitimation, jf. hvidvaskloven § 19, stk. 2:

Det er oplyst at virksomhedens kunder ofte ikke er fysisk til stede for at legitimere sig i forbindelse med en transaktion. På den baggrund skal styrelsen indskræpe, at der foretages en eller flere af følgende foranstaltninger:

- Sikre, at kundens identitet fastslås ved supplerende dokumentation.

- Kontrollere eller verificere de udleverede dokumenter eller kræve en bekræftende attesting fra en af de i hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 1-11, nævnte virksomheder eller personer.
- Kræve, at den første betaling i forbindelse med transaktionerne foretages via en konto åbnet i kundens navn i et pengeinstitut.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal hermed påtale disse ovenstående forhold og henvise Dem til at gøre Dem bekendt med hvidvasklovens regler. Der henvises i den forbindelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hjemmeside www.eogs.dk samt det ved kontrolbesøget udleverede materiale.

Styrelsen skal på baggrund af kontrolbesøget foretage indberetning af selskabet til hvidvasksekretariatet, som henhører under Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet. Indberetningen foretages i henhold til hvidvasklovens § 9.

...”

I klageskrivelsen af 15. december 2008 har advokat A anført:

”...

1. Pligt til indberetning, jf. Hvidvasklovens § 7

Det er korrekt, at min klient ikke har indberettet ”mistanke” om hvidvask, men de ca. 4-6 tilfælde, der har været tale om, har vedrørt opringninger fra potentielle kunder, som har villet overføre nogle få tusinde krone, og som i denne anledning har forespurgt, hvad min klients pris var. Når min klient så har oplyst prisen og sagt, at han skulle have nærmere identifikationsoplysninger, har han i disse få tilfælde fået at vide, at han var for dyr, og at andre ikke spurgte om identitet men derudover ikke har fået yderligere oplysninger. Alt efter temperament kan man have mistanke om hvidvask eller ej, men min klient har jo rent faktisk ikke kunnet indberette andet, end at han havde fået en sådan opringning. Min klient er noget forbløffet over, at der i sådanne tilfælde skal ske indberetning.

Havde overførselsforespørgslen drejet sig om kr. 100.000 eller mere, kunne det måske have været relevant, men når det drejer sig om få tusinde kroner, som min klient sædvanligvis overfører til familiemedlemmer i Pakistan, Indien eller andre lande i dette geografiske område, har han ikke haft konkret grund til at nære mistanke om noget ulovligt.

Min klient har heller ikke i andre tilfælde haft grund til at tro, at der skulle være tale om hvidvask.

2. Kundeidentifikation, jf. Hvidvasklovens §§ 11-15

De konstaterede problemer vedrører dels identitetspapirer, som ikke skulle være officielt udstedte dokumenter, dels kopier af så dårlig kvalitet, at oplysningerne ikke kunne læses.

For så vidt angår ”ikke officielt udstedte dokumenter”, har der været tale om dokumenter, som vedlagt i kopi.

Dokumentet er udstedt af en bank, og hidrører fra Sverige, hvor banker officielt udsteder identitetspapirer af denne type. Det er således en misforståelse, at der ikke skulle være tale om et officielt udstedt dokument.

Min klient er i tvivl om, om der i et sådant tilfælde skal indhentes bekræftelse fra banken på, at dokumentet er ægte.

For så vidt angår ikke læselige papirer, vil min klient drage omsorg for, at der i fremtiden vil blive indhentet læselige dokumenter.

3. Skærpet krav til legitimation, jf. Hvidvasklovens § 19 stk. 2

Min klient vil drage omsorg for, at en af de tre alternative identifikationsmåder, som nævnt i skrivelsen, side 2, vil blive overholdt – i øvrigt jf. pkt. 2.

Min klient har taget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kritik til efterretning – dog bortset fra kritikken af det ”officielle identifikationsdokument” fra Sverige, men finder det ganske ”uproportionelt”, at der finder indberetning sted.”

I førnævnte redegørelse af 9. marts 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Reglerne i hvidvaskloven om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme blev ændret ved lov nr. 117 af 27. februar 2006, der trådte i kraft den 1. marts 2006, nu lovbekendtgørelse nr. 442 af 11. maj 2007 med senere ændringer.

Loven er en implementering af det 3. hvidvaskdirektiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 (EUT 2005 L 309/15). Det 3. hvidvaskdirektiv er blevet til på baggrund af 40 anbefalinger om bekæmpelse af hvidvask og 9 specialanbefalinger om bekæmpelse af terrorfinansiering fra FATF (Financial Action Task Force).

Formålet med at ændre loven var, jf. de almindelige bemærkninger i L47/2005 side 13, spalte 1, at indføre skærpede krav til forebyggende foranstaltninger som led i den fortsatte indsats med bekæmpelse af hvidvask og terrorfinansiering.

I loven er det blandt andet bestemt, at pengeoverførselsvirksomheder, jf. lovens § 1, stk. 1, nr. 11, skal registreres særskilt for lovligt at kunne udføre denne form for virksomhed, jf. lovens § 31, stk. 1. Det er endvidere i henhold til hvidvaskloven bestemt, at personer og virksomheder, der driver sådan virksomhed, skal være under tilsyn af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. lovens § 32, stk. 1.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har oprettet et særligt register, www.hvl-reg.dk, hvor styrelsen registrerer personer og virksomheder i henhold til hvidvaskloven.

De virksomheder, der er omfattet af hvidvaskloven, skal indberette kunder til SØK, hvis de har eller får mistanke om, at kunders aktivitet har tilknytning til hvidvask eller terrorfinansiering, jf. kapitel 3 i hvidvaskloven.

De omfattede virksomheder har endvidere pligt til at registrere en række oplysninger om deres kunder og opbevare dem i mindst 5 år efter kundeforholdets ophør, således at oplysningerne er til rådighed for politi og anklagemyndighed i tilfælde af, at der senere iværksættes nærmere undersøgelse eller anmeldelse af virksomhedens kunder. Endvidere skal virksomhederne sørge for at identificere kunder, indhente oplysninger om formålet med forretningsforbindelsen og løbende overvåge kundeforholdet, jf. lovens kapitel 4.

I henhold til hvidvasklovens kapitel 4 skal der således foretages identificering af virksomhedens kunder, hvilket indebærer:

- at alle fysiske kunder skal identificeres, hvilket medfører, at oplysninger i form af navn, adresse og CPR-nr. skal indhentes og registreres. Endvidere skal disse oplysninger verificeres i form af forevisning af anerkendt billedlegitimation såsom eksempelvis pas eller kørekort. Det anbefales at opbevare en kopi heraf, eller i hvert fald som minimum notere kortnummeret på den fremlagte legitimation ned på den pågældende sag. For personer, der ikke er hjemmehørende i Danmark og derfor ikke er i besiddelse af et CPR-nr., kræves ”anden lignende dokumentation”. Det vil eksempelvis kunne være pasnummer kombineret med oplysninger om fødselsdato og fødselssted.
- at alle juridiske personer skal identificeres, hvilket indebærer, at de pågældendes navn, adresse og CVR-nr. skal registreres og ejer- og kontrolstrukturen skal klarlægges. Endvidere skal de reelle ejeres navne, adresser og CPR-nr. registreres og oplysningerne skal verificeres i form af forevisning af legitimation som foreskrevet ovenfor for fysiske personer/kunder, da de reelle ejere pr. definition altid vil være fysiske personer.

Denne kortlægning af den juridiske persons ejer- og kontrolstruktur kan evt. foretages ved hjælp af den pågældende virksomheds seneste årsrapport, aktie- eller anpartshaverfortegnelse, interessentskabskontrakt e.l.

Kortlægningen skal også foretages for udenlandske juridiske personer.

Kortlægningen af ejer- og kontrolstrukturen skal ikke foretages for selskaber, hvis ejerandele er optaget til handel på et reguleret marked (børsnoteret e.l.).

Disse procedurer for identificering af virksomhedens kunder kan foretages ud fra en risikovurdering af kunden, produktet eller transaktionen. Det er dog et krav, at den af loven omfattede virksomhed skal kunne godtgøre denne vurdering over for styrelsen. Ved mistanke om mulig hvidvask eller terrorfinansiering skal der altid foretages identificering af kunden.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fører som nævnt tilsyn med, at pengeoverførselsvirksomheder - den form for virksomhed, som klageren har tilladelse til at udøve - lever op til de krav, der er fastsat i loven.

I den forbindelse skal virksomhederne give Erhvervs- og Selskabsstyrelsen de oplysninger, der er nødvendige til brug for tilsynet, jf. lovens § 32, stk. 3, herunder til brug for at undersøge, om virksomhederne overholder sine pligter i henhold til loven, særlig pligten til at være opmærksom på kunders mistænkelige aktiviteter og pligten til i visse tilfælde at indberette kunder til hvidvasksekretariatet.

...

Styrelsens anbringender:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har forstået advokat As klage således, at der primært klages over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har indberettet advokatens klient til SØK.

Hertil skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bemærke, at en indberetning/underretning eller alternativt en anmeldelse til politiet ikke er en afgørelse i forvaltningslovens eller hvidvasklovens forstand, men et faktisk forvaltningskridt, som der ikke kan klages over.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal derfor indstille, at denne del af klagen afvises fra behandling i ankenævnet.

For det tilfælde at ankenævnet alligevel måtte ønske at tage stilling til klagerens synspunkt om proportionalitet, skal styrelsen bemærke, at indberetningen ikke kun har baggrund i styrelsens kontrolbesøg af 15. oktober 2008 og den efterfølgende afgørelse af 19. november 2008, men også i det tidligere gennemførte kontrolbesøg og opfølgning herpå, som ikke fuldt ud er efterlevet.

Der kan derimod klages over den afgørelse, der ligger til grund for styrelsens indberetning.

Hertil skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen imidlertid bemærke, at styrelsen ikke er enig i de faktiske oplysninger, som advokaten har fremført om klagerens klients mistanke. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har under kontrolbesøget drøftet indberetningspligten med klagers klient

og i den forbindelse har denne redegjort for en række tilfælde, hvor han har fundet de faktiske omstændigheder mistænkelige, og hvor der muligvis kan have fundet hvidvask sted. På trods heraf har han dog ikke foretaget indberetning. Advokaten oplyser imidlertid nu, at dette ikke har været tilfældet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har truffet afgørelse på baggrund af de oplysninger, som styrelsen har modtaget under de udførte kontrolbesøg. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mener ikke at kunne kritiseres herfor.

I forhold til advokat As bemærkning om, at hans klient ikke har været forpligtet til at foretage indberetning om mulig hvidvask pga. manglende oplysninger om den pågældende kunde, skal styrelsen hermed anføre at pligten til indberetning også gælder ved henvendelse, der har eller har haft forbindelse til hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme. Ved mistanke om at en henvendelse om overførsel af penge kan have forbindelse til hvidvask, som anført af B under kontrolbesøget, skal der således foretages indberetning med de oplysninger, som er tilgængelige. Der er endnu ikke tale om et kundeforhold, og derfor ikke krav om legitimation, men der skal foretages indberetning med de oplysninger, som er tilgængelige, evt. i form af navn, telefonnummer, kontonummer e.l.

Til dette skal styrelsen gøre opmærksom på, at B gav udtryk for, at han ind i mellem modtager penge på sin konto før han bliver kontaktet af kunden, som ønsker pengene overført. Hvis overførslen senere ikke ønskes gennemført og der er mistanke om hvidvask e.l., vil der kunne foretages indberetning indeholdende kontooplysninger.

Med hensyn til det med klagen fremsendte legitimationsdokument fra en svensk ...bank bemærkes, at styrelsen ikke har været præsenteret for dette dokument tidligere. Tillige skal styrelsen oplyse, at denne form for legitimationsdokument udstedt af en svensk ...bank som udgangspunkt ikke anerkendes som legitimationsdokument i henhold til hvidvaskloven. Det vil således skulle bero på en konkret vurdering af proceduren omkring udfærdigelsen af det pågældende dokument, om dokumentet kan sidestilles med pas, kørekort e.l. billedlegitimation udstedt af en offentlig myndighed.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anerkender som udgangspunkt kun de identifikationsdokumenter, der er nævnt i punkt 127 i Finanstilsynets vejledning om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og terrorfinansiering. [Finanstilsynets vejledning nr. 10119 af 22. december 2006].

...”

I skrivelse af 21. april 2009 har advokat A yderligere anført:

” ...

Om min klient kan jeg oplyse, at han før, han fik asyl i Danmark, virkede som skolelærer i Afghanistan i en by beliggende i den

nordvestlige del af landet. Baggrunden for hans asylansøgning var, at ca. 8.000 medlemmer af den "sekt", som han tilhørte, blev myrdet af Taleban-tilhængere, og det er derfor indlysende, at min klient har den største ulyst til på nogen som helst måde at medvirke til, at uønskede elementer støttes.

Det er min klients aldeles faste overbevisning, at de transaktioner, som han udfører for kunder, enten har et egentligt forretningsmæssigt sigte eller blot har til formål at støtte familiemedlemmer.

Min klients broder driver i Afghanistan en virksomhed af sammenlignelig art og det tillidsforhold, som naturligt eksisterer mellem brødrene, medfører derfor, at hans virksomhed er i stand til at drage omsorg for en betydelig hurtigere ekspedition af overførsel af pengebeløb til modtagerne i Afghanistan, idet han ved meddelelse til sin broder om, at han har modtaget et nærmere angivet beløb, som skal tilgå f.eks. en familie i Afghanistan, medfører, at broderen umiddelbart kan overføre beløbet til de pågældende fra sin virksomhed i Afghanistan, idet broderen kan føle sig sikker på, at en betaling snarest efter vil tilgå fra Danmark. Således fungerer min klients og broderens virksomhed tilsammen som en art bank.

Denne effektivitet værdsættes af mange, og det sikrer min klient en vis succes.

Tillidsforholdet medfører tillige, at der kan ske omfattende "modregninger" mellem virksomheder i f.eks. Afghanistan, Kina, Dubai, Danmark og Sverige, idet betalinger kan modregnes på kryds og tværs, således at en række omkostningsfordyrende overførsler kan undgås.

Min klient har aldrig gennemført overførsler af penge, hvor han har næret den ringeste tvivlsom, at transaktioner i sig selv er aldeles lovlige.

Min klients kundekartotek var tidligere primitivt, men det er der rettet op på, således at dette føres på edb, og jeg vedlægger en fuldstændig udskrift af kundekartoteket.

Det vil af kundekartoteket ses, at min klient fører nøje kontrol med kunderne, og at alle relevante oplysninger noteres.

Det beror på en måske af sproglige grunde forårsaget misforståelse, når det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anføres, at min klient under kontrolbesøg, skulle have oplyst, at han ved enkelte transaktioner har haft mistanke om hvidvask eller lignende.

Min klient benægter nogensinde at have foretaget en transaktion, hvor han har haft en sådan mistanke.

Det, som min klient har oplyst, er, at han i nogle ganske få tilfælde har fået en opringning, hvor den potentielle kunde ingen oplysninger har

villet give, og hvor ingen transaktion er fundet sted, når min klient har oplyst omkostningerne ved transaktionen. I disse ganske få tilfælde har den potentielle kunde oplyst, at omkostningerne har været for store, og at vedkommende ville henvende sig til anden virksomhed. Det må være indlysende, at hvis min klient ingen oplysninger overhovedet har haft om den pågældende, har han ikke haft mulighed for at foretage indberetning.

I et enkelt tilfælde har min klient kunnet aflæse telefonnummeret på en potentiel kunde, hvor ingen transaktion blev resultatet af henvendelsen, og i dette tilfælde er der da også sket indberetning.

...

Vedrørende legitimation/billedlegitimation:

Min klient mener at have overholdt det krav, som fremgår af redegørelsen ..., og det skal i denne forbindelse påpeges, at visse banker i Sverige er officielle udstedere af identitetskort.

Jeg skal i denne forbindelse henvise til vedlagte fra internettet indhentede oplysninger om udstedelse af identitetskort i Sverige.

Således fremgår det heraf, at 4 nærmere angivne banker er berettigede til at udstede identitetskort, og at ...banken ... er fusioneret ind i Swedbank. Når dette nævnes skyldes det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har udtrykt, at et af ...banken ... udstedt identitetskort ikke skulle være et officielt kort. Dette er urigtigt.

Som det fremgår af kundekartoteket, har min klient i samtlige kundeforhold sikret sig cpr.nr., og i ganske få tilfælde kørekortnumre. Billedlegitimation er tillige indhentet i samtlige tilfælde.

Når henses i formuleringen af Hvidvasklovens § 12, stk. 7, mener min klient til fulde at have overholdt de forpligtelser, der i øvrigt følger af lovens § 6, 7 og 12.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen synes i øvrigt også at have misforstået min klients oplysninger om, hvorvidt der spørges om formålet med betalingerne. Min klient stiller altid spørgsmål herom, og når der ikke er gjort særlige notater herom, skyldes det, at min klient ikke på noget tidspunkt har haft nogen grund til at tro, at de meddelte oplysninger ikke var sandfærdige, og at de angivne formål i alle tilfælde har været lovlige og virkede sandsynlige i forhold til arten af kunden sammenholdt med den stedfundne betalings størrelse. Der har således ikke foreligget baggrund for at gøre særskilte notater om formålene, jf. lovens § 6, stk. 2, jf. § 6, stk. 1.

I denne forbindelse skal bemærkes, at min klient opbevarer oplysninger om alle stedfundne transaktioner og disses størrelse.

Min klient har overfor mig oplyst, at en stor del af hans kunder som følge af erfaringer fra deres oprindelige hjemlande med hensyn til, hvorledes myndigheder dér opfører sig, har en vis indgroet mistillid til

offentlige myndigheder og derfor som udgangspunkt er betænkelige med at meddele oplysninger om sig selv mv. Min klient må derfor udfolde store bestræbelser for at tilvejebringe de nødvendige oplysninger om identitet mv.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 19. maj 2009 heroverfor bemærket:

”...

I forhold til den indsendte kopi af virksomhedens kundekartotek skal styrelsen gøre opmærksom på, at de i forbindelse med de udførte tilsyn udleverede oplysninger om kunder og overførsler ikke har den samme udformning. De i forbindelse med de udførte tilsyn udleverede lister indeholder således bl.a. ikke oplysninger om, hvorvidt kunden er mødt personligt eller indirekte. De i forbindelse med de udførte tilsyn udleverede bilag fremsendes til Erhvervsankenævnet som bilag til dette brev.

Det er desuden under tilsynet oplyst, hvilket styrelsen har lagt vægt på i sin afgørelse, at størstedelen af virksomhedens kunder ikke er mødt personligt, men ofte blot foretager transaktionen ved hjælp af telefon eller mail.

Det anføres, at virksomheden aldrig har foretaget en transaktion, hvor der har været mistanke. Dette er ikke anfægtet af styrelsen, men det er under tilsynene oplyst, at virksomheden har afvist kunder, førend en transaktionen er blevet foretaget. Der er dog ikke sket indberetning til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, på trods af, at kravet herom i hvidvasklovens § 7, stk. 1, vedrører mistanke i forhold til transaktion eller henvendelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal desuden henvise Erhvervsankenævnet til styrelsens redegørelse af 9. marts 2009 vedrørende krav om indberetning af de tilgængelige oplysninger til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

Det er endvidere af advokat A anført, at styrelsen skulle have givet udtryk for, ”at et af ...banken ... udstedt identitetskort ikke skulle være et officielt kort”. Dette er ikke korrekt, da styrelsen i sin redegørelse af 9. marts 2009 blot har givet udtryk for, at ”denne form for legitimationsdokument udstedt af en svensk Sparbank som udgangspunkt ikke anerkendes som legitimationsdokument i henhold til hvidvaskloven”. Det er dog ligeledes anført, at det vil ”bero på en konkret vurdering af proceduren omkring udfærdigelsen af det pågældende dokument, om dokumentet kan sidestilles med pas, kørekort e.l. billedlegitimation udstedt af en offentlig myndighed”.

Der er således ikke taget konkret stilling til identifikationspapirer udstedt af en svensk bank, men der er i Finanstilsynets vejledning om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og terrorfinansiering

[Finanstilsynets vejledning nr. 10119 af 22. december 2006] oplistet en række forhold, som skal være overholdt for at et identifikationsdokument kan opfylde kravene i henhold til vejledningen.

I relation til nærværende sag er denne konkrete vurdering dog uden betydning, da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som anført i redegørelsen af 9. marts 2009, aldrig har været præsenteret for det vedlagte legitimationsdokument førend fremsendelse af klagen til Erhvervsankenævnet. De under kontrolbesøget fremviste legitimationsdokumenter, som efter styrelsens opfattelse ikke opfylder hvidvasklovens krav til dokumentation, var således som nævnt bl.a. et medarbejderkort fra en dansk virksomhed og et kundekort til et svensk ... supermarked.
..."

Advokat A er den 12. juni 2009 fremkommet med følgende bemærkninger:

" ...

K erkender, at firmaet i sin indledende fase ikke i alle henseender har levet fuldt ud til de krav, som stilles i Lov om Forebyggende Foranstaltninger mod Hvidvask af Udbytte og Finansiering af Terrorisme.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har aflagt 2 inspektionsbesøg hos min klient, og min klient har herefter indrettet sig således i enhver henseende, som man nu mener at efterkomme ethvert krav, som er gældende for virksomheden.

Jeg antager, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er enig heri, idet der ikke fra styrelsen er fremsat bemærkninger om, at det af mig fremsendte dokumentationsmateriale ikke skulle dokumentere dette.

Således viser min klients kundekartotek, om der er fundet personligt møde sted eller ej, ligesom personnumre, telefonnumre, adresser mv. angives.

Gennemførslen af hver enkelt transaktion dokumenteres i øvrigt, som det fremgår af vedlagte kopi (kundenr. 304).

Min klient har i øvrigt for nylig, jf. vedlagte indberetning af 2. juni 2009, foretaget indberetning i et mistænkeligt tilfælde.

I tilfælde, hvor min klient ikke er tilfreds med den tilbudte identifikation, anmodes om bekræftelse om personnummerbevis, således som det fremgår af vedlagte "personbevis" for kundenr. 28.

Jeg har specielt forespurgt min klient, om det er korrekt, at man har stillet sig tilfælde med identifikation af den art, som angives ... i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens ovennævnte skrivelse (medarbejderkort fra en dansk virksomhed og et kundekort til et svensk ... Supermarked).

Min klient stiller sig uforstående overfor påstanden om, at virksomheden skulle have accepteret denne form for identifikationspapirer – min klient hævder ikke at være bekendt med denne form for identifikation.

Min klient er fortsat noget i vildrede med, om der skal foretages indberetning i tilfælde, som forekommer, at en ukendt potentiel kunde, hvis telefonnummer ikke kan aflæses hos min klient, forespørger om en overførsel, men efter anmodning om nærmere specifikation af identitet mv. alligevel ikke ønsker noget foretaget, men hvor den potentielle og ukendte kundes navn mv. forbliver ukendt.

Et sådant tilfælde vil det eneste, som min klient vil kunne oplyse, være, at virksomheden har modtaget en forespørgsel på et bestemt klokkeslæt, men i øvrigt intet kan oplyse.

Min klient ville sætte pris på at få be- eller afkræftet, at der i et sådant tilfælde skal ske indberetning.

...”

Ankenævnet udtaler:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indberetning af K v/B til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet er ikke en afgørelse som kan påklages til Erhvervsankenævnet. Denne del af klagen afvises derfor, jf. lov om Erhvervsankenævnet § 1, stk. 1, sammenholdt med § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påser pengeoverførselsvirksomheders overholdelse af hvidvaskloven, jf. lovens § 32, stk. 1.

Ud fra de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke, at der er grundlag for at vurdere de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påtalte forhold om K v/Bs manglende overholdelse af pligter i henhold til hvidvaskloven, som i det væsentligste også er erkendt af klager, anderledes end styrelsen.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved afgørelsen af 19. november 2008 påtalte forhold med den af styrelsen anførte begrundelse.

4.10. LOV OM OMSÆTNING AF FAST EJENDOM

44) Kendelse af 13. marts 2009 (J.nr. 2008-0016811).

Klager opfylder ikke kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling, og alene kortere periode godkendt som relevant praktisk erfaring vedrørende ejendomsformidling.

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 6 og nr. 7.

(Christian Hjorth-Andersen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. maj 2008 har K klaget over, at Erhvervs- og Byggestyrelsen i skrivelse af 16. maj 2008 har afslået, at han opfylder kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6, og at styrelsen alene har godkendt 9 uger som relevant praktisk erfaring i henhold til lovens § 25, stk. 2, nr. 7.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Byggestyrelsens afgørelse af 16. maj 2008 hedder det:

”...

Afgørelse:

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at eksamensbeviset for ejendomsmæglerkursus udstedt i juni 1992, ikke opfylder kravet om teoretisk indsigt, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6, da dette er udstedt forud for de uddannelseskrav, som blev fastsat i medfør af lov om omsætning af fast ejendom.

Erhvervs- og Byggestyrelsen vurderer på det foreliggende grundlag, at du alene har dokumenteret 9 ugers relevant praktisk erfaring i henhold til lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 7. Styrelsen vil ikke udelukke, at yderligere erhvervs erfaring kan godkendes, men der må i så fald indsendes yderligere dokumentation for dine opgørelser af tidsforbrug.

Afgørelsen begrundes nedenfor.

Nærmere om kravet til dokumentation for teoretisk indsigt:

Du har med anmodning om godkendelse af kravet om teoretisk indsigt, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6, fremsendt eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus, udstedt i juni 1992.

Eksamenen er bestået efter dagældende lov om ejendomsmæglere, lbk. 182 af 25. marts 1988, og dagældende bekendtgørelse om

ejendomsmæglerkursus og kursus i ejendomsvurdering, bkg. nr. 548 af 20. juli 1990.

Bestemmelserne omkring ejendomsmægleruddannelsen blev revideret i forbindelse med vedtagelsen af lov om omsætning af fast ejendom, der trådte i kraft den 1. januar 1994, dog således at bestemmelserne om kravet til teoretisk indsigt trådte i kraft den 1. august 1993.

I motiverne til forslag om lov om omsætning af fast ejendom (lovforslag nr. 225, 1992) fremgår bl.a.:

”Med kravene i nr. 6) og 7) er der sket en nyskabelse på ejendomsformidlingsområdet, idet der herved er gjort op med spørgsmålet om fri adgang til at udøve hvervet som ejendomsformidler. Det skal ikke længere være muligt at udøve hvervet på baggrund af et næringsbrev - med de få krav der stilles til et sådant. Fremover skal ejendomsmæglere have teoretisk og praktisk uddannelse. Det bemærkes, at kvalifikationsniveauet som minimum bør være det nuværende uddannelsesniveau til ejendomsmægler, og at der tilstræbes et kvalitetsløft i forhold hertil.”

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6 og 7, er suppleret af bekendtgørelse om optagelse i ejendomsmæglerregistret

...

Med henvisning til at det af forarbejderne til lov om omsætning af fast ejendom fremgår, at formålet bl.a. er sikre et kvalitetsløft i mægleruddannelsen, er det Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering, at et eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus efter tidligere lovgivning ikke kan udgøre grundlaget for dokumentation for teoretisk indsigt i medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6.

Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering støttes herudover på, at der i lov om omsætning af fast ejendom blev indsat overgangsbestemmelser, som havde til formål at sikre, at ejendomsmæglere, som var registreret efter hidtil gældende lovgivning, kunne søge om optagelse i ejendomsmæglerregistret i medfør af lov om omsætning af fast ejendom...[jf.] lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 1 og stk. 2

Med eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus ville det således umiddelbart var muligt at kræve mæglerregistrering efter dagældende regler, og dermed kunne benytte overgangsbestemmelserne i lov om omsætning af fast ejendom inden for de i § 37 fastsatte frister.

Med henvisning til, at det bl.a. fremgår af forarbejderne til lov om omsætning af fast ejendom (lovforslag nr. 225, 1992), at konsekvensen af fristoverskrivelse er, at ansøgeren ikke kan optages i medfør af overgangsreglen i § 37, hvorfor ansøgeren må opfylde samtlige krav for registrering som ejendomsmægler i lovforslagets § 25, stk. 2, er det Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering, at det mindre i det mere i form af et eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus efter dagældende regler,

ikke opfylder nuværende krav om dokumentation for teoretisk indsigt, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6.

Af samme grund er det Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering, at der ikke er grundlag for dispensation i medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 2.

Der er ikke herved taget stilling til, i hvilket omfang eksamensbeviset kan meritoverføres.

Nærmere om kravet til dokumentation for praktisk erfaring:

I medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 7, jf. bekendtgørelse om optagelse i ejendomsmæglerregistret § 1 nr. 1, skal ansøgeren 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.

Erhvervs- og Byggestyrelsen har på www.ebst.dk oplyst nærmere om, hvad styrelsen lægger vægt på ved vurdering af den praktiske uddannelse.

Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering af den enkelte ansøgers praktiske erfaring er konkret. Erhvervs- og Byggestyrelsen stiller dog grundlæggende det krav, at de opgaver, som ansøgeren har udført, skal have givet ansøgeren praktisk kendskab til ejendomsformidling, og at det praktiske kendskab har aktualitet.

Efter styrelsens opfattelse er følgende arbejdsopgaver centrale for at kunne opfylde kravet om praktisk erfaring herunder ved afgørelsen af, i hvilket omfang anden erhvervs erfaring kan indgå i vurderingen:

1. Indhentelse af relevante oplysninger om ejendommen
2. Værdiansættelse af ejendomme
3. Udarbejdelse af salgsprovenu
4. Udarbejdelse og indgåelse af formidlingsaftale
5. Udarbejdelse af salgsopstilling
6. Kunderådgivning og fremvisning
7. Forhandling mellem køber og sælger
8. Udfærdigelse af købsaftaler (slutsedler)
9. Berigtigelse af handlen (skødeskrivning)

Styrelsen har noteret, at mange af de opgaver, som du har udført er sket gennem selvstændig virksomhed, hvilket medfører, at du ikke gennem lønsedler og lign. kan dokumentere varigheden af de enkelte opgaver.

Det forhold, at varigheden og omfanget af de enkelte opgaver ikke kan dokumenteres ved arbejdsgivererklæring eller anden uafhængig eller objektiv dokumentation, skærper efter styrelsens opfattelse kravene til, hvordan varigheden og indholdet af de givne opgaver skal dokumenteres.

Skødeskrivningen via A kan udgøre relevant erhvervs erfaring, jf. ovenfor, men omfanget må i så fald dokumenteres med fakturaer. Styrelsen godkender derfor ikke denne praktiske erfaring på det foreliggende grundlag.

Rådgivning af privat kunde omkring finansiering og styring af større byggeri ... kan alene godkendes for så vidt angår finansieringsrådgivningen, der i så fald skal dokumenteres yderligere, enten i form af korrespondance, faktura eller lign., før styrelsen kan tage stilling til det oplyste tidsforbrug.

Indkøb af villa kan godkendes, men tidsforbruget kan næppe samlet set udgøre mere end én uge samlet set.

Påtænkte udlejninger på andre huse kan ikke godkendes, da udlejningsvirksomhed og administration heraf i sig selv ikke kan anses for relevant praktisk erfaring.

Indkøb m.v. af 8 huse på Lolland, udarbejdelse af salgsoptillinger, godkendes skønsmæssigt med 2 måneder (8 uger) på fuld tid.

Håndværksmæssig indsats på egne huse godkendes ikke, da det ikke udgør relevant erhvervs erfaring.

Erhvervs erfaring for Møbler for 9 små hjem, Hotel 9 små hjem vurderes ikke længere at besidde den fornødne tidsmæssige aktualitet.

...”

I den endelige klageskrivelse af 4. juli 2008 har K anført:

” ...

Resume:

Jeg finder styrelsens afslag af 16. maj 2008 på min ansøgning af 26. februar 2008 vedr. godkendelse til ejendomsmægler efter lov om omsætning af fast ejendom skal omgøres, både i forhold til det teoretiske grundlag og den praktiske uddannelse.

Det teoretiske krav:

Jeg finder mit bevis for det teoretiske grundlag fra 1992 er tilfredsstillende da det opfylder kravene for teoretisk indsigt, på tidspunktet for vedtagelsen af lov om omsætning af fast ejendom, den 30. juni 2003.

Optagelse i Ejendomsmæglerregistret i medfør af § 25 om lov om omsætning af fast ejendom er reguleret ved bekendtgørelse 607 af 28. juni 1996, om optagelse i Ejendomsmæglerregistret.

Det er gældende bekendtgørelse.

Efter bekendtgørelsen § 1 punkt 2 er optagelse i Ejendomsmæglerregistret blandt andet betinget af ansøgeren kan fremlægge eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved

handelsskolerne efter de herom af Undervisningsministeriet fastsatte regler.

Mit teoretiske grundlag efter en bekendtgørelse fra 1990 er først ændret radikalt i efteråret 2006. Med ophævelse af bekendtgørelse nr. 559 af 30. juni 1997 om uddannelse til ejendomsmægler og ejendomsvurdering. Denne bekendtgørelse er i forhold til det teoretiske grundlag helt identisk med bekendtgørelse nr. 287 af 3. maj 1995 (om uddannelse til ejendomsmægler og ejendomsvurdering). Bekendtgørelsen fra 1995 ophæver bekendtgørelse 548 af 20. juli 1990 om ejendomsmæglerkursus mv. som er den teoretiske ramme mit eksamensbevis af juni 1992 er udstedt efter.

Jeg finder min teoretiske uddannelse skal godkendes.

Det praktiske krav:

Jeg finder min praktiske erfaring skal godkendes, med minimum 2 år.

Optagelse i Ejendomsmæglerregistret i medfør af § 25 om lov om omsætning af fast ejendom er reguleret ved bekendtgørelse 607 af 28. juni 1996, om optagelse i Ejendomsmæglerregistret.

Det er gældende bekendtgørelse.

Efter bekendtgørelsen § 1, punkt 1 er optagelse i Ejendomsmæglerregistret blandt andet betinget af ansøgeren kan dokumenteres 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 til svarende praktisk kunnen.**

Der er tidligere af Ejendomsmæglerkommissionen godkendt 8 måneder og der foreligger en arbejdsgivererklæring for perioden fra juni 1994 til april 1998, med et udsagn om fuldtidsbeskæftigelse vedr. fast ejendom for et tidsrum af 2 år – 2 år og 4 måneder.

Endvidere har styrelsen i et notat af 13. oktober 2003 ... anført vejledningen om godkendelse af praktisk erfaring er et udgangspunkt, altså ikke "skal" men "kan" følges, og et skøn er muligt.

Indledning:

Denne klage er udformet ud fra mit nuværende arbejde som sagsbehandler på klagesager i P.t. med skatteankenævn ... og ... som områder.

Min erfaring som sekretær for flere nævn er, at overblikket først kommer når der er tilført en del detaljer, og sagen samtidig indeholder et resume.

Herunder ofte sagsbehandling med klagers baggrund i det civile samt den skatteretlige baggrund. Derfor har jeg et afsnit med civil baggrund, relateret til den "formelle" baggrund for klagen.

Min ansøgning om godkendelse af den praktiske erfaring er ved mit brev af 26. februar 2008. ...

Indtil nu har jeg ikke haft brug for at indhente et næringsbrev, og har ikke haft tænkt nærmere over at søge om godkendelse af den praktiske erfaring, som jeg principielt alene har betragtet som en formalitet. Så stor var min forbløffelse da sagsbehandlingen startede med at betvivle det teoretiske fundament og endte med tilsidesættelse af det teoretiske fundament samt alene godkendelse af ni uger praktisk erfaring. ...

Derfor har jeg valgt at udforme denne klage, så den burde være tilpas fyldig, i forhold til at kunne se min baggrund såvel teoretisk som praktisk.

Baggrund, civilretligt:

Jeg er ... 52 år. Opvokset på Lolland. Flyttede som 18-årig til København efter en elevplads i en bank. Boede i København i 24 år og flyttede i 1998 tilbage til Lolland.

I perioden i København har jeg været meget flittig, i forhold til at tilegne mig kompetencegivende grunduddannelse og diverse fagstof. Spændende fra bankuddannelsen med henholdsvis den 1-årige bankskole samt den 2-årige bankskole og diverse kurser, over 15 linjer Merkonom (hele afsluttede uddannelser) til jurist. Totalt har jeg fra 1973 til 1998 - det sidste fag på jurauddannelsen - været til cirka eksamen 120 gange.

Overordnet udgør de cirka 120 enkelteksaminer omkring tre hele universitetsuddannelser i omfang. Dog ikke med tre specialer fra et universitet, men jeg har undervejs været med på mere end 15 studiekredse på Merkonom, herunder enkelte som eneste deltager.

...

I forhold til fagstof indenfor de nævnte områder har jeg således rig erfaring i hvordan et givet fag typisk er opbygget og hvordan eksamen afvikles samt bedømmes.

Herunder har jeg erfaring i spændet fra udenadslære til egentlig problemformulering med selvstændig redegørelse, analyse og løsningsforslag. Både skriftligt og mundtligt.

Klagens udformning omkring specielt det teoretiske grundlag er med baggrund i min forholdsvis store erfaring fra de nævnte passerede eksaminer

Udover egentlig tilegnelse af fagstof og en hel HF (adgangsgivende eksamen til jurauddannelse, via snit 9,1 med optagelse i 1993) har jeg til tider tilegnet mig andet stof, herunder bl.a. psykologi og til dels filosofi. Så det er den primære baggrund for mine øvrige kommentarer til klagen, over manglende godkendelse af såvel det teoretiske som praktiske grundlag.

Baggrund, praktiske erfaring:

I foråret 1991 søgte jeg den daværende Ejendomsmæglerkommission om godkendelse af den praktiske erfaring, 2 år.

Det resulterede i godkendelse ca. 8 måneders erfaring. ...

På det tidspunkt var der begyndt at være dannet tvivl om hvorvidt erfaring fra en bank med fx handel med pantebreve og handel med obligationer kunne være basis for 100% godkendelse. Jeg fik ved erklæringen af 7. marts 1991 ikke godkendt noget af erfaringen fra bankansættelser, da ordlyden i de to erklæringer åbenbart ikke var fyldestgørende, i forhold til kommissionens praksis for godkendelse.

Efterfølgende har jeg som fuldtidsarbejde været beskæftiget en del med tvangsauktioner og noget med lejeforhold.

Det er attesteret af den daværende arbejdsgiver,

Med et udsagn om jeg har været fuldtidsbeskæftiget ca. 2 år og 4 måneder med omsætning af fast ejendom. ...

Efter det sidste job i København har jeg i eget regi skrevet skøder og ydet rådgivning omkring fast ejendom. Samt købt nogle huse i eget navn.

...

Det oplyste jeg om i forbindelse med ansøgningen af 26. februar 2008, mest som en supplerende oplysning, sammen med oplysning om jeg i løbet af de ti år jeg har boet på Lolland har haft jævnlig kontakt til den lokale ejendomsmægler.

...

Privat har jeg fulgt nuværende lovgivning om energiattester, det nye byggereglement og lov om at fjerne jord. For at kunne følge ændringer løbende, i forhold til huse.

I mit nuværende fuldtidsjob ... har jeg været beskæftiget med en del klagesager med emner omkring fast ejendom. Typisk udlejning af sommerhus (40% reglen contra regnskabsmetoden). Virksomhedsordningen. Forældrekøb. Salg af fast ejendom efter ejendomsavancebeskatningsloven (EBL), parcelhusreglen.

Endvidere har jeg senest november 2007 fulgt et kursus i aktuel skat.

Direkte i forhold til fast ejendom har jeg i januar 2008 fuldført 4 dages kursus med henblik på at kunne udfylde rollen som sagsbehandler for et Vurderingsnævn.

I privat regi, større skriftlig afhandling:

Udover disse mere eller mindre formelle oplysninger vil jeg påpege jeg på egen hånd har skrevet en større "afhandling" om dårlige betalere i forhold til realkreditbelåning og supplerende pantebreve i fast ejendom. For at imødegå dårligere betalere og en lempelig behandling af alle involverede parter.

Med behandling af økonomi, jura og psykologi. Færdiggjort i sommeren 1992. Produktet på ca. 250 sider er ikke afsat til nogen, men specielt daværende Kreditforeningen Danmark viste interesse, og det var på basis af mine grundtanker man dengang oprettede et "brandkorps", som nu er nedlagt.

Jeg havde sendt mine grundlæggende tanker i efteråret 1990, på to ark.

Jeg har naturligvis materialet fra afhandlingen endnu, og da det i stort omfang er med basistanker gemmer jeg det formentlig til evighed, fordi jeg dengang satte mig meget grundigt ind i såvel psykologi (herunder egentligt eksamenskrævet uddannelse) samt det for mig i forvejen kendte materiale med økonomi og jura omkring ejendomme.

"Afhandlingen" blev fulgt op på universitetsuddannelsen i jura, dvs. specialet på 3 enheder omhandler netop det emne. Se eksamensbevis jura. ...

Det teoretiske grundlag:

....

Min opfattelse af den teoretiske del, dvs. den beståede eksamen.

Ad lovmotiv fra 1992: Kvalifikationsniveau som minimum det daværende uddannelsesniveau til ejendomsmægler.

Jeg har med en bestået eksamen fra 1991 for den skriftlige del og fra 1992 for den mundtlige del på faget Ejendomshandel netop det daværende uddannelsesniveau til ejendomsmægler, jfr. bkg. nr. 548 af 20. juli 1990.

Efter bekendtgørelsen kapital 2, § 4 omfatter ejendomsmæglerkursus undervisningsfagene ejendomsjura og ejendomshandel. Hvert fag normalt med et omfang til 25% af et arbejdsår (studieår).

Efter § 5 var formålet med undervisningen i ejendomsjura, at deltagerne opnår viden om love og andre retsregler om fast ejendom og der anvendes i praksis med særligt henblik på omsætning af fast ejendom.

Efter § 6 var formålet i ejendomshandel, at deltagerne opnåede en detaljeret viden om salg og udlejning af fast ejendom, virksomheder og lignende, og om prioriteringsformer og de skattemæssige konsekvenser ved overdragelse af fast ejendom.

Efter den senere bekendtgørelse om uddannelse til ejendomsmægler og kursus i ejendomsvurdering, bek. nr. 287 af 3. maj 1995, ... - henhold til § 2, stk. 7 og § 18, stk. 2 i lov nr. 508 af 30. juni 1993 om åben uddannelse er kravene i min forkortede form således:

§ 3. Undervisningsfagene ejendomsjura og ejendomshandel, hver fag normalt med et omfang svarende til 25 pct. af et arbejdsår (studieår på fuld tid).

Til ejendomshandel er knyttet studiekredsarbejde, § 3, stk. 3 og §§ 4-6.

§ 7 I ejendomshandel en skriftlig prøve a 6,5 timer og en mundtlig prøve af ca. 20 minutter.

§ 28, stk. 2. Personer, der inden den 1. november 1991 havde bestået prøverne i fagene lovgivning om fast ejendom og ejendomsomsætningens retsregler efter de hidtidige regler havde adgang til undervisning i faget ejendomshandel, på lige fod med personer, der havde bestået ejendomsjura, jf. § 3, stk. 2.

Jeg havde bestået lovgivning om fast ejendom i februar 1990 og ejendomsomsætningens retsregler i juni 1989.

Bekendtgørelse nr. 287 af 3. maj 1995 ophæver samtidig med sin ikrafttræden den 1. august 1995 bkg. nr. 548 af 20. juli 1990 om ejendomsmæglerkursus og kursus i ejendomsvurdering, jf. § 27.

Dvs. lovmotiverne fra lovforslag 225, 1992 – til lov nr. 453 af 30. juni 2003 om minimum uddannelsesniveaet gældende i 1992 har jeg med min eksamen med bevis af juni 1992 opfyldt, så alene af grund mener jeg den teoretiske beviste indsigt opfylder de krav der blev fastsat med vedtagelsen af lov om omsætning af fast ejendom, dvs. med lov 453 af 30. juni 1993, med ikrafttræden henholdsvis 1. august 1993 og 1. januar 1994, jf. § 36.

Endvidere er forudsætningen jævnfør Bekendtgørelse om optagelse i ejendomsmæglerregister (Bek 607 af 28. juni 1996 ... - efter bekendtgørelsens § 1 punkt 2) at ansøgeren kan fremlægge eksamensbevis for bestået

ejendomsmæglerkurs ved handelsskolerne efter de herom af Undervisningsministeriet fastsatte regler.

Jeg kan netop fremlægges eksamensbevis fra en handelsskole, efter regler fastsat ved bekendtgørelse 548 af 20. juli 1990.

Bekendtgørelse 607 af 28. juni 1996 om Optagelse i Ejendomsregistret indeholder i sin ordlyd ikke andet krav end et eksamensbevis, ikke noget om hvorvidt en eksamen senere kan opfattes som forældet, eller niveauet ikke er tilstrækkeligt efter senere bekendtgørelse. Dvs. der er ikke i bekendtgørelsen delegeret noget skøn, i forhold til teori. Afslaget med at tilsidesætte en ældre eksamen er en indfortolkning styrelsen har foretaget, der er ikke noget belæg i bekendtgørelsen.

Derfor finder jeg indfortolkningen om mit teoretiske grundlag skulle være forældet eller have for lavt niveau skal tilsidesættes. Dvs. mit eksamensbevis af juni 1992 skal kunne udgøre betingelserne for den teoretiske indsigt, jævnfør bekendtgørelsen af 28. juni 1996.

I forhold til uddannelsen på merkonomskolerne har bekendtgørelsen om uddannelse til ejendomsmægler og kursus i ejendomsvurdering ikke skiftet egentligt indhold i perioden 1992 til 1997 bekendtgørelsen, som først er ophævet med virkning 1. januar 2007.

Efter bek nr. 287 af 3. maj 1995, ...

har faget ejendomshandel på ingen måde skiftet karakter.

Det er præcis samme ordlyd.

...

Styrelsens henvisning til Lov 453 af 30. juni 1993, § 37 om overgangsregel.

Styrelsens vurdering for afslag i forhold til det teoretisk bygges endvidere på § 37, stk. 1 og stk. 2 i lov om omsætning af fast ejendom.

...

Jeg havde netop ingen beskikkelse som ejendomsmægler eller næringsbrev som ejendomshandler og ikke søgt inden 1. november 1993,

hvor overgangsreglen er fastsat til. Derfor finder jeg behandling af min ansøgning efter § 37 er irrelevant.

Den foretagne behandling efter § 37 for at støtte forvaltningens synspunkt mener jeg ud fra et forvaltningsretligt synspunkt er en voldsomt indskrænkende fortolkning af kravet om godkendelse af den teoretiske indsigt.

Vurderingen med at anvende en overgangsregel der delvist fritager for teoretisk indsigt finder jeg er irrelevant, da jeg netop har en teoretisk indsigt, men efter styrelsens opfattelse opfylder indsigten måske ikke nugældende krav til teoretisk indsigt.

Herunder bemærkes styrelsen ikke på nogen måde har henvist til nogen retsregler, bekendtgørelse, cirkulærer, læreplaner eller andet, som angiver kravene i år 2008 til teoretisk indsigt er ændrede, i forhold til godkendelse af den forelagte teoretiske indsigt.

Således finder jeg ikke afslaget kan gøres gældende med henvisning til specielt § 37.

Ligesom jeg generelt finder afslaget omkring den teoretiske indsigt ikke er gyldigt, da jeg netop havde opfyldt de uddannelsesmæssige betingelser på tidspunktet for lovens vedtagelse, og styrelsen ikke har påvist nye betingelser.

...

Det bemærkes jeg i 1993 har eksamen i Ejendomsvurdering. ...

Afslag, kvalitetsløft i forhold til jurauddannelsen.

I afslaget fra styrelsen anføres ... under motiverne til lovforslaget, at der i forhold til uddannelsesniveautet tilstræbes et kvalitetsløft.

Afslaget behandler ikke hvorvidt jeg med min oplysning om at have afsluttet en juridisk embedseksamen i 1998 ... (aftenstudie påbegyndt 1993) ... eventuelt har opnået et kvalitetsløft.

Jeg mener ubetinget en juridisk kandidatuddannelse er et kvalitetsløft.

Herunder er bacheloruddannelsen på 3 år med 180 ECTS-point og kandidatuddannelsen på 2 år med 120 ECTS-point. Mens uddannelsen til ejendomsmægler maksimalt udgør 60 ECTS-point, målt på niveauet i 1992.

Bacheloruddannelsen med Formueret 1 (15 ECTS), Formueret 2 (22,5 ECTS) Formueret 3 (7,5 ECTS) og Formueret 4 (7,5) ECTS som totalt udgør 52,5 ECTS modsvarende 60 ECTS for 1 års studieværk.

Formueret 1-4 må svare til tidligere benævnelser som formueret, ejendomsret og obligationsret.

Således finder jeg ubetinget jurauddannelsen må udgøre et kvalitetsløft, specielt i forhold til lov om Familie- og Arveret, ægteskabets retsregler, tinglysning, pant og generelt hele Ejendomsretten og Obligationsretten, udover juridisk Metodelære.

...

Afslag, kvalitetsløft Merkonom. 15 totalt linjer i Merkonom, totalt 46 enkeltfag

I perioden 1984-1992/93 inklusive har jeg fuldført 15 totale linjer i Merkonom.

...

Herudover som enkeltfag:

Konkurs mv.

Reklame.

Ejendomsvurdering, fra 1993. Dvs. overbygningen til ejendomsmægler.

Med min forholdsvis detaljerede viden om fagene på Merkonom vil jeg påpege det vil være yderst få merkantile fag jeg ikke har kendskab til, selv om indholdet i nuværende regi formentlig vil tilstræbe mere analyse og redegørelse samt problemløsning, mod tidligere nogen udenadslære (checkspørgsmål) kombineret med cases, der måske ikke indeholdt fx den juridiske metode og egentlig problemløsende indsats, herunder rådgivning.

Dvs. jeg mener at have forholdsvis indgående kendskab til store områder af den handelsmæssige verden.

Afslag teori, mine almene betragtninger

Som 18-årig erhvervede jeg et kørekort med angivelse af det gælder til jeg er 70.

Selv om det måske burde være anderledes er der ikke indført en lovgivning som betinger jeg erhverver fx erfaring med glatbanekørsel.

Det er ikke en betingelse med en ny prøve, men baserer sig på den en gang erhvervede.

Det kan i sagens natur ikke som eksempel udstrækkes til at skulle gælde alle områder, da ny viden og væsentlige ændret lovgivning kan betinge supplerende kurser kan være nødvendige. Dog har det fx indtil videre ikke været tilfældet med betegnelsen cand.jur.

Dvs. et "før krigen" bevis stadig gælder som cand. jur. Endvidere er det ikke lykkedes at få indført uddannelsen til jurist skal udgøre mere end 5 år, selv om alle ønsker at udvide stoffet.

Det "før krigen" bevis som student gælder stadig som betegnelse, selv om uddannelsen formentlig er mere i retning af analyse og selvstændighed samt argumentation, men stadig er uddannelsen alene 3 år.

Med jura og student vides formentlig det i praksis er begrænsede stofmængder der kan indlæres på henholdsvis 5 og 3 år, så derfor er det mere et spørgsmål om hvilke kvalifikationer der ønskes efter endt studium, fx udenadslære i forhold til selvstændig behandling af et givet stof. Herunder Juridisk metode, fx til tilegnelse af nye love.

Således kan jeg gætte på ejendomsmægleruddannelsen vil bevæge sig i retning af analyse, men da bekendtgørelsen om uddannelsen til ejendomsmægler fra 30. juni 1997 har været gældende til ultimo 2006 har det taget en rum tid.

Min uddannelse er fra 1992 og såfremt jeg samtidig med erhvervelse af et SE-nummer i 2006 havde tænkt over det havde jeg formentlig søgt om godkendelse til mægler, og så havde bekendtgørelsen fra 1997 været udgangspunktet, og den har jeg opfyldt, ved den passerede uddannelse i 1992.

...

Afslag, praktisk erfaring

...

Min angivelse af skødeskrivning annonceret via A, anslået til 3-4 måneder fra juli 2006, mener styrelsen skal dokumenteres ved korrespondance, fakturaer eller lignende. Jeg har selvangivet indtægterne og det er hvad jeg ønsker at oplyse det offentlige om "den foretagne virksomhed". Der er intet godkendt i tid.

Rådgivning af privat kunde om finansiering og styring af byggeri ... fordres også korrespondance med videre. Jeg selvangiver indtægter, og ønsker ikke at belemre en kunde med styrelsens ønsker om dokumentation. Jeg har anslået 2,5 – 3 måneder fra juli 2006. Der er intet godkendt i tid.

Indkøb af 8 huse har jeg anslået til 2-3 måneder. Der er skønsmæssigt godkendt 8 uger, mens samlede afslag anerkender 9 uger.

Relevant indgået udlejning og påtænkte udlejninger (påtænkte bliver det ofte til, dvs. ej indgåelse af en kontrakt, sådan er virkeligheden) har jeg anslået til 1 måned.

Der er intet godkendt.

Egen håndværksmæssig indsats for at kunne omsætte ejendomme har jeg vurderet til 2 måneder. Der er intet godkendt i tid. Jeg finder stadig det er relevant, i forhold til at få en ejendom omsat.

Ulønnet erfaring via den lokale ejendomsmægler C, forbigås i tavshed i afslaget. Herunder var anført mægleren vil bekræfte forholdet.

Tidligere godkendt erfaring – fra Ejendomsmæglerkommissionen med ca. 8 måneder,
... forbigås også i tavshed i afslaget.

Ansættelse i perioden juni 1994 til april 1998 i ..., København med erklæring af 27. april 1998 ... med anslået erhvervsfaring omkring omsætning af fast ejendom anslået til 2 år – 2 år og 4 mdr., fuld tid anføres i afslaget ikke længere at besidde den fornødne tidsmæssige aktualitet.

Praktisk erfaring, min opfattelse:

Som jeg læser afslaget har medarbejderen i styrelsen (der har kun været en person i sagsbehandlingen, jævnfør afslaget), har denne i selve afgørelsen udelukkende anvendt argumenter der har bidraget til et afslag.

Herunder bemærker jeg spidst oplysningen om ulønnet erfaring fra den lokale mægler og oplysningen om tidligere godkendt erfaring forbigås i tavshed.

Herunder bemærker jeg, at afslagets ordlyd med tidsmæssige aktualitet ikke bærer nogen form for henvisning til en lov, bekendtgørelse, cirkulære eller offentliggjort afgørelse. Endvidere bærer ordlyden med tidsmæssig aktualitet ikke nogen form for hovedhensyn der har været bestemmende for skønsudøvelsen, jf. forvaltningsloven § 24. Alene derfor finder jeg skønnet er ugyldigt og min påstand om godkendelse af de 2 år – 2 år og 4 måneder erklæringen ... angiver skal finde sted.

Mine oplysninger i ansøgningen om nuværende indsats omkring ejendomme var ment en slags supplerende oplysninger til den tidligere godkendte erfaring og den erfaring jeg opnåede i perioden 1994-1998 samt den løbende sparring med den lokale ejendomsmægler.

Undervejs i tiden med denne klage har jeg fremfundet ældre "kataloger" dækkende Merkonom. ...

For Merkonomskolen i København 1989/90 ...

Den praktiske erfaring ...

.. kan være:

Beskæftigelse som ejendomsmægler eller ejendomshandler

Beskæftigelse i pengeinstitut med udlånsager ...

Beskæftigelse på advokatkontor med opgaver ...

Beskæftigelse i tilsvarende områder ...

Selvstændig virksomhed som ejendomshandler.

Fra D, merkonomafdelingen 1992/1993 side 58 og 59 er det samme tekst.

...

Undervejs i tiden med denne klage et jeg stødt på et notat af 13. oktober 2003...

Notatet ... omhandler de praktiske opgaver ansøger har været beskæftiget med og betydning af tidspunktet ansøger har været beskæftiget med relevante opgaver samt dokumentationskrav. ...

Det jeg vil fremhæve i denne klage fra notatet er:

Ansøgeren skal have været beskæftiget med minimum 5-7 af 14 angivne opgaver i 2 år, uanset om ansøgeren har opnået sin praktiske uddannelse af hos en ejendomsmægler eller andre steder. ...

Styrelsen udelukker ikke på forhånd andre forhold kan være relevante og kan indgå i vurderingen. Der er således blot tale om en vejledning.

Ansøgeren kan udover de 14 angivne momenter have været beskæftiget med andre forhold, der relaterer sig til ejendomsformidling og omsætning af fast ejendom. ...

Alderen på arbejdsgivererklæringer er ikke afgørende, de anførte 10 år er kun et vejledende udgangspunkt. ...

Hvis arbejdsgivererklæring ikke kan fremskaffes kan dokumentation være ved andre personer bekræfter ansøgerens ansættelse (det kan være ulønnet, da ingen har stillet krav om lønnet tilknytning).

Slutteligt vil jeg fremhæve ansøgeren – jævnfør Bekendtgørelse om optagelsen i Ejendomsmæglerregister, nr. 607 af 28. juni 1996, § 1 punkt 1 ... skal kunne dokumentere at have været ansat på heltid i mindste 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver der kan antages at have givet praktisk kendskab til ejendomsformidling, **eller gennem anden beskæftigelse at have opnået tilsvarende praktisk kunnen.**

I afslaget er bekendtgørelsen af 28. juni 1996 ikke nævnt, selv om det er fremgået af en mail af 17. april 2008, ... fra Styrelsens medarbejder, til mig.

... Dvs. medarbejderen ... har kendt bekendtgørelsen, men ikke anvendt teksten med gennem anden beskæftigelse at have opnået tilsvarende kunnen.

De nuværende 9 punkter anført i afslaget er som jeg læser det en reduktion fra 1988 til 2006, men det er ikke noget lovkrav. Det er således ikke et "skal" følges, men nærmere et "kan" følges.

Som jeg læser vejledningen i ... er hensigten ansøgeren har prøvet at opnå erfaring svarende til 2 års fuldtidsbeskæftigelse med ejendomsformidling, og det mener jeg ubetinget at have opnået.

Min indstilling/påstand er således den anførte praktiske uddannelse skal godkendes, med minimum 2 år.
..."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Byggestyrelsen i udtalelse af 11. august 2008 oplyst:

"...

Erhvervs- og Byggestyrelsen kan henholde sig til afgørelsen af 16. maj 2008.

...

Med henvisning til lov om omsætning af fast ejendom og bkg. om optagelse i mæglerregistret § 1, nr. 2, bemærker styrelsen, at ansøgeren ved optagelse i registret skal vedlægge eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved handelsskolerne efter de herom af undervisningsministeriet fastsatte regler. Hermed forstås de på

ansøgningstidspunktet *gældende* regler fastsat af undervisningsministeriet, ...

Med hensyn til sammenfald mellem undervisningsfag efter bkg. nr. 548 af 1990 om ejendomsmæglerkursus og *gældende* regler om teoretisk grundlag for registrering som ejendomsmægler, 1) akademiuddannelse i finansiel rådgivning (VVU), 2) Finansøkonom (AK) og 3) Tillægsuddannelse i ejendomsformidling for akademikere, ... bemærker Erhvervs- og Byggestyrelsen, at reglerne fastsættes af undervisningsministeriet, og at styrelsen ikke har kompetence til at vurdere, om klagers eksamen helt eller delvist kan meritoverføres, ...

Mens der med hensyn til godkendelsen af den praktiske erfaring i bkg. om optagelse i ejendomsmæglerregistret er forudsat dels en konkret vurdering, dels at erfaring med ejendomsformidling kan opnås gennem anden beskæftigelse end ved ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed, giver lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6, jf. bkg. om optagelse i ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 2, efter styrelsens opfattelse ikke mulighed for at fravige eller dispensere fra de af undervisningsministeriet fastsatte regler om teoretisk grundlag for registrering som ejendomsmægler, ...

Ad praktisk erfaring:

...

Med henvisning til godkendelse af den praktiske erfaring i øvrigt bemærker styrelsen, at der er tale om en konkret vurdering.

Styrelsen tiltræder klagers bemærkning om, at det i bkg. om optagelse i ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1, fremgår, at praktisk erfaring og kendskab til ejendomsformidling kan opnås ved anden beskæftigelse end ved ansættelse i ejendomsmæglervirksomhed.

Med henvisning til begrundelsen i styrelsens afgørelse af 16. maj 2008 har styrelsen imidlertid ikke fundet, at klager – bortset fra de konkret godkendte opgaver/projekter – har dokumenteret i nyere tid at have været beskæftiget med opgaver, som har givet praktisk kendskab i ejendomsformidling.

Styrelsen har i afgørelsen meddelt, at vurderingen af den praktiske erfaring er foretaget på det *foreliggende grundlag*, men bemærker i øvrigt, at klager ikke efterfølgende over for Erhvervs- og Byggestyrelsen og ej heller i klagen har gjort yderligere for at dokumentere opnået praktisk erfaring.

Med hensyn til ...– Ejendomsmæglerkommissionens brev af 7. marts 1991 – ..., læser Erhvervs- og Byggestyrelsen ikke brevet således, at kommissionen har godkendt 8 måneders erhvervs erfaring. Efter styrelsens opfattelse skal brevet læses således, at Ejendomsmæglerkommissionen ikke på det foreliggende grundlag kan godkende klagers praktiske erfaring.

Såfremt brevet skal læses som en godkendelse af 8 måneders erhvervs erfaring, anser Erhvervs- og Byggestyrelsen sig ikke bundet heraf, idet styrelsen, jf. vejledningen om godkendelse af praktisk erfaring ved optagelse i Ejendomsmæglerregistret, som udgangspunkt ikke vil godkende praktisk erfaring fra arbejdsopgaver, der er udført mere end 6-8 år før ansøgningstidspunktet. I den forbindelse bemærkes, at hjemmelsgrundlaget herfor følger af administrativ praksis, jf. styrelsens vejledning. Med henvisning til forarbejderne til lov om omsætning fast ejendom, og det heri forudsatte kvalitetsløft, er kravet om erhvervs erfaringens aktualitet efter styrelsens opfattelse både sagligt velbegrunder og proportionalt.
...”

K er ved skrivelser af 7. september og 8. november 2008 fremkommet med yderligere indlæg, og Erhvervs- og Byggestyrelsen har den 7. oktober 2008 fremsat yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 6 og nr. 7 i lov om omsætning af fast ejendom (lovbekendtgørelse nr. 1073 af 2. november 2006 med senere ændringer), at en person, som ønsker optagelse i det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentligt førte register over ejendomsmæglere, bl.a. skal opfylde de nærmere krav til teoretisk indsigt og praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter. De nærmere regler herom findes i bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmæglerregistret (bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 som ændret ved bekendtgørelse nr. 9 af 9. januar 1997) § 1, 2. pkt., nr. 1 og 2.

Af § 1, 2. pkt., nr. 2, i bekendtgørelsen om optagelse i Ejendomsmæglerregistret fremgår, at ansøgeren skal fremlægge eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved handelsskolerne efter de herom af Undervisningsministeren fastsatte regler. Undervisningsministeriet har godkendt 3 uddannelsesveje, hvilket er akademiuddannelse i finansiell rådgivning (VVU) med ejendomshandel som speciale, Finansøkonom (AK) med ejendomshandel som speciale, suppleret med 3 VVU fag og tillægsuddannelse i ejendomsformidling for akademikere.

K's eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus fra 1992 opfylder ikke de på ansøgningstidspunktet herom af Undervisningsministeren fastsatte regler om teoretisk grundlag som ejendomsmægler. Der er ikke herved taget stilling til om nogen del af K's eksaminer kan meritoverføres.

Loven om omsætning af fast ejendom indeholder alene overgangsregler om, at enhver, der den 1. august 1993 havde beskikkelse som ejendomsmægler eller næringsbrev som ejendomshandler, efter ansøgning senest den 1. november 1993 havde ret til at blive optaget i Ejendomsmæglerregistret uden at skulle opfylde lovens uddannelses- og praksiskrav. Henset hertil og til formålet med at indføre et uddannelses- og praksiskrav i forbindelse med lov om omsætning af fast ejendom, finder ankenævnet, at K ikke opfylder det nuværende krav om teoretisk indsigt, jf. lovens § 25, stk. 2, nr. 6.

De nærmere krav til den praktiske kunnen fremgår af § 1, 2. pkt. nr. 1 i bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmægler-registret, hvorefter ansøgeren skal 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.

Ankenævnet finder på det foreliggende grundlag, at det ud fra karakteren og omfanget af K's beskæftigelse ikke er godtgjort, at K har opnået en praktisk kunnen i ejendomsformidling, der kan sidestilles med beskæftigelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed udover 9 uger, som fastsat ved Erhvervs- og Byggestyrelsens afgørelse.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Byggestyrelsens afgørelse af 16. maj 2008.

Klager opfylder ikke kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling.

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 6.

(Ingrid Henriksen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 3. december 2008 har advokat A på vegne af K klaget over, at Erhvervs- og Byggestyrelsen i skrivelse af 7. november 2008 har fastslået, at han ikke opfylder kravene til teoretisk indsigt vedrørende ejendomsformidling, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Byggestyrelsens afgørelse af 7. november 2008 hedder det:

” ...

Afgørelse

Der kan afgives forhåndsgodkendelse ... for så vidt angår den praktiske erfaring.

Erhvervs- og Byggestyrelsen har truffet afgørelse om, at ... [uddannelsen] ikke opfylder kravene til teoretisk indsigt i henhold til gældende lovgivning. ...

Uddannelse

...

Eksamen er bestået efter dagældende lov om ejendomsmæglere (lov nr. 218 af 08. juni 1966) og daggældende bekendtgørelse om ejendomsmæglerkursus m.v. (bkg. 346 af 22. juni 1984).

Erhvervs- og Byggestyrelsen bemærker, at nedenstående gør sig gældende for personer, som ikke har benyttet overgangsbestemmelsen og således ikke tidligere har været optaget i ejendomsmæglerregisteret.

Bestemmelserne omkring ejendomsmægleruddannelsen blev revideret i forbindelse med vedtagelsen af lov om omsætning af fast ejendom, der trådte i kraft den 1. januar 1994, dog således at bestemmelserne om kravet til teoretisk indsigt trådte i kraft den 1. august 1993.

I motiverne til forslag om lov om omsætning af fast ejendom (lovforslag nr. 225, 1992) fremgår bl.a.:

”Med kravene i nr. 6) og 7) er der sket en nyskabelse på ejendomsformidlingsområdet, idet der herved er gjort op med spørgsmålet om fri adgang til at udøve hvervet som ejendomsformidler. Det skal ikke længere være muligt at udøve hvervet på baggrund af et næringsbrev – med de få krav der stilles til et sådant. Fremover skal ejendomsmæglere have teoretisk og praktisk uddannelse. Det bemærkes, at kvalifikationsniveauet som minimum bør være det nuværende

uddannelsesniveaue til ejendomsmægler, og at der tilstræbes et kvalitetsløft i forhold hertil.”

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 6 og 7, er suppleret af bekendtgørelsen om optagelse i ejendomsmæglerregistreret...

Med henvisning til at det af forarbejderne til lov om omsætning af fast ejendom fremgår, at formålet bl.a. er sikre et kvalitetsløft i mægleruddannelsen, er det Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering, at er eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus efter tidligere lovgivning ikke kan udgøre grundlaget for dokumentation for teoretisk indsigt i medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6. Der er ikke herved taget stilling til, i hvilket omfang eksamensbeviset kan meritoverføres. Det er Undervisningsministeriet, der fastlægger i hvilket omfang den erhvervede eksamen kan meritoverføres, eventuelt helt eller delvist.

Erhvervs- og Byggestyrelsens vurdering støttes herudover på, af der i lov om omsætning af fast ejendom blev indsat overgangsbestemmelser, som havde til formål at sikre, at ejendomsmæglerne, som var registreret efter hidtil gældende lovgivning, kunne søge om optagelse i ejendomsmæglerregistreret. ...

Med eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus ville det således umiddelbart være muligt at kræve mæglerregistrering efter dagældende regler, og dermed kunne benytte overgangsbestemmelserne i lov om omsætning af fast ejendom for de i § 37 fastsatte frister.

Med henvisning til, at det bl.a. fremgår af forarbejderne til lov om omsætning af fast ejendom (lovforslag nr. 225, 1992), at konsekvensen af fristoverskrivelse er, at ansøgeren ikke kan optages i medfør af overgangsreglen i § 37, hvorfor ansøgeren må opfylde samtlige krav for registrering som ejendomsmægler i lovforslagets § 25, stk. 2, er det Erhvervs- og Byggestyrelsen vurdering, at det mindre i det mere i form af et eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus efter dagældende regler, ikke opfylder nuværende krav om dokumentation for teoretisk indsigt, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6.

Af samme grund er det Erhvervs- og Byggestyrelsen vurdering, at der ikke er grundlag for dispensation i medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 2.
...”

I klageskrivelse af 3. december 2008 har advokat A anført:

”...

Sagens baggrund er, at min klient blev uddannet i pengeinstitutsektoren i 1978, og arbejdede i denne branche, indtil han begyndte som ejendomsmægler i 1985, da han blev ansat hos ejendomsmægler B Samtidig med ansættelsen bestod min klient eksamen i juni 1987 som statsautoriseret ejendomsmægler,

Efter uddannelsen vendte min klient tilbage til den finansielle sektor med forskellige arbejdsopgaver primært med relationer til ejendomsmarkedet. Min klient har således været pantebrevs- og boligchef i [pengeinstitut], og efterfølgende bestridt flere lederjob i den finansielle sektor relaterende til ejendomsbranchen. I perioden fra 1. december 2002 til 1. juni 2005 var min klient eksempelvis direktør i [finansiell virksomhed],
....

Min klient har således gennem hele perioden ajourført sin viden på ejendomsbranchen gennem relevante kurser og det daglige arbejde, hvorfor min klient uden videre fik godkendt sin praktiske erfaring hos Erhvervs- og Byggestyrelsen, jfr. skrivelse af 7. november 2008,

På den baggrund forekommer det overraskende, at min klient ikke uden videre kan få godkendt sin teoretiske uddannelse. Min klient har bestået eksamen som statsautoriseret ejendomsmægler og skulle derfor pr. definition opfylde den teoretiske uddannelse. Ejendomsmæglere er – som adskillige andre professioner herunder advokater – underlagt et krav om en praktisk uddannelse ved siden af den teoretiske. Den praktiske uddannelse har netop til hensigt at sikre, at erhvervsudøveren til stadighed lever op til de kvalifikationer, som branchen kræver. Det gør min klient, og det er årsag til, at han fået godkendt den praktiske erfaring.

Det forekommer derimod mindre forståelig, at han derudover skal dokumentere, at den teoretiske uddannelse er ajourført og vedligeholdt. Min klient har bestået eksamen som statsautoriseret ejendomsmægler og skal derfor ikke op til yderligere eksamener for at leve op til de gældende teoretiske krav, idet dette netop bliver konstateret via de praktiske krav. Dette system kendes fra andre brancher, idet en person, der har bestået eksamen som cand.jur., ikke kan blive mødt med krav om yderligere teoretisk uddannelse for at opnå beskikkelse som advokat. Der vil derimod være et krav om en del praktisk erfaring indenfor retsagsbehandling m.v. for at kunne opnå beskikkelsen. ...

Ejendomsmæglere, som ikke opfyldte de teoretiske krav for at kunne blive optaget i ejendomsmæglerregistret, havde endvidere mulighed for at blive optaget i registret, såfremt den pågældende havde beskikkelse som ejendomsmægler eller næringsbrev som ejendomshandler pr. 1. august 1993. Derved er der blevet optaget personer, som ikke har opfyldt de teoretiske krav for en optagelse. Dette er imidlertid ikke tilfældet for min klient, idet han netop i 1987 bestod den teoretiske eksamen.

Min klient har ikke søgt om optagelsen i 1993, idet han jo netop havde bestået den teoretiske uddannelse og således ikke havde behov for at blive optaget via overgangsbestemmelsen i § 37, stk. 1. Min klient har haft kontakt med flere tidligere studiekammerater, som har oplyst, at de har deponeret beskikkelsen og i øvrigt ikke har været beskæftiget indenfor branchen siden de bestod eksamen. Disse kan uden videre kunne få udleveret beskikkelsen, selvom de end ikke opfylder den praktiske del af uddannelseskrauet. På den baggrund er det næppe

rimeligt og svært forståeligt, at min klient – udover at dokumentere praktisk erfaring – skal dokumentere udbygning af sin teoretiske uddannelse.

Min klient kunne selvfølgelig have søgt om optagelse i ejendomsmæglerregistret i medfør af § 37, stk. 1, men har ikke haft anledning til det, idet han netop opfyldte den teoretiske del af uddannelsen. Såfremt det var myndighedernes opfattelse, at man ville skærpe de teoretiske krav, ville det have været nærliggende at gøre min klient opmærksom på det, men min klient er på intet tidspunkt blevet gjort opmærksom på, at myndighederne betragtede dette som den korrekte fremgangsmåde, at personer som min klient blev optaget i medfør af overgangsbestemmelsen.

Min klient er på den baggrund havnet i en svær situation. Min klient er utvivlsomt bedre kvalificeret end mange prospektive ejendomsmæglere, som uden videre kan blive optaget i ejendomsmæglerregistret, selvom min klient ikke har mulighed for det. Min klient har dokumenteret og fået godkendt den praktiske erfaring, og på den baggrund burde han uden videre kunne optages.

Til imødegåelse af en sådan forskelsbehandling er der indsat en hjemmel i § 37, stk. 2, som giver mulighed for at reparere på sådanne uhensigtsmæssigheder, idet bestemmelsen åbner mulighed for, at sådanne personer kan optages i registret. Jeg gør derfor gældende, at min klient i medfør af § 37, stk. 2 skal optages i ejendomsmæglerregistret.
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Byggestyrelsen i udtalelse af 9. januar 2009 oplyst:

”...

Der er Erhvervs- og Byggestyrelsen opfattelse ..., at den beståede eksamen skal opfylde de på ansøgningstidspunktet gældende regler. ...

Som angivet i Erhvervs- og Byggestyrelsen afgørelse af 7. november 2008, har styrelsen lagt vægt på, at det af forarbejderne til lov om omsætning af fast ejendom fremgår, at formålet bl.a. er at sikre et kvalitetsløft i mægleruddannelsen. Det er derfor styrelsens fortsatte vurdering, at et eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus efter tidligere lovgivning ikke kan udgøre grundlaget for dokumentation for teoretisk indsigt i medfør af lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 6. Erhvervs- og Byggestyrelsen gør opmærksom på, at der ved afgørelsen ikke er taget stilling til i hvilket omfang klagers eksamensbevis kan meritoverføres. Det er Undervisningsministeriet, der fastlægger, i hvilket omfang dette kan lede sig gøre, eventuelt helt eller delvist. ...

Det er Erhvervs- og Byggestyrelsens opfattelse, at sammenligningen mellem bestikkelse til advokat og registrering som ejendomsmægler ... ikke er anvendelig. Der er tale om to forskellige regulerede ordninger.

Lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 1 hjemlede i en overgangsperiode optagelse i registret, såfremt ansøgeren i en sammenhængende periode på mindst et år inden for de sidste fem år forud for den 1. august 1993 som hovederhverv havde drevet selvstændig virksomhed som ejendomsformidler. Såfremt klager opfyldte kravene hertil, kunne optagelse i registret være pånået inden for perioden angivet i bestemmelsen. Ukendskab til overgangsordningen kan ikke betragtes som grundlag for optagelse i registret.

Med hensyn til klagers påstand om optagelse i henhold til dispensationsbestemmelsen i lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 2. ... henviser Erhvervs- og Byggestyrelsen til bemærkningerne til lov om omsætning af fast ejendom § 37, stk. 2 hvor det er anført:

...”Efter stk. 2 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i ganske særlige tilfælde optage personer i ejendomsmæglerregisteret, der ikke opfylder betingelserne i stk. 1. Bestemmelsen skal ses på baggrund af den korte overgangsperiode, der er fastsat i forslaget. Det fremgår af bestemmelsen, at denne kun kan finde anvendelse i ekstraordinære situationer, og at den alene giver Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mulighed for at optage disse personer efter en konkret bedømmelse af personernes samlede forhold. Det er forudsat, at bestemmelsen kun vil finde anvendelse, hvis nægtelse af optagelse i ejendomsmæglerregisteret, i det konkrete tilfælde, må anses for urimelig. Det er endvidere forudsat, at bestemmelsens anvendelsesområde er begrænset til de særlige situationer, hvor nægtelse af registrering vil lukke en igangværende ejendomsformidlingsvirksomhed, f.eks. fordi den ansvarlige ejendomshandler ikke fuldt ud kan udfylde kravet om 1 års selvstændig virksomhed eller fordi ansøgningen af undskyldelige grunde indgives et par dage for sent.”...

Ligeledes henvises der til Erhvervsankenævnets tidligere afgørelser hhv. kendelse af 5. november 1997. J. nr. 97-62.813 og kendelse af 25. januar 1999. J. nr. 98-106.607...

...”

I skrivelse af 11. februar 2009 har advokat A yderligere anført:

”...

Min klient har fremlagt eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved [handelsskole] ... Han opfylder således bestemmelsens ordlyd, men af Erhvervs og Byggestyrelsens redegørelse fremgår, at styrelsen er af den opfattelse, at min klients eksamensbevis er forældet . . .

...

Styrelsens fortolkning af lovbemærkningerne er efter min opfattelse for vidtgående, henset til at min klient netop er i besiddelse af bestået eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus ved Aalborg handelsskole.

Dette udgør i sig selv et kvalitetsløft i forhold til den tidligere lovgivning, da der inden lovændringen var fri adgang til at udøve hvervet som ejendomsformidler. Lovændringen tilstræbte således et kvalitetsløft i forhold til udøvelse på baggrund af næringsbrev, hvilket også fremgår af lovbemærkningerne, som styrelsen imidlertid har fejlciteret.

Den rette ordlyd af lovbemærkninger side 73 er som følger:

Det afgørende nye i stk. 2 er dels kravet i nr. 7) om opfyldelse af betingelsen om sikkerhedsstillelse i § 8, stk. 2, dels kravene i nr. 5) og 6) om teoretisk og praktisk kunnen for alle personer, der ønsker selvstændigt at kunne udøve erhvervet som ejendomsmægler. Det bemærkes, at kvalifikationsniveauet som minimum bør være det nuværende uddannelsesniveau til ejendomsmægler, og at der tilstræbes et kvalitetsløft hertil.

Hermed er gjort op med spørgsmålet om fri adgang til at udøve hvervet som ejendomsformidler. Det skal ikke længere være muligt at udøve hvervet på baggrund af et næringsbrev – med de få krav der stilles til et sådant jf. dog overgangsbestemmelsen i § 33. fremover skal ejendomsmæglere have teoretisk og praktisk uddannelse.

Den rette citering tydeliggør således lovforslagets formål, hvorefter lovgiver har tilstræbt at gøre op med spørgsmålet om fri adgang til at udøve hvervet som ejendomsformidler på baggrund af næringsbrev, men ikke har ønsket at afskære udøvelse på baggrund af uddannelse.

Dette underbygges endvidere af overgangsreglen i lov omsætning af fast ejendom § 37...

Min klient ansøgte således ikke om optagelse i registret i 1993 i medfør af overgangsbestemmelsen, da han opfylder betingelserne i § 25, stk. 2 nr. 6, 7, 10 og 11, idet han har fremlagt eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved [handelsskole]. Styrelsens henvisning til Erhvervsankenævnets afgørelse henholdsvis kendelse af 5. november 1997. J. nr. 97-62.813 og af 25. januar 1999. J. nr. 98-106.607 er dermed irrelevant i den anførte sammenhæng. De kan dog i stedet benyttes til fortolkning af det citerede ekstrakt fra lovbemærkningerne til forslag nr. 225/1992.

Af begge sager fremgår, at ansøger ikke har kunnet fremlægge den fornødne dokumentation i form af bestået ejendomsmæglerkursus ved handelsskolerne, hvorfor registrering blev afvist med den begrundelse, at det manglende bevis ikke udgør det i henhold til lovbemærkningerne tilstræbte kvalitetsløft.

...

Sammenfattende er det min opfattelse, at min klient har bestået de relevante kurser for at blive optaget i registret. Dette blev klart tilkendegivet, da min klient bestod den relevante eksamen. Denne uddannelse er ikke forældet, og Styrelsen har – efter min mening – fejlagtigt ligestillet min klient med en "ikke uddannet" ejendomsmægler. Herved bliver min klient stillet dårligere end dem, han tog uddannelsen

sammen med. Der ses ikke at være hjemmel til en sådan forskelsbehandling, og derfor skal min klient efter min opfattelse optages i det offentlige register over ejendomsmæglere.

...”

Af Undervisningsministeriets skrivelse af 27. juni 2006 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende det teoretiske grundlag for registrering som statsautoriseret ejendomsmægler fremgår, at ministeriet har godkendt 3 uddannelsesveje, hvilket er akademiuddannelse i finansiel rådgivning (VVU) med ejendomshandel som speciale, Finansøkonom (AK) med ejendomshandel som speciale, suppleret med 3 VVU fag og tillægsuddannelse i ejendomsformidling for akademikere.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 6 og nr. 7, i lov om omsætning af fast ejendom (lovbekendtgørelse nr. 1073 af 2. november 2006 med senere ændringer), at en person, som ønsker optagelse i det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentligt førte register over ejendomsmæglere, bl.a. skal opfylde de nærmere krav til teoretisk indsigt og praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter. De nærmere regler herom findes i bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmæglerregistret (bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 som ændret ved bekendtgørelse nr. 9 af 9. januar 1997) § 1, 2. pkt., nr. 1 og 2.

Af § 1, 2. pkt., nr. 2, i bekendtgørelsen om optagelse i Ejendomsmæglerregistret fremgår, at ansøgeren skal fremlægge eksamensbevis for bestået ejendomsmæglerkursus ved handelsskolerne efter de herom af Undervisningsministeren fastsatte regler. Undervisningsministeriet har godkendt 3 uddannelsesveje, hvilket er akademiuddannelse i finansiel rådgivning (VVU) med ejendomshandel som speciale, Finansøkonom (AK) med ejendomshandel som speciale, suppleret med 3 VVU fag og tillægsuddannelse i ejendomsformidling for akademikere.

Ks eksamensbevis for ejendomsmæglerkursus fra 1987 opfylder ikke de på ansøgningstidspunktet herom af Undervisningsministeren fastsatte regler om teoretisk grundlag som ejendomsmægler. Der er ikke herved taget stilling til om

nogen del af Ks eksaminer kan meritoverføres.

Loven om omsætning af fast ejendom indeholder i § 37, stk. 1, en overgangsregel om, at enhver, der den 1. august 1993 havde beskikkelse som ejendomsmægler eller næringsbrev som ejendomshandler, efter ansøgning senest den 1. november 1993 havde ret til at blive optaget i Ejendomsmæglerregistret uden at skulle opfylde lovens uddannelses- og praksiskrav. Henset hertil og til formålet med at indføre et uddannelses- og praksiskrav i forbindelse med lov om omsætning af fast ejendom, finder ankenævnet, at K ikke opfylder det nuværende krav om teoretisk indsigt, jf. lovens § 25, stk. 2, nr. 6.

Ankenævnet finder efter lovbemærkningerne til overgangsreglen i § 37, stk. 2, at der ikke er grundlag for at dispensere efter denne bestemmelse.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Byggestyrelsens afgørelse af 7. november 2008.

4.11. REJSEGARANTIFONDSLOVEN

46) Kendelse af 1. september 2009 (J.nr. 2008-0017684).

Rejsebureau pålagt forhøjet garantistillelse.

Rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1.

(Anders Hjulmand, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. september 2008 har advokat A på vegne af K1 ApS (nu K2 ApS) klaget over, at Rejsegarantifonden i skrivelse af 28. august 2008 har meddelt selskabet, at selskabet på grund af dets økonomiske forhold udgør en særlig risiko for at påføre fonden tab, og at fonden som følge heraf har pålagt det en forhøjet garantistillelse.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 28. august 2008 hedder det:

” ...

Ved skrivelse af 11. august 2008 meddelte fonden K1 ApS de foreløbige registreringsbetingelser for K1 ApS.

På selskabets opfordring blev de foreløbige registreringsbetingelser forelagt fondens bestyrelse på et møde den 20. august 2008, hvor bestyrelsen fastsatte de endelige registreringsbetingelser for selskabet.

Bestyrelsen stadfæstede på mødet sekretariatets foreløbige registreringsbetingelser, jf. fondens skrivelse af 11. august 2008, således at fonden som betingelse for registrering af K1 ApS kræver, at selskabet stiller forhøjet garanti i henhold til lovens § 19.

Garantien skal til enhver tid mindst svare til kundernes forudbetalinger vedrørende rejsearrangementer + 21% i tillæg vedr. hjemtransport og indkvartering, jf. dog nedenfor. Selskabet skal indberette forudbetalingsbeholdning hver 14. dag.

Garantien skal endvidere hvert år pr. 1. august forhøjes til kr. 4 mio. og til kr. 10 mio. pr. 1. december – uanset om forudbetalingsbeholdningen + 21% på de pågældende tidspunkter er lavere. Efter udløbet af skisæsonen vil garantien kunne nedsættes til forudbetalingsbeløbet + 21%.

Garantien kan aldrig – uanset forudbetalingsbeholdningens størrelse – være mindre end de lovpligtige skalatrin i forhold til selskabets pakkerejseomsætning, jf. lovens § 8.

Bestyrelsens begrundelse for afgørelsen er følgende:

Der er tale om et selskab med en stærkt sæsonbetonet omsætning af en ikke ubetydelig størrelse (ca. 25 mio. kr.). Selskabet er etableret med en egenkapital på de lovpligtige kr. 125.000.

Selskabet forventer ifølge det fremsendte budget et overskud på 0,6 mio. kr. i regnskabsåret 2008/2009. Fonden har gennemgået budgetmaterialet og har særligt noteret sig den stærkt svingende dækningsgrad. Fx budgetteres der i februar måned med en dækningsgrad på 6% mens dækningsgraden i marts er 25%, og dækningsgraden svinger igennem budgetperioden fra 2 til 65%. På dette grundlag formoder fonden, at budgettet ikke er periodiseret. Fonden har endvidere noteret sig, at der i opstartsfasen budgetteres med negativ egenkapital. Fonden har på dette grundlag kun i begrænset omfang lagt vægt på budgettet.

Fonden betragter som udgangspunkt altid budgetter som værende behæftet med vis usikkerhed. Derfor udarbejder fonden i sager vedrørende registrering af nye rejsearrangører sin egen vurdering af sandsynligheden for, at det af selskabet udarbejdede budget vil holde.

Der er i dette tilfælde tale om en videreførelse af et for fonden kendt koncept med praktisk talt den samme aktivitet, produktsammensætning, budget og ledelse som i K2 ApS, der tidligere har været registreret i fonden. Disse aktiviteterne har i K2 ApS igennem en årrække givet underskud, og det var ikke været muligt for fonden at følge udviklingen løbende pga. utilstrækkeligt regnskabsmateriale.

Fonden har derfor inddraget sin viden om K2 ApS i vurderingen af sandsynligheden for, hvorvidt K1 ApS vil udgøre en risiko for fonden. Som bekendt var fonden siden 2004, hvor reglerne om forhøjet garanti blev indført, i konstant dialog med K2 ApS om forhøjet garanti, konsolidering mv. Forløbet var langt fra tilfredsstillende.

Fonden har endvidere i vurderingen inddraget sin viden om, at der i K2 ApS var kreditorer, der ikke blev betalt, og som derfor kontaktede fonden. Det er fondens opfattelse, at det – alt andet lige – påvirker fondens risiko, hvis et selskab undlader at betale kreditorer. Ikke alene medfører det risiko for, at selskabet erklæres konkurs, men det kan også i praksis få følger på destinationerne, hvor leverandørerne ofte kender hinanden.

Fonden har på dette grundlag foretaget en samlet vurdering af det økonomiske grundlag for driften af K1 ApS, og fonden vurderer samlet set selskabets økonomi som værende utilfredsstillende og etableret på et alt for spinkelt grundlag. Fonden må derfor antage, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

...”

Advokat A klagede ved skrivelse af 25. september 2008 over afgørelsen. Klagen blev uddybet i klageskrivelse af 2. oktober 2008, hvori det er anført:

” ...

3 Baggrund

Primo 2008 købte K1 ApS ... aktiverne ud af rejseselskabet K2 ApS

...[ved] ... e-mail af 16. juli 2008 med bilag, anmeldte [advokat B] det nystartede rejseselskab K1 ApS til Rejsegarantifonden. Med ansøgningen blev der bl.a. fremsendt et 12 sider langt budget samt en oversigt over budgetforudsætninger.

Det fremgår af budgettet ..., at selskabets dækningsgrad vil være 17 % ultimo 2009, at selskabets soliditetsgrad vil være 5,05 % ved åbning og 25,35 % ultimo 2009, og at selskabets likviditetsgrad vil være 13,78 ved åbning og 7,11 ultimo 2009. Selskabets nøgletal budgetteres således at være væsentligt over de i bemærkningerne til Lov nr. 207 af 29. marts 2004 fremsatte nøgletalsværdier på henholdsvis 10 %, 6 % og 1.

...

Trods de i det fremsendte budget indeholdte nøgletal meddelte Rejsegarantifonden i e-mail af 24. juli 2008, ..., at fonden ville kræve forhøjet garantistillelse efter lovens § 19 som betingelse for en registrering. Som begrundelse herfor anføres det i e-mailen, at

”Nu har vi været det fremsendte materiale igennem og kan konstatere, at der er tale om et selskab med en kapital på 125.000 kr., som har lånt 2,2 mio. af et investeringsselskab, hvilket udgør det samlede grundlag for driften.

Med hensyn til omsætning og produktsammensætning er der overordnet set ikke væsentlige ændringer i forhold til det gamle selskab. Der er stadig tale om ca. 2/3 på skirejser og 1/3 på konferencerejser.

Det fremsendte budgetmateriale er næppe korrekt periodiseret, hvilket bl.a. bevirker store udsving i dækningsgraden og i øvrigt svækker materialets værdi.

Ved vurderingen af grundlaget for at registrere det nye selskab, må vi nødvendigvis lægge vægt på det gamle selskabs historik, eftersom det er det gamle selskabs aktivitet, der videreføres, således at det i vidt omfang er de samme destinationer, leverandørkontrakter m.v. Personkredsen omkring det nye selskab er også den samme som i det gamle.

I oplyser, at det nye selskab har købt aktiviteterne i det gamle selskab for 375.000 kr. Da det kun er aktiviteterne, der købes, må vi formode, at I (og muligvis andre kreditorer) efterlades i det gamle selskab, som ikke længere skal have nogen drift. Vi har gentagne gange understreget det uacceptable i, at leverandører

ikke betales, og I har gentagne gange forsikret os om, at beløbet ville blive betalt.

Hvis det er korrekt antaget, at der efterlades kreditorer i det gamle selskab, må vi naturligvis medtage dette i vores vurdering af risikoen ved det nye selskab, herunder risikoen for at det nye selskab også vil undlade at betale forfalden gæld.

Dette - kombineret med fondens viden om det gamle selskabs gentagne, betydelige underskud gennem flere år – gør, at vi ikke har mulighed for at registrere det nye selskab på ordinære vilkår men vil kræve forhøjet garantistillelse som betingelse for registrering.”

.... Ved brev af 22. juli 2008 til K2 ApS, ..., rejste Rejsegarantifonden antageligvis krav overfor K2 ApS om forhøjet rejsegaranti på i alt kr. 4 mio. pr. 1. august 2008 i medfør af lovens § 19. Dette krav blev ved e-mail af 29. juli 2008 fastholdt, og K1 ApS og K2 ApS så herefter ikke anden udvej end at stille den forlangte garanti på kr. 4 mio. Til belysning heraf fremlægges ... e-mail korrespondance fra perioden 28. til 29. juli 2008 mellem Rejsegarantifonden og formanden for K1 ApS C.

Ved e-mail af 31. juli 2008 kommenterede advokat B Rejsegarantifondens e-mail af 24. juli 2008. Rejsegarantifonden besvarede e-mailen ved e-mail af 4. august 2008, hvorved K1 ApS første gang modtager vilkårene for en registrering af selskabet. Af e-mail af 4. august 2008 fremgår det bl.a.:

”

Det er korrekt, at det ikke må være afgørende for vores bedømmelse af sagen, om personkredsen er sammenfaldende med en tidligere registreringssag eller ej. Det har den heller ikke været. Men den kan ikke undgå at være medvirkende ved vores bedømmelse af sandsynligheden for, at det nye selskab vil udgøre en risiko for fonden. Vi har nu siden 2004 – hvor de nye regler om forhøjet garanti blev indført – været i konstant dialog med K2 om forhøjet garanti, konsolidering mv. Forløbet har langt fra været tilfredsstillende – det har du også selv givet udtryk for. Nu anmeldes der så et nyt anpartsselskab til registrering med minimumskapital og uden væsentlige ændringer i produktsammensætning, budget mv. Historikken må nødvendigvis have en væsentlig vægt ved vores vurdering af den nye sag.

Jeg er ikke enig med dig i bemærkningen om gamle kreditorer. Der er ingen tvivl om, at det – alt andet lige – påvirker fondens risiko, hvis et selskabs ledelse undlader at betale kreditorer. Det sker heldigvis sjældent, men vi reagerer altid på det, hvis vi får kendskab til det. Ikke alene medfører det risiko for, at selskabet erklæres konkurs, men det kan også i praksis få følgevirkninger på destinationerne, hvor leverandørerne ofte kender hinanden. I denne sag har det endvidere naturligt givet anledning til undren, at

I gentagne gange har forsikret os om, at beløbet ville blive betalt, uden at dette rent faktisk er sket.

Hvis I ønsker K1 ApS registreret nu uden forelæggelse for bestyrelsen, kan det ske på flg. betingelser:

- *Selskabet skal indberette forudbetalingsbeløb medio og ultimo i måneden og skal altid forhøje garantien, hvis forudbetalingsbeløbet med et tillæg på 21% vedrørende indkvartering og hjemtransport overstiger den garanti, der på det givne tidspunkt er stillet overfor fonden*
- *Garantien skal ved registreringen udgøre 4 mio. kr. (Vi har d.d. modtaget original garanti fra [pengeinstitut] stor kr. 4 mio. kr. dækkende både K2 ApS og K1 ApS)*
- *Herudover skal selskabet forhøje garantien med yderligere 6 mio. kr. den 1. december 2008 - uafhængigt af størrelsen af forudbetalingsbeløbet på det pågældende tidspunkt - idet det er hensigten, at fonden skal modtage garantien, inden forudbetalingsbeholdningen stiger markant. Hvis forudbetalingsbeløbet + 21% på dette tidspunkt overstiger kr. 10 mio., skal garantien forhøjes yderligere.*

...

Du beder om vores vurdering af hvilke andre forhold, som kunne medføre, at der ikke skal stilles ekstraordinær sikkerhedsstillelse. Jeg kan oplyse, at det i givet fald vil være vores indstilling til bestyrelsen, at selskabet skal have en så betydelig egenkapital, at det vil være udelukket, at selskabet går konkurs. I denne vurdering indgår bl.a. vores viden om, at selskabets omsætning er meget sæsonbetonet, at vi ikke hidtil har kunnet følge udviklingen gennem året på grund af utilstrækkeligt regnskabsmateriale, og at K2 ikke var i stand til at generere et overskud men tværtimod år efter år havde en markant underskudsgrad. Vores umiddelbare vurdering vil være krav om en kontant indskudt egenkapital i omegnen af 5 mio. kr.”

...

Sagen blev herefter forelagt Rejsegarantifondens bestyrelse, der behandlede sagen på sit møde den 20. august, hvorefter afgørelsen af den 28. august 2008 ... blev meddelt K1 ApS.

... De fremsendte dokumenter [i forbindelse med aktindsigt] omfatter dog også 3 næsten identiske sider visende månedsbudgettal med dækningsgrader udarbejdet af advokat B.

4 Manglende hjemmel, overtrædelse af proportionalitetsprincippet, usaglig sagsbehandling og manglende begrundelse for krav om forhøjet garanti udover forudbetalingsbeholdningen + 21 %

4.1 Manglende hjemmel

...

Af lov om rejsegarantifond § 5, stk. 1 til 3, fremgår det, at formålet med loven er at sikre, at kunden kan få godtgjort sin forudbetaling, sine udgifter til hjemtransport og til overnatningsmulighed. Rejsegarantifonden har på baggrund af statistisk regressionsanalyse af konkurser siden 1995 beregnet, at tillægget for udgifter til hjemtransport og til overnatningsmulighed udgør 21 % af forudbetalingerne. Når Rejsegarantifonden stiller krav om garanti, der overstiger de udgifter fonden i medfør af § 5 skal erstatte, overskrider fonden utvivlsomt sin bemyndigelse i § 19 til at kræve forhøjet garanti.

Dette følger endvidere også af bemærkningerne til loven, hvoraf det fremgår:

”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.”

Videre hedder det:

”Fonden vil dog ikke kunne kræve en forhøjet garanti, der skønnes at ville overstige dens samlede tab ved rejsearrangørens konkurs.”

Krav om garanti, der overstiger forudbetalingerne + 21 %, må også af denne grund antages at være i strid med Rejsegarantifondens bemyndigelse i lovens § 19.

Det bemærkes, at konsekvenserne af, at der stilles krav om forhøjet garanti, er meget betydelige for et selskab, der bliver mødt af et sådant krav, idet garantistillelse udgør en ikke ubetydelig udgift, ligesom krav om forhøjet garantistillelse kan medføre, at et rejseselskab går konkurs. Efter sædvanlige forvaltningsretlige principper bør afgørelser, der kan have betydelige negative konsekvenser for den berørte, have klar hjemmel i loven.

4.2 I strid med proportionalitetsprincippet

Endvidere bemærkes det, at Rejsegarantifonden i medfør af lovens § 13 til enhver tid og af enhver kan forlange alle oplysninger, som skønnes nødvendige for at sikre, at loven overholdes. Rejsegarantifonden kan således løbende – og også med kortere intervaller end hver 14. dag, der er angivet i afgørelsen – forlange alle nødvendige oplysninger indberettet. Lovens § 13, der er sanktioneret ved, at Rejsegarantifonden i medfør af lovens § 17, stk. 1 kan beslutte at selskabets registrering i fonden slettes, må antages bl.a. at være møntet på den situation, at Rejsegarantifonden er usikre på et rejseselskabs økonomiske formåen, f.eks. fordi der endnu ikke foreligger regnskabstal for selskabet. Dette fremgår udtrykkeligt af bemærkningerne til loven, hvoraf det fremgår:

”Fonden vil ligeledes have mulighed for løbende at følge op over for nyregistrerede rejsearrangører/formidlere og kræve de tre

nøgletal oplyst, hvis den skønner, at der er behov herfor. Dette vil ske med hjemmel i den nugældende § 13.”

Fremsættelse af krav om forhøjet garantistillelse i medfør af lovens § 19, med deraf følgende risiko for, at et rejseselskab går konkurs, må derfor antages at være forbeholdt en situation, hvor Fonden ikke kan opnå det samme formål ved at anvende den mindre indgribende foranstaltning, som indberetningspligt i medfør af lovens § 13 udgør. Dette må gælde så meget desto mere, når Rejsegarantifonden fremsætter krav om forhøjet garantistillelse udover det forudbetalte beløb + 21 %.

4.3 Usaglig sagsbehandling

Endvidere bemærkes det, at et krav om garanti, der overstiger forudbetalingerne + 21 %, må antages at være usagligt, idet Rejsegarantifondens egne statistiske analyser, som efter alt foreliggende i sagen fortsat må antages at være gældende, ikke tilsiger en garanti, der overstiger forudbetalingerne + 21 %.

4.4 Manglende begrundelse

Det bemærkes, at Rejsegarantifonden, hverken i sin afgørelse af 28. august 2008 ..., i sine e-mails af 24. juli 2008 ... og 4. august 2008 ... eller i indstillingen af 4. august 2008 til fondens bestyrelse ..., begrundet hvorfor K1 ApS skal stille en forhøjet garanti, der overstiger forudbetalingerne + 21 %, herunder hvorfor fonden ikke mener at kunne afvente selskabets løbende indberetninger af forudbetalinger.

5 Usaglig sagsbehandling, manglende påvisning af risiko for tab, tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, ulovlige og uklare kriterier i strid med lighedsgrundsætning og manglende begrundelse for krav om forhøjet garanti i medfør af lovens § 19.

5.1 Indledning – Krav om forhøjet garanti i medfør af Lovens § 19

Lovens § 19 giver Rejsegarantifonden adgang til at stille krav om forhøjet garanti, når der efter en konkret økonomisk analyse af ansøgerens forhold er grund til at antage, at der er særlig risiko for at fonden vil lide tab.

Krav om forhøjet garanti kan, som det også er bemærket i bemærkningerne til loven, medføre, at et rejseselskab erklæres konkurs. Rejsegarantifonden har altså med § 19 fået en endog meget vidtgående bemyndigelse, som nødvendigvis må administreres med yderste forsigtighed.

Konsekvenserne af, at der rejses krav om forhøjet garanti efter lovens § 19, er imidlertid ikke alene en umiddelbar risiko for konkurs, men også en ikke ubetydelig økonomisk byrde for selskabet, idet omkostningen til garantien langt fra er negligibel. Kravet vil være af væsentlig betydning for selskabets løbende økonomiske stilling, idet omkostningen reelt vil reducere overskuddet i forholdet 1:1. Krav om forhøjet garanti vil derfor reelt kunne lukke selskabet, også selvom dette ellers er solvent og likvidt.

Krav om forhøjet garanti vil endvidere påvirke konkurrencen mellem aktørerne på markedet, og derved – såfremt kravet ikke er sagligt velbegrunder – kunne skabe en meget uheldig konkurrenceforvridning, der er samfundsøkonomisk skadelig.

I denne sammenhæng bemærkes det, at Rejsegarantifondens krav om en egenkapital på kr. 5 mio. som alternativ til en forhøjet garantistillelse på kr. 10 mio. reelt udelukker mindre selskaber fra rejsearrangørmarkedet, mens det vil give store arrangører en utilsigtet konkurrencemæssig fordel. Det bemærkes, at rejsearrangører med en mindre omsætning også i medfør af Lovens § 8 stiller en forholdsmæssig stor ordinær garanti, hvilket under Folketingets behandling af loven gav anledning til kritisk spørgsmål til ministeren.

Ved nærmere læsning af Lovens § 19 er det klart, at lovgiver har ønsket at sikre, at anvendelsen af Lovens § 19 ikke var tilfældig, men var baseret på en ”konkret analyse” og f.eks. ikke blot en ”vurdering” eller ”et nærmere skøn”, at analysen skulle vedrøre *selskabets forhold* og f.eks. ikke branchens eller konkurrenters forhold, og at analysen skulle være ”økonomisk” og f.eks. ikke blot en ”generel” analyse eller ”samlet vurdering”.

At lovgiver har opstillet sådanne klare kriterier, som må fortolkes i overensstemmelse med deres ordlyd og indskrænkende i tilfælde af tvivl, er helt overensstemmende med de anførte hensyn til det pågældende selskab og en lige og effektiv konkurrence på markedet.

5.2 Usaglig sagsbehandling – manglende vægt på budgettet

... de for K1 ApS fremsendte budgetter [viser], at selskabets dækningsgrad vil være 17 % ultimo 2009, at selskabets soliditetsgrad vil være 5,05 % ved åbning og 25,35 % ultimo 2009, og at selskabets likviditetsgrad vil være 13,78 ved åbning og 7,11 ultimo 2009.

Selskabets dækningsgrad i det fremsendte budget er – opgjort på månedsbasis – meget svingende. Der er imidlertid tale om et budget, hvilket gør det vanskeligt at periodisere efter faste principper. I bemærkningerne til loven er der endvidere intet fremført om, at dækningsbidrag skal opgøres pr. måned. Tværtimod hedder det:

”Det skal dog understreges, at der i den forbindelse skal tages højde for sæsonmæssige udsving i dækningsgraden, således at en lavere dækningsgrad [end 10 %] på bestemte tidspunkter af året ikke i sig selv kan anses for at være betænkelig.”

Som bemærket ovenfor er K1 ApS's budgetterede dækningsgrad 17 % ultimo 2009. I relation til konkursrisiko – især i selskabets første leveår, hvor der endnu ikke foreligger regnskabstal – synes det væsentligt mere relevant at lægge vægt på selskabets solvens- og likviditetsgrad end på dækningsgraden, idet den mest sandsynlige årsag til betalingsvanskeligheder må antages at være manglende likviditet, sekundært selskabets manglende evne til at skaffe yderligere likviditet på grund af ringe solvens.

Dette er i overensstemmelse med bemærkningerne til loven, hvoraf det videre fremgår:

”Ligeledes vil virksomheder med en dækningsgrad under 10 %, men med en god soliditets- og likviditetsgrad heller ikke blive vurderet som behæftede med en særlig risiko.”

Når Rejsegarantifonden noterer sig den svingende dækningsgrad og anfører, at man ikke har kunnet lægge vægt på budgettet, er dette ikke udtryk for en fyldestgørende saglig behandling af det af K1 ApS fremsendte budget, idet Rejsegarantifonden som anført i bemærkningerne til loven endvidere burde have ladet den budgetterede likviditets- og solvensgrad indgå i vurderingen.

5.3 Usaglig sagsbehandling – manglende udarbejdelse af konkret økonomisk analyse og påvisning af risiko for at fonden vil lide tab

...

I bemærkninger til [lovens § 19] hedder det herom:

”Rejsearrangører, der på de ovenfor beskrevne måder, er blevet udvalgt til nærmere undersøgelse, vil herefter få foretaget en konkret økonomisk analyse af deres økonomiske soliditet og likviditetsberedskab. Fonden vil her kunne benytte den allerede eksisterende hjemmel i lovens § 13 til at kræve yderligere nøgletal, regnskabsoplysninger og budgetter.

Viser en konkret analyse, at en rejsearrangør/formidler har et utilstrækkeligt økonomisk fundament, eller hvis det skønnes, at en nystartet virksomhed vil have et utilstrækkeligt kapitalgrundlag i forhold til den planlagte drift, har fonden mulighed for at kræve, at rejsearrangøren/formidleren stiller en forhøjet garanti.” [Mine understregninger]

...

Indledningsvist bemærkes det, at fonden skal foretage en konkret økonomisk analyse af, om der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab, og ikke om det fremsendte budget kan holde. Det er altså ikke i sig selv tilstrækkeligt at vurdere, om det fremsendte budget kan holde eller ej.

... Idet jeg tillader mig at gå ud fra, at Rejsegarantifonden har fremsendt alle akter i sagen, kan jeg konstatere, at disse ikke omfatter den ifølge begrundelsen udarbejdede ”vurdering”. Der foreligger endvidere ikke noget dokument, der kan kvalificeres som en ”konkret økonomisk analyse”, som anført i bemærkningerne til loven.

En sådan analyse må antages at omfattet f.eks. en begrundet analyse af de fremlagte budgettal baseret forskellige worst case scenarier med angivelse af forventet sandsynlighed. Udarbejdelse af en sådan økonomisk analyse er relativt enkel, almindelig anvendt ved vurdering af forretningskoncepter og budgetter, og burde derfor indgå i den konkrete

økonomisk analyse, der skal danne grundlag for en så indgribende beslutning, som krav om forhøjet garanti efter lovens § 19 er.

Rejsegarantifonden har ikke udarbejdet den i loven forudsatte konkrete økonomiske analyse og har derfor ikke påvist, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

5.4 Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

I overensstemmelse med, hvad der ovenfor under pkt. 4 er anført om proportionalitetsprincippet, skal jeg ikke undlade at påpege, at det i bemærkningerne til loven i umiddelbar fortsættelse af de sidstnævnte citater anføres, at:

”Såfremt fonden finder, at rejsearrangørens/formidlerens økonomiske grundlag er usikkert, men ikke at der er tilstrækkelig risiko til at kræve en forhøjet garantistillelse, vil fonden som hidtil i stedet kunne vælge at følge firmaets økonomi mere indgående og fx stille krav om kvartalsmæssig indberetning af nøgletal i medfør af lovens § 13.”

Fonden vil således kunne stille krav om løbende at modtage nøgletal fra K1 ApS. Disse tal kan fonden nemt og hurtigt analysere, og såfremt der kan påvises en reel risiko for, at fonden vil lide tab, kan der herefter forlanges en forhøjet garantistillelse efter lovens § 19.

Såfremt fonden ikke modtager de ønskede nøgletal, kan fonden i medfør af lovens § 17, stk. 1 beslutte at slette registreringen, hvilket må antages at være den rette retsvirkning af tilsidesættelse af indberetningspligten.

5.5 Usaglig sagsbehandling – ulovlige kriterier

Det fremgår af begrundelsen for afgørelsen af 28. august 2008, at Rejsegarantifonden har ”inddraget sin viden om K2 ApS”.

K2 ApS er, som det også fremgår ovenfor, en anden juridisk enhed end K1 ApS.

...

Der skal [efter lovens § 19] altså lægges vægt på den pågældende arrangørs økonomiske forhold.

Ved gennemførelsen af § 19 bortfaldt den tidligere gældende bestemmelse om forhøjet sikkerhedsstillelse, hvorefter

”Fonden kan kræve forhøjet garantistillelse af en arrangør eller en formidler for en udenlandsk arrangør, når en ejer af virksomheden eller den person, der reelt driver virksomheden, og som er knyttet til ejeren på samme måde som fastsat i aktieselskabslovens § 115, stk. 1, 2. pkt., eller et medlem af virksomhedens bestyrelse eller direktion inden for de seneste 5 år har været ejer af eller medlem af bestyrelsen eller direktionen i en anden virksomhed, som inden for dette tidsrum ikke rettidigt har betalt skyldige beløb til fonden i henhold til § 7, § 9, stk. 2, og §§ 15 og 17. Er den registreringspligtige et selskab m.v., anses som ejer også en

person, der besidder sådanne kapitalandele i virksomheden, som henregnes til hovedaktionæraktier efter aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4, eller et selskab m.v., der besidder sådanne kapitalandele i virksomheden, som er omhandlet i kursgevinstlovens § 6 B, stk. 3.”

Lovgiver har altså erstattet den tidligere bestemmelse, der var møntet på særlige ”brodne kar” i rejsearrangørbranchen, med en mere saglig økonomisk vurdering af alle rejsearrangøren. Det bemærkes, at havde lovgiver tillige vurderet eller fundet det formålstjenligt, at bestemte personer i sig selv udgjorde en særlig økonomisk risiko for fonden, eller at bestemte personer skulle kunne udelukkes fra rejsebranchen, kunne § 19, stk. 1 have været indarbejdet i den nugældende § 19.

På baggrund af ovenstående må det antages, at det er i strid med formuleringen af den nugældende § 19, at lægge vægt på personsammenfald i ledelse og at inddrage forhold vedrørende andre end den pågældende arrangør ved fastsættelse af krav om forhøjet garantibeløb. Det bemærkes i den forbindelse, som også anført under pkt. 4.1 og 5.1, at der for beslutninger af indgribende karakter må kræves udtrykkelig lovhjemmel, og at en sådan hjemmelsbestemmelse ved fortolkningstvivil bør fortolkes indskrænkende.

Det bemærkes for god orden skyld, at K2 ApS aldrig har påført fonden eller sine gæster tab.

Usaglig sagsbehandling – uklare kriterier og tilsidesættelse af lighedsgrundsætninger

Hvis Rejsegarantifonden tillægger forhold vedrørende en anden juridisk person betydning i en afgørelse, der er bebyrdende for K1 ApS, vil dette næsten utvivlsomt føre til vilkårlighed og dermed tilsidesættelse af almindelige lighedsgrundsætninger.

For hvorledes kan et selskab sikre sig fuld indsigt i forhold, der vedrører et andet selskab?

Og hvorledes kan et selskab overbevise Rejsegarantifonden om, at de forhold, der gjorde sig gældende i et andet selskab, ikke tillige vil gøre sig gældende i det nye selskab? Især da Rejsegarantifonden, som det fremgår af begrundelsen i den foreliggende sag, kun summariske angiver hvilke forhold, der gjorde sig gældende for det andet selskab.

Efter min opfattelse fremstår det som en yderst betænkelig sammenblanding, at lade en juridisk person blive belastet af forhold, der vedrører en anden juridisk person. Dette er særligt tydeligt, når det bemærkes, at de forhold, der lægges vægt på, end ikke er præciseret og kvalificeret, så de kan indgå i den økonomiske analyse, der efter lovens § 17 og bemærkningerne til loven skal gennemføres, før et selskab kan pålægges forhøjet garantistillelse.

Endvidere bemærkes det, at Rejsegarantifonden tilsyneladende også rent juridisk sammenblander de to selskaber K2 ApS og K1 ApS.

... [der] sondres ... ikke mellem hvilket selskab, der erklæres konkurs. Det må dog selvsagt være det, der ikke har betalt sine kreditorer, altså K2 ApS.

Det forklares heller ikke, hvordan K2 ApS manglende betaling af leverandører skulle kunne "*få følger virkninger på destinationerne*". Leverandørerne er selvsagt bekendt med, at de indgår aftale med et nyt selskab. Hvis leverandørerne er nervøse for deres betaling, må og vil de selvsagt tage deres forholdsregler ved indgåelse af aftaler med K1 ApS. Men det er vel også mindst lige så sandsynligt, at leverandørerne vurderer, at risikoen ved at handle med K1 ApS er mindre end ved (fortsat) at handle med K2 ApS. I begge tilfælde vil fondens risiko for tab være mindre, end hvis K2 ApS fortsat skulle stå som arrangør af disse rejser.

I øvrigt bemærkes det, at det naturligvis ikke er selskabet, der skal overbevise Rejsegarantifonden om, at forhold, der gjorde sig gældende i et andet selskab, ikke tillige vil gøre sig gældende i det nye selskab, men Rejsegarantifonden, der skal påvise, at de samme økonomiske forhold vil kunne lægges til grund i en økonomisk analyse af selskabet.

Det har Rejsegarantifonden ikke gjort. I så fald burde Rejsegarantifonden have forholdt sig til f.eks. følgende:

K1 ApS har købt de sunde aktiviteter ud af K2 ApS. Dette vil selvsagt begrænse fondens risiko for tab.

Investorerne bag K1 ApS har udover fornyet anpartskapital ydet et betydeligt langfristet lån på kr. 2,2 mio. til selskabet, hvorved K1 ApS er sikret en endog meget god likviditet. Dette er en væsentlig økonomisk oplysning, der tilsyneladende ikke tillægges betydning af Rejsegarantifonden, og som vil begrænse fondens risiko for tab.

Som køber af aktiviteterne i K2 ApS er K1 ApS bekendt med de problemer, der har været i K2 ApS, herunder hvilke kernekompetencer selskabet har haft. Etableringen af et nyt selskab giver selvsagt mulighed for at komplementere kompetencerne og dermed skabe et stærkt ledelsesteam i K1 ApS. Dette vil selvsagt begrænse fondens risiko for tab.
..."

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 17. november 2008 udtalt:

"...

Sagens faktiske omstændigheder

Fonden modtog den 17. juli 2008 registreringsanmodning af 16. juli 2008 fra K1 ApS, ...

Det fremgik af registreringsmaterialet, at driften var baseret på en overtagelse af driften fra K2 ApS, som på daværende tidspunkt var registeret i fonden. K1 ApS havde CVR-nr. ... og var etableret med en egenkapital på kr. 125.000 og en lån/en kassekredit på kr. 2,2 mio. fra D ApS. Selskabet budgetterede det første regnskabsår med en omsætning på 25 mio. kr. og et overskud på 0,6 mio. kr.

Det fremgik af registreringsmaterialet, at selskabets omsætning primært vedrørte salg af skirejser, men også af sommer- og konferencerejser. Skirejserne afvikles hovedsagelig i kalenderårets tre første måneder, mens de andre rejser er mere jævnt fordelt over året. Skirejserne udgør i henhold til budgetmaterialet ca. 17 mio. kr., konferencerejserne ca. 5 mio. kr., sommerrejserne ca. 3 mio. kr.

Den 24. juli 2008 meddelte fonden selskabet, at fonden ville kræve forhøjet garanti som betingelse for registrering, Den 30. juli 2008 bad fonden selskabet udarbejde en udtalelse, som kunne forelægges fondens bestyrelse, der skulle træffe den endelige afgørelse i sagen, hvis selskabet ikke var indforstået med at stille forhøjet garanti,

Eftersom selskabet ønskede registreringen fremmet mest muligt, blev det aftalt, at selskabet blev registreret på vilkår om forhøjet garanti, hvorefter sagen skulle forelægges fondens bestyrelse på et møde den 20. august 2008. Herefter kunne selskabet indbringe bestyrelsens afgørelse for Erhvervsankenævnet, hvis selskabet ikke var enig i afgørelsen.

K1 ApS blev registreret i fonden den 11. august 2008, Den 12. august 2008 ændrede selskabet navn til K2 ApS,

Den 20. august 2008 traf fondens bestyrelse afgørelse om, at fonden som betingelse for registrering af selskabet krævede forhøjet garanti i henhold til lovens § 19. Denne afgørelse blev meddelt selskabet den 28. august 2008,

Sagens retlige omstændigheder

Fondens afgørelse er truffet med hjemmel i § 19 stk. 1 i lov nr. 315 af 14. maj 1997 som ændret ved lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004 og lov nr. 513 af 17. juni 2008.

Ifølge bestemmelsen kan fonden kræve forhøjet garantistillelse af en rejsearrangør, når det efter en konkret analyse af dennes økonomiske forhold må antages, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab.

I bemærkningerne til loven er det anført, at fonden får mulighed for at kræve forhøjet garanti af alle rejsearrangører, der driver virksomhed på et uforsvarligt økonomisk grundlag. Afgørelsen skal træffes på baggrund af et skøn, der er baseret på en analyse af rejsearrangørens økonomi.

Påstand og bemærkninger til klagerens anbringender

...

Afgørelsen er efter fondens opfattelse truffet i overensstemmelse med lovens § 19 stk. 1, og fonden har overholdt forvaltningslovens regler om høring og begrundelse.

...

Ad a) Fonden har efter klagers mening inddraget uklare og ulovlige kriterier i afgørelsen ved at benytte sin viden om det gamle selskab vedrørende registreringen af det nye.

Fonden er ikke enig i, at der er foretaget en usaglig sagsbehandling eller inddraget ulovlige kriterier ved at inddrage fondens viden om det gamle K2 ApS ved behandlingen af registreringsanmodningen fra det nye K2 ApS.

Der henvises til ... budgetforudsætninger, der blev fremsendt sammen med registreringsmaterialet den 16. juli 2008, men som klageren ikke har fremlagt i sagen.

Af budgetforudsætningerne fremgår bl.a.:

”Omsætning og vækst:

Omsætningen tager udgangspunkt i de erfaringer, som er opnået over de seneste år i det selskab, som virksomheden er overtaget fra og med de marginaler som tidligere har været gældende.

Turistrejser

K1 forventer dog en mindre omsætningsnedgang i den kommende regnskabsperiode end der blev realiseret i K2 ApS. Dette skyldes, at kørselv ferierne vil øges yderligere, men samtidigt vil det betyde, at K1 ikke skal afholde udgifter til fly og busser i samme omfang, hvilket medfører, at transportomkostningerne for K1 vedkommende, bliver tilsvarende mindre.

I overensstemmelse med ovenstående er den gennemsnitlige pris for pakkerejser 4.000 mod før 4.500,-

Det skal bemærkes, at der i K2 i sæsonen 2007/08 blev opnået højere marginaler på kerneområdet "turistrejser", men at dette af forsigtighedshensyn ikke er blevet inddraget i budgettet for K1.

Grunden til denne marginalændring skyldes, at man har valgt at beholde en del af de rabatter, som selskabet opnår bl.a. ved salg af liftkort i stedet for at give rabatten til kunden.

Der ventes at blive solgt 4.391 rejser.

Konferencerejser

Konferencerejser vil blive et væsentligt forretningsområde for K1 og der vil blive arbejdet videre på at udbygge forretningsområdet konferencerejser, som i lighed med den overtagne forretning fra K2 forventes at vækste yderligere.

Konferencerejser har typisk en højere marginalindtjening, men dette er af forsigtighedshensyn ikke indarbejdet i budgettet, hvor der fastholdes en dækningsgrad på 17%, idet der dog ikke er udenlandske kapacitetsomkostninger til at gennemføre konferencerejser.

Der forventes omsat for DKK 5.301.000,- i budgetperioden.

Omkostninger:

De variable omkostninger tager udgangspunkt i de aktuelle omkostninger og de omkostninger der har været historisk set i K2. Disse omkostninger forventes ikke at stige i fremtiden.

Det skal bemærkes, at der er afsat færre personaleressourcer af til den kommende sæson, men den administrative del af virksomheden er udvidet, da der er tilknyttet en kompetent bogholder

I forhold til driften af den overtagne forretning fra K2 er der yderligere er færre faste omkostninger i kraft af, at K1 bor i nogle væsentligt billigere og samtidigt bedre lokaler.

Forudbetalinger

Der er i budgettet beregnet forudbetalinger ud fra, at der for pakkerejsers vedkommende betales gennemsnitlig forudbetaling på DKK 1.000,- pr. rejse pr. person, som opkræves ved bestilling. Bestillingstidspunktet i forhold til afviklingstidspunktet er fastsat ud fra erfaringer i K2.

Restbetalingen på pakkerejser er i budgettet forudsat indbetaling 60 dage før afrejse, men opkræves sædvanligvist først 45 dage før afrejse.

- - - - -

Åbningsbalance

Åbningsbalancen er udarbejdet under forudsætning af, at aktiviteterne i K2 ApS købes for DKK 375.000, som berigtiges ved overtagelse af medarbejderforpligtelser for DKK 152.584 og kontant erlæggelse af DKK 222.416.”

Det fremgår således tydeligt, at det nye selskab er etableret udelukkende på overtagelse af driften fra det gamle selskab. Dette afspejles endvidere i balancen for det nye selskab, hvor der er indregnet goodwill for overtagelsen af aktiverne. Der planlægges ikke nogen markante ændringer hverken af hvilken type rejser, der udbydes, eller af omfanget heraf.

Herudover vil fonden henviser til nogle af de øvrige lighedspunkter, der er mellem det gamle K2 ApS og det nye K2 ApS:

Som det allerede fremgår ovenfor, er navnene på de to selskaber identiske. Så snart det nye selskab var blevet registreret i fonden, ændrede det navn fra K1 ApS til K2 ApS.

Personkredsen bag det gamle selskab er stort set identisk med personkredsen bag det nye: C er medlem af bestyrelsen for begge selskaber, og E er direktør i begge selskaber. Advokat B er advokat for begge selskaber.

Selskaberne har samme hjemmeside og telefonnummer.

På det nye K2 ApS' hjemmeside er det på undersiden "Kontakt" anført, at selskabets CVR-nr. er ..., Dette CVR-nr. tilhører det gamle selskab, hvis registrering blev slettet samtidig med det nye selskabs registrering, hvorefter det ikke længere var tilladt at udbyde og sælge rejser i dette CVR-nr.,

På hjemmesiden er der under "Om K2" anført flg., ...:

"K2 er en fusion mellem F og G og blev stiftet i april 2000. Det er et firma drevet af yngre skientusiaster, som du måske har stødt på før, da mange af os har arbejdet som rejseledere rundt omkring på europæiske rejsemål."

Der er således ingen tvivl om, at det nye K2 ApS i al væsentlighed er en videreførelse af det gamle K2 ApS, lige bortset fra at det nye selskab ikke har overtaget det gamle selskabs gæld,

Det er på denne baggrund, at fonden antager, at der er efterladt kreditorer i det gamle K2 ApS, som det er hensigten ikke at betale.

Til orientering kan det oplyses, at det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register fremgår, at styrelsen den 20. oktober 2008 sendte anmodning til Sø- og Handelsrettens skifteret om opløsning af det gamle K2 ApS (CVR-nr. ...), som den 28. august 2008 skiftede navn til H ApS.

Fonden formoder, at opløsningsbegæringen fremkommer enten fordi selskabets revisor fratrådte den 15. august 2008 uden at nogen ny revisor tiltrådte, eller fordi selskabet ikke rettidigt indleverede årsrapport for 2007/2008. Selskabets regnskabsår løb fra 1. april til 31. marts, dvs. at årsrapporten skulle have været indsendt senest den 31. august 2008.

Fonden er bekendt med, at mindst én kreditor i det gamle K2 ApS fortsat ikke er betalt. Det drejer sig om I [luftfartsselskab], hvis krav beløber sig til ca. kr. 0,5 mio. Gælden opstod i sæsonen 2006/07, og det er efter det oplyste endnu ikke lykkedes I at formå selskabet til at betale.

Klageren anfører, at fonden sammenblander de to K2-selskaber i afsnittet med hensyn til ubetalte kreditorer. Dette er ikke tilfældet:

Det er fondens opfattelse, at det gamle K2 ApS udsatte sig for fare for at blive erklæret konkurs ved ikke at betale bl.a. I. Der havde ikke været

noget til hinder for, at I indgav konkursbegæring mod selskabet, jf. frivilligt forlig..., som efter det oplyste blev underskrevet den 13. november 2007, men som blev misligholdt, idet der aldrig blev betalt afdrag på gælden.

Eftersom det i vidt omfang er den samme personkreds, der står bag det nye K2 ApS, som stod bag det gamle K2 ApS, kan fonden frygte, at også det nye selskab vil undlade at betale kreditorer efter sæsonens afslutning. Dette vil i givet fald påvirke risikoen for, at kreditorerne indgiver konkursbegæring mod det nye selskab.

Fonden formoder, at det gamle selskab er blevet efterladt tomt, så SØ- og Handelsretten vil tvangsopløse det uden en egentlig likvidationsbehandling, fordi dette ellers vil påføre staten tab vedrørende udgifterne til likvidationsbehandlingen. Såfremt selskabet opløses uden en egentlig likvidationsbehandling, får kreditorerne i selskabet ingen dækning for deres tilgodehavender, og det bliver ikke undersøgt, om det er foregået evt. omstødelige dispositioner.

Når det således er utvivlsomt, at der er tale om fuldstændig den samme virksomhed, som blot er blevet rensset for gammel gæld ved at efterlade det gamle selskab tomt og overføre driften til et nyt selskab, er det efter fondens opfattelse naturligt, at fonden i forbindelse med registreringen af det nye selskab anvender den viden, fonden har om driften af det gamle selskab.

Det gamle K2 ApS blev registreret i fonden i 2001. Som det fremgår nedenfor resulterede selskabets drift i en årrække i betydelige underskud, så der igennem perioden gang på gang måtte indskydes midler til konsolidering. I 2003 blev selskabet sendt til tvangsopløsning, men det lykkedes selskabet at få registrering genoptaget.

Det er korrekt, når klageren skriver, at selskabet aldrig har påført fonden tab. Der har imidlertid siden lov om en rejsegarantifond i 2004 blev ændret (hvor fonden fik mulighed for at kræve forhøjet garanti af arrangører med dårlig økonomi) været en uafbrudt korrespondance og forhandling med selskabet om forhøjet garanti/konsolidering af selskabet.

Fonden fremsendte således den 28. oktober 2004 første gang krav om forhøjet garanti eller alternativt konsolidering, ..., og senest den 25. februar 2008 meddelte fonden selskabet, at fonden på ny krævede forhøjet garanti, I de mellemliggende 3½ år har der været en omfattende korrespondance, selskabets registrering i fonden har været slettet 7 gange og selskabet har været politianmeldt, fordi der blev udbudt rejser i en periode, hvor registreringen i fonden var slettet.

Selskabet reagerede på fondens skrivelse af 25. februar 2008 ved, at selskabets advokat telefonisk meddelte, at selskabet havde taget fondens skrivelse til efterretning, og at man var enig i, at økonomien var dårlig. Selskabet havde imidlertid ikke mulighed for at stille forhøjet garanti, når skisæsonen skulle afvikles, og garantien derfor skulle være højere

end 1 mio. kr., som selskabet på daværende tidspunkt stillede i ordinær garanti i forhold til omsætningens størrelse. Selskabets advokat oplyste, at det på dette grundlag var besluttet at sælge aktiviteten i selskabet til et nyt selskab med god økonomi, som så skulle registreres i fonden på ordinære vilkår.

Der er efter fondens opfattelse intet til hinder for, at fonden kan inddrage viden fra andre sager i forbindelse med behandlingen af nye registreringsager – det gøres i forbindelse med vurderingen af stort set alle nye anmodninger om registrering. Det er således af afgørende betydning, at fonden vurderer, om fx den dækningsgrad en ny arrangør budgetterer med, er realistisk. Det kan fonden ikke afgøre uden at benytte sin viden fra andre sager, hvor rejsearrangører sælger lignende produkter. Fondens anvender fx også sin viden om de enkelte destinationer eller om risikoen ved at chartre hele fly eller tog, når en registreringsanmodning fra en ny arrangør skal gennemgås.

I dette tilfælde var der tale om, at et selskab med en anparts kapital på 125.000 kr. og en stærkt sæsonbetonet omsætning på ca. 25 mio. kr. blev anmeldt til registrering. Selskabet oplyste selv, at aktiviteten var overtaget fra et andet selskab. Fondens var vidende om, at en stort set identisk drift i det gamle selskab havde medført et betydeligt negativt resultat over en periode på de seneste 6 år, og at den løbende opfølgning fra selskabet til fonden havde været fuldstændig utilfredsstillende.

Fonden kan ikke på nogen måde anerkende, at fondens vurdering af sagen skulle være i strid med lovens § 19 eller at der er lagt uklare kriterier til grund for afgørelsen.

Ad b) Klageren gør gældende, at fonden ikke har lagt vægt på det fremsendte budget og ikke har påvist, at der er risiko for, at fonden vil lide tab.

Fonden er ikke enig i, at der ikke er lagt vægt på det fremsendte budget, og at fonden ikke har påvist, at der er risiko for, at fonden vil lide tab.

Med registreringsanmodningen blev fremsendt budget for perioden april 2008 til juni 2009,

Fonden gennemgik det fremsendte materiale og kunne konstatere, at dette i vidt omfang var en anvendelse af samme layout, som blev anvendt i det gamle selskab til udarbejdelse af budgetter,

Klageren anfører, at fonden ikke har lagt vægt på den budgetterede likviditets- og soliditetsgrad.

Fonden er ikke enig heri. Fondens udarbejdede tre regneark, hvor fonden estimerede selskabets kapitalgrundlag i budgetperioden under tre forskellige forudsætninger.

Klager har fremlagt det ene af de af fonden udarbejdede regneark, mens de to andre ikke er fremlagt.

Regnearkene viste tre forskellige scenarier vedrørende udviklingen i egenkapitalen:

- 1) Goodwill var indregnet 100% ...,
- 2) Goodwill var ikke indregnet (værdiansat til kr. 0) ...
- 3) Goodwill var indregnet 100% men blev afskrevet delvis henover budgetperioden ..., sådan som det var forudsat i selskabets budgetmateriale.

Det bemærkes at alle ovenstående tre scenarier blev udarbejdet ud fra den forudsætning, at selskabet ville realisere sin budgetterede driftsindtjening i 2008/09. Da fonden finder dette meget tvivlsomt jf. nedenfor, skal denne risiko efterfølgende inddrages i alle tre ovenstående scenarier.

Ad driftsbudgettet:

I forbindelse med behandlingen af registreringsanmodningen noterede fonden sig, at selskabet forventede at realisere en gennemsnitlig dækningsgrad på 17%.

Det fremgik af budgettet, at de månedlige dækningsgrader svingede mellem 2% og 65%. Hvis dækningsgraden analyseredes på de to produkter hver for sig (skirejser og konferencerejser), var udsvingene endnu større. På skirejserne svingede dækningsgraden fra 1% til 76% og på konferencerejserne fra 2% til 100%. En dækningsgrad på 100% må forstås således, at rejsen ikke koster noget at afholde. Et korrekt periodiseret budget vil ifølge fondens erfaring naturligt vise udsving i dækningsgraden afledt af sæsonudsving og af typen af produkt, men udsvingene vil efter fondens vurdering alene forekomme i et væsentligt mindre målestok.

Endvidere var der ingen sammenhæng i udsvingene. På selskabets almindelige rejser forventede selskabet at realisere meget lave dækningsgrader i højsæson (december: 3%, januar: 10%, februar: 5%). I betragtning af at selskabet i denne periode skulle omsætte for kr. 9,6 mio. burde dækningsgraden efter fondens vurdering være væsentlig højere, da det sædvanligvis vil være i højsæsonen, at overskuddet skal genereres. De anførte dækningsgrader for højsæsonen var også medvirkende til, at fonden fandt det tvivlsomt, at selskabet kunne realisere 17% i gennemsnitlig dækningsgrad for hele året.

En anden faktor skabte også væsentlig usikkerhed vedrørende dækningsgraden. Når maj og juni måned 2008 blev sammenlignet med maj og juni måned 2009, burde dækningsgraden efter fondens opfattelse være stort set den samme. For maj 2008 forventede selskabet en dækningsgrad på almindelige rejser på 61% mod 7% i maj 2009. Det samme forhold gjorde sig gældende vedrørende juni måned, hvor dækningsgraden anførtes til 35% i 2008 og 17% i 2009. For så vidt angår konferencerejser fandt fonden heller ikke dækningsgraden

sammenlignelig, idet den i maj og juni 2008 udgjorde henholdsvis 100% og 6% mod hhv. 5% og 2% i maj og juni 2009.

Af selskabets budgetforudsætninger fremgik følgende, ...:

”Konferencerejser har typisk en højere marginalindtjening, men dette er af forsigtighedshensyn ikke indarbejdet i budgettet, hvor der fastholdes en dækningsgrad på 17%,”

På denne baggrund fandt fonden det besynderligt, at selskabet indregnede dækningsgrader på 2-5% i nogle måneder. Fondens fandt samtidig de store udsving i dækningsgraden på konferencerejser urealistisk, idet fonden lagde til grund, at sådanne rejser er præget af en nogenlunde stabil dækningsgrad med mindre udsving.

På baggrund af disse store, usammenhængende udsving vurderede fonden, at budgettet ikke var periodiseret korrekt. Fondens er ikke enig med klager i, at det er svært at periodisere et budget korrekt. I budgettet kendes de variable omkostninger (leverandørkontrakter), og der kan ses bort fra betalingstidspunkter, så den korrekte dækningsgrad forholdsvis nemt kan budgetteres. Fondens er enig med klager i, at det kan være vanskeligt for et selskab at overholde den budgetterede dækningsgrad hele året, men fondens finder udsvingene i selskabets månedlige budgetterede dækningsgrader urealistisk store.

Ad balance- og likviditetsbudgettet:

Ved opstart opfyldte selskabets soliditetsgrad efter fondens opfattelse ikke lovgivningens normtal, som er 6% for virksomheder med overskud og 8% for virksomheder med underskud.

Fonden valgte i forbindelse med analysen af selskabets soliditet at indregne selskabets goodwill til kr. 0, fordi fondens ikke fandt kvaliteten af aktivet god, eftersom det hidrørte fra det tidligere K2 ApS.

Ved vurdering af goodwill er det fondens normale praksis, at en rejsearrangør skal bevise, at aktivet har en værdi, før fondens medtager det i sin vurdering af soliditeten. I dette tilfælde havde det tidligere K2 ApS igennem flere år haft negativ indtjening og havde ikke formået at realisere et positivt resultat, som ville kunne godtgøre en goodwillpost.

På denne baggrund måtte fondens lægge til grund, at egenkapitalen var negativ på opstartstidspunktet, hvor den udgjorde kr. -175.000 og i april 2008 kr. -371.000. Egenkapitalen var med korrektionen for værdien af goodwill negativ med omkring kr. -450.000 helt frem til oktober 2008, hvilket fondens fandt højst utilfredsstillende.

Under forudsætning af at den budgetterede indtjening blev realiseret, opfyldte soliditetsgraden først kravet ultimo marts 2009 (dvs. efter afviklingen af selskabets højsæson), hvor soliditetsgraden kunne beregnes til 9%.

Selskabet opfyldte heller ikke lovgivningens normtal til likviditetsgrad - som er 1,0 - før ultimo oktober 2008, hvor den var 1,02. I forbindelse med beregningen af likviditetsgraden forudsatte fonden, at lånet fra D ApS reelt var en kassekredit. Dette medførte, at der primo budgetperioden var tale om en uudnyttet trækingsret, hvorfor fonden korrigerede balancen herfor. Det skal i denne forbindelse nævnes, at de i lovbemærkningerne angivne normtal til nøgletallene er minimumskrav, hvorfor fonden altid i sin vurdering medtager evt. andre faktorer, som vil have indflydelse på fondens risiko og dermed nødvendiggør et stærkere økonomisk grundlag i form af fx højere egenkapital (fx sæsonbetonet omsætning).

Selskabet anførte i budgetforudsætningerne at have lånt 2,2 mio. kr. af D ApS. Ifølge likviditetsbudgettet var der imidlertid tale om en kassekredit med en rente på Cibur + 5%.

Fonden lagde ved vurderingen af selskabets soliditet ikke afgørende vægt på, om der var tale om et lån eller en kassekredit. Fondens noterede sig derimod, at beløbet ikke var indskudt som kapital i selskabet. Det fremgik af budgetmaterialet, at selskabet var etableret med en selskabskapital på det lovpligtige beløb kr. 125.000. Det var efter det oplyste ikke planlagt at tilføre selskabet kapital herudover.

Et lån eller en kassekredit styrker ikke selskabets soliditet, således som fx et kapitalindskud gør det. Hvis der ikke er foretaget kapitalindskud, vil fonden blive påført en øjeblikkelig risiko, hvis kreditfaciliteten opsiges. Det er fondens erfaring, at sådanne kreditter i praksis er indfriet, når en rejsearrangør går konkurs, bl.a. fordi banken/finansieringsselskabet har krævet indfrielse i takt med, at driften er blevet dårligere. Dette gælder både kort- og langfristet gæld. En trækingsret på en kassekredit med et disponibelt beløb bør ikke indregnes i selskabets balance, sådan som selskabet gjorde i det fremsendte budget - hverken som gæld eller likvider - da en kassekredit først optræder som gæld, når der er trukket beløb.

Det er fondens generelle opfattelse, at et selskab med en stærkt sæsonbetonet omsætning i en ikke ubetydelig størrelse, bør påbegynde sin virksomhed med en langt højere kapital end de lovpligtige kr. 125.000. Udover de naturlige usikkerhedsmomenter i forbindelse med at realisere et budget, er rejsebranchen uhyre følsom overfor mange forskellige faktorer, som rejsearrangøren ikke selv er herre over, fx forbud mod sovebusser, manglende sne på destinationerne mv. Det er fondens holdning, at det ikke skal være fonden, der tager risikoen herfor, men derimod rejsearrangøren selv, der indskyder tilstrækkelige midler i selskabet til, at arrangøren med sikkerhed kan klare driften.

Ad historiske driftsresultater i det gamle selskab:

Eftersom det nye selskab selv oplyste, at driften var baseret på tal og erfaringer fra det gamle selskab, fandt fonden det relevant at genkalde sig den viden, fonden havde om de regnskabsmæssige resultater, det gamle selskab historisk havde opnået:

- I årsrapporten 2001/02 realiserede selskabet et resultat efter skat på kr. -2,9 mio., hvilket medførte, at selskabets egenkapital blev negativ med kr. -2,1 mio. Dermed var soliditetsgraden også negativ, og likviditetsgraden udgjorde 0,57.
- I regnskabsåret 2002/03 blev resultatet kr. -1,6 mio. I resultatet var indregnet skatteaktiv på t.kr. 488. Dette skatteaktiv burde efter fondens vurdering ikke have været indregnet i resultatet, da det reelt ikke kunne benyttes i de efterfølgende år, fordi selskabet ikke realiserede positive resultater i denne størrelsesorden. Det reelle resultat var således kr. -2,1 mio., og den reelle egenkapital var kr. -4,2 mio., hvilket på ny medførte negativ soliditetsgrad og en likviditetsgrad på 0,46.
- Selskabet realiserede i regnskabsåret 2003/04 et overskud på kr. 291.000, men dette skyldtes alene, at selskabet havde en ekstraordinær indtægt på kr. 409.000. Uden denne post ville resultatet have udgjort kr. -119.000, dvs. at der reelt var underskud på driften. Der var budgetteret med et overskud på kr. 835.000, hvilket svarer til en negativ budgetafvigelse på kr. 544.000 med den ekstraordinære post og på kr. 953.000 uden den ekstraordinære post. Der blev til dækning af det akkumulerede driftsunderskud indskudt i alt kr. 3,9 mio. i selskabet ultimo 2003. Herefter var egenkapitalen imidlertid reelt stadig negativ, eftersom skatteaktivet var indregnet i balancen. Den reelle egenkapital var på dette tidspunkt kr. -211.000, hvilket endnu en gang medførte negativ soliditetsgrad og en likviditetsgrad på 0,65.
- I regnskabsåret 2004/05 realiserede selskabet et resultat, som udgjorde kr. -277.000. Dette svarede til en budgetafvigelse på kr. -1,2 mio., da der var budgetteret med et resultat på kr. 0,96 mio. Der var i dette regnskabsår budgetteret med en dækningsgrad på 20%, men selskabet realiserede kun 13%. Selskabet havde efter dette resultat igen ingen egenkapital – med skatteaktivet værdisat til kr. 0 var egenkapitalen kr. -488.000, som medførte en negativ soliditetsgrad og en likviditetsgrad på 0,53.
- I 2005/06 realiserede selskabet et resultat på kr. 36.000, hvilket var negativ afvigelse i forhold til budgettet med kr. -445.000. Dækningsgraden opfyldte fortsat ikke det budgetterede niveau, idet den realiserede dækningsgrad var 15% mod den budgetterede på 18%. Selskabets moderselskaber stillede ansvarlige lån til rådighed for selskabet på 2 x 450.000 kr., Efterfølgende blev der imidlertid i strid med det i låneaftalen anførte afdraget på lånene,
- Selskabet realiserede i 2006/07 et negativt resultat på kr. -1,2 mio. Der blev i september 2007 foretaget kapitalforhøjelse med i alt 2,4 mio. kr. med henblik på at afværge fondens krav om ekstraordinært forhøjet garanti. Herefter androg egenkapitalen kr. 2,1 mio. inkl. skatteaktivet, dvs. 1,6 mio. kr. uden skatteaktivet. Uden kapitalindskuddet ville egenkapitalen have været negativ.

Årsrapporten for 2006/07 blev aflagt uden forbehold. I forbindelse med analysen af årsrapporten konstaterede fonden imidlertid, at årsrapporten var behæftet med fejl, idet flere store gældsposter ikke var indregnet. Fonden krævede ultimo 2007 beløbet ca. kr. 420.000 indskudt som yderligere kapital som betingelse for at undlade at kræve garantien ekstraordinært forhøjet på dette grundlag, Der blev oprettet to ansvarlige lån á kr. 210.000, men disse lån kom aldrig til at fremgå af regnskabsopfølgningen,

Årsrapporten for 2006/07 blev K2 ApS' sidste, idet der aldrig blev aflagt årsrapport for 2007/08 før selskabet blev tvangsopløst, jf. ovenfor.

Fonden har udarbejdet en oversigt over de 6 regnskabsår, der er redegjort for ovenfor, Selskabets samlede indtjening har i de 6 år været negativ med kr. -5,7 mio., eller reelt kr. -6,1 mio. efter korrektionen for skatteaktivet.

Efter at det i regnskabsåret 2006/07 havde været nødvendigt at indskyde betydelige midler i selskabet, jf. ovenfor, havde fonden som betingelse for at undlade at kræve ekstraordinært forhøjet garanti bl.a. betinget sig, at selskabet fulgte sit budget, som udviste et resultat for året på 0,5 mio. kr. Fonden havde krævet, at der blev fremsendt månedlig regnskabsopfølgning til dokumentation herfor, og fonden understregede på baggrund af tidligere fremsendt ufuldstændigt materiale, at der skulle fremsendes en komplet periodiseret saldobalance og ikke blot resultatopgørelse, idet fonden også ønskede at kunne følge udviklingen i selskabets aktiver og passiver, Det samme var blevet meddelt selskabet på et møde i fonden den 30. oktober 2007, hvor fonden understregede, at en betingelse for at frafalde kravet om forhøjet garanti var, at fonden kunne følge den løbende drift.

Det ufuldstændige materiale, som fonden henviste til var fx selskabets saldobalance pr. 31. marts 2007, som udviste en omsætning på kr. 28,8 mio. med negativ dækningsgrad og et underskud på kr. -12,6 mio. Da fonden medio 2007 gjorde opmærksom på, at saldobalancen næppe var korrekt, fremsendte selskabet en ny balance udvisende kr. 19,7 mio. i omsætning med en dækningsgrad på 7% og et negativt resultat på kr. -1,5 mio., hvilket viste tydelige tegn på forkert periodisering i forhold til første saldobalance.

På trods heraf var det en mangelfuld regnskabsopfølgning, som fonden modtog for oktober måned og pr. 20. december 2007, idet dette regnskabsmateriale kun indeholdt resultatopgørelse.

Opfølgningen for november måned 2007 var opgjort pr. 20. december 2007 i stedet for pr. 30. november 2007. På fondens anmodning fremsendte selskabet herefter en saldobalance opgjort pr. 30. november 2007, som udviste et underskud på kr. -8 mio., hvilket indikerede manglende periodisering.

Efterfølgende modtog fonden en saldobalance opgjort pr. 31. december 2007 med et realiseret underskud på kr. -2,7 mio. Når fonden sammenlignede dette resultat med den tidligere fremsendte resultatopgørelse opgjort pr. 20. december 2007 (dvs. 11 dage tidligere), konstaterede fonden en markant afgivelse i omegnen af 2,5 mio. kr.

Ydermere afveg resultatet pr. 31. december 2007 negativt med kr. 1,9 mio. i forhold til budgettet, som på dette tidspunkt udviste et resultat på kr. -0,8 mio. Resultatet medførte, at selskabet på statutstidspunktet havde en egenkapital kr. -0,6 mio. Dækningsgraden var ifølge saldobalancen negativ med -9% mod 19% i budgettet.

Den mangelfulde regnskabsopfølgning medførte, at fonden ikke havde nogen som helst mulighed for at vurdere selskabets økonomi på et tidspunkt, hvor fondens risiko var maksimal pga. selskabets forestående højsæson.

Som ovenfor nævnt havde selskabet oprindelig indsendt et budget, der for regnskabsåret 2007/08 medførte et resultat på 0,5 mio. kr. På baggrund af de store budgetafvigelser og den mangelfulde opfølgning anmodede fonden i januar 2008 selskabet om at udarbejde et korrigeret drifts- og balancebudget for den resterende regnskabsperiode. Dette budget viste et resultat på kr. -1,6 mio. På dette grundlag krævede fonden forhøjet garanti af selskabet,

På baggrund af sagsforløbet med det gamle K2 ApS har fonden således måttet drage den erfaring, at selskabet ikke i de sidste mange år har realiseret de budgetterede resultater og dækningsgrader, og at selskabet på nær et år ikke har kunnet skabe positive driftsresultater. Selskabet blev drevet med negativ egenkapital, til trods for kapitalindskud og ansvarlige lån, og selskabet opfyldte ikke de vejledende normtal for nøgletallene. Økonomien og selskabets opfølgning i forhold til fonden har igennem en årrække været fuldstændig utilfredsstillende. Regnskabsmaterialet har gentagne gange været fejlbehæftet i form af manglende periodisering, selskabet har indregnet tvivlsomme aktiver i balancen og har afdraget på flere ansvarlige låneaftaler uden fondens accept og i strid med det i låneaftalen anførte.

Eftersom det budgetmateriale, som det nye K2 ApS fremsendte i forbindelse med anmodningen om registreringen i vidt omfang byggede på det gamle selskabs tal og erfaringer - hvilket selskabet også selv anførte - kunne fonden forholdsvis hurtigt konstatere, at det nye budgetmateriale ikke kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for at lade det nye selskab registrere i fonden på vilkår med ordinær garanti.

Sekretariatet redegjorde på bestyrelsesmødet den 20. august 2008 mundtligt for, hvorfor det udarbejdede budget efter sekretariatets vurdering ikke var realistisk, jf. bl.a. de tre udarbejdede regneark.

Referaterne af møderne i fondens bestyrelse er alene beslutningsreferater, og der anføres ikke noget om den uddybende

orientering, sekretariatet giver bestyrelsen eller den drøftelse i bestyrelsen, der ligger forud for bestyrelsens beslutning.

Fonden må på dette grundlag klart afvise anbringendet om, at fonden ikke har lagt vægt på det fremsendte budgetmateriale, eller at fonden ikke har påvist, at der er risiko for, at fonden vil lide tab.

Ad c) Klager anfører, at fonden har krævet forhøjet garanti med et beløb, der overstiger fondens risiko.

Fonden er ikke enig i, at fonden har krævet forhøjet garanti med et beløb, der overstiger fondens risiko.

Det skal bemærkes, at de skærpede krav til forhøjelse af garantien i første omgang blev fremsat overfor det daværende K2 ApS i skrivelse af 25. juni 2008,

Af skrivelsen fremgår det, at det daværende K2 ApS pr. 25. februar 2008 på ny var overgået til registrering på forhøjet garanti pga. selskabets økonomiske forhold. Efter at have modtaget skrivelsen oplyste selskabets advokat, at selskabet havde taget fondens skrivelse til efterretning. Selskabet havde imidlertid – som det også tidligere havde været oplyst fonden – ikke mulighed for at stille den forhøjede garanti, når skisæsonen skulle afvikles, hvor garantien skulle være højere end den garanti på 1 mio. kr., som selskabet stillede i ordinær garanti i forhold til omsætningens størrelse. Selskabets advokat oplyste derfor, at der ville blive stiftet et nyt, økonomisk sundt selskab, som driften ville blive lagt over i, og som ville blive anmeldt til registrering i fonden. Fonden oplyste i denne forbindelse, at indtil et evt. nyt selskab var registreret i fonden, ville fondens krav om forhøjet garanti overfor det gamle selskab blive opretholdt.

Fonden modtog imidlertid ikke nogen anmeldelse vedrørende et nyt selskab og kunne i juni måned 2008 konstatere, at det gamle selskab havde påbegyndt udbud af skirejser til sæsonen 2008/09 på hjemmesiden www.K2.dk. Skirejser afvikles på en meget koncentreret sæson, hvilket kombineret med selskabets egen oplysning om, at selskabet ikke havde mulighed for at stille en forhøjet garanti i højsæsonen, forøgede fondens risiko for at lide tab.

Fonden oplyste i skrivelsen af 25. juni 2008, at fondens sædvanlige fremgangsmåde i sager med forhøjet garanti er at slette en arrangørs registrering i fonden, hvis arrangøren har indberettet en forudbetalingsbeholdning, der udløser en forhøjelse af garantien, som arrangøren ikke har mulighed for at stille. Uagtet at arrangørens registrering i fonden er slettet, må arrangøren imidlertid modtage slutbetaling på og gennemføre rejser, der var solgt før registreringen blev slettet, hvilket udsætter fonden for en betydelig risiko, når arrangøren har en meget sæsonbetonet omsætning. På tidspunktet for krav om garantiforhøjelse og deraf følgende sletning, vil arrangøren typisk have solgt en stor del af sæsonens rejser. Efter at være blevet slettet af fondens

register kan arrangøren fortsætte med at modtage slutbetalinger på sæsonens rejser uden at skulle forhøje garantien tilsvarende, hvilket ikke er en acceptabel afdækning af fondens risiko.

Det er derfor fondens praksis at kræve, at arrangører med sæsonbetonet omsætning afdækker fondens risiko på et tidligere tidspunkt, end når forudbetalingsbeløbet overstiger den stillede garanti. Der er dog ikke tale om, at fonden kræver en højere garanti, end hvad der skønnes nødvendigt til dækning af kundernes forudbetalinger samt forventede omkostninger til hjemtransport og indkvartering af strandede rejsekunder.

Fonden meddelte, at det i forhold til det daværende K2 ApS var fondens forventning, at selskabets forudbetalingsbeholdning ville stige støt hen mod december, idet kunderne indbetaler deposita ved bestillingen af rejsen, hvorefter forudbetalingsbeholdningen ville stige markant i løbet af december og januar og formentlig nå sit højdepunkt i løbet af januar, hvor alle kunder med afrejse i februar og en del af kunderne med afrejse i marts har slutbetalt rejsen.

Hvis K2 ApS således blev erklæret konkurs primo januar, ville fondens tab være de samlede indbetalte beløb fra ikke afrejste rejsekunder samt udgift til indkvartering og hjemtransport af evt. strandede rejsekunder. Det er fondens opfattelse, at en garanti på 10 mio. kr. ikke ville overstige fondens samlede tab i denne situation.

Det var på dette grundlag, at fonden meddelte det daværende K2 ApS, at der fremover skulle stilles garanti som anført

Klageren omtaler ... i klageskriftet en skrivelse fra Rejsegarantifonden af 22. juli 2008, som ikke indgår i klagers sag. Skrivelsen er sendt til det daværende K2 ApS med krav om forhøjelse af garantien fra kr. 1 mio. til kr. 3 mio.

Eftersom det fremgik af registreringsanmeldelsen vedrørende det nye K2 ApS, at budgetter m.v. var stort set identiske med budgetterne for det gamle K2 ApS, og at der fortsat var tale om et selskab med en meget sæsonbetonet virksomhed, fandt fonden det nødvendigt, at det nye selskab stillede garanti på samme måde som det var pålagt det gamle selskab, dvs. med en tidsmæssig tidlig afdækning af fondens risiko, men ikke med en beløbsmæssig overdækning.

Ad d) Klager anfører, at det mål, fonden ønskede at opnå, kunne være opnået ved løbende regnskabsopfølgning.

Det er korrekt, når klager anfører, at fonden kan undlade at kræve forhøjet garanti af en arrangør og i stedet kræve løbende regnskabsopfølgning. Hvis regnskabsopfølgningen så viser en dårlig udvikling i økonomien, kan fonden på det tidspunkt kræve forhøjet garanti af arrangøren.

Dette fordrer imidlertid to ting:

- 1) At fonden finder det sandsynligt, at arrangøren kan realisere resultatet i det fremsendte budget
- 2) At fonden føler sig overbevist om, at arrangøren kan levere løbende regnskabsopfølgning af en kvalitet, så fonden kan kontrollere, om arrangøren følger det fremsendte budgettet

Ingen af delene var opfyldt i denne sag.

Fonden følte sig på ingen måde overbevist om, at det nye K2 ApS kunne realisere et overskud på stort set den samme drift, som i flere år havde genereret betydelige underskud i det gamle selskab.

Fonden havde erfaret, at det gamle selskab på ingen måde var i stand til at levere en løbende regnskabsopfølgning, som satte fonden i stand til at følge med i, om budgettet rent faktisk blev realiseret.

Det er fondens overbevisning, at heller ikke selskabet selv eller selskabets advokat i løbet af regnskabsåret havde tilstrækkeligt overblik over selskabets økonomi til at afgøre, om budgettet rent faktisk blev realiseret. På det møde, der blev afholdt med selskabet den 30. oktober 2007, uddybede selskabets advokat sine oplysninger i e-mail af 12. oktober 2007 ... om, at selskabet havde en positiv drift, der var bedre end nogensinde før, at selskabet var over budget, og at selskabet havde en god egenkapital. Selskabet aflagde imidlertid aldrig årsrapport for dette regnskabsår (2007/08). Økonomien viste sig at være så dårlig, at fonden i februar 2008 på ny måtte kræve forhøjet garanti af selskabet. Selskabet blev i oktober 2008 sendt til tvangsopløsning, jf. ovenfor.

Fonden er enig med klager i, at det er et meget indgribende skridt i forhold til en rejsearrangør, når fonden kræver forhøjet garanti. Derfor opfordrer fonden altid arrangørerne til at konsolidere sig, så fondens grundlag for at kræve forhøjet garanti bortfalder.

Dette fordrer imidlertid, at fonden føler sig tryk ved, at rejsearrangøren efterfølgende løbende kan levere en regnskabsopfølgning, som kan sætte fonden i stand til at vurdere, om arrangøren fortsat er konsolideret så solidt, at fonden ikke har risiko for at lide tab.

På baggrund af ovenstående gennemgang af selskabets primo balance og historiske indtjening, samt det faktum, at det gamle selskabs løbende historiske regnskabsopfølgning var af en sådan kvalitet, at det ikke havde været muligt at følge den økonomiske udvikling, fandt fonden det nødvendigt at kræve, at selskabet indskød kr. 5 mio. for at undgå kravet om forhøjet garanti.

I forbindelse med estimering af kravet til størrelsen af kapitalindskuddet, fandt fonden det sandsynligt, at selskabet i worst case scenario kunne realisere et underskud i omegnen af kr. 4 mio. Efterfølgende tillagde fonden kr. 1 mio. til afdækning af tvivlsomme aktiver mv.

Klageren spørger, hvordan et selskab kan overbevise fonden om, at de forhold, der gjorde sig gældende i et andet selskab, ikke tillige vil gøre sig gældende i det nye selskab. Fondens kan oplyse, at dette fx kan ske ved at etablere det nye selskab på et så solidt grundlag, at det uden nogen tvivl vil være selskabets ejere og ikke fonden, der bærer risikoen for, om det fremsendte budget holder eller ej, om udefra kommende begivenheder risikerer at medføre tab for selskabet m.v.
...”

I skrivelse af 23. januar 2009 har advokat A yderligere anført:

”...

Det bemærkes indledningsvis, at min klient den 1. december 2008 har stillet garanti med kr. 10 mio. kr. i overensstemmelse med Rejsegarantifondens afgørelse af 28. august 2008.

Rejsegarantifonden har i en e-mail af 27. november 2008 tilkendegivet, at man fra den 15. februar 2009 og såfremt min klient indberetter ugentligt, sandsynligvis vil kunne ”begynde at trappe garantien ned” den 1. marts 2009.

Min klient har efter mit brev af 3. november 2008 til Erhvervsankenævnet løbende indberettet følgende modtagne forudbetalinger:

Dato	Forudbetaling	21 % heraf	Forudbetaling + 21 %
15.11.2008	1.371.198	287.952	1.659.150
28.11.2008	1.761.487	369.912	2.131.399
5.12.2008	2.161.577	453.931	2.615.508
12.12.2008	2.573.296	540.392	3.113.688
19.12.2008	2.722.465	571.718	3.294.183
2.1.2009	3.933.945	826.128	4.760.073
9.1.2009	5.503.583	1.155.752	6.659.335
16.1.2009	5.766.494	1.210.964	6.977.458
23.1.2009	5.497.839	1.154.546	6.652.385

Det bemærkes, at Rejsegarantifonden ikke har haft bemærkninger af nogen art til de indberettede tal.

Det fremgår af tallene, at de modtagne forudbetalinger plus 21 % langt fra har udgjort 10 mio. kr. Den 1. december 2008, hvor min klient var nødsaget til at stille en garanti på 10 mio. kr., udgjorde de modtagne forudbetalinger + 21 % således alene 2,13 mio. kr., (hvilket i øvrigt var i nøje overensstemmelse med det beløb, min klient forudsagde allerede den 3. november 2008). Selv 16. januar 2009, hvor forudbetalingerne topper, udgør forudbetalingerne + 21 % kun knap 7 mio. kr.

Rejsegarantifonden kræver således konsekvent en overdækning på ikke under 2-3 mio. kr., svarende til 43 % til knap 100 %, af de modtagne forudbetalinger + 21 %. Primo december udgjorde den krævede overdækning ligefrem 282 %. Til trods herfor har Rejsegarantifonden i sin e-mail af 27. november 2008 fastholdt kravet om, at der skulle stilles en garanti på 10 mio. kr. pr. den 1. december 2008.

Det fremgår også, at Rejsegarantifonden løbende har mulighed for at iagttage stigningerne i de modtagne forudbetalinger og for at reagere på grundlag heraf.

Endelig bemærkes det, at forudbetalingerne langt fra stiger så meget fra december til januar, som Rejsegarantifonden uden nærmere begrundelse synes at have lagt til grund for sin afgørelse, idet forudbetalingerne + 21 % kun stiger med ca. 1,9 mio. kr. fra den 19. december 2008 til den 2. januar 2009 og med kun ca. 4,0 mio. kr. fra den 15. november 2008 til den 16. januar 2009, hvilket er væsentligt mindre end de 6 mio. kr., som Rejsegarantifonden – i øvrigt uanset størrelsen af de modtagne forudbetalinger ved udgangen af november 2008 – forlanger garantien hævet med pr. 1. december 2008.

2 Manglende hjemmel

Det fastholdes, som anført i min klage af 2. oktober 2008, at lov om rejsegarantifond ikke indeholder hjemmel til at stille krav om garanti, der overstiger de udgifter Rejsegarantifonden i medfør af § 5 skal erstatte.

Rejsegarantifonden synes ikke at imødegå dette juridiske argument i sit indlæg.

Tværtimod fremgår det efter min opfattelse også af selve formuleringen af afgørelsen, at Rejsegarantifonden er fuldt ud bekendt med, at garantien overstiger forudbetalingerne plus 21 %, ...

Rejsegarantifonden synes endvidere ikke at have imødegået synspunktet om, at de modtagne forudbetalinger + 21 % udgør fondens risiko for tab ved at skulle dække rejsekundernes forudbetalinger samt udgifter til hjemtransport og til overnatningsmulighed. Det ville da selvsagt også være lidt overraskende, da disse oplysninger er baseret på Rejsegarantifondens egne undersøgelser fra 1995.

Problemet synes at være, at forudbetalingerne kan stige betydeligt imellem indberetningerne til Rejsegarantifonden, og at Rejsegarantifonden måske ikke finder sig i stand til i praksis at reagere hurtigt nok på de modtagne indberetninger. Det er muligt, at Rejsegarantifonden derfor finder, at fonden har et praktisk behov for at kræve en højere garanti end de rapporterede forudbetalinger plus 21 % for at sikre sig mod tab.

Efter min opfattelse er problemet ikke reelt, idet Rejsegarantifonden f.eks. ved at kræve nøgletal indberettet hyppigere, ved at indrette sin administration anderledes og/eller ved at formulere sine afgørelser

således, at der løbende skal stilles en garanti, der minimum udgør *de modtagne* forudbetalingerne + 21 %, burde have mulighed for at hindre unødige tab for fonden og forvalte i overensstemmelse med loven.

Hvis dette virkelig ikke er muligt, må Rejsegarantifonden selvsagt søge at forandle loven ændret, så en afgørelse som den indbragte kan hvile på et solidt hjemmelsgrundlag. Det kan aldrig blive lovligt, at træffe en afgørelse om forhøjet garanti efter lovens § 19, hvorved en rejsearrangør i strid med lovens formål og bemærkninger tvinges til at stille en forhøjet garanti, der rent faktisk overstiger fondens samlede tab ved rejsearrangørens konkurs.

...”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 20. februar 2009 heroverfor bemærket:

”...

Det er korrekt, at selskabets løbende indberetninger af forudbetalinger i løbet af sæsonen 2008/09 har vist, at en garanti på kr. 7 mio. ville have været tilstrækkelig til at afdække fondens risiko.

Som anført i fondens indlæg i sagen af 17. november 2008, havde fonden i denne sag imidlertid forud for sæsonen 2008/09 ingen mulighed for med nogenlunde sikkerhed at kunne beregne den nøjagtige størrelse af den garanti, der skulle stilles, hvis fondens risiko skulle være afdækket beløbsmæssigt helt præcist.

Fonden har i indlægget af 17. november 2008 redegjort for, at det budgetmateriale, det gamle K2 ApS fremsendte, ikke var periodiseret og i øvrigt ikke fremstod som gennemarbejdet, ligesom der løbende igennem perioden viste sig at forekomme store budgetafvigelse. Fondens havde erfaret, at det gamle selskab på ingen måde var i stand til at levere en løbende regnskabsopfølgning, som satte fonden i stand til at følge med i, om budgettet rent faktisk blev realiseret. På dette grundlag var det umuligt for fonden på forhånd præcis at estimere en garantistørrelse, som ville afdække fondens risiko. Fonden måtte derfor foretage en skønsmæssig beregning på basis af de historiske regnskabsoplysninger, fonden var i besiddelse af og mente at kunne lægge vægt på.

Dette forhold - kombineret med det gamle selskabs egen oplysning om, at selskabet ikke havde mulighed for at stille en forhøjet garanti i højsæsonen - var naturligvis medvirkende til, at fonden ønskede en forhøjet garanti, der med sikkerhed ville afdække fondens risiko. Fonden ville undgå en situation, hvor selskabet indberettede forudbetalinger, der var højere end den stillede garanti og herefter meddelte fonden, at selskabet ikke havde mulighed for at forhøje garantien yderligere. Dette ville med sikkerhed have påført fonden tab.

På baggrund af de historiske indberetninger af forudbetalinger for sæsonen 2008/09 vil fonden naturligvis foretage en revurdering af kravet til garantistørrelsen for sæsonen 2009/10. Hvis selskabet fremsender gennemarbejdede, periodiserede budgetter og redegør for, hvorledes selskabet løbende vil kunne dokumentere overfor fonden, om selskabet

følger budgetterne, vil kravet til forhøjelsen af garantien for sæsonen 2009/10 – under forudsætning af uændret omsætningsniveau - blive nedsat, så der maksimalt skal stilles en garanti på kr. 7 mio.

Med hensyn til klagerens argumenter om, at fonden har krævet for høj garanti, fordi fonden i praksis ikke kan reagere hurtigt nok på de modtagne indberetninger, henvises til fondens indlæg i sagen af 17. november 2008, hvoraf det fremgår at fondens risiko ikke udelukkende følger det aktuelle forudbetalingsbeløb. Det er fondens sædvanlige fremgangsmåde at slette en arrangørs registrering i fonden, hvis arrangøren har indberettet en forudbetalingsbeholdning, der udløser en forhøjelse af garantien, og fonden må konstatere, at arrangøren ikke kan stille garantien. Uagtet at arrangørens registrering i fonden er slettet, må arrangøren imidlertid modtage slutbetaling på og gennemføre rejser, der var solgt før registreringen blev slettet, hvilket udsætter fonden for en betydelig risiko, når arrangøren har en meget sæsonbetonet omsætning. På tidspunktet for krav om garantiforhøjelse og deraf følgende sletning, vil arrangøren typisk have solgt en stor del af sæsonens rejser. Efter at være blevet slettet af fondens register kan arrangøren fortsætte med at modtage slutbetalinger på sæsonens rejser uden at skulle forhøje garantien tilsvarende, hvilket ikke er en acceptabel afdækning af fondens risiko. Fonden udsættes for denne risiko, uanset hvor hurtigt fonden reagerer på arrangørens indberetning af forudbetalingsbeløbet.

Herudover er fonden af den opfattelse, at den generelle udvikling i samfundsøkonomien er med til at øge usikkerheden i fondens risikoestimering. Årsagen hertil er enkel, idet det er svært p.t. at forudsige i hvilket omfang de enkelte arrangører er berørt af krisen, og dermed forudsige hvor stor fondens risiko er på givet tidspunkt.
...”

I skrivelse af 20. marts 2009 har advokat A bemærket:

” ...
jeg ... finder det [ikke] dokumenteret, at Rejsegarantifondens risiko skulle overstige de modtagne forudbetalinger + 21 %.

Særligt bemærkes det, at Rejsegarantifonden begrundes den øgede risiko med, at arrangøren kan gennemføre rejser og modtage restbetalinger på allerede solgte rejse selv efter at registreringen er slettet. Men rejser, der gennemføres, må alt andet lige føre til, at Rejsegarantifondens risiko falder. Hvis modtagelsen af restbetalinger øger Rejsegarantifondens risiko, ja så må Rejsegarantifonden anmode om tillige at få indberettet udestående restbetalinger, således at dette kan indgå Rejsegarantifondens vurdering af risikoen.
...”

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) blandt andet:

”Lovforslaget indebærer som nævnt, at den mulighed for at kræve forhøjet garantistillelse, som fonden allerede i dag har, når en ”genganger” driver sin virksomhed på en måde, der giver fonden en særlig risiko for tab, udvides til at gælde alle rejsearrangører/formidlere, der driver virksomhed på et uforsvarlig økonomisk grundlag. I lighed med hvad der gælder efter den nuværende § 19, stk. 1 og 2, skal dette ske på baggrund af et skøn, der er baseret på en analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomi.

Et element i den økonomiske analyse vil være om rejsearrangørens/formidlerens økonomiske nøgletal afviger negativt fra de indikatorer, der er beskrevet under nr. 7, men der vil ikke være tale om, at nøgletal der ligger under de angivne værdier, automatisk vil udløse et krav om forhøjet garantistillelse.

Fondens beslutning om at kræve forhøjet garantistillelse skal således bygge på en samlet og konkret analyse af rejsearrangørens/formidlerens økonomiske forhold sammenholdt med en høring af virksomhedens ledelse med henblik på at få afklaret, om det negative driftsforløb er af forbigående karakter eller ej, og/eller om rejsearrangøren/formidleren har yderligere muligheder for at rejse kapital.

Den forhøjede garanti fastsættes konkret af fonden i forhold til den skønnede forøgede risiko, men skal som udgangspunkt sammen med den almindelige garanti dække kundernes forudbetalinger og forventede omkostninger til hjemtransport.”

Ud fra det oplyste lægges det til grund, at det nye K2 ApS har videreført de driftsmæssige aktiviteter fra det gamle K2 ApS.

Af budgetforudsætningerne for det af selskabet udarbejdede budget for perioden april 2009 [2008] til 30. juni 2009 fremgår blandt andet, at ”omsætningen tager udgangspunkt i de erfaringer, som er opnået over de seneste år i det selskab, som virksomheden er overtaget fra og med de marginaler som tidligere har været

gældende” og at ”De variable omkostninger tager udgangspunkt i de aktuelle omkostninger og de omkostninger der har været historisk set i K2”.

Henset hertil, og til de af det gamle K2 ApS opnåede resultater i de 7 foregående regnskabsår, samt under hensyntagen til det af Rejsegarantifonden i øvrigt anførte, finder ankenævnet, at betingelserne for, at Rejsegarantifonden i medfør af rejsegarantifondslovens § 19, stk. 1, krævede forhøjet garantistillelse, var opfyldt.

Ankenævnet finder ikke fornødent grundlag for at tilsidesætte den af Rejsegarantifondens fastsættelse af garantistillelsen. Det forhold, at de løbende indberetninger fra K1 ApS (nu K2 ApS) af forudbetalinger i løbet af sæsonen 2008/09 har vist, at en garanti på 7 millioner kr. ville have været tilstrækkeligt til at afdække fondens risiko, kan ikke føre til andet resultat. Ankenævnet tiltræder herefter, at K1 ApS (nu K2 ApS) har skullet forhøje den stillede garanti i overensstemmelse med det af Rejsegarantifonden ved fondens afgørelse fastsatte. Ankenævnet tiltræder endvidere, at selskabet blev pålagt at indberette forudbetalingsbeholdningen hver 14. dag.

Ankenævnet stadfæster derfor Rejsegarantifondens afgørelse af 28. august 2008.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2009 modtaget 173 klagesager. Hertil kommer 30 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 203 sager er der afsagt kendelse i 46 sager. 130 sager er afsluttet på anden måde, heraf 11 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 27 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 46 kendelser, der blev afsagt i 2009, var der i 42 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 4 kendelser ændrede/omgjorde ankenævnet den påklagede afgørelse.

Oplysningerne for 2009 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2009:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2009:	30
<u>Indkommet i året:</u>	<u>173</u>
<i>Til behandling i alt:</i>	203
Heraf:	
Afvist på grund af manglende gebyr:	103
Afvist af andre grunde:	6
Omgjort af indklagede:	11
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>10</u>
<i>Afsluttet uden kendelse i alt:</i>	130
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>46</u>
<i>Afsluttet i alt:</i>	176
<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2009:</i>	<u>27</u>

Kendelsesstatistik 2009:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	2	0	0	2
Forsikring/ Pension	1	0	0	1
Forsikringsmægling	0	2	0	2
Anden finansiel virksomhed	13	0	0	13
Aktie- og anpartsselskaber	4	0	0	4
Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder	1	0	0	1
Årsrapport	14	1	0	15
Pensionsvirksomhed	2	0	0	2
Hvidvask	2	1	0	3
Ejendomsformidling	2	0	0	2
Rejsegarantifond	1	0	0	1
I alt	42	4	0	46