

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2010

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2010.

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 Erhvervsankenævnet	
1) Kendelse af 16. marts 2010 (J.nr. 2009-0020682). Klage afvist, da Erhvervs- og Selskabsstyrelsens retsopfattelse af, at spørgsmålet om lovligheden af 3 virksomheders navne henhører under domstolene ikke er en afgørelse omfattet af ankenævnets kompetence.....	16
2) Kendelse af 3. juni 2010 (J.nr. 2009-0019732). Påtale fra Finanstilsynet konkret anset som en forvaltningsafgørelse, som følgende kunne realitetsbehandles af ankenævnet.....	21
4.2. Lov om finansiel virksomhed	
3) Kendelse af 4. februar 2010 (J.nr. 2009-0018518). Livsforsikringsselskab påbudt at nedbringe skyggekontoen	37
4) Kendelse af 9. februar 2010 (J.nr. 2009-0019017). Andelskasse påbudt at ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn, herunder at slette ordet bank fra andelskassens domænenavn	66
5) Kendelse af 19. marts 2010 (J.nr. 2009-0019011). Pengeinstitut påbudt at ændre principper for rentefastsættelse på visse lån samt at slette formulering i pengeinstitutts almindelige forretningsbetingelser.....	82
6) Kendelse af 16. april 2010 (J.nr. 2009-0019205). Ikke medhold i klage over aktindsigt meddelt anden part	96
7) Kendelse af 3. juni 2010 (J.nr. 2010-0021305). Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	111

8) Kendelse af 2. august 2010 (J.nr. 2009-0020875).
Pengeinstitut påbudt at opgøre visse konkrete engagementer på konsolideret basis samt at nedbringe det samlede engagement til et omfang under 25 % af pengeinstitutts basiskapital 117

9) Kendelse af 14. oktober 2010 (J.nr. 2010-0021348).
Nyt teknisk grundlag indeholdt ikke dele, der kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på livsforsikringsområdet 128

4.3. Værdipapirhandelsloven

10) Kendelse af 5. november 2010 (J.nr. 2010-0021307).
Sag hjemvist til Finanstilsynets stillingtagen til om retten til aktindsigt skal begrænses efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3 165

4.4. Lov om forsikringsformidling

11) Kendelse af 24. august 2010 (J.nr. 2010-0020972).
Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling ikke imødekommet 177

4.5. Selskabsloven

12) Kendelse af 18. februar 2010 (J.nr. 2009-0020411).
Adgangen til at foretage registreringer via Webreg.dk med medarbejdersignatur udstedt til firmaet lukket indtil videre 185

4.6. Årsregnskabsloven

13) Kendelse af 4. januar 2010 (J.nr. 2009-0019965).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 194

14) Kendelse af 11. januar 2010 (J.nr. 2009-0020378).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 199

15) Kendelse af 26. januar 2010 (J.nr. 2009-0019964).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 203

16) Kendelse af 26. januar 2010 (J.nr. 2009-0020014).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 208

17) Kendelse af 26. februar 2010 (J.nr. 2009-0020310).
Fond pålagt at ændre årsrapporten 213

18) Kendelse af 30. marts 2010 (J.nr. 2010-0020976).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 220

19) Kendelse af 23. juni 2010 (J.nr. 2010-0021046).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 224

20) Kendelse af 23. juni 2010 (J.nr. 2010-0021125).
Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet 229

21) Kendelse af 26. august 2010 (J.nr. 2010-0021517). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	235
22) Kendelse af 22. oktober 2010 (J.nr. 2010-0021931). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	242
23) Kendelse af 6. december 2010 (J.nr. 2010-0022467). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	249
24) Kendelse af 6. december 2010 (J.nr. 2010-0022510). Offentliggørelse af nye årsrapport afslået.....	254
25) Kendelse af 6. december 2010 (J.nr. 2010-0022602). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	258

4.7. Lov om godkendte revisorer og revisorvirksomheder

26) Kendelse af 10. maj 2010 (J.nr. 2009-0020413). Revisionsvirksomhed frataget godkendelsen som revisionsvirksomhed og slettet i registeret over godkendte revisionsvirksomheder	265
---	-----

4.8. Hvidvaskloven

27) Kendelse af 23. december 2010 (J.nr. 2010-0021377). Påbud om overholdelse af en række pligter i henhold til hvidvaskloven tiltrådt	272
--	-----

4.9. Rejsegarantifondsloven

28) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020859). Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden	299
29) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020860). Luftfartsselskab ikke anset som etableret i Danmark og derfor ikke registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.....	317
30) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020881). Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden	331
31) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020882). Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden	347
32) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020883). Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden	363
33) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020884). Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden	379

34) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2009-0020906).
Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegaran-
tifonden395

35) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2010-0020970).
Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegaran-
tifonden406

36) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2010-0020984).
Luftfartsselskab ikke anset som etableret i Danmark og derfor ikke registre-
ringspligtigt i Rejsegarantifonden.....419

37) Kendelse af 23. september 2010 (J.nr. 2010-0021807).
Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegaran-
tifonden433

5. SAGSSTATISTIK.....444

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. Ændringer til bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.
6. Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

1. FORMANDSKABETS BERETNING

Nævnet har i 2010 haft en tilgang på 124 klagesager og har i alt haft 151 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 109 sager. Heraf er 37 sager afsluttet ved kendelse og 72 sager på anden måde. Af de 37 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 32 sager, mens 3 sager førte til ankenævnets ændring/omgørelse af den påklagede afgørelse. I 1 sag fik klager medhold i sin påstand om formalitetsspørgsmålet. Sagen blev herefter tilbagekaldt af klager, således at nævnet ikke fik anledning til at prøve sagens materielle spørgsmål.

I 5 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 7,1 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 2010 af en formand, en næstformand og 24 sagkyndige medlemmer. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af økonomi- og erhvervsministeren.

I året 2010 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
Advokat	Carsten Møllekilde
Advokat	Monica Reib
Advokat	Niels Walther-Rasmussen
Advokat	Piya Mukherjee
Statsaut. revisor	Lars Holtug
Statsaut. revisor	Kirsten Aaskov Mikkelsen
Statsaut. revisor	Johnny Kofoed-Jensen
Statsaut. revisor	Marianne Fog Jørgensen
Statsaut. revisor	Finn Louis Meyer

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
Afdelingsdirektør	Elisabeth Stamer

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
Assistent	Steen Hansen

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet
Kampmannsgade 1, Postboks 2000
1780 København V.
Tlf.: 33 30 76 22
Telefax: 33 30 76 00
E-mail: 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 med-

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

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

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

3.5. Sagens afgørelse.

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

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

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

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

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

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

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2010.

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

4.1. LOV OM ERHVERVSANKENÆVNET

1) Kendelse af 16. marts 2010 (J.nr. 2009-0020682).

Klage afvist, da Erhvervs- og Selskabsstyrelsens retsopfattelse af, at spørgsmålet om lovligheden af 3 virksomheders navne henhører under domstolene ikke er en afgørelse omfattet af ankenævnets kompetence.

Lov om Erhvervsankenævnet §§ 1 og 8.

(Finn Møller, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

K har ved e-mail af 10. november 2009 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved e-mail af 14. oktober 2009 har tilkendegivet ikke at ville foretage sig yderligere i anledning af Ks henvendelse vedrørende 3 virksomheder, hvori slægtsnavnet, X indgår og ved senere e-mail har uddybet mailen af 14. oktober 2009 og henvist til, at spørgsmålet henhører under domstolene.

Sagens omstændigheder:

Som sagen foreligger oplyst for ankenævnet rettede K ved e-mail af 2. oktober 2009 henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og anførte i den forbindelse:

”Ved søgning efter mit slægtsnavn X i cvr registeret fremkommer ikke mindre end 3 virksomheder der anvender navnet.

Nogle vil hævde at de bruger navnet i en overført betydning eller ikke i sammenhæng med mit navn, fx cvr ..., mens den virksomhed som er registreret som "X I/S (cvr ...) åbenlyst kan forveksles med undertegnede, eller antages at have noget med mig at gøre.

I Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) står bl.a. nedenstående. Noget lignende stod også i tidligere lovgivning.

Navnet X er netop et slægtsnavn og kan i høj grad også forveksles hermed.

Jeg skal derfor gøre gældende at denne registrering ikke kan være lovlig. Jeg skal endvidere gøre gældende at det vil påføre mig uforholdsmæssigt store - og dermed urimelige - udgifter at skulle foretage juridiske skridt mod krænkere af bestemmelserne. Det må derfor være den offentlige myndighed som foretager registrering, der har en forpligtelse til at påse at loven overholdes.

Jeg vil derfor anmode om, at man lovliggør registreringerne ved at undlade anvendelse af mit slægtsnavn (altså foretager en ændring af de registrerede navne).”

Ved e-mail af 14. oktober 2009 svarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

” ...

I forbindelse med registreringen af virksomhedsnavne påser Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, efter sin nuværende administrative praksis, om der foreligger navneidentitet i forhold til allerede registrerede navne. Såfremt dette ikke er tilfældet registrerer styrelsen navnet i sit register.

Hvis du mener, at en stedfunden registrering er dig til skade, hører spørgsmålet om registreringens udslettelse under domstolenes afgørelse. En sag herom skal anlægges mod virksomheden inden 6 måneder efter registreringens bekendtgørelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens registreringssystem, jfr. Bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, Lbk. nr. 651 af 15. juni 2006, § 17. Den omhandlede virksomhed er bekendtgjort i 2005, med startdato 1. februar 2005, og en eventuel sag ved domstolene skulle som følge af ovenstående have været anlagt inden 6 måneder herefter.

Dertil skal det bemærkes, at det er virksomheden selv, der indestår for lovligheden af det til registrering anmeldte, hvilket bevirker, at det er virksomheden, og ikke Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, du skal rette krav mod.

På denne baggrund agter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke at foretage sig yderligere i sagen.

...”

Ved e-mail af samme dato har K til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anført:

”Det er netop "efter sin nuværende administrative praksis" som er det interessante her. Jeg mener at styrelsen ved sin manglende simple kontrol i forbindelse med registreringen af et firmanavn, påfører undertegnede urimelige byrder i forhold til at bevare rettigheder i forhold til lovgivningen. Desuden trider det jo direkte mod lovens bogstav som forhindrer anvendelse af navne som er forvekslelige med slægtsnavne. Og det må

man jo sige er tilfældet her. Det forekommer ikke rimeligt at påføre en borger den unødvendige (i forhold til hvis styrelsen foretog simpel kontrol inden registrering) byrde det vil være konstant at skulle kontrollere cvr registeret for evt. nye registreringer som måtte være i strid med lovgivningen - blot fordi myndigheden vil spare.”

Ved senere e-mail har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere oplyst:

”Jeg skal starte med at beklage, at jeg ikke fremsendte klagevejledning i forbindelse med min afgørelse.

Først, vedrørende spørgsmålet om registreringens udslettelse, vil jeg endnu en gang henvide til at, dette spørgsmål henhører under domstolene i henhold til, bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, Lbk. nr. 651 af 15. juni 2006, § 17, stk. 1.

Dernæst, med hensyn Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om at vi ikke sletter registreringen og henviser til at spørgsmålet høre under domstolene jf. ovenstående, kan denne afgørelse indbringes for Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, postboks 2000, 1780 København V, jf., bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, Lbk. nr. 651 af 15. juni 2006, § 17, stk. 2. Klagen skal indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er blevet meddelt dig jf., bekendtgørelse af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, Lbk. nr. 651 af 15. juni 2006, § 17, stk. 2.

Jeg skal for en god ordens skyld slå fast at Erhvervsankenævnet kan tage stilling til at vi har foretaget en afgørelse der indebærer, at vi ikke kan slette registreringen og har henvist til at spørgsmålet henhører under domstolene. Derimod kan Erhvervsankenævnet ikke tage stilling til registreringens udslettelse, da dette spørgsmål henhører under domstolene.
...”

K har ved mail af 10. november 2009 klaget til Erhvervsankenævnet og har i den forbindelse anført:

”Klage over afgørelse, truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Klagens punkter er:

I selskabslovgivningen står udtrykkeligt at et selskab ikke må bruge et navn som kan forveksles med et slægtsnavn. Alligevel har styrelsen pt. registreret ikke færre end 3 selskaber som benytter mit slægtsnavn (X) som helt eller delvist navn. Uanset med hvilken begrundelse navnet anvendes, strider det umiddelbart mod bestemmelsen om forvekslelighed. Jeg har derfor klaget over dels den manglende kontrol inden registrering, og dels de registreringer som faktisk er foretaget.

Efter skøn fra et advokatfirma vil en sag mod det ene af firmaerne kunne "holdes under 100.000", hvilket er et urimeligt beløb at overvælte på en borger, blot fordi en myndighed som led i besparelser undlader at checke

fx cpr register eller Danmarks Statistiks navnedatabase for at se om der kunne være problemer her, ved nyregistrering af navn.

Ombudsmanden kræver som bekendt at alle klagemuligheder skal være udtømte, for han evt. går ind i sagen.

Jeg håber derfor på et svar som ikke fordrer at jeg skal bruge (endnu flere) penge på at bringe sagen videre i systemet. Jeg har allerede brugt flere tusinde på advokat vurderinger af om der i givet fald var en sag mod firmaerne. Det mente han der var, men min retshjælpsforsikring ville alligevel ikke indblandes så det er lidt op ad bakke.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 10. februar 2010 udtalt:

”...

K har ved mail af 10. november 2009 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret tre selskaber, hvori ordet ”X” indgår. Som begrundelse for klagen anføres, at der er registreret et navn, som kan forveksles med klagerens slægtsnavn.

Det er styrelsens opfattelse, at Erhvervsankenævnet ikke er den rette til at behandle den foreliggende sag.

For så vidt angår den første af virksomhederne, ”Antik X v/...”, er det SKAT, og ikke Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som har foretaget registreringen. En ankenævns sag kan derfor kun vedrøre de to øvrige virksomheder.

For så vist angår de to øvrige virksomheder er der alene sket en skatte- og afgiftsmæssig registrering. Styrelsen har ikke hjemmel til at nægte en sådan registrering af en anmeldelsespligtig aktivitet, hvis de skatte- og afgiftsmæssige betingelser i øvrigt er opfyldt.

Registreringen er ikke en registrering af et navn eller afgørelse af, om virksomhedsnavnene måtte blive anvendt i strid med anden lovgivning.

Økonomi- og Erhvervsministeriet har endvidere ved mail af 6. januar 2010 endeligt svaret klageren og henvist denne til, at sagen i givet fald skal prøves ved domstolene.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal bede om mulighed for at komme med yderligere bemærkninger, hvis ankenævnet finder, at nævnet kan behandle klagen.

Sagens faktiske forløb

Der eksisterer ifølge Erhvervs- og Selskabsstyrelsens oplysninger følgende virksomhedsnavne, hvori ordet ”X” indgår, ...:

- AntikX v/...

- Brødrene X v/...
- X I/S

SKAT har i 2001 efter de regler, som gælder for anmeldelse af virksomheders skatte- og afgiftsmæssige aktiviteter, registreret Antik X v/.... Virksomheden er registreret for moms,

De to sidste virksomheder er registreret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hhv. 2005 og 2008. Der er tale om registreringer for hhv. AM-bidrag samt indeholdelse af løn og pension,

Ingen af de tre virksomheder er registreret efter anparts- eller aktieselskabsloven, som klageren henviser til, eller lov om visse erhvervsdrivende virksomheder.

...

Styrelsens holdning

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der ikke er hjemmel til at nægte en registrering af en anmeldelsespligtig aktivitet efter de skatte- og afgiftsmæssige love med henvisning til navnerettigheder.

Styrelsen er endvidere af den opfattelse, at nævnet ikke kan behandle en sag, i et tilfælde som det foreliggende, hvor Økonomi- og Erhvervsministeriets departement har svaret klageren.

..."

Heroverfor har K i mail af 15. februar 2010 bemærket:

” Jeg har i altfald een bemærkning:

I materialet anfører Styrelsen nu, at den ikke mener Erhvervsankenævnet kan behandle sagen.

Det undrer mig ...

Desuden skriver Styrelsen, at man ikke ("for de to sidste virksomheder..") har hjemmel til at nægte registrering af en anmeldelsespligtig aktivitet.

Det har jeg heller aldrig bedt om, endsige forestillet mig de skulle. Men jeg havde en forventning om at anmelderen ville blive bedt om at prøve igen - nu med et navn der ikke kunne forveksles med et personnavn (jf. min argumentation om at små hensyn hos Styrelsen, kunne undgå at påføre undertegnede store udgifter - eller opgivelse af at opretholde rettigheder). Det forholder man sig ikke rigtigt konkret til synes jeg.”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 1 i lov om Erhvervsankenævnet, lov nr. 858 af 23. december 1987 med senere ændringer samt § 1 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994

om Erhvervsankenævnet, at Erhvervsankenævnet behandler klager over afgørelser truffet af blandt andet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der i lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet.

Der foreligger med tilkendegivelsen fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om styrelsens retsopfattelse af, at spørgsmålet om udslettelse af de omhandlede registreringer, som er foretaget efter afgifts- og skattelovgivningen, henhører under domstolene, ikke en afgørelse, omfattet af ankenævnets kompetence. At Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fejlagtigt har givet klagevejledning ændrer ikke herved.

Ankenævnet afviser således klagen, jf. § 8, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet.

2) Kendelse af 3. juni 2010 (J.nr. 2009-0019732).

Påtale fra Finanstilsynet konkret anset som en forvaltningsafgørelse, som følgelig kunne realitetsbehandles af ankenævnet.

Lov om Erhvervsankenævnet § 1, stk. 1 samt § 18 og § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v.

(Anders Hjulmand, Mads Bryde Andersen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 14. juli 2009 har advokat A på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet den 8. juli 2009 har påtalt, at foreningen handlede i strid med redelig forretningskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt kollektive investeringsforeninger m.v., da foreningen udarbejdede salgsbrochuren om K, fordi brochuren ikke udgør en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen. Finanstilsynets beslutning om at offentliggøre påtalen påklages ligeledes.

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 31. august 2009 har Finanstilsynet om sagen faktiske omstændigheder udtalt:

”...

Finanstilsynet indledte ved brev af 19. november 2008 en sag vedrørende overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod K (herefter benævnt K).

Finanstilsynet modtog den 1. december 2008 en redegørelse for sagen fra K og udarbejdede på denne baggrund et udkast til afgørelse, som sendtes i høring hos K. Udkastet indeholdte både et påbud om at sikre overensstemmelse mellem Ks risikoangivelse i henholdsvis prospekt og markedsføringsmateriale og en påtale for overtrædelse af § 3 i bekendtgørelse 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger m.v.

Finanstilsynet modtog den 9. marts 2009 høringssvar fra K, og på baggrund af høringssvaret samt et møde med K foretog Finanstilsynet en tilpasning af sagen. Påbuddet blev fjernet fra sagen, og påtalens hjemmel blev ændret til § 2 i bekendtgørelse nr. 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger mv. Dette udkast til påtale blev sendt til udtalelse hos K den 1. maj 2009. Ved en beklagelig fejl fremgik det af følgeskrivelsen, at der var tale om en ”høring over afgørelse”, hvilket skete som følge af, at sagen tidligere havde indeholdt ovennævnte påbud og således været en forvaltningsretlig afgørelse indtil fjernelsen heraf.

Efter endt høring blev udkastet til påtale med de fornødne tilpasninger forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd den 8. juli 2009. I det endelige udkast påtaler Finanstilsynet, at K har handlet i strid med § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. (herefter benævnt LIS). Det Finansielle Virksomhedsråd tiltrådte udkastet til påtalen, og Finanstilsynet offentliggjorde herefter den 10. juli 2009 påtalen på sin hjemmeside, jf. LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1.
...”

I klageskrivelse af 14. juli 2009 har advokat A anført:

”...Jeg skal herved påklage ... afgørelse af 8. juli 2009 fra Finanstilsynet, hvor tilsynet har meddelt min klient, K, en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv. Det gøres i den forbindelse gældende, at påtalen fra Finanstilsynet er en forvaltningsretlig afgørelse, der kan påklages i medfør af § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv.

Jeg skal endvidere påklage Finanstilsynets beslutning om at offentliggøre afgørelsen, idet dette efter min opfattelse er en særskilt afgørelse, der kan påklages i medfør af § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv.

Endelig skal jeg begære klagemålene tillagt opsættende virkning, idet det dog hertil bemærkes, at Finanstilsynet - uanset mine protester ... - offentliggjorde afgørelsen på tilsynets hjemmeside www.ftnet.dk den 10. juli.

Som det fremgår af ... korrespondance[n], har Finanstilsynet anført, at hverken påtalen eller beslutningen om at offentliggøre denne efter tilsynets opfattelse er forvaltningsretlige afgørelser, der kan påklages. Finanstilsynet har derfor heller ikke givet min klient klagevejledning.

Jeg er imidlertid ... ikke enig med Finanstilsynet heri, og det er i den forbindelse min opfattelse, at påtalen under alle omstændigheder kan indbringes for Erhvervsankenævnet med henblik på nævnets stillingtagen til, hvorvidt der foreligger en forvaltningsretlig afgørelse, som nævnet har kompetence til at behandle.

Finanstilsynet har erklæret sig enig i, at det vil være op til Erhvervsankenævnet at afgøre, dette spørgsmål, såfremt min klient indgiver klage til nævnet.

Inden jeg udarbejder en klage vedrørende påtalens materielle indhold, skal jeg derfor anmode Erhvervsankenævnet om at tage stilling til, hvorvidt Finanstilsynets påtale af 8. juli 2009 og offentliggørelsen heraf er forvaltningsretlige afgørelser, som kan indbringes for nævnet.

Forvaltningsretlig afgørelse

Som begrundelse for, at der er tale om forvaltningsretlige afgørelser, henviser jeg til... korrespondance[n] med Finanstilsynet, hvoraf det bl.a. fremgår, at selv en indskrænkende fortolkning af forvaltningslovens afgørelsesbegreb, hvorefter der lægges vægt på om beslutningen overvejende er af retlig karakter, der som sit hovedformål har at fastlægge, hvad der er eller skal være ret i en bestemt situation, vil føre til, at påtalen i nærværende sag er en forvaltningsretlig afgørelse. Det er således netop påtalens formål at fastlægge indholdet af, hvad der efter § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger mv. skal anses for at være redelig forretningskik og god praksis ved markedsføringen af investeringsbeviser i hedgeforeninger.

Uanset at jeg har gjort dette gældende over for Finanstilsynets og i den forbindelse har opfordret tilsynet til at begrunde, hvorfor påtalen efter tilsynets opfattelse ikke er en forvaltningsretlig afgørelse, har tilsynet ikke begrundet denne opfattelse nærmere.

Jeg har endvidere efterlyst tilsynets begrundelse for, hvorfor tilsynet i den sideløbende sag, der p.t. verserer for Erhvervsankenævnet vedrørende aktindsigt, i tilsynets første udkast til påtale af 4. februar 2009, har argumenteret for, at tilsynet i medfør af lov om finansiel virksomhed § 345, stk. 9, var forpligtet til at sende det første udkast til påtale i høring hos min klient. Det fremgår således af den pågældende bestemmelse, at denne forpligtelse kun gælder i sager, hvor der skal foretages partshøring i medfør af forvaltningslovens § 19 og Finanstilsynet har altså således tidligere behandlet sagen, som om den var omfattet af forvaltningsloven. Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynet også har sendt tilsynets efterfølgende udkast til påtale af 1. maj 2009 til partshøring hos min klient.

Finanstilsynet har ikke svaret på, hvad der er baggrunden for, at tilsynet nu tilsyneladende har ændret opfattelse vedrørende påtalens retlige karakter.

Opsættende virkning

Da påtalen efter tilsynets opfattelse er endelig og ikke kan påklages, ligesom den allerede er offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside, er spørgsmålet om opsættende virkning af klagemålet ikke af reel betydning.

Det har imidlertid principiell betydning for min klient at få afklaret, hvorvidt min klients klagemål ville være blevet tillagt opsættende virkning, såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at påtalen og offentliggørelsen heraf kan påklages til nævnet, hvorfor jeg ligeledes skal bede nævnet tage stilling til dette spørgsmål.”

I føromtalt redegørelse af 31. august 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

” ...

1. Afgørelsens retlige grundlag

Det følger af LIS § 18, stk. 1, at ”Foreninger skal drives i overensstemmelse med redelig forretningskik og god praksis inden for forretningsområdet.”.

LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., fastslår, at ”Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og de regler, der er udstedt i medfør af loven, undtagen § 34, stk. 1 og 2, samt overholdelsen af foreningens vedtægter”. Bestemmelsen fastsætter Finanstilsynets generelle adgang og pligt til at påse overholdelsen af loven. Dernæst udgør den Finanstilsynets implicite hjemmel til at udstede påbud og påtaler, hvor dette ikke følger eksplicit af andre bestemmelser i loven.

Endvidere fremgår det af LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1, at: ”Finanstilsynet skal orientere offentligheden om sager, som er behandlet af Finanstilsynet, anklagemyndigheden eller domstolene, og som er af almen interesse eller af betydning for forståelsen af bestemmelser om god skik, jf. § 18 og bekendtgørelser udstedt i medfør af § 18, stk. 2”.

Finanstilsynet har i nærværende sag påtalt, at K har handlet i strid med redelig forretningskik og god praksis, jf. LIS § 18, stk. 1.

Påtalen er udstedt i medfør af LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., og Finanstilsynet har offentliggjort påtalen i medfør af LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1, da det er Finanstilsynets vurdering, at påtalen har almen interesse.

2. Finanstilsynets vurdering

Det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb

Det følger af forvaltningslovens § 2, stk. 1, at ”loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed”.

Af forarbejderne til forvaltningslovens § 2 fremgår, at der med udtrykket ”truffet afgørelse” sigtes til ”*udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde*”. Endvidere følger det af forarbejderne til § 2, at administrativ sagsbehandling falder uden for lovens anvendelsesområde, da denne virksomhed ikke tager sigte på ”*at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede personer*”. Forarbejdernes specielle bemærkninger antages i den juridiske teori at være udtryk for en relativt snæver forståelse af afgørelsesbegrebet [John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer, 2001, 3. udgave, s.116].

I forlængelse af den traditionelle fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb findes der i den juridiske teori en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet. Af de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven fremgår, at lovens formål er at ”*sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører den pågældendes egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de truffne afgørelser og baggrunden herfor, og bl.a. dette tages til indtægt for en bredere forståelse af lovens anvendelsesområde*”.

Som fortaler for en udvidende fortolkning henviser Folketingets Ombudsmand Hans Gammeltoft Hansens (herefter Ombudsmanden) endvidere til, at det fremgår af forvaltningslovens forarbejder, at principperne for god forvaltningsskik forudsættes opretholdt og videreudviklet – og at der blandt disse principper ligger muligheden for ”*i visse tilfælde at lade partsbeføjelser, der mere eller mindre svarer til forvaltningslovens, finde tilsvarende anvendelse uden for lovens eget anvendelsesområde*”.

I medfør heraf giver Ombudsmanden følgende definition på en forvaltningsretlig afgørelse: ”*en offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse om forhold af væsentlig betydning for de berørte medmindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser*”. Om den udvidende definitions kerneområde skriver Ombudsmanden, at der ”*er... et bestemt kriterium der trænger sig på i forståelsen af hvilke blandt forvaltningens retsakter, der skal anses for afgørelser. Det er væsentligheden for den eller de berørte borgere*”.

Det bemærkes at højesteretsdommer, professor, dr., jur. Jens Peter Christensen I UfR 2003B, side 230/2, i relation til Ombudsmandens argumentation skriver: ”*... nok forudsattes det i forvaltningslovens forarbejder, at der skulle være fortsat dynamik i begrebet »god forvaltningsskik«, men... det er noget andet – og principielt meget anderledes – at lade en tilsvarende dynamik præge fortolkningen af loven. Spørgsmålet er vel, om et sådant retsudviklende skridt, der gør op med forarbejdernes begrebsbrug og kobler den forventede dynamik vedrørende god forvaltningsskik til en tilsvarende dynamik vedrørende lovfortolkningen, ikke rettelig bør overlades til lovgivningsmagten. Efter min opfattelse må svaret være bekræftende*”. I tråd hermed ses bl.a. U.2005.2111H, hvor Højesteret stadfæster en dom fra Østre Landsret, hvorefter retten, i en sag om tildeling af lokallønstillæg, afviser at anvende en dynamisk for-

tolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb og i stedet anvender det klassiske afgørelsesbegreb.

I skellet mellem den traditionelle og den udvidende fortolkning er det springende punkt, at sidstnævnte inddrager forvaltningsmyndighedens *tilkendegivelser* (modsat ”*afgørelser*”), hvis disse har væsentlig betydning for modtageren og er af *bindende karakter*.

Sammenholdes den traditionelle og den udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb, er der dog to centrale elementer, der for begge fortolkninger kræves opfyldt, for at der foreligger en forvaltningsretlig afgørelse; Afgørelsen/tilkendegivelsen skal 1) fastsætte overfor modtageren, hvad der er ret i et *konkret* tilfælde, og 2) være *bindende*.

Ad 1. Ved den nærmere afgrænsning af, hvad det indebærer, at en forvaltningsmyndighed ”fastsætter hvad der er ret i et konkret tilfælde”, sondres der i den juridiske teori mellem konstaterende og konstitutive forvaltningsakter. Førstnævnte anses som hovedregel ikke som forvaltningsretlige afgørelser, hvorimod sidstnævnte gør.

Ombudsmanden skriver i FOU 2001.261: ”*De konstaterende forvaltningsakter kendetegnes ved at de ikke skaber, ændrer eller ophæver retsforhold, men blot fastslår hvad der også før afgørelsen var gældende. De konstitutive forvaltningsakter er derimod karakteriseret ved at de skaber, ændrer eller ophæver retsforhold.*”

Sondringen mellem de konstaterende og de konstitutive forvaltningsakter sker således ved en afvejning af, om den foreliggende forvaltningsakt skaber, ændrer eller ophæver et retsforhold.

Ad 2. Som følge af at en forvaltningsretlig afgørelse er retligt bindende for modtageren, følger det implicit heraf, at den som hovedregel kan gennemtvinges retligt. Således fremgår det af den juridiske teori, at en forvaltningsretlig afgørelse ”... *i forhold til en enkelt eller en bestemt flerhed af borgere tilsigter at fastslå retstilstanden (gennemtvungeligt) i det konkrete tilfælde*”.

At en forvaltningsretlig afgørelse hviler på et princip om gennemtvungelighed er tilsvarende lagt til grund af Ombudsmand i en egen driftundersøgelse af 1999 (EDP 1999.693ff). I en sammenligning mellem vejledninger og påbud skriver Ombudsmanden: ”*Formelt er der således knyttet en sanktionsretlig virkning til tilsidesættelse af et påbud, som ikke foreligger ved undladelse af at efterleve en vejledning. Jeg finder derfor ikke at kunne lægge til grund at tilsynets vejledninger er afgørelser i forvaltningslovens forstand*”.

Finanstilsynets påtaler

Finanstilsynet anvender påtaler som advarsel over for virksomheder, hvis det konstateres, at disse efter Finanstilsynets opfattelse har begået en lovovertrædelse, som ikke længere består. Anvendelsen af påtaler sker både, hvor en lovovertrædelse vedrører en situation af midlertidig karakter, der

nu er afsluttet, og hvor en virksomhed af egen drift har bragt forholdet i orden.

Finanstilsynet anvender en påtale som alternativ til en beslutning om politianmeldelse (hvilket heller ikke er en afgørelse og således heller ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet), og består lovovertrædelsen stadig, anvendes der ikke en påtale.

Et bærende element ved Finanstilsynets påtaler er, at de ikke skaber nogen retsvirkning i forhold til de virksomheder, som de er rettet imod.

En påtale angiver alene Finanstilsynets fortolkning af et givent handlingsforløb, som en virksomhed har været involveret i, uden at dette medfører nogen pligt for den modtagende virksomhed til at foretage eller ophøre med at foretage sig noget.

Set i forhold til Finanstilsynets øvrige reaktionsmuligheder, såsom eksempelvis påbud, der uden tvivl er forvaltningsretlige afgørelser, har påtaler karakter af vejledninger, der anskueliggør, hvorledes Finanstilsynet vil reagere fremover, hvis modtageren af påtalen genoptager den adfærd, som gav anledning til påtalen. I forhold til *den konkrete sag* konstaterer påtalen alene det faktum, at der efter Finanstilsynets vurdering er sket en lovovertrædelse.

Kan Finanstilsynets påtaler indbringes for Erhvervsankenævnet

Den forvaltningsretlige afgørelse er karakteriseret derved, at den omfatter udfærdigelse af retsakter, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Den udvidende fortolkning, som blandt andet defineret af Ombudsmanden, udvider definitionen derved, at afgørelsesbegrebet omfatter tilkendegivelser om forhold af væsentlig betydning for de berørte. Det bemærkes, at Højesteret efterfølgende har afvist den udvidende fortolkning (fsva. det ansættelsesretlige område), jf. ovenfor

Fælles for begge fortolkninger af afgørelsesbegrebet er som nævnt, at de forudsætter, at forvaltningens tilkendegivelse for det første fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i det konkret tilfælde og for det andet er bindende.

Som beskrevet kan vurderingen af, hvornår en forvaltningsmyndighed har fastsat, hvad der er ret i et *konkret* tilfælde som hovedregel ske ved en afvejning af, om myndigheden skaber, ændrer eller ophæver ret i forhold til et *konkret* tilfælde. De konstitutive forvaltningsakter, der som hovedregel ikke regnes som forvaltningsakter, fastslår blot, hvad der også før afgørelsen var gældende.

Som fremhævet er et bærende element ved Finanstilsynets påtaler, at de ikke skaber nogen retsvirkning i forhold til de virksomheder, som de er rettet imod. I forhold til den konkrete sag tilkendegiver Finanstilsynets påtale alene det faktum, at der efter Finanstilsynets vurdering skete en lovovertrædelse, der ikke længere er aktuel, og hvor Finanstilsynet som

følge heraf ikke kan give et påbud (en afgørelse) om at standse den ulovlige adfærd.

Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at de påtaler, som tilsynet udsteder, ikke fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i det konkrete tilfælde i den forstand, som er forudsat i forvaltningsloven. I det konkrete tilfælde har den udstedte påtale ikke i forhold til K skabt, ændret eller ophævet et retsforhold.

Som nævnt gælder det endvidere, at en forvaltningsretlig afgørelse pr. definition er bindende. Blandt andet har Ombudsmanden således knyttet afgørelsesbegrebet op på et princip om gennemtvungelighed/sanktionsopfølgning.

Finanstilsynets påtaler er alene *konstaterende* og indeholder ikke en handlepligt, hvorfor det savner mening at tale om sanktionering i forhold hertil.

Finanstilsynet finder således ikke, at påtalen i den konkrete sag opfylder nogen af de to krav, som en forvaltningsretlige afgørelse skal opfylde, hvad enten der anvendes en traditionel eller en udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Kan offentliggørelse af Finanstilsynets påtaler indbringes for Erhvervs-ankenævnet

Den nuværende formulering af LIS § 123 b, hvorefter Finanstilsynet skal orientere offentligheden om sager vedrørende blandt andet god skik, blev indsat i loven i 2008.

Det følger af de almindelige bemærkninger til § 123 b, at bestemmelsen tilsigter mere ”*åbenhed og gennemsigtighed om tilsynet med de finansielle virksomheders overholdelse af forbrugerbeskyttelsesreglerne*” samt en styrkelse af Finanstilsynets mulighed for at orientere ”*offentligheden om sager for derved at udbrede kendskabet til Finanstilsynets praksis og forhindre lignende sager i at opstå*”. Bestemmelsens giver således Finanstilsynet mulighed for at yde en fyldestgørende og præventiv informationsvirksomhed.

Formuleringen af § 123 b fastslår, at Finanstilsynet skal orientere offentligheden, hvis det vurderes, at en sag har almen interesse eller betydning for forståelsen af de bestemmelser, der fremgår af stk. 2. Finanstilsynet træffer dermed ikke afgørelse om, hvor vidt der skal ske offentliggørelse, da det følger af bestemmelsen, at Finanstilsynet skal orientere offentligheden, hvis det vurderes, at sagen har almen interesse eller betydning for forståelsen af pågældende bestemmelser. Det faktum, at bestemmelsen indebærer en sådan vurdering, medfører efter Finanstilsynets fortolkning ikke, at offentliggørelsen er en forvaltningsretlig afgørelse.

Af de specielle bemærkninger til § 123 b fremgår: ”*Påtænker Finanstilsynet at offentliggøre en forenings navn, vil den berørte forening blive orienteret, inden Finanstilsynet udsender en pressemeddelelse*”. Heraf

følger, at det tillige er forudsat i loven, at en beslutning om at foretage en offentliggørelse ikke er en forvaltningsretlig afgørelse med heraf følgende ret til høring m.v., idet ikke engang en beslutning om offentliggørelse af navn giver anledning til krav om partshøring. Det er således alene udtryk for god forvaltningsvirksomhed, at Finanstilsynet orienterer den berørte virksomhed, inden der sker en offentliggørelse.

Samlet set finder Finanstilsynet, at såvel ordlyden af § 123 b som det overordnede formål med loven (som angivet i de almindelige bemærkninger) samt de specielle bemærkninger fastslår, at den orientering af offentligheden, som Finanstilsynet foretager i medfør af LIS § 123 b, alene er faktisk forvaltningsvirksomhed – ikke en forvaltningsretlig afgørelse. ...”

Heroverfor har advokat A ved skrivelse af 20. oktober 2009 bemærket:

” ...

Det fremgår af Finanstilsynets bemærkninger ..., at Finanstilsynets reviderede udkast til påtale blev sendt i høring hos min klient den 1. maj 2009, og at det i den forbindelse alene skyldtes en beklagelig fejl, at det af følgeskrivelsen til min klient fremgik, at der var tale om en "høring over afgørelse". Denne fejl skyldtes - ifølge Finanstilsynet - det forhold, at afgørelsen tidligere havde indeholdt et påbud, der utvivlsomt er en forvaltningsretlig afgørelse, men som imidlertid var udgået i det reviderede udkast. Afgørelsen indeholdt herefter alene en påtale, der ifølge tilsynets bemærkninger ikke er en afgørelse i forvaltningsretlig henseende.

På denne baggrund forekommer det så meget desto mere mærkværdigt, at Finanstilsynet - ud over at begå den beklagelige fejl med den fremhævede formulering i følgebrevet - sendte hele udkastet til afgørelse i høring hos min klient, inden denne skulle forelægges for Det Finansielle Virksomhedsråd, der i henhold til § 345, stk. 2, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed rådgiver tilsynet i principielle sager og tilsynssager om redelig forretningsskik og god praksis, der har videregående betydelige følger for finansielle virksomheder.

Det fremgår således af lovens § 345, stk. 9, at i sager, hvor der skal foretages partshøring efter forvaltningsloven, omfatter adgangen til partshøring hele udkastet til afgørelse.

Såfremt Finanstilsynet ikke anså påtalen for at være en afgørelse, forekommer det derfor ulogisk, at hele udkastet blev sendt i partshøring hos min klient i medfør af denne bestemmelse, inden sagen blev forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd. Endvidere forekommer det mærkværdigt, at det ikke alene er i følgebrevets overskrift, at udkastet til påtale er omtalt som en afgørelse, men at denne terminologi anvendes konsekvent i hele brevet (syv steder på én side), ligesom tilsynet selv fremhæver bestemmelsen i § 345, stk. 9, i lov om finansiel virksomhed. Endelig savner det mening, at udkastet til påtale også indeholder en klagevejledning, om at afgørelsen kan påklages til Erhvervsankenævnet. ...

Afgørelsens retlige grundlag

Påtalen

Finanstilsynets endelige afgørelse om, at min klient meddeles en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. LIS § 18 er udstedt i medfør af LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., hvorefter Finanstilsynet påser overholdelse af loven og de regler, der er udstedt i medfør heraf.

Afgørelsen er i høj grad udtryk for et skøn, idet LIS § 18 er en general-klausul, hvis nærmere indhold må fastlægges i praksis. Det vil derfor efter min opfattelse være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, såfremt der ikke er mulighed for at indbringe en sådan skønsmæssig afgørelse for en anden administrativ myndighed.

Dette gælder, uanset om afgørelsen er meddelt som et påbud, der kan sanktioneres eller som en påtale, der ikke kan sanktioneres. Den skønsmæssige afgørelse af, hvorvidt § 18 i LIS er overholdt, vil således under alle omstændigheder være bindende for modtageren. Endvidere vil afgørelsen være bindende for Finanstilsynet selv, der ud fra en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning vil være bundet til at anlægge en tilsvarende fortolkning af bestemmelsen i lignende sager.

Det vil derfor også være i strid med toinstansprincippet, såfremt Finanstilsynet kan træffe en sådan skønsmæssig afgørelse, uden at der er mulighed for at indbringe denne for anden administrativ myndighed.

Det giver derfor mening, når det af Karnov note 80 til bestemmelsen i LIS § 18 fremgår, at Finanstilsynet fører tilsyn med god-skik reglernes overholdelse og i den forbindelse foretager en vurdering af, om foreningernes aftaler og vilkår over for medlemmerne er i overensstemmelse med de offentligretlige regler på området, og at tilsynets afgørelser herom kan indbringes for Erhvervsankenævnet af den, som afgørelsen retter sig imod

Som det fremgår af ovennævnte sagsfremstilling, har Finanstilsynet også selv behandlet sagen som en afgørelsessag over for min klient med deraf følgende sagsbehandlingsgarantier over for min klient. Min klient er således - indtil Finanstilsynets endelige afgørelse forelå - blevet partshørt om samtlige af tilsynets udkast til afgørelser, herunder udkast, der alene indeholdt en påtale. Udkastene indeholdt endvidere klagevejledning, om at tilsynets afgørelse kunne påklages til Erhvervsankenævnet.

Min klient har derfor haft en berettiget forventning om, at forvaltningslovens sagsbehandlingsgarantier også ville gælde for min klient, når tilsynets endelige afgørelse forelå. Finanstilsynet havde dog en anden opfattelse heraf, idet man så snart afgørelsen forelå, meddelte min klient, at denne ville blive offentliggjort den følgende dag, og at hverken afgørelsen eller beslutningen om at offentliggøre denne var forvaltningsretlige afgørelser, der kunne påklages.

Det er imidlertid min opfattelse, at der er tale om en bebyrdende forvaltningsretlig afgørelse, når en myndighed (Finanstilsynet) - efter igennem længere tid at have behandlet en sag efter forvaltningslovens regler med de deraf følgende sagsbehandlingsgarantier - træffer afgørelse om, at sagen ikke længere skal behandles efter disse regler.

En afgørelse om at behandle en sag efter forvaltningslovens sagsbehandlingsregler må således være bindende for myndigheden, der herefter ikke kan være berettiget til af egen drift - og uden partshøring eller klageadgang for den pågældende borger/virksomhed - at træffe en bebyrdende afgørelse om, at borgeren/virksomheden ikke længere skal have de sagsbehandlingsgarantier, der følger af forvaltningslovens regler.

Finanstilsynet har derfor ikke været berettiget til af egen drift og uden partshøring endsige orientering af min klient at bestemme, at forvaltningslovens sagsbehandlingsregler ikke længere skulle finde anvendelse på den meddelte påtale, efter at disse sagsbehandlingsregler i øvrigt havde fundet anvendelse gennem hele sagsforløbet.

Offentliggørelse

Finanstilsynet har endvidere truffet afgørelse om at offentliggøre påtalen i medfør af bestemmelsen i § 123 b, stk. 1, nr. 1, i LIS. Denne afgørelse, der er bebyrdende for min klient, beror ligeledes på et skøn, idet påtalen efter Finanstilsynets vurdering er af almen interesse eller af betydning for forståelsen af bestemmelsen i lovens § 18. Min klient burde derfor have haft lejlighed til at udtale sig om denne afgørelse forud for offentliggørelsen, ligesom det udøvede skøn også i denne situation bør kunne prøves af en anden administrativ myndighed.

Det er i øvrigt i denne sammenhæng værd at bemærke, at det fremgår af Karnov note 416 til bestemmelsen i LIS § 123 b, at orientering om Finanstilsynets sager efter bestemmelsen skal ske, når Finanstilsynet har truffet afgørelse i en sag.

Finanstilsynets vurdering

Indskrænkende fortolkning

Det fremgår af Finanstilsynets bemærkninger om det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb, at der med forvaltningslovens udtryk "truffet afgørelse" sigtes til udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.

Som jeg gjorde gældende i min klage til Erhvervsankenævnet, er det min opfattelse, at Finanstilsynets påtale selv ud fra denne ordlyd, der er udtryk for en indskrænkende fortolkning af lovens anvendelsesområde, er omfattet af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Påtalen fastlægger således i en konkret foreliggende sag det retlige indhold af en særdeles vagt formuleret lovmæssig generalklausul om, at hedgeforeninger skal drives i overensstemmelse med redelig forretnings-skik og god praksis inden for foreningsområdet. Hvorvidt påtalen kan sanktioneres eller ej kan herefter ikke være afgørende for, hvorvidt min

klient skal tillægges de rettigheder, der følger af, at en sag om meddelelse af en påtale for ikke at have overholdt loven anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse.

Det ville således efter min opfattelse være dybt betænkeligt, såfremt en myndighed i en konkret sag kunne træffe afgørelse om, at en virksomhed eller en person havde overtrådt loven og offentliggøre dette på myndighedens hjemmeside, uden at den pågældende skulle have mulighed for at udtale sig om denne afgørelse eller i øvrigt påklage denne. Dette vil dog ikke desto mindre være konsekvensen af Finanstilsynets bemærkninger om, at påtalen ikke er en forvaltningsretlig afgørelse, og at tilsynet derfor ikke har været forpligtet til at følge forvaltningslovens sagsbehandlingsregler.

Endvidere vil konsekvensen af tilsynets bemærkninger være, at min klient tilsyneladende ville have været bedre stillet ved at fortsætte den mulige lovovertrædelse frem for at ophøre med denne.

Ifølge Finanstilsynets bemærkninger har tilsynet således ændret den oprindelige afgørelse, der både indeholdt et påbud og en påtale, til alene at indeholde en påtale, idet den lovovertrædelse, der udløste påbuddet, ikke længere var aktuel. Dette havde efter tilsynets opfattelse den konsekvens, at sagen herefter ikke længere var omfattet af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler og den deraf følgende beskyttelse af min klient. Dette giver dog efter min opfattelse ikke nødvendigvis mening, idet den beskyttelse af virksomheden/borgeren, der ligger i, hvilke sagsbehandlingsregler der anvendes, efter min opfattelse ikke bør afhænge af, hvorvidt en mulig lovovertrædelse er ophørt eller fortsat består. Beskyttelsen ved at have ret til at blive hørt og påklage en afgørelse er set fra borgerens eller virksomhedens synspunkt lige så påkrævet, hvis forholdet er ophørt, som hvis det fortsat består, idet ingen kan være interesseret i at blive stemplet som lovovertræder, uanset om forholdet fortsat består, og om den pågældende lovovertrædelse i øvrigt er strafsanktioneret.

Jeg skal derfor fastholde, at Finanstilsynets påtale til min klient er en forvaltningsretlig afgørelse, og at dette gælder, uanset om man anvender en indskrænkende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Udvidende fortolkning

Ovennævnte gælder så meget desto mere, hvis den udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet - som navnlig Folketingets Ombudsmand er fortalende for - anvendes.

Efter denne fortolkning skal en offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse om forhold af væsentlig betydning for den/de berørte anses for forvaltningsretlige afgørelser, med mindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser.

Jeg har ovenfor redegjort for, at Finanstilsynets påtale er bindende, og at den også er ensidig og utvivlsomt. Der kan næppe heller være tvivl om, at det har væsentlig betydning for min klient, hvorvidt min klient, hvis ek-

sistens er afhængig af kundernes tillid og som derfor nøje tilstræber at overholde gældende ret, har overtrådt bestemmelser om redelig forretningskik og god praksis. Det har derfor tilsvarende væsentlig betydning for min klient, hvorvidt en afgørelse om, at min klient har overtrådt loven på dette punkt, bliver offentliggjort eller ej.

Finanstilsynet har endvidere selv anerkendt afgørelsens væsentlige betydning for min klient, idet Finanstilsynet forelagde sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd. Det fremgår således - som tidligere nævnt - af § 345, stk. 2, nr. 2, i den finansielle virksomhedslov, at Det Finansielle Virksomhedsråd rådgiver tilsynet i sager om redelig forretningskik og god praksis, der har videregående betydelige følger for finansielle virksomheder.

Der kan derfor heller ikke være tvivl om, at Finanstilsynets påtale skal anses for en forvaltningsretlig afgørelse efter det udvidede afgørelsesbegreb.

Finanstilsynet har anført, at dette fordrer, at to betingelser er opfyldt, nemlig 1) at afgørelsen fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i et konkret tilfælde, og 2) at afgørelsen er bindende.

Den første betingelse er efter min opfattelse opfyldt allerede fordi, der netop er tale om en konkret begrundet afgørelse i en enkelt sag rettet til en bestemt modtager, der fastslår, hvad der i dette konkrete tilfælde var ret henholdsvis uret.

Finanstilsynet har dog henvist til, at den første betingelse som hovedregel kun er opfyldt, såfremt der er tale om en konstitutiv forvaltningsakt, der skaber, ændrer eller ophæver et retsforhold. Finanstilsynet har i den forbindelse henvist til Folketingets Ombudsmands afgørelse, FOU2001.261, hvor Ombudsmanden redegør for sondringen mellem konstaterende og konstitutive forvaltningsakter.

Hertil bemærkes imidlertid, at det forhold, at Ombudsmanden bruger samme betegnelse ("forvaltningsakter") om både de konstaterende og de konstitutive forvaltningsakter - hvilken betegnelse netop er udtryk for, at der foreligger en forvaltningsmæssig afgørelse om, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde - medfører, at der i begge tilfælde må antages at være tale om forvaltningsretlige afgørelser med deraf følgende sagsbehandlingsgarantier. Der kan herved bl.a. henvises til "Forvaltningsret Almindelige Emner", 3. udgave 1997 af Jens Garde m.fl., s. 70. ff., hvoraf det tillige fremgår, at et (gennemtvingeligt) påbud fra kommunalbestyrelsen om at berigtige et forhold, som er i strid med byggeloven, er en konstaterende forvaltningsakt, der alene fastslår, hvad borgeren i forvejen er forpligtet til.

Et sådant påbud må dog ikke desto mindre anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse. Der kan herved for det første henvises til Finanstilsynets egne bemærkninger, hvorefter påbud "uden tvivl er forvaltningsretlige afgørelser". Der kan endvidere henvises til "Forvaltningsloven med kommentarer" 3. udgave 1999 af John Vogter side 109-110, hvor

det anføres, at det centrale område for forvaltningslovens bestemmelser er forvaltningsmyndighedernes ensidige udfærdigelse af konkrete retsakter, forvaltningsakterne, der i praksis bl.a. betegnes som tilladelse, forbud, påbud mv.

I henhold til ovenstående er et påbud med andre ord en forvaltningsretlig afgørelse, uanset om det betragtes som en konstaterende eller en konstitutiv forvaltningsakt, og der er ikke grundlag for at antage, at dette ikke skulle gælde tilsvarende for den påtale, Finanstilsynet har meddelt min klient.

I den forbindelse er det endvidere værd at bemærke, at Finanstilsynet - på tilsynets egen hjemmeside (www.finanstilsynet.dk) - har optrykt påtalen under kategorien "afgørelser", hvor man bl.a. også kan finde diverse påbud, som tilsynet har meddelt.

Endvidere bemærkes, at Finanstilsynets påtale efter min opfattelse også må anses som en konstitutiv forvaltningsakt, der skaber et retsforhold. Dette hænger sammen med, at påtalen på bindende vis fastslår en fortolkning af en generalklausul, der ikke var kendt før påtalen blev meddelt, og som også i fremtiden skal have bindende virkning for min klient.

Som nævnt ovenfor er det også min klare opfattelse, at den anden betingelse om, at afgørelsen skal være bindende, er opfyldt. Finanstilsynets henvisning til afgørelsen EDP 1999.693, der omhandler en egen drifts undersøgelse af Arbejdstilsynets vejledninger, der efter min opfattelse ikke kan sammenlignes med Finanstilsynets påtale i nærværende sag, ændrer ikke herved.

Det bemærkes i øvrigt, at Højesterets dom U2005.2111H efter min opfattelse ikke kan fortolkes således, at den skulle være udtryk for, at Højesteret ikke anerkender det udvidede afgørelsesbegreb, således som dette er defineret af Ombudsmanden. Det fremgår således klart af dommens præmisser, at baggrunden for, at forvaltningsloven ikke fandt anvendelse i sagen, var, at den omhandlede afgørelse om fordeling af lokallønsmidler blev truffet på baggrund af en privatretlig aftale mellem Finansministeriet og Centralorganisationerne og ikke som led i sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af en offentligretlig retsakt. Der var med andre ord ikke tale om, at Højesteret tilsidesatte Ombudsmandens udvidede afgørelsesbegreb som defineret ovenfor.

Forvaltningsretlig afgørelse eller faktisk forvaltningsvirksomhed

Jeg har ovenfor redegjort for, at Finanstilsynets påtale til min klient må anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse, uanset om der anvendes en udvidende eller en indskrænkende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Jeg er dog opmærksom på, at den forvaltningsretlige litteratur og praksis, hvori der sondres mellem forvaltningsretlige afgørelser og faktisk forvaltningsvirksomhed, ikke udtrykkeligt giver svar på, hvorvidt meddelel-

se af en påtale for at have overtrådt loven skal anses for en afgørelse eller faktisk forvaltningsvirksomhed.

Det må dog efter min opfattelse stå klart, at påtalen på alle væsentlige punkter kan sammenlignes med en forvaltningsretlig afgørelse, som f.eks. et påbud, hvorimod den klart adskiller sig fra det, der i teorien fremstilles som faktisk forvaltningsvirksomhed.

I "Forvaltningsret", 1. udgave 1994, af Hans Gammeltoft Hansen m.fl. side 42, fremstilles faktisk forvaltningsvirksomhed således som et residualbegreb, der dækker al den forvaltningsvirksomhed, der ikke går ud på at fastsætte, hvad der skal være ret eller uret i et foreliggende tilfælde.

I "Forvaltningsloven med kommentarer" 3. udgave 1999 af John Vogter, side 116, fremstilles faktisk forvaltningsvirksomhed som administrativ sagsbehandling så som patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning, der ikke tager sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner.

I "Forvaltningsret - Sagsbehandling" 4. udgave 1995 ved Jens Garde og Karsten Revsbech, side 24, er det vedrørende afgørelsesbegrebet anført, at hovedområdet for forvaltningsloven er den sagsbehandling, der finder sted i forbindelse med udstedelse af konkrete forvaltningsakter, og at faktisk forvaltningsvirksomhed som f.eks. patientbehandling og undervisning falder uden for loven.

Det er efter min vurdering utvivlsomt, at Finanstilsynets påtale til min klient, ikke er omfattet af de ovennævnte definitioner af "faktisk forvaltningsvirksomhed", og derfor i stedet må anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse.

...”

Advokat A har den 4. marts 2010 fremsendt yderligere materiale til brug for ankenævnets behandling af sagen og er ved skrivelse af 18. marts 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 131 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet har ved skrivelse af 8. juli 2009 overfor K påtalt, at foreningen handlede i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v., da foreningen udarbejdede salgsbrochuren om K, fordi brochuren efter Finanstilsynets opfattelse ikke indeholdt en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen.

Erklæringer fra Finanstilsynet om, hvad tilsynet anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, der kan påklages til Erhvervsankenævnet. Den foreliggende påtale fra Finanstilsynet er ikke afgivet som led i en almindelig vejledningspligt, men for at få K til at agere på en bestemt måde, som Finanstilsynet finder er i overensstemmelse med gældende ret. Påtalen indgår dermed som en målrettet del af hele det tilsynsarbejde, som fremgår efter § 116, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en saglig interesse i at få ankenævnets prøvelse af grundlaget for den givne påtale er i orden.

Erhvervsankenævnet realitetsbehandler herefter klagen.

4.2. LOV OM FINANSIEL VIRKSOMHED

3) Kendelse af 4. februar 2010 (J.nr. 2009-0018518).

Livsforsikringssselskab påbudt at nedbringe skyggekontoen.

Lov om finansiel virksomhed § 21, stk. 1 og 2 samt § 5, stk. 5, i bekendtgørelse af 27. oktober 2006 om kontributionsprincippet.

(Cato Baldvinsson, Frank Cederbye, Mette Havning, Suzanne Helsteen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 12. januar 2009 har advokat A på vegne af K Livsforsikringssselskab A/S (herefter K) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 16. december 2008, hvorved tilsynet påbød selskabet at nedskrive skyggekontoen, således at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 16. december 2008 hedder det:

”Påbud om nedskrivning af skyggekontoen

Finanstilsynet har modtaget K's brev af 24. november 2008, hvor der er gjort indsigelse mod det af tilsynet påtænkte påbud til virksomheden.

Som anbringende herfor er der bl.a. anført, at når et beløb er tilført skyggekontoen, har ingen andre end selskabets egenkapital rettigheder til disse midler. I den forbindelse er der henvist til Det Finansielle Virksomhedsråds afgørelse af 10. november 2004 og Finanstilsynets brev af 26. oktober 2001.

Der er desuden gjort gældende, at Finanstilsynet i et brev af 16. november 2004 har anerkendt selskabets forvaltning af skyggekontoen, og at et eventuelt påbud må betragtes som en ændring af praksis. Herudover er det påtænkte påbud ikke i overensstemmelse med selskabets anmeldte regler for behandling af skyggekontoen, der indebærer, at skyggekontoen er kollektiv, ligesom det ikke beregningsteknisk er muligt at udskille en del af skyggekontoen til de ophørte forsikringer.

Uanset det af K anførte skal Finanstilsynet afgive følgende påbud til virksomheden:

Påbud

Finanstilsynet påbyder K A/S, at selskabets skyggekonto nedskrives, således at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder.

Selskabet skal senest 4 uger efter, at denne afgørelse er modtaget, fremsende dokumentation til Finanstilsynet om, hvordan nedskrivningen af skyggekontoen er sket.

Begrundelse

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 20, stk. 1, nr. 3, skal selskabet bl.a. anmelde regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat til forsikringstagerne.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 21, stk. 1, skal de anmeldte forhold være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne. Ifølge § 21, stk. 2, skal anmeldelser efter § 20, stk. 1, nr. 3, endvidere føre til en rimelig fordeling.

Lovbemærkningerne til lov om finansiel virksomhed § 21, stk. 2, fastslår, at udgangspunktet for fordelingen af det realiserede resultat er kontributionsprincippet, som angivet i bekendtgørelse om kontributionsprincippet (kontributionsbekendtgørelsen).

Det fremgår af kontributionsbekendtgørelsens § 5, stk. 5, at der som følge af det beregningsmæssige kontributionsprincip ikke må ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne ud over, hvad der følger af de risikodækninger, der indgår i forsikringerne.

Det er tilsynets fortolkning, at § 5, stk. 5, både vedrører de tilfælde, hvor der er tale om, at egenkapitalens andel kan indeholdes i årets realiserede resultat, og de tilfælde, hvor et beløb tilføres skyggekontoen. Der er her ved lagt vægt på, at den del af skyggekontoen, der tilhører kunder, som har genkøbt deres forsikring, ikke skal belaste de tilbageværende kunder. Den del af skyggekontoen skal derfor nedskrives, idet der i modsat fald vil ske en væsentlig økonomisk omfordeling, når der har været en afgang på 51,4 % af depoterne.

Det Finansielle Virksomhedsråds afgørelse af 10. november 2004 om engangskorrekationer er efter tilsynets opfattelse ikke sammenlignelig med denne sag. Afgørelsen af 10. november 2004 vedrørte en ekstraordinær engangskorrekation, som eksplicit blev tilladt, uanset kontributionsbekendtgørelsens bestemmelser. I denne sag, hvor der ifølge aktuarberetningen af 25. april 2008 har været en afgang på 51,4 % af depoterne, vil der ske en væsentlig økonomisk omfordeling til skade for de tilbageblivende kunder, hvis der ikke sker en forholdsmæssig afskrivning af skyggekontoen.

Det bestrides, at Finanstilsynet tidligere har anerkendt selskabets regler for skyggekontoen og har ændret praksis. Selskabets brev af 28. oktober 2004 indeholder efter tilsynets opfattelse ikke oplysninger om behandlingen af skyggekontoen set i relation til den nuværende sag. Tilsynet er således først i forbindelse med inspektion i selskabet blevet bekendt med, at genkøbskampagnen kunne give anledning til en væsentlig genkøbsaktivitet i 2007.

Herudover har Finanstilsynet altid ret til at påbyde en virksomhed at bringe det tekniske grundlag i overensstemmelse med loven.

...”

I klageskrivelse af 12. januar 2009 har advokat A anført:

”...

1. SAGENS OMSTÆNDIGHEDER

1.1 K har pr. 1. juli 2008 erhvervet B (livsforsikringssselskab), der efterfølgende har skiftet navn til K.

Som led i en genkøbskampagne havde B (livsforsikringssselskab) anmeldt genkøbsfradrag til 0 fra 1. februar 2006. I anmeldelsen af 31. januar 2006 stod der: ”Forsøget skal vise, om det vil være forsvarligt at nulstille genkøbs- og fripolicefradragene mod, at de manglende fradrag dækkes af de reservestyrkelser, som måtte blive frigjort ved genkøb og omskrivning til fripolice.” Dette er gentaget i en anmeldelse om forlængelse af kampagnen af 1. november 2006.

1.2 B (livsforsikringssselskab) havde en skyggekonto, dvs. en konto for manglende forrentning af egenkapitalen i de forudgående år. Efter en inspektion i selskabet i februar og marts 2007 afgav Finanstilsynet ved brev af 19. april 2007 et påbud overfor selskabet om skyggekontoen. Finanstilsynets brev fremlægges Påbuddet var sålydende:

”Lov om finansiel virksomhed § 108, stk. 5.

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 108, stk. 5, kan Finanstilsynet kræve de oplysninger af aktuaren, som er nødvendige til bedømmelse af selskabets økonomiske stilling.

B (livsforsikringssselskab) har anmeldt genkøbsfradrag til nul for perioden 1. februar 2006 til 30. juni 2007. Selskabet har haft en stor skyggekonto.

På den baggrund skal Finanstilsynet meddele virksomheden følgende påbud:

4.3 Aktuaren skal i aktuarberetningen for 2007 redegøre nærmere for, at kontributionsbekendtgørelsen er overholdt. Dvs. at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageværende kunder. Dog skal den ansvarshavende aktuar omgående indberette enhver tilsidesættelse af kontributionsbekendtgørelsen, jf. FiL § 108, stk. 5.”

Efterfølgende afgav aktuaren den krævede redegørelse. Det relevante afsnit i aktuarens beretning for 2007 fremlægges Det fremgik af beretningen, at skyggekontoen ville blive reduceret med ... mio. kr. i forbindelse med regnskabet for halvåret 2008.

1.3 Ved brev af 30. juni 2008 meddelte B (livsforsikringssselskab) til Finanstilsynet, at aktuarens beretning ikke var korrekt på dette punkt, idet

den var skrevet uden at tage højde for den oprindelige anmeldelse. Selskabet ville derfor ikke foretage den i aktuares beretning niveaubestemte reduktion af skyggekontoen. Brevet fremlægges

Efterfølgende uddybede K argumentationen i et brev til tilsynet af 7. juli 2008, der fremlægges

Dette gav anledning til, at Finanstilsynet den 18. juli 2008 meddelte følgende til K:

”K, Livsforsikringsaktieselskab, skal inden 1. august 2008 fremsende en opgørelse af skyggekontoen til tilsynet, hvoraf det fremgår, at der for perioden 1. februar 2006 til ultimo 2007 er sket den ovenfor nævnte afskrivning af skyggekontoen”.

....

1.4 Efter Ks opfattelse var dette ikke et retligt bindende påbud, men for en sikkerheds skyld valgte K at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet. Som bilag ... fremlægges Ks klage til Erhvervsankenævnet af 23. juli 2008, og som bilag ... fremlægges Ks supplerende klage af 8. september 2008. De i den supplerende klage nævnte bilag fremlægges

Efterfølgende meddelte Finanstilsynet, at man ville tage sagen op til fornyet forhandling, jf. Finanstilsynets brev af 27. oktober 2008, der fremlægges Herefter anså Ankenævnet klagesagen for afsluttet og henlagde sagen, jf. brev af 29. oktober 2008 fra Erhvervsankenævnet,

1.5 Dette afsluttede imidlertid ikke sagen, idet Finanstilsynet ved brev af 10. november 2008 iværksatte parthøring vedrørende påbud om nedskrivning af skyggekontoen, K besvarede den 24. november 2008 Finanstilsynets brev,

Uanset det af K anførte, afgav Finanstilsynet påbud den 16. december 2008, Det er dette påbud, der er indbragt for Erhvervsankenævnet.

2. ANBRINGENDER

2.1 Det gøres gældende, at Finanstilsynets påbud af 16. december 2008 ikke har lovmæssig hjemmel.

Det gøres desuden gældende, at påbuddet savner den fornødne klarhed.

2.2 K ønsker at uddybe selskabets synspunkter, og der tages forbehold for at ændre eller udvide Ks anbringender.

3. PÅSTAND

K nedlægger principalt påstand om afvisning og subsidiært påstand om frifindelse for opfyldelse af påbuddet.

...”

I skrivelse af 6. februar 2009 har klagers advokat uddybet klagen, og i den forbindelse anført:

” ...

1. SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

Der henvises til sagsfremstillingen i [Ks supplerende klage af 8. september 2008 i tidligere ankenævns sag].

2. ANBRINGENDER

2.1 Til støtte for påstanden om afvisning gør K følgende gældende:

...

Finanstilsynet har ikke anført, med hvilket beløb skyggekontoen skal nedskrives.

Påbuddet har ikke den fornødne klarhed. Det er ikke muligt for K at efterkomme påbuddet, idet der ikke er sat noget beløb på påbuddet.

Dette er en ændring i forhold til Finanstilsynets tidligere krav. Det fremgik således af tilsynets brev af 18. juli 2008, at skyggekontoen skulle nedskrives fra 142,3 mio. kr. til 101,6 mio. kr.

Det er ikke angivet, hvordan K skal sætte beløb på nedskrivningen af skyggekontoen. Skyggekontoen stammer fra en engangskorrektion i 2001 suppleret med op- og nedskrivninger i efterfølgende år. Da engangskorrektionen i 2001 stammede fra perioden fra 1988-2001, vedrører skyggekontoen hele perioden fra 1988-2007. I denne periode er der selvsagt sket stor udskiftning i kredsen af forsikringer. Desuden er det ikke givet, at de enkelte forsikringer har bidraget ens til skyggekontoen i de enkelte år.

Det er derfor ikke muligt for K på grundlag af påbuddet at beregne ”*genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen*” med nogen rimelig sikkerhed og dermed ikke beregningsteknisk muligt for selskabet på grundlag af påbuddet at følge påbuddet.

Desuden ville der også uden genkøbskampagnen have været en naturlig afgang i kredsen af forsikringstagere. Dette skal der tages højde for ved beregningerne. Men hvorledes dette skal ske, er også uklart.

Dertil kommer, at påbuddet angiver, at de tilbageblivende kunder ikke må *betale* de udtrådte kunders andel. Men der er ikke tale om, at kunderne betaler noget beløb. Skyggekontoen er en beregningsmæssig faktor, der indgår ved beregningen af kundernes andel af det realiserede resultat. Der er således ikke tale om, at kundernes konti nedsættes med nogen betaling, og heller ikke tale om, at de garanterede ydelser i henhold til forsikringsaftalen røres.

Af ovennævnte grunde må påbuddet afvises som uklart.

2.2 Til støtte for påstanden om frifindelse gøres det først og fremmest gældende, at kravet om individualisering ikke har hjemmel i lovgivningen.

Klagerens skyggekonto har hjemmel i kontributionsbekendtgørelsen og vejledningen om markedsdisciplin. Skyggekontoen fremkommer som led i fordelingen af det realiserede resultat mellem egenkapitalen og kredsen af forsikringstagere. Ved denne fordeling gælder det beregningsmæssige kontributionsprincip, og der er enighed mellem parterne om, at selskabet har fulgt dette princip ved opbygningen af skyggekontoen.

Når skyggekontoen først er opbygget, tilhører den alene egenkapitalen. Der er ingen lovhjemmel til Finanstilsynets opfattelse af, at en del af skyggekontoen ”tilhører kunder, der har genkøbt deres forsikring”. I henhold til kontributionsbekendtgørelsen gælder kontributionsprincippet på tidspunktet for fordelingen af det realiserede resultat til hhv. egenkapitalen og kredsen af forsikringer. Der er i henhold til kontributionsbekendtgørelsen og vejledningen om markedsdisciplin ingen begrænsninger med hensyn til at nedbringe skyggekontoen i år med et tilstrækkeligt realiseret resultat, bortset fra kravet om genopretning af bonuspotentiale på fripolicydelser, jf. kontributionsbekendtgørelsens § 8. Der er navnlig intet krav om individualisering.

Et krav om individualisering er så indgribende, at det må fremgå af regelsættet, og et sådant krav kan alene være fremadrettet. Dette følger af, at kontributionsbekendtgørelsens § 5 stk. 6 er udformet som en generel tilladelse til at nedbringe skyggekontoen i år med tilstrækkeligt realiseret resultat, alene begrænset af kravet om genetablering af fripolicydelser.

At skyggekontoen er kollektiv er i overensstemmelse med Finanstilsynets afgørelse om engangskorrektion af 26. oktober 2001. En engangskorrektion medfører uundgåeligt, at en gruppe forsikringstagere vil blive belastet med en anden gruppe forsikringstageres for høje andel af det realiserede resultat.

Dette er tillige i overensstemmelse med Det Finansielle Virksomhedsråds afgørelse af 10. november 2004 Her tillod Rådet, at nogle allerede foretagne engangskorrektioner blev flyttet til andre år. Dermed ville en anden gruppe forsikringstagere blive påvirket af den ændring af skyggekontoen, hvilket er i overensstemmelse med, at skyggekontoen er kollektiv.

Det anføres i Finanstilsynets påbud, at denne afgørelse ikke er sammenlignelig, og at denne afgørelse vedrørte en ekstraordinær engangskorrektion, som eksplicit blev tilladt uanset kontributionsbekendtgørelsens bestemmelser.

Dette kan ikke være rigtigt. Og i så fald ville afgørelsen savne hjemmel.

Dertil kommer, at dette savner støtte i afgørelsens ordlyd. Det fremgår på ingen måde af afgørelsen, at den angår en enkeltstående tilladelse til at fravige kontributionsbekendtgørelsen. Begrundelsen for, at flytningen af skyggekontoen blev godkendt, var tværtimod, at dette var i overensstem-

melse med Finanstilsynets afgørelse om engangskorrektion fra 26. oktober 2001, og at selskabet kunne have valgt denne metode fra starten. Der er således ikke tale om, at afgørelsen er i strid med kontributionsprincippet.

2.3 Det gøres gældende, at påbuddet ikke er i overensstemmelse med B (livsforsikringsselskab)s anmeldte regler for behandling af skyggekontoen.

B (livsforsikringsselskab)s regler for behandlingen af skyggekontoen indebærer i sig selv, at skyggekontoen er kollektiv, således at den nedbringes i år med tilstrækkeligt realiseret resultat uden hensyn til kredsen af forsikringstagere.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet har godkendt B (livsforsikringsselskab)s regler for skyggekontoen, jf. tilsynets brev af 16. november 2004, Finanstilsynets påbud er derfor en ændring af praksis, der ikke kan ske med tilbagevirkende kraft for en allerede eksisterende skyggekonto.

Det anføres i påbuddet, at selskabets brev af 28. oktober 2004 ... ikke indeholdt oplysninger om behandlingen af skyggekontoen set i relation til nærværende sag, og at tilsynet først senere blev klar over, at genkøbskampagnen kunne give anledning til en væsentlig genkøbsaktivitet.

De regler for skyggekontoen, som B (livsforsikringsselskab) redegjorde for i brevet var imidlertid generelle regler, som ikke er afhængige af omfanget af genkøbsaktiviteten. I novemberbrevet tog Finanstilsynet uden nogen forbehold B (livsforsikringsselskab)s redegørelse til efterretning og godkendte dermed denne.

Desuden godkendte tilsynet også i forbindelse med genkøbskampagnen de kontributionsmæssige regler for kampagnen. Således præciserede B (livsforsikringsselskab) i forbindelse med genkøbskampagnen de kontributionsmæssige regler overfor tilsynet og tilrettede reglerne i henhold til tilsynets tilkendegivelser. Disse regler var ikke afhængige af omfanget af genkøbsaktiviteten og fandt med andre ord anvendelse, uanset om det måtte vise sig, at genkøbskampagnen blev en succes eller ej. Det var forudseeligt, at en genkøbskampagne uden fradrag ved genkøb ville blive en succes, og i hvert fald burde tilsynet have påregnet dette og taget højde herfor.

Det skal præciseres, at K er enig i, at det er et anmeldelsessystem. Men situationen er, at der i denne sag foreligger særlige forhold, der medfører, at tilsynet ikke efterfølgende kan ændre opfattelse. For såfremt Finanstilsynet i forbindelse med genkøbskampagnen havde tilkendegivet, at egenkapitalen skulle betale et millionbeløb, såfremt genkøbskampagnen blev en succes, er det meget tænkeligt, at genkøbskampagnen ikke var blevet iværksat.

2.4 Det gøres gældende, at Finanstilsynet blander begreberne sammen.

En ting er, at B (livsforsikringsselskab) ikke opkrævede genkøbsfradrag i en periode. Dette kan imidlertid højst have givet et tab på ... mio. kr. sva-

rende til de manglende genkøbsfradrag, og når der tages højde for de frivillige styrkelser på ... mio. kr., er der intet tab, men tværtimod en gevinst.

En anden ting er, at B (livsforsikringsselskab) havde en skyggekonto. Man kan naturligvis sige, at når nogle af kunderne forlader selskabet, vil de tilbageblevne kunder komme til at "hænge på" en større andel hver. Dette er imidlertid ikke nogen følge af genkøbskampagnen. Dette sker, hver gang en kunde forlader selskabet, ligesom den forholdsmæssige "andel" af skyggekontoen nedbringes, hver gang en ny kunde kommer til. Dette er simpelthen en følge af, at skyggekontoen er kollektiv. Den eneste måde, man kan ændre dette forhold på, er ved at fastsætte et genkøbsfradrag, som er beregnet på grundlag af skyggekontoen. Og at give de kunder, der nytegner i et selskab med en skyggekonto, et bidrag fra de øvrige kunder, når de træder ind.

Et genkøbsfradrag beregnet på grundlag af skyggekontoen ville imidlertid være højst usædvanligt, og der ville desuden ikke være lovgivningsmæssig hjemmel til at belaste de fraflyttende kunder med et sådant fradrag. Dette gælder uanset, hvor mange kunder der forlod selskabet. Desuden ville det være umuligt for B (livsforsikringsselskab) at beregne størrelsen af sådant fradrag, henset til at fradragets størrelse efter Finanstilsynets opfattelse skulle afhænge af, hvor mange kunder der kom til at forlade selskabet under kampagnen.

Finanstilsynet anfører, at påbuddet om nedskrivning af skyggekontoen er foranlediget af, at der var en afgang på 51,4 % af depoterne, men dette savner logik. En individualisering af skyggekontoen er så radikalt nyt, at det i givet fald måtte gælde uanset afgangens størrelse. Desuden giver Finanstilsynets begrundelse anledning til usikkerhed om, hvad der ville gælde, såfremt afgang i depoter havde været mindre. Man kunne spørge, hvor meget der skulle til, før kravet om en nedskrivning af skyggekontoen ville blive aktualiseret. Skal der 10%, 20% eller 30% til eller mere? Og såfremt man for eksempel antog, at en afgang på 10% ikke ville rejse krav om en nedskrivning, medens en afgang på 20% ville gøre det, er det logisk, at der ville skulle trækkes 10% fra, når man beregner størrelsen af den krævede nedskrivning, således at denne kun skulle beregnes ud fra den andel, der overstiger det acceptable.

Essensen i Finanstilsynets påbud er, at tilsynet vil lade egenkapitalen betale for, at der ikke blev fastsat et genkøbsfradrag beregnet på grundlag af skyggekontoen, selv om dette både ville have været uhjemlet og usædvanligt, og det ikke ville have været muligt for B (livsforsikringsselskab) at beregne størrelsen af fradraget. Det er næppe set før. Finanstilsynet vil desuden "straffe" egenkapitalen for noget, som tilsynet ikke selv indså på daværende tidspunkt. Der henvises herved til det ovenfor anførte om, at B (livsforsikringsselskab) havde drøftelser med tilsynet under genkøbskampagnen, uden at tilsynet havde indvendinger imod den kontributionsmæssige behandling af kampagnen.

2.5 Det gøres gældende, at kontributionsprincippet er overholdt ved genkøbskampagnen, og at den tilbageværende bestand ikke er blevet omkost-

ningsmæssigt belastet af kampagnen, idet den afgående bestand gennem frigivelse af styrkelser har bidraget mere til realiseret resultat end kapitalværdien af fremtidige omkostningsunderskud i den tilbageværende bestand, udtrykt ved omkostningsfastsættelsen ultimo 2007.”

Af den i skrivelsen omtalte skrivelse af 8. september 2008 fra K til Erhvervsankenævnet fremgår det:

”...

1. SUPPLERENDE SAGSFREMSTILLING

1.1 Klagen angår Finanstilsynets påbud af 19. april 2007 ..., og Finanstilsynets brev af 18. juli 2008 til K

1.2 Ved breve af hhv. 26. oktober 2001 og 6. februar 2002 til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser, ..., meddelte Finanstilsynet, at selskaberne ikke fremover ville kunne overføre midler mellem bonusudjævningshensættelserne og egenkapitalen, men at selskaberne kunne foretage en rimelig engangskorrektion af egenkapitalen i det omfang, egenkapitalen i tidligere år havde modtaget en mindre forretning, end Finanstilsynet anså for rimeligt. Egenkapitalen skulle korrigeres ved, at differencebeløbet ultimo 2001 overføres fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen som en engangskorrektion, enten primo 2002 eller senest når selskaberne overgik til markedsværdier på passivside.

Finanstilsynet anførte desuden: ”Korrektionen kan, når det ikke er muligt at foretage den på en gang, foretages løbende over de kommende år, når det realiserede resultat tillader det. I dette tilfælde overføres beløbet til ”skyggekontoen””

Det var ikke muligt for B (livsforsikringselskab) at foretage engangskorrektionen på en gang. B (livsforsikringselskab) anmeldte derfor den 23. oktober 2002 og 31. januar 2003 ..., at egenkapitalens efterslæb, altså skyggekontoen, ultimo 2001 udgjorde 180 mio. kr.. Skyggekontoen blev opgjort ved at fremregne den beregnede egenkapital primo året (bogført egenkapital + skyggesaldo) med afkast plus driftsherretillæg og at fratække den faktisk bogførte egenkapital ultimo året. Denne beregningsmetode indebærer, at skyggekontoen fremregnes år efter år uden hensyn til, hvad der er årsagen til skyggekontoen, eller om der sker ændringer i kredsen af forsikringstagere.

1.3 Den 6. april 2004 anmeldte B (livsforsikringselskab) en ændring fra og med 2004 af reglerne om driftsherretillæg samt opgørelse af egenkapitalens efterslæb, jf. Den anmeldte regel var således:

”Beregnet egenkapital primo 2004 = bogført egenkapital primo 2004 incl. værdi af skatteaktiv + skyggekonto primo 2004.

Stigning i den beregnede egenkapital = $N1 * \text{Beregnet egenkapital primo} * (1-S) + D * \text{årets gennemsnitlige (livsforsikringshensættelse og kollektivt bonuspotentiale)} * (1-S)$,

Hvor N1 er lig med nøgletallet for afkast før pensionsafkastskat, D er det anmeldte driftsherretillæg, (..) og S er selskabsskattesatsen for det følgende regnskabsår.”

Beregningen af egenkapitalen indebar fortsat, at skyggekontoen fremregnes år for år uden hensyn til, hvad der er årsagen til tilsvaret overfor egenkapitalen, eller om der sker ændringer i kredsen af forsikringstagere.

1.4 Efterfølgende indgav B (livsforsikringsselskab)s ansvarshavende aktuar sin aktuarberetning for 2003, I brev af 1. oktober 2004, ..., skrev Finanstilsynet, at det var tilsynets umiddelbare opfattelse, at opgørelsesmetoden i beretningens afsnit 3.2 og 3.3 indebar, at forsikringstagerne blev belastet med selskabsskat. Dette tilbageviste B (livsforsikringsselskab) i brev af 28. oktober 2004, der indeholder en detaljeret redegørelse af, hvorledes B (livsforsikringsselskab) fremregnede egenkapitalefterslæbet, Beregningen var udarbejdet efter de i pkt. 1.3 gængs regler. Herefter meddelte Finanstilsynet i brev af 16. november 2004, at redegørelsen tages til efterretning, Finanstilsynet havde således ingen indvendinger imod den måde, hvorpå skyggekontoen blev opgjort.

1.5 Den 30. december 2004 anmeldte B (livsforsikringsselskab) en depotrente på 4% fra 1. januar 2005, Denne rente er lavere end grundlagsrenten på en række policer. Dette indebar ifølge den vedlagte redegørelse, at det for disse policer var nødvendigt at foretage en højere rentetilskrivning end for de øvrige policer. Der ville således være en særlig udgift til opfyldelse af ydelsesgarantier.

1.6 Den 31. januar 2006 anmeldte B (livsforsikringsselskab) midlertidige satser for fradrag ved genkøb og kursværn gældende fra og med 1.2.2006 frem til 31.12.2006, I anmeldelsen anførte selskabet, at man gerne ville foretage et forsøg med tilbud om overførsel af livsforsikringer til et andet livsforsikringsselskab. Forsøget skulle vise, om det ville være forsvarligt at nulstille genkøbs- og fripolicefradragene mod, at de manglende fradrag dækkes af de reservestyrkelser, som måtte blive frigjort ved genkøb og omskrivning til fripolice. Finanstilsynet bekræftede den 16. februar 2006 modtagelsen af anmeldelsen,

1.7 Efterfølgende indgav B's ansvarshavende aktuar aktuarberetning for 2005, Af beretningen fremgik det, at selskabet i 2005 havde valgt at afholde udgiften til opfyldelse af ydelsesgarantier over egenkapitalen for at undgå omfordeling. Samtidigt havde selskabet modposteret udgiften på skyggekontoen. Dermed var skyggekontoen alt andet lige blevet forøget som følge af udgiften til opfyldelse af ydelsesgarantier.

1.8 Den 1. november 2006 anmeldte B (livsforsikringsselskab) en forlængelse af forsøget med at nulstille genkøbs- og fripolicefradragene indtil den 30. juni 2007, Der havde forinden været en telefonisk henvendelse fra Finanstilsynet, og på baggrund af denne meddelte selskabet, at såfremt

der måtte blive frigjort reservestyrkelser ved forsøget, der mindst svarer til de manglende genkøbs- og fripolicyfradrag, ville der ske en ompostering, således at et beløb svarende til de manglende fradrag ville blive overført fra selskabets renteresultat til omkostningsresultatet. Såfremt de frigjorte reservestyrkelser måtte vise sig at være mindre end de manglende fradrag, ville der blive foretaget en tilsvarende reduktion af selskabets skyggekonto. Finanstilsynet bekræftede den 13. december 2006 modtagelsen af anmeldelsen, ..., men foretog sig ikke videre.

Det viste sig efterfølgende, at der blev frigivet styrkelser ved genkøbskampagnen på .. mio. kr., og da de manglende fradrag androg ... mio. kr. gav kampagnen således et overskud på ... mio. kr. til det realiserede resultat.

1.9 I 2007 og 2008 har selskabet også haft depotrenter, der er lavere end grundlagsrenten på forsikringer med høje grundlagsrenter, og selskabet har således haft en udgift til ydelsesgarantier. I anmeldelser af hhv. 14. marts 2007 og 26. februar 2008, ..., meddelte B (livsforsikringsselskab), at selskabet også i 2006 og 2007 har afholdt udgiften til ydelsesgarantierne over egenkapitalen og dermed alt andet lige har forøget skyggekontoen med denne udgift.

2 JURIDISK GRUNDLAG FOR SKYGGEKONTOEN

2.1 I henhold til lov om finansiel virksomhed § 20 skal livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser anmelde regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat til forsikringstagerne og andre berettigede efter forsikringsaftalerne.

I medfør af denne bestemmelse har Finanstilsynet udstedt kontributionsbekendtgørelsen, senest bekendtgørelse nr. 1006 af 27. oktober 2006. I henhold til kontributionsbekendtgørelsens § 5, stk. 2 og 3 skal livsforsikringsselskabet anmelde regler for beregning af den del af det realiserede resultat, der tilfalder egenkapitalen til Finanstilsynet. Efter § 5, stk. 6, gælder, at såfremt egenkapitalen tidligere har fået en lavere andel, end den kunne tilkomme efter stk. 2, kan egenkapitalen tilføres den manglende forskel eller en del heraf, såfremt dette beløb sammen med den andel, der tilføres egenkapitalen efter stk. 3 og den del, der tilføres forsikringsbestanden efter stk. 1 (såkaldt forlodsbonus) kan rummes i positivt realiseret resultat for året. Der gælder (alene) den undtagelse herfra, at såfremt det har været nødvendigt at anvende bonuspotentiale på fripolicydelser, skal dette først genetableres, jf. bekendtgørelsens § 8.

I forbindelse med at kontributionsbekendtgørelsen den 9. februar 2001 blev fremsendt til selskaberne, oplyste Finanstilsynet, at bekendtgørelsen skulle ses som en kodificering af praksis, og at der ikke var tilsigtet ændringer heri.

2.2 Skyggekontoen er endvidere behandlet i Finanstilsynets vejledning om markedsdisciplin, senest vejledning nr. 9791 af 20. december 2005. Det hedder i indledningen: "Hvis egenkapitalen på grund af utilstrækkeligt realiseret resultat har fået mindre tilskrevet end principperne (for fordeling

mellem egenkapitalen og forsikringsbestanden) tilsiger, er virksomheden berettiget til at rette op herpå i kommende års fordeling. Det beløb, der forventes at kunne tilføres egenkapitalen, ud over hvad principperne ellers ville give anledning til, betegnes i nærværende vejledning skyggekontoen, jf. § 111 i bekendtgørelse om finansielle rapporter for forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser.

Af vejledningens pkt. 4 fremgår det, at virksomhederne skal anmelde, hvorledes skyggekontoen løbende behandles, herunder forrentes, samt hvornår egenkapitalen bliver tilskrevet beløb fra skyggekontoen.

2.3 Det Finansielle Virksomhedsråd har endvidere den 10. november 2004 truffet en principiel afgørelse vedrørende omgørelse af foretagne engangskorrekationer. Sagen angik nogle selskaber, som havde foretaget engangskorrekationer i henhold til Finanstilsynets brev af 26. oktober 2001 nævnt ovenfor. Selskaberne ønskede af skattemæssige grunde at omgøre beslutningen og at forhøje det kollektive bonuspotentiale med størrelsen af engangskorrekationerne. Et beløb svarende til engangskorrekationerne skulle i stedet placeres på skyggekonti. Selskaberne ville så nedbringe skyggekontiene over de kommende år, når det realiserede resultat tillader det. Dette blev accepteret af Finanstilsynet og Det Finansielle Virksomhedsråd.

3 ANBRINGENDER

3.1 Til støtte for klagen gøres det principalt gældende, at Finanstilsynets påbud af 19. april 2007 ... er rettet til B (livsforsikringsselskab)s ansvarshavende aktuar og ikke er bindende for forsikringsselskabet.

Påbuddet har således hjemmel i lov om finansiel virksomhed 108, stk. 1, hvoraf det fremgår, at Finanstilsynet kan kræve oplysninger af *aktuaren*, og påbuddet lyder på, at *aktuaren* i sin beretning for 2007 skal redegøre nærmere for, at kontributionsbekendtgørelsen var overholdt.

En ansvarshavende aktuar har i henhold til lov om finansiel virksomhed § 108 en af selskabets ledelse uafhængig forpligtelse til på det offentlige vegne at påse, at selskabets tekniske grundlag er i overensstemmelse med lovgivningens krav, og aktuaren er forpligtet til at indberette tilsidesættelser direkte til Finanstilsynet. Den ansvarshavende aktuar er således Finanstilsynets "vagthund" i selskabet, og han er pålagt selvstændige forpligtelser. Det fremgår af kommentaren til lov om finansiel virksomhed § 108 i den kommenterede lov om finansielle virksomhed fra 2007, at aktuaren ikke skal have tilladelse fra selskabets ledelse, inden de ønskede oplysninger udleveres til Finanstilsynet. Et påbud til den ansvarshavende aktuar er derfor rettet direkte til denne og binder alene denne.

3.2 Det gøres subsidiært gældende, at påbuddet er opfyldt med redegørelsen i aktuarberetningen for 2007.

Indholdet af påbuddet er således, at aktuaren i aktuarberetningen for 2007 skal redegøre nærmere for, at kontributionsprincippet er overholdt, og at aktuaren omgående skal indberette enhver tilsidesættelse af kontributionsprincippet. Påbuddet går ikke ud på videre tiltag. Den ansvarshavende ak-

tuar er fremkommet med den krævede redegørelse i aktuarberetningen for 2007, og påbuddet er dermed opfyldt.

3.3 Hvad angår kravet i Finanstilsynets brev af 18. juli 2008 ..., gøres det gældende, at dette ikke blot er en fastholdelse af påbuddet af 19. april 2007. For det første er kravet rettet til en anden adressat end 2007-påbuddet, for det andet går kravet ud over 2007-påbuddet, idet det indeholder et krav om en regnskabsmæssig ændring og ikke blot et krav om at meddele oplysninger, og for det tredje er kravet i strid med selskabets tekniske grundlag. Det fremgår således af aktuarberetningen for 2007 ... at B (livsforsikringsselskab) ikke har regler for individualisering af skyggekontoen og betragter skyggekontoen som kollektiv.

Derfor er kravet i Finanstilsynets brev af 18. juli 2007 er en selvstændig forvaltningsakt, der skal opfylde de formelle krav til forvaltningsakter for at være bindende for selskabet. Det gøres gældende, at disse krav ikke er opfyldt, og kravet derfor ikke er et gyldigt og bindende påbud.

For det første opfylder brevet ikke betingelserne om begrundelse og klarhed, jf. forvaltningslovens § 24. Finanstilsynet har således anført, at der er tale om en fastholdelse af påbuddet af 19. april 2007, selv om dette som ovenfor nævnt ikke kan antages at være tilfældet. Desuden opfylder brevet ikke kravene om vejledning om klageadgang og klagefrist, jf. forvaltningslovens § 25.

3.4 Såfremt brevet må anses for et gyldigt og bindende påbud, gøres det gældende, at kravet om individualisering ikke har hjemmel i lovgivningen og derfor må tilsidesættes.

Klagerens skyggekonto har hjemmel i kontributionsbekendtgørelsen og vejledningen om markedsdisciplin. Der er i henhold til dette regelsæt ingen begrænsninger med hensyn til at nedbringe skyggekontoen i år med et tilstrækkeligt realiseret resultat, bortset fra kravet om genopretning af bonuspotentiale på fripolicydelser. Der er navnlig intet krav om en individualisering af skyggekontoen.

Dette er i overensstemmelse med Det Finansielle Virksomhedsråds afgørelse af 10. november 2004 (se pkt. 2.3), hvor rådet tillod, at engangskorrekationer blev flyttet til andre år. Dermed kunne nogle forsikringstagere komme til at betale for andre forsikringstageres fordele ved tidligere års manglende fordeling til egenkapitalen, hvilket er i overensstemmelse med, at skyggekontoen er kollektiv.

Dette er tillige i overensstemmelse med Finanstilsynets brev af 26. oktober 2001 om engangskorrekationer. Tilladelsen til engangskorrekationer indebærer i praksis, at nogle forsikringstagere ville komme til at betale for andre forsikringstageres for høje andel af det realiserede resultat.

3.5 Det gøres dernæst gældende, at selv om der måtte være lovgivningsmæssig hjemmel til et krav om individualisering, er det ikke beregnings-

teknisk muligt at udskille en del af skyggekontoen til de afgående forsikringer, og et påbud herom kan derfor ikke få nogen virkning.

Skyggekontoen er således forårsaget af et egenkapitalefterslæb i mange år, såvel efter 2001 som i de efterfølgende år. Det er ikke på nuværende tidspunkt muligt at udskille den del af skyggekontoen, som de afgående forsikringer med rimelig sikkerhed har været årsag til, og det savner derfor mening at kræve en individualisering.

3.6 Det gøres endvidere gældende, at Finanstilsynets krav ikke er i overensstemmelse med B (livsforsikringsselskab)s anmeldte regler for behandling af skyggekontoen.

B (livsforsikringsselskab)s regler for behandling af skyggekontoen indebærer, at skyggekontoen er kollektiv, således at den kan nedbringes i kommende år uden hensyn til, om kredsen af forsikringstagere er den samme.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet tidligere har accepteret B (livsforsikringsselskab)s regler for skyggekontoen, jf. Finanstilsynets brev af 16. november 2004, ..., hvorefter Finanstilsynet tog redegørelsen ... til efterretning. Finanstilsynets krav må derfor betragtes som en ændring af praksis, og dette kan ikke ske med virkning for en allerede eksisterende skyggekonto.

3.7 Det gøres gældende, at kontributionsprincippet er overholdt ved genkøbskampagnen, og at den tilbageværende bestand ikke er blevet omkostningsmæssig belastet af kampagnen, idet den afgående bestand gennem frigivelse af styrkelser har bidraget mere til realiseret resultat end kapitalværdien af fremtidige omkostningsunderskud i den tilbageværende bestand, udtrykt ved omkostningshensættelsen ultimo 2007. ”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 24. marts 2009 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

B (livsforsikringsselskab) gennemførte en genkøbskampagne, der medførte, at ca. 8.000 kunder valgte at forlade B (livsforsikringsselskab)s forsikringsbestand. Kampagnen var særlig fokuseret omkring 2007, og for perioden 1. februar 2006 til 30. juni 2007 anmeldte selskabet et genkøbsfradrag til nul. Der har i 2007 været en afgang i præmieindtægter på ca. 60 pct., en afgang i antal policer på 40 pct. og en afgang på 51,4 pct. af depoterne.

Den 19. april 2007 afgav Finanstilsynet en rapport i henhold til § 346, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed (FiL), til Forsikrings-Aktieselskabet B (livsforsikringsselskab) – i dag K Rapporten indeholdt en række påbud. Blandt andet udstedte Finanstilsynet følgende påbud:

"Lov om finansiel virksomhed § 108, stk. 5

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 108, stk. 5, kan Finanstilsynet kræve de oplysninger af aktuaren, som er nødvendige til bedømmelse af selskabets økonomiske stilling.

B (livsforsikringsselskab) har anmeldt genkøbsfradrag til nul for perioden 1. februar 2006 til 30. juni 2007. Selskabet har en stor skyggekonto.

På den baggrund skal Finanstilsynet meddele virksomheden følgende påbud:

4.3 Aktuaren skal i aktuarberetningen for 2007 redegøre nærmere for, at kontributionsbekendtgørelsen er overholdt. Dvs. at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder. Dog skal den ansvarshavende aktuar omgående indberette enhver tilsidesættelse af kontributionsbekendtgørelsen, jf. FiL § 108, stk. 5."

Den ansvarshavende aktuar for B (livsforsikringsselskab) anførte i aktuarberetningen for 2007 af 25. april 2008 ..., at der ville blive foretaget en justering af selskabets skyggekonto ved opgørelsen af regnskabet ved halvåret 2008. Den ansvarshavende aktuar anførte blandt andet følgende:

"Finanstilsynet har i Rapport i henhold til lov om finansiel virksomhed § 346, stk. 3. punkt 4.3, af 19. april 2007, påbudt selskabet at aktuaren i aktuarberetningen for 2007, nærmere redegør for, at kontributionsbekendtgørelsen er overholdt dvs. at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen, ikke betales af de tilbageblevne kunder i forbindelse med, at selskabet har anmeldt genkøbsfradrag til nul, for perioden 1. februar 2006 til 30. juni 2007.

...

Selskabet har ikke regler for individualisering af skyggekontoen og betragter skyggekontoen som kollektiv. For at redegøre for at de tilbageblevne kunder i selskabet ikke, via skyggekontoen, belastes for de kunder, der valgte at forlade selskabet, vil der derfor blive foretaget en niveaubestemmelse af, at der sker en kontributionsmæssig rimelig fordeling, mellem de 2 grupper.

...

Af ovenstående niveaubestemmelse ses, at skyggekontoen i selskabet i forbindelse med afgang for at skabe kontributionsmæssig ligevægt i forbindelse med afgang, bør reduceres med ... mio. kr. for genkøbskampagnen gennemført i første halvår af 2007.

Idet selskabet i 2006 under anmeldelsesperioden af nulstillingen af genkøbsfradrag, undlod at opkræve 2,4 mio.kr. hvilket svarer til lige under 10 % af det ikke opkrævede genkøbsfradrag i 2007, vurderes det, at en reduktion på ... mio.kr. i skyggekontoen før skat vil skabe betryggende ligevægt i kontributionen, såvel fordelingsmæssigt, som beregningsmæssigt for den samlede genkøbskampagne. Det bemærkes, at de ... mio. kr. i reduktion af skyggekontoen, overstiger de ikke

opkrævede genkøbsfradrag og at de tilbageblevne kunder derfor heller ikke belastes af de ikke opkrævede genkøbsomkostninger.

Reduktionen i skyggekontoen vil blive foretaget i forbindelse med regnskabet for halvåret 2008."

B (livsforsikringsselskab) havde således tilkendegivet, at skyggekontoen ville blive reduceret fra ... mio. kr. ultimo 2007 til ... mio. kr. pr. halvåret 2008 med henblik på at skabe contributionsmæssig ligevægt som følge af genkøbskampagnen i 2007.

Den 11. juni 2008 blev der afholdt et møde mellem K og Finanstilsynet om førstnævntes mulige overtagelse af B (livsforsikringsselskab). På dette møde blev bl.a. tilsynets påbud om skyggekontoen drøftet. K anførte, at skyggekontoen ikke er individualiseret og derfor ikke kan henføres til de enkelte kunder.

Den 20. juni 2008 blev K oplyst om, at tilsynet fastholder sit påbud af 19. april 2007 til B (livsforsikringsselskab)

Ved brev af 30. juni 2008 meddelte B (livsforsikringsselskab) til Finanstilsynet, at selskabet ikke ville foretage den i aktuarens beretning niveaubestemte reduktion af skyggekontoen

K købte pr. 1. juli 2008 B (livsforsikringsselskab), der efterfølgende ændrede navn til K.

I brev af 9. juli 2008 oplyste K, at skyggekontoen ultimo 2007 opgøres til 150 mio. kr., og at Finanstilsynets påbud af 19. april 2007 anses for opfyldt

Den 18. juli 2008 meddelte Finanstilsynet til K, at tilsynet ikke finder, at selskabet opfyldte påbuddet af 19. april 2007 I denne forbindelse blev K anmodet om inden 1. august 2008 at fremsende en opgørelse af skyggekontoen til tilsynet, hvoraf det fremgår, at der for perioden 1. februar 2006 til ultimo 2007 er sket den i påbuddet nævnte nedskrivning af skyggekontoen.

K indbragte herefter sagen for Erhvervsankenævnet, hvorefter Finanstilsynet meddelte, at sagen ville blive taget op til fornyet behandling.

I brev af 10. november 2008 iværksatte Finanstilsynet en partshøring vedrørende et nyt påbud om nedskrivning af skyggekontoen ..., som K den 24. november 2008 gjorde indsigelse mod

Den 16. december 2008 afgav Finanstilsynet følgende påbud til K ...:

"Finanstilsynet påbyder K, Livsforsikringsselskab A/S, at selskabets skyggekonto nedskrives, således at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder.

Selskabet skal senest 4 uger efter, at denne afgørelse er modtaget, fremsende dokumentation til Finanstilsynet om, hvordan nedskrivningen af skyggekontoen er sket."

Dette påbud blev herefter indbragt for Erhvervsankenævnet.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Det følger af FiL § 20, stk. 1, nr. 3, at selskabet skal anmelde regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat til forsikringstagerne.

I henhold til FiL § 21, stk. 1, skal de anmeldte forhold være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne. Ifølge § 21, stk. 2, skal anmeldelser efter § 20, stk. 1, nr. 3, endvidere føre til en rimelig fordeling.

Af bemærkningerne til § 21, jf. lovforslag nr. L176, som fremsat den 12. marts 2003, fremgår blandt andet:

"Efter stk. 2 skal reglerne for fordeling af selskabets realiserede resultat være formuleret så det klart og præcist fremgår, hvorledes det realiserede resultat anvendes til fordeling imellem de enkelte forsikringer, til henlæggelse til forsikringsbestanden som sådan (kollektivt bonuspotentiale o.lign.) og til egenkapital m.v. Fordelingen af selskabets realiserede resultat skal endvidere være rimelig i forhold til de berettigede parter. Hermed fastslås, at udgangspunktet for fordelingen af det realiserede resultat er det såkaldte kontributionsprincip, hvorefter det realiserede resultat fordeles blandt de berettigede parter efter de forhold, hvori de har bidraget til overskudsudviklingen. Den del af selskabets realiserede resultat, der herefter tilfalder forsikringstagerne (bonus) skal frigives på rimelig vis under forsikringsaftalens løbetid."

Af § 5, stk. 5, i bekendtgørelse nr. 1066 af 27. oktober 2006 om kontributionsprincippet (kontributionsbekendtgørelsen) følger:

"Stk. 5. Der må ikke ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne ud over, hvad der følger af de risikodækninger, der indgår i forsikringerne. Der må ikke fordeles en højere andel til egenkapitalen, jf. stk. 3, end, at denne andel sammen med de beløb, der fordeles til forsikringsbestanden i overensstemmelse med stk. 1, kan rummes i et positivt realiseret resultat for året."

Kontributionsbekendtgørelsen er udstedt i medfør af blandt andet FiL § 21, stk. 5 (nu stk. 6).

Hvad der ligger i begrebet "skyggekonto", fremgår bl.a. af § 111 i bekendtgørelse nr. 1266 af 26. oktober 2007 om finansielle rapporter for forsikringselskaber og tværgående pensionskasser, der har følgende ordlyd:

"De principper, som virksomheden anvender for deling af det realiserede resultat, jf. bekendtgørelse om kontributionsprincippet, skal beskrives. I sammenhæng hermed skal størrelsen af det realiserede resultat for året og fordelingen af beløbet angives. Har egenkapitalen på grund af et utilstrækkeligt realiseret resultat i året eller i tidligere år fået en mindre del af det realiserede resultat, end principperne tilsiger, og er virksomheden berettiget til at rette op herpå i kommende års fordeling, skal dette oplyses med angivelse af det beløb, der forventes at kunne tilføres egenkapitalen, ud over hvad principperne ellers ville give anledning til."

Af vejledning nr. 9791 af 20. december 2005 om markedsdisciplin og anmeldelse af regler for egenkapitalens andel af det realiserede resultat i livsforsikringselskaber fremgår:

"Hvis egenkapitalen og særlige bonushensættelser type B på grund af et utilstrækkeligt realiseret resultat har fået mindre tilskrevet end principperne tilsiger, er virksomheden berettiget til at rette op herpå i kommende års fordeling. Det beløb, der forventes at kunne tilføres egenkapitalen og særlige bonushensættelser type B, ud over hvad principperne ellers ville give anledning til, betegnes i nærværende vejledning skyggekontoen".

3. Finanstilsynets vurdering

K gør gældende, at påbuddet ikke har den fornødne klarhed, og at påbuddet som følge heraf skal afvises som uklart.

Lovhjemlen for påbuddet og kravet om nedskrivning af skyggekontoen er FiL § 21, stk. 1 og 2, og § 5, stk. 5, i kontributionsbekendtgørelsen, der henholdsvis fastslår, at de anmeldte forhold skal være rimelige – herunder føre til en rimelig fordeling – ligesom der er forbud mod, at der sker en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne.

Det fremgår ikke af lovens og bekendtgørelsens ordlyd, hvilken fordelingsnøgle, der skal anvendes med henblik på at opnå en rimelig fordeling og undgå en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse. Ifølge lovens § 20, stk. 1, nr. 3, skal virksomheden i første omgang selv anmelde regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat til forsikringstagerne. Finanstilsynet fører herefter tilsyn med, at beregningerne og de anmeldte forhold overholder lovgivningen, herunder er rimelige.

K anfører, at det ikke er muligt at beregne genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen med nogen rimelig sikkerhed og dermed ikke beregningsteknisk muligt for selskabet at følge påbuddet. Dette er imidlertid ikke korrekt, idet det er Finanstilsynets opfattelse, at det er muligt for selskabet at komme med en sådan beregning. I den forbindelse skal det fremhæves, at den ansvarshavende aktuar i B (livsforsikringselskab) ... og en beregning i aktuarberetningen for 2007 Det skal endvidere nævnes, at K efterfølgende har nedskrevet skyggekontoen med ... mio. kr. ...

På den baggrund er det Finanstilsynet vurdering, at påbuddet har den fornødne klarhed, idet dette overholder lovens fremgangsmåde for beregning og fastsættelse af fordelingen af det realiserede resultat – nemlig at virksomheden i første omgang selv beregner dette.

...

K gør desuden gældende, at Finanstilsynet ikke kan kræve en individualisering af skyggekontoen.

Imidlertid kræver Finanstilsynet ikke en individualisering af skyggekontoen. Påbuddene af 19. april 2007 og 16. december 2008 er begrundet med, at den del af skyggekontoen, der tilhører forsikringstagere, som har genkøbt deres forsikring, ikke skal belaste de tilbageværende forsikringstagere. Finanstilsynet kræver således ikke, at der skal ske en individualisering af skyggekontoen men derimod, at der ikke må ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne, jf. § 5, stk. 5, i kontributionsbekendtgørelsen. Selskabets oprindelige forslag til en niveaubestemt reduktion af skyggekontoen er ikke det samme som en individualisering af skyggekontoen.

Kontributionsbekendtgørelsens § 5, stk. 5, indeholder ikke begrænsninger i tidspunktet for, hvornår der ikke må ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne. Reglen gælder derfor til enhver tid. Når der for eksempel etableres en genkøbskampagne, må kampagnen således ikke kunne foranledige, at der fremadrettet sker en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne.

Finanstilsynet gør således ikke gældende, at der skal ske en individualisering af skyggekontoen, men at der ikke må ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem de forsikringstagere, der vælger at blive i selskabet, og de forsikringstagere, som vælger at tage imod tilbuddet om genkøb. Hvis skyggekontoen ikke nedskrives med en andel, som kan henføres til genkøbsomkostningerne og kunder, der ønsker at udtræde, vil det medføre en betydelig økonomisk omfordeling, idet de tilbageblivende kunder i fremtiden vil få en mindre andel af det realiserede resultat. De tilbageblivende kunder vil på en helt urimelig måde og for et beløb af betydelig økonomisk størrelse komme til at betale for de kunder, der vælger at genkøbe sine forsikringer.

Afgørelsen fra Det Finansielle Virksomhedsråd af 10. november 2004, der vedrørte engangskorrektion af egenkapitalen til det kollektive bonuspotentiale og muligheden for at føre beløbet på skyggekontoen, taler ikke imod Finanstilsynets påbud af 16. december 2008. Krav om rimelighedsprincippet og reglerne om omfordeling gælder til enhver tid, og det gælder, uanset om skyggekontoen er opstået som følge af en engangskorrektion, eller om skyggekontoen skal reduceres som anført i Finanstilsynets påbud af 16. december 2008. Genkøbskampagnen i nærværende sag medførte omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem eksisterende forsikringstagere i modsætning til den nævnte afgørelse fra Det Finansielle Virksomhedsråd, hvor virksomhedens eksisterende forsikringstagere blev behandlet ens. Ved vurderingen af om der sker en væsentlig omfordeling har det således ikke nogen betydning, om der er sket en almindelig af- og tilgang af forsikringstagere.

Genkøbskampagnen har således medført, at de tilbageblevne forsikrings-tagere kommer til at ”hænge på” skyggekontoen, hvilket er til fordel for de afgåede forsikringskunder. Hermed er der med genkøbskampagnen sket en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse, hvorfor der skal ske en reduktion af skyggekontoen.

...

Finanstilsynet er enig med K i, at der skal skelnes mellem mistede genkøbsfradrag og manglende reduktion af skyggekontoen. Der er ligeledes enighed om, at frigivne styrkelser fra genkøbte forsikringer kommer den resterende bestand til gode. Det er ikke hensigten med tilsynets påbud at underkende en modregning med de frigivne styrkelser i mistede genkøbsfradrag og genkøbte forsikrings ”andel” af skyggekontoen. Den ansvarshavende aktuars beregning i beretningen foretager også denne modregning De tilbageværende forsikringstagere belastes af udtrådte forsikringstageres ”andel” af skyggekontoen, hvis denne ikke nedskrives og det er således forkert, når K anfører, at forsikringskunderne fik en gevinst i stedet for et tab. Værdien af de frigivne styrkelser opvejer således ikke den manglende reduktion af skyggekontoen.

...

K gør gældende, at det ”savner logik”, at påbuddet er foranlediget af, at der har været en afgang på 51,4 pct. depoterne, og at det skaber usikkerhed om, hvad der ville gælde, hvis afgang i depoter havde været mindre.

Finanstilsynet finder, at betingelsen om ”betydelig økonomisk størrelse” i kontributionsbekendtgørelsens § 5, stk. 5, er opfyldt, når ca. halvdelen af forsikringsbestanden i løbet af kort tid forlader selskabet, og at de tilbageblevne forsikringstagere kommer til at ”hænge på” en skyggekonto på ca. 140 mio. kr.

...

Hvorvidt påbuddet ikke er i overensstemmelse med B (livsforsikrings-selskab)s anmeldte regler for behandling af skyggekontoen er uden betydning for fortolkningen af lovens krav om en rimelig fordeling af det realiserede resultat.

Det skal hertil nævnes, at Finanstilsynet i brev af 16. november 2004 ikke har godkendt B (livsforsikrings-selskab)s regler for skyggekontoen. Finanstilsynet tog alene indberetningen til efterretning. Heri ligger ikke en godkendelse.

Det bestrides, at påbuddet af 16. december 2008 er en ændring af praksis, og at tilsynet i forbindelse med genkøbskampagnen har godkendt de kontributionsmæssige regler herfor. Tilsynet savner dokumentation for de drøftelser, der henvises til i klagen. Interne referater angiver ikke sådanne drøftelser. Der skal herved henses til, 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. Herudover er tilsynet først i forbindelse med inspektion i selskabet blevet bekendt med, at genkøbskampagnen kunne give anledning til en væsentlig genkøbsaktivitet i 2007.

...”

I skrivelse af 26. maj 2009 har klagers advokat yderligere anført:

”...

Det kan oplyses, at K pr. 1. januar 2009 er blevet fusioneret med Kmed sidstnævnte som det fortsættende selskab.

Finanstilsynets redegørelse af 24. marts 2009 giver anledning til følgende supplerende bemærkninger, idet det i klagen anførte fastholdes:

1. Der er ikke hjemmel til påbuddet

Det bestrides, at påbuddet har hjemmel i kontributionsbekendtgørelsen § 5, stk. 5.

Denne bestemmelse angår fordelingen af årets realiserede resultat og kan derfor ikke være hjemmel for påbud om efterfølgende forhold. Desuden angår bestemmelsen det *beregningsmæssige* kontributionsprincip, dvs. fordelingen af årets realiserede resultat mellem egenkapitalen og forsikringstagerne. Bestemmelsen kan derfor ikke danne grundlag for et påbud angående (om)fordeling mellem forsikringstagerne indbyrdes. Det er reguleret i en anden bestemmelse.

Kernespørgsmålet i sagen er, hvorvidt der er tilstrækkelig lovhjemmel til at kræve en *nedskrivning* af skyggekontoen. Dette forudsætter, at skyggekontoen er individualiseret og ikke kollektiv. Det er meningsløst at tale om en uacceptabel omfordeling, og samtidigt benægte at det drejer sig om et individualiseringskrav. Påbuddet begrundes netop med, at en del af skyggekontoen *tilhører* de forsikringstager, der har genkøbt deres forsikring, hvilket er udtryk for et synspunkt om individualisering. En skyggekonto er kollektiv og tilhører hverken nogen bestemt gruppe forsikringstager eller nogen forsikringstager enkeltvis, men tilhører derimod egenkapitalen.

Der er ingen lovmæssig hjemmel til at kræve en nedskrivning af skyggekontoen. Det fremgår tværtimod af reglerne for skyggekontoen i hhv. bekendtgørelse om finansielle rapporter, kontributionsbekendtgørelsen og vejledning om markedsdisciplin, at der ikke er nogen begrænsninger med hensyn til at nedbringe skyggekontoen i år med et tilstrækkeligt realiseret resultat, bortset fra kravet om, at man først skal genetablere forbrugt bonuspotentiale på fripolicydelser i henhold til kontributionsbekendtgørelsens § 8.

Og selv i de tilfælde, hvor der er forbrugt bonuspotentiale på fripolicydelser, og dette derfor først skal genoprettes, fører dette ikke til, at skyggekontoen nedskrives. Det medfører alene, at det tager længere tid, førend skyggekontoen kan nedbringes. Når Finanstilsynet kræver en nedskrivning af skyggekontoen, er dette således udtryk for et helt nyt princip.

Dette står i modsætning til kollektivt bonuspotentiale, hvor der er forbud mod omfordeling i kontributionsbekendtgørelsens § 7, hvilket kan medføre, at egenkapitalen skal træde til i tilfælde af underskud. Dette er en naturlig konsekvens af kontributionsprincippet, idet kollektivt bonuspotenti-

ale tilhører bestanden af forsikringstagere. Alligevel har Finanstilsynet fundet det nødvendigt at fastsætte en udtrykkelig bestemmelse herom. Det fastholdes, at der så meget desto mere ikke kan kræves nedskrivning af skyggekontoen uden en udtrykkelig bestemmelse.

Efter Ks opfattelse har indgrebet ekspropriativ karakter, idet skyggekontoen er et erhvervet formuegode. Da der ikke foreligger lovhjemmel er indgrebet også af den grund ugyldigt.

2. Påbuddet er uklart

Som anført i klagen er det ikke på grundlag af påbuddet beregningsmæssigt muligt for K at sætte beløb på nedskrivningen af skyggekontoen.

Såfremt Finanstilsynet krævede en nedskrivning af en bestemt størrelse, kunne dette have været anført i påbuddet. I Finanstilsynets brev af 18. juli 2008 ... satte tilsynet således beløb på den krævede nedskrivning, men dette blev ændret i det nye påbud. Dette har K forstået således, at Finanstilsynet påbyder selskabet selv at beregne størrelsen af en rimelig nedskrivning, hvilket bekræftes i tilsynets redegørelse. Det er imidlertid ikke muligt for Kt foretage en sådan beregning med nogen tilstrækkelig sikkerhed. Det er Nordea Pensions opfattelse, at man savner grundlag for at lave en relevant eller ”rigtig” opgørelse, ligesom en sådan opgørelse efter Nordea Pensions opfattelse ikke nødvendigvis vil være rimelig.

Finanstilsynet henviser til, at K har foretaget en nedskrivning af skyggekontoen med 60 mio. kr. i forbindelse med fusionen af Kog K, Dette er imidlertid ikke udtryk for, at det har været muligt at foretage en beregning. Tallet er valgt, fordi det gør det muligt at gennemføre fusionen på trods af nærværende sag. Dels er beløbet større end ethvert beløb, som Finanstilsynet kunne tænkes at kræve, og dels gør det de to bestande ”lige rige”, hvilket i henhold til Finanstilsynets praksis er en forudsætning for sammenlægning af forsikringsbestande i samme juridiske selskab.

Henvisningen til [aktuarens] beregninger ... forekommer lidet relevant. Her blev nedskrivningen beregnet ud fra en ligelig fordeling af skyggekontoen på alle forsikringer, og dette ville som anført i klagen ikke være rimeligt. [aktuaren] har selv efterfølgende taget afstand fra beregningen. Finanstilsynet synes heller ikke at bifalde den. Ellers måtte man forvente, at beløbet var kommet til udtryk i påbuddet.

Det ligger fast, at et påbud skal være klart og bestemt affattet, således at adressaten helt præcist ved, hvad der skal foretages for at opfylde påbuddet, og således at adressaten ikke udsætter sig for sanktioner ved at forsøge at opfylde påbuddet, jf. for eksempel Garde m.fl., Forvaltningsret, Sagsbehandling 6. udgave, s. 339 ff. og U1997.1157V. Det indklagede påbud opfylder ikke disse krav og er derfor ugyldigt.

3. Påbuddet er ikke rimeligt

K savner stadig en forklaring fra Finanstilsynet om, hvad selskabet har gjort forkert i forbindelse med genkøbskampagnen.

De kontributionsmæssige regler foreskriver, at der til enhver tid skal fastsættes regler, der sikrer en rimelig fordeling af det realiserede resultat. Der skal altså fastsættes fremadrettede regler.

Det anføres af tilsynet, at når der etableres en genkøbskampagne, skal kampagnen ikke kunne foranledige, at der sker en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringstagerne.

Kernen i sagen er således, at Finanstilsynet vil straffe K for, at der ikke i forbindelse med genkøbskampagnen blev fastsat fremadrettede regler der sikrede, at de tilbageværende forsikringstager ikke blev ”belastet af udtrådte forsikringstageres andel af skyggekontoen”. Som anført i klagen ville det imidlertid ikke have været muligt for B (livsforsikringsselskab) at fastsætte regler, der sikrede, at de tilbageværende forsikringstager ikke blev ”belastet”. Blandt andet fordi dette ville have krævet, at B (livsforsikringsselskab) havde kunnet forudse, hvor mange forsikringstager, der ville benytte sig af tilbuddet om at genkøbe forsikringen, noget som Finanstilsynet efter det oplyste ikke selv forudså. Lovligheden af påbuddet må forudsætte, at Finanstilsynet kan anvise en fremgangsmåde, som B (livsforsikringsselskab) kunne have anvendt.

Det fastholdes, at det ikke er rimeligt og dermed ikke lovmedholdeligt at fastsætte et påbud på dette grundlag. Der henvises i øvrigt på ny til aktuarens redegørelse ... af 30. juni 2008, hvorefter de genvundne styrkelser fuldt ud opvejer genkøbsfradraget.

4. Påbuddet er i strid med god forvaltningsskik.

Som anført i klagen var der i forbindelse med anmeldelsen af genkøbskampagnen drøftelser mellem B (livsforsikringsselskab) og tilsynet. Det fremgår udtrykkeligt af anmeldelsen fremlagt som bilag ..., at Finanstilsynet havde rettet telefonisk henvendelse til B (livsforsikringsselskab), og at selskabet som følge heraf havde tilrettet anmeldelsen, så der blandt andet blev taget højde for genkøbskampagnens betydning for skyggekontoen.

Det fremgår ..., at skyggekontoen kun skulle nedskrives, såfremt de frigjorte reservestyrkelser viste sig at være mindre end de manglende genkøbs- og fripolicefradrag.

I henhold til Finanstilsynets redegørelse savner tilsynet ”dokumentation for de drøftelser, der henvises til i klagen”, men dokumentationen fremgår af bilag Det fremgår af offentlighedslovens § 6, at en offentlig myndighed skal gøre notater om telefonsamtaler, og tilsynet må derfor være i besiddelse af notater om telefonsamtalen. K begærer aktindsigt i alle akter i forbindelse med anmeldelserne af genkøbskampagnen.

K er som tidligere anført enig i, at der er tale om et anmeldelses- og ikke et godkendelsessystem. Men at der er tale om et anmeldelsessystem medfører ikke, at tilsynet ikke skal følge reglerne om god forvaltningsskik, og disse tilsiger, at en indgivet anmeldelse skal gennemgås og sagsbehandles.

Dette finder støtte i forarbejderne. At der er tale om et anmeldelsessystem, beror på EU-retlige regler, og hvad der ligger heri er beskrevet i Mogens Koktvedgaards redegørelse til Finanstilsynet, På side 30 i redegørelsen anføres det, at ”En overgang til et anmeldelsessystem må have til forudsætning, at den efterfølgende kontrol er reel og effektiv. Selve behandlingen af de indkomne anmeldelser vil vel ikke afvige væsentlig fra den nu foretagne behandling. Den leder blot ikke til nogen formel godkendelse, men ”kun” til en påtegning på sagen om, at den er gennemgået.”

Efter Ks opfattelse følger det af kravet om god forvaltningsskik, at Finanstilsynet burde have gjort B (livsforsikringselskab) opmærksom på kravet om nedskrivning af egenkapitalen i forbindelse med anmeldelsen af genkøbskampagnen, også henset til, **at** der havde været drøftelser med tilsynet vedrørende de økonomiske virkninger af kampagnen på blandt andet skyggekontoen, **at** der var tale om et radikalt nyt princip, og **at** kravet om nedskrivning af skyggekontoen var særdeles økonomisk byrdefuldt for selskabet. Så havde B (livsforsikringselskab) haft mulighed for at overveje, om genkøbskampagnen skulle gennemføres på disse præmisser. Finanstilsynet kan ikke efterfølgende indføre kravet med tilbagevirkende kraft.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 25. juni 2009 anført:

”...

K angiver, at kontributionsbekendtgørelsens § 5, stk. 5, ikke kan danne grundlag for et påbud angående omfordeling mellem forsikringstagerne indbyrdes. Finanstilsynet skal hertil anføre, at det af § 5, stk. 5, 1. pkt., fremgår udtrykkeligt, at der ikke må ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse *mellem forsikringerne* ud over, hvad der følger af de risikodækninger, der indgår i forsikringerne.

Det konkrete påbud er begrundet i, at gruppen af de tilbageblevne kunder efter genkøbskampagnen på en helt urimelig måde og for et beløb af betydelig størrelse kommer til at betale for den gruppe af kunder, der valgte at genkøbe sine forsikringer.

Der er ikke tale om et påbud om efterfølgende forhold, men om berigtigelse af tidligere forhold der med genkøbskampagnen er kommet i strid med loven. Af denne grund er der heller ikke tale om et ekspropriativt indgreb.

K anfører endvidere, at en nedskrivning af skyggekontoen forudsætter en individualisering. I den forbindelse anføres det, at det er meningsløst at tale om en uacceptabel omfordeling, og samtidig benægte, at det drejer sig om et individualiseringskrav.

Det skal hertil bemærkes, at de to begreber ikke hænger sammen. Dette ses bl.a. i reglerne om det kollektive bonuspotentiale, som netop er kendetegnet ved ikke at være individualiseret. Ifølge kontributionsbekendtgørelsens § 6, stk. 3, som omhandler det fordelingsmæssige kontributionsprincip, må der ikke ske omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem

forsikringerne. Herunder hører også det kollektive bonuspotentiale, og forbuddet mod omfordeling gælder derfor også for dette.

K henviser ligeledes til den eksplicite bestemmelse om kollektivt bonuspotentiale i kontributionsbekendtgørelsens § 7. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at denne bestemmelse eksplicit er indeholdt i bekendtgørelsen, for at behandle negative realiserede resultater. § 6, stk. 3, om omfordeling gælder til enhver tid.

Finanstilsynet stiller sig således uforstående over for et krav om individualisering i forhold til den enkelte forsikringstager, men kan tilslutte sig, at nedskrivning kræver en opdeling på gruppeniveau. Ordlyden af § 5, stk. 5, forudsætter heller ikke, at der skal ske en individualisering på individniveau.

Finanstilsynet fastholder derfor, at den lovmæssige hjemmel til nedskrivning af skyggekontoen fremgår af FiL § 21, stk. 1 og 2, og § 5, stk. 5, under henvisning til, at genkøbskampagnen uden nedskrivning af skyggekontoen vil føre til omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringer.

K har desuden anført, at påbuddet er uklart og ikke rimeligt, samt at det ikke er muligt at sætte et beløb på nedskrivningen af skyggekontoen.

Det fremgår hverken af loven, bekendtgørelsen eller påbuddet, hvilken fordelingsnøgle, der skal anvendes med henblik på at opnå en rimelig fordeling og undgå en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse. Det er i første omgang virksomheden selv, der skal anmelde regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat til forsikringstagerne. Finanstilsynet fører herefter tilsyn med, at beregningerne og de anmeldte forhold overholder lovgivningen, herunder er rimelige. Finanstilsynet er således fortsat ikke enig i, at det ikke er muligt at foretage de fornødne beregninger.

Finanstilsynet skal i øvrigt præcisere, at Finanstilsynet ikke i brevet af 18. juli 2008 har fastsat et beløb for den krævede reducere af skyggekontoen, men henvist til den ansvarshavende aktuars opgørelse i aktuarberetningen 2007 for B (livsforsikringsselskab).

K anfører derudover, at påbuddet er i strid med god forvaltningsskik, samt at Finanstilsynet – på trods af at der er tale om et anmeldelsessystem – skal gennemgå og sagsbehandle anmeldelserne. Der henvises i den forbindelse til Mogens Kockvedgaards ”Redegørelse til Finanstilsynet om liberaliseringsmuligheder vedrørende det aktuarmæssige tilsyn med livsforsikringsvirksomhed”.

Ved godkendelsessystemet, der gjaldt frem til 31. juli 1993, skulle Finanstilsynet godkende et livsforsikringsselskabs tekniske grundlag m.v., før dette kunne anvendes. Ved overgangen til et anmeldelsessystem med lov nr. 1062 af 23. december 1992 skal virksomhederne alene anmelde det tekniske grundlag. Virksomheden kan anvende det tekniske grundlag, så snart det er kommet frem til Finanstilsynet. Det er herefter Finanstilsynets opgave at føre en efterfølgende kontrol med anmeldelserne. Finanstilsy-

nets kontrol med anmeldelserne består dels af en gennemgang ved anmeldelsen og dels i forbindelse med tilsynets inspektioner hos virksomhederne.

Med hensyn til tidspunktet for Finanstilsynets eventuelle reaktioner fremgår følgende af de almindelige bemærkninger til ovennævnte lov (lovforslag nr. 63, som fremsat den 28. oktober 1992):

”Der sættes ikke nogen frist for Finanstilsynets reaktionsmulighed. Dels ville en frist være ensbetydende med en ”udskudt” godkendelsesprocedure, dels kan tilsynet altid vende tilbage og genoptage en sag, da der jo netop ikke foreligger en godkendelse.”

Tilsvarende fremgår af Koktvedgaards redegørelse s. 29. I nævnte lovforslag fremgår det endvidere flere steder, at der er tale om en overgang til efterfølgende kontrol.

Det skal endvidere nævnes, at Erhvervsankenævnet ved kendelse af 9. januar 2009 har udtalt, at det

”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.”

K anfører, at det beror på EU-retlige regler, at der er tale om et anmeldelsessystem. Det skal hertil bemærkes, at det ikke fremgår at EU-retlige regler, at der skal være et anmeldelsessystem. De EU-retlige regler fastslår, at der ikke må fastsættes et godkendelsessystem. Følgende fremgår af artikel 6, stk. 5, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om livsforsikring [Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/83/EF af 5. november 2002 om livsforsikring (livsforsikringsdirektivet), (EF-Tidende 2002 nr. L 345, s. 1)]:

”5. Medlemsstaterne må ikke fastsætte bestemmelser om, at der kræves forudgående godkendelse eller løbende anmeldelse af de almindelige og specielle betingelser i forsikringspolicer, af tariffer, af det tekniske grundlag for beregningen af bl.a. tariffer og forsikringsmæssige hensættelser og af formularer og andre trykte dokumenter, som et forsikringsselskab agter at anvende over for forsikringstagerne.

*Uanset første afsnit kan hjemlandet med det ene formål at kontrollere, at nationale bestemmelser vedrørende de aktuariemæssige principper overholdes, kræve løbende anmeldelse af det tekniske grundlag for beregningen af tariffer og forsikringsmæssige hensættelser, uden at dette dog må gøres til en forhåndsbetingung for, at et forsikringsselskab kan udøve sin virksomhed.
[...]*”

Finanstilsynet skal på denne baggrund afvise, at der eksisterer en pligt til at gennemgå og sagsbehandle indholdet af de enkelte anmeldelser, når disse indgives.

Endelig anfører K, at Finanstilsynet burde have gjort B (livsforsikringselskab) opmærksom på kravet om nedskrivning af egenkapitalen i forbindelse med anmeldelsen af genkøbskampagnen, da B (livsforsikringselskab) da havde haft mulighed for at overveje, om genkøbskampagnen skulle gennemføres.

Finanstilsynet kan hverken erindre eller se dokumentation for, at der forud for genkøbskampagnen var drøftelser med tilsynet vedrørende de økonomiske virkninger af kampagnen på blandt andet skyggekontoen. Sådanne drøftelser fandt først sted på Finanstilsynets inspektion i B (livsforsikringselskab) i februar-marts 2007, efter genkøbskampagnen var sat i gang.

Såfremt K kan godtgøre, at sådanne drøftelser har fundet sted tidligere end dette, modtager vi gerne dokumentation herfor.

Skulle K kunne dokumentere dette, ændrer det ikke på, at en sådan kampagne skal overholde gældende lovgivning. Finanstilsynet skal i denne sammenhæng bestride, at der er tale om et nyt radikalt princip. Princippet har været gældende hele tiden. Finanstilsynet har imidlertid ikke tidligere behandlet en sådan sag om nedskrivning af skyggekontoen som følge af omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringer.

Herudover skal det bemærkes, at det på anmeldelsestidspunktet ikke var kendt, hvor mange der ville benytte sig af genkøbskampagnen, og dermed om der ville ske en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse. Kunderne blev først aktivt orienteret om kampagnen i begyndelsen af 2007. Da Finanstilsynet på inspektionen i februar-marts 2007 blev gjort bekendt med, at man forventede en kraftig afgang som følge af kampagnen, gjorde Finanstilsynet selskabet opmærksom på contributionsbekendtgørelsens regler og evt. nedskrivning af skyggekontoen. På denne baggrund fastsattes påbuddet om aktuares redegørelse herfor i Finanstilsynets Rapport i henhold til lov om finansiel virksomhed § 346, stk. 3, af 19. april 2007 ...

Finanstilsynet skal til Ks anmodning om mundtlig forhandling bemærke, at der ikke ses at være godtgjort sådanne særlige grunde, der kan begrunde en sådan procedure. Finanstilsynet finder tværtimod at sagen grundet sin tekniske karakter er bedst egnet til skriftlig forhandling.

Finanstilsynet skal endelig bemærke, at anmodningen om aktindsigt er imødekommet ved brev af 11. juni 2009 til advokat C.”

Klagers advokat og Finanstilsynet er ved skrivelser af 28. august og 23. september 2009 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Der har været afholdt mundtlig forhandling i sagen, hvor K har nedlagt endelig påstand om, at Finanstilsynets påbud af 16. december 2008 er ugyldigt.

Ankenævnet udtaler:

Finanstilsynets afgørelse af 16. december 2008 indeholder påbud om, at selskabets skyggekonto nedskrives, således at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder. Det fremgår af aktuarberetningen af 25. april 2008 fra K, at der heri blev foretaget beregning af en reduktion af skyggekontoen som led i en redegørelse for, at kontributionsbekendtgørelsen var overholdt. Denne beregning blev foretaget på baggrund af et påbud fra Finanstilsynet af 19. april 2007, hvori Finanstilsynet tilkendegav, at overholdelse af kontributionsbekendtgørelsen indebar, at genkøbsomkostningerne og udtrådte kunders andel af skyggekontoen ikke betales af de tilbageblivende kunder. Finanstilsynet gav i denne forbindelse ikke direkte anvisning om nedskrivning af skyggekontoen, eller om hvordan en sådan nedskrivning i givet fald skulle beregnes. Dette var ikke til hinder for, at selskabets aktuar foretog en beregning, som under alle omstændigheder må forventes at være behæftet med en vis usikkerhed og skøn.

Finanstilsynets påbud findes på denne baggrund ikke at være ugyldigt som følge af manglende klarhed.

Det fremgår nærmere af lov om finansiel virksomhed § 21, stk. 1, at de efter § 20, stk. 1, nr. 1-5, anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, og det fremgår af § 21, stk. 2, at de anmeldte regler for beregning og fordeling af realiseret resultat efter § 20, stk. 1, nr. 3, skal være præcise og klare og føre til en rimelig fordeling.

Af lovbemærkningerne til § 21 (lovforslag L 176 2002/2003) fremgår:

”Efter stk. 2 skal reglerne for fordeling af selskabets realiserede resultat være formuleret, så det klart og præcist fremgår, hvorledes det realiserede resultat anvendes til fordeling imellem de enkelte forsikringer, til henlæggelse til forsikringsbestanden som sådan (kollektivt bonuspotentiale o.lign.) og til egenkapital m.v. Fordelingen af selskabets realiserede resultat skal endvidere være rimelig i forhold til de berettigede parter. Hermed

fastslås, at udgangspunktet for fordelingen af det realiserede resultat er det såkaldte kontributionsprincip, hvorefter det realiserede resultat fordeles blandt de berettigede parter efter de forhold, hvori de har bidraget til overskuddsdannelsen. Den del af selskabets realiserede resultat, der herefter tilfalder forsikringstagerne (bonus) skal frigives på rimelig vis under forsikringsaftalens løbetid”.

Af § 5, stk. 5, i bekendtgørelse af 27. oktober 2006 om kontributionsprincippet, fremgår, at der ikke må ske omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne ud over, hvad der følger af de risikodækninger, der indgår i forsikringerne.

De anførte bestemmelser, der efter deres ordlyd og forarbejder må forstås således, at kravet om den rimelige fordeling og kravet om, at der ikke må ske omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne, er generelt, findes at hjemle nedskrivning af en skyggekonto, såfremt der i modsat fald sker en omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne.

Kravet om at der ikke sker omfordeling af betydelig økonomisk størrelse mellem forsikringerne findes endvidere at være generelt i den forstand, at det gælder, uanset om skyggekontoen anses for at være kollektiv.

Finanstilsynets afgørelse af 26. oktober 2001 og Det Finansielle Virksomhedsråds afgørelse af 10. november 2004, der under helt særlige omstændigheder tillod samtlige livsforsikringsselskaber og tværgående pensionskasser at foretage en engangskorrektion uanset kontributionsbekendtgørelsen, findes ikke at afskære Finanstilsynet fra at fremsætte et påbud om nedskrivning af skyggekontoen, forudsat at betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt.

De over for Finanstilsynet foretagne anmeldelser, dels i 2004 af reglerne for behandling af skyggekontoen, dels i 2006 af særlige regler for genkøbsfradrag i forbindelse med genkøbskampagnen og forlængelsen heraf, findes ikke at afskære Finanstilsynet fra at afgive påbud. Det bemærkes herved, at anmeldelsessystemet i henhold til lov om finansiel virksomhed ikke er et godkendelsessystem. En bekræftelse fra Finanstilsynet af, at redegørelser tages til efterretning, afskærer således ikke Finanstilsynet fra senere at meddele påbud. For så vidt angår Finanstilsynets pligt til i forbindelse med anmeldelserne at gøre opmærksom på kravet om eventuel

nedskrivning af skyggekontoen bemærkes herudover, at der ikke foreligger dokumentation for særskilte drøftelser mellem K og Finanstilsynet om genkøbskampagnens økonomiske virkninger på skyggekontoen.

Da der ifølge aktuarberetningen af 25. april 2008 har været en afgang på 51,4 % af depoterne i 2007, tiltræder ankenævnet, at der vil ske en væsentlig økonomisk omfordeling til skade for de tilbageblivende kunder i K, såfremt der ikke sker en forholdsmæssig nedskrivning af skyggekontoen.

Af de anførte grunde, og da de af K anførte rimelighedsbetragtninger ikke kan føre til et andet resultat, findes Finanstilsynets påbud om nedskrivning af skyggekontoen at være gyldigt.

Finanstilsynets afgørelse af 16. december 2008 stadfæstes herefter.

4) Kendelse af 9. februar 2010 (J.nr. 2009-0019017).

Andelskasse påbudt at ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn, herunder at slette ordet bank fra andelskassens domænenavn.

Lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, og stk. 6, samt aktieselskabslovens § 153, stk. 3, og stk. 6.

(Mads Bryde Andersen, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. marts 2009 har K (Andelskasse) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2009, hvorved styrelsen påbød selskabet at ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn, herunder at slette ordet bank fra andelskassens domænenavn senest

Klagen har under sagens behandling i ankenævnet været tillagt opsættende virkning for så vidt angår påbudet om at slette ordet bank i andelskassens domænenavn.

Sagens omstændigheder:

Finanstilsynet har i skrivelse af 11. marts 2002 til K, anført, at tilsynet havde konstateret, at andelskassen på sin hjemmeside kaldte sig for "K Bank", samt at andelskassen på hjemmesiden ikke i nævneværdigt omfang brugte ordet "andels-

kasse". I den forbindelse påtalte Finanstilsynet, at andelskassens brug af ordet "bank" på hjemmesiden er i strid med § 2, stk. 1, i den dagældende bank- og sparekasselov og meddelte, at forholdet skulle lovliggøres.

I Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2009 hedder det:

"Finanstilsynet er blevet bekendt med, at K i flere tilfælde anvender ordet bank i sammenhæng med Andelskassens navn i forbindelse med markedsføringen af Andelskassen, blandt andet i forbindelse Andelskassens hjemmeside, ...og i forbindelse med annoncer i div. blade.

Finanstilsynet skal påbyde K fremadrettet at ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn. Herunder skal ordet bank være slettet fra andelskassen domænenavn senest

I henhold til FIL § 7, stk. 5, 1. pkt. har pengeinstitutter eneret til at benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn.

Denne bestemmelse skal forstås således, at banker har eneret til at anvende betegnelsen bank i forbindelse med navnet, sparekasser har eneret til at anvende betegnelsen sparekasse i forbindelse med navnet mens andelskasser har eneret til at anvende betegnelsen andelskasse i forbindelse med navnet. Et pengeinstitut skal således også anvende den betegnelse, der stemmer overens med pengeinstitutts organisatoriske status. En andelskasse må derfor ikke anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn.

K har på denne baggrund overtrådt navneeneretten i FIL § 7, stk. 5 ved at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn.
..."

I klageskrivelsen af 25. marts 2009 har K anført:

"...

Anken vedrører

- brugen af domænenavnet ... som Finanstilsynet har pålagt os at ophøre med at anvende senest 29.05.2009.
- anvendelsen af ordet bank i sammenhæng med andelskassens navn i andelskassens markedsføring. Denne del af anken er for nærværende meget ukonkret, da vi ikke ved hvilke dele af andelskassens markedsføring, Finanstilsynet ønsker ændret og på hvilken måde. ... Det er Ks forventning, at vi gennem dialog med Finanstilsynet kan afklare denne del af anken på tilfredsstillende måde for alle parter, men vi har for god ordens skyld taget dette forhold med i nærværende anke af hensyn til overholdelse af fristen.

...

Sagsfremstilling:

Vi har modtaget Finanstilsynets afgørelse af 26.02.2009. I denne forbindelse undrer det os, at vi ikke er blevet kontaktet i forbindelse med sagens behandling, da vi formentlig kunne have bidraget med relevante oplysninger. Vi vil også gerne vide, hvilke annoncer, der konkret sigtes til.

Vi har i andelskassen ikke noget ønske om at betegne os selv som bank, hvilket vi heller ikke mener, vi gør.

Andelskassens markedsføringsmateriale og hjemmeside har gennem det seneste 1-2 år gennemgået en større omlægning, og vi har i efteråret 2008 lanceret en ny version af vores hjemmeside. I dette arbejde har medvirket en række eksterne konsulenter (grafikere, webdesignere, journalister m.m.), og selv om vi mener at have kvalitetssikret materialet, kan det ikke udelukkes, at der er ting, der skal justeres, således at der ikke er tvivl om andelskassens navn. Dette vil vi meget gerne drøfte med Finanstilsynet, således at der ikke opstår nye tvivlssituationer. ...

K har anvendt domænenavnet ... siden vi fik vores første hjemmeside for over 10 år siden. Det meget oplagte ... var desværre allerede optaget af en anden (ikke-finansiell) virksomhed.

Andelskassens domænenavn ... er efter vores opfattelse ikke udtryk for virksomhedens navn, idet man *dels* på selve hjemmesiden ganske tydeligt får oplyst andelskassens fulde navn, *dels* i al vor materiale, hvori vores domænenavn angives, ligeledes ganske tydeligt får vores fulde navn oplyst. Herudover må man ved valg af domænenavn også må lade andre hensyn indgå, så som

- domænet skal være let at huske
- domænet skal være kort og dermed let at indtaste
- domænet skal også give mening for andre end danske kunder, da K har en del udenlandske kunder og samarbejdspartnere. På engelsk, tysk og svensk betegnes "andelskasse" som hhv. Cooperative Bank, Genossenschaftsbank og Medlemsbank.

Som en almen parallel hertil kan nævnes, at alle pengeinstitutter i dag betjener deres kunder gennem en "netbank" eller "webbank".

Under Finanstilsynets undersøgelse af andelskassen i 2001/2002 blev emnet berørt, og Tilsynet sendte efterfølgende en skrivelse herom ... Også dengang havde K lige fået ny version af sin hjemmeside, som også dengang anvendte domænet De forhold, der omtales i skrivelserne, vedrørte et menupunkt på forsiden (angivet som "bank", henvisende til oversigten over produkter og serviceydelser) og en navneangivelse. Dette blev rettet. Skrivelserne forholder sig derimod ikke til selve domænenavnet, og Finanstilsynet vendte ikke tilbage til sagen under den følgende undersøgelse i 2005, hvor man ellers – efter hvad vi fik oplyst – ville følge op på tidligere meddelte pålæg, hvis der var anledning hertil.

På denne baggrund er det derfor vores opfattelse, at Finanstilsynet implicit har accepteret, at andelskassens domænenavn er

Stavelsen ”bank” anvendes ikke i sammenhæng med andelskassens navn på anden måde end i domænenavnet og email-adresserne.

Endelig skal vi ikke undlade at nævne, at en ændring af domænenavnet udover selve hjemmesiden, der i øvrigt optræder som link på et stort antal eksterne hjemmesider, også vil omfatte ændring af over 60 email-adresser, som er i brug hos vores godt 50 medarbejdere, 14.000 kunder og en lang række samarbejdspartnere i ind- og udland.

Det er således en ganske indgribende og belastende ændring, man vil pålægge os.

Sammenfatning af Ks synspunkt:

- vi ønsker naturligvis at overholde Lov om Finansiell Virksomhed § 7 stk. 5. Vi ønsker en konkret drøftelse med Finanstilsynet herom, således at uklarheder undgås i fremtiden.
- vi ønsker at beholde vores domænenavn og vores email-adresser, som vi har haft i mere end 10 år, hvilket har været Finanstilsynets bekendt. Vi mener ikke, at dette er i modstrid med overholdelsen af § 7 stk. 5 og 6.

Til yderligere støtte for vore synspunkter anføres følgende:

1. Lige såvel som Lov om Finansiell Virksomhed § 7, stk. 5 giver eneret til brug af betegnelserne ”bank”, ”sparekasse” og ”andelskasse”, *i pengeinstitutternes navne* følger det af Lov om finansiell virksomhed § 7 stk. 6, at *pengeinstitutterne i deres navn* skal benytte betegnelsen ”bank”, ”sparekasse” eller ”andelskasse”. Dette overholder vi, jf. f.eks. nærværende brevpapir, og i øvrigt hvor vores navn optræder på brochurer, årsrapporter osv.

Da lovens ord således handler om brugen af de nævnte betegnelser *i forbindelse med angivelsen af selve pengeinstitutternes navne* forekommer Finanstilsynets pålæg at udgøre en strammere fortolkning af loven, da anvendelsen af stavelsen ”bank” i vort domænenavn intet har at gøre med en eventuel anvendelse i vort navn.

K betegner som nævnt aldrig sig selv som bank, men anvender alene bankrelaterede udtryk i sin kommunikation, når det gælder om at beskrive, hvilken aktivitet andelskassen udøver, eksempelvis ”bankvirksomhed”. Ordet ”bank” er i dag i almindeligt dagligdags sprog synonymt med ”pengeinstitut”, og når folk taler om deres ”bank” tillægger de ikke dermed deres pengeinstitut nogen bestemt organisationsform.

Eksempler på denne sproganvendelse fra den seneste debat:

”Billedet er dog langt fra entydigt, så man kan ikke sige noget om, hvilken type bank, der kommer bedst ud på den anden side”

Finanstilsynets direktør Ulrik Nødgaard, Berlingske Tidende 16. marts

”Det, der ligger foran os, er et dybtgående konjunkturtilbageslag, som vil slå direkte tilbage på bankernes bøger”

Finanstilsynets direktør Ulrik Nødgaard, Berlingske Tidende 16. marts

”Vi ser positivt på, at bankerne prøver at imødegå tab og tjene nogle penge, men i sidste ende er det konkurrencen, der afgør, hvor meget de kan udvide rentemarginalen”

Nationalbankdirektør Niels Bernstein, Børsen 19. marts.

”Finanstilsynet etablerer ny struktur for banktilsyn”

Overskrift, nyhed på Finanstilsynets hjemmeside 24. marts

Intet tyder på, at disse udtalelser ikke også skulle være møntet på sparekasser og andelskasser. Især er nogle sparekasser jo af en vis størrelse, og der er også sparekasser, der har haft alvorlige problemer i finanskrisen. Listen af eksempler kunne fortsættes. Det er derfor vores opfattelse, at man med brugen af ordet bank

2. Bestemmelsen i Lov om Finansiell Virksomhed §7 har formentlig en forbrugerbeskyttende hensigt. Kunderne skal være klar over, hvilken type virksomhed de er kunde i. Imidlertid er der ikke udover det organisatoriske nogen forskel på de tre typer af pengeinstitutter. At være kunde i en bank udtrykker derfor hverken noget større eller mere sikkert end det at være kunde i en sparekasse eller en andelskasse. Der har tidligere været forskelle i de 3 typer af pengeinstitutters måde at være reguleret på, men disse forskelle er for længst ophævet.

Kommer man derimod til pengeinstituttet som organisation, f.eks. hvis en kunde overvejer at blive aktionær, andelshaver eller garant, er det naturligvis meget vigtigt at kende organisationsformen. Går man ind på andelskassens hjemmeside, vælger investering og derefter ”køb andele i K”, får man den nøjagtige beskrivelse af, hvad det vil sige at være andelshaver i en andelskasse.

3. Pålægget om ikke længere at bruge det domænenavn, K har anvendt i over 10 år, er ikke proportionalt. Der er tale om en dybtgående ændring, der vil omfatte en mængde trykt materiale, masser af links på hjemmesider, email-kommunikation etc. Markedsføringen kan – i det omfang den vurderes at være i strid med Lov om Finansiell Virksomhed § 7 – let bringes i overensstemmelse med denne, uden at domænenavnet ændres.

4. Et domænenavn er ikke det samme som virksomhedens navn. Det staves typisk ”ud i ét”, hvad man aldrig ville gøre, hvis navnet består af flere ord. Et domænenavn er derimod et teknisk instrument, som man bruger i sin kommunikation for at lede kunder og interesserede til virksomhedens hjemmeside. På Ks hjemmeside fremgår det tydeligt – allerede på forsiden – at K er en andelskasse.”

I supplerende klageskrivelse af 16. april 2009 har K anført:

”...

M.h.t. den generelle brug af ordet ”bank” i forbindelsen med Ks navn har vi forstået, at denne del af sagen dels drejer sig om, at andelskassen i en annonce i bladet ”Ud & Se” kun har nævnt sit navn som ”K” uden at det fremgår, at vi er en andelskasse. Dette er en fejl, og vi vil sørge for, at det i fremtidige annoncer – hvis det ikke allerede er tilfældet - klart vil fremgå, at K er en andelskasse.

Men derudover opfatter vi Finanstilsynets holdning således, at vi heller ikke i annoncering må anvende ordet ”bank” i tekstlige sammenhænge, hvor ordet skal forstås i betydningen ”pengeinstitut”. Vi mener, som allerede anført, at ordet ”bank” i almindeligt dansk sprogbrug er synonymt med ”pengeinstitut” – derfor er Ks påstand, at en sådan brug af ordet ”bank” må accepteres.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 14. maj 2009 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, 1. pkt. har pengeinstitutter eneret til at benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6, 1. pkt. skal pengeinstitutter benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn, jf. dog stk. 7. Det bemærkes, at stk. 7 ikke er relevant i denne sammenhæng. Det fremgår af lovkommentaren til lov om finansiel virksomhed i note 40 til § 7, stk. 6: ”*Et pengeinstitut skal bruge den betegnelse, der stemmer med pengeinstituttets organisatoriske status. En sparekasse kan derfor ikke kalde sig bank og en bank kan ikke kalde sig sparekasse.*”

Det fremgår endvidere af lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6, 2. pkt., at aktieselskabslovens § 153, stk. 2-6, finder tilsvarende anvendelse på sparekasser og andelskasser.

Af aktieselskabslovens § 153, stk. 6, fremgår at: ”*Aktieselskaber og filialer skal på breve og andre forretningspapirer samt på selskabets **hjemmeside** [fremhævet her] angive navn, hjemsted (hovedkontor) og registreringsnummer...*”

Af note 19 i den kommenterede aktieselskabslov fremgår bl.a.: ”*I brev af 29. marts 1984 har Industriministeriet udtalt, at ”breve og andre forretningspapirer” i § 153, stk. 6, omfatter breve, brevkort, tilbud, ordrer og ordrebekræftelser, fakturaer, prislister, brochurer og lignende salgsmateriale. Det samme gælder rundskrivelser, der er stencilerede eller på anden måde mangfoldiggjort, så længe deres indhold er af forretningsmæssig karakter.*”

Ved lov nr. 455 af 22. maj 2006, der gennemfører EU-direktiv nr. 2003/58/EF, er det fastsat, at sådanne oplysninger ligeledes skal fremgå af selskabets **hjemmeside** [fremhævet her], hvis selskabet henvender sig

til offentligheden ved brug af hjemmeside. I den forbindelse er det præciseret, at det drejer sig om en hjemmeside, hvor selskabet præsenterer sig udadtil på samme måde som ved breve og andre forretningspapirer.

Der er ikke tale om nye eller udvidede oplysningskrav, men blot tale om en ligestilling for så vidt angår denne type dokumenter, hvad enten præsentationen sker på papir eller ved anvendelse af elektroniske medier. Ændringen afspejler den teknologiske udvikling, der har fundet sted, siden det oprindelige 1. selskabsdirektiv kom til i 1968. I forlængelse af Industriministeriets udtalelse fra 1984, jf. ovenfor, drejer det sig om de officielle præsentationer af virksomheden, hvor virksomheden typisk vil anføre navn, adresse og CVR. nr.”

3. Finanstilsynets vurdering

3.1 Finanstilsynets fortolkning af lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5 og 6.

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, 1. pkt. har pengeinstitutter eneret til at benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn. Denne bestemmelse skal ses i sammenhæng med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6, hvorefter pengeinstitutter har pligt til at benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn.

Bestemmelserne i § 7, stk. 5 og 6 skal ses i sammenhæng med de selskabsretlige navnebestemmelser. Bestemmelserne i aktieselskabslovens § 153, stk. 2-6, finder tilsvarende anvendelse på sparekasser og andelskasser. Hovedformålet bag bestemmelserne i aktieselskabslovens § 153, stk. 2-6, er at sikre, at de betegnelser, erhvervsvirksomheder anvender, skal kunne virke som sikre identifikationstegn for den enkelte virksomhed, vare eller tjenesteydelse. De må ikke krænke andres rettigheder, og de må ikke være egnet til at vildlede. Bestemmelserne tilsigter således at skabe orden og klarhed med hensyn til erhvervslivets betegnelser af hensyn til offentligheden, som skal vide, hvilken type virksomhed, der er tale om, og for pengeinstitutters vedkommende, at der er tale om virksomheder under tilsyn.

Hertil kommer, at bemærkningerne, som er anført ovenfor under punkt 2 om aktieselskabslovens § 153, stk. 6, ligestiller de elektroniske oplysninger, der ligger på en hjemmeside med de fysiske dokumenter, hvor virksomheden henvender sig til offentligheden. I den forbindelse skal finanstilsynet anføre, at man er nødt til at henvende sig til offentligheden for at oplyse sit domænenavn, og derfor er en sammenstilling af andelskassens navn med ordet ”bank” i domænenavnet i strid med navneeneretten i § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6 sikrer, at det allerede af navnet fremgår, at der er tale om en virksomhed, der er underlagt offentligt tilsyn og er undergivet bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår implicit af bestemmelsen, at et pengeinstitut skal anvende den betegnelse, der stemmer overens med pengeinstitutets

organisatoriske status. Dette er præciseret i den kommenterede udgave af lov om finansiel virksomhed i note 40 til § 7.

En andelskasse må ikke anvende betegnelsen ”bank” i forbindelse med sit navn. Undtagelsen hertil er sparekasser og andelskasser, der er omdannet til sparekasseaktieselskaber eller andelskasseaktieselskaber, og som derfor godt må kalde sig enten ”Sparekasse A/S”, ”Andelskasse A/S” eller ”Bank”, jfr. FIL § 7, stk. 7. K Andelskasse falder ikke ind under denne undtagelse.

Der er tale om objektivt konstaterbare forhold, og en eventuelt høring af K Andelskasse vil efter Finanstilsynets opfattelse ikke kunne ændre afgørelsen, hvorfor Finanstilsynet ikke fandt det nødvendigt at foretage partshøring efter forvaltningslovens § 19, stk. 1, inden Finanstilsynet traf sin afgørelse i denne sag, jfr. forvaltningslovens § 19, stk. 2, nr. 1. Denne opfattelse blev bekræftet i forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse af andelskassen medio april 2009, hvor Finanstilsynet fremlagde sine synspunkter i sagen, og hvor andelskassen ikke kom med nye oplysninger, der kunne ændre Finanstilsynets standpunkt.

3.2 Finanstilsynets kommentarer til K Andelskasses anvendelse af domænenavnet Kbank.dk

K Andelskasse anvender ordet ”bank” i forbindelse sin hjemmeside, [...](#)

Efter Finanstilsynets opfattelse er K Andelskasses anvendelse af ordet ”bank” i forbindelse med sit domænenavn i strid med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5.

...

Med hensyn til K Andelskasses domænenavn, er dette en del af andelskassens markedsføring via internettet, og når ordet ”bank” i den forbindelse optræder i sammenhæng med navnet K, giver dette domænenavn klart indtryk af, at der er tale om en bank. Der vil derfor efter finanstilsynets opfattelse være tale om vildledning, når domænenavnet [...](#) optræder i forbindelse med markedsføringen af en andelskasse.

K Andelskasses anvendelse af domænenavnet [...](#) i en længere årrække på over 10 år, uden at Finanstilsynet har grebet ind over for andelskassen, bevirker ikke, at Finanstilsynet har accepteret andelskassens anvendelse af domænenavnet. Finanstilsynet påtalte allerede i 2002 over for andelskassen, at andelskassens kaldte sig K Bank på sin hjemmeside og anvendte ordet ”bank” i forbindelse med sit navn. Hertil kommer, at Finanstilsynet hverken passivt eller aktivt har hjemmel til at dispensere fra de regler, som K Andelskasse er forpligtet til at overholde.

Finanstilsynet må afvise, at der kan vindes hævde på overtrædelse af en lovbestemmelse som lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, fordi overtrædelsen er sket gennem længere tid.

Da Finanstilsynet i forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse medio april 2009 fremlagde sine synspunkter vedrørende andelskassens anvendelse af domænenavnet [...](#), kom andelskassen ikke med nye oplysninger, som kunne ændre Finanstilsynets holdning vedrørende dette punkt.

3.3 Finanstilsynets kommentarer til K Andelskasses anvendelse af ordet "bank" i forbindelse med annoncering i diverse blade

K Andelskasse har også indrykket en helsideannonce i blandt andet "Ud & Se" fra november 2008, hvor der ikke noget sted i annoncen fremgår, at der er tale om en andelskasse. I stedet er navnet ... fremhævet flere steder i annoncen Dette bevirker, at læser får det indtryk, at der er tale om en bank i stedet for en andelskasse, og annoncen er derfor egnet til at vildlede læser.

Efter Finanstilsynets opfattelse er K Andelskasses anvendelse af ordet "bank" i forbindelse med sit navn i disse annoncer i strid med lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5.

K Andelskasse gav i forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse medio april 2009 udtryk for, at andelskassen var enig i, at andelskassen skulle tydeliggøre i sin annoncering, at der var tale om en andelskasse og ikke en bank, hvilket andelskassen bekræfter i sit brev til Erhvervsankenævnet af 16. april 2009. Finanstilsynets påbud af 26. februar 2009 vedrører – udover domænenavnet - andelskassens anvendelse af ordet "bank" i forbindelse med andelskassens navn ved andelskassens annoncering i diverse blade.

Andelskassen skriver i brev af 16. april 2009, til Erhvervsankenævnet, at andelskassen opfatter Finanstilsynets holdning således, at andelskassen heller ikke må anvende ordet "bank" i tekstlig sammenhæng, hvor ordet "bank" skal forstås i betydningen "pengeinstitut". Andelskassen fastholder derfor anken med hensyn til andelskassens ret til at anvende ordet "bank" som mundret og almindeligt brugt synonym for ordet "pengeinstitut".

Finanstilsynet har i sin afgørelse af 26. februar 2009 ikke taget stilling til, således at den anvendte betegnelse er egnet til at give offentligheden indtryk af, at der er tale om en bank og ikke en andelskasse. Finanstilsynet anser ikke forhold, der ikke er omfattet af tilsynets påbud af 26. februar 2009 for at være omfattet af andelskassens anke til Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet har ingen indvendinger imod, at K Andelskasse anvender de udenlandske betegnelser for andelskasse, eksempelvis i sin udenlandske korrespondance, så længe anvendelsen af disse betegnelser er retvisende og sker på et loyalt grundlag.
..."

I skrivelse af 16. juni 2009 har K yderligere anført:

"...

For god ordens skyld understreges endnu engang at K aldrig har kaldt sig "K Bank", heller ikke på vores hjemmeside, selv om dette synes at fremgå af Finanstilsynets skrivelse af 11. marts 2002, jf. vores ankeskrivelse

af 25 marts 2009. Desværre kan dette ikke dokumenteres, da denne version af hjemmesiden ikke længere eksisterer.

K anvender altid sit korrekte navn, også på hjemmesiden... Vi opfylder dermed bestemmelsen i Lov om Finansiell Virksomhed par. 7, stk. 6 og hermed implicit aktieselskabslovens par. 153, hvor særligt stk. 6 er påpeget af Finanstilsynet.

Et selskabs hjemmeside er de elektroniske sider, som brugeren ser, når hjemmesiden tilgås via internettet. For at tilgå en sådan side anvendes en webadresse, en såkaldt URL. Denne adresse er ikke hjemmesiden, men alene en kode for at komme til selve hjemmesiden.

...[I] ... indgangsbilledet til Ks Netbank... anvendes det korrekte navn. ...[En] samling af brochurer... [viser] ... ligeledes at andelskassen betjener sig af sit korrekte navn i sin markedsføring. Langt de fleste af disse materialer er udgivet før nærværende sag blev rejst. At vi i enkelte tilfælde i annoncer har overset dette ... er beklageligt, og forholdet er rettet i nyere udgaver af annoncen og tilsvarende annoncer.

Det er fortsat vores opfattelse, at bestemmelsen i Lov om Finansiell Virksomhed par. 7, stk. 5 og 6 omhandler selve pengeinstitutternes navne. Der anvendes udtrykkeligt i loven udtrykket "i deres navn". Finanstilsynet anvender i sine skrivelser det udvidede udtryk "i forbindelse med deres navn".

Da stk. 5 og stk. 6 er komplementære bestemmelser må en afgørelse om, at en webadresse for en andelskasse ikke må indeholde stavelsen "bank" føre til, at et pengeinstituts webadresse tilsvarende skal indeholde ordene "bank", "sparekasse" eller "andelskasse". At dømme efter mængden af webadresser, hvor dette ikke er tilfældet, synes dette ikke at være noget, Finanstilsynet har været optaget af. Vi nævner her et udvalg:

[udeladt]

...

M.h.t. ... [mødet i april 2009]... vil vi gerne anføre følgende faktuelle forhold:

- mødet var ønsket af andelskassen, jf. tidligere skrivelser
- Finanstilsynet gjorde det fra starten af mødet klart, at man ikke ønskede at diskutere afgørelsen med henvisning til, at den var anket, og at sagen derfor måtte gå sin gang i ankenævnet
- mødets eneste formål var derfor at få afklaret, hvordan Finanstilsynets afgørelse skulle forstås, herunder især hvor vidtrækkende konsekvenser den ville have for andelskassens markedsføring
- under denne drøftelse gav Finanstilsynet endvidere udtryk for, at det efter Finanstilsynets opfattelse ikke er i overensstemmelse med loven at anvende ordet "bank" i almindelig sproglig sammenhæng som synonym for "pengeinstitut". Dette er grunden til, at andelskassen anser dette forhold for at være en del af ankesagen.

...

Vi opfordrer Finanstilsynet til at klargøre hvad der præcist menes med "anvendelsen af ordet bank i forbindelse med andelskassens navn", da der i den ...[omhandlede] ... annonce ikke optræder andre eksempler

end domænenavnet, der som bekendt fastholdes ikke at være en navneangivelse, men alene en URL adresse jf. ovenfor.

Hvis Finanstilsynets skrivelse af 14. maj 2009 er udtryk for, at Finanstilsynet ikke har indvendinger imod, at ordet "bank" anvendes i almindelig tekst som synonym for "pengeinstitut", har vi ingen indvendinger imod, at dette forhold udgår af ankesagen, der herefter alene vil handle om retten til at anvende det hidtidige domænenavn. Er dette imidlertid ikke tilfældet, må vi fastholde forholdet som en del af ankesagen, da vi er nødt til at få afklaret, om vi i vor omtale af andelskassen kan anvende ordet "bank" på den omtalte generelle måde.

K har altid været bevidst om korrekt brug af navne, herunder også sondringen mellem "bank" som organisationsform og "bank" som alment synonym for "pengeinstitut". Dette fremgår således af den navne- og præsentationspolitik, der indgår i andelskassens medarbejderhåndbog

Endelig vil vi understrege, ..., at det ikke er Ks opfattelse, at man kan "vinde hævde på en overtrædelse af en lovbestemmelse". Men vi mener, at det forhold at Finanstilsynet i sin skrivelse fra 2002 påtaler nogle forhold omkring selve indholdet af hjemmesiden uden samtidig at udtale sig om det konkret anvendte domænenavn, giver os som virksomhed en berettiget forventning om, at Finanstilsynet i sit forarbejde til skrivelsen har vurderet alle væsentlige forhold omkring hjemmesiden, herunder naturligvis også domænenavnet. Der er derfor i vore øjne tale om, at Finanstilsynet allerede i 2002 har udlagt loven og tilsyneladende dengang fundet, at selve det for vor virksomhed konkret anvendte domænenavn ikke var i strid med lovens ret og pligt til at anvende ordene "andelskasse" hhv. "bank". Da Finanstilsynet heller ikke efterfølgende ved undersøgelser foretaget i 2005 berørte emnet har dette kun bekræftet vor opfattelse af, at loven ikke hindrer brugen af det i sagen omhandlede domænenavn, netop fordi loven alene taler om brug af "bank" hhv. "andelskasse" i "...deres navn", og ikke - som angivet af Finanstilsynet - i "...forbindelse med deres navn". Sidstnævnte er en udvidet fortolkning, der ikke ses at have hjemmel i loven."

Finanstilsynet har den 3. august 2009 heroverfor bemærket:

" ...

1. Sagsfremstilling.

... Finanstilsynet har ved eftersyn af andelskassens hjemmeside m.v. konstateret, at K Andelskasse i forbindelse med den verserende sag for Erhvervsankenævnet har ændret sin hjemmeside på dette punkt. Imidlertid er det første, som møder iagttageren af hjemmesidens forside et billede af et hævekort, hvor overskriften er "K Bank", Billedet af hævekortet (top menuen) går igen på samtlige undersider af hjemmesiden. Endvidere har Finanstilsynet observeret, at andelskassens hoved e-mail-adresse er

Finanstilsynet har desuden konstateret, at K Andelskasse har ændret sit navn på hjemmesiden www.mybanker.dk, hvor andelskassen tidligere udelukkende optrådte under navnet "K Bank". Finanstilsynet har således ultimo juni 2009 konstateret, at betegnelsen "K Bank" var angivet under "opsparing", "lønkonto", "børneopsparing", "ratepension", "kapitalpension", "billån", "boliglån", "andelsboliglån", "kassekredit", "lønkassekredit", "budgetkonto", "budgetkredit", "forbrugslån" og "indekskontrakter" på www.mybanker.dk. Finanstilsynet har konstateret, at betegnelsen "K Bank" for ganske nylig er ændret til "K Andelskasse" på denne hjemmeside.

Såfremt der søges under "K Bank" på de danske sider på Google, er der 2.990 hits, og når der søges på "Kbank" er der 1.770 hits. Uanset det ikke er K andelskasse, der har direkte indvirkning på, hvilke hits der fremkommer på Google, så giver søgningerne en tydelig indikation af, hvor indarbejdet "K Bank" er i markedsføringen enten via domænenavn eller på anden vis.

Som eksempel på resultatet af sådanne søgninger kan opmærksomheden henledes på ... fra Verdensnaturfondens hjemmeside www.wwf.dk. Heraf fremgår, at Verdensnaturfonden samarbejder med den almenyttige andelskasse K. Det fremgår imidlertid også af Verdensnaturfondens hjemmeside, at der kan oprettes en WWF Naturkonto i "K Bank", og "K Bank" fremgår igen i venstremenuen under "alternative støttemuligheder".

Ydermere skal Finanstilsynet som et andet eksempel pege på, at "K Bank" står opført på www.degulesider.dk med andelskassens adresse,

Endelig skal Finanstilsynet henvisne til det postomdelte...

.

Finanstilsynet har alene fremdraget enkelte eksempler til illustration af, hvor indarbejdet og brugt betegnelsen "K Bank" er for K.

2. Afgørelsens retlige grundlag og Finanstilsynets vurdering

...Det er korrekt, som anført af Finanstilsynet i tilsynets skrivelse af 14. maj 2009, at bestemmelsen i § 7, stk. 5 vedrørende eneretten til at anvende betegnelsen "bank", "sparekasse" og "andelskasse" skal ses i sammenhæng med bestemmelsen i § 7, stk. 6 om pligt til at anvende disse betegnelser. Eneretten i § 7, stk. 5 til at anvende disse betegnelser rækker dog videre end til de tilfælde, hvor pengeinstitutter har pligt her til, jfr. § 7, stk. 6. Dette er begrundet i de beskyttelseshensyn bestemmelsen i § 7, stk. 5 varetager. Disse beskyttelseshensyn er de samme, som ligger bag andre selskabsretlige navnebestemmelser som blandt andet aktieselskabslovens § 153... Finanstilsynet har derfor ikke i sin skrivelse til andelskassen af 26. februar 2009 påbudt andelskassen at anvende ordet "andelskasse" i sit domænenavn i henhold til lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6.

.... Et domænenavn er navnet på et domæne på internettet, og er derfor det første, man støder på, når man besøger en hjemmeside. Domænenavnet er derfor en vigtig del af andelskassens markedsføring via internettet, og ...[man] ... er man nødt til at henvende sig til offentligheden for at oplyse sit domænenavn. Da ordet "bank" i den forbindelse optræder i sammenhæng med navnet K, giver dette domænenavn klart indtryk af, at der er tale om en bank. Derfor er en sammenstilling af andelskassens navn med ordet "bank" i domænenavnet i strid med navneeneretten i § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

I henhold til dagældende lov om banker og sparekasser § 2, stk. 1 er banker, sparekasser og andelskasser forpligtede og eneberettigede til i deres navn at benytte henholdsvis ordet »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« **alene eller i sammensætning** (fremhævet her). I henhold til bemærkningerne til lovforslag 176 af 12. marts 2003 vedrørende lov om finansiel virksomhed er denne bestemmelse for så vidt angår navneeneretten opretholdt i lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5. Der er således ikke tænkt nogen realitetsændring i den ændrede formulering af bestemmelse til: "Pengeinstitutter har eneret til at benytte henholdsvis betegnelsen »bank«, »sparekasse« eller »andelskasse« i deres navn". Derfor har Finanstilsynet anvendt formuleringen "i forbindelse med andelskassens navn".

Med hensyn til anvendelsen af ordet "bank" som synonym for pengeinstitut, har Finanstilsynet i sin afgørelse af 26. februar 2009 ikke taget stilling til andelskassens anvendelse af ordet "bank" i andre sammenhænge end i forbindelse med andelskassens navn, hvorfor tilsynet fastholder, at dette forhold ikke er omfattet af andelskassens anke til Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet fastholder endelig, at K Andelskasses anvendelse af domænenavnet ... i en længere årrække på over 10 år, uden at Finanstilsynet har grebet ind over for andelskassen, ikke bevirker, at Finanstilsynet har accepteret andelskassens anvendelse af dette domænenavn. Finanstilsynet påtalte allerede i 2002 over for andelskassen, at andelskassens kaldte sig K Bank på sin hjemmeside og anvendte ordet "bank" i forbindelse med sit navn. Tilsynet har således allerede dengang reageret over for andelskassens adfærd, og andelskassen var derfor allerede på dette tidspunkt gjort opmærksom på Finanstilsynets holdning til andelskassens anvendelse af ordet "bank" i forbindelse med andelskassens navn. K Andelskasse har således allerede på dette tidspunkt haft en skærpet forpligtelse til selv aktivt at sørge for, at andelskassens markedsføring via internettet var i overensstemmelse med gældende lovgivning.
..."

I skrivelse af 1. september 2009 har K bemærket:

" ...

Finanstilsynet fremlægger en række eksempler, som vi kort vil kommentere:

1. Topmenuen ("hævekortet") på Ks hjemmeside:

Overskriften og det, som betragteren primært ser på kortet, er "K". Nedenunder står hjemmesideadressen ... Som bekendt er det efterhånden almindelige praksis at udelade "www", når blot adressen efterfølges af et ".dk" eller andet domæneområde.

Meningen med "hævekortet" er at signalere, at her udøves pengeinstitutvirksomhed. Der er tale om et billedelement, og den ret utydelige linie med hjemmesideadressen læses næppe af beskueren, ikke mindst fordi "hævekortet" i naturlig størrelse er væsentlig mindre end den stærkt forstørrede udgave, ...

Vi har dog ingen indvendinger mod at fjerne linien med hjemmesideadressen eller erstatte den med noget andet.

2. Ks hjemmeside i øvrigt:

Det er korrekt, at vi, efter at Finanstilsynet har rejst sagen, har gennemgået hjemmesiden med kritiske briller med henblik på at tydeliggøre, at K er en andelskasse. Dette håber vi bliver betragtet som et udtryk for god vilje fra vores side. Der er ikke tale om, at vi har fjernet ordet "bank", men blot tilføjet "andelskasse" yderligere nogle steder.

At hovedmailadressen er ... er en konsekvens af normal praksis, hvor hovedmailadressen = domæne. Baggrunden for denne meget udbredte praksis er, at man dermed kan gætte sig til mindst én mailadresse hos virksomheden, blot man kender virksomhedens URL.

Vi må derfor fastholde at vi ikke kalder os – og aldrig har kaldt os – "K Bank" på hjemmesiden.

3. Mybanker m.fl. eksterne kilder

Indledningsvist må vi – som Finanstilsynet også nævner – understrege, at vi har begrænset indflydelse på, hvad andre skriver om os. Vi må derfor principielt afvise, at disse eksempler anvendes i bedømmelsen af sagen, men vi vil dog for god ordens skyld kort kommentere dem, for at der ikke skal være nogen misforståelser omkring dem.

Mybanker: K har tidligere optrådt med korrekt navn på Mybankers hjemmeside. I forbindelse med en omlægning af siden er alle pengeinstitutter af Mybanker blevet lagt op på ny – K har således i en periode slet ikke været på www.mybanker.dk. I forbindelse med at Mybanker rettede henvendelse til os i en anden anledning, blev vi opmærksom på fejlen, som straks blev rettet. Mybanker har beklaget fejlen overfor os.

Verdensnaturfonden: Teksten, der ikke er forfattet af os, refererer korrekt til K som andelskasse. Alene overskriften er fejlagtig – vi har bedt WWF rette fejlen.

De Gule Sider: Vi annoncerer ikke aktivt på denne side. Oplysningerne hentes fra TDC's telefonregistreringer, og vi har rettet henvendelse til TDC for at sikre, at vi er registreret korrekt hos dem. Det fremlagte opslag vedrører Ks gamle adresse i ..., som ikke længere anvendes. Det

pågældende opslag kan således heller ikke længere findes på De Gule Sider, uden at vi har foretaget os noget i den anledning.

...

Vi bestrider ikke, at publikum og presse ofte betegner os som bank, kalder os "...” eller lignende. Dette har man kunnet iagttage allerede før vi fik hjemmeside, og vi er overbevist om, at det primært skyldes, at "bank" er det almindelige og dagligdags ord for "pengeinstitut". De fleste forbinder ganske enkelt ikke noget selskabsretligt med ordet.

Undertegnede og mine kolleger har gennem Ks historie ført utallige dialoger, der kan sammenskrives til

"Har du hørt om K Andelskasse"?

"Nej, hvad er det?"

"Det er et pengeinstitut, som....."

Nåeh, I er en bank! Det kunne du da bare have sagt!"

Det er derfor vores opfattelse, at publikums omtale af K næppe ændres væsentligt, selv om K måtte begynde at anvende en anden adresse på internettet.

Selv om det falder udenfor en ankesags rammer skal vi ikke undlade at foreslå mere pragmatiske løsninger, f.eks. at man ved lejlighed tillader andelskasserne at kalde sig "andelsbank" eller at selskabsformen fastslås ved en almen kendt forkortelse (Amba), således som det i øvrigt er normalt med selskaber (A/S, ApS etc.). Os bekendt forbinder man ikke i andre lande ordet "bank" med en særlig selskabsform.

Afsluttende generelle bemærkninger

Det er fortsat uklart, hvad Finanstilsynet konkret mener, når man taler om anvendelsen af "betegnelsen "bank" i forbindelse med sit navn i andre sammenhænge". Der er ikke fremlagt eksempler på en sådan anvendelse, der stammer fra K selv. Når Finanstilsynet samtidig afviser at have taget stilling til andre anvendelser af ordet "bank" end "i forbindelse med andelskassens navn" er det meget svært at vide, hvordan markedsføringen på dette punkt kan tilrettelægges fremover.

Vi konstaterer, at Finanstilsynet – i og med at de ikke fremfører indvendinger mod vores beskrivelse i indlægget af 16. juni 2009 – synes at være enig med os i, hvad der rent faktisk passerede under drøftelsen af sagen i forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse i andelskassen i april 2009.

Vi fastholder vores opfattelse af, at et domænenavn ikke er det samme som virksomhedens navn, men er en adresse på internettet. Derfor er vores anvendelse af domænenavnet i overensstemmelse med lovgivningen.

Vi er bevidste om, at sondringen mellem "bank" som juridisk organisation og "bank" som almen sproglig betegnelse for pengeinstitut – anvendt således også af Finanstilsynet selv – fordrer en bevidst omgang med

sproget i denne sammenhæng, jf. Finanstilsynets bemærkning om en ”skærpet forpligtelse til selv aktivt at sørge for, at andelskassens markedsføring via internettet var i overensstemmelse med lovgivningen”. Vi mener, at andelskassens navnepolitik, ..., viser, at vi ikke bruger navne og betegnelser i flæng, men at vi er bevidste om at bidrage til mest mulig klarhed i en sproglig sammenhæng, der så at sige allerede i udgangspunktet er uklar.”

Ankenævnet udtaler:

Ved den påklagede afgørelse har Finanstilsynet påbudt K [Andelskasse] at ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn. Finanstilsynet har således ikke taget stilling til andelskassens anvendelse af ordet ”bank” i andre sammenhænge end i forbindelse med andelskassens navn, og ankenævnets prøvelse omfatter derfor ikke andelskassens anvendelse af ordet ”bank” i andre sammenhænge end i forbindelse med andelskassens navn

Pengeinstitutter har eneret til at benytte henholdsvis betegnelsen ”bank”, ”sparekasse” eller ”andelskasse” i deres navn, jf. lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 5, 1. pkt., og efter § 7, stk. 6, 1. pkt. har de ligeledes en pligt til at benytte henholdsvis betegnelsen ”bank”, ”sparekasse” eller ”andelskasse” i deres navn.

Af de selskabsretlige navnebestemmelser i aktieselskabslovens § 153, stk. 3, 1. pkt. og § 153, stk. 6, 1. pkt., der tillige finder anvendelse på pengeinstitutter, jf. lov om finansiel virksomhed § 7, stk. 6, 2. pkt., følger det, at navnet ikke må være egnet til at vildlede, og at pengeinstitutter på breve og andre forretningspapirer samt på selskabets hjemmeside skal angive navn, hjemsted og registreringsnummer.

Af lovbemærkningerne (FT 2005-2006 L 134, § 1) til lov nr. 455 af 22. maj 2006, hvorved aktieselskabslovens § 153, stk. 6, blev ændret fremgår:

”Efter den gældende bestemmelse i § 153, stk. 6, skal aktieselskaber og filialer oplyse navn, hjemsted og registreringsnummer på deres breve og andre forretningspapirer.

Ifølge ændringerne til 1. direktiv, direktiv 2003/58/EF om ændring af direktiv 68/151/EØF, artikel 4, skal sådanne oplysninger også fremgå af et selskabs hjemmeside, hvis selskabet har en sådan. Et selskab er dog ikke forpligtet til at have en hjemmeside. Direktivet sidestiller således hjemmesider

med breve og andre forretningspapirer, hvad angår oplysninger om navn, registreringsnummer m.v., hvis selskabet henvender sig til offentligheden ved brug af hjemmeside. Med en hjemmeside forstås et selskabs hjemmeside på internettet, hvor selskabet præsenterer sig udadtil på samme måde som med breve og andre forretningspapirer.

Det foreslås derfor med den nye tilføjelse til *1. pkt.* at tilpasse aktieselskabsloven således, at hvis et selskab har en hjemmeside, skal navn, hjemsted og registreringsnummer fremgå heraf.”

Et pengeinstitut skal efter ankenævnets opfattelse således i forbindelse med sit navn anvende en betegnelse i overensstemmelse med pengeinstitutts organisatoriske status.

Herefter og da det af klager anførte ikke kan føre til andet resultat, stadfæster ankenævnet derfor Finanstilsynets påbud om, at K skal ophøre med at anvende betegnelsen bank i forbindelse med sit navn, herunder i forbindelse med andelskassens domænenavn, således at ordet ”bank” skal være slettet fra Andelskassens domænenavn senest 3 måneder efter ankenævnets afgørelse.

5) Kendelse af 19. marts 2010 (J.nr. 2009-0019011).

Pengeinstitut påbudt at ændre principper for rentefastsættelse på visse lån samt at slette formulering i pengeinstitutts almindelige forretningsbetingelser.

Lov om finansiel virksomhed § 43.

(Preben Lund Hansen, Cato Baldvinsson, Niels Bolt Jørgensen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 26. marts 2009 har advokat A på vegne af K A/S (pengeinstitut) klaget over tre påbud som Finanstilsynet meddelte selskabet ved skrivelse af 26. februar 2009. Finanstilsynet påbød K A/S fremover at undlade at ændre principperne for rentefastsættelse på et lån, hvor det af låneaftalen fremgår, at renten varierer med en referencerentesats, som banken ikke selv har indflydelse på, samt et eventuelt rentetillæg, og at K A/S i aftaler, der ikke indeholder adgang til at ændre principperne for rentefastsættelse, fra tidspunktet for meddelelse af afgørelsen at fastsætte renten i overensstemmelse med låneaftalen. Endelig påbød tilsynet K at slette en passage i bankens ”Almindelige bestemmelser for lån og kreditter” samt i bankens ”Alm. forretningsbetingelser”.

Advokat A har i skrivelse af 3. juni 2009 anført blandt andet, at K A/S har besluttet at fjerne denne passus fra Ks "Almindelige betingelser for lån og kreditter" og "Almindelige forretningsbetingelser", og at denne del af klagen ikke fastholdes.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2009 hedder det:

"Ændring af renten på Ks prioritetslån

Afgørelse

Ændring af renten på ...[konkret lånetype]

Finanstilsynet påbyder K A/S jf. § 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 fremover at undlade at ændre principperne for rentefastsættelsen på et lån, hvor det af låneaftalen fremgår, at renten varierer med en referencerentesats, som banken ikke selv har indflydelse på, samt et eventuelt rentetillæg. I et sådant tilfælde kan principperne for rentefastsættelsen kun ændres, hvis banken i selve låneaftalen har taget et udtrykkeligt forbehold for at kunne ændre rentefastsættelsen. En generel henvisning til bankens almindelige forretningsbetingelser kan ikke udgøre et udtrykkeligt forbehold om at kunne ændre principperne for, hvorledes renten fastsættes.

Finanstilsynet påbyder endvidere i medfør af § 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 K A/S i aftaler, der jf. ovenfor ikke indeholder adgang til at ændre principperne for rentefastsættelsen, fra tidspunktet for meddelelse af denne afgørelse at fastsætte renten i overensstemmelse med låneaftalen. Bekendtgørelsens § 32, stk. 1, indeholder ikke hjemmel til at påbyde tilbagebetaling af renter, der vedrører perioden frem til meddelelse af denne afgørelse.

Det fremgår af låneaftalen for ..., at "Debetrenten er variabel og følger Nationalbankens til enhver tid gældende udlånsrente med et fast tillæg på 0,95 % og udgør for tiden 5,20 % p.a.". Låneaftalen indeholder derimod ikke forbehold om, at principperne for rentefastsættelse kan ændres.

Det kan i den forbindelse ikke tillægges betydning, at kunden udtrykkeligt accepterer, at Ks almindelige forretningsbetingelser og almindelige betingelser for lån og kreditter udgør en del af aftalen. Finanstilsynet lægger i den forbindelse vægt på, at en naturlig sproglig forståelse af principperne for rentefastsættelse i låneaftalen udgør en fravigelse af adgangen til at ændre renten i overensstemmelse med forretningsbetingelsernes bestemmelser.

Finanstilsynet finder endvidere, at kravet til god skik i § 3 i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder medfører, at hvis en långiver vil forbeholde sig adgangen til at ændre på principperne for rentefastsættelse i en låneaftale som den foreliggende, skal denne ændringsadgang fremgå tydeligt af selve låneafta-

len. Det er i den forbindelse ikke tilstrækkeligt med en generel henvisning til bankens almindelige forretningsbetingelser.

...

Baggrund

Finanstilsynet har modtaget en klage fra en forbruger, der med underskrift dateret den 1. juli 2007 optog et prioritetslån hos K- kaldet Forbrugeren klager over, at renten på ... blev ændret i strid med lånevilkårene.

Af låneaftalen fremgår det, at

"Debetrenten er variabel og følger Nationalbankens til enhver tid gældende udlånsrente med et fast tillæg på 0,95 % og udgør for tiden 5,20 % p.a.

Den nominelle årlige debetrente udgør for tiden 5,30 %."

Det fremgår endvidere af låneaftalen, at

"Kunden har tillige gjort sig bekendt med "Basisbank's almindelige bestemmelser for lån og kreditter", som findes på ..., og accepterer, at disse udgør en del af ...s-kontraktens vilkår.

For ... gælder i øvrigt K's "Almindelige forretningsbetingelser", som kunden har gjort sig bekendt med – disse findes ligeledes på ..."

Af Ks "Almindelige bestemmelser for lån og kreditter" pkt. 2 og pkt. 4 i bankens "Alm. forretningsbetingelser" fremgår følgende:

"Rentesatserne fremgår af Prislisten pådk.

Renten for de enkelte indlåns- og udlånskonti er variabel, medmindre andet er aftalt.

K kan ændre variable rentesatser uden varsel, hvis ændringen er til fordel for kunden.

Ligeledes uden varsel kan K nedsætte variable rentesatser på indlån og forhøje variable rentesatser på udlån uden varsel, hvis der sker ændringer i markedsrenten, penge- eller kreditpolitikken i Skandinavien og Eurolandene eller på penge- og obligationsmarkederne.

Den del af renteændringen, som overstiger renteændringerne af disse udefra kommende årsager, kan kun indføres med et forudgående varsel på tre måneder.

Herudover kan K nedsætte variable rentesatser på indlån og forhøje variable rentesatser på udlån med tre måneders varsel, hvis basisbank.dk ændrer sin prisfastsættelse af forretningsmæssige grunde, uden at det har sammenhæng med udviklingen i markedsrenten etc.

Rentesatsen afhænger af kontotype, ligesom rentesatsen for hele kontoen kan afhænge af kontoens til enhver tid værende saldo.

Kunden får oplysning om ændring af renten ved elektronisk post til kunden og ved annoncering i dagspressen."

Den 6. november 2007 meddelte K A/S sine kunder ved meddelelse i netbanken, at debetrenten på ... med virkning fra 6. februar 2008 ændres til 5,45 %. Det blev endvidere oplyst, at rentesatsen fremover ville være variabel og blive ændret i takt med Ks generelle rentevilkår for udlån til private.

Som følge af denne ændring ville debetrenten på ... ikke længere variere med Nationalbankens til enhver tid gældende udlånsrente med et fast til-læg på 0,95 %.

...

Retligt grundlag

Af bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finan-sielle virksomheder, § 3, fremgår at en finansiel virksomhed skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder.

Af § 6, stk. 2, fremgår at vilkår i en aftale kan fremgå ved henvisning til separate dokumenter, herunder den finansielle virksomheds almindelige forretningsbetingelser.

§ 6, stk. 3, stiller krav om, at vilkår om ændringer i løbende kundeforhold af renter, gebyrer, bidrag eller andet vederlag skal indeholde en angivelse af de forhold, der kan udløse en ændring, og må ikke give den fi-nansielle virksomhed en vilkårlig adgang til at foretage ændringer.

Det følger af Finanstilsynets praksis, at en adgang til at forhøje renten på udlån, hvis markedsmæssige forhold begrunder en ændring for en eller flere kontotyper ikke er i overensstemmelse med § 6, stk. 3, fordi der hermed ikke er givet en tilstrækkelig angivelse af de forhold, der kan ud-løse en ændring. "Markedsmæssige forhold" kan således omfatte stort set alt.

Ifølge § 6, stk. 4, kan ændringer til ugunst for kunden af renter, bidrag el-ler andet vederlag ikke finde sted uden varsel i løbende kundeforhold, med mindre ændringen er begrundet i udefrakommende forhold, som den finansielle virksomhed ikke har indflydelse på.

..."

I klageskrivelse af 26. marts 2009 har advokat A påstået påbuddene ophævede og har anført:

..."

2. Sagsfremstilling

2.1 Finanstilsynets påbud

...

Det er vores opfattelse, at påbuddene i Afgørelsen er (i) udstedt uden hjemmel, (ii) beror på en misforståelse af aftalegrundlaget, og (iii) er udtryk for en fejlfortolkning af reglerne om god skik i lov om finansiel virksomhed.

...

2.2 Påbuddenes hjemmel

2.2.1 Forholdet til § 43 i lov om finansiel virksomhed

Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i § 43 i lov om finansiel virksomhed...

Afgørelsen er derfor en stillingtagen til, om Banken har handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis på pengeinstitutområdet.

Følgende fremgår af lovbemærkningerne til § 43 i lov om finansiel virksomhed:

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

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

Den civilretlige vurdering ligger udenfor det lovmæssige tilsynsområde.

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

Når Finanstilsynet træffer en afgørelse om, at en finansiel virksomhed har overtrådt reglerne om god skik på virksomhedsområdet, vil Finanstilsynet pålægge virksomheden at berigtige forholdet. Dette indebærer, at virksomheden tilkendegiver over for Finanstilsynet snarest muligt at ændre den kritisable handlemåde, og

at virksomheden indretter fremtidig praksis i overensstemmelse med Finanstilsynets afgørelse, jf. § 347, stk. 2.”

Afgørelsen indeholder et påbud om, ”fra tidspunktet for meddelelse af denne afgørelse at fastsætte renten i overensstemmelse med låneaftalen.”

Det er Bankens opfattelse, at renten er fastsat i overensstemmelse med låneaftalen.

Men hvis Afgørelsen skal forstås som et påbud om at ændre renten på de eksisterende lån, griber Finanstilsynet ind i det konkrete aftaleforhold mellem Banken og dens kunder. Som det fremgår af lovbemærkningerne til § 43 i lov om finansiel virksomhed, ligger dette uden for det lovmæssige tilsynsområde.

Finanstilsynet har derfor ikke hjemmel til at påbyde en ændring af renten på de eksisterende lån. Afgørelsen kan altså alene vedrøre fremtidige aftaler.

Det skal tilføjes, at hjemmelen i § 348, stk. 2, til at Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med § 43 i lov om finansiel virksomhed, ikke udvider Finanstilsynets kompetence ud over det, der er omfattet af § 43 i lov om finansiel virksomhed.

Samtidig skal vi gøre opmærksom på, at spørgsmålet om fastsættelse af renten på Bankens prioritetslån også verserer ved Pengeinstitutankenævnet, ...

2.2.2 Hjemmel i Bekendtgørelsens § 32, stk. 1

Hjemmelen til alle tre påbud angives at være § 32, stk. 1, i Bekendtgørelsen, ...

Der kan derfor ikke gives et påbud alene med henvisning til § 32, stk. 1, i Bekendtgørelsen, uden at det angives, hvilke af de i Bekendtgørelsen nævnte bestemmelser, der måtte være handlet i strid med.

I den del af Afgørelsen, hvor Finanstilsynet påbyder Banken fremover at undlade at ændre principperne for rentefastsættelsen på lån, hvor det af låneaftalen fremgår, at renten varierer med en referencesats, som banken ikke har indflydelse på, angives det ikke hvilken bestemmelse i § 32, stk. 1, i Bekendtgørelsen, der er overtrådt.

...

Det er ikke nærmere begrundet, hvorfor dette ikke skulle være tilfældet.

Det er på denne baggrund ikke muligt at forholde sig til, hvilken af de i § 32, stk. 1, i Bekendtgørelsen angivne bestemmelser, der er overtrådt, og hvilken bestemmelse, som dermed danner grundlag for den påbudte berigtigelse.

Denne del af Afgørelsen opfylder derfor ikke kravet i § 22 i forvaltningsloven om, at en afgørelse, når den meddeles skriftligt, skal være ledsaget

af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold.

Denne del af Afgørelsen opfylder heller ikke kravet i § 24 i forvaltningsloven om, at en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet.

2.3 Henvisning til Bankens almindelige forretningsbetingelser

Finanstilsynet anfører, at når renten varierer med en fast rentesats, kan renten kun ændres, hvis banken i låneaftalen har taget et udtrykkeligt forbehold om at kunne ændre rentefastsættelsen. En generel henvisning til bankens almindelige forretningsbetingelser kan ifølge Finanstilsynet ikke udgøre et udtrykkeligt forbehold om at kunne ændre principperne for, hvorledes renten fastsættes.

Banken er ikke enig i, at der er tale om en generel henvisning til bankens almindelige forretningsbetingelser. Det fremgår således af låneaftalen, at:

"Kunden har tillige gjort sig bekendt med Ks almindelige betingelser for lån og kreditter, som findes på ..., og accepterer, at disse udgør en del af ...kontraktens vilkår. For ... gælder i øvrigt Ks almindelige forretningsbetingelser, som kunden har gjort sig bekendt med. Disse findes ligeledes på.... Det må derfor have stået klart for kunderne, at de almindelige forretningsbetingelser for lån og kreditter og Ks almindelige forretningsbetingelser var en integreret del af låneaftalen. Der er derfor ikke tale om en generel henvisning, men om en specifik angivelse af, at disse dokumenter er en integreret del af låneaftalen. Det fremgår endvidere tydeligt af låneaftalen, at renten er variabel. Renteændringen er derfor i fuld overensstemmelse med låneaftalen.

Det skal bemærkes, at det fremgår af § 6, stk. 2, i Bekendtgørelsen, at vilkår, der indgår i aftalen, kan fremgå ved en henvisning til separate dokumenter, herunder den finansielle virksomheds almindelige forretningsbetingelser.

I denne sag har kunderne i aftalen med Banken direkte skrevet under på, at de almindelige forretningsbetingelser er en del af aftalen, hvilket er fuldt i overensstemmelse med § 6, stk. 2, i Bekendtgørelsen.

Der ikke noget i Bekendtgørelsens § 6, stk. 2, der giver grundlag for at antage, at de vilkår, der i henhold til Bekendtgørelsens § 6, stk. 2, kan henvises til, er mindre bindende end andre vilkår.

...

2.5 Forholdet til det aftalte opsigelsesvarsel

Det fremgår af låneaftalen, at:

”K kan ligeledes opsige kreditten uden varsel og forlange det skyldige beløb, herunder påløbne renter, samt omkostninger betalt. Såfremt debitor er forbruger kan kreditten dog kun opsiges med 3 måneders varsel”

Banken kunne derfor have valgt at opsige ...slånet og tilbudt kunderne at fortsætte lånet på de nye vilkår. Kundernes interesser er derfor til fulde varetaget, og kunderne har haft en lang periode til at indrette sig på renteændringen og eventuelt finde en alternativ finansiering. At Banken i stedet valgte at ændre renten med 3 måneders varsel i overensstemmelse med § 6, stk. 4, i Bekendtgørelsen kan derfor på ingen måde være i strid med reglerne om god skik i Bekendtgørelsen.

Klageren i den konkrete sag accepterede da også den nævnte renteændring, idet klageren ikke havde bemærkninger til renteændringen, da klageren modtog mail fra Banken om ændring i renten. Det var først et år efter varslingen af renteændringen, at kunden reagerede på ændringen.

2.6 Fortolkning af låneaftalen

...

Det er vores opfattelse, at renten skal beregnes i overensstemmelse med den samlede aftale. Der er intet i aftalegrundlaget, der indikerer, at dele af aftalen skal fortolkes i modstrid med andre dele i aftalen. Som nævnt i afsnit 2.3 består aftalen af låneaftalen, Ks ”Almindelige betingelser for lån og kreditter” og Bankens ”Almindelige forretningsbetingelser”.

Det fremgår tydeligt af låneaftalen, at renten er variabel, og det fremgår tydeligt af Bankens ”Almindelige bestemmelser for lån og kreditter”, pkt. 4, i Bankens ”Almindelige forretningsbetingelser, at Banken kan ændre variable rentesatser med de i betingelserne angivne varsler.

Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, hvilke dele af aftalen der afviger fra andre dele.

3. Anbringender

På baggrund af ovenstående gøres det derfor til støtte for påstanden gældende, at

- Finanstilsynet ikke har hjemmel til at ændre i civile retlige aftaleforhold,
- afgørelsen ikke opfylder kravene i forvaltningsloven til at angive hjemmel og begrundelse for Afgørelsen,
- ændringen af renten er sket i overensstemmelse med aftalerne med kunderne,
- Bankens henvisning til de almindelige forretningsbetingelser er sket i overensstemmelse med § 6, stk. 2, i Bekendtgørelsen,
- Bankens ”Almindelige bestemmelser for lån og kreditter” og Bankens ”Almindelige forretningsbetingelser” ikke giver en vilkårlig adgang til at ændre renten,

- kundernes interesser til fulde er varetaget, og at kunderne har haft en lang periode til at indrette sig på renteændringen og eventuelt finde en alternativ finansiering, og
- det tydeligt fremgår af låneaftalen, at renten er variabel, og at det tydeligt fremgår af Bankens ”Almindelige bestemmelser for lån og kreditter”, pkt. 4, i Bankens ”Almindelige forretningsbetingelser, at Banken kan ændre variable rentesatser med de i betingelserne angivne varsler.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 30. april 2009 udtalt:

”...

1. Sagsfremstilling

...

Forinden Finanstilsynet traf afgørelse mod K A/S blev sagen forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd. ...

...

3. Finanstilsynets vurdering

...

Ad a, c, d og g) Spørgsmålet om hvorvidt ændringen af renten er sket i overensstemmelse med aftalerne med kunderne, herunder de almindelige betingelser samt forholdet til § 6, stk. 2, i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder

...

Det følger af bemærkningerne til § 43 i lov om finansiel virksomhed, at finanstilsynet kan foretage en generel vurdering af, om de finansielle virksomheders aftaler og vilkår over for kunderne er i overensstemmelse hermed.

Det fremgår endvidere, at Finanstilsynets tilsyn tillige omfatter det offentligtretlige tilsyn med blandt andet direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (93/13/EØF). Det offentligtretlige tilsyn med dette direktiv varetages generelt via markedsføringslovens § 3 om god skik. På det finansielle område varetages det offentligtretlige tilsyn dog via § 43 i lov om finansiel virksomhed og regler udstedt i medfør heraf. Bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder fastlægger nærmere, hvad der skal forstås ved redelig forretningskik og god praksis for finansielle virksomheder.

Det er derfor uomtvisteligt, at Finanstilsynet kan foretage en vurdering af, hvorvidt en finansiel virksomheds aftalevilkår er i overensstemmelse med kravet i bekendtgørelsens § 3, hvorefter en finansiel virksomhed skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder.

Det er endvidere Finanstilsynets opfattelse, at den bestemmelse om rentefastsættelse, som er indeholdt i låneaftalen, i mangel af en udtrykkelig bestemmelse i låneaftalen om det modsatte, må forstås som en fravigelse af renteændringsbestemmelserne i de almindelige betingelser for lån og kreditter og i de almindelige forretningsbetingelser. Det bemærkes, at et enigt Pengeinstitutankenævnet (jf. Pengeinstitutankenævnets kendelse af

...) har anlagt den samme forståelse af låneaftalen og endvidere har henvist til indledningen til disse regelsæt, hvoraf det fremgår, at disse kun gælder i det omfang, hvor andet ikke er aftalt. Rentefastsættelsen kan derfor ikke ændres med henvisning til disse almindelige renteændringsbestemmelser.

Klagers advokats henvisning til § 6, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder kan ikke medføre en ændring af dette resultat, da bestemmelsen udelukkende anfører, at vilkår i en aftale *kan* fremgå af en henvisning til almindelige forretningsbetingelser. Bestemmelsen tager ikke stilling til, hvorvidt konkrete bestemmelser i en individuel aftale kan tilsidesættes af almindelige forretningsvilkår.

Når et individuelt aftalevilkår eller en aftaleretlig fortolkning forhindrer et pengeinstitut i at ændre renten, som det er tilfældet med K A/S, vil en sådan renteændring være i strid med reglerne i § 3 i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder.

Herefter opstår spørgsmålet, om hvorledes en sådan overtrædelse kan sanktioneres.

Det fremgår af bemærkningerne, at en overtrædelse af de offentligretlige regler om god skik ikke uden videre indebærer, at den konkrete aftale mellem den finansielle virksomhed og kunden er ugyldig eller uvirksom.

Finanstilsynet har derfor med sin afgørelse ikke truffet beslutning om, hvorvidt en konkret aftale er ugyldig eller uvirksom, men alene taget stilling til om den renteændring, som K A/S har gennemført generelt i forhold til alle sine kunder var i overensstemmelse med kravene til god skik.

Efter § 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder kan Finanstilsynet give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med bl.a. § 3 i samme bekendtgørelse.

Bestemmelsen giver efter en naturlig sproglig forståelse Finanstilsynet adgang til at påbyde en finansiell virksomhed fremadrettet at indrette sin adfærd i overensstemmelse med bl.a. § 3 i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder. Det har derfor formodningen imod sig, at bestemmelsen ikke skulle indeholde hjemmel til at påbyde en finansiell virksomhed at ophøre med at opkræve renter i strid med indgåede aftaler, som anført af klagers advokat. Hvis dette lægges til grund, vil finansielle virksomheder forsat kunne overtræde bekendtgørelsens § 3 for allerede indgåede aftaler ved at opkræve renter i strid med bekendtgørelsens § 3, uden at dette kan sanktioneres offentligretligt.

Da § 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder kun giver hjemmel til berigtigelse af forhold, har Finanstilsynet i afgørelsen anført, at tilsynet ikke har hjem-

mel til at påbyde tilbagebetaling af allerede uretmæssigt opkrævede renter.

Ad b) At afgørelsen ikke opfylder kravene i forvaltningsloven til at angive hjemmel og begrundelse for afgørelsen.

...

Finanstilsynet er ikke enig med klagers advokat i, at afgørelsen ikke opfylder forvaltningslovens regler i § 22 og § 24, stk. 1, 1. pkt.

Det fremgår således af sidste afsnit i den del af afgørelsen, der vedrører ændring af rente på ..., at påbuddet efter § 32, stk. 1, er givet med hjemmel i § 3 i samme bekendtgørelse. § 3 er en af de bestemmelser, som påbudshjemlen i § 32, stk. 1, henviser til. Det bemærkes endvidere, at der i afsnittet "Retligt grundlag" henvises til de bestemmelser, som er relevante for afgørelsen.

...

Ad f) At kundernes interesser til fulde er varetaget, og at kunderne har haft en lang periode til at indrette sig på renteændringen og eventuel finde en alternativ finansiering

...

Det er Finanstilsynets opfattelse, at det ikke er afgørende for adgangen til at ændre på renten, at banken alternativt med samme varsel kunne have opsagt lånet og tilbyde at lade dette fortsætte på ændrede vilkår. Banken valgte at ændre renten uden opsigelse og skal derfor følge de regler, der gælder for ændring af renten. Det følger af det, der er anført til klagers anbringender a, c og d, at der i dette tilfælde ikke er adgang til at ændre renten. Frem til det tidspunkt, hvor K A/S vælger at opsiges lånet, er banken derfor forpligtet til at acceptere de vilkår for renteberegning, der er fastsat i låneaftalen.

..."

I skrivelse af 3. juni 2009 har advokat A yderligere anført:

..."

1. Finanstilsynets hjemmel

...

Vi skal ... bemærke, at Finanstilsynet sanktionsmuligheder er beskrevet i lovbemærkningerne til § 43 i lov om finansiel virksomhed. Eventuelle civilretlige konsekvenser vil efter vores opfattelse kun kunne forekomme, hvis sagen er afgjort i Pengeinstitutankenævnet eller ved domstolene. Det er naturligvis muligt at fremlægge Finanstilsynets afgørelse for disse instanser, og den finansielle virksomhed vil ikke uden at overtræde reglerne om redelig forretningsskik og god praksis kunne indgå nye aftaler af tilsvarende karakter.

Dette er også i overensstemmelse med Finanstilsynets vejledning nr. 10179 af 12. oktober 2007 til bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder, hvoraf følgende fremgår:

”Såfremt en virksomhed ikke overholder bekendtgørelsens regler, kan Finanstilsynet påbyde virksomheden at berigtige de forhold, der strider imod bekendtgørelsens regler, jf. § 38, stk. 1. Undlader virksomheden at efterkomme et påbud, kan den straffes med bøde, jf. § 39.

Derimod vil manglende overholdelse af bekendtgørelsens regler ikke i sig selv have civilretlige konsekvenser. En kunde vil således ikke umiddelbart have et civilretligt krav mod en finansiel virksomhed, der ikke overholder bekendtgørelsens regler. Manglende overholdelse vil dog kunne have afsmittende virkning på visse civilretlige spørgsmål og vil efter omstændighederne kunne indgå i vurderingen af, om en finansiel virksomhed efter dansk rets almindelige erstatningsretlige regler har handlet ansvarspådragende, eller om en aftale helt eller delvist skal ændres eller tilsidesættes efter aftalelovens regler.

Det vil være de finansielle ankenævn og domstolene, der i forbindelse med behandlingen af konkrete sager skal tage stilling til, om en overtrædelse af bekendtgørelsen kan udløse et civilretligt krav.”

Dette er efter vores opfattelse den korrekte måde at anskue arbejdsdelingen mellem Finanstilsynet og de finansielle ankenævn/domstolene på. I modsat fald ville der kunne opstå retlig uklarhed, hvis f.eks. Pengeinstitutankenævnet kom til et andet resultat end Finanstilsynet.

Finanstilsynet har således ikke hjemmel til at gribe ind i aftaleforholdet mellem pengeinstituttet og dets kunder.

2. Ændring af renten i forhold til mulighed for opsigelse

... Det må - som det mindre i det mere - være en bedre behandling af kunderne at ændre renten med tre måneders varsel. Herved undgik kunderne også, at skulle finde en alternativ finansiering.

3. Ks almindelige betingelser

...

Da dette påbud ikke vedrører den konkrete sag, og da de øvrige betingelser giver K den fornødne fleksibilitet, har K besluttet at fjerne den af Finanstilsynet nævnte sætning fra Ks ”Almindelige betingelser for lån og kreditter” og ”Almindelige forretningsbetingelser”.

5. Afsluttende bemærkninger

De øvrige forhold, som Finanstilsynet nævner i Redegørelsen, ændrer ikke de bemærkninger, som vi fremførte i vores brev af 26. marts 2009. Vi skal derfor henvise til vores brev af 26. marts 2009.

Vi fastholder af principielle grunde vores anmodning til Erhvervsankenævnet om at ophæve Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2009 for så vidt angår den del, der vedrører den konkrete ændring af renten vedrørende

På baggrund af Redegørelsen har K som nævnt i afsnit 3 besluttet at ændre ”Almindelige betingelser for lån og kreditter” og ”Almindelige forretningsbetingelser” i overensstemmelse med Finanstilsynets ønske. Vi fastholder derfor ikke denne del af anken.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 8. juli 2009 bemærket:

”Vedr. spørgsmålet om hjemmel for Finanstilsynets afgørelse

...

Finanstilsynet er enig med klagers advokat i, at tilsynet ikke kan træffe afgørelser, der har direkte civile retlige konsekvenser. Dette er imidlertid heller ikke tilfældet i den foreliggende sag.

... tilsynet [har] med sin afgørelse alene taget stilling til om den renteændring, som K A/S har gennemført generelt i forhold til alle sine kunder var i overensstemmelse med kravene til god skik, ligesom tilsynet har påbudt K A/S kun at opkræve den rente, som følger af de indgåede aftaler. Finanstilsynet har således ikke med denne afgørelse taget stilling til, hvorvidt en konkret aftale skal ændres eller tilsidesættes eller om K A/S er erstatningsansvarlig i relation til de enkelte kunder.

Finanstilsynet har således heller ikke truffet afgørelse om, hvorvidt aftalerne med kunderne er ugyldige eller uvirksomme, men alene påbudt K A/S at berigtige de forhold, der var i strid med reglerne, dvs. at ophøre med at opkræve renter i strid med indgåede aftaler.

§ 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder giver netop kun hjemmel til berigtigelse af forhold, og Finanstilsynet har derfor i afgørelsen specifikt anført, at tilsynet ikke har hjemmel til at påbyde tilbagebetaling af allerede uretmæssigt opkrævede renter. Der er tale om et offentligretligt påbud, og K A/S's kunder har ikke hermed fået et civilretligt krav mod banken. Manglende overholdelse af påbuddet kan således alene påtales af Finanstilsynet.

I den forbindelse skal det dog bemærkes, at der ikke er noget til hinder for, at Finanstilsynets afgørelse kan have en afsmittende virkning på et evt. erstatningsansvar i en civilretlig sag.

Det bemærkes endvidere, at civile retlige krav i *konkrete sager* naturligvis afgøres af de finansielle ankenævn og domstolene. Ved konkrete sager forstår tilsynet individuelle konkrete tvister mellem en kunde og en finansiell virksomhed, fx spørgsmålet om hvorvidt den enkelte kunde har et krav på tilbagebetaling for renter, der allerede er opkrævet i strid med en indgået aftale.

Finanstilsynets afgørelse vedrører således udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt renteændringen var i overensstemmelse med reglerne i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007. Tilsynets afgørelse er derfor

på ingen måde udtryk for en afgørelse i en konkret sag, da afgørelsen er rettet mod banken og dennes adfærd mod sine kunder. Afgørelsen retter sig således mod banken og er et påbud om at ophøre med den ulovlige virksomhed.

Finanstilsynets afgørelse om at K A/S fremadrettet kun kan opkræve den rente, som følger af de indgåede aftaler har således hjemmel i § 32, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1222 af 19. oktober 2007 om god skik for finansielle virksomheder. Hvis Finanstilsynet ikke kunne træffe denne afgørelse ville K A/S kunne blive ved med at overtræde bekendtgørelsens § 3 for allerede indgåede aftaler ved at opkræve renter i strid med bekendtgørelsens § 3, uden at dette kan sanktioneres offentligt. En sådan forståelse af § 32, stk. 1 i bekendtgørelsen vil være i strid med bestemmelsens ordlyd og formål.

Finanstilsynet fastholder således, at tilsynets afgørelse er helt i overensstemmelse med reglerne, herunder med vejledningens tekst i relation til arbejdsdelingen mellem Finanstilsynet og de finansielle ankenævn/domstolene.

Vedrørende spørgsmålet om ændring af renten i forhold til muligheden for opsigelse

... Finanstilsynet skal ... henvise til sin redegørelse af 30. april 2009, hvoraf det fremgår, at når banken valgte at ændre renten uden opsigelse, skal banken følge de regler der gælder for renteændringer. K A/S er derfor forpligtet til at acceptere de vilkår for renteberegning, der er fastsat i låneaftalen.

Finanstilsynet har således alene forholdt sig til, hvorvidt bankens adfærd var i overensstemmelse med reglerne og ikke forholdt sig til, hvorvidt den ene eller anden "løsning" var bedre set ud fra et kunde- eller forretningssynspunkt.

...

Afsluttende bemærkninger

Finanstilsynet tager klagers advokats oplysning om, at banken har fjernet den af tilsynet nævnte sætning fra K A/S's "Almindelige betingelser for lån og kreditter" og "Almindelige forretningsbetingelser", i overensstemmelse med påbuddet herom, til efterretning.

..."

Advokat A er ved skrivelse af 11. august 2009 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

En finansiell virksomhed skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1, i lov om finan-

siel virksomhed og skal handle redeligt og loyalt over for sine kunder, jf. § 3, i bekendtgørelse om god skik for finansielle virksomheder.

Erhvervsankenævnet finder, at den bestemmelse om rentefastsættelsen, som er indeholdt i låneaftalen, i mangel af udtrykkelig bestemmelse i låneaftalen om det modsatte må forstås som en fravigelse af renteændringsbestemmelserne i de almindelige bestemmelser for lån og kreditter og i de almindelige forretningsbetingelser, og at rentefastsættelsesbestemmelsen i låneaftalen derfor ikke kan ændres med henvisning til disse almindelige renteændringsbestemmelser.

Ankenævnet finder dermed tillige, at ændringen er i strid med de offentligretlige regler om god skik for finansielle virksomheder og tiltræder med den af Finanstilsynet anførte begrundelse tilsynets påbud om, at K A/S fremover skal undlade at ændre principperne for rentefastsættelsen på et lån, hvor det af låneaftalen fremgår, at renten varierer med en referencesats, som banken ikke selv har indflydelse på, samt et eventuelt rentetillæg. Endvidere tiltrædes det, at Finanstilsynet har påbudt K A/S i aftaler, der ikke indeholder adgang til at ændre principperne for rentefastsættelsen fra tidspunktet for meddelelse af tilsynets afgørelse at fastsætte renten i overensstemmelse med låneaftalen.

Herefter, og da det af K A/S i øvrigt anførte ikke kan føre til et andet resultat, stadfæster Erhvervsankenævnet Finanstilsynets afgørelse af 26. februar 2009.

6) Kendelse af 16. april 2010 (J.nr. 2009-0019205).

Ikke medhold i klage over aktindsigt meddelt anden part.

Lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 3, nr. 3, samt offentlighedslovens § 4.

(Preben Lund Hansen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. april 2009 har advokat A på vegne af K (investeringsforening) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009, hvorved Finanstilsynet agter at imødekomme en begæring fra advokat B, der repræsenterer et netværk af investorer i [konkret værdipapir]..., om aktindsigt i Finanstilsynets sag j. nr. ... vedrørende overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod

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

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 28. maj 2009 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet indledte ved brev af 19. november 2008 en sag vedr. overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod ... - i det følgende kaldet hedgeforeningen - og C.

Den 19. marts 2009 modtog Finanstilsynet en anmodning om aktindsigt i sagens (j.nr. ...) dokumenter fra advokat B, der repræsenterer et netværk af utilfredse investorer. ...

Det fremgår af forarbejderne [L 124, Folketingssamlingen 2007-2008 (2. samling)] til ændringen af Finanstilsynets tavshedspligt i sager om god skik, der trådte i kraft den 1. juli 2008, at Finanstilsynet, forinden der gives aktindsigt i en sag, skal høre de berørte finansielle virksomheder. Derfor informerede Finanstilsynet ved brev af 25. marts 2009 hedgeforeningen og C om, at der var begæret aktindsigt i sagen, og at Finanstilsynet agtede at udlevere samtlige sagens dokumenter. ...

Hedgeforeningens advokat, A, meddelte ved brev af 30. marts 2009 ..., at han fandt det stærkt betænkeligt, hvis advokat B fik aktindsigt i sagens dokumenter, idet denne var ved at forberede et eller flere sagsanlæg mod foreningen, og man notorisk måtte forvente, at sagens bilag ville blive fremlagt under en sådan sag. Han anførte derfor, at der burde nægtes aktindsigt under henvisning til offentlighedslovens § 13, stk. [1, nr.] 6. Desuden anførte han, at Finanstilsynets udkast til afgørelse, som hedgeforeningen havde fået sendt i høring, måtte anses for at være internt arbejdsmateriale og dermed undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 7.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 2. april 2009 ... hedgeforeningens advokat, at offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6 har karakter af en opsamlingsbestemmelse, der giver hjemmel til at nægte aktindsigt i tilfælde, hvor væsentlige hensyn til beskyttelse af andre offentlige og private interesser gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendigt. Det var Finanstilsynets vurdering, at der ikke i den konkrete sag forelå sådanne hensyn.

Finanstilsynet meddelte desuden, at retten til aktindsigt omfatter alle dokumenter, der er udgået fra en offentlig myndighed, når dokumenterne må antages at være kommet frem til adressaten. Finanstilsynets udkast til

afgørelse kunne derfor ikke betegnes som et internt arbejdsdokument og dermed heller ikke undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 7.

Finanstilsynet fastholdt derfor, at tilsynet ville give advokat B aktindsigt og anmodede om, at indsigelser hertil skulle være Finanstilsynet i hænde senest mandag den 6. april 2009.

Hedgeföreningens advokat fremsendte pr. fax den 6. april 2009 et brev med supplerende indsigelser. ... Advokatens brev kom på grund af en ekspeditionsfejl i Finanstilsynet ikke frem til sagsbehandleren, hvorfor Finanstilsynet 6. april 2009 imødekom ansøgningen om aktindsigt og fremsendte sagens dokumenter til advokat B. Da tilsynet dagen efter blev bekendt med hedgeföreningens indsigelser, tilbagekaldte man det fremsendte materiale fra advokat B under henvisning til den skete ekspeditionsfejl og med anmodning om, at advokaten skulle se bort fra materialets indhold.

Finanstilsynet foretog herefter en fornyet vurdering af sagen og meddelte ved brev af 21. april 2009, at man fortsat var af den opfattelse, at der ikke er hjemmel til at undtage sagen eller visse af sagens dokumenter fra aktindsigt, og at man derfor havde truffet endelig afgørelse om, at disse skulle udleveres. Finanstilsynet brev er vedlagt

Da hedgeföreningens advokat tidligere havde meddelt, at man ville anke en evt. imødekommelse af aktindsigtsbegæringen, meddelte Finanstilsynet dog samtidig, at sagens dokumenter ville blive fremsendt til advokat B, medmindre Finanstilsynet inden 3 dage fra dato havde modtaget meddelelse om, at spørgsmålet var indbragt for Erhvervsankenævnet.
...”

I Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 hedder det blandt andet:

”...

Finanstilsynet har følgende bemærkninger til Deres indsigelser:

Finanstilsynets skærpede tavshedspligt i sager vedrørende god skik blev fjernet ved lov nr. 515 af 17. juni 2008. Det indebærer, at der er adgang til aktindsigt i dokumenter vedrørende sager om god skik efter reglerne i offentlighedsloven. Det følger af denne lovs §§ 4 og 5, at som udgangspunkt har enhver ret til aktindsigt i en sag, der behandles af en forvaltningsmyndighed, og at retten til aktindsigt omfatter alle dokumenter, der vedrører sagen, med mindre oplysninger i et dokument eller dokumentet som sådan kan undtages efter bestemmelserne i lovens §§ 7-14.

Med den begrundelse og det i Finanstilsynets brev af 2. april 2009 fremførte er det fortsat Finanstilsynets klare opfattelse, at der ikke kan nægtes aktindsigt i sagen.

Finanstilsynet vil i det følgende uddybe, hvorfor Finanstilsynet finder, at det ikke er muligt at undtage Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. fe-

bruar 2009 og Deres klients svar af 9. marts 2009, idet De i deres breve af 30. marts og 6. april 2009 særligt er fremkommet med indsigelser mod, at disse dokumenter udleveres. De har i den forbindelse henvist til offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og § 13, stk. 1, nr. 6.

Offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2 giver mulighed for at undtage oplysninger om ”tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomiske betydning...”.

Det er altså alene *oplysningstyper*, som angivet i bestemmelsen, og som desuden er af væsentlig økonomisk betydning, der kan undtages. Derimod er der ikke mulighed for at undtage dokumenter, som uden at indeholde sådanne oplysninger, ville kunne have en økonomisk betydning for en virksomhed, fra aktindsigt i henhold til § 12, stk. 1, nr. 2.

Finanstilsynets udkast til afgørelse indeholder efter Finanstilsyns opfattelse ikke konkrete oplysninger om Deres klients drifts- eller forretningsforhold. I dokumentet beskrives Deres klients markedsføringsmateriale, som har været udleveret til offentligheden, og der foretages herefter en vurdering af dette materiale i forhold til reglerne om god skik. Disse vurderinger indeholder heller ikke konkrete oplysninger om Deres klients forretningsforhold.

Finanstilsynet gør samtidig opmærksom på, at det følger af offentlighedslovens § 12, stk. 2, at alene specifikke oplysninger, der ikke er omfattet af aktindsigt efter § 12, stk. 1, nr. 2, skal fjernes, og at den, som søger aktindsigt, skal gøres bekendt med dokumentets øvrige indhold.

Finanstilsynet finder på den baggrund ikke, at § 12, stk. 1, nr. 2 kan begrunde en undtagelse af dokumentet eller konkrete oplysninger heri fra aktindsigt.

De har endvidere gjort gældende, at aktindsigt i de to dokumenter med tilhørende bilag bør nægtes i henhold til offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, som giver mulighed for at undtage oplysninger i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlig hensyn til private interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. De har her fremhævet, at der er tale om et dokument af foreløbig karakter og kommentarer hertil, som hvis det kommer til offentlighedens kendskab, vil kunne påføre Deres klient væsentlig økonomisk skade, hvis det fremlægges i den kommende erstatningssag.

Finanstilsynet har allerede i tilsynets brev af 2. april 2009 oplyst, at bestemmelsen er en opsamlingsbestemmelse, som efter forarbejderne *kun* finder anvendelse, når det er *klart påkrævet*. Vurderingen heraf må derfor ske i lyset af, at det vil medføre en begrænsning i det generelle og dominerende princip om offentlighed, og at det sker af hensyn, som ikke specifikt er opregnet i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser. Dette indebærer, at muligheden for at undtage oplysninger fra aktindsigt skal fortolkes indskrænkende.

Det er fortsat Finanstilsynet opfattelse, at der ikke foreligger omstændigheder der nødvendiggør, at Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. februar 2009 undtages fra aktindsigt. Det forhold, at der er tale om et udkast til afgørelse og ikke Finanstilsynets endelige afgørelse, finder tilsynet ikke i sig selv kan begrunde en hemmeligholdelse. Finanstilsynet lægger i den forbindelse vægt på, at der er tale om et dokument, som ikke længere er et internt arbejdsdokument, at det tydeligt fremgår af dokumentet, at der er tale om et udkast, og at tilsynet i forbindelse med udleveringen kan påpege dette. Finanstilsynet finder således ikke, at der er en reel risiko for, at det, hvis det kom til offentlighedens kendskab, ville kunne fremtræde som Finanstilsynets endelige afgørelse i sagen.

Finanstilsynet finder heller ikke, at den blotte risiko for, at de pågældende dokumenter inddrages i en evt. erstatningssag, kan tillægges betydning, idet der under alle omstændigheder skal foretages en selvstændig prøvelse af de rejste erstatningskrav. Her vil Finanstilsynets vurdering af, om markedsføringsmaterialet er i overensstemmelse med god skik, kun være et blandt flere elementer i en sådan prøvelse.

De har sluttelig anført, at det ikke bør komme Deres klient til skade, at tilsynet har valgt at sende et udkast i høring frem for at drøfte sagen med deres klient på et møde. Finanstilsynet skal henlede Deres opmærksomhed på, at Finanstilsynet efter § 345, stk. 9, er forpligtet til at sende et udkast til afgørelse i høring, forinden en sag forelægges det Finansielle Virksomhedsråd. Finanstilsynet har således fulgt den sagsbehandlingsgang, der følger af lovgivningen.

Det er på baggrund af ovenstående fortsat Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet ikke har mulighed for at undtage de nævnte dokumenter for aktindsigt, og at samtlige sagens dokumenter skal udleveres. Finanstilsynet vil derfor udlevere dokumenterne til adv. B, medmindre Deres klient inden **3 dage fra dato** har indbragt sagen for Erhvervsankenævnet og tilsynet har modtaget meddelelse herom.

...”

Ved skrivelse af 22. april 2009 har advokat A klaget over afgørelsen. I uddybende klageskrivelse af 7. maj 2009 anføres det blandt andet:

”...

Offentlighedsloven

Som begrundelse for at påklage Finanstilsynets seneste afgørelse henviser jeg for det første til de indsigelser, jeg har fremsat i mine breve til Finanstilsynet af henholdsvis 30. marts 2009 og 6. april 2009. Det er således fortsat min opfattelse, at disse indsigelser danner grundlag for, at materialet undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2 eller § 13, stk. 1, nr. 6.

Det gøres i den forbindelse yderligere gældende, at Finanstilsynets begrundelse, for at tilsynets udkast til afgørelse ikke er omfattet af undta-

gelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, efter min opfattelse bygger på en fejlagtig fortolkning af bestemmelsens indhold og sagens faktum.

Finanstilsynet har således anført, at tilsynets udkast til afgørelse ikke indeholder konkrete oplysninger om min klients drifts- eller forretningsforhold. Finanstilsynet finder på denne baggrund ikke grundlag for at undtage dokumentet fra aktindsigt i medfør af denne bestemmelse, uanset om udlevering af dokumentet vurderes at kunne have en væsentlig økonomisk betydning for min klient. Det anføres i den forbindelse, at der efter tilsynets opfattelse ikke er mulighed for at undtage dokumenter, der uden at indeholde oplysninger om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, vil kunne have økonomisk betydning for en virksomhed.

Jeg er imidlertid ikke enig med Finanstilsynet i denne vurdering, idet det forhold, at en virksomhed modtager et udkast til påtale fra en offentlig myndighed for ikke at overholde gældende regler på virksomhedens område, i høj grad må karakteriseres som et forretningsforhold, som det er i virksomhedens interesse ikke at udbrede til offentligheden, ved at der gives aktindsigt i dokumentet.

Et dokument, der indeholder et sådant udkast til påtale, vil derfor efter min opfattelse kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, uanset om dokumentet indeholder oplysninger om virksomhedens drifts- og forretningsforhold i øvrigt. En sådan undtagelse af dokumentet vil dog naturligvis forudsætte, at bestemmelsens krav om økonomisk betydning for virksomheden er opfyldt, ligesom en konkret vurdering skal føre til, at virksomhedens interesser, i den konkrete sag må veje tungere, end hensynet til at offentligheden informeres om det pågældende forhold.

I nærværende sag, hvor der alene er tale om en foreløbig afgørelse fra Finanstilsynet, er det herefter min opfattelse, at hensynet til at beskytte min klients forretningsforhold må veje tungere, end hensynet til at offentligheden får adgang til et udkast, der efterfølgende vil kunne afsvækkes eller eventuelt helt bortfalde. Min klient risikerer således at lide betydelig økonomisk skade som følge af det heraf følgende forventelige tab af tillid til min klients virksomhed, ligesom den foreløbige afgørelse, som jeg tidligere har anført, med al sandsynlighed vil komme til at indgå i en erstatningssag mod min klient med en ganske betydelig vægt.

Jeg kan i den forbindelse henvise til Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1983-543-7 refereret i "Offentlighedsloven med kommentarer", 3. udgave side 229. Afgørelsen vedrørte adgangen til aktindsigt i fødevareranalyseresultater vedrørende bakterieforekomster i ost, der blev udarbejdet med henblik på at hindre, at sundhedsfarlige partier blev bragt på markedet. Justitsministeriet udtalte, at oplysninger i analyserapporter om, at et parti ost var sundhedsfarligt ikke var en oplysning, der kunne undtages fra aktindsigt, selv om oplysninger af denne karakter på såvel kort som på langt sigt kunne skade det pågældende mejeris omdømme og dermed afsætningsmulighederne.

I tilfælde, hvor analyseresultaterne alene var foreløbige, og resultatet ikke entydigt viste om osten var sundhedsfarlig, udtalte Justitsministeriet derimod, at man var enig med Landbrugsministeriet i, at der i disse tilfælde kunne påføres det enkelte mejeri en betydelig økonomisk skade i konkurrencen med andre mejerier, hvorfor de foreløbige resultater kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, forudsat at det var muligt at tilbageholde osten, indtil der forelå et endeligt resultat.

På denne baggrund er det min helt klare opfattelse, at Finanstilsynets foreløbige udkast til afgørelse i nærværende sag ligeledes bør undtages fra aktindsigt i medfør af denne bestemmelse. Dette bestyrkes af, at der i nærværende sag, der vedrører en mulig overtrædelse af § 2 i bekendtgørelse nr. 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger mv., er tale om oplysninger af langt mindre alvorlig karakter end i den refererede afgørelse, der omhandlede oplysninger om, hvorvidt de pågældende produkter var sundhedsskadelige.

Endvidere vil den økonomiske skade min klient risikerer at lide i forhold til min klients konkurrenter, hvis Finanstilsynets foreløbige udkast til afgørelse videregives til offentligheden, være meget betydelig, jf. mine bemærkninger ovenfor. Der kan i den forbindelse også henvises til, at der er tale om en sag, der på nuværende tidspunkt allerede har særdeles stor bevågenhed i pressen. Endvidere bemærkes det, at det ifølge ... responsum fra Jesper Lau Hansen fremgår, at min klients markedsføringsmetoder ikke har adskilt sig fra min klients konkurrenters. Også på denne baggrund vil det derfor efter min opfattelse være helt urimeligt byrdefuldt for min klient, hvis det foreløbige udkast til afgørelse, hvoraf dette forhold netop ikke fremgår, udbredes til offentligheden.

Endelig bemærkes det, at Finanstilsynet den 1. maj 2009 har sendt et nyt udkast til påtale i høring hos min klient. Dette udkast, ..., er modereret særdeles betydeligt og adskiller sig meget væsentligt fra den foreløbige afgørelse af 4. februar 2009. Den første udgave af den foreløbige afgørelse er således på flere meget væsentlige punkter ikke længere udtryk for Finanstilsynets holdning. Det kan dog befrygtes, at dette forhold ikke vil have pressens interesse, hvis den første udgave af den foreløbige afgørelse videregives. Også dette forhold bestyrker efter min opfattelse, at det vil være urimeligt byrdefuldt for min klient, hvis afgørelsen videregives.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke måtte være enig i mine synspunkter vedrørende forståelsen af, hvilke dokumenter og oplysninger, der kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, gøres det gældende, at aktindsigt under alle omstændigheder bør undtages i medfør af lovens § 13, stk. 1, nr. 6, da hemmeligholdelse på ovenstående baggrund er klart påkrævet af hensyn til min klients interesser.

Lov om Finansiell virksomhed

I mit brev til Finanstilsynet af 6. april 2009, gjorde jeg gældende, at såfremt Finanstilsynet - i stedet for at sende dokumentet i høring hos min

klient - havde indkaldt min klient til et møde, hvor man kunne have drøftet de rejste spørgsmål, så ville det pågældende udkast ikke være blevet udarbejdet, hvilket nu bestyrkes yderligere af, at udkastet efterfølgende er blevet modereret meget væsentligt. Jeg gjorde i den forbindelse gældende, at Finanstilsynets valg af sagsbehandlingsform ikke burde være min klients risiko.

Finanstilsynet har i sin afgørelse om aktindsigt af 21. april 2009 afvist dette synspunkt med henvisning til § 345, stk. 9 i lov om finansiel virksomhed, idet Finanstilsynet efter denne bestemmelse er forpligtet til at sende et udkast til afgørelse i høring. Finanstilsynet gør på denne baggrund gældende, at tilsynet alene har fulgt den sagsbehandlingsform, der fremgår af lovgivningen.

Jeg bemærker dog i den anledning, at den pågældende bestemmelse efter min opfattelse på ingen måde er til hinder for, at Finanstilsynet kunne have indkaldt til et møde, hvor man kunne drøfte de pågældende problemer, i stedet for at lave et udkast til en skriftlig afgørelse. Det eneste bestemmelsen fastslår er således, at når tilsynet har lavet et udkast til afgørelse, skal dette sendes i høring.

Det gøres derfor fortsat gældende, at Finanstilsynets sagsbehandlingsform, ikke bør være min klients risiko i relation den skade min klient risikerer at lide, hvis udkastet bliver undergivet aktindsigt.

Inhabilitet

Det gøres endeligt gældende, at Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 er ugyldig som følge af inhabilitet.

Det fremgår således af forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, at den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil, hvis der foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed.

Det gøres i den forbindelse gældende, at den pågældende sagsbehandler var inhabil, da hun den 21. april 2009 traf afgørelse om at meddele advokat B aktindsigt.

Den sagsbehandlingsfejl hun havde udøvet, da hun traf afgørelse om at give aktindsigt den 6. april 2009 uden at tage stilling til mine indsigelser, og hvorefter hun udleverede dokumenterne samme dag, kan således have givet hende anledning til bevidst eller ubevidst at ønske at komme frem til det samme resultat, da hun traf sin afgørelse den 21. april 2009. På denne måde ville den skadevirkning, det kan have haft for min klient, at dokumenterne blev udleveret, inden der var taget stilling til mine indsigelser, langt bedre kunne retfærdiggøres.

Endvidere ville tilsynet på denne måde kunne undgå en eventuel sag med advokat B, der over for tilsynet har gjort gældende, at han ikke mener, at Finanstilsynet var berettiget til at tilbagekalde det allerede udleverede materiale. Hvis tilsynet således havde imødekommet mine indsigelser og

nægtet aktindsigt ved afgørelsen af 21. april 2009, ville det med stor sandsynlighed have medført en tvist med B om, hvorvidt han ville være berettiget til at benytte de informationer, han havde fået ved den fejlagtige fremsendelse af materialet. En sådan tvist kunne imidlertid undgås ved at træffe den samme afgørelse, som den Finanstilsynet traf den 6. april 2009.

Der foreligger derfor omstændigheder, der set fra min klients synsvinkel bestemt er egnede til at vække tvivl om, hvorvidt den afgørelse, der blev truffet den 21. april 2009 var fuldstændig upartisk, eller om afgørelsen på den ene eller anden måde var påvirket af ovennævnte uvedkommende hensyn.

Jeg kan i denne sammenhæng endvidere henvise til Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1993-523-10, der er refereret i "Forvaltningsloven med kommentarer", 3. udgave, side 195, vedrørende læger ansat ved Levnedsmiddelstyrelsen, som offentligt havde udtalt sig om en konkret klagesag inden denne var afgjort.

Justitsministeriet udtalte i den anledning, at hvis den pågældende havde udtalt sig vurderende om sagen eller på anden måde havde indiceret, at den pågældende var forudindtaget med hensyn til afgørelsen af sagen, ville sådanne udtalelser medføre, at den pågældende var inhabil.

I nærværende sag har den pågældende sagsbehandler ikke bare udtalt sig om sagen, men har truffet en decideret afgørelse, der var udtryk for sagsbehandlerens vurdering af sagen, og som blev meddelt sagens parter med de deraf følgende konsekvenser. Afgørelsen blev dog tilbagekaldt som følge af den begåede sagsbehandlingsfejl, men fjorten dage senere traf den samme sagsbehandler en afgørelse med et fuldstændig identisk resultat. Dette sammenholdt med de ovennævnte forhold vedrørende muligheden for på denne måde at retfærdiggøre skadevirkningerne ved den begåede sagsbehandlingsfejl og muligheden for at undgå en klage/tvistesag om advokat Bs brug af informationerne medfører, at der med rette rejses kan spørgsmål om, hvorvidt Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 har været fuldstændig upartisk.

Afgørelsen af 21. april 2009 er derfor efter min opfattelse ugyldig som følge af inhabilitet."

I føromtalte redegørelse af 28. maj 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

”...

2. Afgørelsens retlige baggrund

Lov om finansiel virksomhed

Det følger af lovens § 354, stk. 3, at Finanstilsynets skærpede tavshedspligt ikke finder anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og bekendtgørelser udstedt i medfør heraf. Dette indebærer, at sådanne oplysninger kan udleveres efter begæring om aktindsigt efter offentlighedslovens og forvaltningslovens almindelige regler herom.

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 345, stk. 9, omfatter adgangen til partshøring hele udkastet til afgørelse i sager, hvor der efter forvaltningsloven skal foretages partshøring.

Offentlighedsloven

Offentlighedslovens § 4 giver med de undtagelser, der er nævnt i lovens §§ 7-14, enhver adgang til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i en administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens myndighed.

Ifølge lovens § 7 omfatter retten til aktindsigt ikke en myndigheds interne arbejdsdokumenter som defineret i bestemmelsens nr. 1-3. Er et dokument sendt til en ekstern part anses det ikke længere for at være et internt arbejdsdokument.

Oplysninger kan undtages fra aktindsigt efter lovens § 12, stk. 1 nr. 2, hvis de vedrører ”...drifts eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, som oplysningerne angår, at begæringen ikke imødekommes”. Omfattes kun en del af et dokument af bestemmelsen i stk. 1, skal der gives aktindsigt i dokumentets øvrige indhold, jf. § 12, stk. 2.

Desuden kan retten til aktindsigt begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet, jf. lovens § 13, stk. 1, nr. 6.

Forvaltningsloven

...

Offentlige myndigheder er efter forvaltningslovens § 27 bundet af en tavshedspligt. Tavshedspligten forpligter de, som virker inden for den offentlige forvaltning, til at hemmeligholde oplysninger, som er betegnet som fortrolige, eller når det i øvrigt er nødvendigt at hemmeligholde disse for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser, herunder navnlig

”..... enkeltpersoners eller private selskabers eller foreningers interesse i at beskytte oplysninger om deres personlige eller interne, herunder økonomiske forhold” (§ 27, stk. 1, nr. 6).

3. Finanstilsynets vurdering

Forholdet til offentlighedsloven

Finanstilsynet er af den opfattelse, at der ikke kan nægtes aktindsigt i tilsynets sag jr. nr. 600-0461 og at der heller ikke i sagens dokumenter er oplysninger, som vil kunne undtages fra aktindsigt.

Finanstilsynet skal i den forbindelse fastholde, at offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, efter tilsynets opfattelse ikke kan anvendes til at nægte advokat B aktindsigt i den samlede sag eller dele heraf. Som anført i Finanstilsynets brev af 21. april 2009 har bestemmelsen karakter af en op-

samlingsbestemmelse, der giver hjemmel til at nægte aktindsigt i tilfælde, hvor væsentlige hensyn til beskyttelse af andre offentlige og private interesser end nævnt i §§ 12 og 13, stk. 1, nr. 1-5, gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendig.

Det er i forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i § 2, stk. 2, nr. 4, i offentlighedsloven af 1970 forudsat, at der kun vil blive gjort brug af bestemmelsen i tilfælde, hvor hemmeligholdelse af hensyn til det offentlige eller enkeltpersoners interesse er *klart påkrævet*. Det indebærer, at bestemmelsen må fortolkes i lyset af, at det vil medføre en begrænsning i det generelle og dominerende princip om offentlighed, og at det sker af hensyn, som ikke specifikt er opregnet i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser. Dette medfører, at muligheden for at undtage oplysninger fra aktindsigt skal fortolkes indskrænkende.

Finanstilsynet finder ej heller, at hedgeforeningen har anført forhold, der kan begrunde at sagen eller dokumenter heri, herunder særligt Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. februar 2009, undtages fra aktindsigt.

Det forhold, at der i sagen er et udkast til afgørelse og ikke Finanstilsynets endelige afgørelse, finder tilsynet ikke i sig selv kan begrunde en hemmeligholdelse. Finanstilsynet lægger i den forbindelse vægt på, at der er tale om et dokument, som ikke længere er et internt arbejdsdokument, at det tydeligt fremgår af dokumentet, at der er tale om et udkast, og at tilsynet i forbindelse med udleveringen kan påpege dette. Finanstilsynet finder således ikke, at der er en reel risiko for, at det, hvis det kom til offentlighedens kendskab, ville kunne fremtræde som Finanstilsynets endelige afgørelse i sagen.

Finanstilsynet er ikke enig i, at risikoen for, at hedgeforeningen vil lide økonomiske skade eller tab af tillid i forbindelse med udleveringen af dokumentet i sig selv kan begrunde, at man skal tilsidesætte det klare udgangspunkt om, at der er adgang til aktindsigt i sagens dokumenter.

Finanstilsynet finder heller ikke, at sandsynligheden for, at sagens dokumenter inddrages i en evt. erstatningssag, kan tillægges betydning, idet det som ovenfor anført må stå retten klart, at der er tale om dokumenter fra en endnu ikke afsluttet sag og da retten under alle omstændigheder skal foretages en selvstændig prøvelse af de rejste erstatningskrav. Finanstilsynets vurdering af, om markedsføringsmaterialet er i overensstemmelse med god skik, vil kun være et blandt flere elementer i en sådan prøvelse.

Endelig finder Finanstilsynet ikke, at det er korrekt, når hedgeforeningens advokat anfører Justitsministeriets afgørelse i sag L.A: 1983 -543 -7 bør føre til, at der nægtes aktindsigt i Finanstilsynets udkast til afgørelse. Det fremgår således af afgørelsen, at § 12, stk. 1, nr. 2, vil kunne benyttes til at undtage foreløbige testresultater fra aktindsigt, men det præciseres samtidig, at bestemmelsen forudsætter, at der foretages en konkret vurdering af oplysningernes mulige skadevirkninger for den berørte virksomhed i hvert enkelt tilfælde.

Finanstilsynet kan i øvrigt henvise til tilsynets breve af 2. april og 21. april 2009, hvori Finanstilsynet har redegjort for, hvorfor sagen eller dele heraf efter Finanstilsynets opfattelse ikke kan undtages fra aktindsigt med henvisning til offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, eller 13, stk. 1, nr. 6.

Forholdet til lov om finansiel virksomhed

Hedgeföreningen har gjort gældende, at hvis Finanstilsynet havde valgt at afholde et møde og der have drøftet de rejste spørgsmål frem for at sende et udkast til afgørelse i høring, ville der ikke i dag eksistere et sådan dokument.

Finanstilsynet finder dette forhold irrelevant, idet dokumentet eksisterer og indgår i sagen, og der ikke i offentlighedsloven findes en hjemmel til at undtage dokumenter fra aktindsigt med den begrundelse.

Inhabilitet

Finanstilsynet har fulgt den sædvanlige arbejdsgang ved behandlingen af spørgsmålet om aktindsigt. Det er naturligvis ikke Finanstilsynets sædvanlige arbejdsgang, at rettidigt modtagne indsigelser ikke bliver taget i betragtning, men den omstændighed, at den pågældende sagsbehandler træffer afgørelse vedrørende indsigelserne den 21. april 2009 efter fejlagtigt at have fremsendt akterne den 6. april 2009, er ikke i strid med tilsynets sædvanlige arbejdsgang og medfører efter tilsynets opfattelse ikke, at sagsbehandleren er inhabil og dermed ej heller, at afgørelsen er ugyldig.

Netop fordi der var tale om en ekspeditionsfejl, der havde ført til, at akterne fejlagtigt blev fremsendt den 6. april 2009, blev sagen af sagsbehandleren drøftet med såvel kontoret ledelse samt tilsynets direktion. Den pågældende sagsbehandler har således ikke truffet afgørelsen egenhændigt og har dermed heller ikke kunnet tage egne hensyn.

...”

Ved skrivelse af 8. juli 2009 har advokat A yderligere anført:

”...

Det bemærkes for det første, at jeg ikke er enig med Finanstilsynet i, at jeg ved mit brev af 30. marts 2009 gjorde gældende, at aktindsigt burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 6, og at tilsynets udkast til afgørelse skulle være undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 7, idet der var tale om et internt arbejdsdokument.

Jeg henviser til, at det fremgår af mit brev af 30. marts 2009, at jeg gjorde gældende, at aktindsigt burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Hvis Finanstilsynet ikke var enig heri, gjorde jeg gældende, at aktindsigt i stedet burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, idet jeg herved bl.a. henviste til, at Finanstilsynets foreløbige udkast til påtale reelt havde karakter af at være et foreløbigt in-

ternt arbejdsdokument, der som sådan ville have været undtaget fra aktindsigt, hvis ikke dokumentet var blevet sendt ud af huset.

Finanstilsynets vurdering

1. Forholdet til offentlighedsloven

Finanstilsynet har i dette afsnit indgående behandlet spørgsmålet om, hvorvidt der kan nægtes aktindsigt i sagens dokumenter i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, og understreget, at dette ifølge forarbejderne til bestemmelsen skal begrænses til tilfælde, hvor hemmeligholdelse er klart påkrævet, hvilket tilsynet imidlertid ikke mener gør sig gældende i nærværende sag.

For så vidt angår de argumenter jeg har fremsat over for Erhvervsankenævnet om, hvorfor aktindsigt efter min opfattelse bør nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, har tilsynet dog slet ikke taget stilling hertil. Tilsynet har således alene anført, at det efter tilsynets opfattelse ikke er korrekt, når jeg anfører, at Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1988-547-7 bør føre til, at der nægtes aktindsigt i nærværende sag, idet dette må bero på en konkret vurdering.

Sidstnævnte er jeg for så vidt enig i, men jeg savner Finanstilsynets begrundelse for, hvorfor en sådan konkret vurdering i nærværende sag bør føre til, at aktindsigt ikke kan nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2.

Finanstilsynet har således på ingen måde taget stilling til de argumenter for det modsatte resultat, som jeg har fremført over for Erhvervsankenævnet ..., herunder at Finanstilsynets begrundelse for, at tilsynets udkast til afgørelse ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, efter min opfattelse bygger på en fejlagtig fortolkning af bestemmelsens indhold og sagens faktum, idet Finanstilsynet har henvist til, at tilsynets udkast til afgørelse ikke indeholder konkrete oplysninger om min klients drifts- eller forretningsforhold.

... jeg [er] imidlertid ikke enig med Finanstilsynet i, at dette forhold skulle føre til, at aktindsigt ikke kan nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Når en virksomhed modtager et udkast til påtale fra en offentlig myndighed for ikke at overholde gældende regler på virksomhedens område, må dette således i sig selv karakteriseres som et forretningsforhold, som det er i virksomhedens interesse ikke at udbrede til offentligheden, ved at der gives aktindsigt i dokumentet.

... et sådant udkast til påtale [vil] derfor, efter min opfattelse kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, uanset om dokumentet indeholder oplysninger om virksomhedens drifts- og forretningsforhold i øvrigt. En sådan undtagelse vil dog som nævnt forudsætte, at bestemmelsens krav om økonomisk betydning for virksomheden er opfyldt, ligesom en konkret vurdering skal føre til, at virksomhedens interesser, i den konkrete sag må veje tungere, end hensynet til at offentligheden informeres om det pågældende forhold.

Dette krav mener jeg fortsat er opfyldt i nærværende sag, hvor der alene er tale om et udkast til afgørelse fra Finanstilsynet, hvorfor hensynet til at beskytte min klients forretningsforhold må veje tungere, end hensynet til at offentligheden får adgang til et udkast, der efterfølgende vil kunne afsvækkes eller eventuelt helt bortfalde.

Finanstilsynet har ikke har fremført andre argumenter herimod, end at ovennævnte afgørelse fra Justitsministeriet - efter tilsynets opfattelse - ikke kan føre til dette resultat.

Jeg tillader mig derfor at gå ud fra, at tilsynet i øvrigt er enig i min argumentation vedrørende bestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og jeg skal derfor så meget desto mere fastholde, at aktindsigt bør nægtes i medfør af denne bestemmelse.

2. Forholdet til lov om finansiel virksomhed

For så vidt angår dette afsnit henviser jeg til mit brev til Erhvervsankenævnet af 7. maj 2009.

3. Inhabilitet

Finanstilsynet har som begrundelse for, at den pågældende sagsbehandler ikke var inhabil, da hun traf afgørelse den 21. april 2009 efter tidligere fejlagtigt at have truffet en identisk afgørelse den 6. april 2009, for det første henvist til, at dette ikke er i strid med tilsynets sædvanlige arbejdsgang.

Der er her tale om en begrundelse, der reelt er uden indhold, idet det forhold, at tilsynet tidligere har fulgt samme arbejdsgang, ikke siger noget om, hvorvidt de pågældende sagsbehandlere har været inhabile i nærværende eller tidligere sager.

Finanstilsynet har endvidere henvist til, at netop fordi der var tale om en ekspeditionsfejl fra sagsbehandlerens side den 6. april 2009, blev afgørelsen af 21. april 2009 ikke truffet af sagsbehandleren alene, men derimod drøftet med såvel kontorets ledelse som med tilsynets direktion.

Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynet tilsyneladende *har* været opmærksom på, at der kunne være et habilitetsproblem. Tilsynet burde derfor have ladet en anden sagsbehandler træffe afgørelsen af 21. april 2009 eller i det mindste have ladet det fremgå af afgørelsen, at denne ikke var truffet af den pågældende sagsbehandler alene.

Da dette imidlertid ikke fremgår nogen steder i afgørelsen, der også alene er underskrevet af sagsbehandleren selv, er det fortsat min opfattelse, at der - set fra min klients synsvinkel - foreligger omstændigheder ved tilsynets afgørelse, der er egnede til at vække begrundet tvivl om, hvorvidt afgørelsen var fuldstændig upartisk.”

Finanstilsynet har den 2. september 2009 heroverfor bemærket:

” ...

Offentlighedsloven har det klare udgangspunkt, at der er adgang til aktindsigt i dokumenter, som indgår i det offentliges sagsbehandling. Derfor skal bestemmelserne i § 10, 12 og 13, som angiver undtagelserne fra denne hovedregel, anvendes efter deres ordlyd, og fortolkninger af disse bestemmelsers anvendelsesområde skal tilsvarende være indskrænkende.

Det fremgår klart af § 12, stk. 1, nr. 2, at det er *oplysninger* om tekniske indretninger eller fremgangsmåder, eller om drifts- eller forretningsforhold, der kan undtages fra aktindsigt. Dette understreges desuden af, at det af § 12, stk. 2, fremgår, at der er adgang til aktindsigt i et dokumentes øvrige indhold i de situationer, hvor kun en del af dokumentet er omfattet af undtagelsesmulighederne i stk.1.

Finanstilsynet finder således ikke, at bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 2, giver mulighed for at betegne et helt dokument som et forretningsforhold, fordi virksomheden kan have en økonomisk interesse i dets hemmeligholdelse, og dermed undtage det fuldstændigt fra aktindsigt. Der skal foretages en konkret gennemgang af dokumentet, og kun oplysninger af den karakter, som specifikt er nævnt i bestemmelsen kan undtages fra aktindsigt.

Finanstilsynet har i forbindelse med sagens behandling foretaget en sådan gennemgang af tilsynets udkast til afgørelse og har ikke fundet, at det indeholdt specifikke oplysninger om hverken tekniske indretninger eller fremgangsmåder, eller drifts- eller forretningsforhold, som burde ekstraheres fra dokumentet. ... har da også over for tilsynet tilkendegivet, at det var offentliggørelsen af Finanstilsynets vurdering i udkastet som potentielt kunne være til skade for virksomheden.

...

Endelig skal tilsynet bemærke, at det forhold, at der ikke er flere underskrifter på afgørelsen ikke kan tages som udtryk for, at sagen ikke har været drøftet og afgørelsen truffet i samråd med andre i tilsynet. Så det forhold, at det alene er en underskrift på afgørelsen er ikke ensbetydende med, at den pågældende sagsbehandler har truffet afgørelsen alene. Det er sædvanligt, at en sagsbehandler med den pågældendes erfaring er eneunderskriver af afgørelser.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Finanstilsynets skærpede tavshedspligt gælder ikke for så vidt angår sager vedrørende god skik, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 3, nr. 3.

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 en administrativ sagsbehandling i forbindelse med den virksomhed.

Ankenævnet finder ikke, at der er oplyst omstændigheder, der efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der påføres K økonomisk tab, såfremt der meddeles aktindsigt i det ønskede materiale, herunder Finanstilsynets udkast til afgørelse af 2. april 2009. Efter karakteren af det materiale, der ønskes aktindsigt i, findes der heller ikke at foreligge sådanne omstændigheder, at væsentlige hensyn til beskyttelse af Ks interesser i øvrigt gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendig.

Herefter, og da det af K i øvrigt anførte ikke kan føre til et andet resultat, stadfæster Ankenævnet derfor Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009.

7) Kendelse af 3. juni 2010 (J.nr. 2010-0021305).

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Lise Høgh, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. februar 2010 har advokat A på vegne af tømrer- og snedkermester K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 11. februar 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i B G/S' [forsikringselskab] svar på Finanstilsynets skrivelse af 6. januar 2010.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 25. marts 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

1. Sagsfremstilling

Advokat A har i brev af 10. december 2009 rettet henvendelse til Finanstilsynet vedrørende sin klient K's opsigelse fra B G/S

Finanstilsynet sendte den 6. januar 2010 et brev til advokat A, hvori Finanstilsynet oplyste, at man dags dato havde anmodet B G/S om en redegørelse

Advokat A anmodede den 5. februar 2010 på vegne af Tømrer- og snedkermester K om aktindsigt i B G/S' besvarelse af Finanstilsynets forespørgsel af 6. januar 2010

Finanstilsynet gav den 11. februar 2010 afslag på anmodningen om aktindsigt ..., hvorefter advokat A ved brev af 25. februar 2010 har klaget over afgørelsen til Erhvervsankenævnet.
..."

I klageskrivelse af 25. februar 2010 har advokat A anført:

" ...

Ved ikke at give min klient aktindsigt i B G/S' svar, stiller man min klient i en hel urimelig og umulig situation, idet han ingen mulighed har for at agere i forhold til B G/S om muligheden for at fastholde sin forsikring der, herunder at finde argumenter for, hvorvidt opsigelsen er saglig og begrundet og bundet i en reel bestyrelsesbeslutning
..."

I førnævnte en redegørelse af 25. marts 2010 yderligere anført:

" ...

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.

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."

I lov om finansiel 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 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 i 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.

Det er oplyst, at K var medlem af B G/S. 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.

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 sagens dokumenter efter forvaltningslovens bestemmelser.

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. A har, på vegne af K, i et brev sendt den 5. februar 2010 søgt om aktindsigt i redegørelsen, som Finanstilsynets har anmodet B G/S om den 6. januar 2010. 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 henhold til offentlighedsloven i sager om den pågældende virksomhed.
...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

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

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

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

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter 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 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. ...”

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010.

8) Kendelse af 2. august 2010 (J.nr. 2009-0020875).

Pengeinstitut påbudt at opgøre visse konkrete engagementer på konsolideret basis samt at nedbringe det samlede engagement til et omfang under 25 % af pengeinstitutts basiskapital.

Lov om finansiel virksomhed § 145 m.fl. samt lov om erhvervsdrivende fonde § 2.

(Cato Baldvinsson, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 10. december 2009 har K A/S [pengeinstitut] klaget over Finanstilsynets afgørelse af 12. november 2009, hvorved tilsynet påbød pengeinstituttet at opgøre engagementerne med datterselskaberne til A [fond] på konsolideret basis samt at nedbringe det samlede engagement med datterselskaberne til et omfang under 25 % af [pengeinstitutts] basiskapital.

Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet indhentet udtalelse har Finanstilsynet den 28. januar 2010 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Sagsfremstilling

Finanstilsynet har under en ordinær undersøgelse af K A/S ... i august 2009 konstateret, at K har et samlet engagement med datterselskaber af A (Fonden) på ... tkr. Dette beløb overstiger 25 pct. af basiskapitalen med ... tkr. Finanstilsynet anser forholdet for værende i strid med § 145 i lov om finansiel virksomhed (FiL).

K oplyste på undersøgelsen, at engagementerne med fondens datterselskaber opgøres separat, primært på baggrund af en fortolkning af Finanstilsynets rapport fra en tidligere undersøgelse i 2001.

Finanstilsynet orienterede K om overskridelsen på det afsluttende møde den 26. august 2009 og informerede K om, at tilsynet ville træffe en afgørelse vedrørende overskridelsen af § 145.

I forlængelse af Finanstilsynets undersøgelse af K fremsendte Finanstilsynet den 9. oktober 2009 en rapport til K med de væsentligste konklusioner fra undersøgelsen Her blev K gjort opmærksom på, at det fortsat var Finanstilsynets holdning, at engagementerne med Fondens datterselskaber skulle vurderes som sammenhørende i henhold til FiL § 145, men at tilsynet ville vende tilbage med en afgørelse.

Finanstilsynets direktør Ulrik Nødgaard, der besøgte K i en anden sammenhæng, meddelte mundtligt K tilsynets afgørelse på et møde den 22. oktober 2009.

Finanstilsynets afgørelse blev herefter fremsat skriftligt over for K den 12. november 2009 ”

I Finanstilsynets afgørelse af 12. november 2009 hedder det:

”Finanstilsynet kunne på tilsynets ordinære undersøgelse af K i august 2009 konstatere, at K har engagementer med datterselskaber af A. Fondens ejerandel af de pågældende selskaber er 85 % eller mere.

...

Ifølge § 145 i lov om finansiel virksomhed må et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for særlige sikre krav ikke overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128. Basiskapitalen opgøres uden tillæg i medfør af § 135, stk. 1, nr. 4, og fradrag i medfør af § 139, stk. 1, nr. 4 og 5.

Afgørelse:

Finanstilsynet skal i henhold til lov om finansiel virksomhed § 145, stk. 1, påbyde at K skal opgøre engagementerne med fondens datterselskaber på konsolideret basis. Finanstilsynet skal som følge heraf ligeledes påbyde K at nedbringe det samlede engagement til et omfang under 25 % af K's basiskapital.

I den forbindelse anmodes K A/S om inden den 31. december 2009 at indsende en plan for nedbringelse af engagementerne med fondens dat-

terselskaber. Finanstilsynet vil herefter tage stilling til, indenfor hvilken tidsfrist K skal nedbringe engagementerne. ...

Begrundelse:

Ifølge § 145 i lov om finansiel virksomhed må et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for særlige sikre krav ikke overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128. Basiskapitalen opgøres uden tillæg i medfør af § 135, stk. 1, nr. 4, og fradrag i medfør af § 139, stk. 1, nr. 4 og 5.

I forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse gennemgik tilsynet K's kreditpolitik, hvoraf fremgår af pkt. 1.1.7 om koncernselskaber, at selskaber indenfor samme koncern, herunder moder-, datter-, og søsterselskaber skal vurderes sammenhørende jf. lov om finansiel virksomhed § 145.

K oplyste imidlertid, at engagementer med fondens datterselskaber er undtaget fra denne hovedregel og er opgjort separat, primært med baggrund i K's fortolkning af Finanstilsynets rapport fra undersøgelsen i 2001.

Det fremgår af rapporten, at *"Finanstilsynet konstaterede ved undersøgelsen, at K opgjorde engagementerne B og C samlet i forhold til bank- og sparekasseloven § 23 (nugældende lov om finansiel virksomhed § 145).*

Begge selskaber ejes af A, som K ikke har engagement med. A har stillet sikkerhed for begge engagementer.

På baggrund af det oplyste er der ikke sammenhæng mellem de to engagementer. Engagementerne skal derfor opgøres separat i forhold til bank- og sparekasseloven § 23."

Ved undersøgelsen i 2001 havde K engagementer med C A/S (ejet 33 % af fonden) og med B A/S (ejet 100 % af fonden). K havde ikke engagement med fonden.

Efter Finanstilsynets mangeårige praksis betragtes koncernselskaber altid som sammenhørende kunder, hvilket er baseret på den betydelige ledelsesmæssige og økonomiske sammenhæng, der som hovedregel er blandt selskaber i samme koncern.

Finanstilsynets afgørelse efter undersøgelsen i 2001 er i overensstemmelse med denne praksis, idet der ikke statueres sammenhæng mellem et helejet datterselskab af fonden og et selskab, fonden kun ejer 33 % af.

K har efter 2001 indgået engagementer med flere af fondens datterselskaber, men har ikke foretaget konsolidering af disse, idet K efter det oplyste har fortolket Finanstilsynets rapport fra 2001 således, at der ikke skulle ske konsolidering af engagementerne med fondens datterselskaber, så længe K ikke havde engagement med fonden.

På baggrund af, at K nu har engagementer med selskaber, som fonden kontrollerer skal Finanstilsynet påbyde K, at der skal ske konsolidering af engagementer inden for koncernen A og dennes datterselskaber.

...”

I klageskrivelse af 10. december 2009 har K A/S anført:

”...K er af den opfattelse, at der ikke skal ske en sammenlægning af engagementerne med Fondens datterselskaber, hvilket begrundes i følgende:

- Fondens har i dag 8 datterselskaber, der er ejet med enten 100 % eller 80/80 %. Der er tale om 3 ejendomsdatterselskaber, samt 5 investeringsselskaber Der er en bestyrelse på 3 personer i hvert selskab. Kun i de 3 ejendomsselskaber er der den samme bestyrelse/ledelse, og dette er kun tilfældet, fordi aktiviteten i selskaberne er den samme. I de 5 investeringsselskaber er der forskellige bestyrelser, dog med 1 eller 2 personer som ”gængere”.
- Fonden udgør ikke en koncern i regnskabsmæssig sammenhæng, og det er alene Fondens datterselskaber, der har optaget lån i K. Disse datterselskaber udgør i relation til lov om finansiel virksomhed § 145 en gruppe af indbyrdes forbundne kunder, hvor ingen udøver kontrol over den anden eller de andre. Det fremgår af lovkommentarerne, at kun såfremt der består en sandsynlighed for, at hvis det ene selskab kommer i økonomiske vanskeligheder, vil det andet eller de andre selskaber også få vanskeligheder med tilbagebetalingen, skal engagementerne anses for at udgøre en helhed. K, der har et indgående kendskab til Fonden og dennes selskaber, finder ikke, at der er sandsynlighed for, at såfremt et af Fondens datterselskaber kommer i økonomiske vanskeligheder, vil det også gælde de andre selskaber.
- Ved Finanstilsynets ordinære inspektion i 2001 konstaterede Tilsynet i sin rapport, at K opgjorde engagementerne med Fondens daværende 2 selskaber samlet. Det blev både mundtligt (under inspektionen) og skriftligt pålagt K at opgøre engagementerne separat. Ifølge den mundtlige dialog med Finanstilsynet skulle den separate opgørelse ske, fordi der ikke var sandsynlighed for, at det ene selskabs eventuelle økonomiske vanskeligheder ville medføre økonomiske vanskeligheder i det andet. I den skriftlige afgørelse var begrundelsen anført som følger: ”Begge selskaber ejes af A, som K ikke har engagement med. A har stillet sikkerhed for begge engagementer. På baggrund af det oplyste er der ikke sammenhæng mellem de to engagementer.”
- Frem til Finanstilsynets ordinære inspektion af K i 2005 stiftede Fonden 3 nye selskaber. Med baggrund i Finanstilsynets afgørel-

se fra 2001 opgjorde K engagementerne med de nu 5 selskaber separat, hvilket ikke blev påtalt af Finanstilsynet, hverken under eller efter inspektionen.

- Frem til Finanstilsynets ordinære inspektion af K i 2009 stiftede eller tilkøbte Fonden 3 nye selskaber. Med baggrund i Finanstilsynets afgørelse fra 2001 samt bekræftelse af den separate engagementsopgørelse ved inspektionen i 2005 opgjorde K fortsat engagementerne med de nu 8 selskaber separat, hvilket blev påtalt af Finanstilsynet ved inspektionen i 2009 (en ny inspektør i forhold til i 2001 og 2005). Finanstilsynet anfører i sin afgørelse fra den 12. november 2009 – som noget nyt for K i forhold til inspektionerne i 2001 og 2005 – at baggrunden for afgørelsen fra 2001 er, at Fondens 2 daværende selskaber ikke begge var helejede. Det ene ejedes således alene med 1/3. Hvordan denne baggrund så hænger sammen med bekræftelsen ved inspektionen i 2005 af K's separate opgørelse af engagementerne med de nu 5 selskaber, heraf 4 helejede, har Finanstilsynet indtil videre ikke oplyst noget om.
- K har – som krævet – i mange år hvert kvartal indberettet de største engagementer til Finanstilsynet, herunder engagementer med flere af Fondens datterselskaber. Dette har ikke på noget tidspunkt givet anledning til bemærkninger fra Finanstilsynet side. Ved inspektionerne er Finanstilsynet blevet godt kendt med selskaberne, og der har siden 2001 på alle engagementerne været påført følgende tekst: ”Da A ikke har engagement i K, opgøres engagementer med selskaber ejet af Fonden separat i henhold til Bank- og Sparekasselovens § 23” (senere anført som: I henhold til Lov om finansiel virksomhed § 145).

Det er uvist for K, om Finanstilsynets tilgang her i 2009 til opgørelse af engagementerne med Fondens selskaber hænger sammen med den igangværende økonomiske krise, men hvorom alting er, så har mange af selskaberne eksisteret i en del år, og de har gennem årene givet rigtig pæne resultater.

Som tidligere nævnt har Fonden ikke engagement med K, og hvad angår engagementerne med Fondens selskaber anses det ikke for sandsynligt, at skulle et af Fondens selskaber komme i økonomiske vanskeligheder, vil de andre også få vanskeligheder med tilbagebetalingen. På dette grundlag bør det således ikke påbydes K at opgøre engagementerne med Fondens selskaber på konsolideret basis.
...”

Finanstilsynet har i ovennævnte redegørelse af 28. januar 2010 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”Afgørelsens retlige grundlag

I henhold til § 145 i lov om finansiel virksomhed må et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller en gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for særlige sikre krav ikke overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128. Basiskapitalen opgøres uden tillæg i medfør af § 135, stk. 1, nr. 4, og fradrag i medfør af § 139, stk. 1, nr. 4 og 5.

I bemærkningerne til § 145 (lovforslag L 176, Folketinget 2002-2003) er følgende anført:

”Ved «gruppe af indbyrdes forbundne kunder» forstås efter stk. 1, 1. pkt., enten to eller flere fysiske eller juridiske personer, der – indtil det modsatte er godtgjort – for så vidt angår engagementet udgør en helhed, fordi en af dem udøver direkte eller indirekte kontrol med den anden eller de andre, eller to eller flere fysiske eller juridiske personer, hvoraf ingen udøver kontrol med den anden eller de andre nævnt i første led, men som for så vidt angår engagementet må anses for at udgøre en helhed, fordi der består sådanne indbyrdes forbindelser mellem dem, at der er sandsynlighed for, at hvis den ene kommer i økonomiske vanskeligheder, vil den anden eller de andre også få vanskeligheder med tilbagebetalingen.

Finanstilsynet har i sin hidtidige praksis dog også tillagt andre momenter som f.eks. fælles ledelse vægt ved afgørelse af, om der forelå samhørighed.”

I lov om finansiel virksomhed – med kommentarer (2007), er Finanstilsynets mangeårige praksis vedrørende anvendelsen af § 145 i FiL beskrevet. På side 620 anføres således:

”Finanstilsynets praksis er meget vidtgående med hensyn til at statuere, at der er tale om indbyrdes forbundne kunder. Der er herved lagt vægt på den store risiko som der løbes ved at yde for store engagementer (kreditter mv.).

Finanstilsynet har en righoldig praksis på området. De fleste afgørelser er meget konkret begrundet. Der kan dog udledes nogle generelle regler fra denne praksis:

(...)Koncernselskaber betragtes altid som sammenhørende kunder.”

1. Finanstilsynets vurdering

Kriteriet om indbyrdes forbundne kunder

K gør i sin klage gældende, at der ikke er nogen direkte eller indirekte kontrol mellem Fondens datterselskaber.

Det er et kriterium for at kræve konsolideret opgørelse af en kundegrupes engagementer med en finansiel virksomhed efter FiL § 145, at der er tale om en gruppe af indbyrdes forbundne kunder.

Ifølge bemærkningerne til FiL § 145 kan der forelægge en gruppe af indbyrdes forbundne kunder i to tilfælde. For det første hvor to eller flere fysiske eller juridiske personer udgør en helhed, fordi en af dem udøver

direkte eller indirekte kontrol med den anden eller de andre. For det andet i de tilfælde, hvor to eller flere fysiske eller juridiske personer udgør en helhed, hvoraf ingen udøver kontrol med den anden eller de andre, men må anses at udgøre en helhed, fordi der består sådanne indbyrdes forbindelser mellem dem, at der er sandsynlighed for, at hvis den ene kommer i økonomiske vanskeligheder, vil den anden eller de andre også få vanskeligheder med tilbagebetaling.

Hvorvidt der er tale om indbyrdes forbundne kunder vil bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

Som nævnt overfor har Finanstilsynet en mangeårig praksis, hvorefter koncernselskaber altid betragtes som sammenhørende kunder, der omfattes af FiL § 145. Denne praksis er baseret på den betydelige ledelsesmæssige og økonomiske sammenhæng, der som hovedregel er blandt selskaber i samme koncern.

Denne koncernbetragtning lægger sig op ad første led i bemærkningerne til FiL § 145, hvor en kundegruppe udgør en helhed som følge af den indbyrdes kontrol i gruppen.

Således anser Finanstilsynet Fondens kontrol med datterselskaberne for værende det helt afgørende moment, uanset at Fonden ikke selv har engagementer med K. Det er således det kontrollerende moderselskabs forbindelse med datterselskaberne, som fører forholdet ind under FiL § 145.

Ved bedømmelsen af, om et forhold falder ind under FiL § 145 lægges der vægt på om der vil være påvirkning mellem de indbyrdes forbundne kunder, såfremt den ene kunde kommer i økonomiske vanskeligheder.

Det blev konstateret under Finanstilsynets undersøgelse i august 2009, at såfremt et af Fondens datterselskaber havde et negativt resultat, blev der via Fonden overført værdier fra et andet datterselskab for at udligne det negative resultat, hvilket illustrerer den indbyrdes sammenhæng mellem selskaberne.

Koncernbegrebet

I relation til koncernbetragtningen anfører K, at Fonden ikke udgør en koncern i regnskabsmæssig sammenhæng.

I lov om finansiel virksomhed § 5, stk. 1, nr. 9, defineres en koncern som en modervirksomhed og dens dattervirksomheder.

I § 2 i lov om erhvervsdrivende fonde er begrebet koncern defineret som et moderselskab og en eller flere dattervirksomheder, ...

På baggrund af disse definitioner anser Finanstilsynet Fonden og dennes datterselskaber for at udgøre en koncern.

Finanstilsynets undersøgelse i 2001

K gør gældende, at Finanstilsynet ved sin afgørelse i 2009 ændrer sin praksis i forhold til undersøgelserne i 2001 og 2005 vedrørende vurderingen af FiL § 145.

...

Ved undersøgelsen i 2001 havde K engagementer med C A/S (ejet 33 pct. af Fonden) og med B A/S (ejet 100 pct. af Fonden). K havde ikke engagement med Fonden.

I 2009 er Fondens ejerandel af datterselskaberne 80 pct. eller mere,

Der er på denne baggrund ikke tale om en praksisændring ved afgørelsen i 2001. Finanstilsynets mangeårige praksis, hvorefter koncernselskaber altid anses som sammenhørende kunder, er således overensstemmende med resultatet i 2001, hvor de to nævnte selskaber ikke var koncernforbundne, da fondens aktiebeholdning i det ene selskab alene var 35 pct.

Forskellen mellem de to afgørelser skyldes således, at Fonden på grund af den lille ejerandel ikke kunne anses som et kontrollerende moderselskab i 2001, for så vidt angår C A/S. Der kan således ikke statueres sammenhæng mellem et helejet datterselskab af Fonden og et selskab, som Fonden kun ejer med 33 pct.

K fejlfortolker således afgørelsen fra 2001. Finanstilsynet bemærker, at K udelukkende anlægger denne specielle fortolkning af koncernbegrebet på forholdet mellem Fonden og dennes datterselskaber. I alle andre sammenhænge opgør K sine engagementer i overensstemmelse med reglerne og K's egen kreditpolitik, hvorefter koncernselskaber, som er selskaber inden for samme koncern, herunder moder-, datter-, og søsterselskaber, skal vurderes sammenhørende, jf. FiL § 145.

Finanstilsynets undersøgelse i 2005

K gør endvidere gældende, at Finanstilsynet ved en undersøgelse i 2005 har bekræftet, at der ikke skulle ske konsolidering af engagementerne med Fondens datterselskaber.

Denne påstand er ikke korrekt. Spørgsmålet om konsolidering af Fondens datterselskaber blev ikke særskilt drøftet ved undersøgelsen.

K's årlige indberetninger

K angiver endvidere, at K hvert kvartal indberetter de største engagementer til Finanstilsynet, herunder engagementer med flere af Fondens datterselskaber, og at dette ikke på noget tidspunkt har givet anledninger til bemærkninger fra tilsynets side.

Ifølge FiL § 145, stk. 3, skal engagementer, der udgør 10 pct. eller mere af basiskapitalen, indberettes til Finanstilsynet hvert kvartal.

I tilknytning hertil bestemmes det i § 8, stk. 2 i bekendtgørelsen om store engagementer (nr. 1472 af 13. december 2006), at modervirksomheder skal foretage indberetning af de engagementer, der på koncernniveau overstiger grænsen på 10 pct.

Når Finanstilsynet modtager indberetninger fra de finansielle virksomheder efter FiL § 145, stk. 3, ser tilsynet på størrelsen af engagementet samt navnet på den kunde, som engagementet vedrører. Finanstilsynet undersøger som hovedregel ikke koncernsammenhængen nærmere ved institutternes indberetning og har heller ikke pligt til dette i relation til indberetningen. Finanstilsynet godkender således heller ikke indberetningen.

Finanstilsynet kender således ikke koncernsammenhængen ved indberetningerne. Det er institutternes eget ansvar at oplyse om koncernsammenhænge, som har betydning for opgørelsen af engagementerne.

At Finanstilsynet ikke har givet bemærkninger om koncernbetragtninger i relation til FiL § 145 i forbindelse med K's indberetninger, kan således ikke anses for at være en stiltiende godkendelse af, at K har opgjort sine engagementer i overensstemmelse med FiL.

Under Finanstilsynets undersøgelse i august 2009 blev der udarbejdet en udredning af K's koncernsammenhæng, jf. koncerndiagrammet ...

Fælles ledelse ikke relevant

K tillægger det endvidere vægt som et moment, at der ikke er fælles ledelse i datterselskaberne, jf. bemærkningerne til § 145 ovenfor.

I afgørelsen af 12. november 2009 har Finanstilsynet imidlertid ikke forholdt sig til, hvorvidt momenter som fælles ledelse mellem datterselskaberne skal tillægges vægt i det konkrete tilfælde. Allerede grundet den indbyrdes forbindelse mellem datterselskaberne samt Fondens kontrol mellem disse, vil dette ikke blive behandlet nærmere.
..."

K A/S har i skrivelse af 16. februar 2010 yderligere anført:

” ...

På det besøg, Finanstilsynets direktør aflagde i K den 22. oktober 2009, blev det korrekt nok drøftet, hvorvidt engagementerne med Fondens datterselskaber skulle opgøres på konsolideret basis eller ej. Det blev nævnt for Tilsynets direktør, at K netop om formiddagen havde afsendt en mail til finansinspektør ... med sine kommentarer til, hvorfor der (fortsat) ikke skulle ske konsolideret opgørelse. Tilsynets direktør havde ikke haft mulighed for at læse denne mail, men ville naturligvis se nærmere på den snarest muligt. Det er derfor K's opfattelse, at Tilsynets direktør ikke mundtligt den 22. oktober 2009 meddelte K Tilsynets afgørelse, men blot meddelte Tilsynets foreløbige betragtninger.

Af mailen fremgik følgende:

”Som supplement til dialogen omkring § 145 problematikken kan oplyses, at ved undersøgelsen i 2005 blev K's bevillingsprotokol som vanligt fremlagt og også gennemgået af Tilsynets inspektør. På samtlige sager med Fondens selskaber (i 2005 var der tale om en del flere selskaber end

i 2001, herunder flere 100 % ejede end i 2001) fremgik – og fremgår det stadig – at indstillingen om bevilling af sagen hviler på Tilsynets afgørelse af 2001/2002, nemlig ordret: ”Da A ikke har engagement i K opgøres engagementer med selskaber ejet af Fonden separat i henhold til Bank- og Sparekasselovens § 23”. Tilsynets gennemgang af bevillingsprotokollen gav ikke anledning til bemærkninger i relation til en eventuel problematik omkring § 23 (nu § 145), hvilket bekræftede K i, at fortolkningen af Tilsynets afgørelse fra 2001/2002 var korrekt. Såvel i 2001 som i 2005 var der mundtlig dialog med Tilsynets inspektør omkring engagementerne med Fondens selskaber”.

...

Tilsynet nævner, at det ved undersøgelsen i 2009 blev konstateret, at der via Fonden var overført værdier fra et datterselskab til et andet for at udligne det negative resultat. Dette skulle illustrere den indbyrdes sammenhæng mellem selskaberne. K ved ikke hvad Tilsynet mener hermed. Fonden har indskudt midler i et datterselskab, såfremt dette var fornødent, men datterselskaberne har ikke overført værdier til hinanden.

...

Som det fremgår af uddraget af mail til Tilsynet dateret 22. oktober 2009, jf. bemærkningerne oven for ..., gennemgik Tilsynet ved undersøgelsen i 2005 engagementerne med Fondens selskaber, ligesom der var en mundtlig dialog med Tilsynet.

...

Af ... uddrag af oversigt over indberettede engagementer i forbindelse med undersøgelsen i 2005 ses, at Tilsynet har anført engagementsstørrelse samt karakter ud for de enkelte engagementer. Fondens selskaber ... har alle fået topkarakteren på 3 og har selvfølgelig – ikke mindst grundet deres størrelse – været genstand for en nærmere drøftelse.

Hverken Tilsynets gennemgang af engagementerne eller dialogen med K om engagementerne førte dog til, at K skulle ændre på den praksis, der blev indført ved Tilsynets afgørelse fra 2001/2002. K blev med andre ord bekræftet i sin fortolkning af Tilsynets afgørelse fra 2001/2002.

For fuldstændighedens skyld skal gentages, at K ikke betragter Fondens datterselskaber som indbyrdes forbundne i henhold til § 145 i lov om finansiel virksomhed, idet der ikke er sandsynlighed for, at vis et af selskaberne kommer i økonomiske vanskeligheder, vil det også gælde et eller flere af de andre selskaber.

...”

Finanstilsynet har i skrivelse af 19. marts 2010 bemærket:

”...

Det er ikke korrekt, når K i sit indlæg af 9. marts 2010 påstår, at den tid der er gået mellem det afsluttende møde den 26. august 2009 og fremsendelsen af den endelige afgørelse den 12. november 2009 (ca. 2 ½ måned), kan tages til udtryk for, at Finanstilsynet har været i tvivl om sagens retlige grundlag.

I forbindelse med undersøgelsen i K i august 2009 konstaterede Finanstilsynet ved gennemlæsning af forhandlingsprotokollen, at der i forbindelse med et negativt resultat i et af A's (Fonden) datterselskaber blev overført midler fra et andet datterselskab via Fonden.
..."

K A/S har ved skrivelse af 31. marts 2010 bemærket:

”...

Finanstilsynet nævner endnu en gang, at det ved gennemlæsning af forhandlingsprotokollen er konstateret, at der i forbindelse med et negativt resultat i et af A's datterselskaber blev overført midler fra et andet datterselskab via Fonden.

K skal gentage det i vor skrivelse af 16. februar 2010 anførte, nemlig at K ikke ved, hvad Tilsynet mener hermed. Som det blev forklaret, har Fonden indskudt midler i et datterselskab, såfremt dette var fornødent, men datterselskaberne har ikke overført værdier til hinanden for at udligne et negativt resultat.”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 145, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed må et engagement, jf. § 5, stk. 1, nr. 16, med en kunde eller en gruppe af indbyrdes forbundne kunder efter fradrag for særlige sikre krav ikke overstige 25 pct. af basiskapitalen, jf. § 128. Basiskapitalen opgøres uden tillæg i medfør af § 135, stk. 1, nr. 4, og fradrag i medfør af § 139, stk. 1, nr. 4 og nr. 5.

A og dets datterselskaber udgør en koncern, jf. nærmere lov om finansiel virksomhed § 5, stk. 1, nr. 9, og lov om erhvervsdrivende fonde § 2.

Således som begrebet en gruppe af indbyrdes forbundne kunder er fastlagt i bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed (L 176, 2002/03), finder Erhvervsankenævnet, at med fonden som kontrollerende modervirksomhed udgør de efter § 145, stk. 1, en gruppe af indbyrdes forbundne kunder, uanset fonden ikke selv har et engagement med K A/S. Ankenævnet tiltræder derfor påbuddene om at opgøre engagementerne med fondens datterselskaber på konsolideret basis samt at nedbringe det samlede engagement til et omfang under 25 % af pengeinstituttets basiskapital.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 12. november 2009.

9) Kendelse af 14. oktober 2010 (J.nr. 2010-0021348).

Nyt teknisk grundlag indeholdt ikke dele, der kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på livsforsikringsområdet.

Lov om finansiel virksomhed § 10 samt bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag mv. for livsforsikringsvirksomhed § 4.

(Mette Havning, Frank Cederbye og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. marts 2010 har advokat A på vegne af K [pensionselskab] klaget over Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010, hvorved Finanstilsynet meddelte, at det særskilte bilag benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2” anmeldt af K den 8. oktober 2009 ved selskabets anmeldelse af nyt teknisk grundlag for [pensionsordning], ikke indeholder dele, der kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på livsforsikringsområdet, og at tilsynet derfor agter at offentliggøre selskabets anmeldelse inklusiv den tilhørende redegørelse.

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

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010 hedder det:

”Offentliggørelse af teknisk grundlag for [pensionsordning]

Afgørelse

Det er samlet Finanstilsynets vurdering, at selskabets særskilte bilag, benævnt *Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2*, ikke indeholder dele, der kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

I medfør af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 3, agter Finanstilsynet derfor at offentliggøre selskabets anmeldelse af 8. oktober 2009 af [pensionsordning] inkl. den tilhørende *Redegørelse i henhold til § 4, stk.2*, fire uger fra dato.

Indledning

I anmeldelse af 8. oktober 2009 har selskabet på foranledning af Finanstilsynets afgørelse af 14. september 2009 indsendt en ny anmeldelse af teknisk grundlag for [pensionsordning] til erstatning for den tidligere anmeldelse af 1. juni 2009.

Selskabets nye anmeldelse af teknisk grundlag for [pensionsordning] består af en ny offentlig del og et nyt særskilt bilag, benævnt *Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2*, der ikke er offentligt tilgængeligt, jf. bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed (herefter benævnt anmelderbekendtgørelsen).

Selskabet har desuden i et særskilt bilag, benævnt *Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4*, der ikke er offentligt tilgængeligt, jf. anmelderbekendtgørelsen, redegjort for, hvorfor selskabet ønsker dele af anmeldelsen placeret i et ikke-offentligt tilgængeligt særskilt bilag i henhold til bekendtgørelsens § 4, stk. 2.

I Finanstilsynets afgørelse af 14. september 2009 påbød tilsynet selskabet at redegøre for, hvorfor de dele af det anmeldte tekniske grundlag, der anføres i et særskilt bilag i henhold til bekendtgørelsens § 4, stk. 2, efter selskabets opfattelse er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Vurdering

Finanstilsynet har gennemgået selskabets *Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4*. Tilsynets vurdering af de af selskabet anførte detaljer fremgår nedenfor.

Vedrørende Indbetalingssikring anfører selskabet

"Det er K's vurdering, at elementet Indbetalingssikring i [pensionsordning] er en nyskabelse. Indbetalingssikring svarer til "præmiefritagelse", som i sig selv naturligvis ikke er et nyt begreb. Det nye ligger i måden, Indbetalingssikring virker på. Der tages ikke udgangspunkt i aftalte (fremtidige) præmier, men i den seneste indbetaling til opsparingen. Det bemærkes, at begrebet "præmiefritagelse" efter K's vurdering ikke har en entydig naturlig fortolkning i et markedsrenteprodukt uden aftalte præmier og ydelser, og den valgte metode er derfor nyskabende."

Finanstilsynets vurdering af Indbetalingssikring

Efter Finanstilsynets vurdering er det ikke en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, at der ved beregning af betalingen for indbetalingssikring tages udgangspunkt i den seneste indbetaling til opsparingen og ikke i de aftalte fremtidige indbetalinger/præmier. Det er korrekt, at begrebet "præmiefritagelse" ikke har en entydig fortolkning i et markedsrenteprodukt uden aftalte præmier og ydelser. Men det gør ikke den af K valgte beregningsmetode til en egentlig nyskabelse på området.

Vedrørende Udbetalingssikring anfører selskabet

"Det er K's vurdering, at den gradvise tilknytning af udbetalingssikring er en nyskabelse. Der er her tale om en metode for tilknytning af udbetalingssikring, når pensionsalderen nærmer sig, hvorved der sker en meget glidende overgang mod mere sikre investeringsaktiver, hvilket medfører en meget kraftig reduktion af den timing-risiko, der ligger i den førstnævnte variant (hvor udbetalingssikring tilknyttes fuldt ud på en gang 10 år før pension)."

Finanstilsynets vurdering af Udbetalingsssikring

Teknikken i K's udbetalingsssikring er, at den kan vælges for hele opsparingen ti år før udløb eller kan tilknyttes gradvist indenfor de sidste ti år før udløb. Sikringen består i at flytte den sikrede opsparing over i aktiver med en mindre risiko i kombination med at beregne den sikrede opsparing ud fra en lav grundlagsrente. Denne teknik er ikke enestående og ses i andre virksomheder. Hvert 5. år efter pensionering regnes en ny udbetalingsssikring gældende 5 år senere i en 5 års periode. Efter Finanstilsynets vurdering er denne teknik ikke en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Vedrørende Omkostningsstrukturen anfører selskabet

"Omkostningsstrukturen i [pensionsordning] er på flere punkter nyskabende i forhold til eksisterende produkter på det danske pensionsmarked. Omkostningerne er som nævnt splittet op i en række delelementer. Det giver en stor fleksibilitet i og med, at forskellige ordninger kan have tilknyttet forskellige service- og rådgivningselementer. Dette kan også gælde for forskellige pensionsopspare, der er omfattet af samme overordnede aftale. Hensigten er bl.a. at give mulighed for, at hver pensionsopsparer betaler for netop de service- og rådgivningselementer, der er knyttet til vedkommendes ordning. Ved solidariske priser finder dette princip anvendelse på niveauet for den overordnede aftale.

Det er endvidere nyskabende, at der er fleksibilitet for så vidt angår mulighederne for, hvordan omkostningerne opkræves.

Endelig er det nyskabende, at fleksibiliteten også gælder over tid, forstået på den måde, at omkostningselementerne kan variere indenfor den enkelte ordning over tid."

Finanstilsynets vurdering af Omkostningsstrukturen

Efter Finanstilsynets vurdering er det ikke en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, at man kan vælge imellem flere typer opkrævningsmetoder. At det giver fleksibilitet at splitte omkostningerne op i en række delelementer, der kan kombineres efter behov, er ikke en egentlig nyskabelse. At enhver kunde tilstræbes at betale for netop sine behov i form af betaling for de servicetyper, kunden behøver, er heller ikke en egentlig nyskabelse.

Vedrørende Prisberegning anfører selskabet

"Efter K's opfattelse er det en nyskabelse, at alle priser på forsikringsdækninger som udgangspunkt bygger på 1-årige naturlige præmier med anvendelse af aktuel markedsrentekurve ved prisberegningen. Endvidere er det Ks opfattelse, at prisberegningerne rummer nyskabende elementer. Her tænkes specielt på prisberegningen vedrørende indbetalingssikring. Det er i sig selv nyskabende, at prisen for indbetalingssikring er opdelt i priser på de forskellige elementer, som indbetalingssikringen dækker over. Herudover er beregningen af prisen på indbetalingssikring vedrørende opsparingsdækningen nyskabende. Sidstnævnte har således krævet udvikling af ny teori, som ikke er tilgængelig i den eksisterende faglitteratur."

Finanstilsynets vurdering af Prisberegning

Efter Finanstilsynets vurdering er det ikke en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området at anvende etårige naturlige risikopræmier med anvendelse af en markedsrentekurve. Prisberegningen for indbetalingssikring er opdelt i de forskellige elementer, som indbetalingssikringen dækker. Formelapparatet er kendt og gængs matematik. Selvom den 'etårige' tidshorisont ikke figurerer så ofte i den tilgængelige faglitteratur, så dækker litteraturen de opstillede prisformler. For så vidt angår passiver, hvori indgår diskontering i henhold til rentekurve, er teknikken i forskellige varianter beskrevet i en række tilgængelige fagartikler og lærebøger til kurser i finansiel teori og livsforsikringsmatematik.

Vedrørende Formelapparatet for dækninger anfører selskabet

”En række af formlerne er nyskabende. Dette gælder specielt de formler, der vedrører dækninger med indbetalingssikring. Disse har krævet udvikling af ny teori, som ikke er tilgængelig i den eksisterende faglitteratur.”

Finanstilsynets vurdering af Formelapparatet

Efter Finanstilsynets vurdering er det af selskabet udviklede formelapparat ikke en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området. Se tilsynets bemærkninger ovenfor vedrørende formelapparatet til selskabets prisberegning.
...”

I klageskrivelse af 3. marts 2010 har advokat A anført:

”...

For Erhvervsankenævnet nedlægger jeg følgende

Påstand 1

Principal: Finanstilsynet pålægges at undlade at offentliggøre selskabets redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen vedlagt selskabets anmeldelse af 8. oktober 2009 af [pensionsordning].

Subsidiært: Sagen hjemvises til fornyet behandling i Finanstilsynet.

Påstand 2

Klagen begæres tillagt opsættende virkning.

Anbringender

1. Til støtte for den nedlagte påstand 1 gøres det gældende, at den med anmeldelsen af 8. oktober 2009 af [pensionsordning] følgende ”redegørelse i henhold til § 4, stk. 2” indeholder forsikringstekniske beregninger og metoder, som udgør en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, og som K selv behandler fortroligt.

Der henvises til bekendtgørelse nr. 1067 af 27. oktober 2006 om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed § 4, stk. 2.

Det er K's opfattelse, at de anførte forsikringstekniske beregninger og metoder er egentlige nyskabelser i forhold til tilgængelig viden på området, jf. den uddybende redegørelse i bilag

2. Det giver uden videre sig selv, at K ikke kan dokumentere, at der er tale om ny viden med henvisning til allerede offentliggjorte anmeldelser, litteratur eller formelsamlinger. Det følger af selve den omstændighed, at det er K's opfattelse, at der er tale om nyskabelser, som netop ikke kan findes de anførte steder. K's videre argumentation må derfor afvente, at Finanstilsynet oplyser, hvor de anførte forhold allerede er beskrevet i eksisterende offentliggjorte anmeldelser eller litteratur eller formelsamlinger. Derefter vil K påvise, at de af Finanstilsynet oplyste forhold ikke svarer til anmeldelsen. Der fremsættes derfor følgende opfordringer:

Indbetalingssikring

Finanstilsynet **opfordres(1)** til at oplyse, hvor den anførte viden er offentligt tilgængelig. Endvidere opfordres Finanstilsynet til at redegøre for, hvor den valgte beregningsmetode er offentlig tilgængelig.

Udbetalingsikring

Finanstilsynet **opfordres(2)** til at oplyse, hvor den anførte teknik er offentligt tilgængelig. I den forbindelse **opfordres(3)** Finanstilsynet til at oplyse, i hvilke andre virksomheder den anførte teknik anvendes.

Omkostningsstrukturen

Finanstilsynet **opfordres(4)** til at oplyse, hvor den anførte viden er offentligt tilgængelig.

Prisberegning

Finanstilsynet **opfordres(5)** til at oplyse, hvor den anførte viden er offentligt tilgængelig.

3. Det rejste spørgsmål anses for at være et retsspørgsmål, hvorfor Erhvervsankenævnet har kompetence til at foretage endelig afgørelse i sagen.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte være af den opfattelse, at der er tale om en skønsmæssig afgørelse henvises til den subsidiære påstand, idet de udøvede skøn i så fald er behæftet med sådanne mangler, at sagen bør hjemvises til fornyet behandling.

...”

I det i klageskrivelsen nævnte bilag – benævnt ”Uddybning af egentlig nyskabende elementer” – anføres det:

” ...

Ks anmeldelse af Teknisk grundlag for [pensionsordning] af 8. oktober indeholdt en særskilt redegørelse i henhold til § 4, stk. 4, hvori anmeldelsen af bilagene ... til det tekniske grundlag i henhold til § 4, stk. 2, blev uddybet med kortfattende begrundelser knyttet til de enkelte bilag.

Da bilag ... ikke kan læses uden forsikringsmatematiske forudsætninger, og da ovennævnte anførte begrundelser som nævnt var kortfattede, søges der i det følgende grundigt redegjort for den nyskabelse, som ligger i hvert af de nævnte elementer omtalt i bilag ..., således at deres nyskabende karakter kan vurderes uden tekniske forudsætninger.

Vedr. Bilag ... (Indbetalingssikring)

Elementet Indbetalingssikring, som svarer til ”præmiefritagelse” (ved invaliditet/tab af erhvervsevne), i [pensionsordning] er på flere punkter en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området og i forhold til eksisterende produkter.

Traditionelle pensionsprodukter består – groft sagt – af en kombination af garanterede ydelser ved alderspensionering, invalidepensionering, død etc., og et aftalt præmieforløb, hvor såvel ydelser som præmier fastlægges på tegningstidspunktet. Traditionelle pensionsprodukter er således hovedsageligt ydelsesbaserede produkter, hvor man med de aftalte præmier betaler for de garanterede ydelser (hertil kommer typisk en ret til bonus, men det er ikke essentielt her).

Sådanne produkter kan tegnes med eller uden ret til ”præmiefritagelse” (ved invaliditet), hvorved den forsikrede fritages for at betale præmier i tilfælde af invaliditet, men i øvrigt bibeholder retten til de garanterede ydelser. Det er således veldefineret, hvad ”præmiefritagelse” indebærer.

Markedsrenteprodukter (såsom [pensionsordning]) adskiller sig generelt i denne henseende fundamentalt fra traditionelle produkter ved, at der typisk ikke er tilknyttet garanterede ydelser og heller ikke er aftalt et fast præmieforløb ved tegning. Dermed spiller opsparingen, som tilskrives et markedsafkast, en fundamental rolle, og der er således hovedsageligt tale om opsparingsbaserede pensionsprodukter.

På markedsrenteprodukter indsættes den betalte præmie efter fradrag af bl.a. risikopræmier (betaling for forsikringsdækninger) på opsparingen. Der betales således løbende for de forsikringsdækninger, der er tilknyttet ordningen. Begrebet ”præmiefritagelse” har dermed ikke – og dette anerkender Finanstilsynet i svaret – en entydig fortolkning i et markedsrenteprodukt, idet det på ingen måde er klart, hvad ”præmiefritagelse” præcist skal indebære. Der er jo fx ikke aftalt nogle bestemte ydelser ved alderspensionering.

K har kendskab til andre markedsrenteprodukter, hvor ”præmiefritagelse” består i, at ordningen videreføres, som om invaliditeten ikke var indtrådt, dog således, at selskabet overtager præmiebetalingen til ordningen baseret på fx den senest indbetalte præmie. Dette indebærer imidlertid, at der fortsat efter indtrådt invaliditet betales for forsikringsdækning mod invaliditet.

Det har været en gennemgående intention med [pensionsordning] at udvikle et pensionsprodukt, som bl.a. indeholder gennemskuelige og naturlige priser for alle forsikringsdækninger. K har brugt væsentlige ressourcer på udviklingen af begrebet Indbetalingssikring i [pensionsordning] og har i denne forbindelse overvejet mange mulige varianter (dokumentation kan fremskaffes om nødvendigt).

Indbetalingssikring i [pensionsordning] indebærer, at der ved tab af erhvervsevne (svarende til invaliditet) kan opnås ret til både fortsat forsikringsdækning mod død, Kritisk sygdom etc. og fortsatte indbetalinger til opsparingen, *uden* at der foretages fradrag for risikopræmier i denne indbetaling. Betalingen for dækningen mod død, Kritisk sygdom, etc. indregnes således i præmierne for selve disse dækninger, som – naturligt – alene betales før tabet af erhvervsevne, dvs. før indbetalingssikringen træder i kraft. De fortsatte indbetalinger til opsparingen tager ikke udgangspunkt i den samlede senest indbetalte præmie, men i den andel heraf, som (efter fradrag af risikopræmier etc.) tilføres opsparingen.

Dette giver et naturligt og let forståeligt opsparingsforløb også efter tabet af erhvervsevne, hvorved der ikke foretages ”kunstige” fradrag af irrelevante risikopræmier. Endvidere skal det tilføjes, at prisen for indbetalingssikring beregnes på hver forsikringsdækning for sig, således at der ikke er tale om én samlet ”præmiefritagelse” på hele ordningen.

K fastholder på denne baggrund, at Indbetalingssikring er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området og i forhold til eksisterende produkter.

...

Vedr. Bilag ... (Gradvis tilknytning af udbetalingssikring)

Den gradvise tilknytning af udbetalingssikring (sikrede pensionsydelse) er den altovervejende form for tilknytning af udbetalingssikring i [pensionsordning]. Den gradvise tilknytning af udbetalingssikring består i, at kunden gradvist i de sidste 10 år før pension får opbygget sikrede pensionsydelse. Dette gælder alle pensionstyper, dvs. kapitalpension, ratepension samt ophørende og livsvarig livspension.

Den gradvise tilknytning af udbetalingssikring er en egentlig nyskabelse på flere punkter.

Tilknytningen består ikke – som Finanstilsynet anfører – i at sikre opsparingen (på pensionstidspunktet), men i at sikre pensionsydelse, som udbetales, når kunden er gået på pension. For ratepension og livspension er der væsentlig forskel på disse former for sikring. I forhold til en sik-

ring af opsparingen på pensionstidspunktet er der således tale om en sikring af pensionsydelse, således at den enkelte kunde allerede i årene op til pensionen har en sikkerhed for pensionsydelse og dermed ingen usikkerhed forbundet med omregningen af opsparingen til ydelse på pensionstidspunktet. Efter Ks kendskab findes der ikke andre markedsrenteprodukter, som indebærer en direkte sikring af pensionsydelse – og ikke blot opsparingen på pensionstidspunktet – i opsparingsfasen.

Udbetalingssikringen tilknyttes gradvist. Det betyder, at der hvert år de sidste 10 år før pension foretages en opskrivning af de sikrede ydelse beregnet ud fra en andel af den aktuelle opsparing. Denne andel beregnes ud fra antallet af år til pension under hensyn til den allerede sikrede del af opsparingen (for detaljer henvises til Teknisk grundlag), således at der for kunden sikres en meget glidende opbygning af de sikrede ydelse frem mod pensionstidspunktet. Som følge heraf vil de løbende opnåede afkast inden for de sidste 10 år også medføre opskrivning af de sikrede ydelse, og på pensionstidspunktet vil der være sikret ydelse for hele opsparingen.

Ud over den gradvise tilknytning beregnet ud fra opsparingen sikres også ydelse for de løbende indbetalinger til opsparingen. Alle ydelse sikres på et 0%- eller 1,8%-grundlag, således at der specielt er indbygget en sikkerhed for de foretagne indbetalinger. Sikrede ydelse kan ikke ned-sættes som følge af negativt afkast.

Den gradvise tilknytning løser flere væsentlige problemer, som findes i forbindelse med andre markedsrenteprodukter. Nogle produkter indeholder en garanti vedrørende opsparingen på pensionstidspunktet, som tilknyttes et fast antal år før pensionstidspunktet. I en variant heraf investeres kundens midler herefter på en sådan måde, at denne garanti afdækkes af kunden "egne" investeringer. Dette medfører en betydelig timingrisiko, idet det kan være ganske ufordelagtigt, at en stor del af opsparingen bliver "tvunget" over i nogle bestemte, afdækkende investeringer på et på forhånd fastlagt tidspunkt (hertil kan indvendes, at der ikke behøver at være tale om voldsomme omlægninger, hvilket kan være korrekt, hvis der er tale om en opsparingsgaranti), men dette vil normalt ikke være tilfældet hvis der er tale om langsigtede ydelsesgarantier, i hvert fald ikke hvis garantien har en reel værd for kunden). Endvidere kan denne variant medføre, at kundens investeringer meget ensidigt rettes mod pensionstidspunktet, hvilket kan være meget ugunstigt, hvis opsparingen efterfølgende skal fordeles over en lang årrække. I andre varianter investeres kundens midler blot efter en glidende overgang mod mere sikre investeringsaktiver uden en decideret afdækning. Til gengæld opkræves så en ikke ubetydelig betaling for denne garanti, som kan være på op til 1 pct. af opsparingen årligt. Der findes andre varianter end disse, men det er ikke hensigten med nærværende uddybning at beskrive alle varianter.

I [pensionsordning] investeres kundens midler på en sådan måde, at de sikrede ydelse afdækkes. Dermed tages der allerede i opsparingsfasen investeringsmæssigt hensyn til investeringshorisonten. Da ydelse sikres gradvist, er den benævnte timingrisiko tilmed næsten fuldstændig elimineret, idet der vil være tale om meget små løbende omlægninger af op-

sparingen. Endvidere betales der ikke eksplicit for garantien (ud over en næsten ubetydelig årlig indbetaling på *administrationen* af den på 0,01 pct. af opsparingen). Endelig skal det nævnes, at investeringen foretages individuelt ud fra den enkelte kundes ydelser, dvs. afhængigt af udbetalingsform, således at der tages højde for forskellige pensionsprofiler. Dette er ikke tilfældet i produkter, hvor det alene er opsparingen på pensionstidspunktet, der sikres.

Sikringen består således ikke – som Finanstilsynet anfører – blot i at ”flytte den sikrede opsparing over i aktiver med en mindre risiko i kombination med at beregne den sikrede opsparing ud fra en lav grundlagsrente”. Som der er redegjort for ovenfor, adskiller sikringen i [pensionsordning] sig på centrale punkter herfra.

Vedr. Bilag ... (Omkostninger)

Omkostningsstrukturen i [pensionsordning] er på flere punkter fundamentalt nyskabende i forhold til eksisterende produkter på det danske pensionsmarked.

Kundernes omkostninger er splittet op i separate betalinger for en lang række delelementer, således at det er fuldstændig synliggjort for kunden, hvad denne betaler for hvert element. Omkostningerne er således overordnet delt op i

- Betaling for Servicepakke
- Betaling for Rådgivning
- Omkostninger ved Specifikke serviceydelser, fx ændring af udbetalings sikring
- Betaling for Forsikringsadministration
- Investeringsomkostninger
- Betaling til Basiskapitalen

Servicepakken er obligatorisk og indeholder helt grundlæggende police-administration, adgang til portal etc.

Delelementet Rådgivning er yderligere opdelt i en række moduler, der kan tilvælges efter den enkelte virksomhedskundes behov. Der er fuld fleksibilitet for så vidt angår betaling for disse moduler, således at der kan vælges individuel betaling for diverse rådgivningsydelser, solidarisk betaling eller en kombination heraf. Der er også mulighed for differentieret udbud af rådgivningsmoduler inden for den samme overordnede aftale, således at forskellige pensionskunder har tilknyttet forskellige rådgivningsmoduler.

Der betales eksplicit for Specifikke serviceydelser, som hver især har en individuel pris. Også her kan der dog vælges solidarisk betaling.

Betaling for Forsikringsadministration indebærer, at der for hver forsikringsdækning er tilknyttet en separat omkostningssats, således at det bliver tydeliggjort, hvad hver forsikringsdækning koster i administration (ud over betaling for selve forsikringsrisikoen).

Investeringsomkostninger er opdelt i direkte og indirekte omkostninger, og de direkte omkostninger er endvidere opdelt efter aktivklasser. Investeringsomkostningerne vil således i meget højere grad blive direkte synlige for kunderne. De indirekte omkostninger vil naturligvis også være tilgængelige for kunderne.

Betaling til Basiskapitalen er skilt ud i en separat, direkte betaling.

Helt overordnet er det en gennemgribende intention med [pensionsordning],

- at betalingerne fra hver kunde præcist afspejler netop de ydelser, den enkelte kunde modtager (evt. på solidarisk basis, således at betalingerne afspejler ydelserne knyttet til den overordnede aftale),
- at betalingerne er opdelt i elementer, således at det bliver synligt hvad hvert element koster, og
- at priserne for hvert element afspejler de faktiske omkostninger for K ved det pågældende element.

Dette underbygges for eksempel af den separate betaling til basiskapitalen, hvorved det bliver tydeligt hvad den enkelte kunde betaler til basiskapitalen, således at denne betaling ikke er indirekte indbygget i de øvrige omkostninger.

Der findes ingen pensionsprodukter på markedet, som har bare tilnærmelsesvis samme struktur. Den traditionelle betaling for administration, rådgivning, investering etc. sker alene i form af en fast procentdel af indbetalingerne i kombination med visse indirekte omkostninger (risikoforrentning etc.), som typisk ikke afhænger af ordningernes kompleksitet, dækningssammenhæng etc., og hvor det således ikke er muligt at se, hvad hvert element koster. I nogle selskaber differentieres der på overordnede niveauer, men alene mulighederne for tilvalg af enkeltmoduler findes ikke i tilnærmelsesvist samme omfang som i [pensionsordning].

Endelig skal det nævnes, at der på flere punkter som noget nyt også er fleksibilitet for så vidt angår betalingsformen, dvs. der kan betales i form af en procentdel af indbetalingerne, en procentdel af opsparingen, et kroneløb eller en kombination heraf.

K fastholder, at denne omkostningsstruktur er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Vedr. Bilag ... (Prisberegning)

Priserne på alle forsikringsdækninger i [pensionsordning] beregnes årligt med udgangspunkt i 1-årige naturlige præmier med anvendelse af aktuel markedsrentekurve og opdaterede parametre vedrørende forsikringsrisici. Dermed vil prisen på forsikringsdækningerne løbende afspejle de aktuelle markedsforhold og specielt være afhængige af det aktuelle renteniveau på tidspunktet for fastsættelse af priserne for det kommende år.

K anerkender, at der – som Finanstilsynet anfører – ikke er noget nyskabende som sådan ved anvendelse af en etårig tidshorizont, og at teknikken til beregning af passiver med markedsrentekurve er beskrevet i faglitteraturen. Det er imidlertid Ks vurdering, at det er en egentlig nyskabelse, at priser for forsikringsdækninger (og ikke blot fx regnskabsmæssige hensættelser) beregnes ud fra etårige naturlige præmier med anvendelse af markedsrentekurve.

K har således kendskab til andre produkter med priser baseret på etårige ”naturlige” præmier, hvor der anvendes en fast rente. Men dette er væsensforskelligt fra prisberegningsskemaet i [pensionsordning]. K fastholder således, at dette er en egentlig nyskabelse.

I anmeldelsen er prisberegningen vedrørende elementet Indbetalingssikring særligt fremhævet. Indbetalingssikring i [pensionsordning] er i sig selv en egentlig nyskabelse, jf. argumentationen ... ovenfor. Som nævnt har udviklingen af Indbetalingssikring krævet ikke ubetydelige ressourcer, og dette gælder i særdeleshed prisberegningerne. Det er i sig selv en egentlig nyskabelse, at prisen på Indbetalingssikring kan opdeles i priser vedrørende de enkeltes dækninger.

Dertil kommer prisen på Indbetalingssikring på opsparing. Som nævnt ... ovenfor har K kendskab til ”præmiefritagelse” på andre markedsrenteprodukter, som består i, at selskabet overtager betalingen af den senest betalte fulde præmie og herefter viderefører ordningen, som om invaliditeten ikke var indtrådt. I dette tilfælde kan prisen på ”præmiefritagelsen” muligvis beregnes efter klassiske aktuarmæssige metoder, men det kan efter Ks vurdering let føre til ”skæve”, unaturlige eller aktuarmæssigt ukorrekte priser.

[pensionsordning] er udviklet med en intention om bl.a. forståelse, gennemsigtighed, enkelthed samt naturlige, aktuarmæssigt korrekte priser. Den udviklede Indbetalingssikring på opsparingen og prissætningen heraf lever fuldt ud op til denne intention. Prisberegningen er opbygget på en sådan måde, at nettoindbetalingen til opsparingen (indbetalingen efter fradrag af risikopræmier etc.) videreføres efter tab af erhvervsevne. Det betyder, at der ved indbetaling foretages et fradrag, som netop modsvarer risikoen for, at K kan videreføre indbetalingen reduceret med dette fradrag efter tab af erhvervsevne. Formlen for beregningen af dette fradrag afspejler efter Ks opfattelse ikke ”kendt og gængs matematik”, som Finanstilsynet anfører.

Visse banker udbyder pensionsopsparingsprodukter med ”præmiefritagelse” (ved invaliditet/tab af erhvervsevne). I sådanne produkter betales der separat for denne ”præmiefritagelse”, dvs. der betales ud over selve indbetalingerne til opsparingen. Dette er væsensforskelligt fra virkemåden i [pensionsordning].

K fastholder, at Indbetalingssikring på opsparingen i [pensionsordning] og prisberegningen heraf er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området og i forhold til eksisterende produkter.

Vedr. Bilag ... (Dækninger)

K har i anmeldelsen fremført, at formlerne vedrørende dækningerne er nyskabende. Dette er efter Finanstilsynets vurdering ikke tilfældet.

K anerkender, at de anførte formler *isoleret set* kun i nogen grad kan anses for at være nyskabende, og at nogle af de anførte formler ikke kan anses for at være nyskabende.

Begrundelsen for anmeldelsen af Bilag 13 efter § 4, stk. 2, ligger primært i den tætte sammenhæng med Bilag 12, og sekundært i, at formeloversigten ønskes holdt samlet. K indvilliger gerne i lade de formler, som ikke anses for egentlig nyskabende, indgå i den offentligt tilgængelige del af de tekniske grundlag.”

Advokat A har ved skrivelse af 24. marts 2010 fremlagt udtalelse af 5. marts 2010 fra professor B. Af udtalelsen fremgår:

”Udtalelse vedr. Ks anmeldelse af Teknisk grundlag for [pensionsordning].

I forbindelse med Ks anmeldelse af Teknisk grundlag for [pensionsordning] er jeg i min egenskab af professor MSO i livsforsikringsmatematik ved [en uddannelsesinstitution] af K blevet bedt om at tage faglig stilling til, hvorvidt elementet Indbetalingssikring og den tilhørende prisberegning er en ”egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området”, jf. anmeldelsesbekendtgørelsen, § 4, stk. 2.

Jeg har læst Ks anmeldelse af 8. oktober 2009 og Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010 samt en uddybende fortrolig redegørelse fra K.

Det er herefter min faglige vurdering at K i forbindelse med Indbetalingssikring og prisberegning heraf har anmeldt en forsikringsteknisk beregning af Indbetalingssikring, som er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Efter mit kendskab er Ks Indbetalingssikring og prisberegning heraf ikke beskrevet i eksisterende faglitteratur. Jeg har heller ikke kendskab til at andre selskaber har anmeldt en tilsvarende implementering og prisberegning af Indbetalingssikring. Det kan principielt ikke udelukkes at andre selskaber har samme implementering og prisberegning. Men jeg finder den ikke præciseret i deres offentligt tilgængelige anmeldelser til Finanstilsynet og kan derfor ikke opfatte dem som tilgængelig viden. Ydermere ser jeg ikke noget der tyder på at andre selskaber har samme implementering og prisberegning.

Jeg understreger at jeg opfatter den metode og det forsikringstekniske ’værktøj’, der er blevet anvendt, som nyklassisk. Men de beregninger, som er foretaget med dette ’værktøj’ og som fører til implementeringen

og prisberegningen af Indbetalingssikring, anser jeg for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. april 2010 udtalt:

”...

Finanstilsynet har modtaget kopi af advokat As brev af 24. marts 2010 vedlagt udtalelse af 5. marts 2010 fra professor B.

Finanstilsynet bemærker, at der er tale om en ensidigt indhentet erklæring indhentet efter, at klagen var indgivet.

Finanstilsynet har – på trods heraf – indarbejdet tilsynets bemærkninger hertil i svarskriftet.

1. Sagsfremstilling

Denne sag vedrører, hvilke dele af det tekniske grundlag for produktet K Plus der skal være offentligt tilgængeligt.

K anmeldte ved brev af 1. juni 2009 et nyt markedsrenteprodukt kaldet [pensionsordning] ... Ved anmeldelsen var størstedelen af beskrivelsen af det tekniske grundlag for [pensionsordning]-produktet placeret i et særskilt bilag, benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2” ..., hvorved beskrivelsen ikke er offentlig tilgængelig, jf. bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed (i det følgende benævnt ”anmeldelsesbekendtgørelsen”). K redegjorde i et særskilt bilag, benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4” ... der ikke er offentligt tilgængeligt, for, hvorfor K ønskede dele af anmeldelsen placeret i et særskilt bilag i henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2.

Ved brev af 29. juni 2009 anmodede Finanstilsynet K om at specificere, hvilke dele af det tekniske grundlag for [pensionsordning], som K betragtede som egentlige nyskabelser i forhold til tilgængelig viden på området, der berettigede til, at det kunne angives i et særskilt bilag i henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2. Finanstilsynet anmodede samtidig K om at begrunde, hvorfor de udvalgte dele af det tekniske grundlag efter selskabets opfattelse udgjorde egentlige nyskabelser i forhold til tilgængelig viden på området

Det fremgår af brev af 8. juli 2009 fra K ...:

”Det er Ks klare opfattelse, at [pensionsordning] er en egentlig nyskabelse, og K behandler selv beregninger og metoder fortroligt. [pensionsordning] rummer en række elementer, hvoraf en meget væsentlig del må betegnes som nyskabelser, herunder især omkostningselementer, muligheder for tilknytning af udbetalingsikring og forvaltning heraf samt visse forsikringstekniske præmieberegninger. [pensionsordning] i sin helhed er en nyskabelse, dels fordi det udelukkende er sammensat af disse nyskabende elemen-

ter, og dels på grund af måden, hvorpå disse elementer er sat sammen til et samlet koncept.

[pensionsordning] indeholder naturligvis også elementer, som ikke i sig selv kan betegnes som nyskabende. Men det er Ks opfattelse, at en samlet beskrivelse af disse elementer ikke vil give mening, idet de er integreret i produktet og således ikke kan tillægges mening uden en tilhørende beskrivelse af helheden eller af de større elementer, som de er en del af.”

Ved brev af 14. september 2009 meddelte Finanstilsynet K følgende afgørelse ...:

”I medfør af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 3, offentliggør Finanstilsynet selskabets anmeldelse af [pensionsordning] inkl. den tilhørende Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, medmindre selskabet inden 4 uger indsender en ny anmeldelse, der opfylder følgende betingelser:

- 1. Kun de dele af anmeldelsen, som selskabet selv betragter som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, kan anføres i et særskilt bilag, benævnt Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, der ikke er offentligt tilgængeligt.*
- 2. Selskabet skal gøre nærmere rede for, hvorfor de dele af anmeldelsen, som er anført i det særskilte bilag, benævnt Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, efter selskabets opfattelse er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.”*

Den 8. oktober 2009 indsendte K en ny anmeldelse af produktet [pensionsordning] til erstatning for den tidligere indsendte anmeldelse

Ks anmeldelse af 8. oktober 2009 af teknisk grundlag for [pensionsordning] bestod af en ny offentlig del og et nyt særskilt bilag, benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”

K redegjorde i et særskilt bilag, benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4” ..., for, hvorfor K ønskede dele af anmeldelsen placeret i et ikke offentligt tilgængeligt særskilt bilag i henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2.

Ved Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010 meddelte Finanstilsynet K følgende:

”Det er samlet Finanstilsynets vurdering, at selskabets særskilte bilag benævnt Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, ikke indeholder dele, der kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

I medfør af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 3, agter Finanstilsynet derfor at offentliggøre selskabets anmeldelse af 8. oktober

2009 af [pensionsordning] inkl. den tilhørende Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, fire uger fra dato.”

Ved brev af 3. marts 2010 har advokat A på vegne af K indbragt Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010 for Erhvervsankenævnet.

2. Afgørelsens retlige grundlag

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 20, stk. 1, at det tekniske grundlag mv. for livsforsikringsvirksomhed skal anmeldes til Finanstilsynet senest samtidig med, at grundlaget mv. tages i anvendelse. I henhold til § 20, stk. 3, kan Finanstilsynet fastsætte nærmere bestemmelser om de i stk. 1 nævnte forhold, herunder om og i hvilket omfang anmeldelserne skal være offentligt tilgængelige.

Bemyndigelsen er udnyttet i anmeldelsesbekendtgørelsen. Efter anmeldelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1 og 2, skal anmeldelse af det tekniske grundlag mv. for livsforsikringsvirksomhed foretages ved at benytte et af Finanstilsynet udarbejdet skema, benævnt ”Anmeldelse af teknisk grundlag m.v.” og have en så klar og præcis form, at den uden videre kan danne basis for en aktuars beregninger samt give et fyldestgørende billede af selskabets aktiviteter. Ifølge stk. 3 skal anmeldelsen indeholde en matematisk beskrivelse og gennemgang af de anmeldte forhold. Det skal endvidere fremgå, hvilken forsikringsklasse det anmeldte vedrører samt indeholde en redegørelse for de økonomiske og juridiske konsekvenser for forsikringstagerne samt en redegørelse for de økonomiske, juridiske og aktuariemæssige konsekvenser for livsforsikringsselskabet.

Efter anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1, er anmeldelsen offentlig tilgængelig, når den er registreret i Finanstilsynet, jf. dog stk. 2-5.

Det følger af § 4, stk. 2, at livsforsikringsselskabet kan anføre de til en anmeldelse hørende forsikringstekniske beregninger og metoder, som livsforsikringsselskabet betragter som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, og som livsforsikringsselskabet selv behandler fortroligt, i et særskilt bilag, der ikke er offentligt tilgængeligt. Det fremgår i den forbindelse, at skemaet til bilaget, der er benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”, skal benyttes.

I henhold til § 4, stk. 3, kan Finanstilsynet træffe beslutning om, at hele bilaget eller dele af bilaget, der er benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”, ikke skal være offentligt tilgængeligt, hvis tilsynet konkret skønner, at livsforsikringsselskabet kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelsen, eller at offentliggørelsen ville give andre livsforsikringsselskaber en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Efter § 4, stk. 4, kan de dele af de i § 2, stk. 3, nævnte redegørelser, som livsforsikringsselskabet vurderer ikke er nødvendige for at kunne forstå de væsentligste elementer i forsikringen eller ikke er nødvendige for at kunne foretage kontrolberegninger, anføres i et særskilt bilag, der ikke er offentligt tilgængeligt. Skemaet til bilaget, der er benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4”, skal benyttes. Herudover er det en betingelse for at kunne bruge ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4”, at redegørelsen

- 1) angiver de anmeldte forholds konsekvenser for livsforsikrings-selskabet som helhed,
- 2) sammenskriver de anmeldte forhold og tidligere anmeldte forhold, eller
- 3) indeholder øvrige supplerende oplysninger til Finanstilsynet.

Endelig følger det af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 5, at Finanstilsynet kan træffe beslutning om, at hele bilaget eller dele af bilaget, der er benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 4”, skal være offentligt tilgængeligt, hvis tilsynet konkret skønner, at det pågældende bilag helt eller delvist er nødvendigt for at kunne forstå de væsentligste elementer i forsikringen eller for at kunne foretage kontrolberegninger.

3. Finanstilsynets vurdering

Indledningsvist skal det oplyses, at Finanstilsynet igennem årene kun helt undtagelsesvist har undtaget dele af en anmeldelse fra offentliggørelse. Dette skete f.eks. i forbindelse med ... anmeldelse af ... i 2002. Selskabet fik dog kun tilladelse til at undtage visse udvalgte dele fra offentliggørelse, mens tilsynet påbød selskabet at offentliggøre de øvrige dele af anmeldelsen. Det er Finanstilsynets opfattelse, at selskaberne kun i meget begrænset omfang har anvendt mulighederne for fortrolige anmeldelser, da det har været vurderingen, at der skal exceptionelle omstændigheder til.

I henhold til anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1, skal det tekniske grundlag som udgangspunkt offentliggøres. K har gjort gældende, at den med anmeldelse af 8. oktober 2009 følgende ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”, indeholder forsikringstekniske beregninger og metoder, som udgør en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, hvorfor den ikke skal offentliggøres. K er ved bilag [benævnt ”... uddybning af egentlig nyskabende elementer] fremkommet med yderligere bemærkninger til støtte herfor. Neden for følger Finanstilsynets bemærkninger til det af K anførte.

1. Bemærkninger til det tekniske grundlag [opfordring 1-5]

Generel beskrivelse af det tekniske grundlag

1.1.1. Om tegningsgrundlag og forsikringsteknik

Tegningsgrundlaget er ugaranteret. Dødsintensiteter på opsparingslivrenter er kalendertidsjusterede. De anmeldte risikosatser m.m. er fastsat ud fra en forudsætning om, at der ikke efterfølgende skal ske omfordeling af et eventuelt overskud. Der tilskrives derfor ikke bonus på produktet.

1.1.2. Beskrivelse af forsikringsdækningerne, opsparingsdækningerne og præmiebetalingsrenterne med fokus på muligheden af at tilknytte indbetalingssikring

Nedenfor beskrives de anmeldte dækningstyper detaljeret ud fra det anmeldte formelsystem med tilhørende parametre m.m.

1.1.3. Dødsfaldsdækninger

Passiverne for risikodækningerne ved død findes både med og uden ret til indbetalingssikring ved invaliditet. Når passivet er med ret til indbeta-

lingssikring, betyder det, at kapitalværdien af fortsat ret til forsikringsdækningen ved død også efter invaliditet er indregnet i passivet, jævnfør beskrivelsen af passiverne nedenfor.

Risikoophør sker i alder $x+n$. Grænsen $x+n$ ligger imellem alder 60 og alder 70 eller alder 60 og alder 99 år afhængig af dækningstype. Ophør for retten til indbetalingssikring indtræder i alder $x+m$ ($\leq x+n$), og grænsen ligger imellem alder 60 og alder 70. Risikodækningernes betaling sker som etårige naturlige risikopræmier: dækningerne C til H.

Dækning C er dødsfaldsforsikring også kaldet ”Livsforsikring - løbende udbetaling”. Teknisk udbetales en sum ved død eller summen kan omregnes til rater. Dækning C med ret til indbetalingssikring indbefatter i passivet sum af en etårig dødsdækning på 1 kr. ved død som aktiv plus betaling for – hvis invaliditet indtræffer indenfor året – kapitalværdien af 1 kr. dødsdækning ved død som invalid inden ophør for indbetalingssikring $x+m$. Risikoperioden for perioden $x+m$ til $x+n$ udgår i praksis af version 1 af passiv C. I praksis regnes der kun værdier for hele værdier af x , $x+n$ og $x+m$, hvilket gør, at tilnærmelsen svarer til den ønskede formel.

Hvis alder er over ophør for indbetalingssikring og under alder for risikoophør, benyttes version af dækning C svarende til en etårig simpel dødsdækning (uden inddeling efter hvorvidt forsikrede er invalid eller ikke invalid på tidspunktet for dødsfald). Karensperioden på et år spiller ikke nogen rolle i passivet. Det betyder, at hvis invaliditet indtræder indenfor året, dækker passivet også dødssummen i karensperioden. Dækning C uden ret til indbetalingssikring indbefatter i passivet en etårig dødsdækning på 1 kr. ved død (uden inddeling efter om forsikrede var invalid eller ikke invalid på tidspunktet for dødsfald).

Dækning D er opsparingssikring af livspensionsopsparing med og uden ret til indbetalingssikring. Ifølge ordbogen i Ks anmeldelse er opsparingssikring lig med depotsikring (reservesikring). Passivet svarer til dækning C. Her er dødssummen lig opsparingen. Ved invaliditet indenfor et år betales – hvis der er ret til indbetalingssikring – ligesom i dækning C for en sum at udbetale ved død efter invaliditet inden opnåelse af alder $x+m$. Summen er den samme, som udbetales ved død som aktiv. Herved sikres reservesikring også ved død efter invaliditet.

Dækning E-H er børnepensioner med/uden ret til indbetalingssikring. De er opbygget i strukturanalogi med den etårige risikodækning C, også for så vidt angår med/uden ret til indbetalingssikring, men dødsfaldsdækningen er nu erstattet af børnerenter beregnet ud fra kollektive forældre-skabsintensiteter og med mulighed for indbygget årlig regulering på $r\%$.

1.1.4. Opsparingsdækninger

Passiverne for dækningerne I-O for opsparingsdækningerne er ikke opdelt i med/uden ret til indbetalingssikring. Til forskel fra forsikringsdækningerne ved død kan indbetalingssikring tilkøbes en opsparingsdækning ved at addere passiv P for betaling for indbetalingssikring (se afsnittet vedrørende præmiebetalingsrenter) til passivet for opsparingsdækningerne.

gen, jf. beskrivelsen nedenfor. Indbetalingssikring tilkoblet en opsparingsdækning betyder, at hvis invaliditet indtræder et år, vil de fortsatte indbetalinger til opsparingen være sikret frem til udløb af retten til sikring ($x+m$), f.eks. 67 år. De fortsatte indbetalinger tager ikke udgangspunkt i den samlede senest indbetalte præmie, men i den andel heraf, som (efter fradrag af risikopræmier etc.) tilføres opsparingen.

Dækning I er simpel kapitalforsikring (ren bankbog). Kontoen udbetales ved død eller ved pensionering. Dækning J er tilsvarende simpel rateforsikring.

I nedenstående livrentepassiver er de forudsatte dødeligheder kalender-tidsjusterede. Indførelse af kalendertidsjusterede dødeligheder (indregning af forventet fremtidig reduktion i dødelighederne) ved beregning af pris for alderspension er, som det fremgår af Finanstilsynets kommentarer nedenfor i afsnittet vedrørende prisberegning, indført tidligere af andre i pensionsbranchen.

Dækning L er passiv for straks begyndende ophørende livrente. Dækning M er straks begyndende livsvarig livrente. Dækning N og dækning O er opsatte livrenter.

1.1.5. Præmiebetalingsrenter

Dækning P – indbetalingssikring ved tab af erhvervsevne – er et passiv svarende til betaling for en kapitalværdi for en invaliditetsdækning indenfor en etårig risikoperiode. Indenfor etårs perioden beregnes sandsynligheden for at blive invalid. Givet invaliditet indenfor et år beregnes en invaliditetsudgift svarende til kapitalværdien for 1 kroners årlig præmie betalt kontinuert efter udløb af en (i praksis etårig) karensperiode ($k[t_{ae}] \cdot 12$ måneder) og frem til alder for indbetalingssikringsophør ($x+m$), f.eks. 67 år. Dækning Q ligesom dækning P.

Aktiv R svarer til summen af en etårig aktivrente løbende fra alder x til alder $x+1$ (typisk) plus kapitalværdien af en krone årlig kontinuert præmiebetaling fra tidspunktet for indtræden af invaliditet indenfor et år og frem til udløbet af karensperioden. Første led i den etårige aktivrente ”er for kort”, når der praktiseres etårig karens. Derfor forøges formlen for aktiv R med kapitalværdien af betaling af en krone årlig præmie betalt kontinuert fra tidspunktet for invaliditet indenfor et år og indtil udløbet af karensperioden (i praksis et år dog højst til tidspunkt for ophør af indbetalingssikring). Dette udtrykker, at hvis man bliver invalid indenfor et år, så fortsætter præmiebetalingen i et år efter invaliditetens indtræden, førend præmiefritagelsen erstatter den. Aktiv R er således summen af en almindelig etårig aktivrente plus et led, der forøger aktivets værdi som følge af, at der ikke er præmiefritagelse i en etårig karensperiode efter indtræden af invaliditet.

Summen af dækning P + aktiv R er således lig med kapitalværdien af 1 krone at betale årligt, så længe forsikrede er aktiv indenfor et år plus fra invaliditet – ved indtræden af invaliditet indenfor et år – og frem til alder for indbetalingssikringsophør, f.eks. 67 år. Betalingen efter invaliditet i karensperioden betales via aktiv R. Efter karensperioden betales via pas-

siv P. Aktiv S svarer til aktiv R. Aktiv T er et etårigt præmieaktiv uden ret til præmiefritagelse ved invaliditet, dvs. en ophørende livrente.

1.1.6. Individuelt beregnede priser

For forsikringsdækninger ved død:

Grundpris for en krone dækning med/uden indbetalingssikring:

Grundpris per én krone dækning med eller uden indbetalingssikring er Grundpris = Passiv/Præmieaktiv, hvor Passiv og Præmieaktiv er det for den gældende dækning relevante passiv og aktiv. Enten er passiv og aktiv begge med ret til indbetalingssikring, eller også er begge uden denne ret.

Grundpris for indbetalingssikring pr. en krone forsikringsdækning:

Grundpris = Passiv med indbetalingssikring/Præmieaktiv med indbetalingssikring - Passiv uden indbetalingssikring/Præmieaktiv uden indbetalingssikring.

Grunden er, at "passiv med indbetalingssikring" dækker summen af kapitalværdien af en dødsfaldsdækning ved død indenfor et år fra tilstanden aktiv plus kapitalværdien af, hvis invaliditet indtræder indenfor et år, "en frikøbt dødsfaldsdækning af samme størrelse" ved død som invalid inden udløb af indbetalingssikringsretten, f.eks. 67 år. Karensperioden på et år spiller ingen rolle i passivet.

Præmieaktiv med indbetalingssikring er lig med aktiv R, og er et almindelig etårigt præmieaktiv forøget med kapitalværdien af, at der ved invaliditet indenfor et år fortsat betales præmie i en etårig karensperiode efter invaliditetens indtræden.

Passiv uden indbetalingssikring dækker dødsfaldsdækning indenfor et år fra tilstanden i live (uden inddeling i aktiv eller invalid). Præmieaktiv uden indbetalingssikring er lig med aktiv T, der er lig med kapitalværdien af en etårig livrente.

Grundpris for indbetalingssikring på opsparingsdækning:

Grundprisen for indbetalingssikring per en krone samlet indbetaling til opsparing (før fradrag for denne pris) beregnes som:

Grundpris = Passiv for indbetalingssikring/Passiv for indbetalingssikring + Præmieaktiv med indbetalingssikring)

= Dækning P/(Dækning P + Præmieaktiv R)

Forklaringen er som nævnt oven for, at dækning P er et passiv svarende til betaling for en etårig risikoperiode. Sandsynligheden beregnes for at blive invalid indenfor etårsperioden. Givet invaliditet indenfor et år beregnes en invaliditetsudgift svarende til kapitalværdien af 1 kroners årlig præmie betalt efter udløb af en (etårig) karensperiode og frem til alder for indbetalingssikringsophør, f.eks. 67 år.

Dækning P + aktiv R er lig med kapitalværdien af 1 krone at betale årligt, så længe forsikrede er aktiv indenfor et år, plus – ved indtræden af

invaliditet indenfor et år – fra invaliditet og frem til indbetalingssikringsophør, f.eks. 67 år. Betalingen efter invaliditet i karenperioden betales via aktiv R. Efter karenperioden betales via passiv P.

1.2 Indbetalingssikring [opfordring 1]

Finanstilsynet finder ikke, at det forhold, at begrebet ”præmiefritagelse” ikke har en entydig fortolkning i et markedsrenteprodukt, gør den af K valgte løsning til en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

De beskrevne produkters måde at håndtere ”præmiefritagelse” på er efter Finanstilsynets opfattelse ikke udtryk for uigennemskuelige og unaturlige priser eller udtryk for betaling for ”kunstige” fradrag af irrelevante risikopræmier, som af K anført. Præmiebetalingen efter invaliditet til opretholdelse af dækninger er betalt via forsikredes betalinger i tiden frem til invaliditetens indtræden.

K har anført, at der er et naturligt og let forståeligt opsparingsforløb også efter tabet af erhvervsevne, hvorved der ikke foretages ”kunstige” fradrag af irrelevante risikopræmier. Prisen for indbetalingssikring beregnes på hver forsikringsdækning for sig, således at der ikke er tale om en samlet ”præmiefritagelse” på hele ordningen.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at disse forhold ikke kan betragtes som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området. Det er korrekt, at i G82 beregningsgrundlaget – som typisk anvendes i Danmark – og i beslægtede grundlag opnås betalingen for præmiefritagelsen dækning for dækning (grundform for grundform) ved at anvende en aktivrente som præmieaktiv. Ønskes prisen for præmiefritagelsen på for eksempel en dødsfaldsdækning kvantificeret, kan man beregne den nødvendige præmie med og uden præmiefritagelsesret ved invaliditet ved at regne med henholdsvis en præmiebetalingsrente bestående af en aktivrente og en præmiebetalingsrente bestående af en ophørende livrente. Forskelspræmien er her betalingen for præmiefritagelsesretten ved invaliditet for den pågældende dødsfaldsdækning.

I branchen er det imidlertid også en almindelig kendt alternativ metode, at betaling for dækning efter invaliditet kan beregnes ved at lade betalingen for fuld dækning efter invaliditet indgå i den pågældende dæknings samlede passiv. Dette kan teknisk gøres på flere måder. Et eksempel er Ks metode, hvor et passiv for f.eks. dødsfaldssum ved død som aktiv tillægges kapitalværdien af dødsfaldsdækningen efter invaliditet. Det faktum, at dødsfaldsdækningen formelmæssigt betales for en etårig periode i et ugaranteret markedsrenteprodukt og dermed meningsfuldt udvides med en betaling for dødsfaldsdækningen fuldt betalt frem til et senere udløb (f.eks. 67 år) i tilfælde af invaliditet indenfor etårsperioden, og at passivet kombineres med et tilsvarende etårigt aktiv, hvor der er regnet kapitalværdien af præmiebetaling indenfor et år i tilstanden aktiv og samtidig taget højde for etårig karen for præmiefritagelse ved invaliditet indenfor et år, gør ikke, at formlerne essentielt falder udenfor den beskrevne litteraturs generelle kendte rammer, eller kan siges at udgøre en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på områ-

det. Tilsvarende kan Ks model for tilknytning af dækning ved invaliditet til opsparingsdækninger – fortsat indbetalingssikring – ved at addere passiv P til den pågældende valgte opsparingsdæknings nettoppassiv ikke karakteriseres som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

For så vidt angår opsparingsdækninger, vil løsninger, hvor den rene opsparingspræmie gældende på invaliditetstidspunktet fortsat af selskabet betales uændret efter invaliditet frem til ordinært alderspensioneringstidspunkt, i øvrigt indebære, at effekten af fremtidige lønstigninger (løninflation) ikke indgår. Dette kan betyde, at den invalides aldersopsparing bliver mindre end i et forløb, hvor personen fortsætter som aktiv frem til tidspunktet for alderspensionering. Dette er tilsyneladende tilfældet med Ks indbetalingssikring af aldersopsparing.

Den måde, formlen er sat op på, er generelt dækket af også nyere lærebøger i forsikringsmatematik, hvor tilsvarende passivintegraler falder indenfor de beskrevne modelrammer. Her kan til eksempel nævnes ”Basic Life Insurance Mathematics” af Ralf Norberg version september 2002.

Nye produkter – hvad enten de skabes i markedsrentemiljø eller i gennemsnitsrentemiljø – vil i sagens natur ofte indeholde nye indfaldsvinkler og nye tekniske løsninger, f.eks. til beregning af forsikringspræmier som ikke tidligere er anmeldt til Finanstilsynet af andre virksomheder i livsforsikringsbranchen. At andre virksomheder ikke tidligere har anmeldt sådanne nye tekniske løsninger betyder imidlertid ikke i sig selv, at de anmeldte forhold kan betragtes som egentlige nyskabelser i forhold til tilgængelig viden på området.

Mange virksomheder har igennem årene anmeldt mange nye og tekniske produktdetaljer ligesom [pensionsordning]-produktet. Til illustration heraf kan nævnes ATP’s Pensions- og hensættelsesgrundlag, som er offentligt tilgængeligt på ATP’s hjemmeside, den offentlig tilgængelige del af anmeldelse af 16. marts 1998 af nyt beregningsgrundlag T98 for Pensionselskab Ys forsikringsbestand af tjenestemandsforsikringer og den offentlig tilgængelige del af anmeldelse af samlet teknisk grundlag for K af 31. maj 2002. Bag alle disse udvalgte anmeldelser ligger der et betydeligt matematisk og produktmæssigt udviklingsarbejde indenfor i øvrigt kendte livsforsikringsmatematiske rammer.

Derudover skal det bemærkes, at det forhold, at K har brugt væsentlige ressourcer på udviklingen af indbetalingssikring, ikke i sig selv indebærer, at selskabets valg af løsning er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Det fremgår af udtalelse af 5. marts 2010 fra professor B, at B til brug for udtalelsen har modtaget en uddybende fortrolig redegørelse fra K. Finanstilsynet forudsætter, at der er tale om det materiale, som Finanstilsynet tillige er i besiddelse af. Det bemærkes endvidere, at udtalelsen alene vedrører indbetalingssikring.

Finanstilsynet skal på ny påpege, at det ikke er et tilstrækkeligt kriterium for, at en beregningsmetode kan anses for at være nyskabende i forhold til tilgængelig viden på området, at andre selskaber ikke har anmeldt og offentliggjort noget tilsvarende tidligere. At noget er nyt betyder ikke, at det er nyskabende i anmeldelsesbekendtgørelsens forstand.

Det fremgår af udtalelsen:

”Jeg understreger, at jeg opfatter den metode og det forsikrings-tekniske ”værktøj”, der er blevet anvendt, som nyklassisk. Men de beregninger, som er foretaget med dette ”værktøj” og som fører til implementeringen og prisberegningen af Indbetalingssikring, anser jeg for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.”

Det er Finanstilsynets vurdering, at der med ”nyklassisk” menes, at de anvendte værktøjer er set før og er udviklet indenfor en kendt forsikringsmatematisk ramme, som således i sig selv ikke er nyskabende. Finanstilsynet har endvidere forstået professor Bs udtalelse således, at kombinationen af kort og lang tidshorisont i de opstillede passiver i kombination med formelopstillingen for prisen for indbetalingssikring på dødsfaldsdækning henholdsvis opsparingsdækning samlet set er udtryk for en nyskabelse. Finanstilsynet er ikke enig i denne vurdering og skal til støtte herfor henvise til de ovenfor anførte betragtninger.

1.3 Udbetalingssikring [opfordring 2 og 3]

Opsparing kan ske i en række interne og eksterne fonde, hvis kunden selv investerer. Hvis K investerer for kunden, er der som udgangspunkt tale om et livscyklusprodukt med større risiko for yngre aldre. Her er der fire mulige investeringsprofiler A, B, C og D. A er den mindst risikovillige, B er den næstmindst risikovillige osv.

For kunder med investeringskonceptet ... er det muligt at tilknytte udbetalingssikring. Kun kunder med de forsigtige investeringsprofiler A og B kan tilknytte udbetalingsgaranti. Udbetalingssikring handler om sikring af pensionsydelse og ikke sikring af opsparing. K oplyser i anmeldelsen, at ”tilknytning af udbetalingsgaranti kan enten ske fuldt, hvor hele opsparingen investeres i garantifonde eller gradvist hvor opsparingen gradvist investeres i obligationsfonde”.

Udover den fulde eller gradvise tilknytning af udbetalingssikring for opsparingen sikres også ydelser for de løbende indbetalinger til opsparingen. Tidligst 10 år før den ønskede udbetalingsstart, kan ydelserne sikres.

Hvis der vælges gradvis tilknytning af udbetalingssikring, vil der 9 år før den ønskede udbetalingsstart blive tilknyttet udbetalingssikring af $1/10$ af opsparingens værdi i investeringsprofil A eller B. Hvert efterfølgende år vil der blive tilknyttet udbetalingssikring svarende til $1/(X+1)$ af den resterende opsparing uden udbetalingssikring, hvor X er antal år før den ønskede udbetalingsstart. Vælger kunden at overføre yderligere opsparing til investeringsprofil A eller B efter at tilknytning af udbetalingssik-

ring er påbegyndt, vil der umiddelbart efter overførslen blive knyttet udbetalingssikring svarende til $(10-X)/10$ af den resterende opsparing uden udbetalingssikring. Overordnet sker den gradvise sikring af ydelser for opsparing således "lineært i størrelse og over tid" ved at flytte mere og mere opsparing over i investeringsprofil A eller B i kombination med at beregne de sikrede ydelser på lavt forrentet grundlag.

Ved selve beregningen af de sikrede udbetalinger anvendes et lavtforrentet præmieberegning-grundlag, for profil A med opgørelsesrente Rente_A og for profil B med opgørelsesrenten Rente_B. De to opgørelsesrenter er henholdsvis 1,8 % og 0 %.

Udbetalingssikringen tilbydes alle typer opsparingsdækninger, og da der er tale om sikring af ydelserne, er der i sagens natur forskel på f.eks. sikring af ophørende rateydelser og sikring af livsvarig livrente (livspension). I anmeldelsen oplyses imidlertid ikke noget om forskellige principper for tilknytning af udbetalingssikring afhængig af type af opsparingsdækning.

For udbetalingssikring af livspension (livrente) oplyser K, at det sikrede niveau for udbetalingerne kun vil være gældende for én periode af gangen. På det tidspunkt, hvor udbetalingerne begynder, gælder det sikrede niveau beregnet for de første 10 år. 5 år efter, at udbetalingerne er begyndt, bliver det sikrede niveau beregnet for den 5 års periode, der følger umiddelbart efter den nævnte 10-års periode. Herefter beregnes det sikrede niveau for udbetalingerne hvert 5. år for en yderligere 5-års periode.

Figur:

t t+10 t+15 t+20
-I-----I-----I-----I-----> tid

Hvis udbetalingssikring således tilvælges til tid t , gælder den ved pensionering til tid $t+10$ og t år frem. Hvert femte år efter pensionering regnes en ny udbetalingssikring gældende 5 år senere i en ny 5-års periode.

K fremhæver, at den glidende overgang til sikring af ydelserne er et alternativ til en model, hvor en stor del af opsparingen bliver "tvunget" over i nogle bestemte, afdækkede investeringer på et på forhånd fastlagt tidspunkt, hvilket kan betyde en uheldig timing. Det er korrekt, at en ydelsesgarantiteknik som den beskrevne, adskiller sig fra opsparingsgaranti, og at tab på afkastet på kort sigt med passende stor sandsynlighed vil kunne udlignes ved fremtidig positivt afkast på en sikret forsikring, uden at der skal tilføres midler til forsikringen for at opretholde den sikrede pension i den sikrede periode. De underliggende aktiver vil på sigt med stor sandsynlighed indenfor en passende tidshorisont indtjene mere end den anvendte tarifs lave grundlagsrente. Derfor er betalingen for sikringen også alt overvejende sket ved den simple beskrevne teknik, og der betales stort set ikke yderligere "sikringspræmie" til K.

Sondringen imellem opsparingsgaranti, rentegaranti og ydelsesgaranti kan imidlertid ikke siges at være ukendt viden i branchen. Ydelsesgaranti har i mange år været udbudt i branchen på mange former

for gennemsnitsrenteforsikringsprodukter, og udbetalingsgaranti har også i forskellige former været udbudt på markedsrenteprodukter. Pensionsselskab V udbyder f.eks. produktet ... med Udbetalingsgaranti I. Med Udbetalingsgaranti I er kunden sikret 95 % af indbetalinger efter omkostninger og betaling for forsikringsdækninger. Garantien forhøjes én gang om året med 95 % af eventuelt positivt afkast, modregnet tidligere års negative afkast. Hvis der er knyttet garanti til ordningen, omlægges kundens opsparing 5 eller 10 år før udløb gradvist til en særskilt omlægningsfond, som primært består af korte obligationer. På udløbsdagen benyttes maksimum af saldoreserven og reserven for den garanterede ydelse som grundlag for udbetaling af sum eller nettoindskud på aktuel forsikring. Pensionsselskab V beregner de udbetalingssikrede pensioner ved hjælp af lavt forrentet tarif med opgørelsesrente 0 % i tiden som eventuel og opgørelsesrente 1,25 % i tiden efter pensionering. Frem til pensionering er der tale om en opsparingsgaranti. Efter pensionering er der tale om en udbetalingsgaranti, idet den garanterede udbetaling ikke bliver sat ned som følge af kursudviklingen i kundens depot. Et eventuelt negativt afkast modregnes i senere års positive afkast. Udbetalingsgarantien i Pensionsselskab V er således knyttet til det tidspunkt, hvor kunden bliver pensioneret. Hvis kunden flytter sin ordning eller får den udbetalt før det aftalte tidspunkt, gælder udbetalingsgarantien ikke. Betalingen for udbetalingsgarantien beregnes ud fra aktieandelen i depotet og det antal år, der er, til kunden skal pensioneres. Pensionsselskab V har offentliggjort størrelsen af betalingen for garantien som funktion af aktieandel og tid til pensionering. Denne beskrivelse af produktet ... med Udbetalingsgaranti I fremgår af den offentlige del af Pensionsselskab Vs anmeldelse af teknisk grundlag for Pensionsselskab V I dateret 6. maj 2005 samt af selskabets hjemmeside.

I samme anmeldelse anmeldte Pensionsselskab V også en produktvariant af ... med det, der blev kaldt Udbetalingsgaranti II. Udbetalingsgaranti II garanterer ydelser svarende til en forrentning (opgørelsesrente) på 1,25 % af opsparingen efter omkostninger og betaling for forsikringsdækninger både før og efter pensionering. Her betales udbetalingsgarantien ligeledes som funktion af aktieandel og tid til pensionering. Garantibetalingen fremgår af anmeldelsens offentlige del. På udløbsdagen benyttes maksimum af saldoreserven og reserven for den garanterede ydelse som grundlag for udbetaling af sum eller nettoindskud på aktuel forsikring.

K oplyser, at selskabet ikke har kendskab til, at der findes andre markedsrenteprodukter, som indebærer en direkte sikring af pensionsydelse – og ikke blot opsparingen på pensionstidspunktet – i opsparingsfasen.

Finanstilsynet er af den opfattelse, at selvom det måtte være korrekt, at sikring af pensionsydelser i opsparingsfasen ikke udbydes af andre livsforsikringsselskaber i øjeblikket, så er selve denne produkt detalje ikke noget, der kan karakteriseres som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Den måde, som udbetalings- og opsparingsgarantierne virker på, er væsentlige egenskaber ved et markedsrenteprodukt, og detaljerne herom

skal derfor oplyses til kunderne i henhold til bekendtgørelse om information om livsforsikringsaftaler (i det følgende benævnt informationsbekendtgørelsen). Det fremgår af informationsbekendtgørelsens § 3, stk. 1, nr. 4, at forsikringsselskabet i forbindelse med indgåelse af en livsforsikringsaftale på papir eller andet varigt medium skal oplyse forsikringstageren om præmien for ydelserne og betingelser for indbetaling heraf. Efter § 3, stk. 1, nr. 7, skal forsikringsselskabet endvidere oplyse om, i hvilket omfang ydelser, præmier, omkostninger m.v. er garanteret. I tilfælde af at ydelsen, præmien, omkostningerne m.v. ikke er garanteret, skal de nærmere vilkår for ændringer angives. Er ydelsen afhængig af udsving på kapitalmarkedet, skal der oplyses om de investeringsmæssige forudsætninger for de oplyste ydelser.

Det er således et krav, at K i forbindelse med udbydelse af [pensionsordning]-produktet skal oplyse deres kunder om, hvordan udbetalingsgarantien gradvist eller fuldt kan tilknyttes kundernes markedsrenteopsparringsydelser og konsekvenserne heraf. Beskrivelsen oven for af Ks udbetalingsgaranti skal således i al væsentlighed kommunikeres direkte til de kunder hos K, der får tilbudt produktet [pensionsordning]. Kravet i anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, hvorefter livsforsikringsselskabet selv skal behandle oplysningerne fortroligt, er således ikke opfyldt.

Det er efter Finanstilsynets samlede vurdering ikke korrekt, at de af K beskrevne teknikker om udbetalingsgaranti i [pensionsordning]-produktet og den glidende overgang til fuld ydelsessikring i [pensionsordning] er teknikker, som kan anses for at være egentlige nyskabelser i forhold til tilgængelig viden på området. Tværtimod er der i flere år udbudt markedsrenteprodukter med tilsvarende teknikker, selvom de tidligere anmeldte teknikker på visse områder afviger fra Ks metode.

1.4 Omkostningsstrukturen [opfordring 4]

Omkostningsstrukturen i [pensionsordning] er splittet op i separate betalinger for en lang række delelementer, så det er synliggjort for kunden, hvad kunden betaler for.

Omkostningerne er således overordnet delt op i betaling for servicepakke, betaling for rådgivning, omkostninger ved specifikke serviceydelser, f.eks. ændring af udbetalingsikring, betaling for forsikringsadministration, investeringsomkostninger og betaling til basiskapitalen. Servicepakken er obligatorisk og indeholder helt grundlæggende policeadministration, adgang til portal etc.

For hver af de forskellige typer servicier er der fastlagt priser for disse servicier opdelt på niveauer og afhængig af type af kunde.

Dette leder til – som det fremgår af satsbilaget hørende til [pensionsordning] – et omfattende sæt af omkostningsparametre, der, som K fremhæver, betyder, at kunderne i høj grad betaler for præcis de servicier, som de modtager.

Det går igen i mange livsforsikringsselskabers markedsrenteprodukter, at der betales separate omkostninger for specifikke typer af servicier. Dette

sker i særlig grad, hvor der i produktet indgår valgfrihed med hensyn til såvel investeringer, omfang af garanti og forsikringsdækninger. Et eksempel herpå er Sampension KP Livsforsikring A/S's valgfrie unit link produkt, hvor den enkelte kunde har mulighed for selv at vælge, hvilke investeringsprofiler og puljer, som den pågældende ønsker knyttet til sin linkede pensionsopsparing. Kunder med dette unit link produkt betaler særskilte investeringsomkostninger i forbindelse med administrationen af de tilknyttede fonde. Investeringsomkostningerne er opdelt i typer og består af et årligt grundgebyr, omkostninger i forbindelse med omlægning af investeringsprofilen samt omkostninger i forbindelse med handel af units.

I forhold til andre markedsrenteprodukter er det Finanstilsynets vurdering, at graden af differentiering af omkostninger på typer af service og graden af valgfrihed med hensyn til hvordan omkostningerne ønskes betalt er højere i produktet [pensionsordning], end hvad man almindeligvis ser udbudt i branchen.

Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering, at selvom det måtte være korrekt, at en tilsvarende differentieret omkostningsstruktur ikke udbydes af andre livsforsikringselskaber i øjeblikket, så er denne produktdetalje ikke noget, der kan karakteriseres som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området. At noget er nyt i forhold til tidligere, er ikke det samme som, at det er en egentlig nyskabelse i forhold til den tilgængelige viden på området.

Også i forbindelse med omkostningerne ved administration af produktet [pensionsordning] er det et krav, at K i forbindelse med udbydelse af produktet skal oplyse deres kunder om prisen for de forskellige serviceydelser og om, hvordan betaling kan foregå. Beskrivelsen af omkostningsstrukturen i produktet [pensionsordning] skal således i al væsentlighed kommunikeres direkte til de kunder hos K, der får tilbudt produktet, hvorfor kravet i anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, hvorefter livsforsikringselskabet selv skal behandle oplysningerne fortroligt, således ikke er opfyldt.

1.5 Prisberegning [opfordring 5]

Siden den 1. januar 2008 har ATP anvendt en pensionstarif, hvor prisen på alderspension regnes ud fra opdaterede parametre vedrørende dødelighedsforudsætninger med indbyggede forventninger til fremtidige levetidsforbedringer og ved diskontering af de beregnede forventede fremtidige cashflow med en den 30. september forud for anvendelsesåret nærmere fastsat markedsrentekurve.

Den ny optjeningsmodel/pensionstarif i ATP indeholder i korte træk følgende hovedlinjer: der optjenes pension på grundlag af den aktuelle markedsrente, optjeningsgrundlag baseres på en aktuel prognose for den fremtidige dødelighedsudvikling, optjeningsgrundlaget for pension fastlægges for ét år ad gangen og er garanteret for det års indbetalinger samt at bidraget (efter finansiering af dødsfaldsdækning) deles i et fast, højt garantibidrag, for hvilket der optjenes garanteret pension, og et bonusbidrag, som tilgår bonuspotentialen.

Ovenstående betyder, at indbetalinger i et år er garanteret det for det pågældende års valgte markedsrentekurve og dødelighed frem til pensionering. Indbetalinger året efter er garanteret dette års markedsrente og dødelighed osv.

Den af ATP anvendte markedsrentekurve estimeres på basis af danske swaprenter med løbetider fra 1 år og op til 30 år. Nulkuponrenter med løbetider over 30 år sættes i den forbindelse lig den estimerede 30-årige nulkuponrente. De anvendte dødelighedsforudsætninger ajourføres løbende år for år. De nærmere tekniske detaljer for ATP Pensions anmeldte tarif er offentliggjort på selskabets hjemmeside.

ATP's tarif og produkt afviger således på mange punkter væsentligt fra Ks [pensionsordning] produkt, men der er dog to fællestræk: tariffen, som ATP anvender, beregner prisen på alderspension ved at diskontere fremtidige estimerede cashflow ved hjælp af en forud for anvendelsesåret estimeret markedsrentekurve, og der anvendes ajourførte kalender-tidsjusterede dødelighedsforudsætninger.

Nye produkter – hvad enten de skabes i markedsrentemiljø eller i gennemsnitsrentemiljø – vil i sagens natur ofte indeholde nye indfaldsvinkler og tekniske løsninger, f.eks. til beregning af forsikringspræmier, som ikke tidligere er anmeldt til Finanstilsynet af andre virksomheder i livsforsikringsbranchen. At andre virksomheder ikke tidligere har anmeldt prisfastsættelse baseret på etårige "naturlige" præmier i kombination med anvendelse af markedsrentekurve for diskontering af fremtidige estimerede cashflow betyder imidlertid ikke, at de anmeldte forhold kan karakteriseres som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

1.6 Formelsystemet og dækninger

K har i anmeldelsen anført, at formlerne vedrørende dækningerne er nyskabende. K anerkender, at de anførte formler isoleret set kun i nogen grad kan anses for at være nyskabende, og at nogle af de anførte formler ikke kan anses for at være nyskabende. Begrundelsen for anmeldelsen af bilag ... efter § 4, stk. 2, ligger primært i den tætte sammenhæng med bilag ..., og sekundært i, at formeloversigten ønskes holdt samlet. K har anført, at de gerne indvilliger i at lade de formler, som ikke anses for egentlig nyskabende, indgå i den offentligt tilgængelige del af det tekniske grundlag.

Finanstilsynets vurdering af de i bilag ... beskrevne teknikker for indbetalingssikring fremgår oven for i afsnittene om indbetalingssikring. Som konsekvens heraf er der efter Finanstilsynets vurdering ingen grund til, at de i bilag ... opgivne formler ikke skulle være offentligt tilgængelige.

2. Vurderingen af væsentlig økonomisk skade mv.

For så vidt angår vurderingen af, hvorvidt K kan lide væsentlig økonomisk skade, eller at andre selskaber kan få en uberettiget konkurrencemæssig fordel af en offentliggørelse bemærkes, at det er Finanstilsynets

vurdering, at offentliggørelse kun i helt unikke situationer kan have sådanne konsekvenser.

Finanstilsynet vurderer ikke i den konkrete situation, at K kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelse, eller at andre selskaber kan få en uberettiget konkurrencemæssig fordel af en offentliggørelse i denne sag. Selv om et andet livsforsikringselskab vil – og ophavsretligt lovligt kan – ”kopiere” [pensionsordning]-produktet, så vil selskabet skulle anvende så mange ressourcer på den nødvendige IT-udvikling og reguleringsprincipper i øvrigt samt så lang tid på at etablere og markedsføre produktet, at det ikke kan antages, at K vil lide væsentlig økonomisk skade, eller at det andet selskab vil få en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Det bemærkes, at K ikke har redegjort for eller dokumenteret, at en offentliggørelse vil medføre en væsentlig økonomisk skade eller at andre selskaber kan få en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Det ville være en beklagelig og uhensigtsmæssig udvikling, hvis et selskabs ønske om helt eller delvis at undtage en anmeldelse af teknisk grundlag fra offentliggørelse dannede præcedens med det resultat, at livsforsikringsbranchen ender med at blive et marked præget af uigenomsigtighed.
...”

Ved skrivelse af 31. maj 2010 har advokat A bemærket:

”...

Der nedlægges sålydende ændrede

PÅSTAND

Principalt: Finanstilsynet pålægges at undlade at offentliggøre selskabets redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen vedlagt selskabets anmeldelse af 8. oktober 2009 af [pensionsordning].

Subsidiært: Finanstilsynet pålægges at undlade at offentliggøre et eller flere af elementerne i selskabets redegørelse i henhold til § 4, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen vedlagt selskabets anmeldelse af 8. oktober 2009 af [pensionsordning].

Mere subsidiært: Sagen hjemvises til fornyet behandling i Finanstilsynet.

SUPPLERENDE REDEGØRELSE

1. Faktum

Klageren har ingen bemærkninger til Finanstilsynets gengivelse af faktum.

2. ”Egentlig nyskabelse”

Klagen angår fire adskilte elementer, jf. klageskriftet.

- a) Indbetalingssikring
- b) Udbetalingssikring
- c) Omkostningsstrukturen
- d) Prisberegning

For så vidt angår Indbetalingssikring og Prisberegning er klagen støttet af udtalelse fra professor B.

Den subsidiære påstand er medtaget for det tilfælde, at Erhvervsankenævnet måtte finde, at afgørelsen bør falde forskelligt ud for de enkelte punkter.

2.1 Generelle bemærkninger til Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet anfører, at Finanstilsynet gennem årene kun helt undtagelsesvis har undtaget dele af en anmeldelse fra offentliggørelse. Finanstilsynet anfører ét eksempel. Finanstilsynet gav i dette tilfælde tilladelsen. Finanstilsynet har ikke anført nogen eksempler på afslag.

På dette grundlag **opfordres(6)** Finanstilsynet til fyldestgørende at redegøre for Finanstilsynets praksis på dette område.

Finanstilsynet anfører endvidere, at det er Finanstilsynets opfattelse, at selskaberne kun i meget begrænset omfang har anvendt mulighederne for fortrolige anmeldelser, da det har været vurderingen, at der skal exceptionelle omstændigheder til.

Finanstilsynet tilkendegiver herved en øjensynlig indsigt i selskabernes motiver til at undlade at begære fortrolighed. Finanstilsynet **opfordres(7)** til nærmere at redegøre for, hvorpå denne indsigt hviler.

2.2 Fortolkning af begrebet ”egentlig nyskabelse”

Finanstilsynet anfører (side 11) ”*mange virksomheder har gennem årene anmeldt mange nye og tekniske produktdele ligesom [pensionsordning]-produktet*”. Det fremgår, at den følgende redegørelse ikke drejer sig om et produkt, der ligner det her anmeldte. Sammenligningen går på, at ”*bag alle disse udvalgte anmeldelser ligger der et betydeligt matematisk og produktmæssigt udviklingsarbejde indenfor i øvrigt kendte livsforsikringsmatematiske rammer*”. Det frem-

går imidlertid ikke, hvorvidt de pågældende i medfør af anmeldelsesbekendtgørelsen § 4, stk. 2, har begæret, at disse produkter ikke bliver offentliggjort, hvorfor sammenligningen er uden juridisk relevans.

På samme side anfører Finanstilsynet ”at noget er nyt betyder ikke, at det er nyskabende i anmeldelsesbekendtgørelsens forstand.” På side 18, første nye afsnit, foretager Finanstilsynet også en sondring mellem nyskabelser og egentlige nyskabelser uden nærmere at redegøre for forskellen heri. Finanstilsynet synes således at arbejde med to niveauer af ”nyskabelse”. Der ses ikke at være hjemmel hertil.

2.3 Bs udtalelse

I forbindelse med udarbejdelsen af klagen var det klagerens vurdering, at denne sag havde en så teknisk karakter, at det ville være vanskeligt for ikke-sagkyndige at vurdere indholdet. Derfor bad klageren B, som er Professor MSO i livsforsikringsmatematik ved [en højere uddannelsesinstitution], om en faglig vurdering (af to af elementerne; begrundelse herfor blev vedlagt i forbindelse med fremsendelsen af Bs erklæring). I denne erklæring skriver B (bl.a.):

”Det er herefter min faglige vurdering at K i forbindelse med Indbetalingssikring og prisberegning heraf har anmeldt en forsikringsteknisk beregning af Indbetalingssikring, som er en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området.

Efter mit kendskab er Ks Indbetalingssikring og prisberegning heraf ikke beskrevet i eksisterende faglitteratur”.

Det fremgår (side 12), at Finanstilsynet ikke er enig i Bs udtalelse, hvorefter der er tale om ”en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området”. Som eneste begrundelse henvises til det ”ovenfor anførte”.

Det eneste matematiske ”argument”, Finanstilsynet påberåber sig, er (side 10), ”den måde formelen er sat op på, er generelt dækket af også nyere lærebøger i forsikringsmatematik, hvor tilsvarende passivintegraller falder indenfor de beskrevne modelrammer. Her kan til eksempel nævnes ”Basic Life Insurance Mathematics” af Ralf Norberg version september 2002.” Der menes formentlig Ragnar Norberg. Hertil bemærkes, at professor B i flere år har undervist efter de nævnte forelæsningsnoter og derfor må antages at have taget højde for indholdet af dem ved udformningen af sin udtalelse. Hvis Finanstilsynet fastholder argumentet, forbeholdes det at forelægge det for B til udtalelse.

Efter klagerens opfattelse er det vanskeligt for ikke-matematikere at vurdere, hvorvidt en matematisk formel er en egentlig nyskabelse. Derfor har klageren indhentet udtalelsen fra B, hvis integritet Finanstilsynet ikke har betvivlet. Når der til kommer, at § 4, stk. 2, bestemmer, at kriteriet for, om der foreligger en egentlig nyskabelse, er, hvad "livsforsikringsselskabet betragter som en egentlig nyskabelse", må det kræve håndfaste beviser fra Finanstilsynets side for at tilbagevise, at der foreligger en egentlig nyskabelse. Sådanne beviser foreligger ikke.

2.4 Betingelsen "som livsforsikringsselskabet selv behandler fortroligt"

Finanstilsynet har ikke betvivlet, at denne betingelse er opfyldt for så vidt angår Indbetalingssikring og Prisberegning. For så vidt angår udbetalingsikring og omkostningsstruktur, bør det bemærkes, at den fragmenterede indsigt, som enkeltkunder måtte få, ikke kan tages som tegn på, at klageren ikke selv behandler oplysningerne fortroligt

3. Vurderingen af væsentlig økonomisk skade m.v.

I næstsidste afsnit side 18 anfører Finanstilsynet, at "*det er Finanstilsynets vurdering, at offentliggørelse kun i helt unikke situationer kan have sådanne konsekvenser*", dvs. at K kan lide væsentlig økonomisk skade. Det standpunkt ses ikke at have støtte i bekendtgørelsen.

Dernæst anfører Finanstilsynet, at de i den konkrete situation ikke vurderer, at K kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelse, eller at andre selskaber kan få en uberettiget konkurrencemæssig fordel af en offentliggørelse i denne sag, idet de pågældende selskaber "*skulle anvende så mange ressourcer på den nødvendige IT-udvikling og reguleringsprincipper i øvrigt samt så lang tid på at etablere og markedsføre produktet, at det ikke kan antages, at K vil lide væsentlig økonomisk skade, eller at det andet selskab vil få en uberettiget konkurrencemæssig fordel*".

Dernæst henviser Finanstilsynet til, at K ikke har redegjort for eller dokumenteret, at en offentliggørelse vil medføre en væsentlig økonomisk skade eller, at andre selskaber kan få uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Hertil er for det første at bemærke, at Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010 ikke gav udtryk for noget forbehold i så henseende. Den eneste begrundelse var, at der ikke forelå en egentlig nyskabelse. Det må på denne baggrund antages, at Finanstilsynet accepterede, at klageren i givet fald ville kunne lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelsen eller, at offentliggørelsen ville give andre livsforsikringsselskaber en berettiget konkurrencemæssig fordel. Finanstilsynets påberåbelse af denne begrundelse på nuværende tidspunkt må således antages at være i

strid med god forvaltningsskik. Erhvervsankenævnet bør derfor se bort fra denne begrundelse.

Dertil kommer, at der ikke ses at være nogen hjemmel til at indskrænke anvendelsen af bestemmelsen til "helt unikke situationer".

Dernæst ses bestemmelsen ikke at anvende et kriterium som foreslået af Finanstilsynet, hvorefter det er afgørende, hvor mange ressourcer konkurrenterne skal anvende.

Det må være afgørende, at den hemmeligholdte viden i sig selv er nøglen til kopiering, og at den manglende viden udgør en barriere mod kopiering. Det kan ikke være afgørende hvor mange ressourcer, der er investeret i nyskabelsen eller hvor mange ressourcer, der skal anvendes på at implementere den. Nyskabelser af matematisk karakter kan principielt skabes på grundlag af en ganske kortvarig indsats og kan på grund af originaliteten, hvis det hemmeligholdes, udgøre en varig hindring for kopiering. Originaliteten kan ikke måles på antallet af investerede timer i nyskabelsen og/eller antallet af investerede timer i implementeringen. En sådan betragtningsmåde er inadækvat ved matematiske nyskabelser og har i øvrigt ingen hjemmel i bekendtgørelsen.

Men i øvrigt er Finanstilsynets vurdering ikke rigtig.

Hvis konkurrenterne fik de hemmeligholdte dele af teknisk grundlag foræret, ville de kunne komme væsentligt hurtigere til markedet med nyskabende produktaspekter, da de dermed ikke skulle bruge ressourcer på at opfinde den dybe tallerken, som klageren mener at have gjort. Værdien heraf er vurderet til 50-100 mio. kr.

Hvis klageren ikke havde et produkt, der skilte sig ud, ville det betyde følgende:

- En betydelig del af klagerens nysalg de kommende år måtte formodes at ville gå til konkurrenterne. Det er vanskeligt at sætte beløb på konsekvensen heraf, men det er utvivlsomt væsentligt.
- Mange kunder vil de kommende år flytte fra de traditionelle gennemsnitsrenteprodukter til markedsrenteprodukter, hvor [pensionsordning] hører til sidstnævnte kategori. I forbindelse med sådanne flytninger er der risiko for, at mange vil vælge konkurrenternes markedsrenteprodukter, og hermed vil stordriftsfordele for klageren forsvinde. Helt konkret vurderes det, at Novo Nordisk, klagerens største virksomhedskunde, med stor sandsynlighed ville have fravalgt klageren, hvis klageren ikke havde et nyskabende produkt at tilbyde, og heri ligger megen prestige, som er svær at gøre op i kroner og øre.

Det skal i øvrigt nævnes, at hvis klageren ikke mente, at udviklingen af [pensionsordning] var nyskabende, så produktet skilte sig ud og gav en konkurrencemæssig fordel, ville klageren slet ikke have forestået produktudviklingen, da klageren allerede har helt traditionelle markedsrenteprodukter på markedet (... og ...).

4. Afslutning

Finanstilsynet skriver side 19 ”det ville være en beklagelig og uhen-sigtsmæssig udvikling, hvis et selskabs ønske om helt eller delvis at und-tage en anmeldelse af teknisk grundlag fra offentliggørelse dannede præcedens med det resultat, at livsforsikringsbranchen ender med at bli-ve et marked præget af uigennemsigthed”. Hertil er at sige, at der i bedste fald er tale om en politisk programerklæring, som ligger uden for Finanstilsynets kompetence. Finanstilsynet er forpligtet til at administ-re bekendtgørelse nr. 1067 af 27. oktober 2006 uden hensyn til betragt-ninger af den art, indtil bekendtgørelsen måtte blive ændret.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 22. juni 2010 heroverfor bemærket:

”...

Finanstilsynet skal – som tidligere anført – bemærke, at erklæringen fra professor B er en ensidigt indhentet erklæring. Finanstilsynet påser som myndighed løbende overholdelsen af anmeldelsesbekendtgørelsen, og Finanstilsynet træffer ikke sine afgørelser mv. på baggrund af ensidigt indhentede erklæringer, der er indhentet af en virksomhed, der er under-lagt Finanstilsynets tilsyn.

1. Supplerende bemærkninger vedrørende Finanstilsynets vurdering *Bemærkninger vedrørende ”egentlig nyskabelse”*

Efter anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1, er udgangspunktet, at an-meldelsen er offentlig tilgængelig, når den er registreret i Finanstilsynet. Det fremgår af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, at livsforsik-ringsselskabet kan anmelde de dele, som livsforsikringsselskabet betrag-ter som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området i et særskilt bilag, der ikke er offentligt tilgængeligt. I medfør af § 4, stk. 3, kan Finanstilsynet træffe afgørelse om, at hele eller dele af bilaget, ik-ke skal være offentligt tilgængeligt, hvis tilsynet konkret skønner, at livs-forsikringsselskabet kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentlig-gørelsen, eller at offentliggørelsen vil give andre livsforsikringsselskaber en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Finanstilsynet har ved svarskrift af 8. april 2010, side 5-12, argumenteret for, hvorfor det er Finanstilsynets opfattelse, at der ikke er tale om en egentlig nyskabelse. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Finanstilsy-net ikke skal fremlægge ”håndfaste beviser” herfor, som anført i Ks re-plik af 31. maj 2010. Modsat påhviler det K at argumentere for, at kra-vene i anmeldelsesbekendtgørelsen er opfyldt, hvorefter det i bilaget an-førte ikke skal være offentligt tilgængeligt.

Det bemærkes, at Finanstilsynet ikke sondrer mellem to niveauer af be-grebet ”egentlig nyskabelse”, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, men alene mellem hvad der er ”nyt” og en ”nyskabelse”, idet alene nys-kabende elementer er beskyttet i anmeldelsesbekendtgørelsen.

K har bestridt, at det forhold, at K i forbindelse med udbydelse af [pensionsordning]-produktet i medfør af informationsbekendtgørelsen skal meddele sine kunder nærmere bestemte oplysninger, medfører, at selskabet ikke kan siges at behandle oplysningerne fortroligt.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at en god og redelig information til forsikringstagerne om centrale dele af et forsikringsprodukts egenskaber ikke alene giver en så fragmentarisk indsigt, at selskabet kan siges at behandle oplysningerne fortroligt i anmeldelsesbekendtgørelsens forstand. Herefter er kravet i anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 2, hvorefter livsforsikringssselskabet selv skal behandle oplysningerne fortroligt således ikke opfyldt.

Redegørelse for praksis omkring undtagelse fra offentliggørelse [opfordring 6 og 7]

Finanstilsynet opfordres til at redegøre for Finanstilsynets praksis for undtagelse af dele af en anmeldelse fra offentliggørelse.

For så vidt angår tilfælde, hvor et selskab har fået afslag på at undtage dele af anmeldelsen fra offentliggørelse bemærkes, at i den i svarskrift af 8. april 2010 omtalte anmeldelse fra Pensionssselskab Wsforsikring (Tidspension®), blev der alene meddelt tilladelse til at undtage visse udvalgte dele fra offentliggørelse, mens Finanstilsynet påbød selskabet at offentliggøre de øvrige dele, som selskabet havde anmeldt som ikke-offentlige.

For så vidt angår øvrige tilfælde, hvor et selskab har fået afslag på at undtage dele af anmeldelsen fra offentliggørelse bemærkes, at Pensionssselskab X A/S i 2009 anmeldte et teknisk grundlag for Pensionssselskab X A/S for forsikringsklasse III. Selskabet anførte dele af anmeldelsen i en § 4, stk. 2-redegørelse, der ikke var offentlig tilgængelig. Finanstilsynet var ikke enig i selskabets begrundelse for at holde de omhandlede afsnit ude af det offentlige register. Selskabet valgte ikke at påklage Finanstilsynets afgørelse herom, hvorefter hele anmeldelsen blev offentliggjort. I to andre sager valgte selskaberne ligeledes at acceptere Finanstilsynets afgørelse om offentliggørelse af hele anmeldelsen.

Finanstilsynet skal bemærke, at Finanstilsynet gennem løbende dialog med selskaberne om anmeldelser af nye produkter har fået indtryk af, at selskaberne kun i meget begrænset omfang anvender mulighederne for at indgive fortrolige anmeldelser. Tilsvarende har bl.a. de i svarskrift af 8. april 2010 anførte produkter fra ATP og Pensionssselskab Y, som ligesom [pensionsordning] indeholdte flere nye og tekniske produktdetaljer, ikke været begæret ikke-offentlige, hverken helt eller delvist.

2. Supplerende bemærkninger vedrørende vurderingen af væsentlig økonomisk skade mv.

Det fremgår af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 3, at Finanstilsynet kan træffe afgørelse om, at hele eller dele af bilaget, ikke skal være offentligt tilgængeligt, hvis tilsynet konkret skønner, at livsforsikringssselskabet kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelsen, eller at

offentliggørelsen vil give andre livsforsikringsselskaber en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Finanstilsynet har ved afgørelse af 11. februar 2010 bestemt, at bilaget skal offentliggøres. Det er herved vurderet, at K ikke ville lide væsentlig økonomisk skade mv. ved offentliggørelsen. Finanstilsynet har således ikke tilsidesat gældende forvaltningsretlige principper.

Som anført ovenfor er det altovervejende udgangspunkt i anmeldelsesbekendtgørelsen, at anmeldelser skal være offentligt tilgængelige. Henset hertil må vurderingen af, hvornår der foreligger ”væsentlig økonomisk skade” i anmeldelsesbekendtgørelsens forstand være begrænset til tilfælde, hvor offentliggørelse må antages at påføre den pågældende virksomhed et *betydeligt* økonomisk tab, eller at offentliggørelse af oplysningerne *uberettiget* vil skade virksomhedens konkurrenceevne.

K har ikke ved sine anbringender om opgørelsen af det formodede tab dokumenteret, at offentliggørelse vil medføre en væsentlig økonomisk skade, eller afgørende vil skade virksomhedens konkurrenceevne. Under henvisning til karakteren af de elementer af anmeldelsen, som K ønsker undtaget fra offentliggørelse, og under henvisning til det i svarskrift af 8. april 2010 anførte, er det Finanstilsynets opfattelse, at K ikke har en sådan interesse i at hemmeligholde de i bilagene anførte oplysninger.
...”

Advokat A er ved skrivelse af 1. juli 2010 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

”...

Udtalelsen fra professor B

Finanstilsynet udtaler, at professor Bs erklæring er ensidigt indhentet, og at Finanstilsynet ikke træffer sine afgørelser på baggrund af ensidigt indhentede erklæringer fra en virksomhed underlagt Finanstilsynets tilsyn.

Finanstilsynet har imidlertid stadig ikke påvist, at ”*den måde formlen er sat op på er generelt dækket af også nyere lærebøger i forsikringsmatematik og tilsvarende passivintegraler falder inden for de beskrevne modelrammer. Her kan til eksempel nævnes ”Basic Life Insurance Mathematics” af Ralf (Ragnar) Norberg, version september 2002*”.

Som tidligere anført bestrides dette.

Der er tale om et retsspørgsmål og ikke et skønsspørgsmål. Finanstilsynet har ikke anfægtet B’s kompetence eller integritet.

Finanstilsynets redegørelse for praksis

Finanstilsynets redegørelse for praksis giver ikke mulighed for at vurdere, hvorvidt den foreliggende afgørelse falder i tråd med tidligere afgørelser, idet der ikke er givet nogen detaljerede oplysninger om tidligere afgørelser, som gør det muligt at vurdere, hvorvidt denne sag er afgjort i

overensstemmelse med tidligere praksis. I de tilfælde Finanstilsynet har givet afslag, opfordres Finanstilsynet til at fremlægge afgørelsen, hvilket må være ubetænkeligt, da forholdene angiveligt efterfølgende er offentliggjort.

Endvidere opfordres Finanstilsynet til at fremlægge den afgørelse, hvori Finanstilsynet har accepteret, at der ikke skal offentliggøres eventuelt anonymiseret i fornødent omfang, således at det er muligt at tage stilling til begrundelsen.

Væsentlig økonomisk skade

Da Finanstilsynet tidligere i et enkelt tilfælde har accepteret, at dele af anmeldelsesgrundlaget er blevet holdt fortroligt, lægges det til grund, at Finanstilsynet har forholdt sig til hvilke nærmere kriterier og beviser, der må foreligge for, at betingelsen væsentlig økonomisk skade kan anses for opfyldt. Finanstilsynet opfordres til at redegøre for sin praksis i så henseende. Endvidere forventes spørgsmålet belyst ved fremlæggelse af de tidligere afgørelser om fortrolighed både for så vidt angår den der accepterede fortrolighed og dem der afslog fortrolighed.”

Finanstilsynet er ved skrivelse af 23. august 2010 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

Det fremgår af anmeldelsesbekendtgørelsens § 4, stk. 1, at en anmeldelse som udgangspunkt er offentlig tilgængelig, når den er registreret i Finanstilsynet. Det er alene anmeldelsen, som er offentlig tilgængelig. Indholdet af eventuel korrespondance og/eller afgørelser i en sag kan ikke videregives, idet der er tale om fortrolige oplysninger om virksomheder, som er underlagt Finanstilsynets tilsyn.

Når Finanstilsynet desuagtet har omtalt to sager med oplysning om virksomhedens navn og produkt skyldes det, at det fremgår af offentligt tilgængelige informationer i forbindelse med virksomhedernes anmeldelser, at der har været disse sager.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af § 20, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at det tekniske grundlag m.v. samt enhver efterfølgende ændring heri skal anmeldes til Finanstilsynet senest samtidig med, at grundlaget eller ændringerne tages i anvendelse. I henhold til lovens § 20, stk. 3, kan Finanstilsynet fastsætte nærmere bestemmelser om de i stk. 1 nævnte forhold, herunder om og i hvilket omfang anmeldelserne skal være offentligt tilgængelige.

Det fremgår af den i medfør heraf udstedte bekendtgørelse om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed (anmeldelsesbekendtgørelsen) § 4, stk. 1, at anmeldelsen er offentligt tilgængelig, når den er registreret i Finanstilsynet, jf. dog stk. 2-5. I henhold til stk. 2 kan de til en anmeldelse hørende forsikringstekniske beregninger og metoder, som livsforsikringsselskabet betragter som en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, og som livsforsikringsselskabet selv behandler fortroligt, af livsforsikringsselskabet anføres i et særskilt bilag, der ikke er offentligt tilgængeligt. I henhold til stk. 3 kan Finanstilsynet træffe beslutning om, at hele bilaget eller dele af bilaget, der er benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”, ikke skal være offentligt tilgængeligt, hvis tilsynet konkret skønner, at livsforsikringsselskabet kan lide væsentlig økonomisk skade ved offentliggørelsen, eller at offentliggørelsen ville give andre livsforsikringsselskaber en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Erhvervsankenævnet finder af de af Finanstilsynet anførte grunde, at Ks særskilte bilag benævnt ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”, indgivet ved anmeldelse af 8. oktober 2009 af teknisk grundlag for [pensionsordning], ikke indeholder sådanne forsikringstekniske beregninger og metoder, som kan anses for at være en egentlig nyskabelse i forhold til tilgængelig viden på området, således at K ved offentliggørelse af bilaget vil kunne lide væsentlig økonomisk skade eller hvorved andre livsforsikringsselskaber vil kunne opnå en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Finanstilsynet har meddelt K, at tilsynet agter at offentliggøre Ks anmeldelse af 8. oktober 2009 af [pensionsordning] inklusiv den tilhørende ”Redegørelse i henhold til § 4, stk. 2”.

Erhvervsankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2010.

4.3. VÆRDIPAPIRHANDELSLOVEN

10) Kendelse af 15. november 2010 (J.nr. 2010-0021307).

Sag hjemvist til Finanstilsynets stillingtagen til om retten til aktindsigt skal begrænses efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 6 og forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3.
(Monica Reib, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 1. marts 2010 har advokat A på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet ved e-mail af 23. februar 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i en sag i Finanstilsynet om en anmeldelse fra B A/S om K's mulige overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1, om insiderhandel.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 23. februar 2010 hedder det:

” ...

Advokatselskabet C har den 3. februar 2010 på vegne af K begæret aktindsigt vedrørende en anmeldelse af K for mulig overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1.

Finanstilsynet har vurderet nævnte begæring og er kommet frem til følgende:

For det første er det spørgsmålet, om der er mulighed for at give K partsaktindsigt efter forvaltningsloven. For dette er muligt, kræves det, at K kan anses for part i sagen. Finanstilsynet finder, at dette er tilfældet. Idet anmeldelsen omhandler K's eventuelle overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1, må han betragtes som værende omfattet af samme lovs § 84 b, stk. 2, nr. 5.

Det følger dog af værdipapirhandelslovens § 84 b, at en fysisk person kun kan være part i en sag, såfremt der er tale om en afgørelsessag. (Aktindsigtsreglerne i forvaltningsloven har samme betingelse.) I dette tilfælde er der tale om en eventuel politianmeldelse af K. Eftersom politianmeldelser ikke anses for forvaltningsretlige afgørelser, men alene for processuelle beslutninger, er sagen dermed ikke en afgørelsessag. Partsaktindsigt efter værdipapirhandelsloven og forvaltningsloven er derfor udelukket.

Der er endvidere tale om fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i medfør af tilsynsvirksomheden, hvorfor oplysningerne i anmeldelsen er omfattet af tavshedspligten i værdipapirhandelslovens § 84 a. Adgang til aktindsigt efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, er derfor li-

geledes udelukket, jf. bestemmelsen i offentlighedslovens § 14, hvorefter offentlighedsloven viger for særlige bestemmelser om tavshedspligt.

Finanstilsynet kan således ikke imødekomme begæringen om aktindsigt i sagen.

...”

I klageskrivelse af 1. marts 2010 har advokat A anført:

”...

1. Baggrund

Den 29. januar 2010 bortviste B A/S klager, og samtidig hermed oplyste selskabet, at han var anmeldt til Finanstilsynet for en mulig overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1, om insiderhandel.

Ved brev af 1. februar 2010 begærede jeg på vegne af klager aktindsigt i anmeldelsen fra B A/S.

...

3. Regelgrundlag

3.1. Afgørelse i forvaltningslovens forstand - forvaltningslovens § 2

Det fremgår af forvaltningslovens § 2, at loven kun omfatter behandling af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndig. Udtrykket "truffet afgørelse" forstås efter loven således, at udtalelsen skal gå ud på at fastsætte retsstillingen i en konkret sag. Loven omfatter således ikke faktisk forvaltningsvirksomhed, herunder såkaldte procesledende beslutninger, det vil sige en myndigheds beslutninger om, at en sag skal tages under behandling, eller at en sag skal sendes til høring, eller oversendes til en anden myndighed med henblik på, at den træffer afgørelse.

På den baggrund antages det generelt, at for eksempel politiets sagsbehandling, herunder beslutninger om tiltalerejsning, ikke er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, idet straffesagens afgørelse henhører under domstolene. Dette gælder dog ikke i den situation, hvor myndighedens politianmeldelse kan anses som værende endelig afgørelse af det rejste spørgsmål. Et eksempel herpå er Folketingets Ombudsmands Udtalelse 92.296. Det afgørende var ved Ombudsmandens vurdering, at Patientklagenævnet havde flere forskellige reaktionsmuligheder, og som den ene af disse reaktionsmuligheder valgte Patientklagenævnet at anmelde sagen til politiet. Ombudsmanden konkluderede på den baggrund, at anmeldelsen var en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

3.2. Tavshedspligt - offentlighedslovens § 14 og værdipapirhandelslovens § 84 a

Ifølge offentlighedslovens § 14 er aktindsigt begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved en særlig lov. En sådan bestemmelse fremgår af værdipapirhandelslovens § 84 a. Bestemmelserne

udvider dog ikke den normale adgang til at undtage fortrolige oplysninger fra aktindsigt. Det er derfor fortsat et krav, at myndigheden kan redegøre for, hvorfor oplysningen må anses som værende fortrolig.

3.3. Begrundelseskravet – forvaltningslovens § 22 og 24

Afgørelsen af spørgsmålet om aktindsigt er en selvstændig afgørelse, der blandt andet er omfattet af forvaltningslovens krav om begrundelse.

Efter forvaltningslovens § 22 skal en afgørelse være ledsaget af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold. Dette krav til begrundelse er nærmere uddybet i § 24, hvoraf fremgår, at myndigheden skal angive de hovedhensyn, der har bestemmende for skønnet. Derudover skal begrundelsen ved skønsmæssige afgørelser indeholde en redegørelse for de faktiske omstændigheder, som har været tillagt væsentlig betydning for afgørelsen.

4. Begrundelse for klagen

På baggrund af ovenstående er det vores opfattelse, at Finanstilsynets afgørelse lider af væsentlige mangler, og vi skal derfor bede Erhvervsankenævnet om at tage stilling til, hvorvidt Finanstilsynets afgørelse er korrekt. Baggrunden herfor er følgende:

4.1. Afgørelsesbegrebet

Det er vores vurdering, at en politianmeldelse i den pågældende situation kan sidestilles med en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Ved at videreende anmeldelsen træffes først og fremmest beslutning om at sagen indeholder tilstrækkelige oplysninger til at indlede en sag. Heri ligger også en beslutning om, at Finanstilsynet ikke finder grundlag for at anvende sin "egne" reaktionsmuligheder i form af påtale og/eller påbud. Finanstilsynet har således valgt blandt flere forskellige reaktionsmuligheder og har valgt den for klager mest indgribende reaktionsmulighed – anmeldelse til politiet – hvorved Finanstilsynet har vurderet, at anmeldelsen fra B A/S indeholder så alvorlige oplysninger, at der er grundlagt for en eventuel anmeldelse til SØK. Derved træffer Finanstilsynet en forvaltningsretlig afgørelse, jf. FOB 1992.296.

Det er på den baggrund min vurdering, at spørgsmålet om aktindsigt skal afgøres efter reglerne i forvaltningsloven, og at muligheden for at undtage oplysninger fra aktindsigt med henvisning til tavshedspligtsbestemmelser derfor er begrænset.

4.2. Fortrolige oplysninger

Det fremgår ikke af Finanstilsynets afgørelse, hvorfor tilsynet har vurderet, at oplysninger modtaget fra B A/S er fortrolige. Dette har betydning for klagers mulighed for at anfægte afgørelsen.

Hertil bemærkes, at B A/S i medfør af værdipapirhandelslovens § 27 har en selvstændig pligt til at offentliggøre intern viden hurtigst muligt. Det

betyder, at på det tidspunkt, hvor intern viden bliver offentliggjort, mister den sin fortrolige karakter. Det vil derfor ikke være et brud på værdipapirhandelslovens regler, at give aktindsigt i interne oplysninger, der allerede er offentliggjort efter denne bestemmelse. Det må herefter antages, at alene ganske få oplysninger, der ikke er offentliggjort af B A/S, er fortrolige. Det har herefter formodningen imod sig, at alle oplysningerne i Finanstilsynets sag er fortrolige.

Vedrørende forståelse af begrebet intern viden kan det oplyses, at, at der skal være tale om specifikke oplysninger, som ikke er offentliggjort. Disse oplysninger skal vedrøre B A/S eller markedsforhold vedrørende B A/S' aktier, og endeligt skal oplysningen antages mærkbart at have betydning for kursdannelsen på B A/S' aktier.

Det kan endvidere oplyses, at D (daværende bestyrelsesformand i B A/S) har erklæret, at klager ikke havde intern viden forud for, at han realiserede en del af sine aktier i B A/S, jf. brev af 2. februar 2010 fra D.

På den baggrund er det svært at se, hvilke oplysninger fra B A/S der skulle have en sådan karakter, at de kan betegnes som fortrolige og dermed undtaget klagers ret til aktindsigt.

4.3. Finanstilsynets afgørelse af aktindsigtsanmodningen

Under alle omstændigheder kan det konstateres, at Finanstilsynet ikke har forholdt sig konkret til, om sagens oplysninger er fortrolige, hvilket er i strid med begrundelseskravet i forvaltningsloven.

Finanstilsynet kan derfor ikke på det foreliggende grundlag – heller ikke med henvisning til offentlighedslovens regler om undtagelse af oplysninger fra aktindsigt – undlade at meddele klager aktindsigt.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. april 2010 udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Forvaltningsloven

Det følger af § 2, stk. 1, i forvaltningsloven (herefter FVL), at loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed.

...

Det fremgår endvidere af § 9, stk. 1, i FVL, 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.

2.2. 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.

2.3. Lov om værdipapirhandel m.v.

2.3.1. Tavshedspligten i lov om værdipapirhandel m.v.

Tavshedsbestemmelsen fremgår af § 84 a, stk. 1, i 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.

...

Det følger endvidere af VPHL § 83, stk. 1, at Finanstilsynet påser overholdelsen af VPHL og regler, der er udstedt i medfør af loven.

2.3.2. Partsbegrebet i lov om værdipapirhandel m.v.

Partsbegrebet fremgår af § 84 b i VPHL. Det følger af stk. 1, at som part i forhold til Finanstilsynet anses alene en række nærmere opregnede virksomheder, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig mod.

Stk. 2 indeholder en udtømmende liste over i hvilke tilfælde en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 tillige kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende. Det følger af stk. 2, nr. 6, at den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af bl.a. lovens kapitel 10 (§§ 34-39 b), kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse.

3. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet har i afslaget på A's anmodning om aktindsigt af 23. februar 2010 vurderet muligheden for at give aktindsigt efter henholdsvis forvaltningsloven og offentlighedsloven. Vurderingen uddybes nedenfor i afsnit 3.1. og 3.2.

3.1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

Det følger af § 9, stk. 1, i FVL, at en *part* i en *afgørelsessag* har ret til aktindsigt i sagens dokumenter.

§ 84 b i VPHL omhandler, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

Det følger af § 84 b, stk. 1, at som part i forhold til Finanstilsynet anses alene en række nærmere opregnede virksomheder, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig mod. Det fremgår dog af § 84 b, stk. 2, nr. 6, at den, mod hvem Finanstilsynet indleder under-

søgelse for overtrædelse af lovens kapitel 10 (§§ 34-39 b), kan anses som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Da A's aktindsigtsanmodning vedrører en sag om K's mulige overtrædelse af § 35, stk. 1, i VPHL, er K som udgangspunkt part i en sådan sag.

Det fremgår imidlertid af både § 84 b, stk. 1 og 2, at man kun anses som part i forhold til Finanstilsynet, såfremt der er tale om en afgørelsessag. I sammenhæng hermed følger det ligeledes af § 9, stk. 1, i FVL, at der kun er adgang til partsaktindsigt i afgørelsessager, og det følger helt generelt af § 2, stk. 1, at FVL kun gælder for sager, hvor der er eller vil blive truffet en afgørelse. Det er således afgørende for beslutningen om at give A partsaktindsigt, om der er tale om en afgørelsessag.

3.1.1. *Afgørelsesbegrebet*

Indledningsvist skal det bemærkes, at Finanstilsynets reaktion på en overtrædelse af § 35, stk. 1, i VPHL om misbrug af intern viden, er en politianmeldelse af forholdet til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (herefter SØK), da overtrædelse af § 35, stk. 1, er strafbelagt, jf. § 94, stk. 1. Såfremt der ikke vurderes at være sket en overtrædelse af § 35, stk. 1, henlægger Finanstilsynet sagen.

Allerede derfor mener Finanstilsynet ikke, at Folketingets Ombudsmands udtalelse FOB 1992.296 som anført af A kan anvendes til støtte for, at der er tale om en afgørelsessag, idet Finanstilsynet ikke vælger mellem flere forskellige reaktionsmuligheder i denne type sager.

Herudover knytter John Vogter følgende kommentar til FOB 1992.296 i "Forvaltningsloven med kommentarer", 2001, side 121 øverst: *"Også i denne udtalelse synes fastlæggelsen af forvaltningslovens rækkevidde at være ganske vidtgående."*

...

Hertil bemærkes, at Finanstilsynet ved at politianmelde et forhold til SØK netop ikke fastsætter, hvad der er eller skal være ret i det foreliggende tilfælde. Dette tilkommer alene domstolene, og det forudsætter endvidere, at SØK beslutter at rejse tiltale på baggrund af Finanstilsynets politianmeldelse.

Endelig kan der henvises til følgende betragtning fra John Vogter i "Forvaltningsloven med kommentarer", 2001, side 121: *"Har myndigheden således ikke i den pågældende sag helt eller delvist selvstændigt (som et slutprodukt) fastsat, hvad der er eller skal være ret i det pågældende tilfælde, er der principielt ikke tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Består der – og det kan meget vel være tilfældet – et reelt begrundet behov for, at den, der er genstand for klage, får underretning om sagen på et tidligt tidspunkt og tillægges rettigheder svarende til forvaltningslovens, inden vedkommende særmyndighed efter nærmere sagsbehandling anmoder anklagemyndigheden om tiltalerejsning, kan og bør der fastsættes specielle regler herom i den pågældende lovgivning og evt. supplerende i en forretningsorden for vedkommende klagenaavn med hjemmel i loven."*

Der er ikke fastsat specielle regler herom, jf. til sidst i citatet ovenfor.

Finanstilsynet finder på denne baggrund, at der ikke er tale om, at Finanstilsynet har truffet en afgørelse i en eventuel sag om politianmeldelse af K for overtrædelse af § 35, stk. 1, i VPHL. Heraf følger, at K ikke kan betragtes som part ifølge det særlige partsbegreb i § 84 b i VPHL.

Da K således ikke er part i en eventuel sag, og sagen desuden ikke er en afgørelsessag, kan Finanstilsynet ikke imødekomme A partsaktindsigt efter forvaltningsloven.

3.2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

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 OFL. 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.

3.2.1. Finanstilsynets tavshedspligt

A har anmodet om aktindsigt i en sag i Finanstilsynet om K's mulige overtrædelse af § 35, stk. 1, i VPHL, idet B A/S har oplyst K om, at selskabet har anmeldt ham herfor til Finanstilsynet.

Sådanne oplysninger om overtrædelse af VPHL er modtaget gennem Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og anses af Finanstilsynet som fortrolige. Det må i den forbindelse tillægges betydning, at Finanstilsynets tavshedspligt er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet, idet finansielle virksomheder, kunder m.v. skal kunne nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Det gør sig endvidere gældende, at det typisk ikke i afslag på aktindsigt er muligt at konkretisere, hvilke oplysninger der er modtaget, og hvorfor de konkret anses for fortrolige, da det i så fald kan udledes, hvilke oplysninger der er tale om.

Herudover skal det bemærkes, at den omstændighed, at B A/S har oplyst K om, at selskabet har anmeldt ham til Finanstilsynet, ikke gør, at de eventuelle medfølgende oplysninger kan anses for ikke at være fortrolige.

Endvidere skal det påpeges, at der ikke som gjort af A kan forudsættes parallelitet mellem fortrolige oplysninger og ikke-offentliggjort intern viden. Det er korrekt, at oplysninger, der er offentliggjort, ikke kan betragtes som fortrolige. Derudover kan begreberne intern viden og fortro-

lige oplysninger i VPHLs forstand dog ikke sammenlignes, da de dækker over to vidt forskellige områder.

Intern viden er oplysninger med relation til et specifikt værdipapir, mens fortrolige oplysninger efter VPHL dækker over mange typer oplysninger, som Finanstilsynet modtager gennem tilsynsvirksomheden.

Endelig er der ofte efterforskningsmæssige hensyn i sager om intern viden, hvilket også påvirker vurderingen af, hvorvidt det er muligt at videregive oplysninger.

Da Finanstilsynet således anser oplysninger i en sag om mulig overtrædelse af § 35, stk. 1, i VPHL for fortrolige, vil oplysningerne være omfattet af tavshedspligten i § 84 a i VPHL. Idet § 84 a, stk. 6, endvidere indeholder en udtømmende liste over til hvem, fortrolige oplysninger kan videregives, og ingen af disse undtagelser til tavshedspligten finder anvendelse på K, kan Finanstilsynet heller ikke give A aktindsigt efter offentlighedslovens regler, jf. § 14 i OFL.
...”

Advokat A har den 3. maj 2010 yderligere bemærket blandt andet:

”Det er min opfattelse, at der er tale om en afgørelsessag, og yderligere er det min opfattelse, at Finanstilsynet ikke har foretaget en konkret vurdering af, om oplysninger modtaget fra B A/S var fortrolige. Jeg vil nedenfor uddybe baggrunden for min opfattelse.

1. Afgørelsessag

...

Nedenfor vil jeg kort redegøre for faktum i FOB 1992.296 og foretage en sammenligning med faktum i den aktuelle sag, idet det er min opfattelse, at de to sager i vidt omfang er sammenlignelige. Jeg bemærker i den forbindelse, at ombudsmanden udtaler sig på baggrund af sin opfattelse af gældende ret, og at en afstandstagen fra ombudsmandens udtalelse derfor bør forholde sig til ombudsmandens juridiske argumentation.

1.1 FOB 1992.296 - Patientklagenævnet

FOB 1992.296 omhandler spørgsmålet om en offentlig myndigheds (Patientklagenævnet) behandling af en sag vedrørende en læge med henblik på en vurdering af, om sagen skulle oversendes til politiet. Oversendelse skete kun i særligt alvorlige sager. Ombudsmanden vurderede, at selve beslutningen om at oversende sagen til politiet ville være meget belastende for den pågældende, og det var på den baggrund ombudsmandens vurdering, at der i denne sag var behov for at tillægge partsrettigheder.

Det fremgår af ombudsmandens udtalelse, at han sondrer mellem to principper ved fastlæggelsen af afgørelsesbegrebet i henhold til forvaltningsloven.

"Ved siden af den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet peges der på den fortolkningsmetode, som jeg har fremhævet i Juridisk Grundbog, bind 4, 1989, s. 30 ff. Efter den fortolkningsmetode bør det tilstræbes at lade forvaltningslovens regler finde anvendelse ved myndighedsudøvelse af besluttende karakter, dersom beslutningen er af en sådan art, at der for de berørte parter normalt vil bestå et væsentligt behov for at få tillagt lovens beføjelser, og disse beføjelser i øvrigt vil være egnede til at tilgodese borgerens interesser i henseende til at øve indflydelse på myndighedens beslutningsprocesser" (sidste afsnit i FOB 1992.296).

Det fremgår således af ovenstående citat, at ombudsmanden sondrede mellem den klassiske forståelse af afgørelsesbegrebet (fastsætte ret i konkret situation), og fokus på karakteren af myndighedsudøvelsen, samt hensynet til den berørte part. Ombudsmanden valgte at afgrænse afgørelsesbegrebet på baggrund af sidstnævnte metode.

Det er som ovenfor nævnt min opfattelse, at den aktuelle sag kan sammenlignes med FOB 1992.296.

1.2 Anmeldelse om overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35 stk. 1 (den aktuelle sag)

Den aktuelle sag omhandler spørgsmålet om Finanstilsynets behandling af en anmeldelse fra B A/S vedrørende klagers mulige overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 35 stk. 1 (forbud mod insider-handel).

Finanstilsynet har oplyst, at det er Finanstilsynets opgave at foretage en vurdering af, om § 35, stk. 1 er overtrådt. Såfremt Finanstilsynet vurderer, at bestemmelsen er overtrådt oversendes sagen til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (herefter SØK). Såfremt der ikke vurderes at være sket en overtrædelse, henlægges sagen.

Det kan på den baggrund konstateres, at Finanstilsynet skal tage stilling til, om der konkret er eller kan have været begået en strafbar overtrædelse af værdipapirhandelsloven. Herved ligner den aktuelle sag FOB 1992.296.

Finanstilsynet er ved denne vurdering underlagt offentligretlige principper, herunder officialmaksimen. Det har den betydning, at Finanstilsynet skal foretage en egentlig sagsbehandling, herunder oplyse sagen, således at der kan træffes en forsvarlig beslutning om oversendelse eller henlægelse.

Derudover indebærer Finanstilsynets sagsbehandling en vurdering af sagens materielle karakter, herunder alvorligheden af den påståede overtrædelse. Herved ligner den aktuelle sag også FOB 1992.296.

Endelig er Finanstilsynets beslutning om at oversende sagen til SØK meget belastende for klager. I den forbindelse er det særligt belastende for klager, at han ikke har modtaget en orientering fra Finanstilsynet om, hvorvidt sagen er oversendt til SØK eller ikke. (i FOB 1992.296 orienterede Patientklagenævnet den pågældende om anmodningen til politiet).

Klager er derfor på nuværende tidspunkt ikke vidende om, hvorvidt sagen er overgivet til SØK, og han vil være belastet af denne usikkerhed, indtil sagen er færdigbehandlet i Finanstilsynet. Klager er beskæftiget med investeringsvirksomhed, herunder rådgivning af klienter inden for investering, og hans erhvervsfokus er specifikt rettet mod børsnoterede virksomheder. Usikkerhed om udfaldet af sagen er derfor af meget stor betydning for klagers nuværende og fremtidige professionelle karriere.

Såfremt klager får tillagt partsrettigheder, herunder retten til aktindsigt, vil sådanne beføjelser være egnede til at tilgodese klagers interesser, således at klager har mulighed for få indflydelse på Finanstilsynets beslutningsproces, og begrænse skadevirkningerne mens sagen behandles. Det må i den forbindelse tillægges vægt, at klager som daværende administrerende direktør i B A/S kan være i besiddelse af oplysninger, der kan have indvirkning på Finanstilsynets beslutning om at oversende sagen til SØK.

1.3 Konklusion

Det er på baggrund af ovenstående min opfattelse, at ombudsmandens betragtninger i FOB 1992.296 kan og skal finde anvendelse på den aktuelle sag, idet:

- (1) Finanstilsynets myndighedsudøvelse er af besluttende karakter,
- (2) beslutningen er af en sådan art, at klager har et væsentligt behov for at få tillagt lovens beføjelser, og
- (3) sådanne beføjelser vil være egnede til at tilgodese klagers interesser.

2. Fortrolige oplysninger

...

2.1 Absolut fortrolige oplysninger

I forhold til synspunktet om, at oplysningerne er absolut fortrolige, fordi de er modtaget i gennem Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, er det min opfattelse, at et sådant synspunkt skal have lovhjemmel.

Ifølge bemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 84 a, forstås ved fortrolige oplysninger, oplysninger om en finansiel virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Der er således i henhold til denne bestemmelse ikke lagt op til, at oplysningerne er absolut fortrolige. Derimod fremgår det, at Finanstilsynet skal foretage en konkret vurdering af, om oplysningerne er fortrolige.

2.2 Konkret fortrolige oplysninger

Spørgsmålet er derfor, om Finanstilsynet har foretaget en konkret vurdering af, om alle de modtagne oplysninger er fortrolige. Det fremgår ikke af afslaget af 23. februar 2010 eller af redegørelsen, hvad der er bag-

grunden for, at Finanstilsynet vurderer, at oplysningerne konkret er fortrolige, ligesom det ikke fremgår, hvilke faktiske omstændigheder Finanstilsynet har lagt vægt på ved sin vurdering.

Finanstilsynet anfører heller ikke baggrunden for, at der i den aktuelle sag skulle være efterforskningsmæssige hensyn, der kan begrunde, at oplysninger skal undtages retten til aktindsigt. Finanstilsynet har derfor ikke forholdt sig konkret til, om sagens oplysninger er fortrolige.

I forhold til vurderingen af oplysningernes fortrolighed må det tillægges vægt, at klager var administrerende direktør i B A/S, og han har derfor haft et væsentligt kendskab til alle dele af selskabets virksomhed, herunder selskabets økonomiske resultater.

Derudover er selskabet børsnoteret, og dermed er såvel selskabet som klager underlagt en omfattende forpligtelse i henhold til værdipapirhandelsloven til at offentliggøre oplysninger af betydning for kursdannelsen.

Det vil derfor ikke være et brud på værdipapirhandelslovens regler at give aktindsigt i oplysninger, som klager har kendskab til gennem sin ansættelse som administrerende direktør eller i allerede offentliggjorte oplysninger. På den baggrund må det antages, at det kun er meget få oplysninger, der kan være omfattet af fortrolighed i henhold til lovens § 84 a.

2.3 Erhvervsankenævnets vurdering

Jeg skal anmode Erhvervsankenævnet om at bekræfte, at Finanstilsynet har foretaget en konkret vurdering af, hvorvidt oplysningerne er fortrolige, herunder at Finanstilsynet har taget stilling til, om oplysningerne er offentliggjorte, og derfor ikke omfattet af fortrolighed, samt at Finanstilsynet har taget stilling til, om oplysningerne på andet grundlag kan undtages fortrolighed.

Samtidig skal jeg gøre opmærksom på, at afgørelsen af spørgsmålet om aktindsigt er en selvstændig afgørelse, der er omfattet af forvaltningslovens krav om begrundelse. Finanstilsynets afgørelse og efterfølgende redegørelse lever ikke op til begrundelseskravet i forvaltningsloven, idet afgørelsen ikke angiver de faktiske omstændigheder, som har været tilagt væsentlig betydning for afgørelsen.”

Ankenævnet udtaler:

Efter værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 6, anses den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af § 29 om indberetning af aktiebesiddelser eller overtrædelse af kapitel 10, som part i Finanstilsynets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår:

”... Partsstatus indebærer bl.a. adgang til at få fortrolige oplysninger i den sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets og Fondsrådets afgørelser for Erhvervsankenævnet.

I stk. 2 er angivet de tilfælde, hvor andre end selskabet og instituttet kan anses som part.

Det foreslås, at som part i forhold til Finanstilsynet eller Fondsrådet anses endvidere:

...

Den, mod hvem Finanstilsynet foretager undersøgelse for overtrædelse af lovens § 29 om indberetning af aktiebesiddelser eller for overtrædelse af lovens kapitel 10 om misbrug af intern viden og kursmanipulation.

Pågældende person anses for part fra det tidspunkt, hvor tilsynet indleder undersøgelse.

Med hensyn til disse personer/selskabers partsstatus bør det dog tilføjes, at efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3, kan aktindsigt begrænses bl.a. af afgørende hensyn til offentlige interesser i opklaring og forfølgning af lovovertrædelser.

Ved Finanstilsynets vurdering om anvendelse af forvaltningslovens § 15 vil det indgå, at især bestemmelserne om misbrug af intern viden og kursmanipulation betragtes som alvorlige økonomiske forbrydelser.

...”

Som fastslået i den påklagede afgørelse anses K for part i sagen, og efter lovbemærkningerne må han således anses for part fra det tidspunkt, hvor tilsynet indleder undersøgelse. I følge afgørelsen har Finanstilsynet ikke foretaget en vurdering af, om retten til aktindsigt skal begrænses efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 23. februar 2010 og hjemviser sagen til Finanstilsynets stillingtagen hertil.

4.4. LOV OM FORSIKRINGSFORMIDLING

11) Kendelse af 24. august 2010 (J.nr. 2010-0020972).

Tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling ikke imødekommet.
Forsikringsformidlingslovens § 7, stk. 1, nr. 2, § 9, stk. 2, og § 9, stk. 4.
(Lise Høgh, Ingrid Henriksen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 28. december 2009 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 10. december 2009 har afslået en ansøgning om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling efter forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 10. december 2009 hedder det:

”...

Finanstilsynet har behandlet Deres ansøgning af den 17. november 2009 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. 930 af 18. september 2008.

Med Deres ansøgning har De vedlagt dokumentation for, at De har gennemført en cand.merc.jur. uddannelse fra Handelshøjskolen i Århus.

De har endvidere i Deres ansøgning angivet, at De har været ansat i B S.A. i perioden 2004-2007 og som underdirektør ved A A/S siden 2007.

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 endnu ikke har erhvervet tilstrækkelig praktisk erfaring som ansat i forsikringsbranchen til at kunne tilrettelægge og gennemføre forsikringsmægling på betryggende vis.

For så vidt angår Deres teoretiske uddannelse finder Finanstilsynet, at disse teoretiske kompetencer er tilstrækkelige til at opfylde de teoretiske krav i uddannelsesbekendtgørelsen, jf. bekendtgørelse nr. 825 af 3. juli 2007 om forsikringsformidlers uddannelse.

...”

I klageskrivelsen af 28. december 2009 har K anført blandt andet:

”Finanstilsynet har den 10. december 2009 givet afslag på ansøgning om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling i medfør af § 4, stk. 2, jf. § 9 stk. 4 i lov om forsikringsformidling med den begrundelse, at ansø-

ger ikke har erhvervet tilstrækkelig praktisk erfaring i forsikringsbranchen.

Ansøger vil på baggrund heraf gerne anmode erhvervsankenævnet om en stillingtagen til, hvorvidt dispensation kan gives, idet afslag på baggrund af ”ikke tilstrækkelig praktisk erfaring fra forsikringsbranchen” alene henviser til antal år ansøger har været beskæftiget i forsikringsbranchen og ikke til opgavernes karakter og den praktiske erfaring, der derigennem er opnået.

Ansøger har 5 års erhvervserfaring fra forsikringsbranchen og vil gerne redegøre for, hvilke opgaver ansøger varetager i det daglige, da det er ansøgers overbevisning, at opgavernes karakter og det faglige niveau i opgaverne understøtter og bekræfter, at ansøger er i stand til fuldt ud at kunne tilrettelægge og gennemføre forsikringsmægling på betryggende vis.

I den tillægsgodkendelse, der er vedlagt dispensationsansøgningen, er de opgaver, der varetages af ansøger specificeret i punktform. A er organiseret således, at det daglige kundeansvar ligger hos forsikringsmæglere fordelt på kundesegmenter. Hver kunde i A har således en kundeansvarlig forsikringsmægler tilknyttet.

A har herudover en række specialistgrupper, der har til formål at sikre at, både rådgivningen om kundens risiko og forsikringsdækning heraf varetages på et højt fagligt niveau til gavn for kunden. Ansøger har ansvaret for den ene af disse grupper og varetager som en del af specialistfunktionen A's faglige udvikling og interne efteruddannelse af A's forsikringsmæglere.

På de største kunder med internationale aktiviteter, så som ..., ..., ..., ..., ... og ... etc. er det ansøger, der ”primus motor” for blandt andet udarbejdelse af risikoanalyser, forhandling og udarbejdelse af forsikringsvilkår, udarbejdelse af udbudsmateriale, samt styring og tilrettelæggelse af udbudsprocessen i samarbejde med den kundeansvarlige forsikringsmægler.

Herudover er ansøger den løbende sparringspartner for den kundeansvarlige forsikringsmægler i forbindelse med den daglige kundedrift. Det er endvidere ansøgers opgave at sikre optimal programstruktur og overholdelse af ”compliance regler” i forbindelse med globale forsikringsprogrammer f.eks. lokal forsikringspligt og præmieskatteafregning.

Ansøgers daglige opgaver omfatter derfor naturligt, alle de forhold en forsikringsmægler beskæftiger sig med og skal være bekendt med, dog uden at have det egentlige ”account ansvar”, da denne funktion i A alene kan varetages af en godkendt forsikringsmægler.

Ansøger har ifølge Finanstilsynet via sin kandidatgrad som Cand.merc.jur opnået tilstrækkelig teoretisk viden til at opfylde de teoretiske krav for at kunne udøve forsikringsmægling.

Baseret på ovenstående redegørelse samt de i dispensationsansøgningen beskrevne arbejdsopgaver, er det ansøgers overbevisning, at den praktiske erfaring, ansøger har opnået via en underwriting-stilling i et stort internationalt forsikringsselskab samt de daglige opgaver og det faglige ansvar ansøger har i A, er kvalificerende og fuldt ud tilstrækkelig og dækkende for at kunne udføre forsikringsmægling på betryggende vis.
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 1. marts 2010 udtalt:

” ...

2. Retlig baggrund

Det følger af § 4 i lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 930 af 18. september 2008, 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.

Forsikringsmægleruddannelsen er en erhvervsrettet deltidsuddannelse, der kan udbydes af uddannelsesinstitutioner, der udbyder en uddannelse, der giver deltagerne de i uddannelsesbekendtgørelsen beskrevne teoretiske kompetencer inden for livs/og eller skadesforsikringsmægling.

Uddannelsen som forsikringsmægler består af såvel en teoretisk som praktisk del.

3. Finanstilsynets hidtidige dispensationspraksis

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 til-

ladelse i medfør af § 9, stk. 4, sker efter en konkret vurdering af ansøgerens samlede forhold. ...

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.

For at komme i betragtning til en tilladelse 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 viden og indsigt inden for forsikringsmægling.

Finanstilsynet har endvidere lagt til grund ved vurderingen om en mulig dispensation, at tidligere ansættelser i forsikringsbranchen ikke kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse efter uddannelsesbekendtgørelsen.

Den stramme praksis har som baggrund et ønske – også fra forsikringsmæglerens egne interesseorganisationer – om at højne erhvervets uddannelsesniveau.

4. Erhvervsankenævnets kendelser af 27. marts 2009

Erhvervsankenævnet afsagde i 2009 kendelse i to sager, hvor klagerne havde fået afslag fra Finanstilsynets på ansøgning om tilladelse som forsikringsmægler. Finanstilsynet havde i begge sager vurderet, at ansøgerne ikke opfyldte kravene i lovens § 9, stk. 4, til at få dispensation.

...

De to personer fik afslag på deres dispensationsansøgninger, fordi de efter Finanstilsynets vurdering ikke opfyldte kravet i lovens § 9, stk. 4, om at besidde en anden teoretisk uddannelse, som kunne ligestilles med den teoretiske forsikringsmægleruddannelse i uddannelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 1, jf. § 4.

Hverken en uddannelse som cand. jur. eller eksamineret assurandør kunne efter Finanstilsynets vurdering ligestilles med de teoretiske kompetencer, som opnås ved at gennemføre den teoretiske forsikringsmægleruddannelse.

Der var i disse sager ikke spørgsmål om, at de pågældende ansøgere opfyldte kravet i uddannelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 2, om at have erhvervet praktisk kendskab til forsikringsmægling ved 2 års ansættelse på fuld tid i en forsikringsmæglervirksomhed, et forsikringsselskab eller ved anden beskæftigelse, hvor tilsvarende kundskaber er erhvervet. De pågældende havde begge været ansat i forsikringsbranchen i henholdsvis 16 og 29 år og derefter i en forsikringsmæglervirksomhed i henholdsvis 7 og 4 år.

Det var imidlertid Finanstilsynets vurdering, at hverken langvarig ansættelse i forsikringsbranchen eller forsikringsmæglerbranchen eller arbejdsgiverens erklæring om den pågældendes praktiske kompetencer, kan erstatte den manglende teoretiske uddannelse.

I de pågældende klagesager fandt ankenævnet:

”efter en konkret bedømmelse af klagernes samlede forhold, at disse kan ligestilles med de krav, der er fastsat i medfør af lovens § 9, stk. 2, og at klagerne derfor bør gives tilladelse til at være forsikringsmægler, jf. forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4.”

Finanstilsynet har efterfølgende meddelt de pågældende den ansøgte dispensation.

5. Finanstilsynets reviderer dispensationspraksis

Finanstilsynet har som konsekvens af de afsagte kendelser fra ankenævnet revurderet den hidtidige dispensationspraksis.

Finanstilsynet har på hjemmesiden offentliggjort afgørelse af 23. maj 2008 i de to sager, der ændres af Erhvervsankenævnet den 27. marts 2009

I disse to sager havde ansøgerne henholdsvis en samfundsfaglig akademisk uddannelse og en uddannelse som eksamineret assurandør.

Ansøgerne havde samtidig været ansat i forsikringsbranchen i en længere årrække og havde ligeledes på ansøgningstidspunktet været ansat i en forsikringsmæglervirksomhed i en årrække.

Finanstilsynet har efterfølgende modtaget 23 dispensationsansøgninger. I disse sager har Finanstilsynet meddelt 13 tilladelser og 10 afslag på dispensation.

Finanstilsynet har i disse sager fulgt de retningslinjer for behandling af denne type ansøgninger, som kan udledes af ankenævnets afgørelser. Det præciseres, at afgørelse træffes efter en konkret vurdering i den enkelte sag.

Det fremgår af ankenævnets afgørelser, at der skal foreligge en situation, hvor ansøgers ”anden relevante ” teoretiske uddannelse er suppleret med en ganske langvarig ansættelse i forsikringsbranchen/ forsikringsmæglerbranchen, hvor de specifikke forsikringstekniske kompetencer og forsikringsmægling i praksis, erhverves.

Der skal således en kombination til af en relevant teoretisk uddannelse sammenholdt med en langvarig ansættelse i branchen, der anses tilstrækkelig til at kunne kompensere for at ansøgers teoretiske uddannelse ikke indeholder de specifikke forsikringstekniske elementer, som er indeholdt i forsikringsmægleruddannelsen.

Ved afgørelserne lægger Finanstilsynet vægt på, om ansøgers teoretiske samfundsfaglige uddannelse er af en sådan karakter, at den sammenholdt med en langvarig beskæftigelse i forsikringsbranchen og forsikringsmæglerbranchen samlet set vurderes, at kunne ligestilles med forsikringsmægleruddannelsens teoretiske og praktiske indhold, således at an-

søger derfor vurderes at kunne varetage sit hverv over for kunden på betryggende vis.

6. 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 § 9, stk. 4. Finanstilsynet fastholder derfor afslag på klagers ansøgning.

3.1. Tilladelse meddelt jf. § 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 og samtidig dokumenterer den fornødne ansættelse i et forsikringsselskab eller forsikringsmæglervirksomhed.

3.2. Tilladelse meddelt jf. § 9, stk. 4, i lov om forsikringsformidling

I overensstemmelse med den reviderede dispensationspraksis har Finanstilsynet vurderet om klagers teoretiske og praktiske baggrund kan medføre en tilladelse efter § 9, stk. 4.

...

Finanstilsynet har i sin afgørelse af 17. november 2009 taget konkret stilling til om klagers teoretiske baggrund som cand. merc. jur. sammenholdt med varigheden af klagers ansættelse i såvel forsikringsbranchen i 2,5 år og som ansat i forsikringsmæglerbranchen i 2,5 år vurderes tilstrækkeligt til at begrunde en dispensation.

Det fremgår af afgørelsen, at Finanstilsynet ikke finder grundlag for at give dispensation efter § 9, stk. 4.

Finanstilsynet lægger vægt på, at det af ankenævnets afgørelser fremgår, at en ansøgers samlede forhold skal vurderes i forhold til, om disse forhold kan ligestilles med kravene til såvel teoretisk som praktisk viden om forsikringsmægling, som fremgår af uddannelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet har foretaget en sådan vurdering.

Klager har i ansøgningen oplyst at have bestået cand. merc. jur. eksamen. Efter Finanstilsynets dispensationspraksis vil denne uddannelse kunne ligestilles med den teoretiske del af forsikringsmægleruddannelsen. Finanstilsynets praksis forudsættes imidlertid, at denne teoretiske uddannelse er suppleret med viden om de teoretiske forsikringstekniske elementer og praktisk erfaring om forsikringsmægling, som erhverves ved en langvarig ansættelse i et forsikringsselskab eller forsikringsmæglervirksomhed.

Finanstilsynet finder ikke, at klager ved sin ansættelse 2,5 år i et forsikringsselskab eller ved sin ansættelse i 2,5 år i en forsikringsmæglervirksomhed har opnået en sådan samlet erfaring. Den af klagers arbejdsgiver udstedte erklæring om klagers praktiske kompetencer kan i denne forbindelse ikke tillægges afgørende vægt.

Når ansøger ikke har gennemført den krævede teoretiske uddannelse som forsikringsmægler, som indeholder specifikke forsikringstekniske kompetencer, men derimod en anden mere generel teoretisk uddannelse, skal der en langvarig ansættelse i forsikringsselskaber og forsikringsmæglervirksomheder til, for at beherskelse af de specifikke forsikringstekniske kompetencer kan anses for opnået.
...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

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 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 forsikringsmægleres uddannelse. Det kunne være en advokat eller revisor,

som ønsker tilladelse til at udøve forsikringsmæglervirksomhed, og som kan dokumentere, at den pågældende gennem praktisk erfaring og relevant efteruddannelse må antages at være på et uddannelsesniveau, der kan sidestilles med det, der kræves efter forsikringsmægleruddannelsen.”

Erhvervsankenævnet tiltræder efter en konkret bedømmelse af K's samlede forhold, at hun ikke er meddelt tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling i henhold til forsikringsformidlingslovens § 9, stk. 4. K's cand.merc.jur-embedseksamen sammenholdt med det i hendes CV oplyste efteruddannelsesforløb er således ikke en uddannelsesmæssig baggrund, som i kombination med hendes relevante praktiske baggrund med ansættelse ca. 2,5 år i forsikringsselskabet B S.A samt ca. 2,5 år i forsikringsmægler-virksomheden A A/S kan sidestilles til forsikringsmægleres teoretiske uddannelse, eller som giver hende den tilstrækkelige forsikringsmæssige viden og indsigt.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 10. december 2009.

4.5. SELSKABSLOVEN

12) Kendelse af 18. februar 2010 (J.nr. 2009-0020411).

Adgangen til at foretage registreringer via Webreg.dk med medarbejdersignatur udstedt til firmaet lukket indtil videre.

Bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007, § 49, stk. 2.

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 5. oktober 2009 har advokat A klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 4. september 2009 indtil videre har lukket for adgangen til at foretage registreringer via Webreg.dk med medarbejdersignaturer udstedt til

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 4. september 2009 hedder det:

”Lukning af adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har indtil videre lukket for adgangen til at foretage registreringer via Webreg.dk med medarbejdersignaturer udstedt til K v/A CVR- nr. ..., jf. § 49, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007 (anmeldelsesbekendtgørelsen).

Lukningen af jeres adgang skyldes, at styrelsen ved en gennemgang af registreringer foretaget via styrelsens Edb-registreringssystem (Webreg) har fået en begrundet formodning om, at I som anmeldere har misbrugt adgangen til webreg.dk, ved at foretage registreringer af stiftelser af en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag.

Styrelsens konkrete mistanke vedrører registreringen af stiftelserne af selskaberne:

- B ... ApS CVR-nr. ...
- CB ... ApS CVR-nr. ...
- D ... ApS CVR-nr. ...
- E ... ApS CVR-nr. ...
- F ... ApS CVR-nr. ...
- G ... ApS CVR-nr. ...
- H ... ApS CVR-nr. ...
- I ... ApS CVR-nr. ...
- J ... ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet ... ApS)
- X ... ApS CVR-nr. ...
- L... ApS CVR- nr. ... (tidligere kaldet ... ApS)
- M... ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet ... ApS)

Stiftelsen af disse selskaber er registreret via Weberg i perioden 26. april 2007 til 14. maj 2007 med en digital signatur udstedt til K v/A CVR- nr.

Det er styrelsens vurdering, at ovennævnte selskaber er stiftet med rullende kapital, idet B 1001 ApS er stiftet ved indskud af kr. 125.000 til kurs 100, af B ApS. Umiddelbart herefter stiftes C ApS, ved indskud af kr. 125.000 af B ApS. C ApS stifter herefter D ApS ved indskud af kr. 125.000, osv. osv.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der er tale om stiftelse af en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at kapitalindskuddet derfor ikke er reelt, men alene tilvejebragt til brug for registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket ikke er i overensstemmelse med anpartsselskabsloven samt intentionerne bag loven.

Det er derfor styrelsens vurdering, at der er tale om omgåelse af kapitalkravet i anpartsselskabslovens § 1, stk. 3, samt § 11, stk. 2.

Jeres adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk vil forblive lukket, indtil styrelsen har modtaget en redegørelse samt dokumentation for, at stiftelserne af ovennævnte selskaber ikke er stiftelser af en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag, jf. § 5, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen og § 74 i anpartsselskabsloven.

Styrelsen vil på baggrund af deres redegørelse vurdere, om der er grundlag for at genåbne jeres adgang til at foretage registreringer via Webreg, eller om adgangen skal forblive lukket.

Ligesom styrelsen efter en vurdering af det indkomne materiale vil tage stilling til, om der evt. skal ske politianmeldelse.

Såfremt styrelsen ikke har modtaget dokumentation, der bekræfter, at kapitalen vedr. stiftelserne af ovennævnte er indbetalt, uden at der er tale om rullende kapital, senest den 6. oktober 2009 vil styrelsen dog uden yderligere varsel anmode skifteretten om at opløse selskaberne, jf. anpartsselskabslovens § 60 jf. § 74.

Styrelsen skal dog vejlede om, at I ikke har pligt at afgive oplysninger i denne sag, da det ikke kan udelukkes, at de oplysninger som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmoder om, kan have betydning for bedømmelse af de formodede lovovertrædelser, jf. § 10, stk. 1, og stk. 3, i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter.
...”

I klageskrivelsen af 5. oktober 2009 har advokat A anført:

”...

Jeg skal ved nærværende indbringe afgørelsen [af 4. september 2009 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen] for Erhvervsankenævnet, og jeg henviser i den forbindelse til mine tidligere skrivelser af hhv. 8. og 18. september 2009 til Styrelsen, att. Jeg går ud fra, at Erhvervsankenævnet rekvirerer det fulde materiale fra Styrelsen, men i modsat fald fremsender jeg naturligvis gerne materialet.

...

Jeg skal anmode om personligt foretræde for Nævnet, forinden der træffes afgørelse i sagen.

...”

I nævnte skrivelse af 8. september 2009 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har advokat A anført:

”Vedr.: B ApS - cvr. nr. ... - m.fl

I ovennævnte sag henviser jeg til Deres skrivelse af 4. september 2009, og jeg må tilstå, at jeg er meget forundret over Deres adfærd i denne sag, hvor De uden varsel lukker min adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk på baggrund af mistanke om misbrug vedrørende selskabsstiftelser, som ligger 2½ år tilbage i tid.

Jeg skal høfligt anmode om, at De straks foranlediger min adgang til registreringer retableret, idet dette er et vigtigt arbejdsredskab for mig i mit daglige virke, og jeg finder det helt ude af proportioner, at De ikke i første omgang afventer min redegørelse, som følger nedenfor.

Jeg bemærker indledningsvis, at de i sagen omhandlede selskabsstiftelser er blevet tilvejebragt efter forslag fra [selskabernes] revisor, N ... med henblik på at have et passende antal stiftede selskaber liggende i en ”streng”, således at selskaberne kunne afhændes til potentielle købere, som eksempelvis havde brug for et holdingselskab og et datterselskab med evt. yderligere datterselskaber under det første datterselskab.

På denne baggrund stiftede B ApS C ApS den 26.04.2007, i hvilken forbindelse anpartskapitalen blev indsat på advokatkontorets konto, og til dokumentation herfor vedlægges kopi af indbetalingsbilag. Derudover vedlægger jeg kontoudskrift fra j. nr. 53.902, hvorunder B ApS blev stiftet.

Herefter blev kapitalen den 27.04.2007 overført til j. nr. 53.903 til stiftelse af C ApS, hvilket fandt sted den 27.04.2007.

Den 30.04.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.904 til stiftelse af D ApS, hvilket fandt sted den 30.04.2007.

Den 1.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.905 til stiftelse af E ApS, hvilket fandt sted den 1.05.2007.

Den 2.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.906 til stiftelse af F ApS, hvilket fandt sted den 2.05.2007.

Den 3.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.907 til stiftelse af G ApS, hvilket fandt sted den 3.05.2007.

Den 7.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.908 til stiftelse af H ApS, hvilket fandt sted den 7.05.2007.

Den 8.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.909 til stiftelse af I ApS, hvilket fandt sted den 8.05.2007.

Den 9.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.910 til stiftelse af J ApS – nu ... ApS - hvilket fandt sted den 9.05.2007.

Den 10.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.911 til stiftelse af X ApS, hvilket fandt sted den 10.05.2007.

Den 11.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.912 til stiftelse af L ApS – nu ... ApS - hvilket fandt sted den 11.05.2007.

Den 14.05.2007 blev dette selskabs kapital overført til j. nr. 53.913 til stiftelse af M ApS – nu ... ApS - hvilket fandt sted den 14.05.2007.

Der er således tale om, og dokumentation for, at selskaberne er stiftet med kr. 125.000,00 for hvert enkelt selskab, hvis selskabskapital er tilvejebragt af stifteren, og reglerne i Anpartsselskabslovens § 1, stk. 3 samt § 11, stk. 2 er således opfyldte.

Jeg vedlægger i øvrigt til Deres orientering kopi af min korrespondance med N af g.d., og jeg henviser i den forbindelse specielt til revisors bemærkninger om ”lovens intentioner, formodning om samt Styrelsens vurdering”.

Som det fremgår af Deres skrivelse, har tre selskaber for nylig skiftet ejer, og jeg skal derfor anmode om hurtig sagsbehandling af nærværende, idet selskabskøberne naturligvis ikke kan leve med uvisheden om, hvorvidt selskaberne er lovligt registreret.
...”

I skrivelsen af 18. september 2009 fra advokat An til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hedder det:

” ...

I forlængelse af min skrivelse af 8. september 2009, og vore efterfølgende drøftelser, såvel telefoniske som pr. mail, skal jeg herved fremkomme med mine yderligere bemærkninger til sagen.

Jeg fastholder indledningsvis, at de i sagen omhandlede selskaber er lovligt stiftede med det i hvert tilfælde nødvendige kapitalindskud, og jeg

henviser i den forbindelse til vedlagte notat fra selskabernes revisor, statsaut. revisor fra N.

Jeg har i min søgning efter praksis på området ikke kunnet finde domstolsafgørelser eller lignende, som støtter den opfattelse, som ligger til grund for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis i form af den af Dem til mig fremsendte vejledende udtalelse af 4. maj 2005 og Industriministeriets afgørelse af 11. maj 1983.

For så vidt angår lukningen af min Webreg adgang er det efter min og mine rådgiveres opfattelse en ualmindelig streng sanktion, som ikke synes adækvat med den formodede overtrædelse.

Jeg henviser igen til Ns notat, og jeg bemærker i den forbindelse, at såfremt en fortolkning af reglerne kan føre til statuering af, at reglerne er overtrådt, så har overtrædelsen på ingen måde har været tilsigtet, hvorfor det bestrides, at der har været tale om misbrug af Webreg-adgangen.

Jeg håber, at jeg med nærværende har overbevist Dem om stiftelsernes retmæssighed, men i modsat fald tillader jeg mig samtidig at foreslå en pragmatisk og mindelig løsning som følger:

1. De til tredjemand solgte selskaber L ApS og M ApS opretholdes, som tilkendegivet af Dem, såfremt selskaberne kan dokumentere, at kapitalen er i behold.

For så vidt angår J ApS har køber, ... meddelt mig, at købet af selskabet ophæves, som følge af skrivelsen fra Dem, hvilken ophævelse jeg i sagens natur har accepteret, idet jeg samtidig fra køber har fået bekræftelse på, at selskabet ikke har været benyttet driftsmæssigt af køber i perioden fra salget den 19. august 2009 frem til d.d.

2. Selskaberne C ApS – X ApS likvideres efter en erklæringsmeddelelse, idet jeg som tidligere angivet overfor Dem, ikke har særlige anvendelseshensigter med selskaberne, og derfor er indstillet på, at disse likvideres.
3. Min Webreg-adgang genåbnes med henvisning til, at der ikke har været tale om misbrug.

Jeg tillader mig i øvrigt at antage, at min inddragelse af retten til on-line registrering på Webreg er sket i medfør af Bek. 1525 af 13/12-2007 om anmeldelse, registrering m.v. § 49 stk. 2, hvor det er en betingelse for øjeblikkelig inddragelse af brugerens adgang, at der er begrundet formodning om, at der er sket eller vil ske misbrug af adgangen til registrering, indberetning eller offentliggørelse via Webreg, såfremt adgangen ikke lukkes.

Jeg skal i den forbindelse bemærke, at jeg alene har fulgt statsautoriseret revisors anvisning omkring stiftelse, og det der evt. kan bebrejdes undertegnede, er således alene, at jeg ikke har forholdt mig mere kritisk til vejledningen.

Det forekommer som en meget vid fortolkning af bestemmelsen i bekendtgørelsens § 49. stk. 2, at det lægges til grund, at der er skabt risiko for fremtidigt misbrug, idet det som udgangspunkt må antages, at en vejledning/instruks fra statsautoriseret revisor ikke er behæftet med fejl.

Jeg vil naturligvis for fremtiden rette henvendelse forinden registrering, såfremt jeg måtte være i tvivl om lovligheden af en stiftelse.

Da sagen som tidligere nævnt og angivet har store konsekvenser for mit daglige virke som advokat, skal jeg indtrængende anmode om, at De nøje vurderer, hvorvidt det er Deres opfattelse, at jeg har søgt at misbruge min erhvervsmæssige adgang til webregistreringerne, idet jeg samtidig henviser til, at en evt. statuering af overtrædelse sker ud fra fortolkning af intentionerne ved anpartsselskabslovens § 1, stk. 3 og § 11, stk. 2, således at det ikke umiddelbart af lovtæksten kan konstateres, at der skulle være tale om en overtrædelse.

Jeg håber på Deres velvilje ved behandling af sagen, ligesom jeg naturligvis meget gerne vil drøfte mulighederne for at generhverve muligheden for on-line registrering, også hvor dette måtte være betinget af nærmere fastsatte vilkår.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 19. november 2009 udtalt:

” ...

Styrelsen har, grundet klageres rekursadgang, endnu ikke truffet endelig afgørelse om, hvorvidt virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg skal forblive lukket eller skal genåbnes.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil på baggrund af K v/ As redegørelse og partsindlæg træffe endelig afgørelse i sagen.

Det er således styrelsens opfattelse, at rekursen alene må vedrøre, om det har været berettiget, at styrelsen foreløbigt har lukket K v/ As adgang til at foretage registreringer via Webreg, medens det undersøges, om det formodede misbrug har fundet sted.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 4. september 2009

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er i forbindelse med en stikprøvemæssig kontrol af registreringer foretaget via styrelsens EDB- registreringssystem (Webreg) blevet opmærksom på en række registreringer foretaget med digital signatur udstedt til K v/ A, CVR-nr.

Alle registreringerne vedrører stiftelser af 12 selskaber i perioden 26. april 2007 til 14. maj 2007.

Ved en gennemgang af registreringerne fik styrelsen en begrundet formodning for, at selskaberne var stiftet ved rullende kapital, idet den samme selskabskapital på kr. 125.000 indskudt til kurs 100, straks blev anvendt til at stifte et underliggende datterselskab.

Styrelsen havde således formodning for, at de 12 selskaber var stiftet som en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag.

Det er styrelsens vurdering, at kapitalindskuddet derfor ikke er reelt, men alene tilvejebragt til brug for registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket ikke er i overensstemmelse med anpartsselskabsloven samt intentionerne bag loven.

Det er derfor styrelsens vurdering, at der er tale om omgåelse af kapitalkravet i anpartsselskabslovens § 1, stk. 3, samt § 11, stk. 2.

På den baggrund anmoder styrelsen den 4. september 2009 K v/ A om en redegørelse samt dokumentation for, at selskaberne ikke er stiftet som en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag, jf. § 5, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen og § 74 i anpartsselskabsloven.

Styrelsen træffer samtidig afgørelse om foreløbigt at lukke virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk, jf. § 49, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen. Det er denne afgørelse, som nu er indbragt for Erhvervsankenævnet.

Der er, som det fremgår af afgørelsen, tale om en midlertidig lukning:

”Jeres adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk vil forblive lukket, indtil styrelsen har modtaget en redegørelse samt dokumentation for, at stiftelserne af ovennævnte selskaber ikke er stiftelser af en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag, jf. § 5, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen og § 74 i anpartsselskabsloven.

Styrelsen vil på baggrund af deres redegørelse vurdere, om der er grundlag for at genåbne jeres adgang til at foretage registreringer via Webreg, eller om adgangen skal forblive lukket.”

Konklusion

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder, at den øjeblikkelige lukning af K v/ As adgang til at foretage registreringer via Webreg var berettiget, jf. § 49, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen, idet der på tidspunktet var klare indikationer på, at virksomheden havde overtrådt anpartsselskabsloven ved at have registreret 12 anpartsselskaber på baggrund af et og samme kapitalgrundlag og derved omgået kapitalkravet i anpartsselskabslovens § 1, stk. 3, samt § 11, stk. 2, samt intentionerne bag loven.

Afsluttende bemærkninger

Styrelsen har efter den nu indbragte afgørelse blev truffet modtaget redegørelse fra advokaten samt efterfølgende yderligere partsindlæg.

Det er imidlertid styrelsens opfattelse, at dokumenter af senere dato end styrelsens afgørelse af 4. september, herunder redegørelse og partsindlæg fra K v/ A ikke vedrører den afgørelse, der er indbragt for Erhvervsankenævnet, da disse dokumenter ikke har ligget til grund for styrelsens foreløbige afgørelse af 4. september 2009.

Disse dokumenter vil alene indgå i styrelsens endelige afgørelse af, hvorvidt K v/ A adgang skal genåbnes eller skal forblive lukket.

De dokumenter, der efter styrelsens opfattelse vedrører den truffe afgørelse er alene de dokumenter, som ligger til grund for registreringerne af stiftelserne af selskaberne:

- B ApS CVR-nr. ...
- C ApS CVR-nr. ...
- D ApS CVR-nr. ...
- E ApS CVR-nr. ...
- F ApS CVR-nr. ...
- G ApS CVR-nr. ...
- H ApS CVR-nr. ...
- I ApS CVR-nr. ...
- J ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet ...ApS)
- X ApS CVR-nr. ...
- L ApS CVR- nr. ... (tidligere kaldet ... ApS)
- M ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet ... ApS)

...”

Advokat A er ved skrivelse af 5. januar 2010 fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Under henvisning til ovennævnte sag og Deres skrivelse af 24. november 2009 skal jeg blot supplerende bemærke, at det ikke er min opfattelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 19. november 2009 indeholder nye momenter for sagen, hvorfor Nævnet efter min opfattelse kan træffe afgørelse på det foreliggende grundlag.

Jeg præciserer blot afslutningsvis, at Styrelsen burde have ventet på min redegørelse, forinden adgangen til at foretage registreringer blev lukket, ikke mindst henset til at de 12 registreringer fandt sted 2½ år før lukningen blev foretaget.

Ud over nærværende klage ønsker jeg samtidig nu at indgive klage over, at der ikke på nuværende tidspunkt er taget stilling til, om den midlertidige lukning skal være permanent, idet Styrelsen med baggrund i min redegørelse af 18. september 2009 har kunnet tage stilling hertil.

...”

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Ud fra de på tidspunktet for den påklagede afgørelse af 4. september 2009 foreliggende oplysninger om registreringer foretaget via webreg.dk af K v/ A findes Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at have haft en sådan begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering, indberetning eller offentliggørelse via webreg.dk, at styrelsen var berettiget til med øjeblikkelig virkning midlertidigt at lukke firmaets adgang hertil, jf. § 49, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007.

Erhvervsankenævnet forstår Erhvervs- og Selskabsstyrelsens redegørelse af 19. november 2009 således, at styrelsen på baggrund af det nu fremkomne - herunder den fremsendte dokumentation for, at stiftelserne af de omhandlede selskaber efter klagers opfattelse ikke er sket på et og samme kapitalgrundlag - vil træffe afgørelse om, hvorvidt klagers adgang til webreg.dk skal genåbnes eller forblive lukket.

En sådan afgørelse findes imidlertid at burde være truffet allerede i forbindelse med fremkomsten af klagers skrivelser af 8. og 18. september 2009 med nærmere redegørelse for sagen, herunder revisors redegørelse.

Ankenævnet stadfæster med denne bemærkning styrelsens afgørelse af 4. september 2009.

4.6. ÅRSREGNSKABSLOVEN

13) Kendelse af 4. januar 2010 (J.nr. 2009-0019965).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 6. august 2009 har advokat A på egne vegne og på vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i K1 ApS og K2 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. juli 2009 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2008 til 31. december 2008.

Sagens omstændigheder:

K1 ApS og K2 ApS har fået omlagt selskabernes regnskabsperiode og har nu kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2008 til 31. december 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 18. juni 2009 en skrivelse til selskabernes ledelse på selskabernes registrerede adresser med påkrav om at modtage årsrapporterne senest 30. juni 2009. 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. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporterne ikke blev modtaget senest den 16. juli 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 3. juli 2009 modtog styrelsen årsrapporterne, og ved skrivelser af 10. juli 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, hvert bestyrelsesmedlem i de enkelte selskaber en afgift på 2.000 kr.

I klageskrivelsen af 6. august 2009 har advokat A anført:

” ...

På vegne samtlige bestyrelsesmedlemmer, B, C, D, E, F og undertegnede klages over de afgifter, der er pålagt de enkelte bestyrelsesmedlemmer

med kr. 2.000,00 pr. selskab eller i alt en afgift på kr. 24.000,00 for en forsinkelse på 3 dage i forhold til den fastsatte frist.

Selskaberne er medarbejderejede og samtlige medejere sidder i de to bestyrelser. Bestyrelsesposterne er ulønnede, bortset fra formandens, og jeg kan med hensyn til selskabernes økonomi tilføje, at der ikke i de sidste måneder på grund af de overordentlige dårlige markedsforhold for ejendomsmægler-virksomheder, har kunnet udbetales løn til medarbejderne.

Forklaringen på at de 2 årsrapporter ikke blev afleveret til tiden, er den simple, at ledelsen svævede i en undskyldelig vildfarelse, jfr. nedenfor.

D. 15.08.2008 afholdt selskaberne ordinær generalforsamling, hvor det under pkt. 9 blev besluttet at ændre regnskabsåret til kalenderåret med virkning fra d. 01.01. 2009, og med omlægningsperiode fra d. 01.07.2008 – 31.12.2008

Ændringerne blev anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen d. 29.09.2008 og d.14.10.2008 modtog selskaberne et sammenskrevet resume, hvoraf fremgår, at det nye regnskabsår var godkendt og registreret sammen med omlægningsperioden f.t. 01.07.2008 – 31.12.2008 ...

Selskaberne foretog sig ikke yderligere, men modtog d. 23.10.2008 en skrivelse fra SKAT, der helt uforståeligt for den samlede ledelse opererer med, at vi skulle ønske at omlægge indkomståret med en omlægningsperiode fra d. 01.07.2007 – 31.12.2008, hvilket som bekendt ikke er korrekt, men i øvrigt meddeler SKAT, at man har fået meddelelsen om omlægningen for sent, idet det skulle have været meddelt inden udløbet af det indkomstår, der ønskes omlagt, hvorefter SKAT foreslår en ny omlægningsperiode fra d. 01.07.2008 og helt frem til d. 31.12.2009 med frist for selskaberne til at acceptere dette inden d. 30.06.2009 ...

D. 12.03.2009 accepterer selskaberne omlægningsperioden ... og d. 03.06. 2009 bekræftes dette af SKAT, der samtidig meddeler, at selskaberne ”vil få et nyt registreringsbevis, hvor det det nye indkomstår står”

Selskabernes ledelse gik herefter ud fra som givet, at det var SKAT's meddelelse, der var gældende og at meddelelsen ville blive videreført fra SKAT til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Selskabernes ledelse har klart været af den opfattelse, at der er korrespondance mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og SKAT.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyser ... at fristen for anmeldelse er 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, der ønskes omlagt, medens SKAT skal modtage meddelelsen inden udløbet af det regnskabsår, der ønskes omlagt.

Det er forvirrende for den almindelige borger og det er uacceptabelt, at det udløser bøder, når selskabernes ledelse er blevet forledt til at gå ud fra, at SKAT har givet besked til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om, at

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens godkendelse af en omlægning af regnskabsåret ikke er gældende.

Ankenævnet bør tage i betragtning, at de 2 selskabers ledelse er identisk, at der er tale om medarbejdere, som samlet skal betale kr. 24.000,00 i afgift på grund af en undskyldelig og påført misforståelse, ligesom Ankenævnet bør tage i betragtning, at det på trods af den meget korte frist selskaberne får, fra man bliver klar over, at der skulle have været afleveret årsrapporter d. 01.06. 2009, lykkedes at få indleveret årsrapporterne d. 03.07. 2009.

Hertil kommer, at ledelsen har søgt at fremme færdiggørelsen og indsendelsen af årsrapporterne ved indskærpelse overfor selskabernes revisor ...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 1. oktober 2009 udtalt:

”...

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.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 15, stk. 4, at ledelsens beslutning om omlægning af regnskabsår skal være truffet i så god tid, at anmeldelse herom kan indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den er modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som ønskes ændret.

Styrelsens udtalelse

Godkendt og revideret årsrapport for både K1 ApS og K2 ApS for regnskabsåret 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.

Begge anpartsselskabers regnskabsår udløb den 31. december 2008. Som følge heraf skulle deres årsrapport for regnskabsåret 2008 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2009.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget begge årsrapporter for den 3. juli 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Klager bemærker i sin anmodning om afgiftsfritagelse, at SKAT afviste at omlægge begge selskabers indkomstår til indkomstperioden 1. juli 2008 – 31. december 2008, og begge selskabers ledelse var af den opfattelse, at SKAT kontaktede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om dette afslag.

Hertil skal det bemærkes, at det hverken fremgår af årsregnskabsloven eller anden regnskabslovgivning eller af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside, at SKAT informerer styrelsen om ændringer i selskabers indkomstår. Selskabernes ledelse har en selvstændig pligt, hvis selskabets regnskabsår skal omlægges.

Derudover er det ikke et krav, at et selskabs regnskabsår skal omfatte den samme periode som selskabets indkomstår. Selskabers regnskabsår kan godt være forskellige fra deres indkomstår.
...”

Advokat A har ved skrivelse af 19. oktober 2009 heroverfor bemærket:

” ...

Det er stadig min opfattelse, at det klart fremgår, at selskabernes ledelse har svævet i en undskyldelig vildfarelse og at ledelsen i begge selskaber straks reagerer, da det d. 19.06.2009 bliver klart, at der skal afleveres regnskab for tiden 01.07.2008 – 31.12.2008.

Efter beslutningen ved den ordinære generalforsamling d. 15.08.2008, hvor man ændrer regnskabsåret til kalenderåret med virkning fra 01.01.2009 med en omlægningsperiode fra d. 01.07.2008 – 31.12.2008, modtager selskaberne sammenskrevet resume, hvoraf det fremgår, at de nye regnskabsår var godkendt sammen med omlægningsperioderne 01.07.2008 – 31.12.2008.

Det fremgår yderligere, at SKAT's skrivelse af d. 23.10. 2008 taler om en omlægningsperiode fra d. 01.07.2007 – 31.12.2008, hvilket ledelsen anser for en fejlskrift, idet ledelsen ikke var opmærksom på, at medens

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen godkender en omlægning af regnskabsåret, foreslår SKAT en ny omlægningsperiode for indkomståret.

Bestyrelsesmedlemmerne i de 2 selskaber afholder et uformelt møde, hvor man bliver enige om, at man må acceptere dette forslag fra SKAT og man regner, ligesom selskabets revisor, herefter med, at der ikke skal afleveres regnskaber førend udgangen af maj 2010.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ej heller kommenteret det væsentlige forhold, at selskabernes ledelse straks efter modtagelsen af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens rykker af d. 18.06.09 (en torsdag) straks fredag d. 19.06.09, indtrængende anmodede selskabernes revisor, reg. Revisor G, om at han i denne nødsituation med det samme udfærdigede regnskaberne. Regnskabsmaterialet blev umiddelbart herefter afhentet af revisor.

Ledelsesmedlemmerne gjorde derfor alt, hvad der stod i deres magt for at afbøde forsinkelsen, men revisor G afleverede på trods af ledelsernes alvorlige anmodninger ikke regnskaberne førend d. 02.07.2009 sent på eftermiddagen og straks næste morgen d. 03.07.2009 blev regnskaberne overbragt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Styrelsen har heller ikke kommenteret mine oplysninger om, at de 2 selskaber er medarbejder-ejede og at alle medarbejderne, bortset fra formanden, sieder i de 2 bestyrelser og at selskaberne derfor bliver unødigt hårdt ramt af de pålagte afgifter, der i alt beløber sig til kr. 24.000,-, i en for ejendomsmæglerbranchen og dermed også medarbejderne meget vanskelig tid med så stærk faldende omsætning, at selskaberne måske må lukke. Jeg kan i den forbindelse oplyse at de medarbejdere, der samtidig er medejere af de 2 selskaber, ikke har fået løn i de sidste 4 måneder, hvilket har været nødvendigt for at undgå en lukning!!

Jeg håber, at Erhvervsankenævnet i denne sag vil tage hensyn til både de for ledelsen modstridende meldinger fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og SKAT som til den ansvarlighed, som ledelsesmedlemmerne har vist ved at forlange, at revisor straks udarbejdede regnskaberne, så det trods den korte frist lykkedes at få afleveret disse d. 03.07.2009, på tredjedagen efter fristen udløb, og til de særlige grunde, som foreligger i denne sag og således fritage ledelsesmedlemmerne i de 2 selskaber for de pålagte afgifter.”

Ankenævnet udtaler:

I overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. juni 2009 påkrav til bestyrelsen for K1 ApS og K2 ApS om indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2008 til 31. december 2008. Årsrapporterne skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2. juni 2009. Årsrapporterne blev herefter modtaget i styrelsen den 3. juli 2009, efter den i påkravet fastsatte frist, som var den 30. juni.

Erhvervsankenævnet bemærker, at det ikke i sig selv fritager ledelsesmedlemmerne for afgift, såfremt forsinkelsen skyldes fejl begået af selskabernes revisor.

Herefter, og da klagernes forventning om, at SKAT orienterede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om omlægninger i selskabernes indkomstår, ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at der kan ske hel eller delvis fritagelse for betaling af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 10. juli 2009 pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. juli 2009.

14) Kendelse af 11. januar 2010 (J.nr. 2009-0020378).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Johnny Kofoed-Jensen, Marianne Fog Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 30. september 2009 har registreret revisor A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne i K f.m.b.a. klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 24. september 2009 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af virksomhedens årsrapport for perioden 1. januar 2008 til 31. december 2008.

Sagens omstændigheder:

K f.m.b.a. har kalenderåret som regnskabsperiode. Da virksomhedens årsrapport for perioden 1. januar 2008 til 31. december 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 16. juni 2009 en skrivelse til virksomhedens ledelse på virksomhedens registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest 26. juni 2009. 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. Styrelsen meddelte endvidere, at såfremt årsrapporterne ikke blev modtaget senest den 14. juli 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskaberne, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Ved skrivelse af 1. september 2009 anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen Næstved Rets skifteret om at opløse virksomheden i medfør af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 21. Virksomheden anmodede derpå styrelsen om genoptagelse af virksomheden. Den 8. september 2009 modtog styrelsen virksomhedens årsrapport for 2008, og ved skrivelser af 18. september 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, hvert bestyrelsesmedlem en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 30. september 2009 har registreret revisor A anført:

”...

I brev af 24. september 2009 afslår Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vor anmodning om eftergivelse af afgifter til 5 bestyrelsesmedlemmer for sent indsendt årsregnskab for 2008.

Vi er stadig af den opfattelse at afgifterne bør eftergives.

Foreningens bestyrelse består af 5 selvstændige erhvervsfiskere. De 4 menige medlemmers opgaver er at varetage foreningens politiske interesser og støtte medlemmerne i hvert deres område. Administrationen er overladt til formanden Nils Erik Jensen.

De 4 menige medlemmer af bestyrelsen er, som hovedparten af erhvervsfiskerne, ikke gode til regnskab og administrative opgaver. Der er således tradition for at de overlader den slags opgaver til erhvervsservice leverandører.

Formanden har økonomisk og administrativ kompetence og modtager al post til foreningen og kommunikerer med bank, revisor og bogholder.

Jeg har påtaget mig at sende regnskabet for 2008 ind til Styrelsen, som jeg har gjort de tidligere 5 år.

Normalt fungerer mit system med indsendelse af regnskaber, men her går det galt, også da formanden ringer og meddeler at Styrelsen ikke har modtaget regnskabet får jeg ikke sendt det ind, sandsynligvis fordi jeg glemmer beskeden og glemmer at kontrollere.

Jeg kontrollerer at indsendelse har fundet sted ved at finde alle de regnskaber jeg håndterer på Navne og Numre.dk omkring 1. juni hvert år.

Jeg mener således at bestyrelsen er uden skyld i hændelsen og at formanden desuden har gjort hvad han kunne for at indsendelsen skulle finde sted rettidigt.

De bedes derfor eftergive de 5 gange afgifter, eller i hvert fald eftergive afgifterne for de 4 menige medlemmer, idet revisor og formanden står for det administrative.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 18. november 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 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.

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

Godkendt og revideret årsrapport for virksomheden for regnskabsåret 2008 skal indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Virksomhedens regnskabsår udløb den 31. december 2008. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2008 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 2. juni 2009. I henhold til påkravsbrevet af 16. juni 2009, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 26. juni 2009, såfremt ledelsesmedlemmerne ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten for virksomheden den 8. september 2009, hvilket var senere end datoen for at undgå afgift i styrelsens påkravsbrev. 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 til årsregnskabslovens til § 138.

Det fremgår desuden af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, at forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere, herunder revisor. Dette forhold må være et anliggende mellem ledelsesmedlemmerne og den pågældende medarbejder eller rådgiver.

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 fem ledelsesmedlemmer skal fritages for den pålagte afgift på 3.000 kr.
..."

Registreret revisor A er ved skrivelse af 30. november 2009 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 2, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens rådgivere. 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."

Efter det anførte om revisors fejl i forbindelse med indsendelse af årsrapporten for 2008 finder ankenævnet ikke, at der foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. september 2009.

15) Kendelse af 26. januar 2010 (J.nr. 2009-0019964).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Peter Stig Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 4. august 2009 har statsautoriseret revisor A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne i K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 10. juli 2009 har pålagt bestyrelsesmedlemmerne en afgift hver på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for perioden 1. januar – 31. december 2008 for K A/S.

Sagens omstændigheder:

K A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 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 18. juni 2009 en skrivelse til bestyrelsen for K A/S på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest 30. juni 2009. 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 16. juli 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 8. juli 2009 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 10. ju-

I 2009 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, bestyrelsesmedlemmerne hver en afgift på 2.000 kr. Statsautoriseret revisor A har den 4. august 2009 på vegne af samtlige bestyrelsesmedlemmer klaget over de pålagte afgifter.

I klageskrivelsen af 4. august 2009 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Med henvisning til vor skrivelse af 6. juli 2009 samt fremsendte opkrævninger sendt til selskabets bestyrelsesmedlemmer på afgift opkrævet som følge af indsendelse af årsrapporten er sket efter fristens udløb.

I vor førnævnte skrivelse anførte vi, at forsinkelsen skyldtes sygdom hos selskabets direktør og tillige bestyrelsesmedlem.

Vi skal endnu en gang anmode om fritagelse for afgiften, da der er tale om en alvorlig kræftsygdom, som har medført løbende behandlinger og indlæggelser på hospital i Sverige. Det har således ikke været muligt at få afholdt den ordinære generalforsamling inden fristens udløb. Vi vedlægger 2 udtalelser fra svenske læger tilknyttet det hospital, hvor behandlinger foretages.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 24. september 2009 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det fremgår af § 8, stk. 2, 4. punktum i lovbekendtgørelse nr. 196 af 23. marts 2004 (ÅRL), at:

”hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i loven fastsatte frister.”

Videre fremgår det af ÅRL § 138, stk.1, at:

”virksomheder omfattende af regnskabsklasse B, C og D skal uden ugrundet ophold efter godkendelsen indsende den reviderede og godkendte årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 3, stk. 1, og § 7. Årsrapporten skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, ...”

ÅRL § 150, stk. 1, 1. pkt., bestemmer, at:

”Er årsrapport eller undtagelseserklæring ikke modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens le-

delse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring.”

Videre fremgår af ÅRL § 150, stk. 2, at:

”I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen i styrelsen inden udløbet af denne frist, foretager styrelsen ikke yderligere som følge af forsinkelsen.”

Såfremt årsrapporten modtages i styrelsen senere end den frist, der gives i påkravsbrevet, fremgår det af ÅRL § 151, stk. 1-3, at:

”Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering, jf. § 150, stk. 2, pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse henholdsvis hver filialbestyrer en afgift.

Stk. 2. Afgiften beregnes fra udløbet af fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt. Stk. 3. Afgiften udgør 500 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer for 1. påbegyndte måned, i alt 2.000 kr. for 2. påbegyndte måned og i alt 3.000 kr. for 3. påbegyndte måned. Afgiften kan højst udgøre 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem henholdsvis filialbestyrer.”

Endelig fremgår det af ÅRL § 152, at:

”Under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter § 151, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last.”

Stk. 2. Det fritager ikke i sig selv det enkelte ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.”

Af bemærkningerne til ÅRL § 152 (jf. lovforslag L 138 FT 2000/01) fremgår, at:

”Det foreslås, at retstilstanden efter den gældende årsregnskabslovs § 62, stk. 7, 2. pkt., videreføres således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor der foreligger ganske særlige omstændigheder, kan fritage det enkelte ledelsesmedlem eller filialbestyrer helt eller delvist for betaling af afgift efter § 151. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

(...)

Fra administrativ 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.”

Fritagelsesmuligheden efter bemærkningerne tænkes således anvendt på, hvad der kan betegnes som ”ganske upåregnelige forhold”. Derudover er fritagelsesmuligheden generelt betinget af, at forholdet kan dokumenteres overfor styrelsen.

Klagers oplysninger

Klager anfører alvorlig sygdom hos et bestyrelsesmedlem, som samtidig er direktør, som begrundelse for fritagelse for afgiften.

Som dokumentation herfor vedlægges udtalelser fra to svenske læger.

Styrelsens bemærkninger

Som det fremgår af bemærkninger til ÅRL § 152, kan forsinkelse som skyldes upåregnelige forhold efter en konkret vurdering give hel eller delvis afgiftsfritagelse og bl.a. at ”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.”

I henhold til udtalelse fra överläkare B fra [hospitalsklinik] har direktør og bestyrelsesmedlem C været kendt ved klinikken siden 25. august 2008, hvor han er blevet behandlet for sygdommen.

Det fremgår tillige af udtalelsen fra spec läkare D fra [hospitalsklinik], at C fik konstateret den alvorlige kræftsygdom for 4 år siden.

Der er derfor ikke tale om et upåregneligt forhold. Der har derimod været tale om et forhold, hvor der med en så alvorlig sygdom igennem en lang periode har været en endog væsentlig forøget risiko for, at den alvorlige sygdom ville kunne få indvirkning på Cs varetagelse af de opgaver, som han som en del af selskabets ledelse er pålagt efter ÅRL kapitel 2.

Selskabets ledelse burde derfor have truffet de nødvendige beslutninger og dispositioner, der kunne sikre, at forfald hos C ikke førte til, at selskabets ledelse ikke kunne overholde de pligter, som følger af at drive virksomhed i selskabsform.

Styrelsens konklusion

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder det ikke godtgjort, at den alvorlige sygdom hos C, som både er bestyrelsesmedlem og direktør i selskabet, har været ganske upåregnelig. Den alvorlige sygdom havde således været

kendt i en længere periode (4 år) forud for udarbejdelse og indsendelse af årsrapporten for 2008.

Styrelsen finder det endvidere ikke godtgjort, at ledelsen har gjort alt, hvad der var muligt for at sikre, at årsrapporten trods Cs sygdom kunne aflægges og indsendes rettidigt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet bestyrelsen, trods kendskab til Cs sygdom, ikke havde truffet de nødvendige foranstaltninger i tilfælde af, at sygdommen ville føre til forfald hos C.”

Ved skrivelse af 22. oktober 2009 har statsautoriseret revisor A yderligere anført:

”... vi mener, at der er tale om særlige omstændigheder, som har medført, at årsrapporten for 2008 blev indsendt for sent.

Kendsgerningen var at direktøren og medlemmet af bestyrelsen, C i en længere periode har måttet gå med kateter fra nyrene til blæren, som skulle skiftes hvert halve år, hvilket er sket uden komplikationer. Da der i maj 2009 skulle ske en udskiftning, indtrådte der komplikationer, som medførte at der var behov for indlæggelse og indsætning af yderligere 2 kateter under fuld narkose. I den periode frem til juli tabte C 10 kg og var således ude af stand til at deltage i en generalforsamling, således at årsrapporten kunne godkendes.

Vi mener derfor, at Cs sygdom må opfattes som meget alvorlig, og alene sygdommens karakter, og hvad den medfører af følgevirkninger bør efter vor opfattelse være ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde fritagelse for bødeforlæg.

Vi anmoder endnu engang styrelsen og erhvervsankenævnet tage hensyn til de foreliggende oplysninger.
...”

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.

...

Fra administrativ 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".

Efter det oplyste var Cs alvorlige kræftsygdom indtrådt længe før, regnskabet skulle indsendes. Herefter og efter det i øvrigt oplyste tiltræder Erhvervsankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at der kan ske hel eller delvis fritagelse for betaling af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 10. juli 2009 pålagte afgifter.

16) Kendelse af 26. januar 2010 (J.nr. 2009-0020014).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Peter Stig Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 12. august 2009 har statsautoriseret revisor A på vegne af B klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 31. juli 2009 har pålagt B en afgift på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten for K ApS for 2008.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 29. oktober 2009 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 31. juli 2009 B en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2008 for K ApS, CVR-nr. 87136728 var blevet indsendt for sent.

Årsrapporten for 2008 følger kalenderåret, og årsrapporten skulle derfor have været indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så den var modtaget den 2. juni 2009.

Det skete imidlertid ikke, og derfor sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. juni 2009 et påkravsbrev til virksomhedens registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos styrelsen senest den 30. juni 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. juni 2009, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Årsrapporten blev modtaget den 27. juli 2009, og virksomhedens direktør blev derfor pålagt en afgift på 2.000 kr., idet årsrapporten blev modtaget efter påbegyndelsen af den 2. måned i henhold til fristen pr. 2. juni 2009.

Klager har i brev af 12. august maj 2009 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage virksomhedens direktør for den pålagte afgift på 2.000 kr. med henvisning til, at han har været ramt af sygdom.

Der er vedlagt to erklæringer fra hhv. læge C og aut. klinisk psykolog D.

C oplyser i sin erklæring af 26. juni 2009, at:

"Det attesteres hermed, at ovennævnte i foråret har lidt af svær depression og ikke har været fuldt funktionsduelig".

D oplyser i sin erklæring, at:

"Ovennævnte blev via egen læge henvist til psykologisk behandling hos undertegnede den 9. september 2008, efter at han havde mistet sin samlever med selvmord den 12. august 2008. Han har indtil d.d. gennemført 19 samtaler.

I samtalerne har jeg fået indtryk af en person som efter tabet af samleveren har udviklet depressiv forstemning, som bl.a. har bevirket en langsom, ukoncentreret adfærd, hvor han tidligere har været handlekraftig og ferm.

Han er pt. i medicinsk behandling for depression, og har i øvrigt et lidt skrantende helbred, som søges udredt og behandlet nu."

..."

I klageskrivelse af 12. august 2009 har statsautoriseret revisor A anført:

”..

Under henvisning til Deres skrivelse af den 31. juli 2009, skal jeg hermed erklære at det ikke har været muligt at færdiggøre årsrapporten 2008 rettidigt grundet sygdom hos B.

B medvirkende var vigtig for udarbejdelse af årsrapporten, da han som direktion for selskabet varetager den daglige administration, herunder udarbejdelse af afstemninger til brug for revision af selskabets årsrapport.

Jeg vedlægger skrivelser fra læger.

På denne baggrund skal vi på vegne af vor klient anmode om fritagelse for betaling af afgift.

...”

I førnævnte redegørelse 29. oktober 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”...

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 fem måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 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 otte 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 otte 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

En godkendt og revideret årsrapport for virksomheden for perioden 1. januar – 31. december 2008, skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelsen på generalforsamlingen eller ved tilsvarende lovlig beslutning og skulle være modtaget i sty-

relsen senest fem måneder efter regnskabsårets afslutning. Dette skete som bekendt ikke.

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 klager skyldtes forsinkelsen sygdom hos virksomhedens direktør. Af de vedlagte erklæringer fra læge og psykolog fremgår det bl.a., at han ikke har været ”fuldt funktionsdygtig”, han har udvist ”en langsom, ukoncentreret adfærd”, og han har ”i øvrigt et lidt skrantende helbred”.

Styrelsen må forstå disse erklæringer således, at virksomhedens direktør nok har haft en mindre arbejdskapacitet end normalt, men at han på den anden side ikke har været forhindret i at tage del i virksomhedens drift. Hertil kommer, at han jf. erklæringen fra den aut. kliniske psykolog har været i behandling fra september 2008. Han har derfor haft mere end et halvt år frem til fristen for rettidig indlevering af årsrapporten på at indstille sig på at ændre på arbejdstilrettelæggelsen i virksomheden.

På denne baggrund er det styrelsens vurdering, at han ikke har gjort alt, hvad der stod i hans magt, for at fremme indsendelsen af årsrapporten.

Styrelsen finder således ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at B kan fritages for den pålagte afgift på 2.000 kr.
...”

Ved skrivelse af 25. november 2009 har statsautoriseret revisor A yderligere bemærket:

”...

Uagtet lægeerklæringer beskriver en person der var i stand til i et vist omfang at varetage selskabets interesser, var og er det faktuelle i sagen, at B ikke har været i stand til varetage selskabets interesser siden hans samleverske begik selvmord den 12. august 2008.

Vor klient er stadig i behandling både medicinsk samt med psykologibehandling.

Aktiviteten i selskabet er på det nærmeste indstillet og i indeværende år har der alene været udlejning til 5 hold.

Skat har jf. vedlagte skrivelse bortfaldet deres krav om kontrollovtillæg med selv samme begrundelse, som vores oprindelige skrivelse til Dem.
...”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, at der under ganske særlige omstændigheder kan ske fritagelse for betaling af afgift efter § 151, hvis det godtgøres, at den afgiftspligtige har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Af de specielle bemærkninger til årsregnskabslovens § 152 (lovforslag L 138/2000-01) fremgår blandt andet:

”...

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 erklæring af 26. juni 2009 fra læge C fremgår, at B ikke har været ”fuldt funktionsdygtig”. Af erklæring af 29. juni 2009 fra psykolog D fremgår, at B via egen læge blev henvist til psykologisk behandling den 9. september 2008, og at han har udvist ”en langsom, ukoncentreret adfærd” og i øvrigt har ”et lidt skrantende helbred”.

På denne baggrund og særlig under hensyn til, at B allerede i september 2008 kom i behandling, finder ankenævnet ikke, at der foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapport.

Ankenævnet tiltræder derfor den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 10. juli 2009 pålagte afgift.

17) Kendelse af 26. februar 2010 (J.nr. 2009-0020310).

Fond pålagt at ændre årsrapporten.

Årsregnskabsloven og lov om erhvervsdrivende fonde.

(Johnny Kofoed-Jensen, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 24. september 2009 har advokat A på vegne af K [fond] klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 7. september 2009 har pålagt fonden at berigtige årsrapporten for 2008 og indsende en ny årsrapport for 2008 inden 4 uger fra afgørelsens datering.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009 hedder det:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skrev i mail af 3. september 2009, at det er styrelsens opfattelse, at regnskabsposten ”Fundatsbestemt reserve ved salg af aktier i B A/S” udgør frie midler i fonden, og ved at benævne regnskabsposten ”fundatsbestemt” foranlediger fondens regnskabsbrugere til at tro, at der ikke er tale om frie midler.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen returnerer derfor den indsendte årsrapport, jf. § 12, stk. 2 i bekendtgørelse om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen), og styrelsen påbyder fondsbestyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, stk. 2, og lov om erhvervsdrivende fonde § 57, stk. 3, at berigtige forholdene og indsende en ny, revideret og godkendt årsrapport for 2008 inden 4 uger fra dette brevets datering.

Faktiske forhold

Fondens årsrapport for 2008 er udarbejdet i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser for virksomheder i regnskabsklasse B.

Det fremgår af fondens årsrapport for 2008, at fondsbestyrelsen har indregnet [ca. 375 mio.] kr. i regnskabsposten ”Fundatsbestemt reserve ved salg af aktier i B A/S” under fondskapitalen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skrev i mail af 14. juli 2009 til fondens bestyrelse, at der ikke var grundlag i fondens fundats til at indregne be-

løbet som en fundatsbestemt reserve. Endvidere var styrelsen af den opfattelse, at regnskabsbrugerne ville få opfattelse af, at der ikke er tale om frie midler, når regnskabsposten benævnes ”fundatsbestemt”.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fastholdt denne opfattelse i mail af 3. september 2009 og oplyst, at regnskabsposten udgør frie midler.

Retligt grundlag og styrelsens vurdering

Det fremgår af årsregnskabslovens § 23, stk. 1, at balance og resultatopgørelse i årsregnskabet skal opstilles i skematisk form i overensstemmelse med årsregnskabslovens bilag 2.

Posterne skal anføres særskilt og i den rækkefølge, der er angivet i bilag 2, jf. årsregnskabslovens § 23, stk. 2. Nye arabertalsposter i forhold til skemaerne i bilag 2 kan tilføjes, hvis deres indhold ikke er dækket af en eksisterende post.

Opstilling og benævnelse af arabertalsposterne skal tilpasses, når virksomhedens særlige karakter påkræver det, jf. årsregnskabslovens § 23, stk. 4.

Det er styrelsens opfattelse, at regnskabsposten ”fundatsbestemt reserve ved salg af aktier i B A/S” består af frie midler. Det indregnede beløb på [ca. 375 mio.] kr. under regnskabsposten skal indregnes i årsrapporten som en fri reserve, hvoraf der kan foretages uddelinger i henhold til fundatsens bestemmelser.

Ved at benævne regnskabsposten ”Fundatsbestemt” gives imidlertid det indtryk, at regnskabsposten består af bundne reserver, hvorved regnskabsbrugeren vildledes til den opfattelse, at der ikke kan foretages uddelinger af beløbet.

...”

I klageskrivelse af 24. september 2009 har advokat A anført:

”...

Baggrunden for klagen

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og bestyrelsen for K er i øjeblikket i dialog vedrørende udformningen af årsrapporten for 2008, idet der er uenighed om regnskabsposten ”*fundatsbestemt reserve ved salg af aktierne i B A/S*”.

Baggrunden derfor er kort fortalt, at Fonden i 2008 solgte aktierne i B A/S for EUR 101 mio. på enterprise value og debt free basis. I den forbindelse skulle fundatsen for Fonden revideres, i hvilken sammenhæng Fondens bestyrelse og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen drøftede fastsættelsen af Fondens grundkapital. Fondens grundkapital blev fastsat til 150 mio. kr. Fondens bestyrelse er af den overbevisning, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilkendegav, at den resterende gevinst ved salget ikke skulle uddeles, blot fordi grundkapitalen blev fastsat til 150 mio. kr. medens Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mener, at der skal uddeles et beløb

på knap 375 mio. kr. En holdning som Styrelsen efter Fondens opfattelse først har tilkendegivet efter aflæggelse af årsrapporten 2008, idet korrespondancen i forbindelse med ændring af fundatsen viser, at Styrelsen dengang var af den opfattelse, at alene formuens afkast skulle uddeles. Jeg vedlægger til belysning deraf kopi af godkendelsesskrivelse af 14. marts 2008 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
...”

I en redegørelse af 14. oktober 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”...

Vedr. det retlige grundlag.

Årsrapporten for 2008 giver det indtryk, at regnskabsposten på [ca. 375 mio.] kr., som er benævnt "fundatsbestemt reserve" udgør bundne reserver, hvorved regnskabsbrugeren vildledes til den opfattelse, at fonden ikke har frie reserver, som der kan foretages uddelinger af.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 41, nævner, at beløb i fondens seneste årsrapport, der er opført som overført overskud og reserver, med fradrag af overført underskud, kan anvendes til uddeling. Dog kan bl.a. reserver, der er bundne i henhold til vedtægterne, ikke anvendes. Som det fremgår af fondens fundats, bilag 4, indeholder fundatsen ingen regler om en sådan fundatsbestemt reserve. Der er således ikke hjemmel i fundatsen til at indregne en bunden reserve i årsrapporten

Det fremgår af årsregnskabslovens § 159, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen stikprøvevist skal udtage og undersøge modtagne årsrapporter for at konstatere åbenbare overtrædelser af bestemmelser i årsregnskabsloven, lov om erhvervsdrivende fonde m.fl.

Ifølge årsregnskabslovens § 159, stk. 2, kan styrelsen anvende andre kriterier ved udvælgelsen af årsrapporter m.v. til undersøgelse. Når styrelsen således får en konkret viden om, at årsregnskabsloven ikke er overholdt, har styrelsen mulighed for at gennemføre en kontrol af årsregnskabet på dette grundlag.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 161, nr. 3, at med henblik på at sikre, at den i årsregnskabslovens § 159, stk. 1, nævnte lovgivning overholdes, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påbyde, at fejl skal rettes, og at overtrædelser skal bringes til ophør.

Det fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 2, at konstaterer styrelsen, at det indsendte ikke opfylder de grundlæggende krav til en årsrapport, får virksomheden frist til berigtigelse.

Det fremgår af årsregnskabslovens § 23, stk. 1, at balance og resultatopgørelse i årsregnskabet skal opstilles i skematisk form i overensstemmelse med årsregnskabslovens bilag 2.

Posterne skal anføres særskilt og i den rækkefølge, der er angivet i bilag 2, jf. årsregnskabslovens § 23, stk. 2. Nye arabertalsposter i forhold til skemaerne i bilag 2 kan tilføjes, hvis deres indhold ikke er dækket af en eksisterende post.

Opstilling og benævnelse af arabertalsposterne skal tilpasses, når virksomhedens særlige karakter påkræver det, jf. årsregnskabslovens § 23, stk. 4.

Bestemmelserne i lov om erhvervsdrivende fonde og årsregnskabsloven er grundlaget for kontrollen af fondens årsrapport for 2008 og afgørelsen af 7. september 2009 vedr. indsendelse af en ny årsrapport for 2008 for fonde.
...”

I skrivelse af 30. oktober 2009 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”...

Sagen for Erhvervsankenævnet vedrører fondsbestyrelsens klage over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009, j.nr. 09-327.990, hvorved styrelsen pålagde fonden at berigtige forholdene og indsende en ny, revideret og godkendt årsrapport for 2008 inden 4 uger fra den 7. september 2008. Afgørelsen om omgående berigtigelse og offentliggørelse af en ny omgjort årsrapport er truffet med hjemmel i årsregnskabslovens § 161 og § 159.

...

Sagen for Erhvervsankenævnet omfatter IKKE de afgørelser, styrelsen træffer i sin egenskab af fondsmyndighed for K. Det fremgår udtrykkeligt af § 62, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde, at afgørelser truffet af fondsmyndigheden, jf. § 57, stk. 1, 1. pkt., ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

Styrelsens opgaver som fondsmyndighed omfatter bl.a. spørgsmål om ændring af vedtægten, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 48, stk. 1.

Den af adv. A i brev af 22. oktober 2009 [til Erhvervsankenævnet vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning] ... omtalte revision af fondens vedtægt blev for styrelsens vedkommende afsluttet ved styrelsens tilladelse til vedtægtsændringer af 14. marts 2008, j.nr. 07-208.882, hvilken tilladelse advokaten har vedlagt som bilag til klagen af 24. september 2009. Civilstyrelsen gav efterfølgende samtykke til vedtægtsændringerne, jf. Civilstyrelsens brev af 9. juli 2008, som vedlægges som bilag 6. Herefter vedtog fondsbestyrelsen vedtægtsændringerne den 24. september 2008.

Fondens nugældende vedtægt af 24. september 2008 udgør netop resultatet af den omtalte revision af vedtægten. Det fremgår af fondens nugældende vedtægt § 3.1, at grundkapitalen udgør 150 mio. Fondens nugældende vedtægt er fremlagt som bilag 3 i nærværende sag.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er følgelig ikke enig med fondsbestyrelsen i, at spørgsmålet om størrelsen af fondens grundkapital indgår i nærværende klagesag. Det er fondsmyndighedens opgave at tage stilling til vedtægtsændringer og lignende forhold. Afgørelser herom kan ikke påklages til Erhvervsankenævnet.

...

Det, nærværende klagesag handler om, er fondens årsrapport for 2008. Ved vurderingen af indholdet af fondens årsrapport for 2008 er det den gældende vedtægt af 24. september 2008, som er relevant.

Det fremgår tydeligt af den gældende vedtægt, at fondens grundkapital udgør 150 mio. kr., og at fundatsen ikke indeholder bestemmelser om nogen fundatsbestemt reserve. Regnskabet aflægges pr. 31. december 2008 baseret på forholdene på dette tidspunkt, jf. årsregnskabslovens § 13, stk. 1, nr. 6. Nu er vedtægten ikke ændret efter dette tidspunkt, men uanset om dette var tilfældet, ville en efterfølgende vedtægtsændring ikke kunne indarbejdes i balancen i årsregnskabet for 2008.

Der er derfor ikke hjemmel til at indregne en bunden reserve i årsrapporten for 2008 på [ca. 375 mio.] kr., som er benævnt ”fundatsbestemt reserve”.

Fondens årsrapport for 2008 er således i strid med årsregnskabsloven og vildleder regnskabsbrugeren til den opfattelse, at fonden ikke har frie reserver, som der kan foretages uddelinger af.

...”

Advokat A har ved skrivelse af 12. november 2009 heroverfor bemærket:

”...

Som anført i min skrivelse af 22. oktober d.å. har der været dialog mellem Styrelsen og Fonden bl.a. om, hvilke drøftelser der fandt sted under et møde den 19. februar 2008 vedrørende grundlaget for salget af B A/S, herunder hvorledes Fonden skulle forholde sig til den juridiske kvalifikation af en del af salgssummen (ca. 375 mio. kr.). Disse drøftelser vedrørte revision af Fondens fundats. Det er Fondens holdning, at disse spørgsmål skal afklares ved dialog mellem Fonden og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og ikke blot ved pålæg om at berigtige årsrapporten. Der ved flyttes fokus fra den virkelige problemstilling – revisions af Fondens fundats som led i opfyldelse af betingelserne for Fondens salg af aktiekapitalen i B A/S.

Fonden er i den sammenhæng enig med Styrelsen i, at Erhvervsankenævnet ikke er ankenævn for så vidt angår de forhold, Fonden er underlagt Styrelsen i dennes egenskab af fondsmyndighed; ligesom Fonden er enig i, at der i Fondens fundats står anført, at grundkapitalen er 150 mio. kr. Beløbet er imidlertid fastsat til 150 mio. kr. efter aftale med Styrelsen om, at den resterende del af købesummen ikke skulle udbetales. Styrelsen giver således Fonden et påbud om berigtigelse af årsrapporten på baggrund af den i fundatsen fastsatte aftalte grundkapital, uagtet grundkapitalen netop er fastsat til 150 mio. kr. ud fra aftalte forudsætninger, som Styrelsen nu ikke lever op til.

Hvad angår det retlige grundlag, gøres det endvidere gældende, at Fonden er berettiget til at foretage rimelige henlægger i henhold til § 40 i lov om erhvervsdrivende fonde. Såfremt Styrelsen ønskede at finde en løsning på den ovenfor anførte problemstilling, vil det endvidere være muligt at fastsætte i Fondens vedtægter, at reserven er bunden.

Det ville Fondens bestyrelse have gjort, såfremt Styrelsen ikke havde tilkendegivet ved mødet den 19. februar 2008, at den resterende del af købesummen ikke skulle uddeles. Det betyder samtidig, at Fonden forbeholder at få genoptaget ansøgningen om udformningen af Fondens fundats som konsekvens af salget af aktiekapitalen i B A/S, idet en ensidig ændring fra Styrelsens side af grundlaget for beslutningen om fundatsens udformning ikke kan afskære Fonden fra i så fald at søge en anden udformning af fundatsen.

Det bemærkes afslutningsvist, at Fondens grundkapital i realiteten har samme værdi som før salget, idet formuen på dette tidspunkt blot var bundet i aktier.

...”

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

To medlemmer - Johnny Kofoed-Jensen og Kirsten Aaskov Mikkelsen - udtaler:

Efter det oplyste blev Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2008 anmodet om at godkende Ks salg af aktiekapitalen i B A/S samt godkende ændringer i fondens fundats og fondens formål, i hvilken forbindelse der var et møde mellem parterne den 19. februar 2008, hvorunder spørgsmålene blev drøftet. Uenigheden mellem parterne om, hvad der blev aftalt om de nævnte spørgsmål, må forstås således, at blandt andet spørgsmålet om binding af kapital er uafklaret.

Det fremgår af ledelsesberetningen til årsrapporten 2008 for K dateret 30. april 2009:

” ...

Grundkapitalen er i den af bestyrelsen tiltrådte fundats fastsat til DKK 150 mio. Beløbet er fastsat efter drøftelser med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der også har tilkendegivet, at den resterende salgssum fra salget af B A/S ikke skal uddeles. Som det fremgår af resultatfordelingen har bestyrelsen derfor overført den resterende salgssum på DKK [ca. 375 mio.] til egenkapitalen ”Fundatsbestemt reserve ved salg af aktier i B A/S”
...”

Revisionspåtegningen er afgivet uden forbehold eller supplerende oplysninger.

I henhold til årsregnskabslovens § 99, stk. 1, nr. 2, skal ledelsesberetningen beskrive eventuel usikkerhed ved indregning eller måling, så vidt muligt med angivelse af beløb.

I ledelsesberetningen til årsrapporten 2008 for K er ingen oplysning om, at der består en uenighed med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om den fundatsbestemte reserve ved salg af aktier i B A/S med angivelse af konsekvenser for fondens regnskab, såfremt fonden ikke får medhold i sin opfattelse.

Vi finder, at den manglende oplysning er så væsentlig, at regnskabet for 2008 bør ændres således, at det indeholder oplysning om usikkerheden ved fastsættelsen af den bundne kapital.

Et medlem - Steen Mejer - udtaler:

Det fremgår udtrykkeligt af den gældende fundats for K under overskriften ”Grundkapital” § 3, punkt 3.1, at fondens grundkapital udgør 150 mio. kr. Fundatsen indeholder ikke bestemmelser om andre former for bundne reserver.

I overensstemmelse hermed er i fondens årsrapport for 2008 under passiver en postering benævnt ”Grundkapital” på 150 mio. kr.

Jeg tiltræder, at den følgende regnskabspost i årsrapporten for 2008 på [ca. 375 mio.] kr. med betegnelsen ”Fundatsbestemt reserve ved salg af aktier i B A/S” kan fremtræde således, at regnskabsbrugerne får den opfattelse, at denne post ikke

vedrører frie midler. Herefter, og i øvrigt af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anførte grunde, tiltrædes det, at fonden er blevet pålagt at berigtige og indsende en ny årsrapport for 2008. Det af fonden anførte om drøftelserne med styrelsen om revision af fondens fundats kan ikke på det foreliggende grundlag føre til et andet resultat.

---000---

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ankenævnet ændrer herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009, idet regnskabet for 2008 bør ændres således, at det indeholder oplysning om usikkerheden ved fastsættelsen af den bundne kapital.

18) Kendelse af 30. marts 2010 (J.nr. 2010-0020976).

Afgift som følge af for sen indsendt årsrapport ikke eftergivet.
Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. december 2009 har advokat A på egne og på vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 18. december 2009 har pålagt de pågældende ledelsesmedlemmer hver en afgift på 500 kr. for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2008 til 30. juni 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 15. februar 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 18. december 2009 B, C, D og A hver en afgift på 500 kr. som følge af, at årsrapporten for 2008/09 for K A/S var blevet modtaget for sent.

Selskabets årsrapport for 2008/09 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 30. november 2009. Den 7. december 2009 afsendte styrelsen et påkravsbrev [dateret den 4. december 2009] til sel-

skabets registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget hos styrelsen senest den 16. december 2009. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 16. december 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 inden påbegyndelsen af den 2. måned i henhold til fristen pr. 7. december 2009, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 500 kr.
...”

I klageskrivelse af 30. december 2009 har advokat A anført:

” ...

På vegne af samtlige medlemmer af ledelsen i K A/S påklages de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter i anledning af forsinket indlevering af årsrapport selskabet for perioden 1. juli 2008 til 30. juni 2009 hermed.

Klagen over afgifterne begrundes med følgende forhold:

Indleveringen af årsrapporterne skete kun en dag forsinket i forhold til den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddelte frist, og selve fremsendelsen med postvæsenet skete inden for fristen. Den forsinkede indlevering beroede ikke på ledelsens forhold, men alene på det forhold, at nærværende advokatfirma, som var blevet anmodet om at indlevere årsrapporten, ikke fremsendte denne, så den blev modtaget hos Erhvervs- & Selskabsstyrelsen rettidigt.

Den forsinkede fremsendelse af årsrapporten fra nærværende kontor beroede på flere misforståelser:

Selskabets stifter og forhenværende direktør E afgik beklageligvis ved døden i det omhandlede regnskabsår. Den afdøde direktør havde en mellemregningskonto med selskabet, som naturligvis skulle udlignes hurtigst muligt. Dette var imidlertid ikke sket ved afholdelsen af den ordinære generalforsamling i selskabet den 7. december 2009, hvor årsrapporten blev godkendt og underskrevet. Dette blev misforstået af en medarbejder på kontoret, i det denne fik den opfattelse, at indsendelsen af årsrapporten skulle afvente meddelelse om, at mellemregningskontoen var udlignet, hvorfor årsrapporten ikke blev fremsendt samme dag som generalforsamlingen blev afholdt.

Da denne misforståelse var blevet afklaret, blev det Erhvervs- & Selskabsstyrelsen fremsendte brev, hvorved fristen for indlevering af årsrapporten fastsattes til den 16. december 2009, misforstået. Årsrapporten blev således fremsendt med almindelig brevpost den 16. december 2009 og dermed først modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dagen derpå. Havde man været tilstrækkelig opmærksom på ordlyden af brevet fra

styrelsen, var årsrapporten naturligvis blevet overbragt med bud samme dag, hvorved den var blevet indleveret rettidigt.

Ledelsen i selskabet havde således underskrevet årsrapporten så betids, at den kunne være blevet indleveret rettidigt, og havde i øvrigt gjort hvad man med rimelighed kunne forlange for at sikre, at årsrapporten blev indleveret rettidigt. Årsrapporten blev således ikke indleveret forsinket på grund af ledelsens modvilje eller forhold, som i øvrigt kan bebrejdes ledelsen. Desuden havde forsinkelsen på én dag næppe betydning for Erhvervs- & Selskabsstyrelsens behandling og offentliggørelse heraf, hvorfor afgifterne venligst begæres tilbagekaldt.
...”

I førnævnte redegørelse af 15. februar 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

” ...

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.

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 årsrapporten 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

Godkendt og revideret årsrapport for selskabet for regnskabsåret 2008/09 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.

Selskabets regnskabsår udløb den 30. juni 2009. Som følge heraf skulle selskabets årsrapport for regnskabsåret 2008/09 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. november 2009. I henhold til påkravsbrevet af 7. december 2009 skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 16. december 2009, såfremt ledelsesmedlemmerne ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten for selskabet den 17. december 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift. Styrelsen pålægger således også afgift, når påkravsfristen overskrides, uanset at fristen kun er overskredet med én enkelt dag.

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 til årsregnskabslovens § 138. Ifølge klager skyldtes forsinkelsen misforståelser hos advokatfirmaet, der havde påtaget sig at indsende årsrapporten.

Det fremgår af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, at forsinkelsen skyldes en fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere, herunder advokat. Dette forhold er et anliggende mellem ledelsesmedlemmerne og den pågældende medarbejder eller rådgiver.

Styrelsen gør desuden opmærksom på, at det er modtagelsestidspunktet i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der er afgørende, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1. Det forhold, at årsrapporten blev afsendt den 16. december 2009, kan derfor ikke berettige til afgiftsfritagelse.

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 500 kr.
...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 4. december 2009 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til ledelsen for K A/S på selskabets registrerede adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af selskabets årsrapport for perio-

den 1. juli 2008 til 30. juni 2009, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. november 2009.

Efter det oplyste fra klagers advokat beroede det på misforståelser fra selskabets advokats side, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først modtog selskabets årsrapport den 17. december 2009 – én dag efter påkravsfristen udløb.

Da det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 2, at det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens rådgivere, og da der i øvrigt ikke findes at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, at ledelsesmedlemmerne kan fritages 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. december 2009 pålagte afgifter.

19) Kendelse af 23. juni 2010 (J.nr. 2010-0021046).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.
Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Frank Cederbye, Marianne Fog Jørgensen, og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 15. januar 2010 har statsautoriseret revisor A på vegne af ledelsesmedlemmerne i K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 5. januar 2010 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juni 2008 til 31. maj 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 26. februar 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 11. december 2009, K1, K2 og K3 hver en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2008/09 for K ApS, CVR-nr. ... var modtaget for sent i styrelsen.

Anpartsselskabets årsrapport for 2008/09 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 2. november 2009. Den 6. november 2009 afsendte styrelsen et påkravsbrev til selskabets registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget i styrelsen senest den 18. november 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 18. november 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 i styrelsens brev af 6. november 2009, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 2.000 kr.

Den 17. december 2009 modtog styrelsen en klage fra statsautoriseret revisor A over de pålagte afgifter.

Klager A oplyste i sin klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen følgende:

A begrundede anmodningen om afgiftsfritagelse med, at årsrapporten for ovennævnte virksomhed blev indsendt mandag den 2. november 2009. Da A ikke fik bekræftelse på, at årsrapporten for 2008/09 var indsendt, ringede revisionsfirmaet den 17. november 2009 for at høre nærmere, og her blev det oplyst, at årsrapporterne var modtaget.

Endvidere oplyste A, at da årsrapporterne ikke sås at være offentliggjort sendte A's revisionsfirma en mail til styrelsen den 7. december 2009, og som svar på denne mail blev det angivet, at årsrapporterne ikke var modtaget. Herefter blev disse øjeblikkeligt faxet og sendt med anbefalet post.

Den 5. januar 2010 traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgørelse i sagen, og de pålagte adfærdsregulerende afgifter blev fastholdt.

...”

I klageskrivelse af 15. januar 2010 har statsautoriseret revisor A anført:

” ...

1. Generalforsamlingen afholdtes ULT oktober og umiddelbart herefter afsendte jeg årsrapporten til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
2. Allerede i uge 46 modtager jeg skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (dateret 6/11 2009) om, at årsrapporten ikke er modtaget og at der er frist til d. 18/11 2009 for at indsende årsrapporten 2008/09.
3. D. 17/11 2009 ringer vi til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og får at vide, at årsrapporten 2008/09 er modtaget. Derfor indsendes årsrapport

2008/09 ikke på ny. Ellers ville vi have fremmet indsendelsen og undgået påligning af afgifter på 3 x 2.000 kr.

4. Jeg mener derfor at forsinkelsen ikke kan lægges os til last, fordi:

- a. Årsrapport er blevet indsendt til tiden.
- b. Da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen rykker for indsendelse, bekræfter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at årsrapport 2008/09 er modtaget. Rykker fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er allerede dateret 6/11 2009. Derfor kunne der godt være sket det at brev var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, da der desværre i dag sker det, at en del post forsinkes hos postvæsenet en eller flere dage.
- c. Igennem flere årtier har jeg indsendt hundredvis af årsrapporter til tiden (aldrig for sent). Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører at selskabets ledelsesmedlemmer hver for sig har ansvar for at årsrapporten er indsendt til tiden (§ 138, stk. 1). Det virker bureaukratisk, at ansvar for at hvert medlem skulle have ringet, i stedet for at vi foretager et enkelt opkald.
- d. Så snart vi får oplyst, at årsrapporten 2008/09 ikke er fremkommet hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, bliver den øjeblikkeligt faxet og sendt pr. post. Dette må i sig selv betyde, at der her er tale om en ganske særlig omstændighed.

Resume:

Kan det lægges os til last, at vi telefonisk har fået oplyst 17/11 2009 at regnskab er modtaget? Derfor må der her foreligge en ganske særlig omstændighed for at fritage for betaling af afgift.”

I førnævnte redegørelse af 26. februar 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så denne er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelse og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 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.

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 årsrapporten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravs brets 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.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., har hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at når årsrapporten er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Styrelsens udtalelse

Godkendt og revideret årsrapport for virksomheden for regnskabsåret 2008/09 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.

Anpartsselskabets regnskabsår udløb den 31. maj 2009. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2008/09 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 2. november 2009. I henhold til påkravs brevet af 6. november 2009, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 18. november 2009, såfremt ledelsesmedlemmerne ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten den 8. december 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravs brev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Ifølge klager har virksomheden indsendt årsrapporten rettidigt, og klager har således ved telefonisk henvendelse den 17. november 2009 fået oplyst, at årsrapporten var modtaget.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen stiller sig undrende overfor, at klager den 17. november 2009 (i øvrigt angivet som den 18. november 2009 i den vedlagte mailkorrespondance) telefonisk skulle have fået oplyst, at årsrapporten var modtaget i styrelsen, idet der intet fremgår af styrelsens sy-

stemer om, at årsrapporten for 2008/09 skulle være modtaget før den 8. december 2009.

Ydermere fremsender styrelsen altid en kvittering til indsender eller virksomheden om, at årsrapporten er modtaget i styrelsen. Klager har ingen kvittering modtaget om, at årsrapporten for 2008/09 skulle være modtaget i styrelsen den 2. november 2009 eller i dagene herefter.

Der er derfor først fremsendt en kvittering til klager den 9. december 2009, som angiver, at årsrapporten for 2008/09 er modtaget i styrelsen den 8. december 2009.

Det er således vigtigt, at virksomheden eller indsender reagerer, såfremt kvitteringen for, at årsrapporten er modtaget, ikke modtages.
..."

Statsautoriseret revisor A har ved skrivelse af 29. marts 2010 yderligere anført:

"...

Til det fremsendte materiale bemærkes følgende:

1. Udover at fremsende den generalforsamlingsvedtagne årsrapport 2008/2009 (afslutning 31/5 2009) straks efter generalforsamlingen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, afsendte jeg også angivelse af udbytte 1/11 2009, Brev til Skat er nået frem, men ikke til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
2. ...
 - a. Igennem årtier har jeg indsendt årsrapporter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det er første gang jeg oplever, at et brev ikke når frem. Om kortere tid skal alle årsrapporter indsendes elektronisk, og jeg vil tro, at ovennævnte fejl mulighed elimineres.
 - b. At vi ikke kan stole på, at telefoniske oplysninger er korrekte, må jeg tage som udtryk for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fralægger sig ethvert ansvar, hvilket er en noget speciel adfærd. Havde vi fået korrekt svar d. 17/11 2009, ville vi samme dag og inden for tidsfristen have kunnet faxe / maile vedtagne årsrapporter."

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 6. november 2009 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til ledelsen for K A/S på selskabets registrerede adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juni 2008 til 31. maj 2009, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2. november 2009.

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først har modtaget årsrapporten den 8. december 2009.

Af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 (L 138 af 10. januar 2001) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke),

Af indsendelsesbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007) § 12, stk. 1, fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når årsrapporten er indgået, automatisk sender en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Når henses hertil finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 5. januar 2010.

20) Kendelse af 23. juni 2010 (J.nr. 2010-0021125).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Frank Cederbye, Marianne Fog Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 29. januar 2010 har statsautoriseret revisor A på vegne af ledelsesmedlemmerne i K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 21. januar 2010 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juni 2008 til 31. maj 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 16. marts 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 4. januar 2010 K1 og K2 hver en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporten for 2008/09 for K ApS, CVR-nr. ... var modtaget for sent i styrelsen.

Anpartsselskabets årsrapport for 2008/09 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 2. november 2009. Den 6. november 2009 afsendte styrelsen et påkravsbrev til selskabets registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget i styrelsen senest den 18. november 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 18. november 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 i styrelsens brev af 6. november 2009, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 2.000 kr.

Den 18. januar 2009 modtog styrelsen en klage fra statsautoriseret revisor A over de pålagte afgifter.

Klager A oplyste i sin klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen følgende:

A begrundede anmodningen om afgiftsfritagelse med, at årsrapporten for ovennævnte virksomhed blev indsendt mandag den 2. november 2009. Da A ikke fik bekræftelse på, at årsrapporten for 2008/09 var indsendt, ringede revisionsfirmaet den 17. november 2009 for at høre nærmere, og her blev det oplyst, at årsrapporterne var modtaget.

Endvidere oplyste A, at da årsrapporterne ikke sås at være offentliggjort sendte A's revisionsfirma en mail til styrelsen den 7. december 2009, og som svar på denne mail blev det angivet, at årsrapporterne ikke var modtaget. Herefter blev disse øjeblikkeligt faxet og sendt med anbefalet post.

Den 21. januar 2010 traf Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgørelse i sagen, og de pålagte adfærdsregulerende afgifter blev fastholdt.

...”

I klageskrivelse af 29. januar 2010 har statsautoriseret revisor A anført:

”...

Hermed påklages afgørelse af 21/1 2010:

1. Generalforsamling afholdtes ULT oktober 2009 og umiddelbart herefter afsendte jeg pr. post årsrapporten 2008/09.
2. Fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog vi i uge 46 brev dateret 6/11 2009 om, at årsrapporten ikke var modtaget.
3. Da der var gået kort tid imellem afsendelse af årsrapporten og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens rykkerbrev, ringede vi til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for at høre om årsrapport 2008/09 var kommet frem. Det fik vi bekræftet, at den var.
4. Primo december 2009 fik vi fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skriftlig besked om, at årsrapporten 2008/09 alligevel ikke var modtaget. Straks herefter sendte vi pr. fax og brev ny årsrapport 2008/09.
5. Lakonisk meddeler Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at der ikke er oplyst ganske særlige omstændigheder som kan begrunde afgiftsfritagelse. Det må betyde, at det er sædvanligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen giver forkerte oplysninger.
6. Vi er af den klare opfattelse, at der foreligger ganske særlige omstændigheder.
 - a. Årsrapport 2008/09 er afsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til tiden. Jeg har selv postet brevet. Hvor brevet så er havnet må stå hen i det uvisse (gået tabt hos PostDanmark eller fejlarkiveret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen).
 - b. Vi får fejlagtigt oplyst telefonisk hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen d. 17/11 2009, at årsrapport 2008/09 er modtaget.
 - c. Så snart det opklares primo december 2009, fremsendes årsrapporten 2008/09.

Det uheldige er, at brev primo november 2009 ikke når frem til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og at telefonisk forespørgsel 17/11 2009 bekræfter (fejlagtigt) at årsrapport 2008/09 er modtaget.

I den konkrete sag foreligger der efter min opfattelse ganske særlige omstændigheder til fritagelse af den pålagte afgift. I årtier har jeg indsendt årsrapporter på denne måde, uden at det har medført afgiftspåleggelse.”

I førnævnte redegørelse af 16. marts 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så denne er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelse og senest 5 måneder efter

regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 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 årsrapporten 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.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., har hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at når årsrapporten er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Styrelsens udtalelse

Godkendt og revideret årsrapport for virksomheden for regnskabsåret 2008/09 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.

Anpartsselskabets regnskabsår udløb den 31. maj 2009. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2008/09 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 2. november 2009. I henhold til påkravsbrevet af 6. november 2009, skulle årsrapporten være

styrelsen i hænde senest den 18. november 2009, såfremt ledelsesmedlemmerne ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten den 8. december 2009, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Ifølge klager har virksomheden indsendt årsrapporten rettidigt, og klager har således ved telefonisk henvendelse den 17. november 2009 fået oplyst, at årsrapporten var modtaget.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen stiller sig undrende overfor, at klager den 17. november 2009 (i øvrigt angivet som den 18. november 2009 i den vedlagte mailkorrespondance) telefonisk skulle have fået oplyst, at årsrapporten var modtaget i styrelsen, idet der intet fremgår af styrelsens systemer om, at årsrapporten for 2008/09 skulle være modtaget før den 8. december 2009.

Ydermere fremsender styrelsen altid en kvittering til indsender eller virksomheden om, at årsrapporten er modtaget i styrelsen. Klager har ingen kvittering modtaget om, at årsrapporten for 2008/09 skulle være modtaget i styrelsen den 2. november 2009 eller i dagene herefter.

Der er derfor først fremsendt en kvittering til klager den 9. december 2009, som angiver, at årsrapporten for 2008/09 er modtaget i styrelsen den 8. december 2009.

Det er således vigtigt, at virksomheden eller indsender reagerer, såfremt kvitteringen for, at årsrapporten er modtaget, ikke modtages.
..."

Statsautoriseret revisor A har ved skrivelse af 13. april 2010 yderligere anført:

" ...

1. Udover at fremsende den generalforsamlingsvedtagne årsrapport 2008/09 (afslutning 31/5 2009) straks efter generalforsamlingen til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, afsendte jeg også angivelse af udbytte 1/11 2009, Brev til Skat er nået frem, men ikke til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Udbytteskat på kr. 22.400 er indbetalt til Skat 10/11 2009. Det understøtter også at der har været holdt generalforsamling 30/10 2009 og at årsrapport 2008/09 er indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

2. ...

- a. Igennem årtier har jeg indsendt årsrapporter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Det er første gang jeg oplever, at et brev til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke når frem. Om kortere tid skal alle årsrapporter indsendes elektronisk, og jeg vil tro, at ovennævnte fejlmulighed elimineres.

- b. At vi ikke kan stole på, at telefoniske oplysninger er korrekte, må jeg tage som udtryk for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fralægger sig ethvert ansvar, hvilket er en noget speciel adfærd. Havde vi fået korrekte svar d. 17/11 2009, ville vi samme dag og inden for tidsfristen have kunnet faxe / maile vedtagne årsrapport. Det burde være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der pålagde sig selv en adfærdsregulerende kodeks.

....”

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 6. november 2009 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til ledelsen for K ApS på selskabets registrerede adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. juni 2008 til 31. maj 2009, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2. november 2009.

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først har modtaget årsrapporten den 8. december 2009.

Af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 (L 138 af 10. januar 2001) fremgår blandt andet:

”Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke),

Af indsendelsesbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007) § 12, stk. 1, fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når årsrapporten er indgået, automatisk sender en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Når henses hertil finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 5. januar 2010.

21) Kendelse af 26. august 2010 (J.nr. 2010-0021517).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Finn L. Meyer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 16. marts 2010 har K som direktør i selskaberne ApS A, ApS B og ApS C klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 12. marts 2010 har pålagt ham en afgift på 3.000 kr. for hvert af selskaberne for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. juli 2008 til 30. juni 2009.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelsen af 16. marts 2010 har K anført:

”Som direktør for ovennævnte 3 selskaber anmoder jeg styrelsen om fritagelse for afgift for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (E&S) påståede overskridelse af indsendelse af årsregnskaber for ovenstående selskaber.

Siden etablering af selskaberne har vi hvert år primo december modtaget regnskabsmaterialet for alle selskaber fra vort revisionselskab D / revisor E (revisor) pakket som altid således at der ligger en kuvert til E&S, én til SkatteCenter (SKAT) København og én til revisor selv. Nøjagtig samme forsendelse modtog vi også i december 2009, mere præcist modtog vi disse tirsdag den 8. december 2009. Som vanligt underskrev jeg alle dokumenter og havde kun det arbejde at lægge disse ned i de respektive frankerede kuverter.

Onsdag den 9. december postes alle 3 breve i en postkasse på hjørnet af Gl. Kongevej og Rathsacksvej på Frederiksberg og dagen efter torsdag den 10. december modtager vi med posten 3 enslydende skrivelser til selskaberne fra E&S – ’Påkrav om indsendelse af årsrapport for 1.7.2008 til 30.6.2009’.

Da dette er foretaget som beskrevet og da årsrapporterne vil være inden udløb af fristen den 17.12.2009 noterer jeg blot afsendelsesdata på dokumenterne.

Jeg vedhæfter de følgebrev, jeg hver år sender til E&S, Skat og revisor – her fra 9. december 2009.

Jeg hører ikke noget fra revisor og tænker ikke mere på dette, hvilket jeg i øvrigt aldrig har gjort tidligere, da sagerne altid er i orden hos os.

Den 4. februar 2010 modtager jeg pludselig 3 enslydende skrivelser fra E&S til selskaberne vedr. 'Opløsning af (virk. nr.), (virk. navn) under tvangsopløsning' med begrundelsen at E&S ikke havde modtaget selskabernes årsregnskaber!

Jeg ringer omgående til min revisor, som jeg ikke får kontakt med og derefter til E&S. Her taler jeg med F, som jeg forklarer situationen. Svar og anbefaling var, at man havde strammet reglerne i E&S fordi der var så mange, der ikke overholdt regler og deadlines og når E&S ikke modtog regnskaberne efter varsling så 'kørte' tvangsopløsningsproceduren helt automatisk og kunne ikke stoppes ved en telefonopringning. Han anbefalede fremover at indsende materialet anbefalet eller aflevere det mod kvittering i Kampmannsgade 1. Da jeg vidste at det var afsendt – som vanligt til tiden – bad jeg ham undersøge, mens jeg var i telefonen, om der evt. var sket en fejl i E&S. Han så efter i E&S' IT system men kunne kun se den status, som jeg nu selv havde fået brev om. Jeg meddelte ham, at SKAT og revisor havde fået tilsendt regnskaberne samtidig, og at ingen af dem havde rykket for regnskaberne, og antydede at det derfor evt. kunne være en fejl i E&S. Det blev afvist, at E&S kunne lave fejl og samtidig meddelte F, at E&S ikke havde noget samarbejde om dette med SKAT, så et bevis om SKAT's modtagelse af regnskaberne ville ikke kunne hjælpe.

Jeg spurgte om det ikke kunne løses ubureaukratisk ved at jeg blot bad min revisor genindsende regnskaberne, men det ville iflg. F ikke løse problemstillingen nu processen var i gang. Jeg naturligvis var meget oprevet over situationen og følte at det var dybt uretfærdigt, når man har orden i sine sager – hvilket vi altid har – at der så ikke var en mulighed for en kulancebehandling. Jeg nævnte dette overfor F, som sagde at han godt kunne forstå det når han hørte hvordan jeg oplevede det. Han nævnte, at jeg var velkommen til at indsende en klage til E&S.

Herefter ringede jeg igen til min revisor og forelagde ham problemet. Han sagde – men checkede alligevel samtidig – at han havde fået de underskrevne regnskaber retur fra mig indgangsstemplet hos ham den 11. december 2010. Han ville ringe og checke om SKAT også havde modtaget regnskaberne på samme tidspunkt i december 2009. Revisor foreslog herefter at han kontaktede E&S og forklarede dem situationen og forsøgte at få det løst ubureaukratisk.

Efterfølgende fortalte han at E&S havde nævnt, at de havde ændret procedure og holdning til forsinkede indsendelser, som dette hørte under, da vi jo ikke havde afsendelsesbevis. Han havde også fået anbefalingen at sende regnskaber ind pr. anbefalet post, men kunne dertil kun sige, at han nu i 35 år havde indsendt tusindvis af regnskaber pr. alm. post og det havde ikke givet anledning til problemer. Revisorens check var imidlertid, at når han selv var indsender, så havde de styr på at modtage den sædvanlige kvittering fra E&S, hvilket jeg jo må erkende, at jeg denne gang ikke havde været opmærksom på ikke var kommet selvom jeg jo har fået kvitteringer i de forudgående år.

Revisor anbefalede derfor at jeg omgående søgte genoptagelse, da der – uanset hvor uretfærdigt det end var – ikke var nogen vej udenom. Jeg overgav imidlertid opgaven til revisor, som forberedte alt den næste uge og indsendte herefter omgående alt nødvendigt til E&S.

Den 15. februar modtager jeg 3 enslydende breve fra SKAT af den 10. februar til selskaberne. SKAT meddeler at selskaberne er under tvangsopløsning og de vedhæfter et nyt registreringsbevis.

På forespørgsel meddeler revisor mig, at jeg intet skal gøre, da det løser sig, når E&S har fået ansøgning om genoptagelse og på ny modtaget regnskaberne.

Den 11. marts modtager jeg 3 enslydende breve fra Sø- og Handelsrettens skifteafdeling af 9. marts til selskaberne med overskriften 'Vedr. (selskab) under tvangsopløsning og (CVR.nr)' orienterede mig om at jeg skal møde i Sø- og Handelsrettens skifteafdeling onsdag den 14. april 2010 kl. 10 for at afgive vidneforklaring.

Jeg kontakter omgående min revisor og han meddeler mig følgende pr. mail:

Regnskaber og øvrige dokumenter er bekræftet modtaget i styrelsen den 26/2 og i dag 11/3 er det offentliggjort at alt er på plads. Sagsbehandlingen har i dag skrevet til Sø- og Handelsretten så alt falder på plads en af de nærmeste dage. Se virk.dk og søg på selskaberne.

I går den 15. marts modtager jeg 3 enslydende breve af 12. marts til selskaberne fra E&S med gennemgang af historien om de ikke modtagne regnskaber osv. osv. vedhæftet hvert et girokort på 3000 kr. til mig personligt. De 3.000 kr. kaldes en afgift, men er efter min mening en straf for noget jeg ikke har begået, og det er derfor at jeg hermed og på det foreliggende grundlag og jfr. Årsregnskabslovens § 163, stk. 1, søger helt om at blive fritaget for denne strafafgift. Jeg føler at jeg har haft skrivelser og opringninger nok samt ikke mindst ekstraordinære udgifter til revisor for hans arbejde i sagen. Da jeg tillige mener at selskabernes størrelse og minimale aktiviteter/omfang på intet tidspunkt så længe jeg har været og er direktør har eller får brug for bevidst at trække indsendelsen af årsregnskaber, så håber jeg, at de samlede omstændigheder vil give grundlag for at Erhvervsankenævnet kan fritage mig for udstedte strafafgifter.

...”

Ved skrivelse af 30. marts 2010 har K yderligere anført:

”...

Jeg er fuldstændig uforståelig overfor den bureaukrati der lægges for dagen i et anliggende om et kuvert der ikke kom frem til Erhvervs- & Selskabsstyrelsen på trods af at både SKAT og revisor har modtaget forsendelserne postet samme dag fra samme postboks.

Ikke alene vokser 'sagens' agter, men foreløbig har det kostet mig 25.375 kr. – uden at jeg har nogen skyld i at kuverten ikke er leveret af postvæsenet eller registreret modtaget hos E & S:

1) 3 bøder a 3000 kr.	9.000 kr. (er personligt betalt af mig rettidigt, da jeg ikke har fået svar på, om min klage kunne gives opsættende virkning)
2) Klagebehandlingsgebyr	4.000 kr. (er personligt betalt af mig for at klagen kan behandles omgående)
3) 3 revisorregninger a 4.125 kr. for genoptagelse	12.375 kr. (er personligt betalt af mig til revisor, da jeg ikke mener, at selskabet kan belastes, og da jeg ikke ved om det overhovedet er fradragsberettiget for selskabet)

Jeg må indrømme at jeg som retskaffen og lovlydig borger, der har orden i sagerne og som altid har overholdt alle aftaler og tidsfrister hele mit liv (61 år i dag), er meget berørt af at blive straffet på denne måde og forstår slet ikke at alle instanserne involveret her ikke er udstyret med sund dømmekraft og konduite til at udgå at en 'fjer bliver til 5 høns' og at så mange mennesker pålægges så meget arbejde for sølle postbesørgelsesfejl – hvis E & S er ufejlbarlig!

For mig ville det være mere nærliggende at 'instanserne' 'går' efter de personer og selskaber, der bevidst ikke overholder reglerne. Det ville give meget mere mening.

Således håber jeg at personerne i Erhvervsankenævnet kan se fornuften heri og skelne mellem lovlydige borgere og 'de andre'.
På forhånd tak for en fair behandling af min anke.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 21. april 2010 udtalt:

”...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 12. marts 2010 K tre afgifter på hver 3.000 kr. som følge af, at årsrapporterne for 2008/09 for ApS A, ApS B og ApS C var blevet indsendt for sent.

Virksomhedernes årsrapporter skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 30. november 2009. Den 7. december 2009 afsendte styrelsen tre påkravsbreve til virksomhedernes registrerede adresser med anmodning om at indsende årsrapporterne, så de var modtaget i styrelsen senest den 17. december 2009. Det fremgår af påkravsbrevet, at

hvis årsrapporterne ikke var modtaget hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 17. december 2009, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporterne for de tre virksomheder blev modtaget i styrelsen.

På grund af, at årsrapporten blev modtaget efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 3. måned i henhold til fristen i påkravsbrevet af 7. december 2009, blev ledelsesmedlemmet i de tre ovennævnte virksomheder pålagt tre afgifter på hver 3.000 kr. – en afgift for hver virksomhed.

...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal en virksomheds 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. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten.

Årsregnskabslovens § 151, stk. 1, indeholder en bestemmelse om en adfærdsregulerende afgift, der pålægges de enkelte medlemmer af virksomhedens 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.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide.

Det fremgår ydermere af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvaret for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at når årsrapporten er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, sender styrel-

sen automatisk en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Styrelsens udtalelse

Den godkendte og reviderede årsrapport for virksomheden for regnskabsåret 2008/09 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.

De tre virksomheders regnskabsår udløb den 30. juni 2009. Som følge heraf skulle virksomhedernes årsrapporter for regnskabsåret 2008/09 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 30. november 2009. I henhold til påkravsbrevet af 7. december 2009, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 17. december 2009, såfremt ledelsesmedlemmet i de tre virksomheder ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporterne for de tre virksomheder den 25. februar 2010, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. og 4. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem ansvar for, at virksomhedens årsrapport kan revideres og godkendes i tide, så årsrapporten kan indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for den fastsatte frist.

Ifølge klager fremsendte han årsrapporterne for de tre virksomheder den 9. december 2009. Fremsendelsen af årsrapporterne krydsede således fremsendelsen af påkravsbrevene, idet klager angiver, at han modtog påkravsbrevene den 10. december 2009. Klager noterede sig således, at påkravsbrevene var modtaget, men idet han havde fremsendt årsrapporterne til styrelsen den foregående dag, foretog han sig ikke yderligere.

Klager angiver ydermere, at han ikke har været opmærksom på, om den sædvanlige kvittering fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev modtaget.

Styrelsen fremsender altid en kvittering til indsenderen, i dette tilfælde K, om at årsrapporten er modtaget i styrelsen. Klager har ingen kvittering modtaget om, at årsrapporterne for 2008/09 for de tre virksomheder skulle være modtaget i styrelsen i dagene efter den 9. december 2009.

Der er derfor først fremsendt tre kvitteringer til revisor den 26. februar 2010, da denne indsendte anmodningen om genoptagelse. Kvitteringerne vedrørende de tre virksomheder angiver, at årsrapporterne for 2008/09 er modtaget i styrelsen den 25. februar 2010.

Det er således vigtigt, at indsenderen reagerer, såfremt kvitteringen for, at årsrapporten er modtaget, ikke modtages. Det er ligeledes en mulighed at tjekke på www.cvr.dk, hvorvidt årsrapporterne for virksomhederne er blevet offentliggjort. Såfremt årsrapporterne ikke er offentliggjort nogle

dage efter, at årsrapporten er fremsendt, så bør klager ligeledes reagere ved at kontakte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Styrelsen finder på den baggrund ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at ledelsesmedlemmet i de tre virksomheder skal fritages for de pålagte afgifter på i alt 9.000 kr.”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter lovens § 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.

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 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), 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)...”

Der findes herefter ikke på baggrund af klagers oplysninger i sagen, herunder om at han indsendte årsregnskaberne med posten den 9. december 2009, således at disse ”krydsede” påkravsskrivelserne, at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne.

Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 12. marts 2010 pålagte afgifter til K.

22) Kendelse af 22. oktober 2010 (J.nr. 2010-0021931).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.
Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Finn L. Meyer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 23. april 2010 har advokat A på egne vegne og på vegne af B og C som ledelsesmedlemmer i K A/S og K2 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 15. april 2010 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2008/2009.

Sagens omstændigheder:

K A/S og K ApS har perioden 1. oktober til 30. september som regnskabsperiode. Da selskabernes årsrapporter for perioden 1. oktober 2008 til 30. september 2009 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., fastsatte frist på 5 måneder efter regnskabsårets udløb (dvs. senest 1. marts 2010), sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 5. marts 2010 skrivelser til ledelsen for selskaberne på selskabernes registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporterne senest den 17. marts 2010. Styrelsen meddelte samtidigt, at såfremt årsrapporterne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152. Den 18. marts 2010 modtog styrelsen årsrapporterne, og ved skrivelser af 26. marts 2010 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, hvert enkelt ledelsesmedlem i hvert af selskaberne en afgift på 500 kr.

I klageskrivelse af 23. april 2010 har advokat A anført:

”...

Den 15.03.2010 fremsendte jeg på selskabernes vegne årsrapporter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Ved skrivelse af 19.03.2010, ..., bekræftede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at have modtaget de to årsrapporter, og jeg henleder særligst Deres opmærksomhed på det forhold, at uagtet at skrivelserne er afsendt fredag den 19.03.2010, er disse først modtaget her på kontoret onsdag den 24.03.2010.

...

Som det allerede fremgår af ovennævnte skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 19.03.2010 var postgangen uregelmæssig på daværende tidspunkt.

Som følge heraf opfordrede jeg Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 12.04.2010 til at frafalde de pålagte afgifter, dels under hensyntagen til den korte fristoverskridelse, dels under hensyntagen til at det fremgik af vedlagte kopi af printskærm fra vort advokatsystem, at skrivelserne var oprettet den 15.03.2010, ligesom min sekretær ved påtegning på samme skrivelse bekræftede, at hun personligt havde sørget for afsendelsen af skrivelserne.

Såfremt man ser nærmere på det medsendte skærmpoint, kan man også heraf se, at der efterfølgende samme dag, nemlig den 15.03.2010 blev udfærdiget en skrivelse til SKAT, hvor der blev fremsendt selvangivelser for selskaberne, og jeg har tidligere ved min skrivelse af 13.04.2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gjort opmærksom på, at efterfølgende afsendt post i samme sag er modtaget den 17.03.2010, hvorfor brevene til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen også burde være modtaget samme dag
....

Desuagtet har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved afgørelse af 15.04.2010 fastholdt den trufne afgørelse.

Jeg skal herved opfordre Erhvervsankenævnet til at ophæve de C, B og undertegnede pålagte afgifter i forbindelse med den for sene modtagelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af årsrapporterne fra K A/S og K2 ApS.

...

Til støtte herfor henvises der særligt til

- At fristoverskridelsen alene er 1 kalenderdag.
- At det ved det fremsendte skærmpoint er dokumenteret, at brevene er udfærdiget den 15.03.2010.
- At det fremgår af den af sekretær D afgivne erklæring, at brevene er afsendt pr. almindelig post samme dag.
- At efterfølgende udfærdiget skrivelse af 15.03.2010 til SKAT er modtaget den 17.03.2010.
- At postgangen i perioden har været usædvanlig uregelmæssig.
- At borgerne og rådgiverne sædvanligvis må have en forventning om, at post, som sendes som A-post modtages dagen efter eller senest den næstfølgende dag og ikke først på tredjedagen efter afsendelsen.
- At en håndhævelse af det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indtagne standpunkt vil medføre, at årsrapporter m.v. fremover bør indsendes ved anbefalet skrivelse, hvilket dels vil være væsentlig fordy-

rende for virksomheder og disses rådgivere, og yderligere arbejdskrævende for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

At det endeligt fremgår af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens egen skrivelse af 19.03.2010, at denne har endog særdeles lang tid om at nå frem, hvilket netop viser, at postgangen har været usædvanlig uregelmæssig.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 8. juni 2010 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så denne er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelse og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 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 årsrapporten 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 lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten. I tilfælde hvor forsinkelsen skyldes fejl fra postvæsenets side, f.eks. poststrejke, og dette kan dokumenteres af ledelsen, kan styrelsen fritage for afgift.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., har hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, at det er modtagelsestidspunktet i styrelsen som er afgørende for, om fristen er overholdt.

Styrelsens udtalelse

Godkendt og revideret årsrapporter for virksomhederne for regnskabsåret 2008/09 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 30. september 2010. Som følge heraf skulle virksomhedens årsrapport for regnskabsåret 2008/09 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 1. marts 2010 (da den 28. februar 2010 var en søndag). I henhold til påkravsbrevene af 5. marts 2010, skulle årsrapporterne være styrelsen i hænde senest den 17. marts 2010, såfremt ledelsesmedlemmerne ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten den 18. marts 2010, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Den fremsendte dokumentation dokumenterer ikke, at styrelsen har modtaget selskabernes årsrapporter den 17. marts 2010 eller tidligere.

Forsinkelse af årsrapporter ved fremsendelse med posten kan ikke fritage ledelsen for afgifter. Det er derfor styrelsens vurdering, at det forhold, at SKAT modtager brevet tidligere end styrelsen ikke kan tillægges betydning.

Styrelsen finder på den baggrund ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at ledelsesmedlemmerne skal fritages for de pålagte afgifter på 500 kr. til hvert ledelsesmedlem.

...”

Ved skrivelse af 9. juli 2010 har advokat A yderligere bemærket:

”...

Til bilagsmaterialet til ... skrivelse [af 12. april 2010] skal jeg særligt fremhæve, at det fremgår af det medsendte skærmpoint, at der den 15.03.2010 er lavet tre skrivelser på vort kontor, dels vedrørende fremsendelse af to årsrapporter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for henholdsvis K A/S og for K2 ApS, ligesom der efterfølgende samme dag er lavet en skrivelse til SKAT vedrørende fremsendelse af selvangivelserne for de to selskaber til SKAT.

Min sekretær har samtidig i erklæringen af 12.04.2010 bekræftet, at hun personligt har afsendt årsrapporterne til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 15.03.2010.

Al post fra vort kontor afsendes som A post, og der havde derfor været en forventning om, at afsendt post med sædvanlig ekspeditionstid ville være fremme den 16.03.2010.

Imidlertid fremgår det af vor skrivelse af samme dag til SKAT, at SKAT først modtog selvangivelserne den 17.03.2010, jf. min skrivelse af 13.04.2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Til de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 08.06.2010 særligt fremhævede faktiske og retlige omstændigheder skal jeg kort knytte følgende bemærkninger:

Ad Sagens faktiske omstændigheder:

...

[Ved påkravsskrivelse af 5. marts 2010] ... er det tilkendegivet overfor modtagerne af disse skrivelser, at der ikke udløses sanktioner, såfremt årsrapporterne er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 17.03.2010. Samtidig er der hos modtagerne skabt en berettiget forventning om, at man ved sædvanlig agtpågivenhed og overholdelse af sædvanlig postekspeditionstid kan overholde den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsatte frist, såfremt årsrapporterne afsendes flere dage før fristens udløb.

På baggrund af dels det fremlagte skærmpoint, den afgivne erklæring fra sekretæren, D, vor firmapolitik om ikke at afsende tilbagedateret post, samt sidst men ikke mindst den ved min skrivelse af 13.04.2010 fremlagte kopi af min skrivelse af 15.03.2010 til SKAT – modtaget hos SKAT den 17.04.2010 – må det lægges til grund, at årsrapporterne er afsendt fra vort kontor den 15.03.2010.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ses dog ej heller på noget tidspunkt at have sat spørgsmålstejn herved!

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 05.03.2010 er der ikke foreskrevet eller anvist særlige foranstaltninger, som man i sager som den foreliggende bør iagttage.

Det kan således undre, at man ikke fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i denne type sager har foreskrevet, at årsrapporter bør fremsendes som expressbrev, anbefalet brev eller kan overføres elektronisk inden for den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsatte frist for rettidig indlevering af årsrapporterne.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke i sit indlæg nærmere redegjort for egne interne post-/arbejdsgange i forbindelse med modtagelse af post.

Ad Sagens retlige omstændigheder:

Der gælder et sædvanligt forvaltningsretligt princip om, at borgerne i forbindelse med kommunikation med offentlige myndigheder kan sætte

lid til, at postafviklingen er normal. Normal forsendelsestid er én dag og undtagelsesvis to dage.

I nærværende sag er regnskaberne afsendt den 15.03.2010, og burde således være fremme hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 16.03.2010 og allersenest den 17.03.2010, hvilken dag SKAT også modtog selvangivelserne for selskaberne – afsendt samme dag som regnskaberne.

Såfremt postafviklingen undtagelsesvis tager tre dage, som angivet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, er der tale om en så uundskyldig omstændighed, at dette ikke i sig selv bør udløse nogen sanktion.

Det fremhæves i den forbindelse særligt, at der alene i så fald er tale om en fristoverskridelse på én dag.

Dertil kommer, at man ikke fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen særligt har fremhævet i skrivelse af 05.03.2010, at adressaten særlig skal være opmærksom på, at postgangen kan være uregelmæssig, samt at en adressat særligt skal være opmærksom herpå i forbindelse med overholdelse af den fastsatte frist for indlevering af årsrapporter.

Såfremt Ankenævnet – mod forventning – måtte stadfæste Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, vil dette medføre, at adressaterne tvinges til fremover at skulle benytte andre og meget mere omstændige og i særdeleshed bekostelige forsendelsesmetoder.

Således vil en stadfæstelse medføre, at der ved indlevering af årsrapporter til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil ske forsendelse ved for et eksempel anbefalet post, hvilket dels vil være væsentligt fordyrende for afsenderne og dertil meget mere belastende – tidsmæssigt – for modtageren.

Ad Afsluttende bemærkninger:

Det anføres af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først har modtaget årsrapporterne den 18.03.2010, samt at klageren ikke har dokumenteret, at styrelsen har modtaget årsrapporterne den 17.03.2010 eller tidligere.

Hertil skal alene bemærkes, at klageren har dokumenteret afsendelsestidspunktet, hvilket bestyrkes dels af det medsendte skærmpoint, af sekretær D's erklæring og sidst men ikke mindst af, at SKAT modtog selvangivelse for begge selskaber den 17.03.2010.

Derimod har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke nærmere redegjort for hvilke faktiske omstændigheder, der dokumenterer, at årsrapporterne først er modtaget den 18.03.2010 – ud over, at årsrapporterne er poststempelt denne dag.

Der er naturligvis en formodning for, at modtagelsesdagen er den påstemplede, men Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ses imidlertid ikke at have sandsynliggjort, at der ikke kan være sket en fejl desangående.

Ud fra en samlet bedømmelse af det anførte dels i nærværende skrivelse, dels i tidligere indlæg af 12.04.2010 og 13.04.2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt det anførte i min skrivelse af 23.04.2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bør Erhvervsankenævnet derfor nå frem til, at de pålagte og betalte afgifter bør ophæves og tilbagebetales til C, B og undertegnede.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter lovens § 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.

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 postvæsnets fejl, f.eks. poststrejke)...”

Da det er udokumenteret, at forsinkelsen skyldes fejl hos postvæsenet, 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 årsrapporterne, tiltræder Ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 26. marts 2010 pålagte afgifter til B, C og A.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 15. april 2010.

23) Kendelse af 6. december 2010 (J. nr. 2010-0022467).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.
Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Carsten Møllekilde, Finn L. Meyer og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 26. juli 2010 har A på egne vegne og på vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i Foreningen K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 9. juli 2010 har pålagt bestyrelsesmedlemmerne en afgift hver på 2.000 kr. for ikke rettidig indsendelse af foreningens årsrapport for 2009.

Sagens omstændigheder:

Foreningen K har kalenderåret som regnskabsperiode. Da foreningens årsrapport for 2009 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 2010 en skrivelse til bestyrelsen for K på foreningens registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest 5. juli 2010. 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 2010, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skifteretten om at tvangsopløse virksomheden, jf. årsregnskabslovens § 150, stk. 3. Den 7. juli 2010 modtog styrelsen årsrapporten, og ved skrivelser af 9. juli 2010 pålagde styrelsen under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, bestyrelsesmedlemmerne hver en afgift på 2.000 kr. Formanden for foreningen, A har den 26. juli 2010 på vegne af samtlige bestyrelsesmedlemmer klaget over de pålagte afgifter.

I klageskrivelsen af 26. juli 2010 har A anført:

”...

Vi tillader os at anke pålæggelsen af afgift, med følgende begrundelse.

Vort regnskab bliver altid afsluttet omkring 1. maj og underskrevet efter generalforsamlingen i løbet af maj måned.

Vi indsendte regnskabet ca. 28.5., men har desværre ikke kopi af følgebrevet. Da vi fik et påkrav om indsendelse af regnskab fra Erhvervs- og

selskabsstyrelsen dateret d. 23.06., sendte vi igen et regnskab sammen med et brev dateret 29.6. I rykkeren fra Styrelsen stod der kun postadressen Kampmannsgade 1, og ingen postboks-adresse, så vi sendte brevet til Kampmannsgade. Brevet blev også sendt pr. mail, se venligst vedlagte kopi. D. 05.07. modtog vi en mail retur fra Styrelsen om, at Styrelsen endnu ikke havde modtaget regnskabet.

I mellemtiden modtog A en mail med endnu en rykker, og han sendte endnu en kopi af regnskabet. Vi har således sendt i alt 3 kopier af regnskabet til Styrelsen.

D. 08. juli modtog vi så en bekræftelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på modtagelsen af regnskabet. I dette brev står der, at årsrapporter, der sendes til styrelsens tidligere postboks vil blive returneret til afsenderen. MEN vi har ikke modtaget nogen af de andre indsendte regnskaber retur. Dog sendte vi med brevet d. 29.6. også et regnskab for vor anden forening B, da vi ikke var helt klare over, om Styrelsen også skulle have dette regnskab. Dette regnskab fik vi retur med brev d. 8. juli.

D. 8. juli fik vi ligeledes 3 opkrævninger for for sent indsendt regnskab på hver 2000 kr. De 3 opkrævninger er udstedt til hver af de tre bestyrelsesmedlemmer og har hver sit J.nr., nemlig 10-296.316, 10-296.315 og 10-296.314.

Vi mener, at vi har indsendt regnskabet inden fristen, og anker derfor den pålagte afgift.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 13. september 2010 blandt andet udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så denne er modtaget i styrelsen uden ugrundet ophold efter godkendelse og senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller anden myndighed kan ikke dispensere herfra.

Modtages årsrapporten ikke inden for fristen i årsregnskabslovens § 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.

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 årsrapporten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravs brets 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.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., har hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1, at når årsrapporten er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, sender styrelsen automatisk en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Styrelsens udtalelse

Den godkendte årsrapport for foreningen for 2009 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.

Foreningens regnskabsår løber fra 1. januar til 31. december. Som følge heraf skulle foreningens årsrapport for regnskabsåret 2009 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2010. I henhold til påkravsbrevet af 23. juni 2010, skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 5. juli 2010, såfremt ledelsesmedlemmerne skulle undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporten den 7. juli 2010, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbrev. På denne baggrund pålagde styrelsen derfor afgift.

Ifølge klager har virksomheden indsendt årsrapporten rettidigt, idet den er afsendt cirka den 28. maj 2010. Denne er imidlertid aldrig modtaget i styrelsen, og da virksomheden modtager et påkravsbrev dateret 23. juni 2010, genfremsender de årsrapporten den 29. juni 2010. Klager anfører, at denne årsrapport er sendt til styrelsens adresse i Kampmannsgade 1, og der er ligeledes sendt en mail den 29. juni 2010, hvori foreningen gør opmærksom på, at årsrapporten er afsendt.

Klager modtager dog endnu en rykker pr. mail og sender derfor endnu en kopi af årsrapporten til styrelsen.

Det fremgår ikke af styrelsens systemer, at styrelsen skulle have modtaget mere end én årsrapport fra foreningen. Den årsrapport, der er modtaget, er således modtaget i styrelsen den 7. juli 2010.

Klager angiver i sin skrivelse, at det først er da foreningen modtager kvitteringsbrevet af 8. juli 2010, at man bliver opmærksom på, at årsrapporter, der indsendes til styrelsens tidligere postboks vil blive returneret til afsenderen, og klager angiver ydermere, at de ingen årsrapporter har modtaget retur.

I det omfang virksomheden fremsender en årsrapport til styrelsens postadresse i Kampmannsgade 1, vil der ikke blive foretaget en returnering af årsrapporten. Her vil styrelsen blot stemple en modtagedato på årsrapporten og videresende denne til scanningsfirmaet, som forestår indscanningen af årsrapporterne, som styrelsen modtager.

Det er imidlertid korrekt, at proceduren, såfremt årsrapporten fremsendes til styrelsens tidligere postboks, er, at årsrapporten vil blive returneret til afsender. Årsrapporten vil herefter først blive anset som værende modtaget, når denne er modtaget i den korrekte postboks.

Styrelsen fremsender altid en kvittering for årsrapportens modtagelse enten til indsenderen af årsrapporten eller alternativt til foreningens adresse, såfremt det ikke fremgår, hvem der har indsendt årsrapporten til styrelsen. Klager har ingen kvittering modtaget for, at årsrapporten for 2009 skulle være modtaget i styrelsen i dagene efter den 28. maj 2010.

Der er først fremsendt en kvittering til klager den 8. juli 2010, hvoraf det fremgår, at årsrapporten for 2009 er modtaget i styrelsen den 7. juli 2010. Det er således meget vigtigt, at foreningen eller indsender selv reagerer, såfremt kvitteringen for, at årsrapporten er modtaget, ikke modtages.

I så fald bør indsenderen eller alternativt foreningen kontakte styrelsen telefonisk for at høre, hvorvidt årsrapporten er modtaget eller ej. Var denne procedure blevet fulgt ultimo maj 2010, hvor årsrapporten skulle have været indsendt, ville foreningen have haft rigelig tid til at indsende en ny årsrapport til styrelsen inden for påkravsfristen.

Styrelsen finder på den baggrund ikke, at der i denne sag foreligger de i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, omhandlede ganske særlige omstændigheder, der kan begrunde, at de tre ledelsesmedlemmer skal fritages for den pålagte afgift på 2.000 kr. til hvert ledelsesmedlem.

Det forhold, at virksomheden har fået årsrapporten for B retur, skyldes, at denne forening ikke har pligt til at indsende årsrapport til styrelsen, idet den ikke er registreret i selskabsregisteret. Styrelsen skal dog beklage, at det af styrelsens brev af 8. juli 2010, som klager har medsendt, fremgår, at det er årsrapporten for K, som sendes retur. Det er dog den

korrekte årsrapport for B, der har været vedlagt styrelsens returnerings-
skrivelse.
...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved skrivelse af 23. juni 2010 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til bestyrelsen for K på foreningens registrerede adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af virksomhedens årsrapport for 2009, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. maj 2010. Ifølge påkravet skulle årsrapporten være styrelsen i hænde senest den 5. juli 2010.

Da K ikke har kunnet dokumentere en tidligere modtagelse af årsrapporten i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger Erhvervsankenævnet til grund, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først har modtaget årsrapporten den 7. juli 2010.

Af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 (L 138 af 10. januar 2001) fremgår blandt andet:

”...
Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke)...
...”

Af indsendelsesbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007) § 12, stk. 1, fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når årsrapporten er indgået, automatisk sender en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden.

Når henses hertil finder ankenævnet, at der ikke foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for

hel eller delvis eftergivelse af de ved styrelsens skrivelser af 9. juli 2010 pålagte afgifter.

24) Kendelse af 6. december 2010 (J. nr. 2010-0022510).

Offentliggørelse af nye årsrapport afslået.

Årsregnskabslovens § 138, stk. 6, samt indsendelsesbekendtgørelsens § 13, stk. 1.
(Finn L. Meyer, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 9. august 2010 har A fra A1 på vegne af K1 ApS, K2 ApS, K3 ApS, ApS K4, ApS K5 og K6 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 14. juli 2010 har afslået at offentliggøre nye årsrapporter for selskaberne for 2009.

Sagens omstændigheder:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i en redegørelse af 16. september 2010 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 2. juni 2010 årsrapporterne for 2009 for ovenstående virksomheder. Årsrapporterne blev offentliggjort i perioden 3. juni – 4. juni 2010.

Den 9. juni 2010 modtog styrelsen brev fra A med anmodning om at erstatte de offentliggjorte årsrapporter med de i brevet genfremsendte årsrapporter. De genfremsendte årsrapporter var identiske med de offentliggjorte bortset fra, at visse sider med skattemæssige specifikationer var udeladt. Som årsag til anmodningen om genfremsendelsen oplyste klager, at første fremsendelse var sket fejlagtigt.

Den 14. juli 2010 afslog styrelsen at omgøre årsrapporterne for de nævnte virksomheder med den begrundelse, at der ikke var tale om nødvendig rettelse af væsentlige fejl i årsrapporterne, og at ændringen derfor ikke var i regnskabsbrugers interesse.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 14. juli 2010 hedder det:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget dit brev af 8. juni 2010, hvori du anmoder om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen omgør de tidligere indsendte årsrapporter for 2009 for ovenstående selskaber.

Du begrundet din anmodning med, at der, i de offentliggjorte årsrapporter, ved en fejl er medtaget skattemæssige specifikationer.

Vi kan ikke tillade en omgørelse af den tidligere offentliggjorte årsrapport, idet der ikke er tale om en nødvendig rettelse af væsentlige fejl. Rettelsen skønnes derfor ikke at være i regnskabsbrugernes interesse.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 13, stk. 1, kan en årsrapport kun undtagelsesvis omgøres, efter den er offentliggjort af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. En omgørelse kan alene ske, hvis det skønnes, at offentliggørelse af en ny årsrapport vil være i regnskabsbrugerens interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenlyse fejl, eller ved berigtigelse af ulovlige forhold.

...”

I klageskrivelsen af 9. august 2010 har A på vegne af selskaberne anført:

” ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 14. juli 2010 ... afslået en anmodning om omgørelse af indsendte årsrapporter for 2009.

Dette afslag indbringes hermed for Erhvervsankenævnet.

Som det fremgår af min skrivelse af 8. juni 2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ..., og som jeg senere har uddybet telefonisk over for sagsbehandleren, er forholdet dette, at der ved en ekspeditionsfejl her på kontoret er hæftet nogle specifikationssider med bagerst i (og ikke som en del af) de indsendte årsrapporter.

Der er således ikke tale om, at årsrapporterne er forkerte, og der er som følge heraf ikke tale om, at disse skal omgøres, hvilket jeg heller ikke har anmodet om. De til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremsendte årsrapporter er med andre ord korrekte.

Jeg anmoder derimod om, at de 3-6 stykker papir, som er årsrapporterne uvedkommende, men som ikke desto mindre er skannet ind og offentliggjort sammen med disse, fjernes igen, således at det alene er de relevante årsrapporter, som foreligger offentliggjort.

Jeg skal ikke lægge skjul på, at jeg finder denne situation besynderlig, og jeg håber, at Erhvervsankenævnet vil afgøre spørgsmålet ud fra en praktisk synsvinkel.”

I førnævnte redegørelse af 16. september 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 6, kan en modtaget årsrapport ikke omgøres når styrelsen har bekendtgjort, at årsrapporten er offentligt tilgængelig efter årsregnskabslovens § 154, medmindre styrelsen tillader dette.

I henhold til årsregnskabslovens § 154, stk. 1, bekendtgør styrelsen straks modtagelsen af årsrapporter, undtagelseserklæringer m.v.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 13, stk. 1, kan styrelsen tillade at offentliggøre en ny årsrapport, hvis dette skønnes at være i regnskabsbrugers interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold i den tidligere indsendte og offentliggjorte årsrapport.

I henhold til indsendelsesbekendtgørelsens § 13, stk. 2, skal den oprindelige offentliggjorte årsrapport forblive offentligt tilgængelig sammen med den omgjorte årsrapport.

Styrelsens udtalelse

Styrelsen offentliggør straks de modtagne årsrapporter, så de bliver offentligt tilgængelige. Det er ledelsens ansvar, at de til styrelsen fremsendte årsrapporterne opfylder årsregnskabslovens bestemmelser.

Klager ønsker, at visse sider med skattemæssige specifikationer, skal tages ud af årsrapporten.

Ovenstående virksomheders oprindeligt indsendte årsrapporter inklusiv siderne med de skattemæssige specifikationer fremstår hver for sig som en samlet årsrapport, idet den fortløbende sidenummerering også omfatter de skattemæssige specifikationer.

Det er på alle disse årsrapporter påført, at de er godkendt af generalforsamlingen den 31. maj 2010, og dirigenten har ved sin underskrift bekræftet godkendelsen. Endvidere fremgår ledelsens og revisors underskrift af årsrapporterne.

Styrelsen vurderede derfor, at der ikke var tale om væsentlige fejl eller mangler i de oprindelige årsrapporter, og at en omgørelse med udeladelse af visse sider i forhold til de oprindeligt offentliggjorte årsrapporter derfor ikke ville være i regnskabsbrugers interesse.

A har i klagen anført, at han ikke har anmodet om en omgørelse af årsrapporterne uagtet, at han har skrevet ”erstattet”, hvilket må være identisk med lovgivningens ”omgørelse”. Da styrelsen ikke kan trække offentliggjorte årsrapporter eller sider heri tilbage, kunne anmodningen om erstatning kun opfattes som omgørelse og som en omgørelsessag.

I klagen påpeger A, at der ikke er tale om, at der er fejl i de oprindeligt indsendte årsrapporter da disse er korrekte. Der er blot sket en ekspediti-

onsfejl, idet der fejlagtigt i årsrapporterne er medtaget sider med skattemæssige specifikationer.

Efter styrelsens vurdering har klager ikke godtgjort, at der er tale om væsentlige eller åbenbare fejl eller, at omgørelse er en nødvendighed for at berigtige ulovlige forhold i de oprindeligt indsendte årsrapporter.

Styrelsen finder på den baggrund fortsat ikke, at de oprindeligt fremsendte og behørigt årsrapporter kan omgøres og erstattes med nye årsrapporter uden siderne med skattemæssige specifikationer. Styrelsen skal i den forbindelse henvise til det ovenfor omtalte krav i indsendelsesbekendtgørelsen § 13, stk. 2.
...”

I skrivelse af 4. oktober 2010 har A yderligere anført:

”...

Jeg fastholder, at jeg ikke har anmodet om omgørelse, og selvom Styrelsen ønsker at gøre det til en strid om ord, vil jeg blot anføre, at jeg havde brugt ordet ”omgørelse” og ikke ”erstattet”, hvis min henvendelse af 8. juni 2010 havde været en ansøgning om omgørelse.

Årsagen til min anmodning af 8. juni 2010 er således ikke hensynet til regnskabsbrugerne, men hensynet til min klient, som nu har fået offentliggjort skattemæssige oplysninger i en række selskaber, hvilket selvklart er uhensigtsmæssigt.

Såfremt de retlige omstændigheder er, som Styrelsen anfører i sin redegørelse af 16. september 2010, og der derfor ikke er lovhjemmel til at korrigerer denne fejlekspektion, må reglerne ændres. Det kan således ikke være hensigtsmæssigt, at ekspeditionsfejl, hvor dokumenter, som intet har med den officielle årsrapport at gøre, bliver offentliggjort uden nogen form for kontrol – næste gang kan der være tale om mere følsomme dokumenter end skatteoplysninger.
...”

Ankenævnet udtaler:

Anmodningen om, at allerede offentliggjorte årsrapporter for selskaberne for 2009 skal erstattes med nye årsrapporter kan efter årsregnskabsloven alene ske ved en omgørelse med en ny årsrapport, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 6.

Efter denne bestemmelse kan en offentliggjort årsrapport ikke omgøres ved en ny årsrapport, medmindre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tillader dette.

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår:

”De indsendte årsrapporter offentliggøres efter § 154. Så snart offentliggørelse har fundet sted, kan årsrapporten ikke omgøres ved indsendelse af en ny årsrapport, medmindre styrelsen undtagelsesvist tillader dette, *jf. forslagets stk. 6*. Hovedreglen indeholder således et forbud imod omgørelse, da regnskabsbrugeren som udgangspunkt ikke skal kunne risikere, at der offentliggøres nye udgaver af årsrapporten efter, at regnskabsbrugeren har truffet beslutning på grundlag af en tidligere offentliggjort årsrapport. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor omgørelse af årsrapporten må anses for at være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold. Styrelsen fastsætter nærmere regler herom ved bekendtgørelse, *jf. § 155, stk. 3.*”

Da udeladelse af tidligere offentliggjorte skattemæssige specifikationer i årsrapporterne ikke kan anses som en nødvendig rettelse i regnskabsbrugernes interesse af væsentlige eller åbenbare fejl eller berigtigelse af ulovlige forhold, *jf. herved § 13, stk. 1*, i indsendelsesbekendtgørelsen (senest bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007) tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afslået at offentliggøre rettelserne til årsrapporterne.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 14. juli 2010.

25) Kendelse af 6. december 2010 (J. nr. 2010-0022602).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)

Ved e-mail af 24. august 2010 har A på egne vegne og vegne af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i K1 Amba, K2 Amba og K3 Amba klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 6. august 2010 har afslået at fritage de pågældende bestyrelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af undtagelseserklæringer for virksomhederne for 2009.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 6. august 2010 hedder det:

” ...

Begrundelse for afslaget

Vi sendte ikke påkravsbrevene i juli måned, men henholdsvis den 15. og 16. juni 2010.

Der påhviler et selskabs ledelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

Det enkelte medlem kan fritages for betaling af afgiften i ganske særlige tilfælde. Disse ganske særlige tilfælde foreligger, hvor medlemmet over for os har godtgjort, at vedkommende har søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last. Afgiftsfritagelse kan kun ske, hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold.

Vores kontrolsystem går ud på, at vi sender en kvittering for modtagelsen af en undtagelseserklæring. Indsenderen må derfor holde øje med, at en sådan kvittering modtages og reagere, hvis det ikke er tilfældet.

Om påkravs brevet kan det oplyses, at det sendes som almindelig post til virksomhedens ledelse på den adresse, som virksomheden har registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Hovedformålet med påkravs brevet er at give virksomhedens ledelse en kort frist til at rette op på en eventuel forglemmelse eller misforståelse i forbindelse med indsendelsen. Et ledelsesmedlem kan ikke fritages for afgift, fordi det ikke har fået kendskab til påkravs brevet, inden udløbet af påkravsfristen.

Fristerne for indsendelse af undtagelseserklæring er fastsat i loven. Vores påkravs brev er således en erindring om de frister, som ledelsen allerede var eller burde være bekendt med, er udløbet.

Der foreligger efter vores opfattelse derfor ikke ganske særlige tilfælde for ledelsesmedlemmernes vedkommende. Vi må derfor afslå din anmodning om eftergivelse af pålagte afgifter.

...”

I klagen af 24. august 2010 har A anført:

” ...

Da jeg i år sendte undtagelses erklæringer ind i Maj måned forventer alt er ok, men til min store overraskelse modtages der d. 10/7 på alle 3 selskaber et påkrav om indsendelse af årsrapport inden d. 28/6, hvilket er ret umuligt da jeg jo modtager skrivelserne Lørdag d. 10/7, da der for alle 3 er tale om undtagelses erklæringer printer jeg straks nye ud og afleverer dem personligt Mandag d.12 Juli.

Efterfølgende har dele af ledelsen modtaget opkrævninger på 2.000 DKR med henvisning til brev af 16/6 der oplyses sendt til ledelsen, dette er ikke modtaget af nogen fra ledelsen, men vi konkluderer der henvises til de pr 10/7 i virksomhederne modtagne breve da de er dateret 16/6.

Vi anmodede derfor høfligt styrelsen om i flg årsregnskabsloven § 152 stk. 1 at fritage ledelserne for de pålagte afgifter, men fik afslag herpå.

Gældende for K3 har B såvel som C begge spurgt til indsendelsen af årsrapporten hvortil jeg har meddelt dem at denne var indsendt samt at alt var ok, jeg mener derfor at det er unfair at tildele dem en straf for noget der ene og alene er mit ansvar og hvor jeg i god tro har vildledt dem, selv om jeg mener jeg selv har handlet korrekt også.

Gældende for K2 såvel som K1 har D såvel som E ligeledes begge spurgt til indsendelsen af årsrapporten hvortil jeg har meddelt dem at denne var indsendt samt at alt var ok, jeg mener derfor også her at det er unfair at tildele dem en straf for noget der igen ene og alene er mit ansvar og hvor jeg i god tro har vildledt dem, selv om jeg mener jeg selv har handlet korrekt her også.

Vi er derfor af den klare opfattelse at alle har handlet korrekt iflg § 152 stk1. de øvrige medlemmer har alle set dokumentet i kopiform der var indsendt og jeg havde påtaget mig ansvaret at indsende dette, da der kun er tale om undtagelses erklæringer, er der jo ingen grund til at vente eller slet ikke at indsende dette. Og vil som maksimum mene at jeg A bør kunne straffes med denne afgift da alle yderligere har ydet hvad de kan, ganske i overensstemmelse med §152 stk1 hvor det klart fremgår at ”hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen at han eller hun har haft søft fremme indsendelsen mv., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last” og netop her er der gjort alt dette og mere til, da alle var i den tro at alt var ok, hvilket også tydeligt ses da de påny indleveres først kommende hverdag efter modtagelse af påkravet.

Der er tale om følgende selskaber.

K1 Amba CVR ...
K2 Amba CVR ... samt
K3 Amba CVR ...
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 11. oktober 2010 udtalt:

”...

2. Sagens faktiske omstændigheder

2.1. Da undtagelseserklæringerne ikke var modtaget rettidigt, sendte styrelsen henholdsvis den 15. og 16. juni 2010 såkaldte påkravsbreve til bestyrelserne for selskaberne og anmodede om, at undtagelseserklæringerne blev indsendt, så de blev modtaget senest henholdsvis den 25. juni og 28. juni 2010. Styrelsen meddelte samtidig, at hvis dette ikke skete, ville bestyrelsesmedlemmerne blive pålagt afgifter.

2.2. Undtagelseserklæringer for 2009 blev modtaget den 12. juli 2010. Undtagelseserklæringerne skulle være modtaget senest henholdsvis den 25. juni og 28. juni 2010. Da undtagelseserklæringerne først blev afleveret i styrelsen den 12. juli 2010, blev der pålagt bestyrelsesmedlemmerne afgifter

2.3 I mail af 30. juli 2010 anmodede A om fritagelse for afgifter, som var pålagt selskabernes ledelsesmedlemmer, fordi styrelsen modtog undtagelseserklæringer for sent.

Han anførte, at han sendte undtagelseserklæringer ind i maj måned. Til sin store overraskelse modtog han den 10. juli 2010 på alle 3 selskaber påkrav om indsendelse af undtagelseserklæringer inden den 28. juni 2010, hvilket var ret umuligt, da han modtog påkravsbrevene den 10. juli 2010.

2.4 I mail af 6. august 2010 afslog styrelsen anmodningen om eftergivelse af pålagte afgifter, da der ikke forelå de nødvendige ganske særlige tilfælde.

Styrelsen begrundede afslaget med, at påkravsbrevene ikke blev sendt i juli måned, men henholdsvis den 15. og 16. juni 2010.

Styrelsen anførte, at der påhviler et selskabs ledelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

Det enkelte medlem kan fritages for betaling af afgiften i ganske særlige tilfælde. Disse ganske særlige tilfælde foreligger, hvor medlemmet over for styrelsen har godtgjort, at vedkommende har søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last. Afgiftsfritagelse kan kun ske, hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold.

Vi gjorde opmærksom på, at styrelsens kontrolsystem går ud på, at styrelsen sender en kvittering for modtagelsen af en undtagelseserklæring. Indsenderen må derfor holde øje med, at en sådan kvittering modtages og reagere, hvis det ikke er tilfældet.

Styrelsen oplyste samtidig, at hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke modtages rettidigt, sendes et påkravsbrev som almindelig post til virksomhedens ledelse på den adresse, som virksomheden har registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Hovedformålet med påkravsbrevet er at give virksomhedens ledelse en kort frist til at rette op på en eventuel forglemmelse eller misforståelse i forbindelse med indsendelsen. Et ledelsesmedlem kan ikke fritages for afgift, fordi det ikke har fået kendskab til påkravsbrevet, inden udløbet af påkravsfristen.

2.5 A svarede den 10. august 2010, at han havde oplyst over for de øvrige bestyrelsesmedlemmer, at undtagelseserklæringer var indsendt. Derfor var det ikke rimeligt, at de skulle pålægges afgifter, da det ene og alene var hans ansvar, at han i god tro havde vildledt dem.

2.6 Styrelsen svarede den 12. august 2010 på mailen af 10. august 2010, at selv om A havde meddelt bestyrelsesmedlemmerne, at undtagelseserklæringerne var indsendt, kunne dette ikke føre til, at styrelsen eftergav afgifterne. Der forelå ikke ganske særlige omstændigheder for bestyrelsesmedlemmernes vedkommende.

2.7 C, som er bestyrelsesmedlem i K3, kommenterede i mail af 25. august 2010 styrelsens afslag. Han anførte, at han havde søgt at fremme indsendelsen ved at påminde A og ligeledes tjekke, at det var gjort. Han kunne derfor ikke have gjort yderligere. Derfor var der tale om "særlige omstændigheder".

2.8 Styrelsen svarede den 13. september 2010, at der ikke forelå ganske særlige omstændigheder. Til orientering gengav styrelsen bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152.

3. Sagens retlige omstændigheder

3.1 I henhold til årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal et selskabs undtagelseserklæring være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

Modtages undtagelseserklæring 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 undtagelseserklæring. Bestemmelsen er udtryk for, at det er af stor betydning, at årsrapporter og dermed også undtagelseserklæringer modtages rettidigt i styrelsen, og ikke mindst af hensyn til regnskabsbrugere er det vigtigt, at oplysningerne i de offentliggjorte årsrapporter er aktuelle. Pålæggelse af afgift til den øverste ansvarlige ledelse på grund af for sen indsendelse af årsregnskab skal tilskynde virksomhedsledelserne til at prioritere regnskabsaflæggelsen højt. Der påhviler derfor selskabets bestyrelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.

I henhold til § 152, stk. 1, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift efter § 152, 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. I henhold til stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspådragende forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

3.2 I sin klage til Erhvervsankenævnet har A som i sin klage til styrelsen anført, at han havde oplyst over for de øvrige bestyrelsesmedlemmer, at undtagelseserklæringer var indsendt. Derfor var det ikke rimeligt, at de skulle pålægges afgifter, da det ene og alene var hans ansvar, at han i god tro havde vildledt dem.

Det er bestyrelsesmedlemmernes klare opfattelse, at de har handlet korrekt iflg. årsregnskabslovens § 152, stk. 1. Bestyrelsesmedlemmerne har alle set dokumentet i kopi, der var indsendt. Bestyrelsesmedlemmerne har således godtgjort, at de har søgt at fremme indsendelsen af undtagelseserklæringerne, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges dem til last

3.3 Hertil bemærkes, at der i forarbejderne er gjort opmærksom på, at hvor forsinkelsen skyldes visse ganske upåregnelige forhold, kan dette efter en konkret vurdering give hel eller delvis afgiftsfritagelse. Fritagelse gælder navnlig alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen.

Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan være, at *"forsinkelsen skyldes fejl begået af virksomhedens ansatte eller rådgivere"*, jf. bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152.

Det er således forudsat, at årsregnskabslovens § 152 skal have et meget snævert anvendelsesområde. Og A, der tillige er direktør i K1 AMBA, må i lyset heraf ligestilles med en ansat, hvilket betyder, at der ikke kan ske fritagelse for afgifter i det foreliggende tilfælde, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

Herefter finder styrelsen ikke, at der foreligger de ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde afgiftsfritagelse, jf. § 152, stk. 1.
..."

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det lægges til grund, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til årsregnskabslovens § 150 den 15. og 16. juni 2010 sendte påkravsskrivelser til lederne for K1 Amba, K2 Amba og K3 Amba på virksomhedernes registrerede adresse vedrørende undtagelseserklæringer for 2009 med anmodning om, at erklæringerne blev modtaget senest den 25. og 28. juni 2010.

Det lægges efter det oplyste endvidere til grund, at undtagelseserklæringer for 2009 først blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 12. juli 2009.

Af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 (L 138 af 10. januar 2001) fremgår blandt andet:

..."

Som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes følgende: ... at årsrapporten [eller undtagelseserklæringen] er blevet forsinket ved fremsendelse med posten (medmindre der kan fremlægges dokumentation fra postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. poststrejke)...

..."

Uanset om klager som af denne anført allerede i maj 2010 indsendte undtagelseserklæringer, kan dette forhold således ikke i sig selv føre til fritagelse for betaling af afgift i medfør af årsregnskabslovens § 152.

Det bemærkes herved, at det af indsendelsesbekendtgørelsen (bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007) § 12, stk. 1, fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når undtagelseserklæring er indgået, automatisk sender en elektronisk udskrevet kvittering til indsenderen eller virksomheden, og at klager efter det oplyste således heller ikke modtog en sådan kvittering i maj 2010.

Herefter, og idet der i øvrigt ikke er oplyst sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de ved styrelsens skrivelser af 16. juli 2010 pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af virksomhedernes undtagelseserklæringer, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 6. august 2010.

4.7. LOV OM GODKENDTE REVISORER OG REVISORVIRKSOMHEDER

26) Kendelse af 10. maj 2010 (J. nr. 2009-0020413).

Revisionsvirksomhed frataget godkendelsen som revisionsvirksomhed og slettet i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Revisorlovens §§ 29 og 14, stk. 2.

(Lars Holtug, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 2. oktober 2009 har registreret revisor K klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009, hvorved styrelsen har frataget A revisionsvirksomhed v/ K godkendelsen som revisionsvirksomhed og straks slettet virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 11. januar 2010 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Det fremgår af sagens akter, at A revisionsvirksomhed blev udtaget til fornyet kvalitetskontrol for 2008 med krav om, at indgå aftale med en kvalitetskontrollant senest den 1. september 2008. Kontrollantens erklæring skulle være modtaget af Revisortilsynet senest den 15. januar 2009.

Registreret revisor K søgte flere gange udsættelse hos Revisortilsynet. Første gang til den 15. februar 2009, herefter til den 1. marts 2009 og endelig til 1. maj 2009. Anmodningerne om udsættelse blev begrundet med sygdom i perioden ultimo december 2008 til ultimo marts 2009 og blev accepteret af Revisortilsynet.

Registreret revisor K bad herefter om yderligere 14 dages frist til 15. maj 2009, hvilket dog blev afslået af Revisortilsynet.

Revisortilsynet meddelte den 15. maj 2009 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at A revisionsvirksomhed havde nægtet at lade sig undergive Revisortilsynets kvalitetskontrol i 2008.

Styrelsen sendte den 27. maj 2009 et høringsbrev til registreret revisor K, hvori styrelsen bad om registreret revisor Ks bemærkninger, inden styrelsen eventuelt ville fratage revisionsvirksomhedens godkendelse.

Styrelsen modtog den 9. juni 2009 et brev fra registreret revisor K, hvori denne bad om frist til 31. juli 2009 til at få foretaget den lovpligtige kvalitetskontrol. Dette bliver accepteret af styrelsen ved brev til A revisions-

virksomhed af den 24. juni 2009. I brevet blev samtidig gjort tydeligt opmærksom på, at hvis erklæringen fra kvalitetskontrollanten ikke var modtaget senest den 31. juli 2009, ville styrelsen uden yderligere varsel fratage virksomheden godkendelsen og slette den i registret over godkendte revisionsvirksomheder.

Den 30. juli 2009 – altså dagen før udløbet af fristen for indsendelse af erklæring om gennemført kvalitetskontrol - modtog sagsbehandleren, B, en mail fra A revisionsvirksomhed, hvori der igen blev bedt om fristforlængelse med henblik på, at kvalitetskontrollen skulle finde sted ultimo august 2009.

Da sagsbehandleren var på ferie modtog A revisionsvirksomhed et autoreply om, at sagsbehandleren ville være tilbage efter ferie den 13. august 2009. Sagsbehandleren var imidlertid inde og kontrollere sin mail den 31. juli 2009. I den anledning besvarede sagsbehandleren fristanmodningen af 30. juli i en mail til A revisionsvirksomhed, hvori styrelsen afviste at give yderligere frister. Det oplystes endvidere, at styrelsen uden yderligere varsel ville fratage revisionsvirksomhedens godkendelse, såfremt styrelsen ikke senest den 14. august 2009 modtog en erklæring om gennemført kvalitetskontrol.

A revisionsvirksomhed sendte den 30. juli 2009 endnu en mail til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som følge af det modtagne autoreply fra B. Den nye mail besvares af C den 4. august 2009. Da hun ikke er bekendt med, at fristanmodningen allerede er besvaret, oplyser hun, at der ikke sker mere i sagen førend B er tilbage fra ferie.

Da der fortsat ikke var modtaget en erklæring om gennemført kvalitetskontrol, sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen brev til A revisionsvirksomhed den 7. september 2009 med meddelelse om, at styrelsen har frataget godkendelsen.
...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009 hedder det:

”...

Styrelsen har ikke modtaget en erklæring om en gennemført kvalitetskontrol.

Styrelsen har derfor d.d. i henhold til revisorlovens § 14, stk. 2, truffet afgørelse om at fratage A revisionsvirksomhed v/K godkendelsen som revisionsvirksomhed, idet revisionsvirksomheden ikke har underkastet sig den lovpligtige kvalitetskontrol i 2008. Revisionsvirksomheden er i henhold til brev herfra af 24. juni 2009 straks blevet slettet i registret over godkendte revisionsvirksomheder.

...

Begrundelse

Det følger af revisorlovens § 13, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen godkender som revisionsvirksomhed, enhver virksomhed, der bl.a. lader sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

En godkendt revisionsvirksomhed skal dermed overholder de pligter, der følger af revisorlovens § 29 og §§ 34-36, herunder de regler, der er udstedt med hjemmel heri. Revisionsvirksomheden skal således også efterleve de pligter, der er fastsat i bekendtgørelse om kvalitetskontrol og Revisortilsynets virksomhed [Bekendtgørelse nr. 337 af 10. maj 2004, jf. revisorlovens § 57, stk. 4].

Det fremgår af revisorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

Revisortilsynet meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 15. maj 2009, at revisionsvirksomheden havde nægtet at underkaste sig den lovpligtige kvalitetskontrol, idet virksomheden ikke havde overholdt sin pligt til at indsende en erklæring over gennemført kvalitetskontrol.

Revisionsvirksomheden har ved brev af 8. juni 2009 oplyst, at revisor K havde været syg frem til udgangen af marts 2009. Det blev endvidere oplyst, at

"Jeg havde fået udsættelse af Revisortilsynet til den 1. maj 2009. Da jeg kunne se, at jeg var presset, bad jeg om udsættelse i 14 dage til den 15. maj, så jeg kunne blive færdige med mine regnskaber til tiden. Jeg fik afslag med den begrundelse"

Det fremgår endvidere, at

"Jeg beder jer derfor om lidt velvilje og for ikke at komme i en lignende situation at lade mig færdiggøre regnskaberne for 2008 inden den 1. juli og så lave en fornyet kvalitetskontrol i perioden 15. juli til den 31. juli 2009."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal oplyse, at revisionsvirksomheden har fået alle rimelige frister i Revisortilsynet såvel som af styrelsen.

En revisionsvirksomhed, der 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.

På grundlag af de foreliggende oplysninger finder styrelsen ikke, at der foreligger sådanne forhold, der kan berettige revisionsvirksomheden til ikke at efterkomme de pligter som følger af den lovpligtige kvalitetskontrol. Styrelsen har derfor truffet afgørelse om at fratage virksomheden godkendelsen som revisionsvirksomhed og har som følge heraf slettet virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

...

I klageskrivelsen af 2. oktober 2009 har registreret revisor K anført:

”Jeg skal hermed klage over fratagelsen af godkendelsen.

Jeg skrev en mail til sagsbehandler den 30.07.2009, hvor jeg gjorde opmærksom på, at min kontrollant først kunne lave eftersyn ultimo august. Jeg kan for øvrigt meddele, at jeg afleverede det sidste regnskab for 2008 den 24. juli. 2009 – det har været en hård tid på grund af min lange sygdom.

Jeg får så en svarmail, at sagsbehandleren er taget på ferie og først kommer hjem den 13. august.

Jeg sender så mailen videre jvf note i automatisk mail.

Jeg får så en mail den 04.08.2009 fra erhvervscenteret, at der ikke sker noget i sagen før sagsbehandler kommer hjem fra ferie.

Jeg har intet hørt siden denne mail før jeg modtager brev af 07.09.2009. Jeg har intet sat i gang, da jeg forventede svar fra sagsbehandler inden der skete yderligere i sagen.

Jeg skal derfor bede om en fair behandling og få en ny frist for at kunne få foretaget den kvalitetskontrol på et tidspunkt hvor kontrollanten også har tid. Jeg synes, at man glemmer, at det er menneskelige ressourcer, det drejer sig om.

...”

I førnævnte redegørelse af 11. januar 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Det følger af revisorlovens [Lov nr. 468 af 17. juni 2008] § 13, stk. 1, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen godkender som revisionsvirksomhed, enhver virksomhed, der bl.a. lader sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

En godkendt revisionsvirksomhed skal dermed overholde de pligter, der følger af revisorlovens § 29 og §§ 34-36, herunder de regler, der er udstedt med hjemmel heri. Revisionsvirksomheden skal således også efterleve de pligter, der er fastsat i bekendtgørelse om kvalitetskontrol og Revisortilsynets virksomhed [Den nu ophævede bekendtgørelse nr. 337 af 10. maj 2004, jf. revisorlovens § 57, stk. 4]. Herunder skal fristen for indsendelse af kvalitetskontrollantens erklæring i henhold til bekendtgørelsen ligeledes overholdes.

Det fremgår af revisorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol efter lovens § 29.

...

Styrelsens bemærkninger

Styrelsen har foretaget en gennemgang af sagen og har i den forbindelse følgende bemærkninger.

Revisortilsynet har i flere omgange udsat gennemførelsen af kvalitetskontrollen frem til 1. maj 2009. Herefter har styrelsen givet frist til 31. juli 2009, hvorefter der skulle foreligge en erklæring om resultatet af en gennemført kvalitetskontrol.

Styrelsen gav den 31. juli 2009 en sidste chance, hvorved A revisionsvirksomhed blev gjort opmærksom på, at styrelsen uden yderligere varsel ville fratage revisionsvirksomheden godkendelsen, hvis ikke erklæringen er modtaget den 14. august 2009.

Styrelsen svarede den 4. august 2009 på en mail afsendt af A revisionsvirksomhed den 30. juni 2009, efter modtagelse af autoreply. Det oplystes, at der ikke skete mere i sagen, før sagsbehandleren var tilbage fra ferie. Dette kan selvfølgelig virke forvirrende, hvilket styrelsen skal beklage. Det ændrer imidlertid ikke på, at klageren fra sagsbehandleren - på trods af dennes ferie - har fået besked om, at der ikke kan gives længere frist, og at styrelsen skal have erklæringen fra kvalitetskontrollanten senest den 14. august 2009.

Styrelsens konklusion

Klager har ikke godtgjort, at styrelsen eller Revisortilsynet har været medvirkende til, at den lovpligtige kvalitetskontrol ikke blev gennemført inden for den fastsatte tidsfrist.

Revisortilsynet og styrelsen har givet de fristforlængelser som rimeligvis kunne forlanges. Det er styrelsens vurdering, at A revisionsvirksomhed og registreret revisor K har haft fuldt tilstrækkelig tid til at finde en godkendt kvalitetskontrollant og få udført den lovpligtige kvalitetskontrol.

Lovpligtig kvalitetskontrol er af afgørende betydning for brugers tillid til revisorerklæringer. Denne tillid vil kunne svækkes, hvis revisorer kan blive ved med at søge udsættelse med kvalitetskontrollen uden dette får konsekvenser for revisorerne.

Klager har ikke på noget tidspunkt vist vilje til at efterkomme pligten til at gennemgå den lovpligtige kvalitetskontrol.
..."

I indlæg af 9. februar 2010 har registreret revisor K yderligere anført:

"... [Jeg] skal... hermed meddele, at jeg aldrig har modtaget mail af 31.07.2009 fra sagsbehandler.

Jeg vil bede ankenævnet tage hensyn til den mail, jeg har fået, at der ikke sker noget før efter ferien. Der er som det ses ikke sket noget efter ferien, før man sender et brev med bål og brand.

Som jeg har sagt før glemmer myndighederne, at det er mennesker, de arbejder med, ikke kun robotter, som man kan trykke på en knap, når de skal fungere.

Mit 2009 har som det ses været præget af sygdom, og det var først efter sommerferien og i løbet af efteråret, at jeg kom ovenpå igen.

Jeg vil derfor anmode om, at der bliver givet mulighed for en ny kvalitetskontrol med et rimeligt varsel, således at kontrollant og jeg har mulighed for at få passet vore kalendere sammen.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 19. februar 2010 heroverfor bemærket:

”Styrelsen skal oplyse at der ikke kan være tvivl om, at e-mailen af 31. juli 2009 er sendt. E-mailen er journaliseret og ses at være afsendt den 31. juli 2009 kl. 10.59.

Styrelsen skal endvidere fastholde sin afgørelse om at fratage A revisionsvirksomhed godkendelsen som godkendt revisionsvirksomhed, samt at K har fået de fristforlængelser som rimeligvis kan forlanges. Ks anmodning om yderlig fristforlængelse dagen før udløbet af den allerede givne frist kan kun ses som et yderligere forsøg på at forsinke gennemførelsen af den lovpligtige kvalitetskontrol, som skulle have fundet sted allerede i efteråret 2008. Det burde således have været åbenbart for K, at anmodningen var udsigtsløs jf. styrelsens brev af 24. juni 2009.

Endelig kan det oplyses, at K stadig ikke har foretaget sig noget i relation til at få truffet en aftale omkring udførsel af den lovpligtige kvalitetskontrol.”

Registreret revisor K har ved skrivelse af 8. marts 2010 yderligere anført:

”Argumentationen i modpartens sidste brev er under al kritik.

Modparten siger at jeg forsøger at række sagen i langdrag.

Som tidligere nævnt var jeg ukampdygtig i længere tid indtil lægerne fik stabiliseret en medicin, så jeg kunne komme i gang igen.

Opstartstiden varede noget længere end jeg havde håbet på, og ligeledes som sagt før afleverede jeg sidste regnskab for 2008 ultimo juli 2009.

Hvis modparten forventer, at jeg skal ulejlige en kontrollant på nuværende tidspunkt er det helt urimeligt.

Det er menneskelige ressourcer det drejer sig om og ikke en maskine, som modparten kan tænde og slukke efter deres behov.

Jeg synes, at det er helt logisk, at når der kører en sag, venter man med at kontakte en kontrollant indtil man kender resultatet af sagen.”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af revisorlovens § 29, at en revisionsvirksomhed og de heri beskæftigede revisorer har pligt til at underkaste sig kvalitetskontrol, og det fremgår af re-

visorlovens § 14, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fratage en revisionsvirksomhed godkendelsen, hvis denne nægter at lade sig undergive reglerne om kvalitetskontrol.

Efter det oplyste har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke modtaget erklæring om gennemført kvalitetskontrol, og A revisionsvirksomhed v/ K har uanset en række meddelte fristforlængelser fra Revisortilsynet og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke iværksat den lovpligtige kvalitetskontrol for 2008.

Efter sagens forløb tiltræder Erhvervsankenævnet derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har frataget A revisionsvirksomhed v/K godkendelsen som revisionsvirksomhed og straks har slettet virksomheden i registeret over godkendte revisionsvirksomheder.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. september 2009.

4.8. HVIDVASKLOVEN

27) Kendelse af 23. december 2010 (J. nr. 2010-0021377).

Påbud om overholdelse af en række pligter i henhold til hvidvaskloven tiltrådt.
Hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 12, samt § 34, stk. 1 og stk. 7.
(Elisabeth Stamer, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 4. marts 2010 har advokat A på vegne af K a.m.b.a. klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 5. februar 2010 har givet virksomheden påbud om overholdelse af en række pligter i henhold til hvidvasklovgivningen samt om fremsendelse af en redegørelse til tilsynet med oplysning om de af selskabet iværksatte foranstaltninger. Tilsynet meddelte endvidere, at tilsynet fandt overtrædelserne så alvorlige, at de nævnte forhold ville blive anmeldt til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 5. februar 2010 hedder det:

”Undersøgelse i henhold til hvidvaskloven

1 Baggrund

Finanstilsynet foretog ved besøg den 9. november 2009 inspektion hos K a.m.b.a. i henhold til § 34, stk. 2, i lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven).

Inspektionen havde til formål at undersøge, om selskabet overholder lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven), jf. lovbekendtgørelse nr. 806 af 6. august 2009, de regler, der er udstedt i medfør heraf, samt EU-forordninger indeholdende regler om finansielle sanktioner mod lande, personer, grupper, juridiske enheder, eller organer (i det følgende betegnet ”hvidvaskområdet”).

Indkaldelse til inspektionen var sket ved brev til selskabets bestyrelse og direktion af 3. september 2009.

I mødet den 9. november 2009 deltog fra K adm. Direktør B, advokat og bestyrelsesmedlem A og leder af kassefunktionen C. Fra Finanstilsynet deltog specialkonsulent D og fuldmægtig E.

Finanstilsynet har i forbindelse med undersøgelsen modtaget følgende materiale:

- Advokat A's brev af 14. september 2009 med redegørelse for selskabets procedurer
- Selskabets forretningsgang betegnet "Behandling af ansøgninger om kort"
- Selskabets forretningsgang betegnet "Behandling af ansøgning om lån"
- Finanstilsynets statusskema udfyldt af selskabet
- Liste over kunder oprettet af selskabet siden 1. juli 2008
- Præsentation af K a.m.b.a. (plancher dateret 9. november 2009)
- Advokat A's brev af 19. november 2009 med kopi af det ansøgningsskema, som en ansøger om optagelse som andelshaver skal udarbejde, og med redegørelse for de undersøgelser, som K skal foretage i forbindelse hermed.

Der henvises til nedenstående redegørelse og de heri indeholdte tilsynsreaktioner.

2 Finanstilsynets vurdering og konklusioner

2.1 Risikovurdering

K a.m.b.a. er en finansiel virksomhed, der udbyder kreditkort til forbrugere, og som indgår aftaler med forretninger på Vesterbro og det centrale Frederiksberg om indløsning af kortbetalinger. Selskabet har indtil ultimo november 2008 endvidere udbudt forbrugslån gennem datterselskabet F A/S, men denne aktivitet er midlertidigt indstillet. Datterselskabet har skiftet navn til G A/S og forestår herefter koncernens inkassovirksomhed.

Selskabet ejes af de forretninger, som selskabet har indgået indløsningsaftaler med. På undersøgelsestidspunktet var antallet af andelshavere 131. Udover kreditkortvirksomhed forestår selskabet en række markedsføringsaktiviteter.

Selskabet har oplyst, at alle kunder kommer til stede på selskabets kontor i forbindelse med kundeforholdets oprettelse, og at selskabet således ikke har fjernkunder. Kontoindbetalinger fra kunder sker normalt via girokort modtaget fra selskabet, men kunderne kan også indbetale kontant på selskabets kontor, hvilket dog efter det oplyste ikke sker særlig ofte.

Advokat A har i brev af 14. september 2009 oplyst, at det efter omstændighederne ikke er overvejende sandsynligt, at selskabet bliver brugt til hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme. Dette er begrundet i størrelsen af lånene og afdragsprofilerne.

Det er imidlertid Finanstilsynets opfattelse, at kreditkortvirksomhed grundlæggende indebærer risiko for hvidvask. Finanstilsynet skal i forbindelse hermed pege på risikoen for hvidvask af midler via kontoindbetalinger. Finanstilsynet må derfor forudsætte, at selskabets ledelse nøje vurderer disse risici og træffer de fornødne risikobegrænsende foranstaltninger, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 1.

Selskabets registreringspligt i henhold til hvidvaskloven § 34, stk. 2, indtrådte den 1. marts 2006. Denne registreringspligt blev skærpet fra 1. juni 2008, idet registrering fra denne dato blev gjort til en betingelse for at kunne drive virksomhed. Finanstilsynet modtog imidlertid først anmeldelse om registrering fra selskabet med brev af 1. oktober 2008.

På denne baggrund skal Finanstilsynet påtale, at selskabet har undladt at overholde sin forpligtelse til rettidigt at lade sig registrere hos Finanstilsynet, jf. hvidvasklovens § 34, stk. 2.

2.2 Hovedkonklusioner

Det er Finanstilsynets vurdering, at selskabet ikke overholder en række væsentlige bestemmelser i hvidvaskloven. Der er tale om følgende områder:

- Risikostyring og kontrol
- Interne regler, forretningsgange og procedurer, undervisningsprogram
- Overvågning af kundetransaktioner
- Undersøgelse af komplekse og usædvanlige kundetransaktioner
- Undersøgelse og indberetning af mistænkelige transaktioner til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet
- Regler om finansielle sanktioner.

Finanstilsynet skal anmode selskabet om senest den 15. marts 2010 at efterkomme de af tilsynet meddelte påbud og fremsende en redegørelse til tilsynet, der indeholder oplysning om de iværksatte foranstaltninger.

Finanstilsynet har fundet, at selskabets overtrædelser af hvidvasklovgivningen er så alvorlige, at de i rapporten nævnte forhold anmeldes til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

2.3 Tilsynsreaktioner

2.3.1 Risikostyring og ledelseskontrol

Det fremgår af hvidvasklovens § 25, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler om risikovurdering, risikostyring, intern kontrol og ledelseskontrol.

Det fremgår endvidere af hvidvasklovens § 25, stk. 2, at virksomheder og personer omfattet af § 1, stk. 1, nr. 1-12, skal udpege en person på ledelsesniveau, der skal sikre, at virksomheden eller personen overholder pligterne efter loven, de regler, der er udstedt i medfør heraf, og Europa-Parlamentets og Rådets forordninger indeholdende regler om finansielle sanktioner mod lande, personer, grupper, juridiske enheder eller organer.

Det blev på mødet oplyst, at selskabets risici på hvidvaskområdet ikke har været drøftet af bestyrelsen, og at der ikke i øvrigt foreligger en ana-

lyserapport eller skriftlig risikovurdering, der tager udgangspunkt i selskabets forhold. ”Oversigt over indikatorer på eventuel hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme” udarbejdet af Hvidvasksekretariatet under Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet var selskabet bekendt med, men selskabet mente ikke, at indholdet var relevant for dets aktivitetsområde.

Advokat A har i brev af 14. september 2009 oplyst, at der ikke er oprettet en decideret compliance funktion.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at udarbejde en fyldestgørende risikostyringspolitik på hvidvaskområdet, som omfatter risikovurdering, risikostyring og kontrolforanstaltninger, herunder ledelseskontrol, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 1. Denne risikostyringspolitik skal godkendes af selskabets bestyrelse.
- Finanstilsynet påbyder selskabet at udpege en person på ledelsesniveau, der skal sikre, at selskabet overholder regler på hvidvaskområdet, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 2.

2.3.2 Interne regler, forretningsgange og procedurer, undervisningsprogram

Det fremgår af hvidvasklovens § 25, stk. 1, at banken skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler med henblik på overholdelse af reglerne på hvidvaskområdet, og at selskabet skal gennemføre undervisningsprogrammer for medarbejdere.

De forretningsgange, som selskabet har forelagt Finanstilsynet, er yderst kortfattede (2 sider hver) og vedrører selskabets kreditvurderingsprocedurer. Forretningsgangene indeholder få regler om legitimation af fysiske personer, som kun til dels opfylder kravene i hvidvaskloven, mens andre af hvidvasklovens krav ikke er omtalt. Hvidvask og finansiering af terrorisme er slet ikke omtalt.

Finanstilsynet konkluderer derfor, at selskabet har undladt at udarbejde skriftlige interne regler som krævet.

Advokat A har i brev af 14. september 2009 oplyst, at der ikke er uddannelsesprogrammer for medarbejdere.

Det fremgår af hvidvasklovens § 27, stk. 1, at ikke alene virksomheder og personer omfattet af hvidvaskloven, men også ledelse og ansatte i disse virksomheder eller hos disse personer, har pligt til med visse undtagelser at hemmeligholde, at der er givet underretning efter § 7, eller at dette overvejes, eller at der er eller vil blive iværksat en undersøgelse af, om der er tale om hvidvask eller terrorfinansiering. Overtrædelse af denne pligt er strafbart, jf. § 37, stk. 1-2. Finanstilsynet finder anledning til at indskærpe, at selskabets medarbejdere bliver gjort opmærksomme på denne pligt, og at undladelse af at overholde pligten er strafpålagt, såvel i de interne regler som i undervisningen.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at udarbejde skriftlige interne regler om overholdelse af reglerne på hvidvaskområdet, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 1.
- Finanstilsynet påbyder selskabet at iværksætte fyldestgørende uddannelses- og instruktionsprogrammer for medarbejderne på hvidvaskområdet, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 1.

2.3.3 Legitimation af fysiske personer

Selskabet havde inden inspektionen fremsendt liste over fysiske kunder oprettet i perioden siden 1. juli 2008. Ud fra denne liste havde Finanstilsynet udvalgt en række kundeforhold til stikprøvevis gennemgang af dokumentation for opfyldelse af identifikations- og legitimationskrav. Dokumentationsmaterialet gav ikke anledning til bemærkninger.

2.3.4 Overvågning af kundetransaktioner og opmærksomhedspligt

Det fremgår af hvidvasklovens § 12, stk. 5, at kundeforholdet løbende skal overvåges. Transaktioner, der gennemføres som led i kundeforholdet, skal overvåges for at sikre, at transaktionerne er i overensstemmelse med virksomhedens viden om kunden og kundens forretnings- og risikoprofil, herunder om nødvendigt midlernes oprindelse. Dokumenter, data eller andre oplysninger om kunden skal løbende ajourføres.

Det fremgår endvidere af lovens § 6, stk. 1, at banken skal være opmærksom på kunders aktiviteter, som på grund af deres karakter særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme. Dette gælder især komplekse eller usædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden samt transaktioner, der har forbindelse til lande eller territorier, hvor der i henhold til erklæringer fra Financial Action Task Force anses at være en særlig risiko for hvidvask eller finansiering af terrorisme. Med hjemmel i § 6, stk. har Finanstilsynet udstedt bekendtgørelse nr. 722 af 6. juli 2009, som oplister de pågældende lande. Denne bekendtgørelse trådte i kraft den 15. juli 2009.

Finanstilsynet vurderer, at selskabet ikke har indført procedurer, der indebærer, at selskabet overholder sin pligt til at overvåge kundetransaktioner, jf. § 12, stk. 5, og sin opmærksomhedspligt, jf. § 6, stk. 1.

Advokat A har i brev af 14. september 2009 oplyst, at selskabet ikke har komplekse eller usædvanlig store transaktioner eller usædvanlige transaktionsmønstre i forhold til kunder.

Finanstilsynet finder imidlertid ikke, at selskabet har grundlag for en sådan påstand, når der ikke er indført procedurer for overvågning og opmærksomhedspligt. Efter Finanstilsynets opfattelse skal selskabet særlig være opmærksom på følgende:

- Tilbagebetaling af lån med ekstraordinært store afdrag

- Betydelig kontoomsætning, som ikke harmonerer med kundens kendte økonomiske forhold
 - Transaktionsbilledet indikerer, at kortet anvendes af tredjemand
 - Større kontantindbetalinger.
- Finanstilsynet påbyder selskabet at indføre procedurer, der sikrer, at selskabet løbende overvåger sine kundeforhold, jf. hvidvasklovens § 12, stk. 5, og at selskabet er opmærksomt på kundetransaktioner, jf. hvidvasklovens § 6, stk. 1.

2.3.5 Undersøgelse af komplekse og usædvanlige kundetransaktioner

Det fremgår af hvidvasklovens § 6, stk. 2, at formålet med de transaktioner, der er nævnt i § 6, stk.1, skal undersøges, og at resultaterne af en undersøgelse skal noteres og opbevares, jf. § 23.

Da selskabet ikke overvåger kundetransaktioner, jf. afsnit 2.3.4, og da selskabets interne regler ikke indeholder regler om undersøgelsespligt, konstaterer Finanstilsynet, at selskabet ikke overholder sine undersøgelsesforpligtelser, jf. hvidvasklovens § 6, stk. 2.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at indføre procedurer, der sikrer, at formålet med kundetransaktioner, der omfattes af hvidvasklovens § 6, stk. 1, undersøges, og at resultaterne af undersøgelser noteres og opbevares samlet, jf. hvidvasklovens § 6, stk. 2, jf. § 23.

2.3.6 Undersøgelse og indberetning af mistænkelige transaktioner til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

Det fremgår endvidere af hvidvasklovens § 7, stk. 1, at selskabet er forpligtet til at foretage nærmere undersøgelse, hvis der er mistanke om, at en kundes transaktion eller henvendelse har eller har haft tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme, og at selskabet er forpligtet til omgående at underrette Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, hvis der er mistanke om, at en kundes transaktion eller henvendelse har eller har haft tilknytning til lovovertrædelser, der kan straffes med fængsel i over 1 år, og denne mistanke ikke kan afkræftes.

Da selskabet ikke overvåger kundetransaktioner, jf. afsnit 2.3.4, og da selskabets interne regler ikke indeholder regler om undersøgelsespligt, konstaterer Finanstilsynet, at selskabet ikke overholder sine undersøgelses- og indberetningsforpligtelser, jf. hvidvasklovens § 7, stk. 1.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at indføre procedurer, der sikrer, at selskabet foretager nærmere undersøgelse, hvis der er mistanke om, at en kundes transaktion eller henvendelse har eller har haft tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme, og at selskabet er i stand til at opfylde sin underretningspligt til Statsadvokaten for særlig Økonomisk Kriminalitet, jf. hvidvasklovens § 7, stk. 1.

2.3.7 Regler om finansielle sanktioner

EU har udstedt en række forordninger, der indeholder krav om finansielle sanktioner mod henholdsvis enkeltpersoner, organisationer og lande, og manglende overholdelse af disse regler kan medføre straf i henhold til straffelovens § 100 c. Der henvises til Erhvervs- og Byggestyrelsens vejledning om finansielle sanktioner.

Selskabet forretningsgang indeholder ikke procedurer med henblik på overholdelse af EU-forordningerne.

- Finanstilsynet påbyder selskabet at indføre procedurer, der sikrer overholdelse af gældende EU forordninger om finansielle sanktioner, og at indføje beskrivelse heraf i forretningsgangen.
...”

Advokat A har på vegne af K a.m.b.a. ved skrivelse af 4. marts 2010 klaget over afgørelsen, og har ved endelig klageskrivelse af 3. maj 2010 anført:

”...

SAGSFREMSTILLING:

K a.m.b.a. er en finansiel virksomhed, der yder usikrede forbrugslån og udsteder kontokort til brug for køb af varer i forretninger, der er tilknyttet K.

K blev stiftet i 1957 af en række detailhandlere på Vesterbro som en kontoring for at drive konto- og kontokortsystem. K er p.t. ejet af ca. 130 forretninger beliggende på Vesterbro og på Frederiksberg.

I 1989 blev datterselskabet F A/S stiftet med henblik på at udbyde usikrede forbrugslån. F har ikke udbudt forbrugslån siden december 2008 og har nu ændret navn til G A/S og forestår inkassovirksomhed på K a.m.b.a. afskrevne fordringer.

De forbrugslån, som F udlånte havde et maksimum på 40.000 kr. og et minimum på 5.000 kr. Det gennemsnitlige udlån var i 2008 18.413,18 kr. fordelt på 4.310 kunder.

Udbetaling af de pågældende lån skete ved, at der blev udstedt en crosset check til K's kunder. Den crossede check kunne således alene udbetales i en bank, hvor K's kunde var kunde. Sædvanligvis blev der alene udbetalt et enkelt lån, med mindre kunden havde fået lån under maksimum og ønskede dette forhøjet.

K har aldrig modtaget indlån, men alene afdrag.

Bortset fra de forretninger, der ejer K og som drives i selskabsform, ydes der alene lån eller gives kontokort til privatkunder. K har således stort set ingen selskaber som kunder.

Den gennemsnitlige størrelse på kontokortene er 9.095 kr., således at dette er maksimum for, hvor store beløb en kunde samlet kan købe for i de enkelte K forretninger.

K ydede alene lån og udsteder kontokort til personer bosat i Danmark og med dansk folkeregisteradresse. K ydede alene lån og udsteder alene kontokort til personer, der har en vis væsentlig tilknytning til Danmark, idet manglende tilknytning til Danmark er en indikation af, at det vil være vanskeligt at opkræve udestående krav fra sådanne kunder. Samtlige K's kunder er således enten danske statsborgere eller har opholdstilladelse.

K havde i seneste regnskabsår (2008/09) i alt 24 antal heltidsansatte, hvoraf 5 alene var ansat i inkassofunktionen.

JURIDISK VURDERING:

Finanstilsynet har under overskriften "Hovedkonklusioner" vurderet, at K ikke overholder en række væsentlige bestemmelser i hvidvaskloven:

- Risikostyring og kontrol.
- Interne regler, forretningsgange og procedurer, undervisningsprogram
- Overvågning af kundetransaktioner.
- Undersøgelse af komplekse og usædvanlige kundetransaktioner.
- Undersøgelse og indberetninger af mistænkelige transaktioner til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.
- Regler om finansielle sanktioner.

Da Finanstilsynets begrundelser i et vist omfang er de samme for samtlige punkter, skal jeg hermed behandle det hele under ét:

I henhold til Hvidvasklovens § 25 er de af loven omfattede virksomheder og personer forpligtet til at udarbejde tilstrækkelige (min fremhævnings) skriftlige interne regler om kundelegitimation, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelses- og instruktionsprogrammer for medarbejdere for, at forebygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering (min fremhævnings).

Af kommentaren til Hvidvaskloven af Ulla Høg og Kim Busck-Nielsen, side 220 fremgår, at: "De interne regler skal være "tilstrækkelige". For visse typer virksomheder vil der være tale om lavrisiko-kunder eller lavrisiko-produkter, hvor kravene kan vurderes ud fra en risikobaseret synsvinkel. Kravene til skriftlige interne regler vil også afhænge af virksomhedens størrelse."

Det er K's vurdering, at Finanstilsynet ikke har foretaget en sådan vurdering, idet Finanstilsynet, hvilket også fremgår af det skema, som Finanstilsynet fremsender inden et besøg hos en virksomhed, tager udgangs-

punkt i større og meget komplekse finansielle virksomheder og ikke blot i, at K er en lille kontoring med begrænset antal tilknyttede forretninger, begrænset antal kunder og begrænset geografisk anvendelsesområde.

Det er ubestridt fra Finanstilsynets side, at K lever op til lovens regler om legitimation, jfr. Lov om hvidvask § 12.

Som anført ovenfor er formålet med loven at ”forebygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering”.

Det gøres fra K's side gældende, at K's produkter er sådanne lavrisiko-produkter og K's kunder er sådanne lavrisiko-kunder, at opfyldelsen af forpligtelsen til at få tilstrækkelig legitimation fra kunderne i sig selv er tilstrækkelig til at forebygge og forhindre hvidvask af penge og terrorfinansiering.

For så vidt angår lånene henvises til, at de gennemsnitlige lån var under 19.000 kr. Det vil være at skyde gråspurve med kanoner at hævde, at ydelse af lån i denne i denne størrelsesorden skulle kunne bevirke hvidvask af penge eller terrorfinansiering.

Tilsvarende er udstedelse af kontokort, hvor der alene kan handles i K's ca. 130 forretninger (hvoraf en del for eksempel er frisørsaloner, caféer m.v.) og hvor det enkelte kort alene udstedes til danske statsborgere og alene kan anvendes på det meget begrænsede geografiske område ikke på nogen måde fremmede for hvidvask af penge eller terrorfinansiering.

Jeg skal her kort gennemgå de enkelte punkter i Finanstilsynets afgørelse.

2.3.1. Risikostyring og ledelseskontrol

Finanstilsynet har i afgørelsen påbudt K at udpege en person fra ledelsen, der skal sikre, at selskabet overholder reglerne på hvidvaskområdet. Finanstilsynet synes her at have undladt at tage hensyn til den oplysning, der fremkom under mødet, at administrerende direktør B er den person fra ledelsen, der sikrer, at selskabet overholder reglerne på hvidvaskområdet.

I relation til instruktion af ansatte fremgår det af den kommenterede hvidvasklov side 221, at ”En række omfattede virksomheder vil være enkeltmandsvirksomheder eller mindre virksomheder, hvor en anden form for orientering af de ansatte passer mere naturligt ind i virksomhedsstrukturen.” Det fremgår videre, at der ikke er specielle krav til, hvorledes instruktion af de ansatte skal sikres.

K's medarbejdere i kassen er opmærksomme på, at K er omfattet af Lov om hvidvask af penge, hvorfor instruktionen er opfyldt.

2.3.2. Interne regler, forretningsgang og procedurer, undervisningsprogram.

Under denne overskrift har Finanstilsynet påbudt K at udarbejde skriftlige interne regler om overholdelse af reglen på hvidvask området. Det er

K's opfattelse, at K har udarbejdet sådanne, idet K har udarbejdet 2 forretningsgange. Finanstilsynets anke er tilsyneladende, at disse forretningsgange ikke indeholder ordene hvidvask eller terrorfinansiering. Det er K's påstand, at der ikke i loven er et krav om, at disse ord er indeholdt i forretningsgangen, når blot forretningsgangen i øvrigt sikrer, at virksomheden lever op til lovens krav.

I den forbindelse har Tilsynet anført, at K ikke har anført, at der er tavshedspligt. Som anført ovenfor er den administrerende direktør opmærksom herpå, og vil naturligvis i givet fald orientere medarbejderne herom, såfremt der bliver iværksat en nærmere undersøgelse. Den blotte undladelse af, at det er indskrevet i en forretningsgang, er efter K's opfattelse ikke en overtrædelse af Lov om hvidvaskning af penge, § 25.

I relation til uddannelse og instruktionsprogrammer anfører Finanstilsynet, at K skal "iværksætte fyldestgørende" programmer. Igen er det K's påstand, at der skal være proportionalitet mellem de produkter, som K udbyder og lovens regler om uddannelse m.v. Medarbejderne er bekendt med Lov om hvidvaskning af penge, men henset til K's produkter, skal der naturligvis ikke være samme krav om uddannelse, som der for eksempel skal være i et pengeinstitut. De krav, der skal stilles til personalet, skal være af en sådan art, at K lever op til lovens intention: At forebygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering. Der kan ikke fra Finanstilsynets side stilles krav herudover.

I relation til spørgsmålet om skriftlige interne regler bemærkes, at det efter K's opfattelse ikke er nødvendig med skriftlige interne regler, der direkte omtaler ordene "hvidvask og terrorfinansiering", så længe medarbejderne dog er bekendt med, at K er omfattet af loven. De skriftlige interne regler gælder alene kundelegitimation og igen under den overordnede overskrift, at bestemmelserne skal være "tilstrækkelige til at forebygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering".

2.3.4. Overvågning af kundetransaktioner og opmærksomhedspligt

I pkt. 218 i Finanstilsynets vejledning er om overvågning anført, at "Kundeforhold skal løbende overvåges. Formålet med denne løbende overvågning er at sikre, at transaktionerne er i overensstemmelse med virksomhedens viden om kunden og kundens forretnings- og risikoprofil."

Det kræves, at dokumenter og data eller andre oplysninger om kunden løbende ajourføres.

Indledningsvis bemærkes, at K løbende ajourfører dokumenter, data og andre oplysninger om kunden.

Det fremgår af den kommenterede hvidvasklov, side 157, at den løbende overvågning skal baseres på en risikovurdering, og at det er op til virksomheden at vurdere, i hvilket omfang, der behov for at foretage løbende overvågning af kunden i forhold til den viden, virksomheden har om kunden.

Det er K's vurdering, at der ikke er behov for løbende overvågning af hver eneste transaktion, men alene usædvanlige transaktioner. En usædvanlig transaktion vil for eksempel være, at en kunde indbetaler så store beløb, at kunden pludselig er kreditor. Sådanne transaktioner vil blive fanget af overvågningen. Tilsvarende vil K blive gjort opmærksom på, såfremt en kunde indfrier et lån. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at der intet usædvanligt er ved en totalindfrielse af et lån, idet mange banker rådgiver deres kunder til at indfri lån af samme type, som K's lån, idet sådanne lån typisk rentemæssigt ligger højere end et banklån.

Indbetaling af store beløb eller indfrielse af et lån opdages manuelt.

Det er K's opfattelse, at kravet om overvågning igen skal ses i lyset af den virksomhed, som K driver. Når det således i den kommenterede hvidvask, side 158 anføres, "Den generelle opmærksomhedspligt i § 6 stk. 1 monitorering, der fanger pengestrømme, betalingsmønstre og investering m.v, på grundlag af forskellige indikatorer, der er indlagt i systemet, for eksempel omsætning i forskellige valutaer og branchekoder", så giver sådanne vejledninger ingen relevans set i forhold til den virksomhed, som K driver.

K kan derimod tilslutte sig næste afsnit, hvor det hedder, at den løbende overvågning forudsætter typisk, at kunderne er inddelt i risiko-klasser (kunde profiler), hvor den løbende overvågning især vil rette sig mod højrisikokunder. K har ikke sådanne højrisikokunder.

I relation til spørgsmålet om risikovurdering skal henvises til den kommenterede hvidvasklov side 159, hvor det hedder: "Anvendelse af lempeligere krav til kundekendskabet må afgøres konkret i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering ved den enkelte kunde, eller de produkter eller ydelser, der leveres til kunden."

Som anført ovenfor har K ubestridt set nødvendig legitimation på sine kunder og legitimationsproceduren indebærer således ikke usikkerhedsmomenter. Da K ej heller har udenlandske kunder eller virksomheder med komplicerede koncernstrukturer, da er K's lavrisikovurdering ikke i strid med pkt. 188 i Finanstilsynets vejledning.

Af Finanstilsynets afgørelse af 5. februar 2010 pkt. 2. 3. 4 fremgår, at K i henhold til lovens § 6 stk. 1 skal være opmærksomme på kunders aktiviteter, som på grund af deres karakter, særlig menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme. Finanstilsynet anfører videre, at dette gælder især komplekse eller usædvanlig store transaktioner, og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden samt transaktioner, der har forbindelse til lande eller territorier, hvor der i henhold til erklæring fra Finansial Action Task Force anses at være særlig risiko for hvidvaskning eller finansiering af terrorisme.

Finanstilsynet anfører, at de vurderer, at K ikke har indført procedurer, der indebærer, at K overholder sin pligt i overensstemmelse det ovenfor anførte.

Det savner mening at anføre, at K ikke har opfyldt denne bestemmelse, idet K ikke har ”komplekse eller usædvanlig store transaktioner” eller ”usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden” eller ”transaktioner, der har forbindelse til lande eller territorier, hvor der i henhold til erklæring fra Financial Action Task Force anses for at være særlig risiko for hvidvask eller finansiering af terrorisme.”

At dette også må være åbenbart for Finanstilsynet fremgår af, at Finanstilsynet i det pågældende afsnit har henvist til K som en bank, hvilket K jo naturligvis ikke er.

Udbetaling af et lån på ca. 19.000 kr. er hverken en kompleks eller usædvanlig stor transaktion. Ligeledes er det ikke et usædvanligt transaktionsmønster og har ingen forbindelse til de lande, der er omfattet af erklæringerne, idet K, jfr. ovenfor, alene har kunder med tilknytning til Danmark.

Tilsvarende giver det ingen mening at anføre, at K's udstedelse af et kontokort til kunder bosiddende i Danmark og til brug for et snævert antal forretninger og indenfor et begrænset område skulle være omfattet af § 6 stk. 1.

Finanstilsynet har som begrundelse for, at K ikke skulle overholde pligten anført, at K ikke er opmærksom på følgende forhold:

1. Tilbagebetaling af lån eller ekstraordinære store afdrag. Som anført ovenfor er det gennemsnitlige lån på 18.000 kr. Der kan derfor efter K's opfattelse ikke være tale om ekstraordinære store afdrag. En indfrielse af et lån vil blive opdaget manuelt.
2. Betydelig kontoomsætning som ikke harmonerer med kundens kendte økonomiske forhold. Det gennemsnitlige kort er på 9.095 kr., således at kunden kan handle for dette beløb. Det er K's opfattelse, at der ikke med kontokort på denne størrelsesorden kan være betydelig kontoomsætning, som ikke harmonerer med kundens kendte økonomiske forhold.
3. Transaktionsbilledet indikerer, at kortet anvendes af tredjemand. K's kort er omfattet af lov om betalingstjenester og K har udtrykkelig overfor kunderne gjort opmærksom på, at kortet alene kan anvendes af den person, som kortet er udstedt til. For at kunne anvende kortet skal kunden anvende en pinkode. Hvis systemet er nede, skal der anvendes en såkaldt fluesmækker-løsning, hvor forretningen har pligt til at påse, at underskrift på kort og underskrift på fluesmækker-løsningen er ens. Det er således K's vurdering, at kortet som udgangspunkt ikke kan anvendes af tredjemand. Hvis Finanstilsynets holdning til, at alene den mulighed, at et kort kan anvendes af tredjemand skulle indebære, at der var risiko for hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme, da skulle dette indebære, at bankerne skulle holde øje med, at Dankortet ikke blev anvendt af tredjemand og sikre sig herimod. Dette kan naturligvis ikke være meningen. Under alle omstændigheder er det gennemsnitlige kort på 9.095 kr., således at

selv om tredjemand måtte kunne købe på kortet, da kan et sådant køb ikke på nogen måde antages at bevirke hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme.

4. Større kontant indbetalinger.

Kassererne er gjort bekendt med, at de skal være opmærksomme på større kontantindbetalinger. Det bemærkes i den forbindelse, at det er overordentlig sjældent, at der foretages kontant indbetalinger til K – end sige større kontant indbetalinger. Hvis det desuagtet måtte ske, da vil den administrerende direktør blive gjort opmærksom herpå og kan herefter tage stilling til det videre forløb.

2.3.5. Undersøgelse af komplekse og usædvanlige kundetransaktioner.

Hvidvaskloven opererer selv med et beløb på 100.000 kr. ved kontant betalinger, jfr. § 2 samt § 14. K har hverken ydet lån eller udstedt kontokort med et maksimum på 100.000 kr. eller tilnærmelsesvis i nærheden af dette beløb. Loven opererer således selv med minimumsbeløb og hele handlepligten for virksomheder omfattet af loven må og skal ses i dette lys.

I Hvidvasksekretariatets årsberetning for år 2008 er som bilag 3 udarbejdet en 9 sider lang vejledning med indikatorer på eventuel hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme. Det fremgår af Hvidvasksekretariatets indledning, at de indikatorer, der nævnes, især er tænkt som hjælp til de personer og virksomheder, der er omfattet af hvidvaskloven, og som har pligt til at underrette Hvidvasksekretariatet hos Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, hvis de får mistanke om hvidvask eller finansiering af terrorisme.

En gennemgang af indikatorerne viser, at ingen af de pågældende indikatorer er relevante for de kunder, som K ydede lån til eller udsteder et kontokort til.

Som anført ovenfor ser K altid legitimation på kunderne og får dermed de nødvendige informationer herom.

Da K ikke modtager indlån, er der ikke tale om transaktioner konti imellem eller pengeoverførsler eller forsendelser til udlandet eller mistænkelige personer i øvrigt.

Afsnittet om betalingsmønster, varehandel og regnskaber er ligeledes irrelevant, ligesom afsnittene om ejendomshandel, børshandel, rådgivning, stiftelse, køb eller administration af juridiske personer, forsikring samt indsamling er.

K modtager afdrag på lån eller indbetaling på kontokortet, men det gennemsnitlige afdrag på et lån udgør 825 kr. pr. måned og på et kort 510 kr. Hvis sådanne transaktioner skulle undersøges, ville det betyde, at hver eneste transaktion i en bank skulle undersøges, da i så fald alle transaktioner teoretisk kan være mistænkelige. Dette har aldrig været meningen

med Lov om hvidvaskning af penge, idet dette ville umuliggøre det finansielle og økonomiske samfund, som Danmark er.

2.3.6. Undersøgelse og indberetning af mistænkelige transaktioner

Som tidligere anført, er den administrerende direktør opmærksom på, at K er omfattet af loven, og at der er indberetningspligt. Den administrerende direktør er endvidere bekendt med, at der er tavshedspligt.

K forstår derfor ikke Finanstilsynets påbud i anledning heraf.

2.3.7. Regler om finansielle sanktioner

Endelig har Finanstilsynet påbudt K at indføre procedurer, der sikrer, at K overholder gældende EU forordninger om finansielle transaktioner og indføje beskrivelser heraf i forretningsgangen.

Igen savner det efter K's opfattelse mening at påbyde dette, da K ikke har kunder fra de pågældende lande eller i øvrigt har samarbejde med det pågældende lande.

Af Udenrigsministeriets definition af finansielle sanktioner fremgår, at "Der kan blandt andet være tale om handelsrestriktioner, våbenembarkoer, begrænsning af visum-udstedelse og indefrysning af økonomiske midler. Disse foranstaltninger sammenfattes normalt under den overordnede betegnelse sanktioner."

Som bilag ... vedlægges Rådets fælles holdning og Aktuelle Sanktioner vedtaget i FN og EU. K har ingen kontakt med de personer, der fremgår af bilag 1 til Rådets fælles holdning eller de lande, der fremgår af bilag 3.

Det er K's påstand, at Finanstilsynet alene kan nedlægge påbud, såfremt et påbud er relevant for den forretning, der drives. Finansielle transaktioner er ikke relevante for K, når K ikke driver eller har kundeforhold med personer, der er bosiddende i de lande, der er omfattet af EU finansielle sanktioner.

...

Da K havde besøg af Finanstilsynet, meddelte Finanstilsynet, at de ville fremsende en rapport i udkast, som K herefter havde mulighed for at tage stilling til. Dette skete desværre ikke. Det havde været ønskeligt, såfremt dette var sket, da der i givet fald kunne være udryddet en del misforståelser.

Sammenfattende er det K's påstand,

at de af Finanstilsynet nedlagte påbud væsentlig overskrider de muligheder, som Lov om hvidvask giver Finanstilsynet hjemmel til at påbyde,

at påstandene er uden proportionalitet i forhold til den virksomhed, som K udøver,

at det ligger implicit i loven, at Finanstilsynet skal behandle forskellige virksomheder forskelligt, således at Finanstilsynet ikke blot kan lægge

de regler, der måtte gælde for pengeinstitutter til grund også for eksempel kontoringe,

at Erhvervsankenævnet skyder gråspurve med kanoner, såfremt Finanstilsynets påbud bliver fastholdt af Erhvervsankenævnet,

at hovedparten af påbuddene savner mening, idet K's virksomhed ikke er af en sådan art, at påbuddene er relevante eller, at K driver virksomhed sådanne steder, hvor påbuddene er relevante."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 14. juni 2010 udtalt:

"...

2. Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet skal indledningsvis henvise til undersøgelsesrapport af 5. februar 2010 Finanstilsynet fastholder konklusioner og tilsynsreaktioner i rapporten.

Finanstilsynets risikovurdering

Finanstilsynet har i sin undersøgelsesrapport udarbejdet en risikovurdering af K.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at låne- og kreditkortvirksomhed grundlæggende indebærer risiko for hvidvask.

Hvidvask kan hos en låne- og kreditkortvirksomhed eksempelvis forekomme ved følgende situationer:

- Tilbagebetaling af lån med ekstraordinært store afdrag.
- Indfrielse af lån hurtig efter optagelse lånet, eventuelt kontant.
- Betydelig kontoomsætning, dvs. antal/størrelse af indbetalinger.
- Større kontantindbetalinger.

K oplyser, at de gennemsnitlige lån er på under 19.000 kr. samt at K's kontokort alene kan anvendes i ca. 130 forretninger (hvoraf en del for eksempel er frisører, cafeer m.v.). K mener på denne baggrund ikke, at K kan anvendes til hvidvask eller terrorfinansiering.

Dette er Finanstilsynet uenigt i. Det er tilsynets opfattelse, at optagelse af mindre lån og kreditter også kan anvendes til hvidvask af udbytte fra en kriminel handling. Desuden bemærkes, at K yder lån op til 40.000 kr. og udsteder kreditkort med maksimum på op til 50.000 kr. Selskabets forbrugslån er ikke tilknyttet særlige forretninger.

Da K kortet kan anvendes i mange forskellige forretninger på Vesterbro og Frederiksberg, kan hvidvask eksempelvis ske ved at anvende K kortet i det daglige forbrug (indkøb af tøj, cafebesøg, frisør, isenkram, samt mad og vin), i det omfang de midler, som anvendes ved indbetalinger til kundens konto, hidrører fra kriminalitet.

Finanstilsynets statusskema

Finanstilsynet anmodede i indkaldelsesbrev af 2. september 2009 K om at udfylde statusskema og indsende dette til Finanstilsynet inden undersøgelsen.

Statusskemaet er et spørgeskema udarbejdet af Finanstilsynet, hvor selskabet selv vurderer dens opfyldelse af krav i henhold til hvidvaskloven og regler i relation hertil.

K's besvarelse af statusskemaet er vedlagt ... Det følger blandt andet af statusskemaet, at K vurderer at:

- have udarbejdet skriftlige forretningsgange på hvidvaskområdet (spørgsmål 1.1),
- have uddannelses og instruktionsprogrammer på hvidvaskområdet for medarbejdere (spørgsmål 1.2)
- have procedurer for, hvordan medarbejdere skal forholde sig ved mistanke (spørgsmål 1.3)
- overvåge deres kunder løbende (spørgsmål 7.1)
- have fastsat principper for eventuel risikovurdering ved legitimationsproceduren (spørgsmål 9.1).

Det er Finanstilsynet opfattelse, at K har givet ukorrekte oplysninger, hvilket Finanstilsynet ser som en skærpende omstændighed.

Det skal bemærkes, at K inden modtagelsen af statusskemaet i brev af 12. september 2009 meddelte Finanstilsynet, at selskabet ikke havde uddannelsesprogrammer.

Finanstilsynet har følgende konkrete bemærkninger til afsnittet "Juridisk vurdering" i K's svarskrift:

Til indledningen

K henviser til, at hvidvasklovens krav i § 25 om tilstrækkelige interne regler skal vurderes ud fra en risikobaseret synsvinkel. K's interne regler er vedlagt

Finanstilsynet er enig i, at udarbejdelsen af forretningsgange kan ske ud fra en risikobaseret synsvinkel, såfremt der med dette menes, at detaljeringniveauet i de skriftlige interne regler kan variere fra virksomhed til virksomhed afhængig af risikoen for hvidvask og finansiering af terrorisme. K kan imidlertid ikke undlade at udarbejde forretningsgange på områder omfattet af § 25.

Det er Finanstilsynets vurdering, at K ikke i de skriftlige interne regler har foretaget en risikovurdering af virksomheden, som understøtter K's argument om, at virksomheden ud fra en risikovurdering har tilstrækkelige forretningsgange.

Der er korrekt, at Finanstilsynet i undersøgelsesrapporten ikke havde bemærkninger til gennemgangen af de stikprøver for dokumentation for opfyldelse af identifikations- og legitimationskrav, som Finanstilsynet foretog på inspektionen. Det skal dog præciseres, at Finanstilsynet ikke,

som gjort gældende af K, har tilkendegivet, at virksomheden lever op til lovens regler om legitimation.

K gør gældende, at virksomhedens opfyldelse af legitimationskravet er tilstrækkelig til at forebygge og forhindre hvidvask af penge og terrorfinansiering, idet virksomhedens produkter er lavrisiko-produkter og K's kunder er lavrisikokunder.

Finanstilsynet tager dette argument som udtryk for, at K ikke mener, at selskabet skal foretage sig yderligere for at efterleve de øvrige krav i hvidvaskloven. Hvidvaskloven indeholder ikke hjemmel til, at virksomheder omfattet af loven ud fra en risikovurdering kan undlade at efterleve lovens krav med undtagelse af § 12 om identifikation og legitimation.

Det er desuden Finanstilsynets vurdering, at loven skal læses som en helhed og der er sammenhæng mellem kravene i lovens bestemmelser. Formålet med opmærksomhedspligten og den løbende overvågning af kundens transaktioner er at opdage mistænkelige transaktioner, som undersøges og holdes op mod kendskabet til kunden. Kan mistanke ikke afkræftes ved en nærmere undersøgelse, skal sagen indberettes til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet.

Derudover har kravene om skriftlige interne regler og undervisningsprogrammer til formål at orientere selskabets medarbejdere om lovens regler, således at virksomheden kan efterleve lovens krav, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 4, jf. stk. 1.

Vedrørende risikovurdering af kunder og produkter, se ovenfor.

Til 2.3.1. Risikostyring og ledelseskontrol

Det fremgår af klageskriftet, at K under inspektionen oplyste, at administrerende direktør B er udpeget til hvidvaskansvarlig, jf. lovens § 25, stk. 2. Denne oplysning følger ikke af K's forretningsgang, ligesom K ikke har dokumenteret, at selskabets medarbejdere er orienteret om, at K har en hvidvaskansvarlig, og hvem denne er.

Med hensyn til undervisningsprogrammer skal Finanstilsynet, som det fremgår af undersøgelsesrapporten, fremhæve, at advokat A i brev af 14. september 2009 har oplyst, at K ikke har uddannelsesprogrammer for medarbejderne,

K har ikke dokumenteret, at selskabets medarbejdere har modtaget undervisning i lovens regler og har kendskab til lovens indhold.

Til 2.3.2 Interne regler, forretningsgange og procedure, undervisningsprogram

K henviser til, at Finanstilsynets påbud om forretningsgange reelt kun vedrører det forhold, at selskabets forretningsgange ikke indeholder ordene "hvidvask" eller "terrorfinansiering". Derudover bemærker selskabet i et senere afsnit, at det ikke er nødvendigt med skriftlige interne regler, der direkte omtaler ordene "hvidvask" og "terrorfinansiering", så

længe medarbejderne er bekendt med, at selskabet er omfattet af hvidvaskloven.

Finanstilsynet er ikke enig heri. K's forretningsgange omhandler reelt selskabets kreditvurderingsprocedurer, og kravene i hvidvaskloven er således ikke indarbejdet. K's forretningsgange er derfor helt utilstrækkelige og lever ikke op til kravene i hvidvasklovens § 25, stk. 1.

Finanstilsynet henviser herudover til lovens § 25, stk. 4, hvoraf der stilles krav om, at de af lovens omfattede virksomheder skal sikre, at deres ansatte er bekendt med de pligter, som fremgår af hvidvaskloven. Det er ikke tilstrækkeligt, at medarbejderne er bekendt med, at virksomheden er omfattet af loven.

Det er efter Finanstilsynets vurdering væsentligt, at forretningsgangene definerer både hvidvask og terrorfinansiering, da klarlægelse af disse begreber er nødvendig for forståelsen af hvidvaskloven.

K gør gældende, at den administrerende direktør vil gøre medarbejderne opmærksomme på lovens krav om tavhedspligt i § 27, såfremt selskabets iværksætter en nærmere undersøgelse. Dette er imidlertid utilstrækkeligt, idet medarbejderne ved ansættelsen skal være orienteret om kravet om tavhedspligt, jf. lovens § 25, stk. 4. Det bemærkes, at den enkelte medarbejder kan straffes for overtrædelse af hvidvasklovens bestemmelse om tavhedspligt i § 27, jf. lovens § 37, stk. 1.

K gør med hensyn til uddannelsesprogrammer gældende, at der skal være proportionalitet mellem de produkter, som selskabet udbyder, og lovens regler om uddannelse mv.

Finanstilsynet er enig heri, og tager også højde for dette under sine hvidvaskinspektioner. Der henvises igen til bilag ..., hvor K oplyser, at selskabet ikke har uddannelsesprogrammer.

2.3.4. Overvågning af kundetransaktioner og opmærksomhedspligt

Finanstilsynet henviser til pkt. 2.3.4 i undersøgelsesrapporten og har desuden følgende bemærkninger:

Det skal indledningsvis præciseres, at loven indeholder flere krav om overvågning. Lovens § 12, stk. 5, om løbende overvågning og § 6 om opmærksomhedspligten. Nedenfor er kravene behandlet enkeltvis.

Den løbende overvågning

Kravet om den løbende overvågning gælder for faste kunder og skal opfyldes fra etableringen af kundeforholdet. Transaktioner, der gennemføres som led i kundeforholdet, skal overvåges for at sikre, at transaktionerne er i overensstemmelse med virksomhedens viden om kunden og kundens forretnings- og risikoprofil, herunder om nødvendigt midlernes oprindelse. Dokumenter, data eller andre oplysninger om kunden skal løbende ajourføres (§12, stk. 5).

Det betyder, at virksomheden løbende skal overvåge, om der forekommer usædvanlige transaktioner m.v. på kundens konti, set i forhold til den viden, som virksomheden har om kunden.

Omfanget af den løbende overvågning af faste kunder kan fastsættes ud fra en risikovurdering, som dog aldrig kan føre til, at overvågning udelukkes. Overvågningen kan tage udgangspunkt i de indikatorer, som er nævnt foran side 2 under Finanstilsynets risikovurdering.

K har ikke dokumenteret, at der foretages nogen form for løbende overvågning af kunderne.

Opmærksomhedspligten

Virksomheder har pligt til generelt at være opmærksomme på kunders aktiviteter, som på grund af deres særlige karakter menes at kunne have tilknytning til hvidvask eller finansiering af terrorisme, jf. hvidvasklovens § 6, stk. 1. Dette gælder især komplekse og usædvanlig store transaktioner og alle usædvanlige transaktionsmønstre set i forhold til kunden.

Opmærksomhedspligten er en adfærdsnorm, som alle relevante medarbejderne i virksomheden skal udvise i deres generelle arbejde, og som indtræder før den konkrete mistanke om hvidvask eller terrorfinansiering.

Opmærksomhedspligten knytter sig til kundens transaktioner eller kundens generelle adfærd.

Opmærksomhedspligten iagttages efter objektive kriterier/indikatorer også kaldet ”red flags”. Eksempler på hvidvasks og terrorfinansieringsindikatorer, kan findes i ”Indikatorer på eventuel hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme”, der er udarbejdet af Hvidvasksekretariatet,

Det overordnede formål med opmærksomhedspligten er at opdage flest mulige aktiviteter, som har tilknytning til hvidvask og terrorisme. Opmærksomhedspligten, som iagttages ud fra objektive krav, supplerer den løbende overvågning, som sker ud fra virksomhedens kendskab til kunden.

I de tilfælde, hvor virksomheden finder, at en kundes aktivitet på grund af dens særlige karakter kan have tilknytning til hvidvask- og terrorfinansiering, kan virksomhedens viden om kunden få betydning for, om der i den konkrete sag er mistanke om hvidvask.

Hvorvidt der er tale om en mistanke, skal i den konkrete situation base-res på vurderinger af transaktionernes karakter og forskellighed fra normale kundetransaktioner, fortielser og andre særegne og atypiske forhold hos kunden, der samlet leder opmærksomheden hen på et eventuelt forsøg på tilsløring af et udbytte.

Alle virksomheder omfattet af hvidvaskloven skal efterleve opmærksomhedspligten i § 6.

K gør gældende, at virksomhedens kunder ikke har komplekse eller usædvanlige transaktioner og henviser desuden til, at udbetaling af et lån på ca. 19.000 kr. ikke er en usædvanlig stor transaktion.

Finanstilsynet er ikke enig heri, da vurderingen af, om der er tale om en usædvanlig stor transaktion, i sidste ende hænger sammen med kendskabet til kunden og skal ses forholdsmæssigt i forhold til kundens økonomi. Desuden forekommer det udsædvanlige transaktionsmønstre ofte ved tilbagebetalingen af lånet, se eksempler under afsnittet om "Finanstilsynets risikovurdering".

Derudover skal nævnes, at K yder lån op til 40.000 kr. og udsteder kreditkort med maksimum på op til 50.000 kr.

Finanstilsynet har i undersøgelsesrapporten vurderet, at K's kort kan misbruges af tredjemand. K gør gældende, at selskabets kunder er gjort opmærksomme på, at kortene kun kan anvendes af den person, som kortet er udstedt til, samt at kortet er tilknyttet en pin-kode. K er derfor af den opfattelse, at kortet ikke kan misbruges af tredjemand. Finanstilsynet er ikke enig heri.

K gør gældende, at selskabets kasserer er gjort bekendt med, at den pågældende skal være opmærksomme på større kontantbetalinger og derefter underrette den administrerende direktør, som vil tage stilling til det videre forløb. Denne påstand er ikke dokumenteret af selskabet, ligesom der ikke foreligger forretningsgange for proceduren.

2.3.5. Undersøgelse af komplekse og usædvanlige kundetransaktioner

K henviser til, at hvidvaskloven opererer med et beløb på 100.000 kr. ved kontantbetalinger. Selskabet henviser til lovens § 2, samt § 14, og gør samtidig gældende, at virksomhedens handlepligt skal ses i lyset af minimumsgrænserne på 100.000 kr.

Finanstilsynet bemærker hertil, at bestemmelsen i § 2 gælder for forhandlere af genstande og auktionsholdere. Formålet med bestemmelsen er at forhindre, at større kontantudbytter fra kriminalitet kan konverteres til andre aktiver, uden at transaktionen registreres hos en virksomhed, der er underretningspligtig. Bestemmelsen blev gennemført for på denne måde for at undgå, at forhandlere af genstande og auktionsholdere blev omfattet af hele hvidvaskloven.

Bestemmelsen i § 14 vedrører kunder med enkeltstående transaktioner (lejlighedskunder) og er derfor ikke aktuel for K, som alene har faste kunder.

K henviser til bilag 3 om indikatorer på eventuel hvidvask og finansiering af terrorisme i Hvidvasksekretariatets årsberetning for 2008 og gør gældende at indikatorerne ikke er relevante i forhold til K's kunder.

...

Finanstilsynet er ikke enig med K i, at indikatorerne ikke er relevante for selskabet. Der henvises specielt til 1.A. til 1.C.

K henviser i øvrigt til, at de gennemsnitlige afdrag på lån eller indbetaling på kontokortet er henholdsvis 825 kr. og 510 kr. og at det ikke er hensigten med hvidvaskloven, at selskabet skal undersøge alle disse transaktioner.

Finanstilsynet bemærker hertil, at det alene er komplekse og usædvanlige kundetransaktioner, som skal undersøges. Selskabet efterlever ikke opmærksomhedspligten i § 6, stk. 1, jf. undersøgelsesrapportens punkt 2.3.4, og overholder heller ikke sin pligt til at overvåge kundetransaktioner, jf. § 12, stk. 5, jf. undersøgelsesrapportens punkt 2.3.4, og på denne baggrund kan Finanstilsynet konstatere, at selskabet ikke overholder undersøgelsespligten i § 6, stk. 2.

2.3.6 Undersøgelse og indberetning af mistænkelige transaktioner

K efterlever ikke opmærksomhedspligten i, jf. § 6, stk. 1, og punkt 2.3.4 i undersøgelsesrapporten, undersøgelses- og noteringspligten i § 6, stk. 2, jf. punkt 2.3.5 i undersøgelsesrapporten, og pligten til at overvåge kundetransaktioner, jf. § 12, stk. 5 og punkt 2.3.4 i undersøgelsesrapporten. K har ikke skriftlige interne regler om undersøgelsespligt og underretning af Statsadvokaten for Særlig Økonomisk kriminalitet, jf. hvidvasklovens § 7. På denne baggrund Finanstilsynet påbudt virksomheden at indføre procedurer der sikre en overholdelse af hvidvasklovens § 7 om undersøgelses- og indberetningspligt.

2.3.7. Regler om finansielle sanktioner

Finanstilsynet skal indledningsvis præcisere, at K's citat fra Udenrigsministeriets hjemmeside vedrører en beskrivelse af alle sanktioner.

Finanstilsynets påbud vedrører alene finansielle sanktioner. Finansielle sanktioner betyder, at alle midler og økonomiske ressourcer, der ejes eller besiddes af fysiske eller juridiske personer, grupper eller enheder, som er opført på bilagene til EU-forordningerne (se nedenfor), ikke længere må være til fri rådighed for den eller de udpegede personer eller enheder. Alle pengemidler og økonomiske ressourcer skal indefrys. Der må ikke stilles pengemidler eller økonomiske ressourcer til rådighed for de udpegede personer eller enheder. Der må heller ikke leveres finansielle tjenesteydelser til de udpegede personer eller enheder

EU har oprettet en database over alle de personer, grupper og juridiske enheder, der er omfattet af EU's forordninger om finansielle sanktioner. Database opdateres løbende og kan findes på http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index_en.htm

Bilag ... til K's klageskrift indeholder en oversigt over alle gældende sanktioner (både omfatter FN-resolutioner og EU's retsakter) og ikke kun finansielle sanktioner.

EU har vedtaget Rådets Fælles Holdning 930/2001/FUSP og Rådets Fælles Holdning 931/2001/FUSP, som vedrører terrorbekæmpelse generelt. Fælles holdning 931/2001/FUSP er implementeret i Rådets forordning nr. 2580/2001 om specifikke restriktive foranstaltninger mod visse personer og enheder med henblik på at bekæmpe terrorisme.

Derudover har EU vedtaget Rådets forordning nr. 881/2002 om indførelse af visse specifikke restriktive foranstaltninger mod visse personer og enheder, der har tilknytning til Usama bin Laden, Al-Qaida-organisationen og Taliban.

Til begge forordninger er der knyttet bilag med navne over personer, juridiske enheder, grupper, m.v., hvis pengemidler og økonomiske ressourcer skal indefryses, fordi der er formodning om tilknytning til terrorisme. Disse bilag omtales også som "terrorlisterne". Terrorlisterne opdateres løbende og ofte.

Det kan ikke udelukkes, at en eller flere af K's kunder fremgår eller i fremtiden vil fremgå af terrorlisterne. Det er derfor væsentligt, at selskabet jævnligt sammenholder sit kunderegister mod terrorlisterne, uanset om K's kunder alene er danske statsborgere eller personer med opholdstilladelse.

Det skal tilføjes, at alle borgere og juridiske enheder i Danmark er forpligtede til at overholde EU's forordninger om sanktioner, det vil sige sanktioner mod terrorisme og sanktioner mod tredjelande.

3. Konklusion

Finanstilsynet fastholder sine konklusioner og tilsynsreaktioner i undersøgelsesrapport af 5. februar 2010. Finanstilsynets konklusioner er truffet på baggrund af materiale og oplysninger fra K.

K har ikke modtaget Finanstilsynets undersøgelsesrapport i høring, men selskabet blev gjort opmærksom på Finanstilsynets observationer på undersøgelsesmødet den 9. november 2010.
..."

I skrivelse af 12. juli 2010 har advokat A yderligere anført:

" ...

SUPPLERENDE BEMÆRKNINGER:

Indledningsvis bemærkes det, at Finanstilsynet i svarskriftet ser bort fra det faktuelle forhold, at K ikke siden november/december 2008 har udbudt forbrugslån. En væsentlig del af Finanstilsynets bemærkninger er således uden relevans for den eksisterende sag, idet lånene ikke er eller vil blive udbudt af K. Finanstilsynet blev udtrykkelig gjort opmærksom herpå inden tilsynets besøg, ..., men på trods heraf agerer Tilsynet og udsteder påbud som om, at K fortsat udbyder lån.

Jeg syntes det er overordentlig påfaldende, at Finanstilsynet undlader at tage korrekt stilling til de faktiske forhold, men syntes at puste sagen op for at kunne begrunde påbuddene.

Herudover undlader Finanstilsynet tilsyneladende helt bevist at tage stilling til det faktuelle forhold, at den gennemsnitlige størrelse på kontokor-

tene er 9.095 kr., således at dette er maksimum for, hvor store beløb en kunde samlet kan købe for i de enkelte K forretninger pr. måned.

Jeg kan i den forbindelse oplyse, at der kun er 5 personer, der har et kort med over 40.000 kr. i maksimum.

Finanstilsynet har ved bilag ... fremlagt ”indikatorer på eventuel hvidvask og udbytte eller finansiering af terrorisme”. Heri er i alt 87 generelle indikatorer på risiko for hvidvaskning af penge. Finanstilsynet fremhæver på side 2 alene 4 situationer, hvor Finanstilsynet er af den opfattelse, at hvidvask kan foregå hos en låne-kreditkortvirksomhed. De to første vedrører lån og som nævnt ovenfor yder K ikke forbrugslån, hvorfor de ikke er relevante her.

Tilbage er alene ”betydelig kontoomsætning, størrelse af indbetalinger” samt ”større kontantindbetalinger”.

Som anført ovenfor er det gennemsnitlige kortbeløb på under 10.000 kr. Dette betyder, at der inden for en måned maksimalt kan købes for de anførte 10.000 kr., hvilket ikke giver mulighed for ”betydelig kontoomsætning”.

For så vidt angår større kontantindbetaling bemærkes, at K ikke er en bank, og derfor ikke må modtage indlån. Der kan således ikke foregå større kontantindbetalinger, medmindre dette skyldes, at et lån/kontokort bliver indfriet. K har undersøgt, hvor mange kontantindbetalinger over 35.000 kr., som K har modtaget siden 2005. Dette beløber sig til i alt 12 sager, hvor der er modtaget mellem 36.558 kr. og 46.844 kr. kontant. En indfrielsessituation sker typisk ved, at forældre ønsker at indfri deres barns gæld, således at barnet kan få en frisk start på livet.

Finanstilsynet anfører endvidere, at da K kortet kan anvendes i mange forskellige forretninger, da kan hvidvask eksempelvis ske ved at anvende K kortet i det daglige forbrug i det omfang de midler, som anvendes ved indbetaling til kundens konto, hidrører fra kriminalitet. Det er et overordentligt bagvendt argument, da det naturligvis havde været væsentlig lettere for den potentielle kriminelle at betale direkte med kontanter frem for at bruge kortet og så derefter indbetale til K. Det bemærkes i øvrigt, at dette argument kunne bruges ved enhver anvendelse af dankort i en forretning.

Finanstilsynet anfører på side 3, at det er Finanstilsynets opfattelse, at K har givet ukorrekte oplysninger, hvilket Finanstilsynet ser som skærpende omstændighed. Jeg bemærker i den forbindelse, at K naturligvis ikke bevidst har givet ukorrekte oplysninger. Jeg henviser til bilag ..., hvor jeg udtrykkelig gør opmærksom på, at en stor del af de ønskede oplysninger ikke afspejler den virkelighed, som K operere i og hvor jeg i øvrigt kommer med supplerende oplysninger. Finanstilsynet må naturligvis lægge de i brevet anførte oplysninger til grund og ikke et eventuelt afkryds i selve skemaet.

Herudover bemærkes, at selve forståelsen af de i skemaet rejste spørgsmål selvfølgelig kan give anledning til stor tvivl, hvilket vel også er baggrunden for, at der under mødet skal skabes klarhed over situationen. Jeg mener således ikke, at Finanstilsynet kan lægge oplysninger under klageskemaet til grund, men må forholde sig til de øvrige oplysninger, som Finanstilsynet fik dels i brevet af 14. september 2009 og dels under besøget den 9. november 2009.

Finanstilsynets skema samt hele fremgangsmåden afspejler med overordentlig stor tydelighed, at skema og kontrolprocedure er lagt an på kontrol af en bank og ikke af et kontokortselskab. Som anført i klageskriftet havde K 24 heltidsansatte. I en organisation af den størrelsesorden, er der naturligvis ikke skriftlige arbejdsgange for alle forhold, herunder at specielle sager skal drøftes med den administrerende direktør, men dette ændre ikke ved, at medarbejderne naturligvis har været bekendt hermed.

I relation til Finanstilsynets bemærkninger om tavshedspligt, jf. side 5 og 6 bemærker jeg, at K har en genereltavshedspligtbestemmelse i ansættelseskontrakter med følgende ordlyd:

”medarbejderen har tavshedspligt med hensyn til alt, hvad denne erfarer i forbindelse med udførelse af sit arbejde, medmindre der er tale om forhold, der efter sagens natur skal bringes til tredje mands kundskab. Denne tavshedspligt er også gældende efter ansættelsesforholdets ophør”.

Det gøres i den forbindelse gældende, at der ikke er et krav om, at der skal være en udtrykkelig henvisning specielt til Hvidvaskloven, når der i øvrigt er en generel tavshedspligt.

Det under løbende overvågning og opmærksomhedspligten anførte viser igen, at Finanstilsynet ikke tager hensyn til den virkelighed, som K opererer i. K møder typisk kun en kunde en gang: når vedkommende opretter kontoen. Der er således ikke en viden om kunden og kundens forretningsrisikoprofil, herunder om nødvendige midlers oprindelse.

Finanstilsynet henviser på side 7 igen til, at der skal være særlig opmærksomhed ved især komplekse og usædvanlig store transaktioner og alle udsædvanlige transaktionsmønstre i forhold til kunden. K må endnu en gang forespørge, hvilke komplekse og udsædvanlige store transaktioner, som i givet fald kan finde sted med et kort med et maksimum på 10.000 kr.?

På side 8 anfører Finanstilsynet, at de har vurderet, at K's kort kan misbruges af tredjemand. Hertil er at bemærke, at K's kort har præcis samme sikkerhed, som dankortet har – nemlig en pinkode. Kunderne er underlagt reglerne i lov om betalingskort og hæfter derfor, såfremt koden oplyses til tredjemand. Hvis alene det forhold, at K udsteder et kontokort er kritisabelt, da betyder det, at samtlige dankort udstedt i Danmark ligeledes er kritisable, hvilket endvidere vil gælde udenlandske kreditkort. Dette kan Finanstilsynet næppe mene alvorligt.

Finanstilsynet har endvidere påtalt, at K ikke var registreret hos Finanstilsynet, jf. side 1. Det bemærkes, at det var K selv, der rettede henvendelse til Finanstilsynet vedrørende registrering. Finanstilsynets brev af 23. september 2008 var således efterfølgende af K's egen henvendelse.

Finanstilsynet opfordres (1) i den forbindelse at oplyse, hvilke eller hvor mange andre kontokortselskaber, der havde ladet sig registrere hos Finanstilsynet før 23. september 2008 og opfordres (2) til at oplyse, hvad Finanstilsynet har gjort for at gøre kontokortselskaber opmærksom på, at de var omfattet af loven.

I relation til reglerne om de finansielle sanktioner skal det endnu en gang bemærkes, at K ikke udsteder kontokort til juridiske enheder, grupper eller lignende. Der udstedes alene kontokort til personer bosiddende i Danmark. De kunder mv., der fremgår af listerne i pkt. 2., 3. og 7. disse lister vil således ikke kunne få et kontokort hos K.

I relation til Finanstilsynets konklusion bemærkes det i øvrigt, at Finanstilsynet under mødet den 9. november 2009 oplyste, at K ville få tilsendt undersøgelsesrapporten i høring. På trods heraf skete dette ikke. Det er heller ikke korrekt, når det anføres, at K under mødet den 9. november 2009 blev gjort opmærksom på Finanstilsynets observationer, hvis dette udsagn skal tages som udtryk for, at K skulle være blevet gjort bekendt med, at Finanstilsynet ville komme med påbuddet af 5. februar 2010.

Herudover fastholdes det i endeligt klageskrift anførte.
..."

Finanstilsynet har ved skrivelse af 10. august 2010 heroverfor bemærket:

”...

K oplyser indledningsvis, at Finanstilsynet i sit svarskrift ser bort fra, at K ikke siden november/december 2008 har udbudt forbrugslån.

Hertil bemærkes følgende:

- Hvidvasklovens krav skal efterleves for de kunder, som stadig har forbrugslån hos K.
- Finanstilsynets hovedargumenter retter sig ikke hovedsagligt mod udbud af forbrugslån. Finanstilsynet vurderer, at der må stilles særlige krav til overvågning af kunder med kreditkort, hvor tilbagebetaling ikke finder sted ved faste månedlige afdrag.

Det er Finanstilsynets vurdering, at kreditkortvirksomhed grundlæggende indebærer en risiko for hvidvask. Finanstilsynet henviser til undersøgelsesrapport af 5. februar 2010 og afsnit 2 ”Finanstilsynets risikovurdering” i Finanstilsynets svarskrift af 14. juni 2010.

Med hensyn til bilag ... ”Indikatorer på eventuel hvidvask af udbytte eller finansiering af terrorisme” bemærkes, at der er tale om eksempler, som er udarbejdet til brug for alle personer og virksomheder omfattet af

hvidvaskloven. Det er derfor klart, at ikke alle eksemplerne er relevante for alle virksomheder.

Ifølge hvidvasklovens § 25 er det et krav, at virksomheder omfattet af hvidvaskloven selv skal foretage en risikovurdering af sin forretningsmodel, herunder af kunder og produkter. Det er Finanstilsynets vurdering, at K ikke har foretaget en sådan risikovurdering.

Med hensyn til tavshedspligt oplyser K, at virksomheden har en generel tavshedspligtsbestemmelse i sine ansættelseskontrakter, og at der ikke er krav om en udtrykkelig henvisning til hvidvaskloven. Det bemærkes hertil, at medarbejderne skal være orienteret om kravet om tavshedspligt i hvidvaskloven, jf. lovens § 25, stk. 4. Det er væsentligt at medarbejderne er orienteret om tavshedspligten, da overtrædelse af denne kan straffes, jf. lovens § 37, stk. 1, jf. § 27.

K oplyser, at de ikke har stort kendskab til deres kunder, da de typisk kun møder disse en enkelt gang. Virksomheden har således ikke en viden om kunden og kundens forretningsprofil, herunder om nødvendige midlers oprindelse.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at hvidvasklovens § 12, stiller krav om, at virksomhederne har kendskab til sine kunder, herunder formål med forretningsforbindelsen og det tilsigtede omfang heraf.

Finanstilsynet skal påpege, at der er en risiko for, at K kortet kan blive udnyttet af tredjemand efter aftale med kortindehaver. Det faktum, at også dankort og udenlandske kort kan misbruges af tredjemand, gør ikke K's risiko for udnyttelse mindre.

Vedrørende K's opfordring nr. 1, henvises til Finanstilsynets hjemmeside, der indeholder et register over alle virksomheder registreret efter hvidvasklovens § 34, stk. 2 (se under "Tal & Fakta/Virksomheder under tilsyn/Øvrige/Udlånsvirksomheder mv. (hvidvask)").

Vedrørende K's opfordring nr. 2, henvises til, at det er virksomhedernes eget ansvar at sikre sig overholdelse af den lovgivning, som de er omfattet af.

..."

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

Den af K a.m.b.a. indgivne klage må forstås som en klage over Finanstilsynets afgørelse af 5. februar 2010 i sin helhed, herunder af Finanstilsynets indberetning af K a.m.b.a. til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet. Denne ind-

bringelse er ikke en afgørelse, som kan påklages til Erhvervsankenævnet, hvorfor denne del af klagen afvises, jf. lov om Erhvervsankenævnet § 1, stk. 1, sammenholdt med § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet påser, at de af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 12, omfattede virksomheder, herunder K a.m.b.a., overholder hvidvaskloven, jf. lovens § 34, stk. 1, og kan efter § 34, stk. 7, påbyde virksomhederne inden for en frist fastsat af tilsynet at foretage nødvendige foranstaltninger i tilfælde af overtrædelse af bestemmelser i hvidvaskloven.

Efter de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke grundlag for at tilside-sætte den af Finanstilsynet foretagne vurdering, hvorefter K a.m.b.a. på de af Finanstilsynet anførte punkter ikke overholder hvidvaskloven. På denne baggrund tiltræder ankenævnet de af Finanstilsynet udstedte påbud med de af tilsynet anførte begrundelser.

Ankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 5. februar 2010.

4.9. REJSEGARANTIFONDSLOVEN

28) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020859).

Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. december 2009 har advokat A på vegne af K1, K2, K3 og K4 [samlet K herefter] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskaberne registreret i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens fire enslydende afgørelser af 13. november 2009 overfor de pågældende flyselskaber hedder det:

” ...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internatio-

nale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K1 er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af

selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.

...”

I klageskrivelsen af 7. december 2009 har advokat A anført:

”På vegne

K1
K2
K3, og
K4

Skal jeg herved påklage afgørelse dateret 13. november 2009 fra Rejsegarantifonden.

I henhold til afgørelsen anser Rejsegarantifonden alle ovennævnte flyselskaber for omfattet af lov om Rejsegarantifond som ændret ved lov 2009-518.

I henhold til afgørelsen anses bl.a. disse flyselskaber for etableret i Danmark i henhold til lovens § 20.

Som begrundelse for klagen skal jeg på vegne ovennævnte luftfarselskaber anføre:

Selskaberne kan ikke anses for etableret i lovens forstand.

Alle selskaberne har oprettet filialer i Danmark, men der sker intet billetsalg fra disse filialer.

Alt salg af flyrejser sker enten gennem agenter, som vil være selvstændigt omfattet af Garantifonden, eller direkte online fra selskabernes internationale hjemmesider. Der er således ingen relevant etablering i Danmark.

Der sker intet kontant salg eller salg via Dankort til danske kunder. Der faktureres ikke fra Danmark. Alt salg sker gennem internationale kreditkort.

Der sker intet salg fra "dk"-websides, alene selskabernes hovedhjemmesider med ".com"-adresser anvendes. Forbrugeren forledes således ikke til at tro, at han handler gennem en "dansk" web-side.

Forbrugeren er allerede sikret mod konkurs, hvorfor ordningen både er unødvendig og fordyrende både for flyselskaberne og forbrugeren.

- Af Forbrugerombudsmandens hjemmeside fremgår, at ved betaling med betalingskort er forbrugeren altid sikret, at der sker tilbageføring såfremt varen ikke bliver leveret. Banken eller betalingskortudstederen har pligt til at tilbageføre betalingen.
- Af B's [pengeinstitut] hjemmeside fremgår, at såfremt kortbrugeren har betalt med f.eks. C [kreditkortudbyder] eller D [kreditkortudbyder], er kortbrugeren ved et flyselskabs konkurs sikret at få sine penge tilbagebetalt.
- Af C [kreditkortudbyder]s danske hjemmeside fremgår, at kunden via sit pengeinstitut for tilbageført betaling såfremt der i forbindelse med en rejse er sket forudbetaling.

Der er således ikke for forbrugeren nogen beskyttelsesværdig interesse ved at anse internationale luftfartsselskaber for etableret i denne lovs forstand.

Selskaberne må anses for omfattet af lovens undtagelsesbestemmelse i § 8 stk 9 eller bør undtages i henhold til lovens § 14

Der er intet behov for en garantiordning også omfattende udenlandske flyselskaber.

Alle selskaber er omfattet af EU-direktiv 1008/2008 der bl.a. foreskriver, at det licensudstedende land løbende skal sikre at et hjemmehørende flyselskab kan honorere eksisterende og potentielle forpligtelser. Det giver således ikke mening at de enkelte lande, hvor selskaberne opererer, stiller yderligere særskilte betingelser. Det bør være flyselskabets domicil-land der vurderer, hvilke økonomiske garantier der måtte være behov for.

Alle betalinger fra kunder sker over kreditkort hvortil der er tilknyttet forsikringer, der sikrer kunderne mod selskabernes konkurs. Kunderne er således allerede forsikret, og der er ikke behov for dobbeltforsikring.

Selskaberne er fritaget i henhold til § 21 stk.2 nr. 1

Rejseudbyderne, som er de internationale luftfartsselskaber, modtager alene bestillinger og betaling enten gennem agent eller direkte over deres internationale web-sides.

Ordningen kan ikke administreres som forudsat.

Alle de af klagen omfattede selskaber sælger alene billetter over internationale web-sides eller gennem agenter.(Agenterne er særskilt omfattet af loven).Disse web-sides registrerer hverken "dansk" omsætning eller omsætning til private. Det vil være uforholdsmæssigt besværligt og dyrt såfremt betalingssystemerne skal ændres som forudsat for at opfylde blot et enkelt lands lov. Dette vil helt unødvendigt fordyre rejsen for forbrugeren.

Det er ikke defineret, hvad der skal forstås ved "omsætning"

Er det omsætning:

- på personer med en :dk mailadresse
- på flyrejser der starter eller slutter i Danmark
- på personer der har fast bopæl i Danmark
- på personer der er danske statsborgere
- på personer der har dansk IP-adresse
- eller en kombination af nogle af de anførte kriterier.

Der er ikke behov for ordningen.

Det må forventes, at kun en meget lille del af selskabernes private kunder vil tilvælge forsikring i henhold til loven. Allerede betaling gennem kreditkort giver sikkerhed mod tab i tilfælde af konkurs, og det må forventes, at kunderne derudover har en så stor tillid til de internationale etablerede selskaber at de i stor udstrækning vil fravælge tilvalget af ekstra forsikring.

Som ovenfor nævnt er selskaberne allerede omfattet af EU direktiv 1008/2008. Der er intet behov for, og det er ganske u hensigtsmæssigt, at et enkelt land indfører særregler der internationalt er umulige at administrere.

Ordningen vil være fordyrende for forbrugeren og i strid med god forretningskik:

Som oplyst af Forbrugerombudsmanden, C og B er forbrugerne allerede beskyttet mod et flyselskabs konkurs. Det vil ikke være i overensstem-

melse med god forretningsskik at forsøge at sælge en forbruger en forsikring han allerede har.

Af ovennævnte grunde mener jeg, at mine klienter enten ikke skal anses for at være etableret i lovens forstand eller være undtaget for ordningen i medfør af de anførte undtagelsesbestemmelser.

...

Jeg skal endvidere anmode om at klagen tillægges opsættende virkning.”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 18. januar 2010 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, der er vedlagt Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden (”konkursdækning”). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af konkrete vurderinger af de fire klageres virksomheder - som har mange lighedspunkter - krævede Rejsegarantifonden ved skrivelser af 13. november 2009 klagerne registreret. Som eksempel på de fire enslydende skrivelser vedlægges brevet af 13. november 2009 til K1,

Klagerne deler ikke fondens opfattelse af, at flyselskaberne er registreringspligtige i fonden, idet klagerne ikke er enige i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klagerne den 15. december 2009 fondens afgørelser for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

De fire klager har som ovenfor nævnt mange lighedspunkter. Selskaberne flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Selskaberne har egne kontorer og medarbejdere i Danmark og danske CVR-numre. Alle klagerne angiver priser i danske kroner på hjemmesiderne. K1 har endvidere en dansksproget hjemmeside

Klagerne har bekræftet, at alle fire luftfartsselskaber har oprettet filialer i Danmark, men lægger vægt på, at der intet billetsalg sker fra disse filialer. Det er imidlertid fondens opfattelse, at det ikke er afgørende, hvorvidt selskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt – vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at det forhold, at selskaberne rent faktisk har oprettet filialer i Danmark med medarbejdere, og at selskaberne på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabets flyvninger udgår, bevirker, at selskaberne må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.

Klagerne har anført, at billetsalg udover via hjemmesiden også sker via agenter i Danmark. Dette medfører efter fondens opfattelse, at flyselskabet er registreringspligtigt i medfør af § 20, idet flyselskabet så har en fast repræsentant i Danmark, som handler på flyselskabets vegne.

Klagerne har endvidere anført, at der ikke er nogen beskyttelsesværdig interesse ved at anse luftfartsselskaberne for etableret i lovens forstand. Der er imidlertid ikke i loven åbnet hjemmel for at fritage rejseudbydere for registrering, hvis kunderne kan opnå konkursdækning på anden måde, fx ved betaling med kreditkort eller ved køb af forsikring hos et forsikringsselskab. Mulighederne for sikring på anden vis kan dog formentlig have været en del af baggrunden for, at lovgiver valgte ikke at gøre dækningen obligatorisk. Kunder, der er sikret konkursdækning ved betaling med kreditkort eller via en forsikring, kan således fravælge konkursdækningen i Rejsegarantifonden, men det fritager ikke udbyderne for registreringspligten i fonden og dermed pligten til at tilbyde kunderne dækningen.

Klagerne anfører, at luftfartsselskaberne må anses for omfattet af lovens undtagelsesbestemmelser i § 8 stk. 9 eller § 14.

Ifølge § 8 stk. 9 skal formidleren for en udenlandsk rejseudbyder ikke stille garanti eller betale bidrag, såfremt garantien for de af formidleren solgte rejseydelser opfylder betingelserne i en af et andet EU- eller EØS-land godkendt ordning. Fonden betragter imidlertid ikke luftfartsselskaberne som formidlere for en udenlandsk arrangør, idet der er tale om én juridisk enhed. En formidler er en anden juridisk enhed end rejseudbyderen. Endvidere vil de pågældende rejseydelser (flybilletter) ikke være omfattet af garantierne i de øvrige EU- eller EØS-lande, fordi der fonde bekendt (endnu) ikke er andre lande i EU/EØS, som har etableret ordninger, der dækker flybilletter alene.

Ifølge § 14 kan fonden fastsætte bestemmelser om, at garantien eller bidraget nedsættes eller bortfalder for en rejseudbyder eller formidler for en udenlandsk rejseudbyder. Bestemmelsen forudsætter imidlertid, at rejseudbyderen er registreret i fonden, og bestemmelsen kan således ikke anvendes

til at fritage en rejseudbyder for registreringspligt. Der er ikke bestemmelser i loven, som giver mulighed for at fritage en rejseudbyder for registrering, bortset fra § 3 stk. 1, der lyder: ”Som rejseudbyder anses enhver, der i eget navn til kunder udbyder eller sælger rejseydelser direkte eller gennem en formidler, medmindre denne virksomhed alene udøves lejlighedsvis.” Ifølge bemærkningerne til 1997-loven kan ingen, der erhvervsmæssigt udbyder rejseydelser, anses for at udøve virksomheden ”lejlighedsvis”.

Klagerne anfører, at luftfartsselskaberne er fritaget i henhold til § 21 stk. 2 nr. 1. Bestemmelsen lyder: ”Fonden dækker ikke rejseydelser, der er markedsført og solgt i udlandet.” Fonden er ikke enig i, at luftfartsselskabernes salg af flybilletter må anses for at være markedsført og solgt i udlandet. Kunder, der befinder sig i Danmark og ønsker at afrejse fra Danmark med et flyselskab, som selv står for udførelsen af transporten, må anse markedsføringen som rettet imod sig. Kunden må endvidere med luftfartsselskabernes etablering af filialer i Danmark være af den opfattelse, at købet foregår i Danmark. At det med udbredelsen af internettet er blevet teknisk muligt (og formentlig rationelt for selskaberne) at samle fakturering og betaling ét sted, bør ikke ændre på kundens retsstilling.

Klagerne efterlyser en definition af ”omsætning” i lovens forstand. For så vidt angår luftfartsselskaberne - som i modsætning til størstedelen af de øvrige rejseudbydere, der er registreret i fonden, har en betydelig omsætning, der ikke er omfattet af fondens dækning - må den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, være omsætning til a) kunder der befinder sig i Danmark (dansk IP-adresse/”point of sale”) som b) afrejser fra Danmark.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at de fire klager er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klagerne er registreringspligtige i fonden, da de udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni

2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondslovens i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifonden praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.

Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.

Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandske etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervs-mæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 11. februar 2010 har advokat A anført:

”...

Det med udtalelsen medsendte notat fra Forbrugerstyrelsen har jeg ikke tidligere været bekendt med.

Af notatet fremgår, at Økonomi- og Erhvervsministeriet juridiske sekretariat i 2003 har fortolket etableringsbegrebet og konkluderet:

at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark

og at Resjegarantifonden herefter har fulgt denne fortolkning, idet Rejsegarantifonden, ud over de kriterier Ministeriet er fremkommet med, også har lagt vægt på hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det fremgår bl.a. at

Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen der har udstedt fakturaen har forretningssted eller post-adresse.

Ifølge Ministeriet og Forbrugerstyrelsen kan følgende seks kriterier indgå:

- 1) Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- 2) Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

- 3) Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- 4) Har udbyderen vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark
- 5) Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- 6) Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Under punktet Sagens faktiske omstændigheder nævner Fonden, at Fonden har anlagt:

En så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Jeg går ud fra, at da fonden af hensyn til forbrugerne valgte at anlægge den bredest mulige fortolkning, var Fonden ikke bekendt med, at klagerne på det danske marked alene sælger billetter mod betaling via kreditkort, således at der ikke noget beskyttelsesværdigt hensyn til forbrugeren. Tværtimod, såfremt flyselskaberne anses for omfattet af loven, vil forbrugerne blive opfordret til at betale for en forsikring, som de allerede har betalt en gang for gennem betaling for deres kreditkort. Hensynet til forbrugeren taler derfor for en snæver fortolkning.

Fonden anfører videre:

”hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark”

Dette argument er jeg ikke enig i. Forbrugere, der køber flyrejser, hoteller eller lejer biler over på nettet, gør det oftest gennem nationale eller internationale portaler, der sammenligner en række rejseudbyderes tilbud, og først i anden omgang bliver forbrugeren via et klik overført til flyselskabets, biludlejerens eller hotellets egen hjemmeside. Der er intet dansk islæt på disse hjemmesider. Navnene på hjemmesiderne, så som K3, ... [flyselskab] eller ... [flyselskab] giver absolut ingen formodning for dansk tilknytning. I modsætning til danske hjemmesider, kan der heller ikke betales med Dankort. Kunden har således ingen forventning om at kontrahere med et dansk selskab.

Fonden anfører videre vedr. hvilke kriterier Fonden har tillagt betydning for etablering:

”Flyselskabernes tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt...”

De kriterier for etablering, der fremgår af Ministeriets fortolkning, og som Fonden oplyser at følge, indeholder ikke ovennævnte kriterium.

Når Fonden har anmodet Ministeriet om at fortolke begrebet etablering og herefter oplyser, at Fonden følger denne fortolkning, bør Fonden ikke tillægge andre kriterier betydelig vægt. I øvrigt må det være klart, at den

blotte hyppige beflyvning af danske lufthavne, ikke bør tillægges betydelig vægt ved fortolkning af etablering i lovens forstand.

Fonden anfører videre,

”at det ikke er afgørende, hvorvidt selskaberne af praktiske årsager - og fordi der er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor.”

Ifølge Forbrugerstyrelsens notat skal Fonden tillægge det betydning, hvorvidt kunden faktureres fra Danmark eller udlandet. Det fremgår af notatet, at fakturaadressen skal tillægges betydning også i tilfælde, hvor der er booket via en booking-hjemmeside. Samtlige klagere fakturerer udelukkende fra udlandet. Ovennævnte begrundelse er således direkte i strid med en af de retningslinjer, som Fonden oplyser at følge og skal følge. I øvrigt er den af Fonden antagne begrundelse ikke korrekt. Det samlede internationale billetsalg ønskes forretningsmæssigt, administrativt, juridisk og økonomisk at blive styret centralt.

Fonden anfører videre:

”at det forhold, at selskaberne rent faktisk har oprettet filialer i Danmark med medarbejdere, og at selskaberne på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabet flyvninger udgår, bevirker, at selskaberne må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.”

Vedrørende etablering anfører Ministeriet ifølge Forbrugerstyrelsens notat:

... Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Den danske kundekreds skal således være opbygget omkring forretningsstedet. Den danske del af mine klienters virksomhed beskæftiger sig slet ikke med billetsalg eller passagerforhold. Ingen passagerer kommer i kontakt med filialen. Filialadressen fremgår ikke af de dokumenter eller hjemmesider, passagererne modtager eller bliver præsenteret for. Etableringen i Danmark tjener helt andre interesser, som ikke er passagerorienteret. Fondens fortolkning på dette punkt er således forkert.

Fonden anfører videre:

Der er imidlertid ikke i loven åbnet hjemmel for at fritage rejseudbydere for registrering, hvis kunderne kan opnå konkursdækning på anden måde,....

Heri er jeg enig, men som anført ovenfor, bør dette medføre, at Fonden ikke vælger den bredest mulige fortolkning af loven, men snarere en mere snæver fortolkning, som oven i købet tjener forbrugernes interesser bedre.

Fonden anfører videre:

Kunder, der er sikret konkursdækning ved betaling med kreditkort eller via en forsiring, kan således fravælge konkursdækning...

Dette er formelt korrekt, men reelt er det vel de færreste forbrugere, der ved købet er opmærksomme på dette. Derfor bør Fonden ikke tilskynde forbrugere at købe dobbelt forsikringsdækning.

Fonden anfører

Ifølge § 14 kan fonden fastsætte bestemmelser om, at garantien eller bidraget nedsættes eller bortfalder for en rejseudbyder eller formidler for en udenlandsk rejseudbyder. Bestemmelsen forudsætter imidlertid, at rejseudbyderen er registreret i fonden.

Dette er korrekt, men der er vel ikke noget til hinder for, at Fonden i forbindelse med registreringen beslutter, at en rejseudbyder skal være fritaget.

Fonden anfører vedrørende den relevante omsætning:

...må den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, være omsætning til a) kunder der befinder sig i Danmark(dansk IP/" point of sale") som b) afrejser fra Danmark.

Denne fastlæggelse viser tydeligt den meget uhensigtsmæssige og arbitrære måde, den relevante omsætning vil skulle fastlægges på, når Fonden vælger at definere "etablering" på den valgte måde. Udgangspunktet i loven er, at det er filialens/datterselskabets omsætning, der skal danne grundlag. Da der ikke er en sådan relevant omsætning fastsætter Fonden den relevante omsætning som en del af moderselskabernes omsætning, men en fuldstændig tilfældig del af denne omsætningen. En forbruger, der fra Danmark køber en rejse fra København til en udenlandsk destination er omfattet, medens den forbruger der fra samme destination køber en rejse til København ikke er omfattet. Den danske forbruger der tilfældigvis bestiller sin næste rejse, medens han er på ferie i udlandet, på ganske samme måde som den forrige, hvor han var i Danmark, vil ikke være omfattet. Jeg mener ikke, at der er hjemmel i loven til en sådan fortolkning.

Konklusion:

Jeg mener ikke at der i loven herunder de fortolkningsbidrag der er givet, og som Fonden oplyser at følge og skal følge, er hjemmel til at fortolke mine klienters etablering i Danmark som relevant etablering i lovens forstand.

Jeg mener, at Fonden er forpligtet til at fortolke "etablering" alene ud fra de retningslinjer, der fremgår af Forbrugerstyrelsens notat, og som er nedfældet i seks klare punkter. Ingen af disse kriterier peger på "etablering" i lovens forstad.

Forholdet til den enkelte punkter kan opsummeres som følger:

1. Udbyderen, som er et udenlandsk selskab med udenlandske adresse, har ikke nogen relevant fysisk tilstedeværelse i Danmark.
2. Kunder kan ikke henvende sig til og indgå aftale om køb af rejse med nogen i Danmark.
3. Udbyderen reklamerer ikke for muligheden af at kunne kontakte udbyderen i Danmark.
4. Ingen af udbyderne har vedtægtsmæssig adresse i Danmark.
5. Danmark udgør ikke centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse(salg af billetter)
6. Der faktureres ikke fra Danmark.

Derudover, er der som anført, ikke noget beskyttelseshensyn til forbrugeren.”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 19. marts 2010 bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen, men kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og anfører at de 6 kriterier, som er anført i klagerens konklusion kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 18. januar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klagerne i skrivelsen af 11. februar 2010 anførte:

Ad kreditkort-betalinger:

Klagerne anfører, at fonden formentlig ikke var bekendt med, at forbrugere, der køber billetter hos klagerne, betaler med kreditkort, da fonden valgte at anlægge den brede fortolkning af loven. Hertil kan anføres, at fonden var bekendt med, at klagerne sælger billetter mod betaling via kreditkort, men at det er fondens erfaring, at der ikke gælder ensartede regler for alle betalinger foretaget med kreditkort, hvorfor kunden ikke kan være sikker på at få betalingen refunderet ved sælgerens konkurs. Fx gør nogle kreditkortselskaber gældende, at der foreligger forældelse, hvis der forløber en længere periode mellem købet og ydelsens afvikling.

Ad hyppige, kontinuerlige flyvninger:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om

tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klagerne udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Ad kontor i Danmark:

Klagerne anfører, at det forhold, at klagerne har kontor i Danmark, ikke medfører, at klagerne er registreringspligtige, fordi der ikke finder billetsalg sted, og forbrugerne således slet ikke kommer i kontakt med kontoret. Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, om en virksomhed rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er dette kontor, der udsteder fakturaerne til kunderne eller ej. Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontorer i Danmark bevirker, at klagerne har permanente fysiske tilstedeværelser i Danmark i form af faste forretningssteder, og det kan ikke være afgørende, om etableringen i Danmark tjener interesser, som ikke er passagerorienteret eller ej. Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagerne har tillagt det afgørende vægt, at klagerne har kontor i Danmark, og at klagerne har agenter (faste repræsentanter) i Danmark.”

Advokat A har den 6. april 2010 meddelt, at han ikke har yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

” ...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

Alle fire klagende luftfartsselskaber har filialer i Danmark, hvis opgaver ikke omfatter salg af billetter. Selskaberne K2 og K4 er i ... Lufthavn repræsenteret af handlingselskabet ..., og K1 og K3 er repræsenteret af handlingselskabet Handlingselskaberne er ansvarlige for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. De klagende selskaber angiver endvidere priser i danske kroner på hjemmesiderne og har danske CVR-numre. Efter en samlet vurdering må selskaberne derfor anses for at være etableret i Danmark.

Herefter, og da luftfartsselskaberne ikke kan anses som formidlere for en udenlandsk rejseudbyder, jf. rejsegarantifondslovens § 8, stk. 9, og da lovens § 14 ikke kan medføre fritagelse for en rejseudbyder for pligten til at lade sig registrere, tiltrædes det, at K1, K2, K3 og K4 er registreringspligtige i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

29) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020680).

Luftfartsselskab ikke anset som etableret i Danmark og derfor ikke registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. december 2009 har A fra B [rådgivningsfirma] på vegne af K klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

”...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et

forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til

forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.

...”

Ved skrivelse af 11. december 2009 har A fra B [rådgivningsfirma] på vegne af K indbragt Rejsegarantifondens afgørelse for Erhvervsankenævnet og anmodede i

samme forbindelse om, at klagen blev tillagt opsættende virkning. I uddybende klageskrivelse af 5. januar 2010 har advokat C fra D til støtte for klagen anført:

”PÅSTAND

Indklagedes afgørelse omgøres, sådan, at det fastslås, at klager ikke er registreringspligtig hos indklagede.

Klagers anbringender

Klager er ikke etableret i Danmark, jf. § 20 i Lov om en Rejsegarantifond (”rejsegarantifondsloven”), eftersom klager ingen fysisk tilstedeværelse har i Danmark; det være sig forretningssted, salgskontor eller lignende. Klagers flybilletter sælges via internettet eller gennem servicefirmaet F [handlingselskab] i ... Lufthavn. Den eneste tilknytning, klager har til Danmark, er et tomt selskab med CVR nummer Der er ingen aktivitet i selskabet.

Indklagedes fortolkning af § 20 er i strid med ordlyden af bestemmelsen samt lovgivers intentioner. Indklagede begrundet sin afgørelse med, at klager qua sine hyppige flyvninger til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares) har en tilknytning til Danmark. På den baggrund er klager efter indklagedes opfattelse registreringspligtig i fonden, Klagers flyvninger til og fra Danmark tillægges dermed større vægt end, hvorvidt klager er fysisk etableret i Danmark, eksempelvis i form af et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udstedelse af fakturaer fra Danmark. Klager har i forbindelse med indklagedes afgørelse forespurgt om en afvikling af klagers danske selskab ville ændre på afgørelsen, hvilket er blevet besvaret benægtende,

Lov om en Rejsegarantifond (”Rejsegarantifondsloven”) blev ændret med virkning den 1. januar 2010 til blandt andet også at omfatte flyselskaber, [Lov nr. 518 af 12. juni 2009](#). Efter § 20 i Rejsegarantifondsloven er et flyselskab omfattet af rejsegarantiordningen, såfremt det pågældende flyselskab er ”etableret i Danmark”. Afgørende for, om et flyselskab er etableret i Danmark er, hvorvidt flyselskabet har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til, jf. lovbemærkningerne til lovforslaget, Det fremgår af lovbemærkningerne, at den hidtidige forståelse af begrebet ”etableret i Danmark” skal videreføres. (”Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven”....

Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne, at en dansk hjemmeside ikke er tilstrækkelig til, at flyselskabet er etableret i Danmark samt, at det er uden betydning, hvilket land rejseudbydere udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

Ovennævnte kriterier gentages af Økonomi- og Erhvervsministeren i besvarelsen af Erhvervsudvalgets spørgsmål 4, 8, 9, 12 og 19 til lovforslaget, Heraf fremgår endvidere, at såfremt en rejseudbyder (såsom et

flyselskab) ikke har kontor i Danmark, vil rejseudbyderen som udgangspunkt ikke være etableret i Danmark. I tilfælde af tvivl skal indklagede tage udgangspunkt i ovennævnte kriterier for at vurdere, om det pågældende flyselskab er etableret i Danmark, jf. til eksempel bilag 11, hvor det følger, at: ”Der vil altid kunne opstå konkret tvivl om, hvorvidt en udbyder er etableret i Danmark. I disse tilfælde vil det være Rejsegarantifonden, der ud fra en konkret vurdering af sagen og på baggrund af ovennævnte kriterier afgør om en udbyder anses for at være etableret i Danmark”.

Høringssvarene afslører endvidere, at man fra lovgivers side udmærket var klar over, at der er en del udenlandske flyselskaber, som markedsfører sig over for danske forbrugere og som flyver til og fra Danmark, der ikke ville blive omfattet af ordningen samt, at det ikke var lovgivers intention, at sådanne flyselskaber skulle være omfattet af ordningen.

Spørgsmålet omkring udenlandske flyselskabers markedsføring og salg af flyrejser til danske kunder blev rejst specifikt i forbindelse med høringen af lovforslaget, heriblandt af Forbrugerrådet. Forbrugerrådet m.fl. ønskede at ændre loven sådan, at sådanne flyrejser var omfattet af rejsegarantiordningen, Sådanne forslag blev afvist af ministeren

Det fremgår endvidere af betænkningen til lovforslaget, at et mindretal i udvalget ønskede at udvide dækningen til også at gælde rejser udbudt af udenlandske rejseudbydere, Af mindretallets bemærkninger i betænkningen fremgår det klart, at lovgivers intention med lovforslaget alene var, at ændringen skulle dække dansk etablerede rejseudbydere, dvs. danske rejseudbydere. Mindretallets ønske om en udvidelse blev ikke medtaget i det endelig lovudkast.

For at opsummere fremgår det derfor med stor tydelighed, at det aldrig har været lovgivers intention at lade flyselskaber, som K, der ingen fysisk tilknytning har til Danmark, være omfattet af Rejsegarantifondsloven. Klagers eventuelle flyvninger til og fra Danmark er således ikke et relevant kriterium i vurderingen af, om klager er etableret i Danmark efter § 20 i Rejsegarantifondsloven.

Indklagedes fortolkning af Rejsegarantilovens § 20, herunder inddragelse af kriterier, der er i modstrid med lovgivers intentioner, er lovstridig og bør tilsidesættes af Erhvervsankeudvalget.”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 1. februar 2010 udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, der er vedlagt Ifølge lovændringen skal kunder, der

køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden ("konkursdækning"). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret, jf. det af klageren fremlagte bilag 1.

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 11. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Selskabet har et dansk CVR-nummer, en dansksproget hjemmeside og angiver priser i danske kroner.

K har endvidere oplyst at have indgået aftale med servicefirmaet F [handlingselskab] i ... Lufthavn om salg af billetter. Dermed har selskabet en fast repræsentant i Danmark, som handler på selskabets vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).

...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*

- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe "etableret", hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark."*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

"Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse"

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

- Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.
- Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.
- Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 3. marts 2010 har advokat E anført:

”...

Indklagede skriver, at de har anlagt en bred fortolkning af lovændringen. Det er klager enig i, men det har indklagede ikke hjemmel til. Det fremgår således klart af lovbemærkningerne til rejsegarantifondsloven, at den hidtidige forståelse af begrebet ”etableret i Danmark” skal videreføres i forhold til udbydere af flytransport Dette er også Forbrugerstyrelsens holdning Indklagedes forståelse af etableringsbegrebet har op til

lovændringen været snæver, idet vægten hovedsageligt blev lagt på rejseudbyderens faktureringsadresse.

I det hele taget fremgår det tydeligt, at indklagede har lagt på vægt på kriterier, som lovgiver specifikt har bestemt, ikke skal have betydning for vurderingen. Indklagede har således lagt betydelig vægt på, at kunderne kan købe billetterne på en dansk hjemmeside med priser i danske kroner samt, at flyvningerne foregår til og fra danske lufthavne Dette på trods af, at det fremgår af lovbemærkningerne, at sådanne kriterier ikke er tilstrækkelige for, at det pågældende flyselskab er etableret i Danmark.

Indklagede har endvidere lagt vægt på, at forbrugeren på grund af ovennævnte forhold med rette må have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Lovgiver har imidlertid ved oplysningsforpligtelsen i rejsegarantifondslovens § 8, stk. 2, sikret sig, at danske rejsende tydeligt kan se, hvornår deres rejse er omfattet af dækningen, se også økonomi- og erhvervsministerens kommentarer til netop dette spørgsmål, Forbrugeren kan derfor ikke antages at have en forventning, som angivet af indklagede.

Indklagede har fremlagt et notat fra Forbrugerstyrelsen vedrørende forståelsen af ”etableringsbegrebet”. Notatet ligner et internt notat. Eftersom lovgiver har udstukket ganske klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, undrer det klager, at Forbrugerstyrelsen ikke mener, der er opstillet klare kriterier for vurderingen.

Til sammenligning fremlagde Forbrugerrådet under høringen af lovforslaget deres vurdering af lovforslagets nye dækningsområde. Heraf fremgår tydeligt, at Forbrugerrådet ikke mente, at udenlandske flyselskaber med danske hjemmesider og rejser til og fra Danmark var omfattet af dækningen Forbrugerrådet kritiserede af den grund forslaget, eftersom der efter Forbrugerrådets vurdering ville være en lang række forbrugere, der ikke kunne søge dækning. Forbrugerrådet foreslog derfor en ordning, hvor alle rejser til og fra Danmark var omfattet. Forslaget blev forkastet, se

Selv, hvis de kriterier, som Forbrugerstyrelsen opstiller, lægges til grund, er klager dog fortsat ikke etableret i Danmark.

Efter indklagedes opfattelse adskiller flyselskaber sig markant fra øvrige rejseudbydere, eftersom flyselskaber typisk alene har ét hovedsæde og ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer. Dette er ikke korrekt. Der findes således en række udenlandske rejseudbydere, der ikke har etableret selvstændige filialer i Danmark, men alene sælger deres rejser – med ud- og hjemrejse fra Danmark - via danske hjemmesider. Ingen af disse er registreret hos indklagede, og indklagede har efter vores oplysninger tidligere nægtet at registrere sådanne udenlandske rejsearrangører af pakkerejser med den begrundelse, at faktureringsadressen ikke var dansk.

Med hensyn til indklagedes kommentarer til klagers danske CVR nummer ... henvises til sagens bilag ..., hvoraf det fremgår, at indklagede ikke har lagt vægt på klagers danske CVR nummer i sin afgørelse.

Afslutningsvist gør indklagede gældende, at klager er registreringspligtig i Fonden, eftersom klager har en fast repræsentant i Danmark. Dette forhold er ikke medtaget i indklagedes afgørelse af 13. november 2009 – den afgørelse som klager nu har klaget over – og kan således ikke medtages som kriterium i klagesagen. I sin afgørelse lagde indklagede således alene vægt på de hyppige flyvninger til og fra Danmark og den danske hjemmeside. Vil indklagede inkludere nye forhold i deres vurdering af, om klager er registreringspligtig i fonden, kræver dette en ny afgørelse fra indklagede.

For en god ordens skyld kan jeg dog oplyse, at F hverken markedsføres eller agerer som en fast repræsentant for klager i Danmark, som kunderne kan henvende sig til. F er derimod formidler af klagers flybilletter, jf. rejsegarantifondslovens § 3, stk.3.

Klager fastholder således, at indklagede har inddraget irrelevante kriterier i afgørelsen af, om klager er registreringspligtig i fonden. Navnlig har indklagede stik imod lovgivers intentioner ændret på hidtidige deres forståelse af etableringsbegrebet og inddraget kriterier, som lovgiver specifikt har bestemt, ikke skal tillægges vægt. Selv efter de kriterier, Forbrugerstyrelsen har opstillet, er klager ikke registreringspligtig i fonden.

Sammenfattende har det aldrig været lovgivers intentioner, at udenlandske flyselskaber som klager skulle være omfattet af rejsegarantifondsloven; en lov, der netop blev ændret på baggrund af det danske flyselskab Sterlings konkurs.
..."

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 26. marts 2010 bemærket:

" ...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tje-nesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 1. februar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 3. marts 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Fast repræsentant i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har en fast repræsentant (F) i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig.

Et af de kriterier, der kan indgå i vurderingen af, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er imidlertid i henhold til konklusionen i Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009, om udbyderen har et fast forretningssted i Danmark – evt. i form af en fast repræsentant. Klageren har oplyst, at repræsentanten ... er formidler af klagerens flybilletter, dvs. at rejsekunder kan henvende sig til repræsentanten og indgå aftale om køb af flybilletter.

Det er korrekt som anført af klageren, at fonden ikke i afgørelsen af 13. november 2009 særskilt henviste til det forhold, at klageren har F som fast repræsentant i Danmark. Det var imidlertid anført i afgørelsen, at en evt. fast repræsentant i Danmark ville være et af de kriterier, fonden lægger til grund ved afgørelsen om registreringspligt. Det forhold, at klageren rent faktisk har en fast repræsentant i Danmark bevirker således blot, at klageren har en større grad af tilknytning til Danmark og dermed må betragtes som etableret i Danmark, uden at dette kræver en ny afgørelse om registreringspligt.

Det er korrekt, at fonden ikke har tillagt en evt. registrering i CVR selvstændig betydning ved afgørelsen af, hvorvidt der foreligger etablering i Danmark. Fonden har imidlertid i skrivelsen af 1. februar 2010 nævnt klagerens CVR-registrering som en faktor, der – sammen med de øvrige parametre nævnt i skrivelsen - i hvert fald ikke mindsker klagerens tilknytning til Danmark.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbe-
kendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. ja-
nuar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og bil-
leje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at til-
byde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod beta-
ling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport
til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lo-
vens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseud-
bydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (LFF2008-
2009.1.180) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i
udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af fly-
transport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegaranti-
fonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat
bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i
Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangø-
ren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af
loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport
m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er
afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangø-
ren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne
fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter
Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at
være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien
finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

Erhvervsankenævnet finder herefter ikke, at det forhold, at K i ... Lufthavn er repræsenteret af handlingselskabet F, som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m., i sig selv kan medføre, at selskabet er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden, idet det bemærkes, at muligheden for køb af selskabets billetter hos F ifølge det oplyste ikke markedsføres af selskabet.

Ankenævnet ophæver således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

30) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020881).

Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. december 2009 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

” ...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx Star ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldelseskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.

- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede om-

sætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
...”

I klageskrivelsen af 11. december 2009 har advokat A anført:

”Vi repræsenterer K ApS (”K”) i forbindelse med den forestående ikrafttræden af ændring af Rejsegarantifondsloven (Lov nr. 315 af 14. maj 1997 som ændret, og senest ved lov nr. 518 af 12. juni 2009), der medfører en udvidelse af kredsen af registreringspligtige i Rejsegarantifonden (”RGF”).

RGF traf den 13. november 2009 afgørelse om, at K under den ændrede Rejsegarantifondslov er forpligtet til at lade sig registrere hos og dermed stille garanti overfor RGF (se bilag 1).

På vegne K indklages nævnte afgørelse hermed for Erhvervsankenævnet (herefter ”**Ankenævnet**”) i henhold til § 1, stk. 1 i Erhvervsankenævnsløven, jf. § 24 i Rejsegarantifondsloven.

I henhold til § 20 i Rejsegarantifondsloven skal alle rejseudbydere og -formidlere, der er etableret i Danmark, være registreret i RGF.

Ifølge RGF’s praksis vedrørende etableringskravet, er det afgørende for at blive anset som etableret i Danmark, at den pågældende rejseudbyder/-formidler har en høj grad af tilknytning til Danmark, herunder, hvorvidt rejser udbydes/formidles fra Danmark og/eller kunderne faktureres fra Danmark.

I henhold til den indklagede afgørelse afviger RGF fra sin egen praksis, når det skal vurderes, hvorvidt luftfartsselskaber opfylder etableringskravet.

RGF anfører i deres begrundelse for afgørelsen, at luftfartsselskaber ikke direkte kan sammenlignes med øvrige rejseudbydere, idet luftfartsselskaber typisk er etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end det land, hvor hovedkontoret ligger. På den baggrund har RGF angivet, at et luftfartsselskab skal anses, som etableret i Danmark, hvis det (i) flyver til og fra Danmark eller (ii) ikke flyver til Danmark, men har etableret et samarbejde med et luftfartsselskab, der flyver til Danmark.

Hverken ordlyden af Rejsegarantifondens § 20 eller forarbejderne dertil giver støtte for RGF's fortolkning af etableringskravet. Allerede den sproglige forståelse af nævnte § 20's "*her i landet i etablerede*" udelukker, at en så løs tilknytning til Danmark som flyvninger til og fra Danmark skulle opfylde etableringskravet.

Hertil kommer, at hverken Rejsegarantifondsloven eller forarbejderne indikerer, at det har været lovgivers ønske, at RGF's praksis vedrørende etableringskravet skulle ændres eller at etableringskravet, hvad angår luftfartsselskaber, skulle forstås anderledes end for øvrige rejseudbydere.

Således mener vi ikke, at K er forpligtet til at lade sig registrere i RGF, ligesom vi heller ikke mener, at K i øvrigt er pligtige at lade sig registrere i henhold til Rejsegarantifondsloven.

Da nærværende klage må anses som principiel, indstiller vi, at klagen tillægges opsættende virkning i overensstemmelse med § 6 i Erhvervsankenævnsløven.
..."

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 20. januar 2010 udtalt:

" ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden ("konkursdækning"). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår

en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 11. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Selskabet har eget kontor, medarbejdere i Danmark og dansk CVR-nummer. Selskabet har en dansksproget hjemmeside og angiver priser i danske kroner.

Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at det forhold, at et flyselskab rent faktisk har oprettet et kontor i Danmark med medarbejdere, og at selskabet på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabets flyvninger udgår, bevirker, at selskabet må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.

Såfremt flyselskaberne ud over at sælge billetter via hjemmesider på internettet også sælger billetter via agenter i Danmark, medfører dette efter fondens opfattelse, at flyselskaberne er registreringspligtige i medfør af § 20, idet flyselskaberne så har en faste repræsentanter i Danmark, som handler på flyselskabernes vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).

...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgøren-

de, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.

Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.

Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 17. februar 2010 har advokat A anført:

” ...

Flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og – formidlere

RGF har ved afgørelse af 13. november 2009 afvejet fra de af lovgiver udstukne rammer – ligesom RGF har afvejet fra sin egen praksis - ved vurderingen af 'etableringskravet' for K's registreringspligt. Årsagen hertil er ifølge RGF, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere, idet flyselskaber ofte er store internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer filialer, forretningssteder eller salgskontorer i Danmark.

Det følger dog hverken af lovens ordlyd eller af forarbejderne hertil, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Erhvervs- og Økonomiministeren understregede i forbindelse med behandlingen af lovforslaget til ændringen af Rejsegarantifondsloven på diverse udvalgsmøder ..., at vurderingen af 'etableringskravet' skal ske i overensstemmelse med RGF's praksis inden lovændringen, og skelnede i den forbindelse ikke mellem flyselskaber og øvrige rejseudbydere og – formidlere. RGF's praksis synes at være, at det har været afgørende, hvorvidt udbyderen har fast forretningssted i Danmark, om kunderne har haft mulighed for at henvende sig fysisk på forretningsstedet samt hvilken adresse faktureringen af billetter er sket fra.

Endvidere anfører Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ...at det kan lægges til grund, at der for udbydere af flytransport (og billeje) gælder de samme kriterier i vurderingen af 'etableringskravet', som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, ligesom RGF's praksis herfor skal finde anvendelse.

Det har således ikke været hensigten med ændringsloven at udvide definitionen af, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark, ligesom det må stå klart, at der ikke skal ske forskelsbehandling af flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Lovgiver har taget stilling til hvornår et flyselskab er at anse som 'etableret i Danmark' og RGF indrømmes således et skøn til at angive, hvorvidt det pågældende flyselskab har en høj grad af tilknytning til Danmark indenfor de af lovgiver fastsatte rammer.

'Etableret i Danmark'

Ifølge bemærkningerne til lovforslag 2008/1 LSF 180 til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... defineres 'etableret i Danmark' som en udbyder med fysisk kontor eller fast forretningssted i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Vilkår der kan tillægges vægt i vurderingen af 'etableringskravet' følger af Økonomi- og Erhvervsministeren udtalelser i forbindelse med forslagens førstebehandling ...:

"Hvis man skal vurdere, om et selskab er etableret i Danmark, er der forskellige kriterier, som kan indgå i vurderingen af, om man er etableret. For det første, om der er en permanent fysisk tilstedeværelse - det kan være et fast forretningssted eller en fast repræsentant - om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunder kan henvende sig og indgå aftaler med udbyderen, og om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte firmaet.

Det at have en dansk hjemmeside på internettet er ikke tilstrækkeligt til at kunne sige, at man er etableret i Danmark, og heller ikke tilstrækkeligt til, at vi juridisk har hjemmel til at kunne håndhæve disse regler."

Økonomi- og Erhvervsministeren gentager dette synspunkt i svar til tre spørgsmål stillet under udvalgsarbejdet, se således svarene på spørgsmål 9 ..., 12 ... og 19 Af alle tre besvarelser fremgår det, at afgørende for, om en udbyder skal betragtes som 'etableret i Danmark', er, om udbyderen har et fysisk kontor eller fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til. Det fremhæves endvidere, at det ikke er tilstrækkeligt at have en dansk hjemmeside på internettet.

Som Forbrugerstyrelsen anfører i notat af 23. oktober 2009 ... har Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat i 2003 ... konstateret, at der i vurderingen af etableringskravet i henhold til Rejsegarantifondsloven skal tages udgangspunkt i etableringsbegrebet i EU-

traktatens artikel 43, og i den forbindelse kan følgende kriterier indgå i vurderingen:

- Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted eller fast repræsentant,
- Om kunderne kan henvende sig til og indgå aftaler med virksomheden eller den faste repræsentant,
- Om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/repræsentant her i landet,
- Er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe 'etableret', hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetserver eller i form af markedsføring og
- Om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark.

Endvidere slår Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat ... fast, at Rejsegarantifondsloven pålægger rejseudbydere og – formidlere forpligtelser (i modsætning til eksempelvis E-handelsloven), hvorfor lovens systematik og garantistillelsens karakter skal inddrages i den konkrete vurdering. Af dette kan udledes, at der skal være en mere stærk tilknytning til Danmark for at blive anset som 'etableret i Danmark' i henhold til Rejsegarantifondsloven, end i tilfælde hvor de respektive virksomheder får tildelt rettigheder.

I § 2 i lov om tjenesteydelser i det indre marked (lov nr. 384 af 25. maj 2009) ... defineres 'etablering' som tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed i et ikke nærmere angivet tidsrum fra et fast forretningssted, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser udføres.

I henhold til bemærkninger til lov om tjenesteydelser i det indre marked ... kræver etablering som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted. Afsluttende anføres det, at når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Forbrugerstyrelsen gentager desuden i notat af 3. juli 2009 ... ovennævnte vilkår (fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til, dansk hjemmeside er ikke tilstrækkeligt samt, at det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra) og konkluderer, at RGF indenfor disse rammer kan etablere en praksis vedrørende hvilke virksomheder, der kan anses som etablerede i Danmark.

Ovennævnte retskilder og fortolkningsbidrag synes altså at fastlægge diverse kriterier for at fastslå om et flyselskab er 'etableret i Danmark' og, at det er indenfor disse rammer, at RGF skal skønne hvilke virksomheder, der er registreringspligtige.

RGF's redegørelse

...

Nedenfor gennemgås de af RGF anførte argumenter.

K er en international koncern

Det er ikke afgørende for pligten til at lade sig registrere i RGF, hvorvidt der er tale om en international koncern, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller forretningssted.

Flyvninger til og fra Danmark

RGF har tillagt det afgørende betydning for, hvorvidt K anses som registreringspligtigt, at der foretages hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark – uanset om disse foretages af K eller af samarbejdspartnere.

I henhold til bemærkninger til lovforslag 2008/1 LSF 180, forslag til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven (bilag 2, s. 4) er det uden betydning for registreringspligten, hvilket land rejseudvidelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i Danmark eller udlandet. Dette følger endvidere af Forbrugerstyrelsens notat af 3. juli 2009 (bilag 10).

Lovgiver har således overvejet, hvorvidt flyvninger til og fra Danmark skal kunne tillægges betydning i vurderingen af 'etableret i Danmark', og har fundet at dette ikke skal være tilfældet.

Kunder der opholder sig i Danmark kan købe en billet med afrejse fra Danmark

K har kontor i Danmark på adressen ..., og er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med CVR-nr. ... Selskabets kontor i Danmark beskæftiger sig udelukkende med praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken. Der er således ikke tale om et fysisk forretningssted, hvorfra der udøves salgsaktivitet, ligesom kunder ikke kan henvende sig på kontoret.

Rent praktisk er det således slet ikke muligt for K at tilbyde forbrugerne dækning af Rejsegarantifonden, idet der ikke foregår selvstændigt salg fra kontoret i Danmark.

Flybilletter til danske forbrugere sælges via internettet ... Selskabet har således ingen hjemmeside under et dansk domæne, og aftalen om salg af flybilletter indgås med det udenlandske luftfartsselskab.

I henhold til Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... anføres, at det er adressen der fremgår af kundens faktura, der er afgørende for RGF's fortolkning af etableringskravet. Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen og det afgørende er således, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbydere, der har udstedt fakturaen har forretningssted eller postadresse, som kunden har indgået aftalen med, og det er således ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside eller et udenlandsk domæne.

At hjemmesidens indhold kan tilgås på dansk eller, at priserne for flybilletterne kan vælges vist i danske kroner, kan ikke i sig selv tages til

grund for, at selskabet er etableret i Danmark. Dette følger blandt andet af forarbejderne til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. det ovenfor anførte. Endvidere angiver Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ... implicit, at salg fra en hjemmeside alene kan blive omfattet af 'etablering i Danmark' såfremt der eksisterer et dansk forretningssted.

K har eget kontor i Danmark, hvor der er ansat medarbejdere

Som anført ovenfor, er det korrekt, at K har et kontor i Danmark, og der er 12 medarbejdere ansat af det danske selskab. Der beskæftiger sig med praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken. Derudover er der to medarbejdere udstationeret fra det udenlandske luftfartsselskab, der forestår kontakten til rejsearrangører. Afgørende er dog, at der ikke foretages salg af billetter til K's afrejser til danske forbrugere, og de ansattes opgaver er ikke relaterede til billetsalg.

Konklusion

Det kan således konkluderes, at K ikke foretager salgsaktiviteter fra et fysisk sted i Danmark, ligesom kunder ikke kan henvende sig til og indgå aftale med K på kontoret, og at der ikke udstedes fakturaer eller solgte billetter fra en dansk adresse.

På baggrund af ovenstående betragtninger finder vi således fortsat, at K ikke er forpligtet til at lade sig registrere i Rejsegarantifonden i henhold til Rejsegarantifondsloven, idet K ikke har en tilstrækkelig høj grad af tilknytning til Danmark til at kunne anses som etableret i Danmark.
...”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 23. marts 2010 heroverfor bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 20. januar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 17. februar 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Kontor i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har kontor i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig, fordi der ikke finder billet-salg sted, og fordi de ansattes opgaver ikke er relaterede til billetsalg.

Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, at klageren rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er fra dette kontor, der sælges flybilletter til kunderne. Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontor i Danmark bevirker, at klageren har en permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted, og det kan ikke være afgørende, om etableringen i Danmark tjener passagerorienterede interesser eller ej.

Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen har tillagt det afgørende vægt, at klageren har kontor i Danmark.”

Klager er ved skrivelse af 16. april 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbe-kendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. ja-nuar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og bil-leje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at til-byde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod beta-ling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lo-

vens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

K ApS har efter det oplyste eget kontor i Kastrup med 12 medarbejdere. Kunder kan ikke henvende sig på kontoret, der er beskæftiget med praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken. Selskabet er i ... [lufthavn] repræsenteret af handlingselskabet B, som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. K ApS har en hjemmeside, der er tilgængelig på dansk og kan angive priser i danske kroner, og selskabet har et dansk CVR-nummer. Efter en samlet vurdering må selskabet derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K ApS er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

31) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0019448).

Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. december 2009 har advokat A på vegne af K [2 luftfartsselskaber] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

” ...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomhe-

den har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.

- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor ”omsætning” opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal ”omsætning” opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringsselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb

svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
...”

I klageskrivelsen af 11. december 2009 har advokat A anført:

”Vi repræsenterer K (K1 S.A. og K2 N.V. (...)) i forbindelse med den forestående ikrafttræden af ændring af Rejsegarantifondsloven (Lov nr. 315 af 14. maj 1997 som ændret, og senest ved lov nr. 518 af 12. juni 2009), der medfører en udvidelse af kredsen af registreringspligtige i Rejsegarantifonden (”**RGF**”).

RGF traf den 13. november 2009 afgørelse om, at K under den ændrede Rejsegarantifondslov er forpligtet til at lade sig registrere hos og dermed stille garanti overfor RGF (se bilag 3).

På vegne K indklages nævnte afgørelse hermed for Erhvervsankenævnet (herefter ”**Ankenævnet**”) i henhold til § 1, stk. 1 i Erhvervsankenævnsløven, jf. § 24 i Rejsegarantifondsloven.

I henhold til § 20 i Rejsegarantifondsloven skal alle rejseudbydere og -formidlere, der er etableret i Danmark, være registreret i RGF.

Ifølge RGF’s praksis vedrørende etableringskravet, er det afgørende for at blive anset som etableret i Danmark, at den pågældende rejseudbyder/-formidler har en høj grad af tilknytning til Danmark, herunder, hvorvidt rejser udbydes/formidles fra Danmark og/eller kunderne faktureres fra Danmark.

I henhold til den indklagede afgørelse afviger RGF fra sin egen praksis, når det skal vurderes, hvorvidt luftfartsselskaber opfylder etableringskravet.

RGF anfører i deres begrundelse for afgørelsen, at luftfartsselskaber ikke direkte kan sammenlignes med øvrige rejseudbydere, idet luftfartsselskaber typisk er etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end det land, hvor hovedkontoret ligger. På den baggrund har RGF angivet, at et luftfartsselskab skal anses som etableret i Danmark, hvis det (i) flyver til og fra Danmark eller (ii) ikke flyver til Danmark, men har etableret et samarbejde med et luftfartsselskab, der flyver til Danmark.

Hverken ordlyden af Rejsegarantifondens § 20 eller forarbejderne dertil giver støtte for RGF’s fortolkning af etableringskravet. Allerede den sproglige forståelse af nævnte § 20’s ”*her i landet i etablerede*” udelukker, at en så løs tilknytning til Danmark som flyvninger til og fra Danmark skulle opfylde etableringskravet.

Hertil kommer, at hverken Rejsegarantifondsloven eller forarbejderne indikerer, at det har været lovgivers ønske, at RGF’s praksis vedrørende

etableringskravet skulle ændres eller at etableringskravet, hvad angår luftfartsselskaber, skulle forstås anderledes end for øvrige rejseudbydere.

Således mener vi ikke, at K er forpligtet til at lade sig registrere i RGF, ligesom vi heller ikke mener, at K i øvrigt er pligtige at lade sig registrere i henhold til Rejsegarantifondsloven.

Da nærværende klage må anses som principiel, indstiller vi, at klagen tillægges opsættende virkning i overensstemmelse med § 6 i Erhvervsankenævnetsloven.

...”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 20. januar 2010 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden (”konkursdækning”). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 11. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ...og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en

samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Selskabet har eget kontor, medarbejdere i Danmark og dansk CVR-nummer. Selskabet angiver priser i danske kroner på selskabets hjemmeside på internettet.

Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt – vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at det forhold, at et flyselskab rent faktisk har oprettet et kontor i Danmark med medarbejdere, og at selskabet på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabets flyvninger udgår, bevirker, at selskabet må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.

Såfremt flyselskaberne ud over at sælge billetter via hjemmesider på internettet også sælger billetter via agenter i Danmark, medfører dette efter fondens opfattelse, at flyselskaberne er registreringspligtige i medfør af § 20, idet flyselskaberne så har en faste repræsentanter i Danmark, som handler på flyselskabernes vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er

etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærk-

ningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 3009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

- Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.
- Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

- Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 17. februar 2010 har advokat A anført:

”...

Flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og - formidlere

RGF har ved afgørelse af 13. november 2009 afvejet fra de af lovgiver udstukne rammer – ligesom RGF har afvejet fra sin egen praksis - ved vurderingen af 'etableringskravet' for K's registreringspligt. Årsagen hertil er ifølge RGF, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere, idet flyselskaber ofte er store internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer filialer, forretningssteder eller salgskontorer i Danmark.

Det følger dog hverken af lovens ordlyd eller af forarbejderne hertil, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Erhvervs- og Økonomiministeren understregede i forbindelse med behandlingen af lovforslaget til ændringen af Rejsegarantifondsloven på diverse udvalgsmøder ..., at vurderingen af 'etableringskravet' skal ske i overensstemmelse med RGF's praksis inden lovændringen, og skelnede i den forbindelse ikke mellem flyselskaber og øvrige rejseudbydere og – formidlere. RGF's praksis synes at være, at det har været afgørende, hvorvidt udbyderen har fast forretningssted i Danmark, om kunderne har haft mulighed for at henvende sig fysisk på forretningsstedet samt hvilken adresse faktureringen af billetten er sket fra.

Endvidere anfører Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ..., at det kan lægges til grund, at der for udbydere af flytransport (og billeje) gælder de samme kriterier i vurderingen af 'etableringskravet', som der

gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, ligesom RGF's praksis herfor skal finde anvendelse.

Det har således ikke været hensigten med ændringsloven at udvide definitionen af, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark, ligesom det må stå klart, at der ikke skal ske forskelsbehandling af flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Lovgiver har således taget stilling til hvornår et flyselskab er at anse som 'etableret i Danmark' og RGF indrømmes således et skøn til at angive, hvorvidt det pågældende flyselskab har en høj grad af tilknytning til Danmark indenfor de af lovgiver fastsatte rammer.

'Etableret i Danmark'

Ifølge bemærkningerne til lovforslag 2008/1 LSF 180 til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... defineres 'etableret i Danmark' som en udbyder med fysisk kontor eller fast forretningssted i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Vilkår der kan tillægges vægt i vurderingen af 'etableringskravet' følger af Økonomi- og Erhvervsministeren udtalelser i forbindelse med forslagens førstebehandling ...:

"Hvis man skal vurdere, om et selskab er etableret i Danmark, er der forskellige kriterier, som kan indgå i vurderingen af, om man er etableret. For det første, om der er en permanent fysisk tilstedeværelse - det kan være et fast forretningssted eller en fast repræsentant - om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunder kan henvende sig og indgå aftaler med udbyderen, og om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte firmaet.

Det at have en dansk hjemmeside på internettet er ikke tilstrækkeligt til at kunne sige, at man er etableret i Danmark, og heller ikke tilstrækkeligt til, at vi juridisk har hjemmel til at kunne håndhæve disse regler."

Økonomi- og Erhvervsministeren gentager dette synspunkt i svar til tre spørgsmål stillet under udvalgsarbejdet, se således svarene på spørgsmål 9 ..., 12 ... og 19 Af alle tre besvarelser fremgår det, at afgørende for, om en udbyder skal betragtes som 'etableret i Danmark', er, om udbyderen har et fysisk kontor eller fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til. Det fremhæves endvidere, at det ikke er tilstrækkeligt at have en dansk hjemmeside på Internettet.

Som Forbrugerstyrelsen anfører i notat af 23. oktober 2009 ... har Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat i 2003 ... konstateret, at der i vurderingen af etableringskravet i henhold til Rejsegarantifondsloven skal tages udgangspunkt i etableringsbegrebet i EU-traktatens artikel 43, og i den forbindelse kan følgende kriterier indgå i vurderingen:

- Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted eller fast repræsentant,

- Om kunderne kan henvende sig til og indgå aftaler med virksomheden eller den faste repræsentant,
- Om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/repræsentant her i landet,
- Er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe 'etableret', hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetserver eller i form af markedsføring og
- Om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark.

Endvidere slår Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat ... fast, at Rejsegarantifondsloven pålægger rejseudbydere og – formidlere forpligtelser (i modsætning til eksempelvis E-handelsloven), hvorfor lovens systematik og garantistillelsens karakter skal inddrages i den konkrete vurdering. Af dette kan udledes, at der skal være en mere stærk tilknytning til Danmark for at blive anset som 'etableret i Danmark' i henhold til Rejsegarantifondsloven, end i tilfælde hvor de respektive virksomheder får tildelt rettigheder.

I § 2 i lov om tjenesteydelser i det indre marked (lov nr. 384 af 25. maj 2009) ... defineres 'etablering' som tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed i et ikke nærmere angivet tidsrum fra et fast forretningssted, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser udføres.

I henhold til bemærkninger til lov om tjenesteydelser i det indre marked ... kræver etablering som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted. Afsluttende anføres det, at når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Forbrugerstyrelsen gentager desuden i notat af 3. juli 2009 ... ovennævnte vilkår (fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til, dansk hjemmeside er ikke tilstrækkeligt samt, at det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra) og konkluderer, at RGF indenfor disse rammer kan etablere en praksis vedrørende hvilke virksomheder, der kan anses som etablerede i Danmark.

Ovennævnte retskilder og fortolkningsbidrag synes altså at fastlægge diverse kriterier for at fastslå om et flyselskab er 'etableret i Danmark' og, at det er indenfor disse rammer, at RGF skal skønne hvilke virksomheder, der er registreringspligtige.

RGF's redegørelse

...

Nedenfor gennemgås de af RGF anførte argumenter.

K er en international koncern

Det er ikke afgørende for pligten til at lade sig registrere i RGF, hvorvidt der er tale om en international koncern, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller forretningssted.

Flyvninger til og fra Danmark

RGF har tillagt det afgørende betydning for, hvorvidt K anses som registreringspligtig, at der foretages hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark – uanset om disse foretages af K eller af samarbejdspartnere.

I henhold til bemærkninger til lovforslag 2008/1 LSF 180, forslag til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... er det uden betydning for registreringspligten, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i Danmark eller udlandet. Dette følger endvidere af Forbrugerstyrelsens notat af 3. juli 2009

Lovgiver har således overvejet, hvorvidt flyvninger til og fra Danmark skal tillægges betydning i vurderingen af 'etableret i Danmark', og har fundet at dette ikke skal være tilfældet.

Kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark

K har et kontor i Danmark ..., og er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med CVR-nr. ..., ligesom K har kontor i [lufthavn]. Selskabets kontor ... beskæftiger sig udelukkende med administration mv., medens selskabets kontor i [lufthavn] beskæftiger sig med praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken samt, for en lille del, salg af flybilletter.

Billetter til danske forbrugere sælges hovedsagligt via rejsebureauer og kun i ubetydeligt omfang (kun 2 % af det samlede salg til danske kunder) via kontoret i ... [lufthavn]. De pågældende rejsebureauer skal i henhold til Rejsegarantifondsloven tilbyde en dansk forbruger at købe dækning via Rejsegarantifonden, og den danske forbruger vil således være dækket af Rejsegarantifonden i tilfælde af eventuel konkurs.

Endvidere sælges flybilletter til danske forbrugere via internettet på ... samt ..., der befinder sig på et dansk domæne, men udelukkende henviser til de globale internet-sider (... [.com] og ... [.com]). Aftalen om salg af flybilletter indgås således også med de udenlandske luftfartsselskaber, hvorfor fakturaen og flybilletter udstedes af disse luftfartsselskaber.

I henhold til Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... anføres, at det er adressen der fremgår af kundens faktura, der er afgørende for RGF's fortolkning af etableringskravet. Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen og det afgørende er således, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbydere, der har udstedt fakturaen har forretningssted eller postadresse, som kunden har indgået aftalen med, og det er således ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside eller et udenlandsk domæne.

At priserne for flybilletterne kan vælges vist i danske kroner, kan ikke i sig selv tages til grund for, at selskabet er etableret i Danmark. Dette følger blandt andet af forarbejderne til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. det ovenfor anførte.

Endvidere angiver Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ... implicit, at salg fra en hjemmeside alene kan blive omfattet af 'etablering i Danmark' såfremt der eksisterer et dansk forretningssted. Såfremt dette er tilfældet, er selskabets etableringssted det sted, der udgør centret for rejseudbyderes virksomhed i relation til salg af flybilletter (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges), altså i Frankrig og Holland.

Konklusion

Vi mener således, at etableringskravet for K ikke er opfyldt, da;

- (i) der kontraheres med et luftfartsselskab, etableret i udlandet, som ligeledes udsteder fakturaer fra udlandet;
- (ii) salg fra kontoret i [lufthavn] alene udgør ca. 2 % af salget til danske kunder, hvorfor den permanente fysiske tilstedeværelse i Danmark kun kan betragtes som ubetydelig, og således ikke kan danne grundlag for en tilstrækkelig høj grad af tilknytning, at denne kvalificerer til etablering; og
- (iii) ca. 98 % af salget til danske kunder sker enten ved web-salg, hvor fakturaen udstedes i udlandet, eller via danske rejsebureauer, hvor rejsebureauerne allerede er forpligtede til at lade sig registrere hos RGF samt tilbyde forbrugerne at tegne konkursdækning.

På baggrund af ovenstående betragtninger finder vi således fortsat, at Air K ikke er forpligtet til at lade sig registrere i Rejsegarantifonden i henhold til Rejsegarantifondsloven, idet K ikke har en tilstrækkelig høj grad af tilknytning til Danmark til at kunne anses som etableret i Danmark.
..."

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 23. marts 2010 heroverfor bemærket:

"...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Dan-

mark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 20. januar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 17. februar 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Kontorer i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har kontorer i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig, fordi der kun finder et ubetydeligt billetsalg sted fra det ene af kontorerne.

Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, at klageren rent faktisk har valgt at etablere kontorer i Danmark, og ikke om det rent teknisk er fra et eller flere af disse kontorer, der sælges flybilletter til kunderne. Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontorer i Danmark bevirker, at klageren har en permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af faste forretningssteder, og det kan ikke være afgørende, om etableringen i Danmark tjener passagerorienterede interesser eller ej.

Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen har tillagt det afgørende vægt, at klageren har kontorer i Danmark.”

Klager er ved skrivelse af 16. april 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og bil-

leje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (LFF2008-2009.1.180) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

Det er om K blandt andet oplyst, at selskabet har kontor i [lufthavn], hvor kunder kan henvende sig og købe billetter. K angiver priser i danske kroner på selskabets hjemmeside på internettet og har et dansk CVR-nummer. Selskabet må derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

32) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020883).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. december 2009 har advokat A på vegne af K Inc. klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

” ...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomhe-

den har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K Inc. er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.

- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor ”omsætning” opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal ”omsætning” opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringsselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb

svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
...”

I klageskrivelsen af 11. december 2009 har advokat A anført:

”Vi repræsenterer K Inc. i forbindelse med den forestående ikrafttræden af ændring af Rejsegarantifondsloven (Lov nr. 315 af 14. maj 1997 som ændret, og senest ved lov nr. 518 af 12. juni 2009), der medfører en udvidelse af kredsen af registreringspligtige i Rejsegarantifonden (”**RGF**”).

RGF traf den 13. november 2009 afgørelse om, at K Inc. under den ændrede Rejsegarantifondslov er forpligtet til at lade sig registrere hos og dermed stille garanti overfor RGF (se bilag 2).

På vegne K Inc. indklages nævnte afgørelse hermed for Erhvervsankenævnet (herefter ”**Ankenævnet**”) i henhold til § 1, stk. 1 i Erhvervsankenævnetsloven, jf. § 24 i Rejsegarantifondsloven.

I henhold til § 20 i Rejsegarantifondsloven skal alle rejseudbydere og -formidlere, der er etableret i Danmark, være registreret i RGF.

Ifølge RGF’s praksis vedrørende etableringskravet, er det afgørende for at blive anset som etableret i Danmark, at den pågældende rejseudbyder/-formidler har en høj grad af tilknytning til Danmark, herunder, hvorvidt rejser udbydes/formidles fra Danmark og/eller kunderne faktureres fra Danmark.

I henhold til den indklagede afgørelse afviger RGF fra sin egen praksis, når det skal vurderes, hvorvidt luftfartsselskaber opfylder etableringskravet.

RGF anfører i deres begrundelse for afgørelsen, at luftfartsselskaber ikke direkte kan sammenlignes med øvrige rejseudbydere, idet luftfartsselskaber typisk er etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end det land, hvor hovedkontoret ligger. På den baggrund har RGF angivet, at et luftfartsselskab skal anses som etableret i Danmark, hvis det (i) flyver til og fra Danmark eller (ii) ikke flyver til Danmark, men har etableret et samarbejde med et luftfartsselskab, der flyver til Danmark.

Hverken ordlyden af Rejsegarantifondens § 20 eller forarbejderne dertil giver støtte for RGF’s fortolkning af etableringskravet. Allerede den sproglige forståelse af nævnte § 20’s ”*her i landet i etablerede*” udelukker, at en så løs tilknytning til Danmark som flyvninger til og fra Danmark skulle opfylde etableringskravet.

Hertil kommer, at hverken Rejsegarantifondsloven eller forarbejderne indikerer, at det har været lovgivers ønske, at RGF’s praksis vedrørende

etableringskravet skulle ændres eller at etableringskravet, hvad angår luftfartsselskaber, skulle forstås anderledes end for øvrige rejseudbydere.

Således mener vi ikke, at K er forpligtet til at lade sig registrere i RGF, ligesom vi heller ikke mener, at K Inc. i øvrigt er pligtige at lade sig registrere i henhold til Rejsegarantifondsloven.

Da nærværende klage må anses som principiel, indstiller vi, at klagen tillægges opsættende virkning i overensstemmelse med § 6 i Erhvervsankenævnetsloven.

...”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 20. januar 2010 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden (”konkursdækning”). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K Inc. er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 11. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en

samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K Inc. flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Selskabet har eget kontor, medarbejdere i Danmark og dansk CVR-nummer. Selskabet angiver priser i danske kroner på selskabets hjemmeside på internettet.

Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt – vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at det forhold, at et flyselskab rent faktisk har oprettet et kontor i Danmark med medarbejdere, og at selskabet på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabets flyvninger udgår, bevirker, at selskabet må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.

Såfremt flyselskaberne ud over at sælge billetter via hjemmesider på internettet også sælger billetter via agenter i Danmark, medfører dette efter fondens opfattelse, at flyselskaberne er registreringspligtige i medfør af § 20, idet flyselskaberne så har en faste repræsentanter i Danmark, som handler på flyselskabernes vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er

etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærk-

ningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 3009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.

Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.

Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandske etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 17. februar 2010 har advokat A anført:

”...

Flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og - formidlere

RGF har ved afgørelse af 13. november 2009 afvejet fra de af lovgiver udstukne rammer – ligesom RGF har afvejet fra sin egen praksis - ved vurderingen af 'etableringskravet' for K's registreringspligt. Årsagen hertil er ifølge RGF, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere, idet flyselskaber ofte er store internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer filialer, forretningssteder eller salgskontorer i Danmark.

Det følger dog hverken af lovens ordlyd eller af forarbejderne hertil, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Erhvervs- og Økonomiministeren understregede i forbindelse med behandlingen af lovforslaget til ændringen af Rejsegarantifondsloven på diverse udvalgsmøder ..., at vurderingen af 'etableringskravet' skal ske i overensstemmelse med RGF's praksis inden lovændringen, og skelnede i den forbindelse ikke mellem flyselskaber og øvrige rejseudbydere og – formidlere. RGF's praksis synes at være, at det har været afgørende, hvorvidt udbyderen har fast forretningssted i Danmark, om kunderne har haft mulighed for at henvende sig fysisk på forretningsstedet samt hvilken adresse faktureringen af billetten er sket fra.

Endvidere anfører Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ..., at det kan lægges til grund, at der for udbydere af flytransport (og billeje) gælder de samme kriterier i vurderingen af 'etableringskravet', som der

gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, ligesom RGF's praksis herfor skal finde anvendelse.

Det har således ikke været hensigten med ændringsloven at udvide definitionen af, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark, ligesom det må stå klart, at der ikke skal ske forskelsbehandling af flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Lovgiver har således taget stilling til hvornår et flyselskab er at anse som 'etableret i Danmark' og RGF indrømmes således et skøn til at angive, hvorvidt det pågældende flyselskab har en høj grad af tilknytning til Danmark indenfor de af lovgiver fastsatte rammer.

'Etableret i Danmark'

Ifølge bemærkningerne til lovforslag 2008/1 LSF 115 til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... defineres 'etableret i Danmark' som en udbyder med fysisk kontor eller fast forretningssted i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Vilkår der kan tillægges vægt i vurderingen af 'etableringskravet' følger af Økonomi- og Erhvervsministeren udtalelser i forbindelse med forslagens førstebehandling ...:

"Hvis man skal vurdere, om et selskab er etableret i Danmark, er der forskellige kriterier, som kan indgå i vurderingen af, om man er etableret. For det første, om der er en permanent fysisk tilstedeværelse - det kan være et fast forretningssted eller en fast repræsentant - om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunder kan henvende sig og indgå aftaler med udbyderen, og om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte firmaet.

Det at have en dansk hjemmeside på internettet er ikke tilstrækkeligt til at kunne sige, at man er etableret i Danmark, og heller ikke tilstrækkeligt til, at vi juridisk har hjemmel til at kunne håndhæve disse regler."

Økonomi- og Erhvervsministeren gentager dette synspunkt i svar til tre spørgsmål stillet under udvalgsarbejdet, se således svarene på spørgsmål 9 ..., 12 ... og 19 Af alle tre besvarelser fremgår det, at afgørende for, om en udbyder skal betragtes som 'etableret i Danmark', er, om udbyderen har et fysisk kontor eller fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til. Det fremhæves endvidere, at det ikke er tilstrækkeligt at have en dansk hjemmeside på Internettet.

Som Forbrugerstyrelsen anfører i notat af 23. oktober 2009 ... har Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat i 2003 ... konstateret, at der i vurderingen af etableringskravet i henhold til Rejsegarantifondsloven skal tages udgangspunkt i etableringsbegrebet i EU-traktatens artikel 43, og i den forbindelse kan følgende kriterier indgå i vurderingen:

- Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted eller fast repræsentant,

- Om kunderne kan henvende sig til og indgå aftaler med virksomheden eller den faste repræsentant,
- Om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/repræsentant her i landet,
- Er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe 'etableret', hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetserver eller i form af markedsføring og
- Om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark.

Endvidere slår Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat ... fast, at Rejsegarantifondsloven pålægger rejseudbydere og – formidlere forpligtelser (i modsætning til eksempelvis E-handelsloven), hvorfor lovens systematik og garantistillelsens karakter skal inddrages i den konkrete vurdering. Af dette kan udledes, at der skal være en mere stærk tilknytning til Danmark for at blive anset som 'etableret i Danmark' i henhold til Rejsegarantifondsloven, end i tilfælde hvor de respektive virksomheder får tildelt rettigheder.

I § 2 i lov om tjenesteydelser i det indre marked (lov nr. 384 af 25. maj 2009) ... defineres 'etablering' som tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed i et ikke nærmere angivet tidsrum fra et fast forretningssted, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser udføres.

I henhold til bemærkninger til lov om tjenesteydelser i det indre marked ... kræver etablering som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted. Afsluttende anføres det, at når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Forbrugerstyrelsen gentager desuden i notat af 3. juli 2009 ... ovennævnte vilkår (fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til, dansk hjemmeside er ikke tilstrækkeligt samt, at det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra) og konkluderer, at RGF indenfor disse rammer kan etablere en praksis vedrørende hvilke virksomheder, der kan anses som etablerede i Danmark.

Ovennævnte retskilder og fortolkningsbidrag synes altså at fastlægge diverse kriterier for at fastslå om et flyselskab er 'etableret i Danmark' og, at det er indenfor disse rammer, at RGF skal skønne hvilke virksomheder, der er registreringspligtige.

RGF's redegørelse

...

Nedenfor gennemgås de af RGF anførte argumenter.

K er en international concern

Det er ikke afgørende for pligten til at lade sig registrere i RGF, hvorvidt der er tale om en international koncern, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller forretningssted.

Flyvninger til og fra Danmark

RGF har tillagt det afgørende betydning for, hvorvidt K anses som registreringspligtigt, at der foretages hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark – uanset om disse foretages af K eller af samarbejdspartnere.

I henhold til bemærkninger til lovforslag 2008/1 LSF 115, forslag 180 til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven (bilag 3 s. 4) er det uden betydning for registreringspligten, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i Danmark eller udlandet. Dette følger endvidere af Forbrugerstyrelsens notat af 3. juli 2009 (bilag 11).

Lovgiver har således overvejet, hvorvidt flyvninger til og fra Danmark skal tillægges betydning i vurderingen af 'etableret i Danmark', og har fundet at dette ikke skal være tilfældet.

Kunder der opholder sig i Danmark kan købe en billet med afrejse fra Danmark

K har et kontor i Danmark ... [i en lufthavn], og er registreret med følgende CVR-nr. ... hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Selskabets kontor i beskæftiger sig udelukkende med administration samt praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken. Der er således ikke tale om et fysisk forretningssted, hvorfra der udøves salgsaktivitet, ligesom kunder ikke kan henvende sig på kontoret.

Rent praktisk er det således slet ikke muligt for K at tilbyde forbrugerne dækning af Rejsegarantifonden, idet der ikke foregår selvstændigt salg fra kontoret i Danmark.

Billetter til danske forbrugere sælges via rejsebureauer, som i eget navn formidler Ks billetter. De pågældende rejsebureauer skal i henhold til Rejsegarantifondsloven tilbyde den danske forbrugeren at købe dækning via Rejsegarantifonden, og den danske forbruger vil således være dækket af Rejsegarantifonden i tilfælde af eventuel konkurs.

K har dog i salgshenseende en fast repræsentant i Danmark, der alene står for kontakten til rejsebureauerne. I teorien er der mulighed for salg til kunder fra den faste repræsentant, men dette praktiseres generelt ikke.

Endvidere sælges flybilletter til danske forbrugere via internettet ... Selskabet har således ingen hjemmeside under et dansk domæne, og aftalen om salg af flybilletten indgås med det udenlandske luftfartsselskab, og flybilletter, når disse udstedes i papir-form, udstedes fra England ...

I henhold til Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... anføres, at det er adressen der fremgår af kundens faktura, der er afgørende for

RGF's fortolkning af etableringskravet. Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen og det afgørende er således, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbydere, der har udstedt fakturaen har forretningssted eller postadresse, som kunden har indgået aftalen med, og det er således ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside eller et udenlandsk domæne.

At hjemmesidens indhold kan tilgås på dansk eller, at priserne for flybilletterne kan vælges vist i danske kroner (hvilket alene er tilfældet for flyrejser med udrejse fra Danmark), kan ikke i sig selv tages til grund for, at selskabet er etableret i Danmark. Dette følger blandt andet af forarbejderne til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. ovenfor anførte.

Endvidere angiver Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ... implicit, at salg fra en hjemmeside alene kan blive omfattet af 'etablering i Danmark' såfremt der eksisterer et dansk forretningssted. Såfremt dette er tilfældet, er selskabets etableringssted det sted, der udgør centret for rejseudbyderes virksomhed i relation til salg af flybilletter (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges), dvs. England.

K har eget kontor i Danmark, hvor der er ansat medarbejdere

Som anført ovenfor, er det korrekt, at K har et kontor i Danmark, hvor der er ansat 2 medarbejdere. Afgørende er dog, at der ikke foretages salg af billetter til Ks afrejser. Kontoret beskæftiger sig udelukkende med administration samt praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken, og de ansattes opgaver omfatter hverken billetsalg eller kontakt til danske forbrugere.

Konklusion

På baggrund af ovenstående, mener vi således, at etableringskravet for K ikke er opfyldt, da;

- (iv) der kontraheres med et luftfartsselskab, etableret i udlandet, som ligeledes udsteder fakturaer;
- (v) kontoret i Københavns lufthavn alene beskæftiger sig med administration samt praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken;
- (vi) den faste repræsentant alene forestår kontakten til rejsebureauet, og kun i teorien har mulighed for at sælge billetter til danske forbrugere uden, at dette praktiseres generelt, hvorfor den permanente fysiske tilstedeværelse i Danmark kun kan betragtes som ubetydelig, og således ikke kan danne grundlag for en så tilstrækkelig høj grad af tilknytning, at denne kvalificerer til etablering; og
- (vii) salget til danske kunder sker enten ved web-salg, eller via danske rejsebureauer, hvor rejsebureauerne allerede er forpligtede til at lade sig registrere hos RGF samt tilbyde forbrugerne at tegne konkursdækning.

På baggrund af ovenstående betragtninger finder vi således fortsat, at K ikke er forpligtet til at lade sig registrere i Rejsegarantifonden i henhold til Rejsegarantifondsloven, idet K ikke har en tilstrækkelig høj grad af tilknytning til Danmark til at kunne anses som etableret i Danmark.
...

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 23. marts 2010 heroverfor bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tje-nesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 20. januar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 17. februar 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Kontor og fast repræsentant i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har kontor i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig, fordi der ikke finder billetsalg sted, og fordi de ansattes opgaver ikke er relaterede til billetsalg.

Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, at klageren rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er fra dette kontor, der sælges flybilletter til kunderne. Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontor i Danmark bevirker, at

klageren har en permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted, og det kan ikke være afgørende, om etableringen i Danmark tjener passagerorienterede interesser eller ej.

Klageren anfører videre, at det forhold, at klageren har en fast repræsentant i Danmark, ikke medfører, at klageren kan anses for at være etableret i Danmark, idet repræsentanten i praksis ikke sælger billetter til forbrugere, selv om dette i teorien er muligt. Fonden er af den opfattelse, at tilstedeværelsen af en fast repræsentant i Danmark bevirker, at klageren har en permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark – uanset om repræsentanten rent faktisk sælger billetter eller ej.

Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen tillægger det afgørende vægt, at klageren har kontor og fast repræsentant i Danmark.”

Klager er ved skrivelse af 16. april 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

..."

K Inc. har efter det oplyste eget kontor i [lufthavnen] til behandling af administrative og praktiske forhold i forbindelse med afvikling af trafikken. Selskabet er i [lufthavnen] repræsenteret af [et handlingselskab], som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. K Inc. angiver priser i danske kroner på selskabets hjemmeside på internettet og har et dansk CVR-nummer. Efter en samlet vurdering må selskabet derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K Inc. er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

33) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020884).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 11. december 2009 har advokat A på vegne af K Inc. klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

”...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 ”ruteflyvning” og virksomhedsform ”anden udenlandsk virksomhed”, så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldelseskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Schemat udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.

- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
...”

I klageskrivelsen af 11. december 2009 har advokat A anført:

” Vi repræsenterer K Inc. i forbindelse med den forestående ikrafttræden af ændring af Rejsegarantifondsloven (Lov nr. 315 af 14. maj 1997 som ændret, og senest ved lov nr. 518 af 12. juni 2009), der medfører en udvidelse af kredsen af registreringspligtige i Rejsegarantifonden (”**RGF**”).

RGF traf den 13. november 2009 afgørelse om, at K under den ændrede Rejsegarantifondslov er forpligtet til at lade sig registrere hos og dermed stille garanti overfor RGF ...

På vegne K indklages nævnte afgørelse hermed for Erhvervsankenævnet (herefter ”**Ankenævnet**”) i henhold til § 1, stk. 1 i Erhvervsankenævnsloven, jf. § 24 i Rejsegarantifondsloven.

I henhold til § 20 i Rejsegarantifondsloven skal alle rejseudbydere og -formidlere, der er etableret i Danmark, være registreret i RGF.

Ifølge RGF's praksis vedrørende etableringskravet, er det afgørende for at blive anset som etableret i Danmark, at den pågældende rejseudbyder/-formidler har en høj grad af tilknytning til Danmark, herunder, hvorvidt rejser udbydes/formidles fra Danmark og/eller kunderne faktureres fra Danmark.

I henhold til den indklagede afgørelse afviger RGF fra sin egen praksis, når det skal vurderes, hvorvidt luftfartsselskaber opfylder etableringskravet.

RGF anfører i deres begrundelse for afgørelsen, at luftfartsselskaber ikke direkte kan sammenlignes med øvrige rejseudbydere, idet luftfartsselskaber typisk er etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end det land, hvor hovedkontoret ligger. På den baggrund har RGF angivet, at et luftfartsselskab skal anses som etableret i Danmark, hvis det (i) flyver til og fra Danmark eller (ii) ikke flyver til Danmark, men har etableret et samarbejde med et luftfartsselskab, der flyver til Danmark.

Hverken ordlyden af Rejsegarantifondens § 20 eller forarbejderne dertil giver støtte for RGF's fortolkning af etableringskravet. Allerede den sproglige forståelse af nævnte § 20's "*her i landet i etablerede*" udelukker, at en så løs tilknytning til Danmark som flyvninger til og fra Danmark skulle opfylde etableringskravet.

Hertil kommer, at hverken Rejsegarantifondsloven eller forarbejderne indikerer, at det har været lovgivers ønske, at RGF's praksis vedrørende etableringskravet skulle ændres eller at etableringskravet, hvad angår luftfartsselskaber, skulle forstås anderledes end for øvrige rejseudbydere.

Således mener vi ikke, at K er forpligtet til at lade sig registrere i RGF, ligesom vi heller ikke mener, at K i øvrigt er pligtigt at lade sig registrere i henhold til Rejsegarantifondsloven.

Da nærværende klage må anses som principiel, indstiller vi, at klagen tillægges opsættende virkning i overensstemmelse med § 6 i Erhvervsankenævnsloven.
..."

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 20. januar 2010 udtalt:

" ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009 Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytrans-

port til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden ("konkursdækning"). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K Inc. er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 11. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K Inc. flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Selskabet har eget kontor, medarbejdere i Danmark og dansk CVR-nummer. Selskabet angiver priser i danske kroner på selskabets hjemmeside på internettet.

Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at det forhold, at et flyselskab rent faktisk har oprettet et kontor i Danmark med medarbejdere, og at selskabet på denne måde har en væsentlig tilknytning til Danmark, hvorfra selskabets flyvninger udgår, bevirker, at selskabet må anses for etableret i Danmark i lovens forstand.

Såfremt flyselskaberne ud over at sælge billetter via hjemmesider på internettet også sælger billetter via agenter i Danmark, medfører dette efter fondens opfattelse, at flyselskaberne er registreringspligtige i medfør af § 20, idet flyselskaberne så har en faste repræsentanter i Danmark, som handler på flyselskabernes vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig

i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe "etableret", hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark."*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

"Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hen-

syn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.

Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.

Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 17. februar 2010 har advokat A anført:

”...

Flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og -formidlere

RGF har ved afgørelse af 13. november 2009 afvejet fra de af lovgiver udstukne rammer – ligesom RGF har afvejet fra sin egen praksis - ved vurderingen af 'etableringskravet' for Ks registreringspligt. Årsagen her til er ifølge RGF, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere, idet flyselskaber ofte er store internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer filialer, forretningssteder eller salgskontorer i Danmark.

Det følger dog hverken af lovens ordlyd eller af forarbejderne hertil, at flyselskaber skal behandles anderledes end øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Erhvervs- og Økonomiministeren understregede i forbindelse med behandlingen af lovforslaget til ændringen af Rejsegarantifondsloven på diverse udvalgsmøder (bilag 4, 5 og 6), at vurderingen af 'etableringskravet' skal ske i overensstemmelse med RGF's praksis inden lovændringen, og skelnede i den forbindelse ikke mellem flyselskaber og øvrige rejseudbydere og – formidlere. RGF's praksis synes at være, at det har været afgørende, hvorvidt udbyderen har fast forretningssted i Danmark, om kunderne har haft mulighed for at henvende sig fysisk på forretningsstedet samt hvilken adresse faktureringen af billetten er sket fra.

Endvidere anfører Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ..., at det kan lægges til grund, at der for udbydere af flytransport (og billeje) gælder de samme kriterier i vurderingen af 'etableringskravet', som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, ligesom RGF's praksis herfor skal finde anvendelse.

Det har således ikke været hensigten med ændringsloven at udvide definitionen af, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark, ligesom det må stå klart, at der ikke skal ske forskelsbehandling af flyselskaber i forhold til øvrige rejseudbydere og – formidlere.

Lovgiver har således taget stilling til hvornår et flyselskab er at anse som 'etableret i Danmark' og RGF indrømmes således et skøn til at angive, hvorvidt det pågældende flyselskab har en høj grad af tilknytning til Danmark indenfor de af lovgiver fastsatte rammer.

'Etableret i Danmark'

Ifølge bemærkningerne til lovforslag 2008/1 LSF 180 til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... defineres 'etableret i Danmark' som en udbyder med fysisk kontor eller fast forretningssted i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Vilkår der kan tillægges vægt i vurderingen af 'etableringskravet' følger af Økonomi- og Erhvervsministeren udtalelser i forbindelse med forslagens førstebehandling ...:

"Hvis man skal vurdere, om et selskab er etableret i Danmark, er der forskellige kriterier, som kan indgå i vurderingen af, om man er etableret. For det første, om der er en permanent fysisk tilstedeværelse - det

kan være et fast forretningssted eller en fast repræsentant - om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunder kan henvende sig og indgå aftaler med udbyderen, og om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte firmaet.

Det at have en dansk hjemmeside på internettet er ikke tilstrækkeligt til at kunne sige, at man er etableret i Danmark, og heller ikke tilstrækkeligt til, at vi juridisk har hjemmel til at kunne håndhæve disse regler.”

Økonomi- og Erhvervsministeren gentager dette synspunkt i svar til tre spørgsmål stillet under udvalgsarbejdet, se således svarene på spørgsmål 9 ..., 12 ... og 19 Af alle tre besvarelser fremgår det, at afgørende for, om en udbyder skal betragtes som 'etableret i Danmark', er, om udbyderen har et fysisk kontor eller fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til. Det fremhæves endvidere, at det ikke er tilstrækkeligt at have en dansk hjemmeside på internettet.

Som Forbrugerstyrelsen anfører i notat af 23. oktober 2009 ... har Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat i 2003 ... konstateret, at der i vurderingen af etableringskravet i henhold til Rejsegarantifondsloven skal tages udgangspunkt i etableringsbegrebet i EU-traktatens artikel 43, og i den forbindelse kan følgende kriterier indgå i vurderingen:

- Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted eller fast repræsentant,
- Om kunderne kan henvende sig til og indgå aftaler med virksomheden eller den faste repræsentant,
- Om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/repræsentant her i landet,
- Er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe 'etableret', hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetserver eller i form af markedsføring og
- Om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssigt hjemsted i Danmark.

Endvidere slår Økonomi – og Erhvervsministeriets juridiske sekretariat ... fast, at Rejsegarantifondsloven pålægger rejseudbydere og – formidlere forpligtelser (i modsætning til eksempelvis E-handelsloven), hvorfor lovens systematik og garantistillelsens karakter skal inddrages i den konkrete vurdering. Af dette kan udledes, at der skal være en mere stærk tilknytning til Danmark for at blive anset som 'etableret i Danmark' i henhold til Rejsegarantifondsloven, end i tilfælde hvor de respektive virksomheder får tildelt rettigheder.

I § 2 i lov om tjenesteydelser i det indre marked (lov nr. 384 af 25. maj 2009) ... defineres 'etablering' som tjenesteyderens faktiske udøvelse af erhvervsvirksomhed i et ikke nærmere angivet tidsrum fra et fast forretningssted, hvorfra aktiviteten med levering af tjenesteydelser udføres.

I henhold til bemærkninger til lov om tjenesteydelser i det indre marked ... kræver etablering som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted. Afsluttende anføres det, at når en tjenesteyder

er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Forbrugerstyrelsen gentager desuden i notat af 3. juli 2009 ... ovennævnte vilkår (fast forretningssted, som kunderne fysisk kan henvende sig til, dansk hjemmeside er ikke tilstrækkeligt, samt at det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra) og konkluderer, at RGF indenfor disse rammer kan etablere en praksis vedrørende hvilke virksomheder, der kan anses som etablerede i Danmark.

Ovennævnte retskilder og fortolkningsbidrag synes altså at fastlægge diverse kriterier for at fastslå om et flyselskab er 'etableret i Danmark' og, at det er indenfor disse rammer, at RGF skal skønne hvilke virksomheder, der er registreringspligtige.

RGF's redegørelse

...

Nedenfor gennemgås de af RGF anførte argumenter.

K er en international koncern

Det er ikke afgørende for pligten til at lade sig registrere i RGF, hvorvidt der er tale om en international koncern, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller forretningssted.

Flyvninger til og fra Danmark

RGF har tillagt det afgørende betydning for, hvorvidt K anses som registreringspligtigt, at der foretages hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark – uanset om disse foretages af K eller af samarbejdspartnere.

I henhold til bemærkninger til lovforslag 2008/1 LSF 180, forslag til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven ... er det uden betydning for registreringspligten, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i Danmark eller udlandet. Dette følger endvidere af Forbrugerstyrelsens notat af 3. juli 2009

Lovgiver har således overvejet, hvorvidt flyvninger til og fra Danmark skal tillægges betydning i vurderingen af 'etableret i Danmark', og har fundet, at dette ikke skal være tilfældet.

Kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark

K har en filial i Danmark ..., og er registreret hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med CVR-nr. ... Selskabets kontor i Danmark beskæftiger sig udelukkende med kontakt til rejsebureauer og selskaber. Der er således ikke tale om et fysisk forretningssted, hvorfra der udøves salgsaktivitet, ligesom kunder ikke kan henvende sig på kontoret.

Rent praktisk er det således slet ikke muligt for K at tilbyde forbrugerne dækning af Rejsegarantifonden, idet der ikke foregår selvstændigt salg fra kontoret i Danmark.

Billetter til danske forbrugere sælges via rejsebureauer, som i eget navn formidler Ks billetter. De pågældende rejsebureauer skal i henhold til Rejsegarantifondsloven tilbyde den danske forbrugeren at købe dækning via Rejsegarantifonden, og den danske forbruger vil således være dækket af Rejsegarantifonden i tilfælde af eventuel konkurs.

Endvidere sælges flybilletter til danske forbrugere via internettet ... Selskabet har således ingen hjemmeside under et dansk domæne, og aftalen om salg af flybilletten indgås med det udenlandske luftfartsselskab, og fakturaen samt flybilletten udstedes fra den i USA placerede Internet-server.

I henhold til Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... anføres, at det er adressen der fremgår af kundens faktura, der er afgørende for RGF's fortolkning af etableringskravet. Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, og det afgørende er således, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbydere, der har udstedt fakturaen har forretningssted eller postadresse, som kunden har indgået aftalen med, og det er således ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside eller et udenlandsk domæne.

At hjemmesidens indhold kan tilgås på dansk eller, at priserne for flybilletterne kan vælges vist i danske kroner, kan ikke i sig selv tages til grund for, at selskabet er etableret i Danmark. Dette følger blandt andet af forarbejderne til lov om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. det ovenfor anførte. Endvidere angiver Forbrugerstyrelsen i notat af 23. oktober 2009 ... implicit, at salg fra en hjemmeside alene kan blive omfattet af 'etablering i Danmark' såfremt der eksisterer et dansk forretningssted.

K har eget kontor i Danmark, hvor der er ansat medarbejdere

Som anført ovenfor er det korrekt, at K har et kontor i Danmark, hvor der er ansat 11 medarbejdere. Afgørende er dog, at der ikke foretages salg af billetter til Ks afrejser. Kontoret beskæftiger sig udelukkende med kontakt til rejsebureauer, og de ansattes opgaver omfatter hverken billetsalg eller kontakt til forbrugere.

Konklusion

Det kan således konkluderes, at K ikke foretager salgsaktiviteter fra et fysisk sted i Danmark, ligesom kunder ikke kan henvende sig til og indgå aftale med K på kontoret, og at der ikke udstedes fakturaer eller solgte billetter fra en dansk adresse.

På baggrund af ovenstående betragtninger finder vi således fortsat, at K ikke er forpligtet til at lade sig registrere i Rejsegarantifonden i henhold

til Rejsegarantifondsloven, idet K ikke har en tilstrækkelig høj grad af tilknytning til Danmark til at kunne anses som etableret i Danmark.
...”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 23. marts 2010 heroverfor bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 20. januar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 17. februar 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Kontor i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har kontor i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig, fordi der ikke finder billetsalg sted, og fordi de ansattes opgaver ikke er relaterede til billetsalg.

Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, at klageren rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er fra dette kontor, der sælges flybilletter til kunderne. Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontor i Danmark bevirker, at klageren har en permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et

fast forretningssted, og det kan ikke være afgørende, om etableringen i Danmark tjener passagerorienterede interesser eller ej.

Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen har tillagt det afgørende vægt, at klageren har kontor i Danmark.”

Klager er ved skrivelse af 16. april 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er

afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.
..."

K Inc. har efter det oplyste en filial i København med 11 medarbejdere beskæftiget med kontakt til rejsebureauer og selskaber. Selskabet er i [lufthavnen] repræsenteret af [et handlingselskab], som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. K Inc. har en hjemmeside, der er tilgængelig på dansk og kan angive priser i danske kroner, og selskabet har et dansk CVR-nummer. Efter en samlet vurdering må selskabet derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K Inc. er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

34) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2009-0020906).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Den 18. december 2009 har K [luftfartsselskab] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

” ...

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et

forsikringssselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
..."

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 4. marts 2010 udtalt:

" ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden ("konkursdækning"). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark,

og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 15. december 2009 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K har kontor i Danmark og har et dansk CVR-nummer. K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark på selskabets hjemmeside, hvor der angives priser i danske kroner. Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksom-

heden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.

Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.

Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.

Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.

Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.

Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det

udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 6. april 2010 har K anført:

”...

K ikke har et forretningssted hvorved kunder/konsumenter fysisk kan henvende sig. Kontoret har været lukket – siden 2009.

Der hverken sælges billetter, eller serviceres nogen form for service til kunder/konsumenter fra kontoret.

- K er altså kun i besiddelse af et *lukket* kontor – dvs. der på ingen måder bliver reklameret for adressen, telefon nr., ”repræsentant” eller anden dansk kontakt. Yderligere har K ikke en fast ”repræsentant”, men en manager til at styre kontorets funktioner som er udstedet i kortere perioder fra kontoret i [selskabets hjemland]. Kontoret i Danmark fungerer udelukkende som back-office, med kun 4 ansatte på hotelkontor.
- Kunderne kan ikke henvende sig til K på adressen og indgå nogen form for aftale/salg af billetter. Dette er kommunikeret siden oktober 2009. Al kontakt er slettet fra salgs materiale, kontoret døre, website, samt anden form for kommunikation fra K, Danmark. Al kontakt skal ske ved det centrale kontor i [selskabets hjemlands hovedstad].
- Der bliver altså tvært imod reklameret for muligheden for at kontakte K i Danmark. På hjemmesiden, PR, via news letters og på kontorets døre udadtil står der kommunikeret at K ikke kan kontaktes direkte. K flyttede yderligere kontor fra [en dansk lufthavn] i juni 2008 idet virksomheden ikke ønskede at have et kontor for offentligheden længere. K har ligeledes ønsket at blive slettet fra diverse fagbøger idet vi ikke fungerer som salgs-kontor for konsumenterne/ticketing office.
- Adressen på faktura/ elektroniske billetter har ikke dansk adresse som afsender. Yderligere føres en ”.com” adresse hvorpå der kommunikeres at virksomheden ikke er dansk. På siden kan der vælges et bruger venligt site, men kommunikation sker på engelsk eller [et sprog tilknyttet selskabets hjemland], udelukkende. Call center nr. er ligeledes fra [selskabets hjemland], hvorpå alle kunder kun kan kommunikere med disse på Engelsk, hvilket også er den eneste form for kontakt de kan få med K – men altså fra

hovedkontoret i [selskabets hjemlands hovedstad], og ej Danmark..”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 27. april 2010 bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tje-nesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 4. marts 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 6. april 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Kontor i Danmark:

Klageren anfører, at kontoret i Danmark er lukket, og at der på ingen måde bliver reklameret for adressen, telefonnummer, repræsentant eller anden dansk kontakt, men at der er 4 ansatte på et hotelkontor, der udelukkende fungerer som back-office.

Det fremgår imidlertid af klagerens hjemmeside, at klageren har kontor i København, Det fremgår, at kunderne kan booke billetter, bekræfte en flyvning eller finde en forbindelse på kontoret, som har dansk telefon- og telefaxnummer og har e-mail adressen ... Priserne på hjemmesiden ... angives i danske kroner.

Klageren er af den opfattelse, at det forhold, at klageren har kontor i Danmark, ikke medfører, at klagerne er registreringspligtig, fordi billetterne ikke udstedes på kontoret men derimod fra [selskabets hjemland]. Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, om en virksomhed rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er dette kontor, der udsteder fakturaerne til kunderne eller ej.

Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontor i Danmark bevirker, at klageren har permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af fast forretningssted, og det kan ikke være afgørende, om der blot af praktiske årsager ikke udstedes billetter fra dette forretningssted. Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen har tillagt det afgørende vægt, at klageren har kontor i Danmark.”

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

” ...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.
...”

Det fremgår af Ks hjemmeside, at selskabet har kontor i København med angivelse af dansk telefon- og telefaxnummer og emailadressen ... Det fremgår af hjemmesiden, at kontoret blandt andet kan kontaktes vedrørende køb af billetter. Selskabet er i [en dansk lufthavn] repræsenteret af [et handlingselskab], som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. På Ks hjemmeside angives priser i danske kroner. Efter en samlet vurdering må selskabet derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

35) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2010-0020970).

Luftfartsselskaber etableret i Danmark og derfor registreringspligtige i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 18. december 2009 har K [luftfartsselskab] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2009 hedder det:

” ...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 ”ruteflyvning” og virksomhedsform ”anden udenlandsk virksomhed”, så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldelsesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningsskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringsselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.

...”

I klageskrivelsen af 18. december 2009 har K anført:

”Ks view is that foreign airlines need not to register in the Fund. Our view is based on Travel Guarantee Fund Act Part 6, Section 20.

As far as K in Denmark is concerned, all by K issued flight tickets are issued outside Denmark and K office in Copenhagen does not issue and sale any flight tickets. Further more, all K flight tickets issued by K or by Travel Agents via IATA BSP and where the payment is done with a credit card, are centrally billed in [selskabets hjemland] via ... and accordingly all passengers having paid their tickets with a credit card are automatically provided bankruptcy protection by ...

When the Fund on 13 November 2009 informed on the Fund's interpretation concerning the International scope of the Act, i.e. that also all such foreign airlines operating flight to / from Denmark either by itself or via codeshare operations must register in the Fund and when we first a few days ago received translation of the Act into English, we do not see any other possibility than to inform that the Fund's rules are not feasible to be implemented by 1 January 2010.

There is no automation to collect voluntary bankruptcy protection from the passengers and show this on the ticket and handle the collected monies in the airline processes. For an airline it also is impossible to clarify the number of passengers who are travelling on their own as leisure travellers. Providing all commercial and financial information to the Fund is

time consuming and is also opening the possibility that a competitor being member in the Fund receives commercial information on its competitors.

The Travel Guarantee Fund Act in Denmark is ambiguous and the Fund hasn't been able to provide real guidance how this should be processed. We very much recommend that the Fund and the other concerned parties would find other ways and means to protect the consumers. The EU Commission has started to clarify the consumer protection situation as far as flight tickets are concerned. In case each country implements own procedures and rules for international business, the result is big confusion and expensive administration, which is in nobody's interest."

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 4. februar 2010 udtalt:

" ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden ("konkursdækning"). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

....

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtig i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 4. januar 2010 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en

samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Selskabet har eget kontor, medarbejdere i Danmark og dansk CVR-nummer. Selskabet har en dansksproget hjemmeside med angivelse af priser i danske kroner.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

- Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.
- Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.
- Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandske etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 8. marts 2010 har K anført:

”K er fortsat af den opfattelse, at udenlandske luftfartsselskaber ikke behøver at lade sig registrere i fonden baseret på rejsegarantifond Act del 6, § 20.

Som allerede informeret, alle K flybilletter er udstedt udenfor Danmark. K i København hverken udsteder, sælger og / eller fakturerer flybilletter. Alle flybilletter udstedes via Ks telefon salg og / eller via Ks hjemmeside på internettet for passagerer, der er bosat i Danmark og udelukkende mod betaling med kreditkort. Når man benytter sig af Ks telefon salg og / eller internet site salg som booking og billetsalg betyder dette, at passagerer ikke er i stand til at købe flybilletter uden at kreditkort accepteres som betalingsform. Som vi allerede tidligere oplyst, K flybilletter udstedt af K eller fra rejsebureauerne via IATA BSP og hvor betalingen er sket med et kreditkort, bliver centralt faktureret i [selskabets hjemland]. Derfor er alle passagerer, der har betalt deres billet med kreditkort, automatisk beskyttet mod eventuel konkurs af ... K er ligeledes i stand til at forsyne virksomhederne VISA og Mastercard en bankgaranti for yderligere at beskytte passagerer mod eventuel konkurs i forbindelse med deres køb af en K flybillet med betaling med disse kredit- og betalingskort. Desuden tilbyder kreditkortvirksomhederne Diners og American Express fuld refusion af udstedte K billetter, hvor der er foretaget betaling med disse kreditkort, i eventuelle tilfælde hvor ingen service ville blive tilbudt.

Vi ser stadig meget gerne, at fonden og de øvrige berørte parter søger andre måder og midler til at beskytte forbrugerne. Vi vil også gerne minde om, at EU kommissionen er begyndt at afklare forbrugerbeskyttelse situationen for så vidt hvad angår flybilletter og vores holdning er, at alle EU-lande bør afvente resultaterne af dette EU-projekt.
...”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 29. marts 2010 bemærket:

” ...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat ... ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller

mindre vægt ved afgørelsen, men kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og anfører at de 6 kriterier, som er anført i klagerens konklusion kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 4. februar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 8. marts 2010 anførte:

Ad kreditkort-betalinger:

Fonden er klar over, at kunderne betaler med kreditkort, når de køber flybilletter enten via telefonsalg eller via klagerens hjemmeside. Der er imidlertid ikke i loven indsat hjemmel til at fritage udbydere for registrering, hvis de udelukkende modtager betaling via kreditkort.

Ad hyppige, kontinuertlige flyvninger:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klagerne udfører hyppige, kontinuertlige flyvninger til og fra Danmark.

Ad kontor i Danmark:

Klageren er af den opfattelse, at det forhold, at klageren har kontor i Danmark, ikke medfører, at klagerne er registreringspligtig, fordi billetterne ikke udstedes på kontoret men derimod fra [selskabets hjemland]. Det afgørende må imidlertid efter fondens opfattelse være, om en virksomhed rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark, og ikke om det rent teknisk er dette kontor, der udsteder fakturaerne til kunderne eller ej.

Der er således ingen tvivl om, at etableringen med kontor i Danmark bevirker, at klageren har permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af fast forretningssted, og det kan ikke være afgørende, om der blot af praktiske årsager ikke udstedes billetter fra dette forretningssted. Det kan i denne forbindelse oplyses, at fonden ved vurderingen af sagen har tillagt det afgørende vægt, at klageren har kontor i Danmark.”

K har ved skrivelse af 14. april 2010 yderligere bemærket:

” ...

Som tidligere forklaret jfr. vores to tidligere skrivelser, er der flere grunde til, at vores opfattelse er, at K ikke behøver lade sig registrere i fonden. Vi deler ikke de synspunkter, som fonden for så vidt hvad angår fondens fortolkning af Rejsegarantifonden Act del 6, 20. Vores opfattelse er, at K ikke er etableret i Danmark. Ks team som arbejder på kontorerne i København, udsteder ikke billetter og laver ingen salgskampagne direkte til passagerer, men benytter sig kun af rejsebureauer for at fremme Ks produkt. Alle K billetter til danske passagerer, udstedes enten af rejsebureauer over hele verden via IATA BSP-systemet eller via Ks telefon salg og / eller internet site, som begge er fysisk beliggende i [selskabets hjemland].

Hvad Ks eget billetsalg og udstedelse angår, accepterer vi ikke kontantsalg, hverken via telefon og / eller internet. Derfor er den ene eneste mulige form for betaling med kreditkort, en betaling som også yder konkursbeskyttelse for passagererne. Vi har også tidligere tilkendegivet at vi gerne stiller en bankgaranti til fonden. Dette bør være helt tilstrækkelig beskyttelse og ville spare passagererne for tid og penge. Vi henviser til vores tidligere skrivelser, med hensyn til eventuelle spørgsmål / oplysninger omkring kreditkort betalinger.

Vores holdning er også, at ingen nationale processer bør bygges i EU-landene som EU-kommissionen allerede er påbegyndt at klarlægge, bl.a. med hensyn til hvordan man beskytter forbrugerne i EU for så vidt hvad angår flybilletter.”

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

K har efter det oplyste eget kontor i Danmark, hvis opgaver ikke omfatter salg af billetter. Selskabet er i [en dansk lufthavn] repræsenteret af [et handlingselskab], som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m. K har en dansksproget hjemmeside med angivelse af priser i danske kroner, og selskabet har et dansk CVR-nummer. Efter en samlet vurdering må selskabet derfor anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

36) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2010-0020984).

Luftfartsselskab ikke anset som etableret i Danmark og derfor ikke registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. januar 2010 har advokat A på vegne af K [luftfartsselskab] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 7. december 2009, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 7. december 2009 hedder det:

”...

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 ”ruteflyvning” og virksomhedsform ”anden udenlandsk virksomhed”, så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldelseskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Schemat udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af

selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.
...”

I klageskrivelsen af 7. januar 2010 har advokat A anført:

”På vegne af min klient K skal jeg hermed klage over Rejsegarantifondens afgørelse af 7. december 2009, ..., om at min klient er registreringspligtig i Fonden, og som min klient modtog den 10. december 2009.

PÅSTAND

Indklagedes afgørelse omgøres, sådan, at det fastslås, at klager ikke er registreringspligtig hos indklagede.

Klagers anbringender

Klager er ikke etableret i Danmark, jf. § 20 i Lov om en Rejsegarantifond ("rejsegarantifondsloven"), eftersom klager ingen fysisk tilstedeværelse har i Danmark; det være sig forretningssted, salgskontor eller lignende. Klagers flybilletter sælges via internettet eller gennem [et handelselskab] i [en dansk lufthavn].

Indklagedes fortolkning af § 20 er i strid med ordlyden af bestemmelsen samt lovgivers intentioner. Indklagede begrundet sin afgørelse med, at klager qua sine hyppige flyvninger til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares) har en tilknytning til Danmark. På den baggrund er klager efter indklagedes opfattelse registreringspligtig i fonden, Klagers flyvninger til og fra Danmark tillægges dermed større vægt end, hvorvidt klager er fysisk etableret i Danmark, eksempelvis i form af et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udstedelse af fakturaer fra Danmark.

Lov om en Rejsegarantifond ("Rejsegarantifondsloven") blev ændret med virkning den 1. januar 2010 til blandt andet også at omfatte flyselskaber, [Lov nr. 518 af 12. juni 2009](#). Efter § 20 i Rejsegarantifondsloven er et flyselskab omfattet af rejsegarantiordningen, såfremt det pågældende flyselskab er "etableret i Danmark". Afgørende for, om et flyselskab er etableret i Danmark er, hvorvidt flyselskabet har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til, jf. lovbemærkningerne til lovforslaget, Det fremgår af lovbemærkningerne, at den hidtidige forståelse af begrebet "etableret i Danmark" skal videreføres. ("Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven", bilag 2, s. 4).

Endvidere fremgår det af lovbemærkningerne, at en dansk hjemmeside ikke er tilstrækkelig til, at flyselskabet er etableret i Danmark samt, at det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

Ovennævnte kriterier gentages af Økonomi- og Erhvervsministeren i besvarelsen af Erhvervsudvalgets spørgsmål 4, 8, 9, 12 og 19 til lovforslaget, Heraf fremgår endvidere, at såfremt en rejseudbyder (såsom et flyselskab) ikke har kontor i Danmark, vil rejseudbyderen som udgangspunkt ikke være etableret i Danmark. I tilfælde af tvivl skal indklagede tage udgangspunkt i ovennævnte kriterier for at vurdere, om det pågældende flyselskab er etableret i Danmark, jf. til eksempel bilag 10, hvor det følger, at: "Der vil altid kunne opstå konkret tvivl om, hvorvidt en udbyder er etableret i Danmark. I disse tilfælde vil det være Rejsegarantifonden, der ud fra en konkret vurdering af sagen og på baggrund af

ovennævnte kriterier afgør om en udbyder anses for at være etableret i Danmark”.

Høringssvarene afslører endvidere, at man fra lovgivers side udmærket var klar over, at der er en del udenlandske flyselskaber, som markedsfører sig over for danske forbrugere og som flyver til og fra Danmark, der ikke ville blive omfattet af ordningen samt, at det ikke var lovgivers intention, at sådanne flyselskaber skulle være omfattet af ordningen.

Spørgsmålet omkring udenlandske flyselskabers markedsføring og salg af flyrejser til danske kunder blev rejst specifikt i forbindelse med høringen af lovforslaget, heriblandt af Forbrugerrådet. Forbrugerrådet m.fl. ønskede at ændre loven sådan, at sådanne flyrejser var omfattet af rejsegarantiordningen, Sådanne forslag blev afvist af ministeren,

Det fremgår endvidere af betænkningen til lovforslaget, at et mindretal i udvalget ønskede at udvide dækningen til også at gælde rejser udbudt af udenlandske rejseudbydere, Af mindretallets bemærkninger i betænkningen fremgår det klart, at lovgivers intention med lovforslaget alene var, at ændringen skulle dække dansk etablerede rejseudbydere, dvs. danske rejseudbydere. Mindretallets ønske om en udvidelse blev ikke medtaget i det endelig lovudkast.

For at opsummere fremgår det derfor med stor tydelighed, at det aldrig har været lovgivers intention at lade flyselskaber, som K, der ingen fysisk tilknytning har til Danmark, være omfattet af Rejsegarantifondsloven. Klagers eventuelle flyvninger til og fra Danmark er således ikke et relevant kriterium i vurderingen af, om klager er etableret i Danmark efter § 20 i Rejsegarantifondsloven.

Indklagedes fortolkning af Rejsegarantilovens § 20, herunder inddragelse af kriterier, der er i modstrid med lovgivers intentioner, er lovstridig og bør tilsidesættes af Erhvervsankenævnet.
...”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 4. februar 2010 udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden (”konkursdækning”). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres

i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 7. december 2009 klageren registreret,

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 7. januar 2010 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning

om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor. Selskabet har et dansk CVR-nummer, og angiver på sin hjemmeside priser i danske kroner.

K har endvidere oplyst at have indgået aftale med [et handlingselskab] i [en dansk lufthavn] om salg af billetter. Dermed har selskabet en fast repræsentant i Danmark, som handler på selskabets vegne.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseydelser omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og

lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 3009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

- Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.
- Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.
- Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervsmæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

I skrivelse af 9. marts 2010 har advokat A anført:

”...

Indklagede skriver, at de har anlagt en bred fortolkning af lovændringen. Det er klager enig i, men det har indklagede ikke hjemmel til. Det fremgår således klart af lovbemærkningerne til rejsegarantifondsloven, at den hidtidige forståelse af begrebet ”etableret i Danmark” skal videreføres i forhold til udbydere af flytransport Dette er også Forbrugerstyrelsens holdning Indklagedes forståelse af etableringsbegrebet har op til lovændringen været snæver, idet vægten hovedsageligt blev lagt på rejseudbyderens faktureringsadresse.

I det hele taget fremgår det tydeligt, at indklagede har lagt på vægt på kriterier, som lovgiver specifikt har bestemt, ikke skal have betydning for vurderingen. Indklagede har således lagt betydelig vægt på, at kunderne kan købe billetterne på en dansk hjemmeside med priser i danske kroner samt, at flyvningerne foregår til og fra danske lufthavne Dette

på trods af, at det fremgår af lovbemærkningerne, at sådanne kriterier ikke er tilstrækkelige for, at det pågældende flyselskab er etableret i Danmark.

Indklagede har endvidere lagt vægt på, at forbrugeren på grund af ovennævnte forhold med rette må have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Lovgiver har imidlertid ved oplysningsforpligtelsen i rejsegarantifondslovens § 8, stk. 2, sikret sig, at danske rejsende tydeligt kan se, hvornår deres rejse er omfattet af dækningen, se også økonomi- og erhvervsministerens kommentarer til netop dette spørgsmål, Forbrugeren kan derfor ikke antages at have en forventning, som angivet af indklagede.

Indklagede har fremlagt et notat fra Forbrugerstyrelsen vedrørende forståelsen af ”etableringsbegrebet”. Notatet ligner et internt notat. Eftersom lovgiver har udstukket ganske klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, undrer det klager, at Forbrugerstyrelsen ikke mener, der er opstillet klare kriterier for vurderingen.

Til sammenligning fremlagde Forbrugerrådet under høringen af lovforslaget deres vurdering af lovforslagets nye dækningsområde. Heraf fremgår tydeligt, at Forbrugerrådet ikke mente, at udenlandske flyselskaber med danske hjemmesider og rejser til og fra Danmark var omfattet af dækningen Forbrugerrådet kritiserede af den grund forslaget, eftersom der efter Forbrugerrådets vurdering ville være en lang række forbrugere, der ikke kunne søge dækning. Forbrugerrådet foreslog derfor en ordning, hvor alle rejser til og fra Danmark var omfattet. Forslaget blev forkastet,

Selv, hvis de kriterier, som Forbrugerstyrelsen opstiller, lægges til grund, er klager dog fortsat ikke etableret i Danmark.

Efter indklagedes opfattelse adskiller flyselskaber sig markant fra øvrige rejseudbydere, eftersom flyselskaber typisk alene har ét hovedsæde og ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer. Dette er ikke korrekt. Der findes således en række udenlandske rejseudbydere, der ikke har etableret selvstændige filialer i Danmark, men alene sælger deres rejser – med ud- og hjemrejse fra Danmark - via danske hjemmesider. Ingen af disse er registreret hos indklagede, og indklagede har efter vores oplysninger tidligere nægtet at registrere sådanne udenlandske rejsearrangører af pakkerejser med den begrundelse, at faktureringsadressen ikke var dansk.

Indklagedes kommentarer om klagers påståede danske CVR nummer ... er i øvrigt ukorrekt. Klager har ikke et dansk CVR-nummer, hvorfor det undrer klager, at indklagede har lagt vægt på dette forhold i sin afgørelse.

Afslutningsvist gør indklagede gældende, at klager er registreringspligtig i Fonden, eftersom klager har en fast repræsentant i Danmark. Dette forhold er ikke medtaget i indklagedes afgørelse af 7. december 2009 – den afgørelse som klager nu har klaget over – og kan således ikke medtages som kriterium i klagesagen. I sin afgørelse lagde indklagede således ale-

ne vægt på de hyppige flyvninger til og fra Danmark og den danske hjemmeside. Vil indklagede inkludere nye forhold i deres vurdering af, om klager er registreringspligtig i fonden, kræver dette en ny afgørelse fra indklagede.

For en god ordens skyld kan jeg dog oplyse, at [handlingselskabet] hverken markedsføres eller agerer som en fast repræsentant for klager i Danmark, som kunderne kan henvende sig til. [handlingselskabet] er derimod formidler af klagers flybilletter, jf. rejsegarantifondslovens § 3, stk.3.

Klager fastholder således, at indklagede har inddraget irrelevante kriterier i afgørelsen af, om klager er registreringspligtig i fonden. Navnlig har indklagede stik imod lovgivers intentioner ændret på hidtidige deres forståelse af etableringsbegrebet og inddraget kriterier, som lovgiver specifikt har bestemt, ikke skal tillægges vægt. Selv efter de kriterier, Forbrugerstyrelsen har opstillet, er klager ikke registreringspligtig i fonden.

Sammenfattende har det aldrig været lovgivers intentioner, at udenlandske flyselskaber som klager skulle være omfattet af rejsegarantifondsloven; en lov, der netop blev ændret på baggrund af det [et dansk luftfartselskabs] konkurs....”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 26. marts 2010 bemærket:

”...

Fonden henleder opmærksomheden på, at der ifølge Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... ikke i loven er opstillet klare kriterier for, hvornår en rejseudbyder er etableret i Danmark. Forbrugerstyrelsens notat er således heller ikke udtryk for en facitliste, hvoraf det præcis kan aflæses, hvornår en virksomhed er etableret i Danmark. Notatet kan derimod ses som en oversigt over en række forskellige kriterier, der hver især kan tillægges større eller mindre vægt ved afgørelsen. Kriterierne skal naturligvis vægtes ens i sammenlignelige sager.

Forbrugerstyrelsen konkluderer i notatet, at fonden i hver enkelt sag konkret må vurdere den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark, og styrelsen anfører, at de i notatet anførte kriterier kan indgå i vurderingen. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tje-nesteydelser i EU's indre marked.

Fonden fastholder på denne baggrund det i skrivelsen af 4. februar 2010 anførte men har følgende supplerende bemærkninger til det af klageren i skrivelsen af 9. marts 2010 anførte:

Flyvninger til og fra Danmark:

Forbrugerstyrelsen har i notatet af 23. oktober 2009 konkluderet, at der kan anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i EU. Som anført af styrelsen fremgår det af bemærkningerne til lov om tjenesteydelser, at etablering også kan omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser, og at det ved

afgørelsen af, om der foreligger etablering i et land skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal i denne forbindelse ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet. Det er på denne baggrund, at fonden har valgt at lægge betydelig vægt på, at klageren udfører hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark.

Fast repræsentant i Danmark:

Klageren anfører, at det forhold, at klageren har en fast repræsentant ... i Danmark, ikke medfører, at klageren er registreringspligtig.

Et af de kriterier, der kan indgå i vurderingen af, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er imidlertid i henhold til konklusionen i Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009, om udbyderen har et fast forretningssted i Danmark – evt. i form af en fast repræsentant. Klageren har oplyst, at repræsentanten ... er formidler af klagerens flybilletter, dvs. at rejsekunder kan henvende sig til repræsentanten og indgå aftale om køb af flybilletter.

Det er korrekt som anført af klageren, at fonden ikke i afgørelsen af 7. december 2009 særskilt henviste til det forhold, at klageren har [handlingselskabet] som fast repræsentant i Danmark. Det var imidlertid anført i afgørelsen, at en evt. fast repræsentant i Danmark ville være et af de kriterier, fonden ville lægge til grund ved afgørelsen om registreringspligt. Det forhold, at klageren rent faktisk har en fast repræsentant i Danmark bevirker således blot, at klageren har en større grad af tilknytning til Danmark og dermed må betragtes som etableret i Danmark, uden at dette kræver en ny afgørelse om registreringspligt.

Fonden beklager, at det i skrivelsen af 4. februar 2010 var anført, at klageren har et dansk CVR-nr., når dette ikke er korrekt. For god ordens skyld skal det anføres, at en evt. registrering i CVR ikke er tillagt selvstændig betydning ved afgørelsen af, hvorvidt der foreligger etablering i Danmark.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. januar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og billeje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at tilbyde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod betaling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport

til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

”...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

Erhvervsankenævnet finder herefter ikke, at det forhold, at K i Københavns Lufthavn er repræsenteret af [handlingselskabet], som er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m., i sig selv kan medføre, at selskabet er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden, idet det bemærkes, at muligheden for køb af selskabets billetter hos [handlingselskabet] ifølge det oplyste ikke markedsføres af selskabet.

Ankenævnet ophæver således Rejsegarantifondens afgørelse af 13. november 2010.

37) Kendelse af 23. september 2010 (J. nr. 2010-0021807).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 7. april 2010 har advokat A på vegne af K [luftfartsselskab] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 17. marts 2010, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

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

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 17. marts 2010 hedder det:

”...

Hidtil har det kun været virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

Fra 1. januar 2010 skal virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, også være registreret i fonden.

Afgørelse om registrering:

Det har derfor været nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber der i forbindelse med indførelsen af de nye regler skal registreres i fonden. Ifølge lovens § 20 er det rejseudbydere, der er etableret i Danmark, som er registreringspligtige i fonden.

Ved afgørelsen af om en virksomhed er etableret i Danmark, lægger fonden vægt på en række forskellige kriterier og foretager herefter en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark. I vurderingen kan bl.a. indgå, om virksomheden har kontor i Danmark eller en fast repræsentant i Danmark, som kunderne kan henvende sig til, eller om kunden modtager en faktura udstedt fra en dansk adresse. Endvidere kan en virksomhed anses for etableret i Danmark, hvis virksomheden har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (fx flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Flyselskaber kan på mange punkter ikke sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede er eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer en selvstændig filial eller et

forretningssted andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 "ruteflyvning" og virksomhedsform "anden udenlandsk virksomhed", så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor de har hovedkontor. Men hvis flyselskabet flyver til og fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt at købe konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen til og fra Danmark rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign.(som fx ... og ... [luftfartsalliancer]).

Under henvisning til det ovenfor anførte er det fondens bestyrelses opfattelse, at flyselskaber, der flyver til og fra Danmark (enten direkte eller via code shares o.lign.), er registreringspligtige i fonden, fordi flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, tillægges mere vægt end fx hvorvidt flyselskabet har et egentligt salgskontor i Danmark og/eller udsteder fakturaer fra Danmark.

På denne baggrund har fondens bestyrelse ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Hvordan sker registreringen?

For at blive registreret i fonden skal virksomheden downloade et anmeldesskema på fondens hjemmeside www.rejsegarantifonden.dk. Skemaet udfyldes og sendes til fonden med den seneste årsrapport, det seneste kvartalsregnskab samt oplysning om størrelsen af omsætningen på det danske marked i 2008.

Hvad koster det at være registreret?

Der er både omkostninger og administration forbundet med at være registreret i fonden:

- Der skal stilles en garanti, som er afhængig af størrelsen af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning, jf. nedenfor.
- Hvert år skal der betales et administrationsbidrag, som bl.a. er afhængig af den omsætning, der er omfattet af fondens dækning. Det første år skal der kun betales et grundbidrag, som normalt er på ca. 3-5.000 kr., men det kan variere en del fra år til år.
- Hvert kvartal skal selskabet indberette størrelsen af den fakturerede omsætning, som er omfattet af fondens dækning.
- Hvert år skal selskabet indsende en erklæring udarbejdet af en statsautoriseret eller registreret revisor.
- For at fonden kan følge virksomhedens økonomiske udvikling vil fonden som regel kræve løbende regnskabsopfølgning i form af månedsvise eller kvartalsvise saldobalancer.

Hvor stor garanti skal der stilles?

Den garanti, der skal stilles overfor fonden, beregnes pr. 1. januar 2010 i forhold til nedenstående skala, hvor "omsætning" opgøres som 25% af selskabets årlige omsætning på flytransport til privatkunder (dvs. ikke til

forretningsrejsende), hvis selskabet kan sandsynliggøre fordelingen mellem privat- og forretningsrejsende. Hvis selskabet ikke har mulighed for at sandsynliggøre fordelingen, skal "omsætning" opgøres som 25% af selskabets samlede omsætning på flytransport. Beløbet skal beregnes ud fra omsætningen i den senest afsluttede regnskabsperiode:

- 1) Der stilles ikke garanti for en omsætning under 250.000 kr. Ved en omsætning på mere end 250.000 kr., men ikke over 5 mio. kr., er garantien 300.000 kr.
- 2) Ved en omsætning på mere end 5 mio. kr., men ikke over 10 mio. kr., er garantien 500.000 kr.
- 3) Ved en omsætning på mere end 10 mio. kr., men ikke over 15 mio. kr., er garantien 750.000 kr.
- 4) Ved en omsætning på mere end 15 mio. kr., men ikke over 50 mio. kr., er garantien 1 mio. kr.
- 5) Ved en omsætning på mere end 50 mio. kr., men ikke over 100 mio. kr., er garantien 1,5 mio. kr.
- 6) Ved en omsætning på mere end 100 mio. kr., men ikke over 250 mio. kr., er garantien 2 mio. kr.
- 7) Ved en omsætning på mere end 250 mio. kr. er garantien på 2,5 mio. kr. og en yderligere garanti på 1 mio. kr. for hver 100 mio. kr., omsætningen overstiger 250 mio. kr.

Garantien skal ikke fremsendes sammen med indberetningskemaet og de øvrige bilag. Når fonden har gennemgået det materiale, virksomheden har fremsendt, oplyser vi størrelsen af den garanti, der skal stilles.

Garantien skal stilles som en anfordringsgaranti, en kontant deponering eller med deponering af værdipapirer – enten via et pengeinstitut eller et forsikringssselskab. Garantien skal stilles på en af de formularer, fonden har udarbejdet, og som kan downloades fra fondens hjemmeside.

Når selskabet i løbet af 2010 har indberettet omsætningstal for 4 kvartaler vedrørende de kunder, der har købt konkursdækning, skal garantien stilles efter skalaen i henhold til den indberettede konkursdækkede omsætning og ikke længere i forhold til 25% af omsætningen på flytransport.

Forhøjet garanti:

Hvis fonden i forbindelse med gennemgangen af registreringsmaterialet skønner, at der er en særlig risiko for, at fonden vil lide tab (dvs. at virksomheden risikerer at gå konkurs), har fonden mulighed for at kræve forhøjet garanti. I så fald vil garantien blive krævet forhøjet til et beløb svarende til det fakturerede salg til rejsekunder, der er omfattet af fondens dækning, og som endnu ikke er afrejst.

...”

I klageskrivelsen af 7. april 2010 har advokat A anført:

”...

Indledningsvist bestrides det, at K er omfattet af Lov om Rejsegarantifonden, hvorfor K ikke er pligtig at lade sig registrere i Rejsegarantifonden.

Det fremgår af afgørelsen, at Rejsegarantifonden foretager en overordnet vurdering af rejseudbyderen/flyselskabets tilknytning til Danmark, idet tre forhold tillægges særlig vægt:

1. Regelmæssige flyvninger til og fra Danmark
2. ”Point of Sale”. Salg af billetter i Danmark, enten via internettet med dansk IP adresse eller ved et salgskontor
3. Repræsentation via en agent i Danmark

Ad 1.

Det kan bekræftes, at selskabet har regelmæssige flyvninger til og fra Danmark, dog ikke i et væsentligt omfang, idet selskabet alene flyver på ruterne til [luftfartsselskabets hjemland].

Ad 2.

K tilbyder ikke salg af flybilletter via en dansk hjemmeside. K har således ikke oprettet en dansk hjemmeside med en dansk IP-adresse.

Selskabet har en “.com-domæne”, hvor det end ikke er muligt at vælge Danmark under lande. Ved udstedelse af billetten fremstår der endvidere ikke referencer til Danmark.

Ad 3.

Selskabet er ikke repræsenteret ved agenter i Danmark.

Selskabet har alene et servicekontor i [en dansk lufthavn], som har åbent mandag til fredag fra kl. 09.00 – 17.00 og derudover kun har begrænsede åbningstider i weekenden.

Servicekontorets formål er at hjælpe K’s passagerer med at ændre deres billetter. Ved telefonisk henvendelse til servicekontoret viderestilles alle udenlandske henvendelser til call centeret i [by i luftfartsselskabets hjemland].

Selskabets billetter sælges primært via internettet. Det anslås, at det samlede billetsalg fra servicekontoret i [en dansk lufthavn] alene udgør cirka 10%. Selskabets billetter udstedes af hovedkontoret i [luftfartsselskabets hjemland] og ikke via et dansk selskab eller en dansk filial.

K har således ikke en sådan tilknytning til Danmark der gør, at det kan pålægges selskabet at lade sig registrere i Rejsegarantifonden.

Herudover er det blevet min klient oplyst ved forespørgsel til andre flyselskaber, at disse ikke er blevet pålagt at lade sig registrere i Rejsegarantifonden.

Ved en forespørgsel til flyselskaberne B og C kan det således konstateres, at disse flyselskaber ikke er blevet pålagt at lade sig registrere hos Rejsegarantifonden til trods for, at disse flyselskaber opererer som flyselskab i Danmark på de samme betingelser som K.

Det vil således derudover være konkurrenceforvridende alene at pålægge K at lade sig registrere hos Rejsegarantifonden, hvilken forskelsbehandling ikke kan anses for værende lovlig eller rimelig.

...”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 28. april 2010 udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder:

Den 12. juni 2009 vedtog Folketinget lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af Rejsegarantifondsloven, jf. lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, der er vedlagt Ifølge lovændringen skal kunder, der køber flytransport til privat brug hos en dansk etableret rejseudbyder, have mulighed for at købe dækning i Rejsegarantifonden (”konkursdækning”). Loven trådte i kraft den 1. januar 2010.

Før lovændringen var det kun virksomheder, der solgte rejsearrangementer (typisk en pakkerejse med fx både fly og hotel), der skulle registreres i fonden, så kunden var omfattet af fondens dækning, hvis virksomheden gik konkurs.

På grund af lovændringen har fonden måttet kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det har i denne forbindelse være nødvendigt at afgøre, hvilke flyselskaber, der skal registreres i fonden.

Ifølge lovens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere rejseudbydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere, der er etableret her i landet.

I forbindelse med arbejdet med implementeringen af lovændringen udarbejdede Forbrugerstyrelsen et notat indeholdende kriterier for, hvornår en udbyder er etableret i Danmark. Notatet af 23. oktober 2009 vedlægges

Det fremgår af notatet, at der ikke i lov om en rejsegarantifond er klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark, og at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksom-

heds tilknytning til Danmark. I vurderingen kan indgå en række forskellige kriterier, jf. det i notatet anførte.

På baggrund af en konkret vurdering af klagerens virksomhed krævede Rejsegarantifonden ved skrivelse af 13. november 2009 klageren registreret, Da klageren ikke reagerede på brevet, fremsendte fonden den 17. marts 2010 via e-mail en oversættelse af brevet, jf. den påklagede afgørelse.

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtigt i fonden, idet klageren ikke er enig i, at etableringsbetingelsen i lovens § 20 er opfyldt. På dette grundlag indbragte klageren den 7. april 2010 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Det er fondens opfattelse, at flyselskaber på mange punkter ikke kan sammenlignes direkte med de øvrige rejseudbydere, som allerede før 1. januar 2010 var eller efter 1. januar 2010 skal være registreret i fonden. Flyselskaberne er typisk etableret som store, internationale koncerner, der ikke nødvendigvis etablerer selvstændige filialer, forretningssteder eller salgskontorer andre steder end i det land, hvor hovedkontoret ligger. I Danmark foretager flyselskaberne typisk en CVR-registrering med branchekode 511010 ”ruteflyvning” eller 511020 ”charter- og ruteflyvning” og virksomhedsform ”anden udenlandsk virksomhed”, så selskabet bl.a. har mulighed for at afløfte moms m.v.

Fondens bestyrelse har ønsket at anlægge en så bred fortolkning af lovændringen som muligt, således at så mange forbrugere som muligt bliver tilbudt at købe konkursdækningen, når de køber flybilletter.

Med udbredelsen af internettet er det blevet muligt for kunderne at købe en billet direkte hos flyselskaberne, uanset hvor selskabet har hovedkontor. Det er fondens opfattelse, at hvis flyselskabet flyver fra danske lufthavne, må kunden med rette have opfattelsen af, at billetten købes hos et flyselskab med tilknytning til Danmark, hvorfor kunden vil have en forventning om at blive tilbudt konkursdækningen. Dette gælder, uanset om flyvningen rent faktisk udføres af flyselskabet selv eller af en samarbejdspartner via code share, sammenslutninger el.lign. (som fx Star ... og ... [luftfartsalliancer]).

Fonden har på dette grundlag inddraget en række forskellige kriterier ved afgørelsen af, om det enkelte flyselskab er etableret i Danmark eller ej. Fonden har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark, og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af de hyppige, kontinuerlige flyvninger til og fra Danmark, er i denne forbindelse tillagt betydelig vægt, idet virksomheden således har tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser (flyvninger til og fra Danmark) af en vis hyppighed og kontinuerligt.

Herudover har fonden søgt at vurdere flyselskabets tilknytning i øvrigt til Danmark, herunder om selskabet har et fast forretningssted (kontor) i Danmark, medarbejdere i Danmark, en fast repræsentant med kontor i Danmark m.v.

Fonden lægger således vægt på en række forskellige kriterier, når det skal afgøres, om en virksomhed er etableret i Danmark. Herefter foretages en samlet vurdering, hvor hovedvægten lægges på virksomhedens tilknytning til Danmark.

K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark. Klager har misforstået fondens anbringende vedrørende dansk IP-adresse. Fondens gør ikke gældende, at klagerens hjemmeside har en dansk IP-adresse, men lægger derimod vægt på, at rejsekunder fra computere i Danmark (dvs. med danske IP-adresser) kan købe billetter på klagerens hjemmeside.

Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, hvorvidt flyselskaberne af praktiske årsager – og fordi det er blevet teknologisk muligt - vælger at fakturere kunderne fra selskabets hovedkontor.

K har et servicekontor i [en dansk lufthavn], og selskabet har et dansk CVR-nummer.

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden, da selskabet udbyder og sælger rejseudgifter omfattet af fondens dækning, nemlig flytransport jf. lovens § 2 stk. 1 nr. 4).

Til klagerens anbringende om konkurrenceforvridning kan det oplyses, at alle flyselskaber, der opfylder kravene om a) at flyve til og fra danske lufthavne, b) at rejsekunder i Danmark har mulighed for at købe billet fx via en computer med en dansk IP-adresse og c) at flyselskabet har dansk kontor, danske medarbejdere, fast repræsentant i Danmark el.lign., er blevet mødt med krav om registrering i fonden.
...”

Af det omtalte notat af 23. oktober 2009 fra Forbrugerstyrelsen fremgår:

”Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark

Indledning

Lov om en rejsegarantifond omfatter alene rejseudbydere, der er etableret i Danmark [§ 20 i lov om en rejsegarantifond - lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond, som ændret ved § 2 i lov nr. 164 af 15. marts 2000, lov nr. 207 af 29. marts 2004, lov nr. 513 af 17. juni 2008 og lov nr. 518 af 12. juni 2009.]. Det fremgår ikke af bemærkningerne til § 20 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, hvordan bestemmelsen ”etableret i Danmark” skal defineres. Pakkerejsedirektivet, som ligger til grund for

rejsegarantifondsloven, indeholder heller ikke regler og dermed heller ikke definitioner på begrebet ”etableret”.

Udvidelsen af rejsegarantiordningen til også at omfatte udbydere af flytransport og billeje i udlandet, blev indført ved lov nr. 518 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne hertil fremgår det, at det ligeledes alene er udbydere af flytransport og billeje i udlandet, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Det fremgår endvidere, at der er tale om en videreførelse af den eksisterende bestemmelse. Endelig fremgår det af bemærkningerne, at det som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om udbyderen har et forretningssted eller en repræsentant, som kunderne fysisk kan henvende sig til.

Da der er tale om videreførelse, vil der som udgangspunkt også være tale om en videreførelse af rejsegarantifondens hidtidige praksis, i forhold til at vurdere om en udbyder er etableret i Danmark.

Rejsegarantifondens praksis

Rejsegarantifonden fik i maj 2003 Økonomi- og Erhvervsministeriets juridiske sekretariats fortolkning af etableringsbegrebet i rejsegarantifondsloven i lyset af øvrig lovgivning på ministeriets ressortområde.

I denne fortolkning blev det bl.a. konkluderet, at:

”Der næppe kan opstilles klare kriterier for, hvornår en virksomhed anses for ”etableret her i landet”. I relation til rejsegarantilovgivningen er det naturligt, som en del af den almindelige lovfortolkning, at tage udgangspunkt i det etableringsbegreb, de er udviklet i forbindelse med EU-traktatens art. 43.

Det følger heraf, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark.

I denne vurdering kan indgå:

- *Permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et forretningssted evt. i form af en fast repræsentant,*
- *Om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt, at kunderne henvender sig til og indgår aftaler med virksomheden eller dens faste repræsentant her i landet,*
- *om virksomheden reklamerer for muligheden for at kontakte mv. et kontor/en repræsentant her i landet,*
- *er der ikke et fysisk forretningssted er virksomheden næppe ”etableret”, hvis den alene er repræsenteret virtuelt f.eks. via internetservere/sier eller i form af markedsføring i medlemsstaten,*
- *om virksomheden er et selskab, som har vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.”*

Rejsegarantifonden følger disse kriterier, når de skal vurdere om en virksomhed er etableret her i landet. Derudover er Rejsegarantifondens praksis i dag også baseret på, hvilken adresse der fremgår af kundens faktura.

Det er den juridiske person, der har udstedt fakturaen, som kunden har indgået aftalen med. Det er ikke afgørende, om aftalen er indgået fra en booking-hjemmeside med et dansk domæne eller et udenlandsk domæne. Hvis rejseydelsen er booket via en booking-hjemmeside, er det afgørende, hvad der fremgår af fakturaen, herunder hvor rejseudbyderen, der har udstedt fakturaen, har forretningssted eller postadresse.

Ny lovgivning på Økonomi- og Erhvervsministeriets område

Lov om tjenesteydelser i det indre marked, definerer etablering. I bemærkningerne til lov om tjenesteydelser i det indre marked [Bemærkningerne til § 2, stk. 1, nr. 4 - L 122 af 4. februar 2009 s. 60] fremgår det, at:

”Det følger af EU-retten, at en tjenesteyder er etableret, hvis vedkommende rent faktisk udøver sin erhvervsvirksomhed fra et fast forretningssted i et ikke nærmere defineret tidsrum. Der kan også være tale om etablering, hvis et selskab oprettes for en bestemt periode, eller selskabet lejer den bygning eller det anlæg, der anvendes til udøvelse af virksomheden. Etablering kan også omfatte tilfælde, hvor en tjenesteyder gives en tidsbegrænset tilladelse til at udøve bestemte tjenesteydelser.

Etablering behøver ikke at ske i form af etablering af et datterselskab, en filial eller et agentur, men kan bestå af et kontor, der ledes af tjenesteyderens eget personale eller af en person, der er selvstændig, men bemyndiget til at handle på en vedvarende måde for virksomheden, som det ville være tilfældet med et agentur. Omvendt kan en postkasse ikke udgøre et etableringssted....

.....Etablering kræver imidlertid som udgangspunkt integration i dansk økonomi og erhvervelse af en kundekreds i Danmark med udgangspunkt i et stabilt etableret forretningssted.

Det skal vurderes fra sag til sag, om der er tale om etablering eller midlertidig levering af tjenesteydelser. Der skal hermed ikke kun tages hensyn til tjenesteydelsens varighed, men også dens hyppighed, periodiske karakter eller kontinuitet.

Når en tjenesteyder er etableret i flere EU/EØS-lande, er etableringsstedet det sted, der udgør centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse”

Konklusion

Der er ikke i lov om en rejsegarantifond klare kriterier for, hvornår en udbyder af flytransport og billeje i udlandet er etableret i Danmark. Det kan dog lægges til grund, at der gælder de samme kriterier som der gælder for hvornår en udbyder af pakkerejser er etableret, og Rejsegarantifondens praksis herfor. Derudover kan der anlægges en analog fortolkning i forhold til lov om tjenesteydelser i det indre marked.

På den baggrund kan det konkluderes, at der må foretages en konkret vurdering af den pågældende virksomheds tilknytning til Danmark. I

vurderingen af om en udbyder er etableret i Danmark, kan indgå følgende kriterier:

- Har udbyderen permanent fysisk tilstedeværelse i Danmark i form af et fast forretningssted evt. i form af en fast repræsentant.
- Kan kunderne henvende sig til og indgå aftale med udbyderen eller fast repræsentant her i landet.
- Reklamerer udbyderen for muligheden for at kontakte udbyderen eller en fast repræsentant her i landet.
- Har udbyderen vedtægtsmæssig hjemsted i Danmark.
- Udgør Danmark centret for tjenesteyderens virksomhed i relation til den pågældende tjenesteydelse.
- Fra hvilken adresse er fakturaen til kunden udstedt.

Der er en særlig problemstilling knyttet til udbydere af flytransport, der både er etableret i Danmark og andre lande, og som samtidig sælger flytransport via en hjemmeside. Spørgsmålet er, om flytransport solgt via denne hjemmeside er solgt via forretningsstedet i Danmark og dermed er omfattet af de danske regler om rejsegaranti, eller om de er solgt via det udenlandsk etablerede forretningssted, og dermed ikke er omfattet af de danske regler.

Hvis de ovennævnte kriterier lægges til grund, må det afgørende i denne situation være, en samlet vurdering af hvor virksomheden reelt udøver sin erhvervs-mæssige virksomhed, således at selskabets etableringssted, er det sted, der udgør centeret for rejseudbyderens virksomhed i relation til den pågældende ydelse (det sted hvor virksomhedens aktiviteter reelt styres, kontrolleres og planlægges). Som et element i denne vurdering kan blandt andet indgå, hvor billetterne er faktureret fra.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ved lov nr. 518 af 12. juni 2009 om ændring af rejsegarantifondsloven, jf. lovbe-kendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009, skete der med ikrafttræden den 1. ja-nuar 2010 en udvidelse af rejsegarantiordningen til individuel flytransport og bil-leje i udlandet, så det er obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje at til-byde kunder dækning fra Rejsegarantifonden, men frivilligt om kunden mod beta-ling tilvælger denne dækning. Virksomheder, der udbyder og sælger flytransport til private brugere skal herefter registreres i fonden fra 1. januar 2010. Ifølge lo-vens § 20 omfatter pligten til at lade sig registrere her i landet etablerede rejseud-bydere og formidlere for udenlandske rejseudbydere.

I lovforslaget vedrørende udvidelse af rejsegarantiordningen (lovforslag nr. 180 af 31. marts 2009) anføres under de almindelige bemærkninger:

” ...

3. Lovforslagets indhold

Det foreslås, at forbrugerbeskyttelsen ved køb af flytransport og billeje i udlandet forbedres, således at det bliver obligatorisk for udbydere af flytransport og billeje i udlandet at tilbyde kunder dækning af Rejsegarantifonden. Det bliver frivilligt, om kunden mod betaling af et nærmere fastsat bidrag tilvælger dækningen.

Lovforslaget omfatter ikke udenlandske udbydere, der ikke er etableret i Danmark.

...

3.1. Rejseudbydere etableret i Danmark

Det foreslås, at forudsætningen i den nugældende lov, om at rejsearrangøren eller formidleren skal være etableret i Danmark for at være omfattet af loven, videreføres, således at det alene er rejseudbydere af flytransport m.v., der er etableret i Danmark, som bliver omfattet af loven. Det, som er afgørende for, om en rejseudbyder er etableret i Danmark, er, om arrangøren har et forretningssted eller en repræsentant i Danmark, som kunderne fysisk kan henvende sig til. En dansk hjemmeside på internettet er efter Rejsegarantifondens praksis ikke tilstrækkeligt til, at udbyderen kan siges at være etableret i Danmark.

Det er uden betydning, hvilket land rejseydelsen udgår fra, eller om ferien finder sted i udlandet eller i Danmark.

...”

Det er om K blandt andet oplyst, at selskabet har et servicekontor i [en dansk lufthavn], som kan hjælpe passagerer med at ændre deres billetter, men hvor kunder også har mulighed for at henvende sig og købe billetter. Uanset om det alene er en mindre andel af det samlede billetsalg, som foretages herfra, må selskabet således anses for at være etableret i Danmark. Det tiltrædes herefter, at K er registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Ankenævnet stadfæster således Rejsegarantifondens afgørelse af 17. marts 2010.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2010 modtaget 124 klagesager. Hertil kommer 27 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 151 sager er der afsagt kendelse i 37 sager. 72 sager er afsluttet på anden måde, heraf 5 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 42 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 37 kendelser, der blev afsagt i 2010, var der i 32 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 3 kendelser ændrede/omgjorde Erhvervsankenævnet den påklagede afgørelse. I 1 tilfælde afviste ankenævnet klagen ved kendelse. Endelig i 1 tilfælde gav ankenævnet klager medhold i sin påstand om sagens formalitetsspørgsmål. Sagen blev efterfølgende trukket tilbage af klager.

Oplysningerne for 2010 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2010:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2010:	27
<u>Indkommet i året:</u>	<u>124</u>
<i>Til behandling i alt:</i>	<i>151</i>
Heraf:	
Afvist på grund af manglende gebyr:	64
Afvist af andre grunde:	2
Omgjort af indklagede:	5
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>1</u>
<i>Afsluttet uden kendelse i alt:</i>	<i>72</i>
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>37</u>
<i>Afsluttet i alt:</i>	<i>109</i>
<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2010:</i>	<u>42</u>

Kendelsesstatistik 2010:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/ Hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	3	0	0	3
Livsforsikring/ forsikring/ pension	2	0	0	2
Forsikringsmæg- ling	1	0	0	1
Anden finansiel virksomhed	2	1	0	3
Investeringsfor- eninger	0	1	0	1
Aktie- og an- partsselskaber	1	0	1	2
Årsrapport	13	0	0	13
Revisorer	1	0	0	1
Hvidvask	1	0	0	1
Rejsegarantifond	8	2	0	10
I alt	32	4	1	37

Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

Lov om finansiel virksomhed

(lovbekendtgørelse nr. 1125 af 23. september 2010 med senere ændringer).

Lov om finansiel stabilitet

(lovbekendtgørelse nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer).

Lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 904 af 5. juni 2010 med senere ændringer).

Lov om værdipapirhandel m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 959 af 11. august 2010 med senere ændringer).

Lov om garantifond for indskydere og investorer

(lovbekendtgørelse nr. 133 af 22. februar 2011).

Lov om pantebrevsselskaber

(lov nr. 697 af 25. juni 2010).

Lov om forsikringsformidling

(lovbekendtgørelse nr. 930 af 18. september 2008 med senere ændringer).

Lov om tilsyn med firmapensionskasser

(lovbekendtgørelse nr. 1561 af 19. december 2007 med senere ændringer).

Lov om betalingstjenester

(lov nr. 385 af 25. maj 2009 med senere ændringer).

Lov om et skibsfinansieringsinstitut

(lovbekendtgørelse nr. 1376 af 10. december 2007 med senere ændringer).

Lov om Lønmodtagernes Dyrtidsfond

(lovbekendtgørelse nr. 1156 af 3. oktober 2007 med senere ændringer).

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension

(lovbekendtgørelse nr. 942 af 2. oktober 2009 med senere ændringer).

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de
erhvervstilknyttede sikringsordninger

(lovbekendtgørelse nr. 775 af 29. august 2001 med senere ændringer).

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 1261 af 15. november 2010 med senere ændringer).

Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og
finansiering af terrorisme

(lovbekendtgørelse nr. 806 af 6. juni 2009 med senere ændringer).

Lov om fremgangsmåden ved anmeldelse m.v. af visse oplysninger
hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

(lov nr. 571 af 6. juni 2007).

Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)

(lov nr. 470 af 12. juni 2009 med senere ændringer).

Anordning af ikrafttræden for Grønland af lov om aktieselskaber

(anordning nr. 620 af 23. juni 2008).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om anpartsselskaber

(anordning nr. 619 af 23. juni 2008).

Lov om erhvervsdrivende fonde

(lovbekendtgørelse nr. 560 af 19. maj 2010).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om erhvervsdrivende fonde

(anordning nr. 621 af 23. juni 2008).

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder
(lovbekendtgørelse nr. 559 af 19. maj 2010).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om visse erhvervsdrivende
virksomheder
(anordning nr. 622 af 23. juni 2008).

Lov om det europæiske selskab (SE-loven)
(lov nr. 654 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs
forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper
(lovbekendtgørelse nr. 281 af 17. april 1997).

Lov om det europæiske andelsselskab (SCE-loven)
(lovbekendtgørelse nr. 454 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af forordning om oprettelse af en europæisk
gruppe for territorialt samarbejde (EGTS)
(lov nr. 309 af 30. april 2008).

Årsregnskabsloven.
(lovbekendtgørelse nr. 395 af 25. maj 2009 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af årsregnskabsloven
(anordning nr. 625 af 23. juni 2008).

Bogføringslov
(lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af bogføringslov
(anordning nr. 624 af 23. juni 2008).

Lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven)
(lov nr. 468 af 17. juni 2008 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om
statsautoriserede og registrerede revisorer
(anordning nr. 623 af 23. juni 2008).

Lov om translatører og tolke
(lovbekendtgørelse nr. 181 af 25. marts 1988 med senere ændringer).

Lov om dispachører
(lovbekendtgørelse nr. 184 af 25. marts 1988 med senere ændringer).

Lov om hjemmeservice
(lovbekendtgørelse nr. 39 af 23. januar 2004 med senere ændringer).

Lov om næringsbrev til fødevarerbutikker
(lov nr. 486 af 9. juni 2004 med senere ændringer).

Lov om omsætning af fast ejendom
(lovbekendtgørelse nr. 1717 af 16. december 2010).

Lov om en rejsegarantifond
(lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009).

Lov om fyrværkeri
(lov nr. 193 af 24. maj 1972 med senere ændringer).

Lov om gasinstallationer og installationer i forbindelse
med vand- og afløbsledninger
(lovbekendtgørelse nr. 988 af 8. december 2003 med senere ændringer).

Lov om autorisation af elinstallatører m.v.

(lovbekendtgørelse nr. 989 af 8. december 2003 med senere ændringer).

Lov om elforsyning

(lovbekendtgørelse nr. 516 af 20. maj 2010).

(Pr. marts 2011)