

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2011

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2011.

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

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

1. FORMANDSKABETS BERETNING	7
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	8
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	10
3.1. Ankenævnets organisation	10
3.2. Ankenævnets kompetence.....	11
3.3. Indgivelse af klager	12
3.4. Sagens forberedelse.....	13
3.5. Sagens afgørelse.....	14
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	16
4.1. Lov om finansiel virksomhed	
1) Kendelse af 4. februar 2011 (J.nr. 2011-0022470). Nedskrivning af værdi af filialejendom af pengeinstitut	16
2) Kendelse af 16. februar 2011 (J.nr. 2010-0021890). Finansiel virksomhed havde handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis	35
3) Kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022787). Bestyrelsesmedlem i finansiel virksomhed påbudt at nedlægge sit hverv.....	72
4) Kendelse af 31. marts 2011 (J.nr. 2010-0022669). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	96
5) Kendelse af 23. juni 2011 (J.nr. 2010-0023585). Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	114
6) Kendelse af 2. september 2011 (J.nr. 2011-0023578). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	123
7) Kendelse af 2. september 2011 (J.nr. 2011-0024373). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	130
8) Kendelse af 17. november 2011 (J.nr. 2011-0024107). Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	137
4.2. Værdipapirhandelsloven	
9) Kendelse af 14. oktober 2011 (J.nr. 2011-0024417). Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	151
10) Kendelse af 8. november 2011 (J.nr. 2011-0023622). Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.....	166

4.3. Investeringsforeningsloven

11) Kendelse af 30. september 2011 (J.nr. 2010-0021281). Påbud om lovliggørelse af direktionen i investeringsforvaltningsselskabers deltagelse i bestyrelsesmøder i investeringsforening.....	179
--	-----

4.4. Selskabsloven

12) Kendelse af 11. februar 2011 (J.nr. 2010-0022430). Begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering via Webreg, hvorfor styrelsen var berettiget til at lukke for adgangen til registrering i Webreg.....	200
---	-----

13) Kendelse af 8. marts 2011 (J.nr. 2010-0022047). Begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering via Webreg, hvorfor styrelsen var berettiget til at lukke for adgangen til registrering i Webreg.....	214
--	-----

14) Kendelse af 21. marts 2011 (J.nr. 2010-0022644). Administrativ ophævelse af foretagens registrering af vedtægtsændring til ulovligt formål tiltrådt	236
--	-----

15) Kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022720). Tvivl om ejerskab, hvorfor det ikke kunne fastslås om den foretagne registrering er blevet til på grundlag af lovlige beslutning	243
--	-----

16) Kendelse af 31. maj 2011 (J.nr. 2010-0021582). Ikke grundlag for beslutning om permanent lukning af adgang til at foretage registreringer via Webreg.....	255
--	-----

17) Kendelse af 17. juni 2011 (J.nr. 2011-0023061). Krav om berigtigelse af vedtægtsbestemmelser tiltrådt	269
--	-----

18) Kendelse af 17. november 2011 (J.nr. 2011-0024527). Foretaget Webreg registrering nægtet ophævet	277
---	-----

4.5. Årsregnskabsloven

19) Kendelse af 18. januar 2011 (J.nr. 2010-0022506). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	287
--	-----

20) Kendelse af 28. januar 2011 (J.nr. 2010-0022885). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	290
--	-----

21) Kendelse af 8. februar 2011 (J.nr. 2010-0022384). Årsrapport trukket tilbage og selskabet pålagt at indsende en godkendt og revideret årsrapport	295
---	-----

22) Kendelse af 16. februar 2011 (J.nr. 2010-0022475). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	306
---	-----

23) Kendelse af 28. februar 2011 (J.nr. 2010-0022465). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	317
24) Kendelse af 28. februar 2011 (J.nr. 2010-0022509). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	324
25) Kendelse af 29. marts 2011 (J.nr. 2010-0022580). Ikke grundlag for at anmode selskab om en ny årsrapport	331
26) Kendelse af 15. juli 2011 (J.nr. 2010-0022861). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	336
27) Kendelse af 19. august 2011 (J.nr. 2011-0023581). Selskab pålagt at indsende revideret årsrapport, da betingelser for fravalg af re- vision ikke opfyldt	343
28) Kendelse af 13. september 2011 (J.nr. 2011-0024407). Selskab påbudt at berigtige årsrapport	350

4.6. Bogføringsloven

29) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023071). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	360
30) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023123). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i England hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.....	375
31) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023126). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	386
32) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023251). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	386
33) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023252). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	387
34) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023253). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	387
35) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023507). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i Tyskland hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	387
36) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0024366). Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsma- teriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor	404

4.7. Hvidvaskloven

37) Kendelse af 6. oktober 2011 (J.nr. 2010-0021587). Ophævelse af styrelses afgørelse om nægtelse af registrering af selskab i hvidvaskregisteret	405
---	-----

4.8. Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder

38) Kendelse af 4. marts 2011 (J.nr. 2010-0023003). Tiltrådt, at styrelsen havde nægtet at optage selskab i Næringsbasen	417
---	-----

4.9. Rejsegarantifondsloven

39) Kendelse af 24. juni 2011 (J.nr. 2010-0023556). Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden	422
--	-----

40) Kendelse af 9. september 2011 (J.nr. 2010-0023333). Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden	431
--	-----

5. SAGSSTATISTIK.....	445
------------------------------	------------

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 2011 haft en tilgang på 86 klagesager og har i alt haft 128 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 92 sager. Heraf er 40 sager afsluttet ved kendelse og 52 sager på anden måde. Af de 40 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 30 sager, mens 10 sager førte til ankenævnets ændring/omgørelse af den påklagede afgørelse.

I 9 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 7,7 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 2011 af en formand, en næstformand og 23 sagkyndige medlemmer. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af erhvervs- og vækstministeren.

I året 2011 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	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 erhvervs- og vækstministeren. De sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold (bekendtgørelsens § 5).

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Ved udgangen af 2011 var antallet af sagkyndige medlemmer 23. 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 erhvervs- og vækstministeren efter lovens § 7, stk. 2, bestemme, at Erhvervsankenævnet er "klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom". Ankenævnets kompetence følger således ikke af selve loven om ankenævnet, men af de love, der regulerer de enkelte sagsområder. Normalt findes bestemmelsen om klageadgang i selve den pågældende lov, men i nogle tilfælde findes bestemmelsen i en bekendtgørelse med hjemmel i den pågældende lov. Bilag 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 2011.

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

4.1. LOV OM FINANSIEL VIRKSOMHED

1) Kendelse af 4. februar 2011 (J.nr. 2010-0022470).

Nedskrivning af værdi af filialejendom af pengeinstitut.
Bekendtgørelse nr. 1305 af 16. december 2008 om finansielle rapporter for kredit-
institutter og fondsmæglerselskaber m.fl., § 61, stk. 1.
(Preben Lund Hansen, Ingrid Henriksen og Steen Mejer).

Ved skrivelse af 28. juli 2010 har advokat A på vegne af K [pengeinstitut] klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 7. juli 2010 har vurderet markedsværdien af pengeinstitutts filialejendom beliggende ... til 18,2 mio. kr. og vurderet, at ejendommen regnskabsmæssigt skal nedskrives med 19,7 mio. kr.

Sagens omstændigheder:

Finanstilsynet har i skrivelse af 7. juli 2010 vurderet, at markedsværdien af Ks filialejendom beliggende ... er 18,2 mio. kr. og fastslået, at ejendommen følgelig regnskabsmæssigt skal nedskrives med 19,7 mio. kr. Ved skrivelse af 12. juli 2010 har Finanstilsynet givet pengeinstituttet klagevejledning.

I klageskrivelse af 28. juli 2010 har advokat A anført:

” ...

På vegne K skal jeg herved i henhold til § 372, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed klage over denne vurdering, da den er for lav.

Finanstilsynets vurdering er ifølge brev af 7. juli 2010 ”*baseret på en bruttoløje på 1,2 mio.kr. pr. år og driftsudgifter på 49 t.kr. excl. skatter,*

afgifter og forsikring, som forventes betalt af lejer. Nettolejen er herefter 1,16 mio.kr. Den anvendte forrentningsprocent er 6,5 %.”

Ejendommen er på 1.590 kvm og med en nettoleje anslået af Finanstilsynet til kr. 1,16 mio., svarer dette til en leje på **kr. 730 pr. kvm.**

Dette er i forhold til det generelle lejeniveau i X-by og tilsvarende byer en meget lav kvadratmeterpris. Som eksempel vedlægges annonce fra [Ejendomsmæglerfirma], hvor kontorlejemål i Y-by udlejes til en kvadratmeterpris på kr. 1.300 til kr. 1.450 eksklusive moms og drift. Y-by, Z-by og X-by ligger traditionelt på samme prisniveau for kontorlejemål. Lejemålet i Y-by kan også ses på [Ejendomsmæglerfirma]s hjemmeside per dags dato.

Ejendommen i X-by har også, som lejemålene i vedlagte annonce, en unik beliggenhed, da den er beliggende midt i X-by med en unik arkitektur og indretning, jf. vedhæftede præsentation af ejendommen. Som det også er gjort gældende overfor Finanstilsynet, er ejendommen indrettet således, at den med få tilpasninger kan ændres til retail-ejendom f.eks. som konceptbutik for møbel-, eller tøjbutikker. Dette forøger også ejendommens værdi.

Ejendommen ejes af Ks datterselskab K betaler en leje på **kr. 1.400 pr. kvm** eksklusive moms og driftsudgifter. Dette beløb er netop fastsat ud fra, at der skulle betales en markedsleje.

Det er derfor uforståeligt, hvorfor Finanstilsynet har beregnet ejendommens værdi ud fra en leje på kr. 730 kvm pr. år. Dette er væsentlig under markedslejen, hvilket som ovenfor nævnt illustreres af lejeniveauet på tilsvarende ejendomme i området, og af den leje K betaler, som netop er fastsat ud fra et ”arms længde” princip.

Det bemærkes, at Finanstilsynet i en tilsvarende afgørelse af 5. oktober 2009 vedrørende [pengeinstitut] på side 28 øverst anfører:

”Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Finanstilsynet i udpræget grad har anvendt de af banken anførte oplysninger om faktisk leje ved opgørelse af ejendommenes værdier. Finanstilsynet har endvidere anvendt højere nettolejeindtægter end faktisk oplyste lejeindtægter, når de aktuelle omkostninger blev vurderet som ekstraordinært store, jf. også boks 4.1.”

Som nævnt ovenfor betaler K kr. 1.400 pr. kvm. eksklusive moms og driftsudgifter.

På baggrund af ovenstående påklager K derfor Finanstilsynets vurdering på kr. 18,2 mio., som tager udgangspunkt i en kvadratmeterpris på kr. 730. Det er Ks opfattelse, at ejendommens markedsværdi er kr. 37,9 mio. baseret på en kvadratmeterpris på kr. 1.400 eksklusive moms og driftsudgifter.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 1. september 2010 udtalt:

” ...

2. Det retlige grundlag

De regnskabsmæssige regler for pengeinstitutters værdiansættelse af anlægsaktiver fremgår af bekendtgørelse om finansielle rapporter for kreditinstitutter og fondsmæglerselskaber m.fl. af 16. december 2008.

Værdiansættelse af pengeinstitutters anlægsaktiver, herunder ejendomme, fremgår af bekendtgørelsens §§ 58 – 62:

Af § 58, stk. 1, fremgår, at materielle anlægsaktiver, som besiddes til brug i virksomheden eller til udlejning, og som forventes at skulle benyttes i mere end et regnskabsår på tidspunktet for første indregning, skal måles til kostpris.

I henhold til stk. 2 medregnes alle de omkostninger i kostprisen, der er foranlediget af anskaffelsen indtil det tidspunkt, hvor aktivet er klar til at blive taget i brug, eller som direkte kan henføres til det fremstillede aktiv.

Efter § 61, stk. 1, måles domicilejendomme efter første indregning til omvurderet værdi, som er dagsværdien på omvurderingstidspunktet med fradrag af efterfølgende akkumulerede afskrivninger og efterfølgende tab for værdiforringelse. Omvurdering skal foretages så hyppigt, at den regnskabsmæssige værdi ikke afviger væsentligt fra domicilejendommens dagsværdi på balancetidspunktet.

Definitionen på dagsværdi fremgår af bekendtgørelsens bilag 1, nr. 27:

”Det beløb, som et aktiv kan omsættes til, eller en forpligtelse kan indfries til, ved handel mellem kvalificerede, villige indbyrdes uafhængige parter”.

Efter § 61, stk. 2, skal dagsværdien på omvurderingstidspunktet opgøres i overensstemmelse med bekendtgørelsens bilag 8. Dette er vedlagt

Endvidere vedrører § 61, stk. 3 og 4, stigninger og fald i domicilejendomme, og stk. 5 vedrører afskrivninger, jf. § 59, stk. 2.

Af bemærkninger af 18. december 2009 til bekendtgørelse nr. 1305 af 19. december 2008 om finansielle rapporter for kreditinstitutter og fondsmæglerselskaber m.fl., side 42 ad § 57, fremgår:

”... en ejer af en domicilejendom [er] underlagt risikoen for svingninger i priserne på ejendomsmarkedet. De nævnte forhold anses bedst afspejlet regnskabsmæssigt ved en måling af domicilejendomme til dagsværdi.”

Endvidere fremgår det af bemærkningerne, side 43 ad § 58:

”reglerne for indregning og måling af materielle anlægsaktiver, herunder domicilejendomme ved første indregning, findes i IAS 16 (7-28).”

Endelig følger det af bemærkningerne, side 64 ad § 61:

”domicilejendomme skal reguleres til omvurderet værdi som er dagsværdien på omvurderingstidspunktet med fradrag af efterfølgende akkumulerede afskrivninger og efterfølgende tab ved værdiforringelse (omvurderingsmodellen). Omvurdering skal foretages så hyppigt, at den regnskabsmæssige værdi ikke afviger væsentligt fra domicilejendommens dagsværdi på balancetidspunktet jf. IAS 16 (31). Reglen om afskrivning følger IAS 16 (43.-62), mens reglen om nedskrivning følger af IAS 36, jf. IAS 16 (63).”

3. Finanstilsynets vurdering

Grundlaget for Finanstilsynets vurdering af ejendommen Z-by ... X-by, er:

- Finanstilsynet besigtigede ejendommen den 1. juli 2010. Ved besigtigelsen deltog pengeinstituttets direktør... og .. fra Finanstilsynet.
- Udleveret materiale i forbindelse med besigtigelsen omfatter:
- Brochure over ejendommen, som er udarbejdet af Dette materiale er af pengeinstituttet også fremsendt til Erhvervsankenævnet som bilag til klageskrivelsen.
- Plantegninger i mål 1:100 over bebyggelsens 3 etager.
- Ejendomsskattebillet for 2010, hvoraf det fremgår, at aktuel grundværdi er kr. 773.700 og ejendomsskatten for 2010 er kr. 14.195.
- Mundtlige oplysninger vedrørende myndighedsbehandlinger.
- Finanstilsynets opmåling af lejbærende arealer. Ud fra det udleverede tegningsmateriale er bygningens etageareal excl. ”vinge” og pengeautomatsilo opmålt til 1.475 m². Arealet er fordelt på:
 - 598 m². i underetagen
 - 494 m². i stueplan
 - 383 m². på 1. salI alt: 1475 m²
- Indhentede oplysninger fra X-by kommune, hvor det bl.a. er oplyst, at der i X-by kommune pt. opkræves en dækningsafgift på 9 promille.
- Diverse aktuelle udbud på kontorer og butikker i nærområdet omkring Z-by.
- ... fra ejendomsmæglerfirmaet ... fra januar 2010.

- Markedsrapport fra ... [Ejendomsmæglerfirma], forår 2010
- Pengeinstituttets mail af 23. februar og intern mailkorrespondance i Finanstilsynet henholdsvis den 23. og 24. februar 2010. Vedlagt som bilag

3.1. Ejendommens beliggenhed

Ejendommen er beliggende i den nord-vestlige udkant af X-by, på hjørnet af ... og Z-by ... vest for X-by jernbanestation og ca. 2 km. fra X-by bymidte/gågader.

Området er et blandet bolig- og erhvervsområde. Nærmeste nabo er I vejkrydset Z-byvej og ... er der, foruden pengeinstituttets bygning, en ...-tankstation, en ældre 1½ plans villa og en ældre 1½ plans bebyggelse, som tidligere var indrettet til bankfilial for ...[pengeinstitut]. [Pengeinstituttet] er fraflyttet denne bygning for nogle år siden, og i dag drives der antikhandel fra bygningen. For at illustrere området yderligere kan nævnes, at der inden for en radius af 300 meter fra ejendommen er følgende typer ejendomme ud mod Z-byvej:

- 3 autoforretninger.
- 3 tankstationer - (...).
- X-by Sten- og Billedhuggeri med stor udendørs udstilling af gravstene.
-
- "...", som er en grillbar.
- Projektejendom, hvor der tidligere var benzintank. Denne ejendom er også nævnt under finanstilsynets referenceejendomme.
- 4 ældre 1½ plans villaer.

Ud mod ... er der hovedsageligt boligbebyggelse i form af parcelhuse og etageboligbyggeri.

I en afstand af ca. 500 meter og længere mod vest ad Z-byvej er der et område med flere dagligvarebutikker/supermarkeder i form af, som er beliggende i et indkøbscenter betegnet "...". Herudover er der en del nonfood-forretninger i form af møbelbutikker, ..., ... og flere automobilforretninger. Desuden er ... hovedcenter og stor kontorbebyggelse for ... beliggende i området.

Området har ikke nogen deciderede detailbutikker eller lignende. Disse forretningstyper er beliggende i X-by centrum, hovedsageligt på gågader.

3.2. Bebyggelsen

I udleveret brochure fra ... er bebyggelsen beskrevet således:

"Ind i mellem opføres arkitektur, der har potentiale til at ændre byrummet. K i X-by er sådan en bygning. Bygningen i hvid Corian er tegnet af arkitekterne B og alt andet end gennemsnitlig. Facadernes skæve felter veksler mellem det lukkede og åbne, mellem indkig og udsyn, og den vekslen gennemsyrrer også indretningen.

Det er Duba-B8, der har leveret møblerne og ... rumdesigner, der har fortolket det ydre og omsat det til en indretning, der afspejler aktiviteterne i et moderne pengeinstitut. I det 1.200 m2. store hus er der rum for såvel lukkede møder, kurser, afslapning og leg. Kunstværkerne i huset er transparante og i klare farver og møblerne indgår som en integreret del af arkitekturen”.

Supplerende til ... beskrivelse kan Finanstilsynet oplyse, at der er tale om et specielt byggeri med en meget markant udformning. Den akkumulerede anskaffelsessum er ikke oplyst, men det vurderes, at udgiften har været høj. Det fremgår af noter til årsrapporten for ... at den samlede anskaffelsessum for igangværende byggeri med udgangen af 2009 var kr. 43.795.026. Finanstilsynet formoder, at dette beløb alene omfatter byggeriet på Z-byvej ... i X-by. Dette er en særdeles høj pris og svarer til en m2. pris på godt kr. 27.500. Det er dog ikke overraskende, bl.a. på grund af følgende forhold:

- Den specielle arkitektur har antageligvis medført høje projekteringsudgifter med høje udgifter til såvel arkitekter, ingeniører og byggeledelse.
- Grund/ejendom er erhvervet i 2004 for kr. 5.400.000.
- Grunden er byggemodnet, herunder med nedrivning af muret 2-etagers kontorbebyggelse fra 1979. Denne bygning var på i alt 806 etagemeter.
- Der er betalt for brug af adgangsvej via naboejendommen ..., idet pengeinstituttet ikke kunne få myndighedernes godkendelse til udkørsel direkte fra egen grund. Denne udgift er oplyst til ca. kr. 500.000.
- Den specielle facadebeklædning er udført af specialister fra Italien. Facaden er inddelt i felter/mønstre efter et særskilt arkitektprojekt. Det blev ved besigtigelsen oplyst, at der kun er et sted yderligere i Europa, hvor denne facadebeklædning også er anvendt. Det er ved et hotelbyggeri i Sydfrankrig.
- Der er opført en markant beton-støttemur, som har været påkrævet at udføre i skel til den ene nabo.
- Bygningen er velmøbleret og har en omfattende kunstudsmykning.
- Bygningen har et særdeles veludstyret fitnessrum i underetagen.

3.3. Finanstilsynets værdiansættelse

Finanstilsynets ansættelse af ejendommens markedsværdi er fastsat uden hensyn til, at ejendommen aktuelt anvendes som filial for pengeinstituttet. Der henvises i den forbindelse til 7 sammenlignelige sager på værdiansættelse af pengeinstitutters domicil eller filialejendomme, som Erhvervsankenævnet har behandlet i perioden 1997 til 2004.

Markedsværdien vurderes til kr. 18.200.000 og fremgår af ejendomsvurderingsskema dateret 6. juli 2010, som er vedlagt

Vurderingen er her gengivet:

Markedsleje:

Plan 0, Kælder/underetage

Møderum, køkken,

personalefaciliteter m.v. 437 m2. x kr. 700 = kr. 305.900

Lager- og depotrum 161 m2. x kr. 400 = kr. 64.400

Plan 1, stueetage

Storrumskontor med

diverse mindre lokaler 451 m2. x kr. 1.100 = kr. 496.100

Bagtrappe, cykelparkering,

Personaleindgang m.v. 43 m2. x kr. 600 = kr. 25.800

Plan 2, 1. sal

Kontorer 292 m2. x kr. 1.000= kr. 292.000

Ventilationsrum m.v. 91 m2. x kr. 300= kr. 27.300

Markedsleje i alt kr. 1.211.500

Driftsudgifter:

Skatter & afgifter herunder dækningsafgift som

forudsættes afholdt af lejer kr. 0

Forsikringer som forudsættes afholdt af lejer kr. 0

Vedligeholdelse 1.475 m2. x kr. 25 kr. 36.875

Administration 1 % af markedsleje kr. 12.115

Driftsudgifter i alt kr. 48.990

Nettoleje kr.1.162.510

Tillæg for 6 måneders deposita kr. 605.700

x 3 % = kr. 18.173

I alt til forrentning af den investerede kapital kr.1.180.683

Markedsværdi ved forrentning 6,5 % kr. 18.164.346

Forhøjet til kr. 18.200.000

Som det fremgår, er Finanstilsynets vurdering baseret på tilsynets egen konkrete opmåling af lejbærende arealer. Det bemærkes i den forbindelse, at "vingen" som forbinder bygningen og pengeautomatsiloen ikke kan oppebære en selvstændig lejeværdi, idet "vingen" er lukket og ikke tilgængelig, og derfor ikke brugbar. "Vingen" har kun synsmæssig og arkitektonisk effekt. Arealet af denne "vinge" er ca. 90 m2.

Der er stor forskel på lejeværdierne, afhængigt af om der er tale om et lagerlokale i kælderen, et forretningslokale i stueetagen eller et ventilationsrum på 1. sal. Finanstilsynets værdiansættelse er baseret på en konkret markedsvurdering af de forskellige typer lejbærende arealer.

Markedslejer og forrentning er fastsat på basis af tilsynets referencer under punkt 3.5 samt på basis af tilsynets øvrige overvågning af ejendomsmarkedet. Finanstilsynet skal i den forbindelse bemærke, at usikkerhed vedrørende lejeniveau og afkastniveau i alle tilfælde er kommet pengeinstituttet til gode, idet der er anvendt højeste lejer og laveste forrentningsprocent indenfor et defineret skøninterval.

Ligeledes har Finanstilsynet forudsat, at forsikring samt alle skatter og afgifter betales af lejer ud over den leje, som er angivet i vurderingen. Denne udgift er ikke uvæsentlig, idet der i X-by kommune pt. betales 9 promille i dækningsafgift. Forudsættes det, at den kommende nye ejendomsvurdering for ejendommen vil have en dækningsafgiftspligtig forskelsværdi på kr. 16.000.000, vil dækningsafgiften alene udgøre kr. 144.000 årligt. Dette er ikke et usandsynligt scenarie. Den nye ejendomsvurdering vil blive fastsat af myndighederne, når ibrugtagningstiladelse for byggeriet foreligger.

3.4. Pengeinstitutets værdiansættelse

Advokat A oplyser på vegne af pengeinstituttet, at det er pengeinstitutets opfattelse, at ejendommens markedsværdi er kr. 37.900.000 baseret på en kvadratmeterpris på kr. 1.400 eksklusive moms og driftsudgifter. Det er ikke oplyst, hvordan pengeinstituttet er kommet frem til denne værdi, men det fremgår af skrivelserne, at det samlede areal for bygningen efter pengeinstitutets oplysninger er på 1.590 m².

Finanstilsynet må forstå det sådan, at pengeinstituttet vurderer den gennemsnitlige leje for alle etagemeter incl. ”vinge” og pengeautomatsilo til kr. 1.400. Dette giver en bruttoleje på kr. 2.226.000. For at opnå en værdi på kr. 37.900.000 må der være anvendt en forrentning på 5,9 % baseret på bruttolejen.

Dette er efter Finanstilsynets opfattelse ikke niveauet for hverken leje eller forrentning i det pågældende område. Yderligere har Pengeinstituttet tilsyneladende medtaget lejeværdier for ikke-brugbare arealer i ”vinge” og pengeautomatsilo. Der henvises i den forbindelse til tilsynets bemærkninger under afsnit ”3.3. Finanstilsynets værdiansættelse”.

3.5. Finanstilsynets referencer

I forbindelse med Finanstilsynets værdiansættelse er der blandt andet anvendt følgende fire referencer:

Z-byvej 20, ... X-by (ca. 100 meter fra pengeinstituttet)

På denne ejendom har der tidligere været en tankstation, som nu er fjernet. Den tilbageværende bygning anvendes pt. af X-by bilsyn. På ejendommen påtænkes opført en ny bebyggelse med et samlet etageareal på 800 m². Der har igennem en længere periode været søgt efter lejere. Der søges efter lejere til både butik og kontor. Fælles for begge kategorier er, at lejemålene vil blive opført af udlejer efter lejers ønsker. Udbudslejen incl. drift for kontorlokaler er kr. 920 pr. m². Udbudslejen incl. drift for butikslokaler er kr. 1.170 pr. m² ...

Finanstilsynet finder denne reference relevant fordi:

- ejendommen er beliggende ca. 100 meter fra pengeinstituttet.
- der er tale om nybyggeri, hvor såvel butik og kontorer opføres af udlejer efter lejers ønske, og
- udbudslejen for disse nyindrettede lokaler udgør kr. 920 pr.m². incl drift for kontor og kr. 1.170 incl. drift for butik.

I tilsynets vurdering af pengeinstitutts bygning indgår kontorlokaler i stueetagen med en lejeværdi på skønsmæssigt kr. 1.200 pr. m². incl. drift og kr. 1.100 pr. m². incl. drift for kontorlokalerne på 1. sal. (driftsudgifterne omfatter ejendomsskatter, dækningsafgift og forsikringer som i vurderingen forudsættes afholdt af lejer).

..., **7000 X-by** (ca.1 km. fra pengeinstituttet)

I denne ejendom er pt. udbudt et lejemål. Lejemålet er et kombineret butiks- og kontorlejemål på i alt 562 m²., fordelt med 406 m². butik i stueetagen og 156 m². kontor på 1. sal. Butikken anvendes pt. som gulv og tæppebutik, men vil kunne anvendes til alle former for detailbutik. Den aktuelle årlige udbudsleje er kr. 382.160 svarende til kr. 680 pr. m². incl. drift for butiksareal i stuen og kr. 680 pr. m². incl. drift for kontor på 1. sal.

Finanstilsynet finder denne reference relevant fordi:

- der er tale om et nyere byggeri med god placering som nabo til ... m.fl., hvorfor lejemålet har gode alternative anvendelsesmuligheder.
- lejemålet kan sammenlignes med den del af underetagen i pengeinstitutts bygning, som indeholder møderum, køkken og personalefaciliteter.

I tilsynets vurdering af pengeinstitutts bygning indgår møderum, køkken og personalefaciliteter i underetagen med en lejeværdi på skønsmæssigt kr. 800 pr. m². incl. drift.

... **i X-by bymidte**

Nyopførte butikslokaler til udlejning, beliggende i forbindelse med større nyopført butikscenter – ... – blandt andet indeholdende ... samt parkeringshus. I dette nye center kan lejes 1.050 m². butikslokaler. Butikslokalerne kan opdeles i enheder på 175 m². Udbudslejen er kr. 1.350 pr. m². + driftsudgifter på anslået kr. 175 pr. m² ...

Finanstilsynet finder ikke, at denne reference kan bruges som sammenligningsgrundlag med pengeinstitutts bygning. Referencen er der imod medtaget for at illustrere lejeniveauet for nyopførte butikslokaler med central beliggenhed midt i X-bys bymidte, hvor lejeniveauet grundet den mere centrale beliggenhed er væsentlig højere.

... **fra [Ejendomsmæglerfirma], januar 2010**

- *Moderne kontorejendomme*, som er opført enten som et-plans-ejendomme eller etage-byggeri i moderne konstruktioner, og
- som har en høj tilpasningsevne til lejere.

For denne type ejendomme angiver ..., at der i X-by er et lejeniveau excl. drift på kr. 950 pr. m²., og afkastkravet/forrentningsniveauet er 6,5 %

- *Retailejendomme/butiksejendomme*, som er beliggende i fx gågader, med lejemål som henvender sig til udvalgsvareforretninger. Lejemålene er regulære med passende facadebredde og i størrelsesordenen 100-400 m².

For denne type ejendomme angiver ..., at der i X-by er et lejeniveau excl. drift på kr. 1.800 pr. m²., og afkastkravet/forrentningsniveauet er 6 %. For dagligvarebutikker er afkastkravet/forrentningsniveauet dog 7 %.

- *Ejendomme med boksbutikker* i eksterne handelsområder, som henvender sig til udvalgsforretning.

For denne type ejendomme angiver ..., at der i X-by er et lejeniveau på kr. 700 pr. m²., og afkastkravet/forrentningsniveauet er 7 %.

Markedsrapport fra [Ejendomsmæglerfirma] ...

I [Ejendomsmæglerfirma]s markedsrapport er X-by beliggende i Region [Ejendomsmæglerfirmaet] angiver, at regionens højeste kontorlejeniveau ligger i Y-by. Her udlejes moderne kontorlejemål i centrum til kr. 1.100 – kr. 1.200 pr. m². Herefter kommer Z-by, som ligger i tæt konkurrence om regionens højeste kontorlejeniveau. Det bemærkes, at [Ejendomsmæglerfirmaet] ikke nævner X-by.

Afkastkravet/forrentningsniveauet for Y-by ligger i niveau 6,5 til 7,75 % og for Z-by i niveau 7,0 til 7,75 %.

Finanstilsynet finder, at ovennævnte markedsrapporter fra ...[Ejendomsmæglerfirma] og ... [Ejendomsmæglerfirma] er relevante referencer, da:

- både ... og ... angiver, at den laveste forrentningsprocent for nyopførte kontorejendomme med bedre beliggenhed er i niveau 6,5 %.
- de højeste lejeniveauer for moderne kontorejendomme ligger i niveau kr. 1.100 – kr. 1.200 pr. m². incl. drift

3.6. Pengeinstituttets referencer

Advokat A oplyser, at pengeinstituttets bygning har en unik beliggenhed midt i X-by med unik arkitektur og indretning.

Samtidig henvises til, at kontorlejemål i Y-by, Z-by og X-by traditionelt ligger på samme prisniveau.

Som eksempel er derfor vedlagt en annonce fra [Ejendomsmæglerfirma], hvor kontorlejemål i Y-by udlejes til en kvadratmeterpris på kr. 1.300 til kr. 1.450 eksklusive moms og drift. Der henvises samtidig til [Ejendomsmæglerfirma]s hjemmeside.

Finanstilsynet har efterfølgende udskrevet det pågældende lejemål, som er vedlagt som bilag ...

Herudover har pengeinstituttet ikke yderligere referencer.

Pengeinstituttet har dog i mail af 6. juli 2010 oplyst, at en leje på kr. 1.400 pr. m². er realistisk, hvilket er dokumenteret ved tilsvarende lejemål i området. Denne dokumentation har pengeinstituttet dog ikke gjort Finanstilsynet bekendt med.

3.7. Finanstilsynets kommentar til Pengeinstituttets referenceejendom

Finanstilsynet har besigtiget den pågældende referenceejendom og kan i den forbindelse oplyse følgende:

Ejendommen er beliggende i Y-by bymidte på hjørnet af Ejendommen har en god beliggenhed få hundrede meter fra Y-bys gågader og Y-bys Jernbanestation. Afstanden til Y-byhus er ca. 400 meter. En central og god placering i Y-by.

Det pågældende referencelejemål er beliggende i en 5-etagers nyere tårnbebyggelse. Denne tårnbebyggelse er opført ovenpå en 3-etagers parkeringskælder. Parkeringskælderens har, på grund af store niveauforskelle, direkte indkørsel fra Referencelejemålet har derfor en beliggenhed på 8. etage i relation til ... og på 5. etage i relation til det øverste og åbne parkeringsdæk. Der er derfor en flot udsigt over havnen og Y-by bymidte fra det pågældende lejemål.

Bebyggelsen, hvor det pågældende lejemål er beliggende, indgår som en samlet bebyggelse sammen med [pengeinstitut]s afdelingskontor i Y-by, [pengeinstitut]s afdelingskontor i Y-by og et lokalt revisionsfirma. Der er således tale om et ”finanscenter”.

Finanstilsynet stiller sig uforstående over for, at klager vælger at bruge denne ejendom som referenceejendom.

3.8. Finanstilsynets kommentar til advokat As bemærkninger

Pengeinstituttets advokat A gør gældende, at Finanstilsynet i en tilsvarende afgørelse af 5. oktober 2009 vedrørende [pengeinstitut] på side 28 øverst har anført:

”Finanstilsynet skal gøre opmærksom på, at Finanstilsynet i udpræget grad har anvendt de af banken anførte oplysninger om faktisk leje ved opgørelse af ejendommens værdier. Finanstilsynet har endvidere anvendt højere nettoglejende indtægter end faktisk oplyste lejeindtægter, når de aktuelle omkostninger blev vurderet som ekstraordinært store, jf. også boks 4.1.”

Det er åbenbart, at selvom Finanstilsynet i én sag i ”udpræget grad” har lagt de af banken anførte oplysninger til grund, kan dette ikke bruges som argument for, at Finanstilsynet skal lægge klagers oplysninger til grund.

Finanstilsynet finder derfor ikke, at det pågældende eksempel kan anvendes som referencegrundlag i nærværende sag.

4. Konklusion

Under henvisning til foranstående redegørelse finder Finanstilsynet at markedsværdien for pengeinstitutts nyopførte filial i X-by maksimalt kan ansættes til kr. 18.200.000

Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på følgende forhold:

1.

Det er ikke Finanstilsynets opfattelse, at ejendommen, som pengeinstituttet angiver, har en unik beliggenhed i X-by. Ejendommen er beliggende på en indfaldsvej til X-by ca. 2 km. fra bymidten. Det er derfor tilsynets opfattelse, at ejendommen ikke kan sammenlignes med de mere attraktive udlejningsejendomme i X-by m.v.

2.

Bebyggelsen er særindrettet til pengeinstitutts behov. Der er i den forbindelse en del indretninger, som ikke er hensigtsmæssige til alternativt brug. I den forbindelse kan bl.a. nævnes nogle smalle gangarealer, indvendig kerne for elevator, thé-køkken, toiletter og boksrum m.v. på alle etager.

3.

Finanstilsynet har ved vurderingen medtaget ejendommens lokaliteter til højeste markedsleje, d.v.s. kr. 700 pr. m². i kælderen, kr. 1.100 i stueetagen og kr. 1.000 pr. m². på 1. sal. Hertil kommer skatter, afgifter og forsikring som forudsættes afholdt af lejer.

4.

Finanstilsynet har medtaget de højeste lejeværdier, jf. de af tilsynet angivne referencer. I den forbindelse bemærkes, at sparekasses reference ikke efter tilsynets vurdering er brugbar, idet der her er tale om en betydeligt bedre beliggenhed.

5.

Det skal bemærkes, at Finanstilsynet ikke har vurderet ejendommen ud fra en leje på kr. 730 pr m². som angivet af pengeinstituttet.

Finanstilsynet har, efter opmåling af bygningen, foretaget en konkret markedsvurdering af de forskellige typer lejbærende arealer. Tilsynets opmåling er på i alt 1.475 m².

Pengeinstituttet angiver derimod et samlet areal på 1.590 m². I dette areal indgår ”vinge” som forbinder bygningen med pengeautomatsilo. Dette areal har en arkitektonisk effekt og sandsynligvis også en vis form for værdi for pengeinstituttet. Men til alternativ anvendelse vurderes dette areal ikke at have nogen værdi.

På det foreliggende grundlag fastholder Finanstilsynet derfor værdiansættelsen på kr. 18.200.000, idet usikkerheden vedrørende lejeniveauer

og forrentningsprocent i alle tilfælde er kommet pengeinstituttet til gode.”

Advokat A har ved skrivelse af 11. oktober 2010 yderligere anført:

”...

Ad punkt 3.1. Ejendommens beliggenhed

K kan ikke helt genkende den beskrivelse af området, der har dannet grundlag for Finanstilsynets værdiansættelse. Ved beskrivelsen af ejendomme inden for en radius på 300 meter, burde det være nævnt, at der udover de nævnte ejendomme også ligger en dagligvarebutik, ..., samt at hele området langs Z-byevej af X-by Kommune påtænkes anvendt til retail- og kontorbyggeri. Indenfor kort tid påbegyndes således opførelse af et stort drive-in ... – på et areal, der huser/har huset parcelhuse.

Tilsvarende påtænkes det at fjerne flere parcelhuse som erstattes af andre ejendomstyper. Det ses således, at der er tale om et område i udvikling med heraf følgende stigende ejendomspriser til følge.

I Finanstilsynets beskrivelse af området i en afstand på ca. 500 meter og længere mod vest ad Z-byevej beskrives kort de butikker, som efter Finanstilsynets opfattelse er beliggende i området. Det nævnes her, at der ikke er nogen deciderede detailbutikker eller lignende. Denne beskrivelse er K uforstående overfor, idet ”...t,” er et center med flere forskellige butikstyper, herunder også detailbutikker. Det samme gælder i øvrigt også for arkaden omkring Fakta, som blandt andet indeholder detailbutikker.

Fælles for [Centeret] og butikkerne som f.eks. ... m.fl. er, at de pågældende forretninger er af den type, som placerer sig på særligt attraktive steder. De ønsker at være placeret ved attraktive indfaldsveje, herunder i forbindelse med f.eks. storcentre eller lignende.

Et andet forhold, som Finanstilsynet ikke nævner, er, at et af de meget store messecentre i Danmark, nemlig X-by ... – eller ...hallerne - med ... kvm. indendørs lokaler, befinder sig indenfor en meget kort afstand af Ks ejendom.

Det nævnes heller ikke i Finanstilsynets redegørelse, at der passerer mere end 30.000 biler dagligt i krydset Z-byevej – ...j. Krydset passerer således uanset man kommer fra Y-by, fra Z-by eller fra [Æ-by]. Dette er et vigtigt forhold ved bedømmelsen af hvor attraktiv Ks ejendom er for potentielle købere eller lejere. Da netop synlighed og tilgængelighed er blandt de vigtigste parametre ved værdiansættelsen af erhvervsjendomme og herunder navnlig for supermarkeder, detailforretninger samt pengeinstitutter.

Sammenfattende er det således Ks opfattelse, at ejendommens beliggenhed er meget ideel – også for retailbutikker – konceptbutikker. Det er tilsyneladende også det overordnede billede af forretningslivet i Danmark,

idet tendensen er, at der sker en koncentration af mange forskellige butikstyper omkring centre beliggende udenfor bymidten – hvor kodeordene er tilgængelighed og parkeringspladser. Til gengæld reduceres antallet af butikker i bymidten kraftigt, og mange byer har svært ved at opretholde en attraktiv bymidte. Et nærliggende eksempel er Y-by, hvor bymidten syner hen på bekostning af Y-by Storcenter.

På baggrund af ovenstående er det derfor Ks opfattelse, at ejendommens beliggenhed er meget bedre end den beliggenhed, som Finanstilsynet tilsyneladende har lagt til grund.

Ad punkt 3.2. Bebyggelsen

K er enig i, at ejendommen fremstår som en markant og fremtrædende ejendom. Det er derimod noget sværere at forstå, hvorfor dette tilsyneladende nærmest har trukket ned ved Finanstilsynets værdiansættelse. Det er muligvis en betragtning om, at K har opført en alt for dyr ejendom, som ikke kan sælges eller lejes ud for et beløb svarende til udgiften ved opførelsen af ejendommen.

Dette kan ikke tiltrædes. Der er ikke tale om en ekstravagant luksusbebyggelse, og det kan herunder ikke tiltrædes, at beton-støttemuren har været særlig dyr, ligesom det ikke kan tiltrædes, at bygningen ”*har en omfattende kunstudsmykning.*” Kunstudsmykning har ikke været særlig dyr, så hvorfra Finanstilsynet har fået den opfattelse, står K uforstående overfor.

Ad punkt 3.5. Finanstilsynets referencer

Finanstilsynet anvender her to referenceejendomme, Z-byvej ... og

Efter Ks opfattelse er disse to ejendomme ikke velvalgte som referenceejendomme, idet beliggenheden for disse er væsentlig forskellig fra Ks ejendom. Det skyldes først og fremmest synligheden. Ks ejendom er beliggende direkte i et trafikkruds, hvor 30.000 biler passerer dagligt, hvilket medfører stor synlighed, som er væsentlig for såvel et pengeinstitut som andre butikker herunder retailbutikker. De to nævnte ejendomme har ikke en beliggenhed med samme synlighed og kan derfor ikke direkte bruges som referenceejendomme.

Anvendelsen af en referenceejendom i X-bys bymidte (...), fremhæves som væsentlig mere attraktiv, idet lejeløbet angives som lejen for nyopførte lejemål med central beliggenhed midt i X-by bymidte, ”hvor lejemålet grundet den mere centrale beliggenhed er væsentlig højere.”

Udgangspunktet for Finanstilsynet er åbenbart, at en bymidte er væsentlig mere central og dermed væsentlig mere attraktiv. Dette er ikke tilfældet for f.eks. en sparekasse, hvor tilgængelighed og parkeringspladser er det mest afgørende, jf. også det ovenfor beskrevne om Y-by. En placering udenfor bymidten vil således ofte være mere attraktiv.

Ad punkt 3.7. Finanstilsynets kommentarer til Pengeinstituttets referenceejendom

Finanstilsynet stiller sig uforstående overfor, hvorfor ejendommen i Y-by er valgt som referenceejendom. Som nævnt ovenfor synes det at bygge på en opfattelse hos Finanstilsynet om, at attraktivt er lig med bymidte og at være tæt på en gågade. Dette er som nævnt ovenfor ikke tilfældet, da mange andre parametre spiller ind, herunder synlighed og tilgængelighed. To forhold som i meget høj grad er til stede ved Ks ejendom i X-by.

Ad punkt 4. Konklusion

Finanstilsynet nævner igen under afsnit 1, at ejendommen ikke har en unik beliggenhed. Til støtte herfor anføres det, at ejendommen er beliggende ved en indfaldsvej. Som nævnt ovenfor er det netop en fordel, da det gør ejendommen mere tilgængelig for Pengeinstituttets kunder. Desuden passerer dagligt cirka 30.000 biler, således at synligheden også er meget høj. Det kan derfor ikke tiltrædes, at ejendommen er mindre attraktiv, end hvis den havde ligget i X-by bymidte. Tvært i mod.

Under afsnit 2 anfører Finanstilsynet, at bebyggelsen er særindrettet til Ks brug. Efter Ks opfattelse er ejendommen ikke mere særindrettet, end andre bygninger er det til den til enhver tid værende ejer eller lejer. Ejendommen vil således uden de store omkostninger kunne bruges af andre end K.

Finanstilsynet nævner i den forbindelse smalle gangarealer, indvendig kerne for elevator, toilet, the-køkken og boksrums. Der er kun ganske få smalle gangarealer, hvilket ikke er noget særligt for et pengeinstitut. Toilet, elevator og the-køkken skal alle vel anvendes, så det er svært at forstå, hvorfor det nævnes som særindretninger. Det er således efter Ks opfattelse kun boksrummene, som kan betragtes som en særindretning. Men dette bør i sig selv ikke kunne begrunde en lavere ejendomsvurdering.

På baggrund af ovenstående fastholder K derfor klagen over Finanstilsynets vurdering på kr. 18,2 mio. Det er således fortsat Ks opfattelse, at ejendommens markedsværdi er kr. 37,9 mio.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 5. november 2010 bemærket:

”..

Pengeinstituttets udtalelse giver ikke Finanstilsynet anledning til at ændre på tilsynets værdiansættelse på kr. 18,2 mio.

Finanstilsynet finder dog behov for at kommentere visse punkter i pengeinstituttets bemærkninger.

Forhold som pengeinstituttet ikke har kommenteret

Først skal dog kort anføres de forhold, som pengeinstituttet ikke har kommenteret.

Finanstilsynet har i forbindelse med værdiansættelsen af pengeinstituttets nye filial i X-by foretaget en konkret markedsvurdering af de forskellige typer lejbærende arealer i bygningen.

I den forbindelse har tilsynet opmålt bebyggelsen til i alt 1.475 m² fordelt med 598 m² i underetagen, 494 m² i stueetagen og 383 m² på 1. sal.

Pengeinstituttet nævner overhovedet ikke det aktuelle areal, som pengeinstituttet baserer markedsværdien på, men fastholder blot at markedsværdien efter pengeinstituttets opfattelse er kr. 37,9 mio. Finanstilsynet må derfor formode, at pengeinstituttet fastholder, at bebyggelsen har et areal på 1.590 m², som kan oppebære en lejeværdi. Der henvises i den forbindelse til afsnit 3.3 i tilsynets brev angående Finanstilsynets værdiansættelse af 1. september 2010, idet tilsynet fastholder, at arealet er 1.475 m².

Pengeinstituttets bemærkninger

1.

Pengeinstituttet angiver, at pengeinstituttet ikke helt kan genkende den beskrivelse af området, som tilsynet har beskrevet i brev af 1. september 2010. Pengeinstituttet angiver bl.a., at tilsynet burde have oplyst, at der inden for en radius af 300 meter fra ejendommen også er en ... dagligvarebutik.

Det er korrekt, at der er en ... dagligvarebutik beliggende ca. 200 meter fra pengeinstituttets bygning. Denne ... butik er beliggende i tilknytning til den ... tankstation, der er nævnt i tilsynets beskrivelse.

Det er dog Finanstilsynets opfattelse, at dette forhold ikke har nogen afgørende betydning for værdien af ejendommen, idet tilsynet overordnet finder, at området er objektivt beskrevet.

2.

Pengeinstituttet angiver, at butikstyper som eksempelvis ... m.fl. er af den type, som placerer sig på særligt attraktive steder. Pengeinstituttet angiver tillige, at de nævnte type butikker ønsker at være placeret ved attraktive indfaldsveje herunder i forbindelse med f.eks. storcentre eller lignende.

Finanstilsynet er uforstående over for pengeinstituttets bemærkning om, at tilsynets referenceejendomme ikke er velvalgte. Finanstilsynet har nemlig i forbindelse med værdiansættelsen udvalgt referenceejendomme netop inden for det område, som pengeinstituttet selv betragter som attraktivt. Der henvises i den forbindelse til afsnit 3.5 om Finanstilsynets referencer i tilsynets brev af 1. september 2010. Her er tilsynets referencer uddybende beskrevet.

Tilsynets første reference er Z-byvej ..., ... X-by. Denne reference er en projektejendom, hvor der igennem en længere periode har været søgt efter potentielle lejere. Her har tilsynet i forbindelse med værdiansættelsen af pengeinstitutts ejendom anvendt et højere lejeniveau end den udbudsleje, som forventes i den pågældende projektejendom.

Den anden referenceejendom beliggende ..., ... X-by er beliggende som naboejendom til ...m.fl. Finanstilsynet forstår pengeinstitutts brev således, at netop dette område er et område, som pengeinstituttet betragter som attraktivt.

Tilsynet har anvendt butiksljemålet i stueplan på ... som reference for pengeinstitutts lokaler i underetagen, og for pengeinstitutts lokaler i stueetagen og på 1. sal er anvendt referencen på Z-by..

Samlet set så har Finanstilsynet anvendt højeste lejeniveauer og laveste afkast, hvorfor eventuelle usikkerheder i alle tilfælde er kommet pengeinstituttet til gode.

På det foreliggende grundlag er Finanstilsynet derfor uforstående overfor, at pengeinstituttet betragter disse referenceejendomme som ”ikke velvalgte”

Der henvises i øvrigt til Finanstilsynets konklusion i afsnit 4 i brev af 1. september 2010.

3.

Pengeinstituttet angiver, at Finanstilsynet åbenbart er af den opfattelse, at en bymidte er væsentlig mere central og dermed væsentlig mere attraktiv. Pengeinstituttet oplyser, at dette ikke er tilfældet for f.eks. en sparekasse, hvor tilgængelighed og parkeringspladser er det mest afgørende. En placering uden for bymidten vil således ofte være mere attraktiv efter pengeinstitutts opfattelse.

Finanstilsynet skal i den forbindelse oplyse, at det ikke er tilsynet som fastlægger hvilke områder, der skal opfattes som attraktive henholdsvis ikke attraktive. Finanstilsynet følger markedssituationen på forskellig vis med jævnlig kontakt med de forskellige aktører på markedet. Ved værdiansættelsen er der anvendt den leje, der kan opnås ved en alternativ anvendelse af ejendommen. Der kan derfor ikke lægges vægt på det forhold, at pengeinstituttet vil være villig til at betale mere end markedslejen.

Det er også i den forbindelse, at tilsynet i afsnit 3.5 om Finanstilsynets referencer i brev af 1. september 2010 har videregivet oplysninger fra

4.

Pengeinstituttet angiver, at der ikke er tale om en ekstravagant luksusbebyggelse, og at pengeinstituttet ikke kan tiltræde, at beton-støttemuren har været særlig dyr. Pengeinstituttet kan heller ikke tiltræde, at bygningen ”har en omfattende kunstudsmykning”. Kunstudsmykningen har ikke været særlig dyr, oplyser Pengeinstituttet.

Finanstilsynet er ikke bekendt med udgifterne til nævnte 2 forhold. Men de 2 nævnte forhold indgår som 2 delelementer ud af i alt 8 elementer, hvor tilsynet prøver at få en indikation for, hvorfor byggeriet åbenbart har medført en så høj pris. Der henvises i den forbindelse til 3.2 om bebyggelsen i tilsynets brev af 1. september 2010.

5.

Pengeinstituttet oplyser yderligere, at ejendommen passeres af mere end 30.000 biler dagligt, og at X-by ... er beliggende inden for kort afstand m.v.

Finanstilsynet skal i den forbindelse oplyse, at alle ovennævnte forhold indgår i tilsynets samlede vurdering, dog således at værdiansættelsen overordnet set er baseret på den aktuelle markedsværdi.

...”

Heroverfor har advokat A den 2. december 2010 bemærket:

” ...

Ad ”Forhold som pengeinstituttet ikke har kommenteret”

Finanstilsynet anfører, at deres ejendomsinspektør har foretaget en opmåling af den samlede legebærende bebyggelse til i alt 1.475 kvm. fordelt med 598 kvm. i underetagen, 494 kvm. i stueetagen og 383 kvm. på 1. sal.

Det er korrekt at der i mit brev af 11. oktober 2010 ikke er kommenteret på forskellen af det af pengeinstituttet oplyste samlede areal på 1.590 kvm. i forhold til Finanstilsynets opmåling på 1.475 kvm.

Det skal oplyses, at Pengeinstituttet ikke på samme måde har foretaget en konkret opmåling af den samlede bebyggelse, men har støttet arealanvisningen på udbuds-/tegningsmateriale anvendt i forbindelse med byggeriet. Det skal dog fremføres, at Finanstilsynet, i forhold til det samlede byggeri, har fravalgt medregning af areal til huset/armen, der indeholder pengeautomat.

Samlet set tillægger Pengeinstituttet ikke den tilbageværende divergens på dette område som væsentligt i forhold til den samlede vurdering.

Ad punkt 1

Når ... [dagligvarebutikken] specifikt blev nævnt i mit brev var det alene for at tilføre en oplysning, som var undladt i Finanstilsynets beskrivelse af området.

Ad punkt 2

Under dette punkt stiller Finanstilsynets sig uforstående overfor Pengeinstituttets bemærkninger om de af Finanstilsynets valgte referenceej-

domme og henviser her bl.a. til Finanstilsynets valg af Z-byvej ... som referenceejendom.

Det er fortsat Pengeinstitutts opfattelse, at den pågældende ejendom ikke med rimelighed kan anvendes som referenceejendom, idet følgende forhold afviger fra Pengeinstitutts ejendom:

Beliggenhed:

Pengeinstitutts ejendom er beliggende direkte i et stærkt trafikeret kryds, der dagligt passeres af 30.000 biler med stor synlighed og tilgængelighed.

Z-by ... er klemt inde mellem en tankstation (...) og ..., og er dermed uden samme synlighed og tilgængelighed.

... fremføres som værende en direkte sammenlignelig ejendom f.s.v. angår beliggenhed m.v. Hertil vil Pengeinstitutts gerne gøre opmærksom på, at det samlede areal af lejemålet i den pågældende ejendom ikke umiddelbart ses at kunne sammenlignes med Pengeinstitutts ejendom, da der er tale om vidt forskellige arealer.

Ad punkt 3

Under dette punkt henviser Finanstilsynet til, at de ikke fastlægger hvilke områder, der kan betegnes som attraktive men, at de følger markedssituationen. Det angives, at der ved værdiansættelsen er anvendt den leje, der kan opnås ved en alternativ anvendelse af ejendommen, hvorfor der ikke lægges vægt på det forhold, at Pengeinstitutts er villig til at betale mere end markedslejen.

Som tidligere nævnt i mit brev af 28. juli 2010 er fastsættelse af lejen i lejeaftalen mellem ejeren af ejendommen ... og K, fastsat ud fra markedslejen i henhold til "arms længde" princippet.

Ad punkt 4

Som tidligere nævnt er der ikke tale om noget ekstravagant byggeri, herunder at de, af Finanstilsynet, fremhævede forhold – nemlig betonstøtemur og kunstudsmykning ikke har været ekstraordinært dyre. Den samlede byggesum er derimod påvirket af det tidligere grundkøb, nedrivningen af de eksisterende bygninger, fjernelse af forurenede jord og en forholdsvis lang myndighedsbehandling.

Uanset Pengeinstitutts valg af et specielt facademateriale, leveret og monteret af et italiensk firma, er den samlede pris herfor på nogenlunde samme niveau som traditionelle facadematerialer.

Ad punkt 5

Det skal blot her gentages, at forholdet omkring afstanden til X-by ... ses at være et vigtigt parameter for enhver retailejendom, hvilket er årsagen

til, at dette blev nævnt, idet Finanstilsynet ikke havde medtaget dette i deres beskrivelse af området.

På baggrund af ovenstående fastholder K derfor klagen over Finanstilsynets vurdering på kr. 18,2 mio. Det er således fortsat Ks opfattelse, at ejendommens markedsværdi er kr. 37,9 mio.

...”

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 61, stk. 1, i den i medfør af lov om finansiel virksomhed udstedte bekendtgørelse om finansielle rapporter for kreditinstitutter og fondsmæglerselskaber m.fl. (bekendtgørelse nr. 1305 af 16. december 2008), at domicilejendomme efter første indregning skal måles til omvurderet værdi, som er dagsværdien på omvurderingstidspunktet med fradrag af efterfølgende akkumulerede afskrivninger og efterfølgende tab for værdiforringelse. Omvurderingen skal foretages så hyppigt, at den regnskabsmæssige værdi ikke afviger væsentligt fra domicilejendommens dagsværdi på balancetidspunktet. Dagsværdien på omvurderingstidspunktet skal, jf. § 61, stk. 2, opgøres i overensstemmelse med bekendtgørelsens bilag 8.

Efter de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke grundlag for at tilside sætte Finanstilsynets vurderingsgrundlag eller tilsynets anvendelse heraf. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at filialejendommen vurderes til en dagsværdi på 18,2 mio. kr., og at ejendommen regnskabsmæssigt skal nedskrives med 19,7 mio. kr.

2) Kendelse af 16. februar 2011 (J.nr. 2010-0021890).

Finansiel virksomhed havde handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis.

Lov om finansiel virksomhed § 43.

(Anders Hjulmand, Cato Baldvinsson og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 19. april 2010 har K A/S (herefter K) klaget over, at Finanstilsynet den 19. marts 2010 har påtalt, at selskabet handlede i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 43 i lov om finansiel virksomhed, ved i de faktaark, der var udarbejdet til udlevering til kunder om de strukturerede obligationer [...] og [...], at give investorerne en misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets skrivelse af 19. marts 2010 hedder det:

”Påtale vedrørende markedsføring af AAA og BBB

Finanstilsynet påtaler, at K A/S (herefter kaldet K) i de fakta-ark, der var udarbejdet til udlevering til kunder om de strukturerede obligationer [...] og [...], angav:

”...indløses til minimum kurs 100 ved udløb)*

Fodnote) Sikret ved investering i AAA-ratede sikkerhedsobligation, som er den højeste opnåelige rating.”*

og derved gav investorerne et misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100. Fakta-arkene indeholdt dermed ikke en afbalanceret beskrivelse af produkterne og de risici, der er knyttet til en investering i produkterne.

K har dermed handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis indenfor virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.

Sagsfremstilling

K udbød to strukturerede obligationer [...] og [...] til tegning for offentligheden mellem den 15. marts og 4. april 2006.

Investorer i de to strukturerede obligationer har ved obligationernes udløb i 2013 krav på udbetaling af hovedstolen og et eventuelt optionsafkast. Investorernes krav er sikret via en pantsat AAA-rated CDO-sikkerhedsobligation, en råvareswap og en afkastkonto.

K udarbejdede i forbindelse med tegningen et fakta-ark for hver af obligationerne. Fakta-arkene er vedlagt ... Desuden blev der udarbejdet et prospekt og et resume for obligationerne. Resumeet er vedlagt ...

Det fremgår af fakta-arkene, at obligationerne udstedes til henholdsvis kurs 105 og 110 og indløses til minimum kurs 100 ved udløb. Der er ved minimumindløsningskursen 100 anført følgende i en fodnote:

”Sikres ved investering i AAA-rated sikkerhedsobligation, som er den højeste opnåelige rating.”

Fakta-arkene indeholder derudover ingen informationer om sikkerhedsobligationen.

I foråret 2009 var der i pressen forlydender om, at investorer, der havde investeret i de to strukturerede obligationer kunne risikere at tabe de investerede penge, fordi de fordringer, som sikkerhedsobligationen er baseret på, som følge af konkurser i de finansielle aktiver, der er stillet til sikkerhed for den pågældende CDO-obligationsudstedelse, ikke kunne honoreres. Det blev i pressen oplyst, at det var A, som stod bag udstedelsen.

Finanstilsynet anmodede den 19. maj 2009 B om en redegørelse samt at indsende markedsføringsmateriale, prospekt samt andet relevant materiale, som var brugt i markedsføringen af garantiobligationerne [...] og [...]
...

Finanstilsynet modtog herefter ved breve af den 10. juni 2009 og 12. juni 2009 en redegørelse og markedsføringsmateriale fra udbyder/arrangør K. Brevene og en oversigt over det tilsendte materiale er vedlagt ...

Det fremgår af selskabets redegørelse, at man har udarbejdet de to faktaark. K har i sit høringssvar af den 8. februar supplerende oplyst, at man har anset prospektet som det egentlige markedsføringsmateriale. Produkterne er blevet distribueret via en række pengeinstitutter, som A har distributionsaftaler med. Disse pengeinstitutter kan have udarbejdet eget markedsføringsmateriale, men det er i så fald sket på egen hånd.

Derudover udarbejdede K et brev rettet til fondschefer og senior investeringsrådgivere hos de enkelte distributører. I brevet beskrives sikkerhedsobligationen og baggrunden for valget af denne Kopi af brevet vedlægges ...

Det blev samtidig udarbejdet informationsmateriale til brug for pengeinstitutterne. Dette blev uploadet på "Fondsnet", hvorfra pengeinstitutterne kunne downloade informationsmaterialet efter behov. Dette informationsmateriale er vedlagt ...

På baggrund af den fremsendte redegørelse udarbejdede Finanstilsynet et udkast til påtale med henblik på forelæggelse af sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd. Udkastet blev sendt i høring hos K.

Finanstilsynet modtog den 8. februar 2010 høringssvar fra K. Høringssvaret er vedlagt ...

Heri anfører K, at det egentlige markedsføringsmateriale rettet mod detailkunder er det godkendte prospekt, som blev offentliggjort i forbindelse med tegningen og noteringen af obligationerne. Prospektet indeholder obligationsvilkårene, herunder detaljerede oplysninger om risici ved obligationerne og den kreditrisiko, der er forbundet med CDO-sikkerhedsobligationen.

Prospektet er blevet kommenteret og godkendt af Fondsbørsen efter bemyndigelse fra Finanstilsynet. Fakta-arkene er ikke udfærdiget som selvstændigt markedsføringsmateriale til private kunder, men derimod for sammen med prospektet (som fakta-arkene flere steder henviser til) at

oplyse om obligationernes karakteristika. K anfører endvidere, at det fremgår af fakta-arkene, at der henvises til prospektet for en detaljeret gennemgang af obligationerne. På baggrund af fakta-arkenes eksplicite sammenhæng med prospektet, bestrider K, at der er belæg for Finanstilsynets påstand om, at strukturen af sikkerhedsobligationen var en væsentlig oplysning, som burde have været nævnt i fakta-arkene.

For det andet anfører K, at de PowerPoint præsentationer, Finanstilsynet medtager i sin vurdering, er dispositioner til præsentationer, som K har holdt i forbindelse med fondsseminarer eller andre møder med distributører. Præsentationerne er blevet præsenteret mundtligt og der har været mulighed for, at deltagerne kunne stille spørgsmål. K anfører endvidere, at man har opfyldt forpligtelsen til at stille forståeligt og fyldestgørende materiale til rådighed for distributørerne ved at udfærdige, offentliggøre og stille det godkendte prospekt til rådighed for distributørerne. På den baggrund finder K, at det ikke er korrekt, at K alene har udarbejdet et meget kompliceret og for andre end eksperter uforståeligt materiale om obligationerne til distributørerne. Hertil kommer, at distributørerne alle er godkendt modparter og dermed må forventes at have forudsætninger for at forstå materialet.

For det tredje påpeger K, at CDO-sikkerhedsobligationer i mange tilfælde har indgået som bestanddel i produkter rettet mod privatkunder, eksempelvis i Sverige, Finland, Belgien, Tyskland, Italien og Schweiz. Man finder det derfor ikke korrekt, når det af Finanstilsynets anføres, at Finansrådet har oplyst, at det på daværende tidspunkt var usædvanligt at benytte sådanne obligationer som sikkerhedsobligation i et struktureret produkt i Danmark.

Retlig baggrund

Da K udbød de strukturerede obligationer var området reguleret af § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed og god skik bekendtgørelsens generelle bestemmelse om god skik. Reglerne fandt anvendelse på K.

Det følger af § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, at

”Finansielle virksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet”

Kravet om, at en finansiel virksomhed skal følge god praksis inden for forretningsområdet, indebærer bl.a. at finansielle virksomheder skal tilrettelægge salg og markedsføring af deres produkter således, at kunden gives mulighed for at træffe sit valg på et velinformeret grundlag.

Prospekter skal desuden opfylde kravene i prospektbekendtgørelsen.

Denne sag vedrører alene overholdelse af reglerne om god skik.

Hvad er en CDO obligation

CDO står for *”collateralized debt obligations”*, oversat til dansk betyder CDO *”gælds forpligtelser stillet til sikkerhed”*.

For at forstå hvad en CDO obligation er, er det nødvendigt først at se på selve strukturen bag udstedelsen af den.

En pulje af lån sælges til et til formålet oprettet selskab, Special Purpose Vehicle (SPV). Selskabet betaler långiverne ved at udstede obligationer mod sikkerhed i de fremtidige betalingsstrømme fra de underliggende lån.

Som regel deles betalingsstrømmen fra de underliggende lån op i trancher af forskellig prioritet, og der udstedes separate obligationer på basis af hver enkelt tranche. Udstedelsen af obligationer baseret på en opdeling af kreditrisikoen i en underliggende portefølje af lån i trancher kaldes securitisering.

Betalingsstrømmene fra de underliggende lån fordeles løbende til investorerne efter hvilken tranche de respektive CDO obligationer repræsenterer.

Trancheringen ændrer ikke på den samlede risiko ved de underliggende lån. Der sker derimod en omfordeling. Herved får man en menu af obligationer med forskellige misligholdelsessandsynligheder, der kan tilpasses forskellige investorers præferencer for risiko og afkast.

Investorerne i den øverste tranche vil således først blive ramt af tab i den underliggende portefølje af lån, hvis disse er så store, at de foranstående trancher er udraderet. Investorer i den øverste tranche har således typisk en meget lavere risiko end ved direkte investering i den underliggende portefølje.

Den øverste tranche kaldes seniortranchen, og obligationer udstedt på basis af denne tranche har typisk en AAA-rating. De mellemliggende trancher har ratings, der kan gå helt ned til BB. Den nederste tranche benævnes equity- eller first loss tranchen, og rates ofte slet ikke.

Den underliggende portefølje til en CDO obligation er typisk en pulje af diverse lån der pakkes sammen. Derfor kan man ikke regne med, at de underliggende lån til en AAA-rated CDO obligation består af lån/betalingsstrømme der i sig selv kvalificeres til en AAA-rating. Den høje rating af senior tranchen beror alene på, at foranstående trancher tager tabene til de underliggende lån først.

I relation til den underliggende reference-portefølje til den specifikke CDO sikkerheds-obligationen der blev stillet som sikkerhed for hovedstolsdækningen for [...] og [...], så var der tale om både finansielle - og industrielle virksomheder fra hele verden, samt et par enkelte statsobligationer fra Mexico og Ungarn.

Det er vigtigt at holde sig for øje, at en rating udelukkende udtrykker sandsynligheden for at et tab opstår som følge af misligholdelse og ikke tab som følge af udsving i markedsprisen på obligationen.

Vurdering

Finanstilsynet konstaterer, at der i fakta-arkene, der retter sig mod investorerne, adskillige steder er anført, at investorerne indløses til minimum kurs 100. Men det eneste, der er anført i fakta-arkene om sikkerheden for at opnå minimumsindfrielseskursen ved udløb er, at den sikres ved investering i AAA-ratede sikkerhedsobligationer, som er den højest opnåelige rating. En investor vil således efterlades med det indtryk, at indløsningskursen som minimum vil være kurs 100. Hvorimod risikoen for, at dette ikke er tilfældet ikke omtales, til trods for at dette fremgår af værdipapirnotens afsnit om risikofaktorer.

K har anført, at prospektet er det egentlige markedsføringsmateriale og at der heri er givet en detaljeret beskrivelse af de risici, der er forbundet med investeringen. Samtidig indeholder fakta-arkene en klar henvisning til prospektet. Projektet er kommenteret og godkendt efter værdipapirhandelslovens regler af Københavns Fondsbørs.

Det er Finanstilsynets vurdering, at en udbyder af et finansielt produkt efter § 43 i lov om finansiell virksomhed er forpligtet til at sikre, at alt markedsføringsmateriale, som retter sig mod offentligheden, giver et afbalanceret billede af produktet, herunder dens egenskaber og de risici, der er forbundet med en investering i det pågældende produkt.

Man kan således ikke give en overfladisk beskrivelse med fokus på optionselementet i et fakta-ark, mens de negative aspekter ved produktet kun beskrives udførligt og dækkende i det mere svært tilgængelige prospekt. Man bliver altså ikke fritaget for at give en afbalanceret beskrivelse ved at henvise til, at man kan finde fyldestgørende oplysninger i et godkendt prospekt.

Finanstilsynet gav en påtale til C den 8. juli 2009 vedrørende markedsføringen af D. I påtalen anlagde Finanstilsynet den vurdering, at markedsførings- eller informationsmaterialets enkelte elementer skal indeholde en loyal og afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og risici.

På baggrund af denne afgørelse samt CDO-sikkerhedsobligationens kompleksitet finder Finanstilsynet ikke, at K's fakta-ark lever op til krav om en loyal og afbalanceret beskrivelse.

Finanstilsynet har fra Finansrådet fået oplyst, at det på daværende tidspunkt var usædvanligt at benytte CDO-sikkerhedsobligationer som hovedstolsdækning for strukturerede obligationer.

Til trods herfor undlod K i fakta-arkene at oplyse, at de AAA-ratede sikkerhedsobligationer var af en anden beskaffenhed end de sædvanligt brugte sikkerhedsobligationer. En information som efter Finanstilsynets opfattelse bør indgå i en dækkende beskrivelse af produktet. Det forhold, at CDO - sikkerhedsobligationer blev anvendt i andre lande, finder Finanstilsynet ikke kan tillægges betydning i denne sag, som vedrører udbud på det danske marked.

Konklusion

På baggrund af CDO-sikkerhedsobligationens egenskaber og kompleksitet, er det Finanstilsynets vurdering, at informationsniveauet i fakta-arkene ikke har været fyldestgørende, samt at fakta-arkene ikke har givet et afbalanceret billede af obligationerne. K var således efter Finanstilsynets opfattelse, forpligtet til at informere investorerne på et højere niveau, end blot det anførte, at sikkerhedsobligationen var AAA-rated.

På den baggrund påtaler Finanstilsynet, at K A/S (herefter kaldet K) i de fakta-ark, der var udarbejdet til udlevering til kunder om de strukturerede obligationer [...] og [...], angav:

”...indløses til minimum kurs 100 ved udløb*)

Fodnote) Sikret ved investering i AAA-ratede sikkerhedsobligation, som er den højeste opnåelige rating.”*

og derved gav investorerne et misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100. Fakta-arkene indeholdt dermed ikke en afbalanceret beskrivelse af produkterne og de risici, der er knyttet til en investering i produkterne.

K har dermed handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis indenfor virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.

Offentliggørelse

Finanstilsynet er efter § 354b i lov om finansiel virksomhed forpligtet til at orientere offentligheden om sager om god skik af almen interesse.

Det er Finanstilsynets vurdering, at sagen er af almen interesse, og denne afgørelse vil derfor blive offentliggjort med angivelse af, at afgørelsen vedrører K. Finanstilsynet vurderer, at det vil savne mening at offentliggøre den i anonymiseret form, da offentligheden alligevel via en begæring om aktindsigt vil kunne få oplyst, at afgørelsen er truffet i forhold til K.”

I klageskrivelse af 19. april 2010 har K anført:

” ...

3. PÅSTANDE

For så vidt angår spørgsmålet om Erhvervsankenævnets kompetence til at realitetsprøve nærværende Klage, nedlægger Klager påstand om,

At Påtalen rettelig skulle have været givet som et påbud, og således allerede af denne grund er en afgørelse, som kan påklages til Erhvervsankenævnet.

At At realiteten i Påtalen er, at denne er en afgørelse og ikke som anført af Finanstilsynet en beslutning, hvorfor nærværende klage kan behandles af Erhvervsankenævnet.

For så vidt angår spørgsmålet om opretholdelse af Påtalen nedlægger Klager påstand om,

- At Påtalen bortfalder som følge af formelle mangler.
At Påtalen bortfalder, da Finanstilsynet ved afgivelse af Påtalen har tilsidesat grundlæggende regler for sagsbehandling.
At Påtalen bortfalder som følge af indholdsmangler.

4. FAKTUELLE OMSTÆNDIGHEDER

4.1 Sagsforløb

Klager har fungeret som arrangør ved udbuddet af de to strukturerede obligationsserier [...] og [...] (herefter ”**Obligationerne**”). Obligationerne er udstedt af den fondsejede sparevirksomhed E A/S og optaget til handel på fondsbørsen i København.

Klager har som arrangør ved udbuddet af Obligationerne forestået udarbejdelsen af et prospekt dateret 8. marts 2006 (”**Prospektet**”) i overensstemmelse med prospekt reglerne som angivet i værdipapirhandelsloven. Herudover har K udarbejdet fakta-arkene (herefter ”**Fakta-arkene**”). Fakta-arkene har siden udstedelsen været tilgængelige på hjemmesiden ...

I forlængelse af en debat i medierne i foråret 2009 har Finanstilsynet ved brev af den 19. maj 2009 anmodet om en redegørelse og indkaldt ”markedsføringsmateriale”.

Den 10. juni 2009 indsender Klager Prospekt, som består af et resume, en værdipapirnote og et registreringsdokument, Fakta-arkene og oversigt over de danske banker og sparekasser, der distribuerede Obligationerne (herefter ”**Distributørerne**”).

Herefter har Klager ved brev af 12. juni 2009 indsendt yderligere informationsmateriale indeholdende oplysninger om Obligationerne samt deres konstruktion m.v.

Klager modtager den 13. januar 2010 Finanstilsynets Høringsskrivelse, der indeholder det første udkast til påtale.

Klager har ved Høringssvaret af den 8. februar 2010 udførligt kommenteret på Høringsskrivelsen, ligesom Klager angiver gerne at ville forelægge sagen mundtligt for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Klager har den 5. marts 2010 indsendt yderligere materiale til brug for Finanstilsynets vurdering af Obligationernes karakter, herunder dokumentation for de angivne oplysninger om sammenligneligheden af AAA-ratings for forskellige finansielle produkter.

Den 8. marts 2010 modtog klager fra Finanstilsynet Påtalen (dateret den 5. marts 2010) samt bekræftelse af, at Klager kunne få foretræde for Det Finansielle Virksomhedsråd, når rådet behandlede sagen den 11. marts 2010.

Forelæggelse for Det Finansielle Virksomhedsråd finder sted den 11. marts 2010.

Påtalen i dens endelige udformning bliver herefter offentliggjort den 22. marts 2010.

Nærværende anke vedrører Påtalen, herunder processen og grundlaget herfor.

5. ANBRINGENDER

5.1 Afgørelsens karakter

Til støtte for de nedlagte påstande, herunder særligt at der er tale om en afgørelse, som af Klager kan indbringes for det Finansielle Virksomhedsråd, skal der anføres følgende:

Finanstilsynet har oplyst følgende om sin praksis i forbindelse med afgivelse af påbud og påtaler i henhold til Lovbekendtgørelse nr. 793 af 20. august 2009 om lov om finansiel virksomhed ("FIL"):

"Finanstilsynet meddeler en virksomhed påbud, hvis virksomheden på et punkt direkte overtræder de finansielle love og bekendtgørelser. Finanstilsynet påbyder virksomheden at bringe forholdet i overensstemmelse med regelsættet inden for en fastsat frist. Hvis Finanstilsynet konstaterer, at en virksomhed har overtrådt regelsættet, men af egen drift har bragt forholdet i orden, giver tilsynet virksomheden en påtale af, at regelsættet har været overtrådt."
[Finanstilsynet Kvartalsnyt (2) for 2006]

Ovennævnte betyder, at Finanstilsynet i nærværende sag burde have givet et påbud om, at Klager indenfor en af Finanstilsynet nærmere fastsat frist skulle bringe Fakta-arkene i overensstemmelse med Finanstilsynets krav i medfør af FIL og Bekendtgørelsen, da Fakta-arkene fortsat var gældende og offentligt tilgængelige på tidspunktet for Påtalens afgivelse.

Nærværende sag adskiller sig blandt andet på dette punkt afgørende fra den sag vedrørende C, som Finanstilsynet har henvist til i Påtalen.

Et påbud er en afgørelse, som Finanstilsynet træffer og kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

Det, at Finanstilsynet i nærværende sag har reageret med en påtale, som angives at være en beslutning, er således efter Klagers opfattelse i strid med FIL samt i direkte modstrid med Finanstilsynets egen praksis for anvendelse af henholdsvis påbud og påtaler.

Principielt er Påtalen en akt fra en myndighed til en borger. Påtalen er indgribende, og til ugunst for adressaten. Påtalen opfylder derfor alle forvaltningsretlige krav til, hvornår der foreligger en afgørelse.

5.2 Sagsbehandling

Det er Klagers opfattelse, at Finanstilsynet har tilsidesat væsentlige sagsbehandlingsregler, som Finanstilsynet skal følge som offentlig myndighed.

Finanstilsynet har ensidigt indhentet udtalelser fra Finansrådet til brug for sin vurdering af sagen. Finanstilsynet har ikke i forbindelse med indhentelsen givet Klager mulighed for at kommentere indhentelsen, herunder fremkomme med yderligere spørgsmål.

Dette ses ikke at være i overensstemmelse med de almindelige krav til god og transparent sagsbehandling hos en offentlig myndighed og er i øvrigt også i strid med forvaltningslovens regler for aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Det er i Klagers øjne en skærpende omstændighed, at de oplysninger, som Finanstilsynet ensidigt har indhentet hos Finansrådet, indgår som en central del i den vurdering, som afgørelsen i forhold til Klager hviler på. Det er derfor for Klager en væsentlig mangel ved sagsbehandlingen, at Finanstilsynet har valgt at agere som beskrevet samt ikke mindst, at Finanstilsynet, trods Klagers gentagne opfordringer hertil, hverken har givet Klager indsigt i de spørgsmål der er stillet, eller de svar Finansrådet på den baggrund har afgivet.

Som det fremgår af sagsforløbet under pkt. 4.1, har Finanstilsynet brugt måneder på forberedelse af Påtalen, hvorimod Klager konsekvent har fået korte varsler til at afgive høringssvar og indsende materiale. Som det fremgår, fik Klager således alene tre dage til at forholde sig til den ændrede påtale, inden Klager skulle fremlægge sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd. Klager fastholder, at dette ikke gav Klager rimelig tid til at forholde sig til påtalens endelige indhold og at sagsbehandlingen og den foretagne partshøring overfor Klager har været mangelfuld.

Klager finder det endvidere beklageligt, at Finanstilsynet tilsyneladende selektivt har valgt at fremlægge dele af den dokumentation, Klager har fremsendt for Det Finansielle Virksomhedsråd, idet det giver Klager anledning til at frygte, at afgørelsen er truffet på baggrund af de udvalgte dele af dokumentationen, og således ikke har inddraget hele det materiale, der efter Klagers opfattelse er relevant for bedømmelse af sagen. Det fremgår således af det materiale, Klager har modtaget fra Finanstilsynet, at Finanstilsynet alene havde valgt at fremlægge dele af det fremsendte Prospekt (Prospektets resume). Når det tages i betragtning, at det godkendte prospekt for Obligationerne er det egentlige markedsføringsmateriale, forekommer det betænkeligt, at man ikke fremlægger hele det godkendte prospekt – eller, hvis man vælger kun at fremlægge dele heraf, så ikke har ekstraheret fra prospektets værdipapirnote, hvor såvel kreditrisikoen ved sikkerhedsobligationen som optionselementet er indgående beskrevet.

5.3 Afgørelsens vurderingsgrundlag

Obligationerne blev udbudt tilbage i 2006. På daværende tidspunkt eksisterede Bekendtgørelsen ikke, og Finanstilsynets eksisterende praksis

for, hvilke oplysningskrav der gælder til markedsføring af finansielle produkter, galdt heller ikke på daværende tidspunkt. Eftersom såvel Prospektet som Fakta-arkene er udarbejdet i overensstemmelse med regler i 2006, giver det ikke mening, at Finanstilsynet påtaler eventuelle mangler i materiale udarbejdet dengang med nugældende regler.

Klager er af den opfattelse, at man ved vurdering af sagen og det fremlagte materiale må forholde sig til, hvilke oplysninger der var tilgængelige på tidspunktet for udarbejdelsen af materialet, herunder den tillid såvel markedsaktører som offentlige myndigheder fæstede til de internationale ratingbureauers vurdering af risici, ikke mindst risici forbundet med investering i AAA-ratede obligationer.

5.4 Afgørelsens materielle indhold

Klager har udførligt redegjort for sine synspunkter med hensyn til påtalens materielle indhold i Høringssvaret samt indlægget for Det Finansielle Virksomhedsråd, hvorfor der vedrørende Klagers argumentation herom i det hele henvises hertil.

...”

I nævnte høringssvar af 8. februar 2010 fra K til Finanstilsynet anføres det:

”Høringssvar vedrørende Påtale omkring markedsføring af [...] og [...]

1. INDLEDNING

Som opfølgning på det materiale Finanstilsynet modtog den 10. og 12. juni 2009, har Finanstilsynet ved brev af den 13. januar 2010 (**”Brevet”**) fremsendt udkast til Påtale (**”Påtalen”**) i forbindelse med K A/S’ (**”K”**) markedsføring af de strukturerede obligationer [...] og [...] (**”Obligationerne”**). Vi gør for god ordens skyld opmærksom på, at den fremsendte Påtale ikke var vedlagt de bilag, den henviser til.

Det fremgår af Brevet, at Finanstilsynet påtænker at fremlægge det endelige udkast til Påtalen for Det Finansielle Virksomhedsråd i medfør af § 345, stk. 9, i Lov om Finansiell Virksomhed (**”FIL”**).

Endvidere fremgår det, at K opfordres til at fremkomme med bemærkninger til Påtalen senest d. 8. februar 2010. Endelig anføres det, at nye oplysninger om sagens genstand, der medfører ændringer i Påtalen, vil blive indarbejdet i det endelige udkast til Påtale, som Finanstilsynet forventer at skulle forelægge for Det Finansielle Virksomhedsråd.

K skal på baggrund af Brevet samt Påtalen fremkomme med en række supplerende, faktuelle oplysninger samt bemærkninger.

2. GENERELT OM KS ROLLE I FORBINDELSE MED DISTRIBUTION AF STRUKTUREREDE OBLIGATIONER

For at give et mere fyldestgørende billede af K's rolle ved distributionen af strukturerede produkter (herefter "[...]-obligationer") kan vi oplyse, at K siden 2002 har været arrangør ved udstedelsen af 21 [...]-obligationer. Vi vedlægger en oversigt over [...]-obligationerne ... Som det fremgår af bilaget, er 13 af [...]-obligationerne p.t. indfriet ved udløb til kurser, der varierer mellem 100 og 197,73.

I forbindelse med udstedelsen af de første [...]-obligationer med sikkerhed i en CDO-sikkerhedsobligation i 2003, blev strukturen af [...]-obligationerne og de underliggende CDO-sikkerhedsobligationer beskrevet i breve samt notater til distributørerne. Endvidere har K løbende været i dialog med distributørerne om produkterne. Konstruktionen af [...]-obligationerne og de underliggende CDO-sikkerhedsobligationer er gennemgået på årlige fondsseminarer afholdt for distributørernes rådgivere, ligesom K har tilbudt og gennemført undervisning hos de enkelte distributører, hvis der har været ønske herom. Endelig har distributørerne pr. telefon samt e-mail kunnet stille spørgsmål eller anmode om oplysninger om K's produkter. Medarbejdere fra K's Partner Relations funktion besøger endvidere regelmæssigt selskabets distributører.

Distributionen af Obligationerne er sket gennem de 44 mindre og mellemstore pengeinstitutter, som er anført som salgssteder på s. 23 i det Prospekt, der er udarbejdet for Obligationerne. Salget af og rådgivningen om Obligationerne til private kunder er foretaget af den enkelte distributør. K har således alene haft kontakt til sine distributører, og har således ikke selv markedsført Obligationerne overfor private investorer.

3. SUPPLERENDE OPLYSNINGER OG KOMMENTARER TIL DE ENKELTE AFSNIT AF PÅTALEN

3.1 Sagsfremstilling

K er arrangør ved udstedelsen af Obligationerne, som er udstedt af E A/S med udløb den 24. juni 2013. Obligationerne har været udbudt til offentligheden i perioden fra den 15. marts til den 4. april 2006.

Obligationerne er struktureret således, at der til sikkerhed for tilbagebetaling af obligationsejernes hovedstol er pantsat følgende: (i) En ved udstedelsen AAA-rated CDO-sikkerhedsobligation udstedt af F Public Limited Company og noteret på børsen i Irland, (ii) en råvareswap, og (iii) en afkastkonto.

Obligationerne er optaget til handel på G A/S, på baggrund af et prospekt ("**Prospektet**") af 8. marts 2006. Prospektet indeholder obligationsvilkårene, herunder detaljerede oplysninger om risici ved Obligationerne og den kreditrisiko, der er forbundet med CDO-sikkerhedsobligationen.

Prospektet er blevet kommenteret og godkendt af Københavns Fondsbørs i henhold til Lov om Værdipapirhandel m.v. samt Bekendtgørelse om prospekter for værdipapirer, der optages til notering eller handel på et reguleret marked, og ved første offentlige udbud af værdipapirer over 2.500.000 EUR.

Som det fremgår af børsmeddelelse af 12. august 2009, har obligations-ejerne på et obligationsejermøde den 11. august 2009 vedtaget at ændre obligationsvilkårene med henblik på at kunne udskyde eller undlade opsigelse af Obligationerne og realisering af tilbageværende sikkerhedsaktiver. De vedtagne ændringer indebærer, at obligationsejernes repræsentant gives mulighed for efter indtrædelse af væsentlig misligholdelse af obligationsvilkårene at udskyde eller undlade at opsiges Obligationerne til omgående indfrielse og dermed mulighed for at udskyde eller undlade realisation af sikkerhedsaktiverne, som ligger til sikkerhed for tilbagebetalingen af Obligationerne, såfremt det vurderes, at der herved på et senere tidspunkt kan opnås et bedre afkast til ejerne af Obligationerne.

I tillæg til Prospektet har K udarbejdet fakta-ark for såvel [...] og [...]. Prospektet samt fakta-arkene har været tilgængelige på [\[hjemmeside\]](#), samt på Fondsnet. Vi kan oplyse, at Fondsnet er et lukket web-site, hvor fondschefer og investeringsrådgivere hos K's distributører ved hjælp af personligt log-in og password, kan få adgang til oplysninger og materiale om K's produkter.

Finanstilsynet anfører i sagsfremstillingen, at det fremgår af selskabets redegørelse, at man har udarbejdet de to fakta-ark, men derudover ikke egentligt markeds-føringsmateriale rettet mod detailkunder.

Hertil bemærkes, at det egentlige markedsføringsmateriale rettet mod detailkunder er det godkendte Prospekt, som blev offentliggjort i forbindelse med tegningen og noteringen af Obligationerne. Fakta-arkene blev ikke udfærdiget som selvstændigt markedsføringsmateriale til private kunder, men derimod for, sammen med Prospektet (som fakta-arkene flere steder henviser til), at skulle oplyse om Obligationernes karakteristika.

Fakta-arkene indeholder de væsentligste karakteristika for Obligationerne, herunder pris for investering i Obligationerne, markedsbeskrivelse omkring råvarer, bestemmelse af afkastet, potentielle indfriesscenarier og forudsætningerne for positive afkast.

Det er udtrykkeligt anført i fakta-arkene, at fyldestgørende information om Obligationerne, herunder om risiko, fremgår af Prospektet, som er tilgængeligt på samme hjemmeside som fakta-arkene samt kan rekvireres fra ens pengeinstitut.

Det fremgår endvidere af fakta-arkene, at der for en detaljeret gennemgang af Obligationerne henvises til Prospektet.

Endelig fremgår det af fakta-arkene, at K anbefaler, at potentielle investorer søger rådgivning om såvel investeringen som øvrige aspekter af relevans for investeringen. I forlængelse af dette understreges det, at informationerne i Fakta-arkene er baseret på historiske afkast og prognoser, som ikke kan anvendes som pålidelige indikatorer for fremtidige afkast eller allokeringer.

Herudover anfører Finanstilsynet under sagsforløbet, at K ud over fakta-arkene udarbejdede et brev rettet til fondschefer og senior investeringsrådgivere hos de enkelte distributører. I brevet beskrives sikkerhedsobligationen indgående, og det anføres at en AAA-rating på en struktureret obligation som fx. en CDO er sammenlignelig med en AAA-rating på andre obligationer.

For fuldstændighedens skyld bør man bemærke, at K i ovennævnte brev også har understreget, at en AAA-rating alene afspejler sandsynligheden for default – konkurs. Endvidere har K bemærket, at brevet er vedlagt et notat, der udførligt beskriver sammenligneligheden af ratings på tværs af obligationstyper.

3.2 Retlig baggrund

Finanstilsynets Påtale gives i medfør af FIL § 43 ...

...

Finanstilsynet har i medfør af den i FIL § 43 indeholdte bemyndigelse udstedt bekendtgørelse nr. 965 af 30. september 2009 om god skik for finansielle virksomheder ("Bekendtgørelsen"). Bekendtgørelsens anvendelsesområde er i henhold til § 1, stk. 2 private kundeforhold, samt erhvervsmæssige kundeforhold, hvis disse ikke adskiller sig væsentligt fra et privat kundeforhold. Endvidere er Bekendtgørelsens § 3, § 4, stk. 1-3, og §§ 7-9 gældende for alle erhvervsmæssige kundeforhold. ...

...

Bestemmelsen i FIL er udtryk for en retlig standard, hvis indhold er konkretiseret i Bekendtgørelsen. Finanstilsynet har i sin Påtale ikke angivet, at K skulle have tilsidesat specifikke bestemmelser i Bekendtgørelsen.

3.3 Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet anfører, at man fra Finansrådet har fået oplyst, at det på tidspunktet for udstedelsen af Obligationerne var usædvanligt at benytte CDO-sikkerhedsobligationer som hovedstolsdækning for strukturerede obligationer, samt at K til trods for dette i fakta-arkene undlod at oplyse, at de AAA-ratede sikkerhedsobligationer var af en anden beskaffenhed end de sædvanligt brugte sikkerhedsobligationer, som sikkerhedsobligationer udstedt af én virksomhed.

K noterer sig, at Finanstilsynet ensidigt har indhentet en udtalelse fra Finansrådet, uden at give K mulighed for komme med bemærkninger til det eller de af Finanstilsynet stillede spørgsmål. Endvidere finder vi, at det er særdeles beklageligt, at K ikke får lejlighed til at gøre sig bekendt med indholdet af Finansrådets udtalelse, særligt i betragtning af, at indholdet ligger til grund for Finanstilsynets vurdering af sagen og de indgribende sanktioner over for selskabet, sagen potentielt kan medføre.

Vi kan oplyse, at CDO-sikkerhedsobligationer i mange tilfælde er indgået i produkter rettet mod privatkunder, eksempelvis i Sverige, Finland, Belgien, Tyskland, Italien og Schweiz.

Finanstilsynet konkluderer på baggrund af ovennævnte udtalelse fra Finansrådet, at fakta-arkene ikke indeholder fyldestgørende information om sikkerhedsobligationens særlige beskaffenhed, hvorfor Obligationer-

ne fik karakter af at være mindre komplicerede, og dermed mindre risikofyldte, end de egentlig er.

Finanstilsynets ovenstående konklusion synes at fastslå, at der generelt kan sættes lighedstegn mellem kompleksitet og risiko. Dette anfægtes, idet eksempelvis danske realkreditobligationer, der strukturerer en lang række danske boligejeres gæld, har en meget kompleks struktur, men alligevel anses for at være meget sikre og er karakteriseret som et simpelt produkt i henhold til MiFID-reglerne.

Den ”særlige beskaffenhed” som Finanstilsynet anfører, at den anvendte CDO-sikkerhedsobligation har, er et udtryk for, at man i stedet for at vælge at tage risikoen på en enkelt udsteder eller garant, har spredt risikoen over en pulje af 100 stater og selskaber over hele verden. Vi er af den opfattelse, at risikospredning generelt er at foretrække frem for risikokoncentration.

Det er endvidere vores klare opfattelse, at K's antagelse af, at et internationalt anerkendt ratingbureaus vurdering af risikoen for tab på obligationen, giver et retvisende billede af risikoen, er berettiget.

Supplerende kan det oplyses, at nogle af de investorer, som har investeret i strukturerede produkter baseret på en enkelt udsteder, har tabt hele deres investering i løbet af finanskrisen, hvilket synes at modbevise tesen om, at denne konstruktion generelt skulle være mindre risikofyldt.

Det bestrides derfor, at der i lyset af det format fakta-arkene har, samt disses eksplicite sammenhæng med Prospektet er belæg for påstanden om, at strukturen af sikkerhedsobligationen var en væsentlig oplysning, eller i øvrigt indeholdt en kvalificerende risikoplysning, når der udtrykkeligt er anført, at der er tale om en AAA-rated sikkerhedsobligation. Ved udstedelsen var de internationale ratingbureauers rating af en obligation helt alment accepteret som en retvisende indikation af den risiko, der var ved investering i obligationen. Det er uomtvisteligt, at der ikke kunne opnås højere rating end AAA, hvorfor fakta-arkenes oplysninger herom er korrekte.

Som allerede anført er strukturen i CDO-sikkerhedsobligationen samt risici forbundet hermed, yderligere beskrevet i Prospektet.

Vi er ligeledes uenige i Finanstilsynets betragtninger om, at der i fakta-arkene er ensidig fokus på optionselementet, og at risikoelementet er nedtonet. Efter vores opfattelse fokuserer fakta-arkene ikke ensidigt på det maksimale afkast scenarie for optionsdelen, ligesom det fremgår, at betaling af den forventede minimumsindfrielseskurs, afhænger af den til produktet knyttede sikkerhedsobligation.

Med hensyn til Finanstilsynet udsagn om, at Finanstilsynet anser det for misvisende, når det i en PowerPoint præsentation er anført, at en ”AAA rating er lige sikker – samme kvalitet – uanset om det er statsobligationer eller strukturerede obligationer”, savnes der belæg for dette. Der findes ifølge internationale ratingbureauers egne oplysninger ikke flere forskel-

lige klasser af AAA ratinger, idet ratingen udtrykker en absolut vurdering af risikoen for tab ved en investering, uafhængigt af udstederens retlige status.

Vi gør endvidere opmærksom på, at de PowerPoint præsentationer Finanstilsynet medtager i sin vurdering, er dispositioner til præsentationer, som K har holdt i forbindelse med fondsseminarer eller andre møder med distributører. Det er således ikke manuskripter eller talepapirer, men derimod slides der skal underbygge og indeholde hovedpunkterne i de informationer og oplysninger, som mundtligt er blevet formidlet om produkterne. Præsentationerne er blevet afsluttet med spørgsmål fra deltagerne, ligesom der i løbet af præsentationerne har været mulighed for dialog om de enkelte emner og udsagn.

K har efterfølgende gjort præsentationerne tilgængelige på Fondsnet.

Dette er særdeles relevant at holde sig for øje i forbindelse med Finanstilsynets vurdering af, at materialet på Fondsnet er meget kompliceret og blandt andet indeholder grafer, som ikke kan forstås alene på baggrund af det materiale, de er indeholdt i.

Efter vores opfattelse kan brugen af løsrevne dele af disse præsentationer ikke betragtes som dokumentation, eller udgøre et egnet grundlag for Finanstilsynets vurderinger og konklusioner omkring faktiske forhold i sagen.

Med hensyn til Finanstilsynets bemærkning om, at den lavere pris ved anvendelse af AAA-ratede CDO-sikkerhedsobligationer i forhold til sikkerhedsobligationer udstedt af en enkelt udsteder med samme rating, beviser at CDO-sikkerhedsobligationen var mere risikofyldt, bestrides dette.

Prisningen af obligationer afhænger af en lang række faktorer samt aktuelle markedsforhold, og Finanstilsynet opfordres til at dokumentere sin påstand om, at det er alment kendt, at lavere pris er ensbetydende med højere risiko.

Vi kan supplerende oplyse, at den lavere pris for den anvendte sikkerhedsobligation er en af hovedårsagerne til, at [...]obligationer generelt har givet et større afkast til investorerne end tilsvarende produkter på det danske marked.

3.4 Finanstilsynets konklusion

Finanstilsynet vurderer, at K var forpligtet til at informere investorerne på et højere niveau end det, der er udtrykt i fakta-arkene, som følge af brugen af en CDO-sikkerhedsobligation, hvilket bestrides. Som det fremgår af vores bemærkninger til Finanstilsynets vurdering, fremgår det korrekt af fakta-arkene, at hovedstolen er søgt sikret med pant i en AAA-rated obligation. Brugen af ratings og tilliden hertil var helt almen såvel blandt aktører på de finansielle markeder som blandt myndigheder, og der savnes derfor belæg for, at K skulle have haft anledning til i fakta-arkene at sondre mellem forskellige AAA-ratede obligationer. Endvidere

har K rent faktisk udførligt oplyst om CDO-sikkerhedsobligationens struktur og risiko i Prospektet, som har været tilgængelig for såvel distributører som investorer.

K er enig i Finanstilsynets betragtning om, at K som udbyder af Obligationerne har et ansvar for at stille materiale til rådighed for distributørerne, som er forståeligt og fyldestgørende. K har opfyldt denne pligt ved at udfærdige, offentliggøre og stille det godkendte Prospekt til rådighed for distributørerne. Vi gør opmærksom på, at Prospektet er blevet kommenteret og godkendt af Københavns Fondsbørs som den relevante myndighed, idet Finanstilsynet på tidspunktet for udstedelsen af Obligationerne havde delegeret godkendelseskompetencen hertil. Vi finder på denne baggrund, at Prospektet indeholder de oplysninger, der må anses for fornødne for, at investorerne og deres investeringsrådgivere kan danne sig et velbegrunderet skøn over udstederens aktiver og passiver, finansielle stilling, resultater og fremtidsudsigter samt over en eventuel garant og over de rettigheder, der er knyttet til de værdipapirer, der udbydes til offentligheden, jf. Lov om Værdipapirhandel m.v. § 44. Dette er i øvrigt ubestridt.

Det er således ikke korrekt, når Finanstilsynet anfører, at K alene har udarbejdet et meget kompliceret og for andre end eksperter uforståeligt materiale om Obligationerne.

Finanstilsynets antagelse om, at de enkelte rådgivere hos K's distributører med stor sandsynlighed ikke forstod de risici, der var knyttet til investeringen er udokumenteret og er ikke tilstrækkeligt grundlag for at statuere, at K ikke har overholdt reglerne om god skik.

Det er endvidere væsentligt for bedømmelsen af sagen, at K ikke har distribueret Obligationerne til private kunder, men alene kontraheret med de af sine distributører, som positivt har tilkendegivet at ville formidle Obligationerne og som alle er godkendte banker eller sparekasser under tilsyn. At distributørerne kan karakteriseres som godkendte modparter efter den senere indført MiFID-regulering, er et sagligt og væsentligt moment ved vurderingen af sagen og den ansvarsnorm, K er underlagt i relation til god skik reglerne.

Det virker som om Finanstilsynet i sin konklusion har forudsat, at distributørerne ikke har læst Prospektet, men alene har baseret sig på de uploadede slides fra afholdte præsentationer, idet Finanstilsynet som ovenfor anført antager, at distributørerne ikke har forstået risikoen ved Obligationerne. Denne del af konklusionen fremstår udokumenteret. Efter vores opfattelse må det have formodningen imod sig, at professionelle rådgivere ville agere på en sådan måde.

Vi gør opmærksom på, at kontraktgrundlaget mellem K og distributørerne ikke forpligter disse til at afsætte Obligationerne, men alene giver mulighed herfor. Selv hvis Finanstilsynet skulle have ret i sin antagelse, kan ansvaret for, at en distributør ikke gør sig bekendt med det materiale, som er tilgængeligt, således ikke pålægges K, men alene den enkelte distributør.

Som anført under pkt. 3.2 ”Retlig baggrund” har Finanstilsynet udstedt Bekendtgørelsen, som indeholder en kvalificering af de krav FIL § 43 stiller til finansielle virksomheder. Finanstilsynet har ikke gjort gældende, at K har overtrådt de bestemmelser i Bekendtgørelsen, der finder anvendelse ved vurdering af sagen, og det bestrides på den baggrund, at K har overtrådt reglerne i FIL.

3.4 Offentliggørelse

K kan ikke tilslutte sig Finanstilsynets vurdering af, at sagen skulle have almen interesse. Sagen drejer sig om forholdet mellem K og K’s distributører, og regulerer således ikke forhold vedrørende de private investorer, som via distributørerne har investeret i Obligationerne. Herved adskiller sagen sig i væsentlig grad fra tidligere offentliggjorte sager om markedsføring og god skik.

Endvidere har ingen erhverver af Obligationerne på nuværende tidspunkt konstateret et tab på investeringen, hvorfor sagen ikke aktualiseres heraf.

Finanstilsynets argumentation om, at det skulle savne mening at anonymisere en eventuel offentliggørelse af Påtalen, idet interesserede har mulighed for at søge aktindsigt, ses ikke at være holdbart, når man tager i betragtning hvilke betydelige skadevirkninger et så indgribende skridt kan få for K.

Vi mener derfor principalt, at sagen ikke skal offentliggøres, subsidiært at dette skal ske i anonymiseret form.

4. SAMMENFATTENDE BEMÆRKNINGER

Det gøres gældende, at forholdene i sagen skal vurderes på baggrund af de oplysninger og antagelser, der var almindelig anerkendt i markedet på tidspunktet for Obligationernes udstedelse. Det var alment accepteret af såvel myndigheder som virksomheder, at de internationale ratingbureauers modeller og vurderinger af tabsrisiko var et pålideligt udtryk for risiko, hvorfor K med rette har lagt vægt på, at CDO-sikkerhedsobligationen var AAA-rated, og at det forhold, at den er baseret på mere end en udsteder, ikke i sig selv skærper den ansvarsnorm, der finder anvendelse ved bedømmelse af sagen.

K har i forhold til sine distributører stillet et omfattende materiale om Obligationerne til rådighed, faciliteret undervisning og work-shops, regelmæssigt besøgt og ydet rådgivning til distributører, der har efterspurgt dette m.v. Det er således vores opfattelse, at K har gjort meget for at sikre, at de distributører der valgte at distribuere Obligationerne, havde adgang om tilstrækkelige oplysninger om disse.

På baggrund af ovenstående faktuelle oplysninger og bemærkninger er det vores klare opfattelse, at K ikke har handlet uredeligt eller i strid med god praksis inden for virksomhedsområdet og dermed ikke har overtrådt FIL § 43. K bør derfor ikke tildeles de af Finanstilsynet fremsendte Påtaler.

Afslutningsvis finder vi sagsforløbet uheldigt, idet Finanstilsynet har anvendt 6 måneder på at vurdere det af K fremsendte materiale, samt at indhente sagkyndige erklæringer til brug for sagen, uden at K gøres bekendt med erklæringens indhold i forbindelse med høringen, hvorimod K alene får 3 uger til at fremkomme med et høringssvar i sagen, hvor Finanstilsynet har indikeret at ville pålægge selskabet særdeles byrdefulde og indgribende sanktioner.

Vi tillader os at gå ud fra, at vi vil modtage det fuldstændige materiale, som Finanstilsynet agter at foreligge for Det Finansielle Virksomhedsråd, ligesom vi forbeholder os at fremkomme med et mundtligt indlæg for rådet i forbindelse med behandlingen af sagen.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 28. maj 2010 udtalt:

”...

Finanstilsynets påtale er en beslutning. Der er således ikke tale om en forvaltningsretlig afgørelse. Med henvisning til denne formalitetsmangel skal tilsynet påberåbe, at påtalen ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 1, stk. 1, i lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn.

Finanstilsynet fastholder, at tilsynsreaktionen vedrørende K A/S (K) skulle gives som en påtale.

Finanstilsynet skal endvidere afvise, at der foreligger sagsbehandlingsfejl eller formelle mangler ved afgivelsen af påtalen, ligesom tilsynet skal fastholde sin beslutning af 19. marts 2010.

1. Sagsfremstilling

K har i perioden mellem den 15. marts og den 4. april 2006 udbudt to strukturerede obligationer [...] og [...] (obligationerne).

I foråret 2009 var der i pressen forlydender om, at investorer, der havde investeret i de to strukturerede obligationer, kunne risikere at tabe deres investering. Risikoen udsprang af, at de fordringer, som sikkerhedsobligationerne er baseret på, ikke kunne honoreres, hvilket var en følge af konkurser i de finansielle aktiver, der er stillet til sikkerhed for den pågældende CDO-obligationsudstedelse.

På denne baggrund iværksatte Finanstilsynet en undersøgelse af markedsføringen af obligationerne. I denne forbindelse anmodede Finanstilsynet den 19. maj 2009 B om en redegørelse, samt om at indsende markedsføringsmateriale, prospekt og andet relevant materiale, som var brugt i markedsføringen af obligationerne ...

Ved breve af den 10. juni og den 12. juni 2009 modtog Finanstilsynet herefter en redegørelse samt markedsføringsmaterialet fra K i dennes egenskab af udbyder/arrangør ... Det fremgår af selskabets redegørelse, at dette som arrangør har udarbejdet prospektet, ... , resuméet, ... , samt

de fakta-ark, ... , som var uarbejdet til udlevering til kunderne som information om de strukturerede obligationer.

På baggrund af den fremsendte redegørelse udarbejdede Finanstilsynet et udkast til påtale med henblik på forelæggelse af sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd, jf. § 4, nr. 2, litra c i bekendtgørelsen nr. 1138 af 3. december 2009 om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd, jf. bilag 1. Udkastet indeholdt en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (FiL).

Udkastet blev sendt i høring hos K den 13. januar 2010, på baggrund af en procedure i Finanstilsynet, hvorefter fremgangsmåden i bekendtgørelsens § 9, stk. 1 vedrørende høring følges ved fremlæggelse af god skik sager for Det Finansielle Virksomhedsråd. Fristen udgjorde minimum 3 uger i overensstemmelse med bestemmelsen.

Finanstilsynet modtog høringssvar fra K den 8. februar 2010 ... K fremsendte endvidere den 5. marts 2010 brev til Finanstilsynet vedlagt yderligere bilag til belysning af sagen ... K bemærkede, at de fandt det relevant, at hele det godkendte prospekt blev vedlagt udkastet til påtale. Derfor eftersendte tilsynet mandag den 8. marts 2010 de to yderligere bilag til medlemmerne af Det Finansielle Virksomhedsråd forud for rådets møde den 11. marts 2010 ... Dette blev oplyst over for K telefonisk og igen mundtligt ved foretræde for Det Finansielle Virksomhedsråd den 11. marts 2010.

Høringssvarene fra K er herefter blevet indarbejdet i det endelige udkast til påtale ... Det endelige udkast sendes til K til orientering den 8. marts 2010 i overensstemmelse med proceduren i § 9, stk. 3, 1. pkt. i bekendtgørelse om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Der afholdes møde i Det Finansielle Virksomhedsråd den 11. marts 2010, hvor K havde foretræde for rådet. K modtog på denne baggrund Finanstilsynets endelige beslutning om påtale den 19. marts 2010 ...

K har den 23. april 2010 indbragt klage for Erhvervsankenævnet, idet K er af den opfattelse, at der ikke skulle være truffet en beslutning om påtale, men derimod en afgørelse om at pålægge virksomheden et påbud.

Beslutningens retlige grundlag

Påtale efter lov om finansiel virksomhed

Finanstilsynet har i nærværende sag påtalt, at K har handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. FiL § 43, stk. 1. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Finansielle virksomheder og finansielle holdingvirksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet.”

I bemærkningerne til § 43, stk. 1 (lovforslag L 176, Folketinget 2002-2003) er følgende anført:

”Stk. 1, indeholder krav om, at finansielle virksomheder og finansielle holdingselskaber skal drives i overensstemmelse med redelig forretningssskik og god praksis inden for virksomhedsområdet (god skik). God skik-reglerne skal sikre, at kunderne kan have tillid til markedet og de finansielle virksomheder. God skik regler bidrager til et velfungerende finansielt marked (...).”

Påtalen er udstedt i medfør af FiL § 344, stk. 1, som fastslår, at:

”Finanstilsynet påser overholdelsen af denne lov og af de regler, der er udstedt i medfør af loven, undtagen § 77, stk. 1 og 2.”

Bestemmelsen fastsætter Finanstilsynets generelle adgang og pligt til at påse overholdelsen af loven. Dernæst udgør den tilsynets implicite hjemmel til at udstede påbud og påtaler, hvor dette ikke følger eksplicit af andre bestemmelser i loven.

Indbringelse for Erhvervsankenævnet

En klage kan kun indbringes for Erhvervsankenævnet, såfremt der er tale om en afgørelse. Dette følger af § 1, stk. 1, i lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn, som har følgende ordlyd:

”Industriministeriets Erhvervsankenævn er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov.”

Der er på denne baggrund fastsat en hjemmel i FiL § 372 til at indbringe Finanstilsynet afgørelser for Erhvervsankenævnet:

”Afgørelser truffet af Finanstilsynet eller Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller regler udstedt i medfør af loven kan af den, som afgørelsen rette sig til, indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.”

Forretningsorden for det finansielle Virksomhedsråd

Reglerne for behandlingen af sager for Det Finansielle Virksomhedsråd er fastlagt i bekendtgørelsen nr. 1138 af 3. december 2009 om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Den konkrete sag er behandlet for rådet i overensstemmelse med bestemmelsen i bekendtgørelsens § 4, nr. 2, litra c:

”Ifølge de regler, efter hvilke Det Finansielle Virksomhedsråd ved lov er tillagt kompetence, kan rådet følgende:

(...) 2) Rådgive Finanstilsynet i forbindelse med

(...) c) tilsynssager om redelig forretningssskik og god praksis, der har videregående betydelige følger for finansielle virksomheder og finansielle holdingvirksomheder, i henhold til § 43 i lov om finansiel virksomhed.

Det følger af bekendtgørelsens § 9, stk. 1, at der skal foretages partshøring, når der træffes afgørelse af § 4, nr. 2, litra c, og at fristen skal udgøre mindst 3 uger. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Finanstilsynet udarbejder i de § 4, litra a og b, samt nr. 2, litra b og c, nævnte sager et begrundet udkast til afgørelse, som sendes i partshøring, inden sagen forelægges for rådet. Fristen for afgivelse af udtalelse skal udgøre mindst 3 uger, medmindre sagen allerede har været forelagt rådet.”

I den konkrete sag er der tale om en beslutning, som ikke anses som værende en forvaltningsretlig afgørelse. I sager om god skik følger Finanstilsynet imidlertid den procedure, at sende beslutninger i høring efter fremgangsmåden i bekendtgørelsens § 9, stk. 1, når beslutningerne foreligger rådet, jf. nedenfor.

Det følger af bestemmelsens stk. 3, at:

”Hvis høringssvaret bringer nye oplysninger frem, der medfører ændringer i Finanstilsynets udkast til afgørelse, vil ændringerne blive indarbejdet i det endelige udkast til afgørelse, som forelægges rådet, og som sendes til parten, jf. § 355 i lov om finansiel virksomhed. Dette gælder dog ikke, hvis høringen fører til væsentlige ændringer til ugunst for parten. I så fald sendes udkastet til afgørelse i fornyet høring.

Finanstilsynets vurdering

Det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb

K gør i sin klage gældende, at påtalen i realiteten er en afgørelse og ikke en beslutning, hvorefter klagen bør kunne indbringes for Erhvervsankennævnet.

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 [Folketingstidende 1985-86, Tillæg A I, spalte 115] 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 forvalt-

ningsloven 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 trufne afgørelser og baggrunden herfor” [Folketingstidende 1985-86, Tillæg A I, spalte 76], og bl.a. dette tages til indtægt for en bredere forståelse af lovens anvendelsesområde [Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave 2002, s. 37f; John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer, 2001 3. udgave, s.116].

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” [Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave 2002, petit-afsnittet s. 40].

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” [Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave 2002, s. 43]. 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” [Hans Gammeltoft Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave 2002, s. 37].

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” [Se også Karsten Revsbechs kritiske betragtninger om det udvidede afgørelsesbegreb i Aktuel dansk forvaltningsret, 2008, s. 45ff]. 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 fortolkning 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 [Se bl.a. Bent Berg, Almindelig forvaltningsret 3. udgave, s. 16]. Førstnævnte anses som hovedregel ikke som forvaltningsretlige afgørelser, hvorimod sidstnævnte gør [Sten Bønsing og Claus Haagen Jensen, Almindelig forvaltningsret 2005, s. 56f].

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" [Juridisk Grundbog 4 (4. udgave, 1989), s. 27f].

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*".

Det 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 tilsynets påtale alene det faktum, at der efter tilsynets 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, jf. afsnittet nedenfor.

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

te tilfælde har den udstedte påtale således 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.

Påtale eller påbud

Endvidere gør K gældende, at påtalen rettelig skulle have været givet som et påbud.

Finanstilsynets implicitte hjemmel til at udstede påbud og påtaler følger af FiL § 344, stk. 1. Tilsynet anvender påtaler som en advarsel over for virksomheder, hvis det konstateres, at disse efter tilsynets 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. 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.

I den konkrete sag er obligationerne udbudt til salg i perioden fra den 15. marts til den 4. april 2006. Det er i tiden op til og under denne udbudsperiode, at K har markedsført obligationerne, og hvor investorerne således har orienteret sig i fakta-arkene. Efter udbudsperiodens udløb forestår K således ikke længere salg af obligationerne.

Finanstilsynet vurderer således forholdet ud fra udbudsperioden frem for datoen for obligationernes udløb, idet lovovertrædelsen reelt er af en midlertidig karakter, der er afsluttet efter udbudsperiodens ophør. Anvendelse af et påbud – som er en mere indgribende tilsynsreaktion – vil således ikke have en reel retsvirkning i den konkrete sag. Det ændrer ikke herpå, at obligationerne er omsættelige frem til deres udløbsdato den 24. juni 2013.

Dette understøttes af, at det er almindeligt antaget, at prospekter kun er gyldigt i udbudsperioden, eller indtil de udbudte værdipapirer er optaget

til handel. Endvidere indeholder § 21, stk. 1 i bekendtgørelse nr. 223 af den 10. marts 2010 om prospekter for værdipapirer, der optages til handel på et reguleret marked, og ved offentlige udbud af værdipapirer over 2.500.000 euro en udløbsdato for prospekter. Det følger således af bestemmelsen, at et prospekt er gyldigt i 12 måneder fra offentliggørelsen. Prospektet er offentliggjort den 8. marts 2006, hvorfor prospektet anses for udløbet den 8. marts 2007.

I K's høringssvar af den 8. februar 2010, fremhæver K flere steder, at fakta-arkene ikke blev udfærdiget som selvstændigt materiale, men derimod for, sammen med prospektet (som fakta-arkene flere steder henviser til), at skulle oplyse om obligationernes karakteristika.

Sagsbehandling

Såfremt Erhvervsankenævnet optager sagen til realitetsbehandling, påberåber K, at påtalen skal bortfald som følge af sagsbehandlingsfejl.

K anfører for det første, at Finanstilsynet ensidigt har indhentet en udtalelse fra Finansrådet til brug for sin vurdering af sagen.

I forbindelse med Finanstilsynets behandling af sagen indhentede tilsynet en udtalelse fra Finansrådet. Tilsynet spurgte således Finansrådet om, hvorvidt det var sædvanligt at benytte CDO-sikkerhedsobligationer som hovedstolsdækning for strukturerede obligationer på daværende tidspunkt. Dette spørgsmål blev K oplyst om ved høringen af udkast til påtale, som blev fremsendt den 13. januar 2010. K kommenterede også på spørgsmålet i sit høringssvar af 8. februar 2010, og svaret blev på denne baggrund indarbejdet i det endelige udkast til påtale, som blev forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Finanstilsynet skal derfor afvise, at tilsynet har tilsidesat kontradiktionsprincippet samt at der ikke er givet K indsigt i det spørgsmål der er stillet til Finansrådet og det af Finansrådet afgivne svar.

Dernæst anfører K, at partshøringen i sagen har været mangelfuld.

Finanstilsynet træffer beslutning/afgørelse i sager vedrørende redelig forretningsetik og god praksis, jf. FiL § 43, stk. jf. § 345, stk. 2. I de tilfælde hvor tilsynet vurderer, at sagen har videregående betydelige følger for den finansielle virksomhed, kan tilsynet bede Det Finansielle Virksomhedsråd om at vurdere spørgsmålet, jf. § 4, nr. 2, c), i bekendtgørelsen om forretningsordenen for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Som hovedregel sker der kun partshøring i sager, hvor der træffes en forvaltningsretlig afgørelse. I den konkrete sag er der alene truffet en beslutning om påtale. Når Finanstilsynet lægger en sag for Det Finansielle Virksomhedsråd, foretages der imidlertid altid høring.

Finanstilsynet sendte udkast til påtale i høring hos K den 13. januar 2010, hvilket skete på baggrund af Finanstilsynets procedure, hvorefter fremgangsmåden i bekendtgørelsens § 9, stk. 1 vedrørende høring følges ved fremlæggelse af god etik sager for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Fristen udgjorde minimum 3 uger i overensstemmelse med proceduren i bestemmelsen.

Finanstilsynet modtog hørings svar fra K den 8. februar 2010. Hørings svarene fra K er herefter blevet indarbejdet i det endelige udkast til påtale. Det endelige udkast blev sendt til K til orientering den 8. marts 2010, overensstemmelse med proceduren i § 9, stk. 3, 1. pkt. i bekendtgørelse om forretningsorden for Det Finansielle Virksomhedsråd. Hørings svaret frembragte ikke nye oplysninger, som førte til væsentlige ændringer til ugunst for parten, og krævede dermed ikke fornyet høring, jf. proceduren i § 9, stk. 3, 2. og 3. pkt.

Finanstilsynet skal således afvise, at tilsynet ikke har overholdt høringsfristerne i forbindelse med forelæggelse af sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd.

For det tredje anfører K, at Finanstilsynet kun har fremlagt dele af det materiale, som K har fremsendt til tilsynet i forbindelse med sin redegørelse, samt at Finanstilsynet ikke har inddraget hele det fremsendte materiale i sin beslutning.

Ved brev af 5. marts 2010 skrev K til Finanstilsynet, at man ønskede yderligere bilag vedlagt udkast til påtale. K bemærkede således, at virksomheden fandt det relevant, at hele det godkendte prospekt blev vedlagt til belysning af sagen. Tilsynet valgte at efterkomme K's ønske og efter sendte derfor de to yderligere bilag til medlemmerne af Det Finansielle Virksomhedsråd mandag den 8. marts 2010 forud for rådets møde den 11. marts 2010. Dette blev oplyst overfor K telefonisk og igen mundtligt ved foretræde for Det Finansielle Virksomhedsråd den 11. marts 2010.

Finanstilsynet har gennemgået og vurderet samtlige dokumenter, i det materiale K har fremsendt til tilsynet i forbindelse med sin redegørelse. Tilsynet bestrider ikke, at prospektet indeholder en beskrivelse af de risici, der er forbundet med investeringen. Tilsynets beslutning retter sig imidlertid imod beskrivelsen i fakta-arkene. Det har således været afgørende for Finanstilsynet i beslutningen, at udbyder giver en overfladisk beskrivelse med fokus på optionselementet i et fakta-ark, mens de negative aspekter ved produktet kun beskrives udførligt og dækkende i et mere svært tilgængeligt prospekt.

K's indsigelse blev således efterkommet, og virksomheden har således fået mulighed for at få fremlagt samtlige dokumenter for rådet, som der er ytret ønske om. Endvidere har tilsynet gennemgået og vurderet samtlige fremsendte dokumenter, herunder prospektet, forud for sin endelige beslutning.

Beslutningens hjemmel

K gør i sin klage gældende, at Finanstilsynet har truffet sin beslutning på baggrund af en bekendtgørelse, som ikke var gældende på det tidspunkt, hvor obligationerne blev udbudt.

Beslutningen er imidlertid ikke truffet med hjemmel i god skik bekendtgørelsen, men derimod med hjemmel direkte i FiL § 43, stk. 1, hvilket fremgår udtrykkeligt af påtalen. Bestemmelsen følger af lov nr. 501 af 7. juni 2001, der er videreført i den gældende lovbekendtgørelse nr. 467 af 29. april 2010 af lov om finansiel virksomhed. Denne bestemmelse var således også gældende i marts/april 2006.

Dernæst nævner K, at Finanstilsynet henviser til en påtale, som tilsynet gav C den 8. juli 2009. Når tilsynet i sin vurdering henviser til sin praksis på et område, sker dette som en information til virksomheden om, at virksomhedens forhold er blevet bedømt i overensstemmelse med tilsynets praksis i lignende sager. Henvisning tjener således til sikkerhed for, at der er sket ligebehandling af virksomheden. Endvidere er påtalen overfor C givet med hjemmel i § 18 i lovbekendtgørelse nr. 55 af 31. januar 2006, der er videreført i den gældende lovbekendtgørelse nr. 929 af 18. september 2008 af lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger.

Finanstilsynet har således taget højde for tidsfaktoren i forhold til lovgivningen. Tilsynet skal på denne baggrund afvise, at forholdet er bedømt ud fra lovgivning, som ikke var gældende på tidspunktet for lovovertrædelsen.

Finanstilsynets beslutning

K gør endvidere gældende, at påtalen skal bortfalde som følge af beslutningens materielle indhold. K henviser til sit høringssvar samt sit indlæg for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Forud for den endelige beslutning om påtale har Finanstilsynet vurderet sagen på ny i lyset af K's høringssvar samt det mundtlige indlæg for rådet. Dette har imidlertid ikke givet anledning til en anden fortolkning af de faktiske og retlige omstændigheder i den konkrete sag.

Finanstilsynet henviser til behandlingen af sagens materielle indhold i den endelige påtale af 19. marts 2010.

...”

Heroverfor har K ved skrivelse af 16. august 2010 bemærket:

”...

2.1 Finanstilsynet anfører i Svarskriftet:

”Ved breve af den 10. juni og 12. juni 2009 modtog Finanstilsynet herefter en redegørelse samt markedsføringsmaterialet fra K i dennes egenkab af udbyder/arrangør, jf. bilag 1(5) og 1(6). Det fremgår af selskabets redegørelse, at dette som arrangør har udarbejdet prospektet, jf. bilag 6, resuméet, jf. bilag 1(3), samt de fakta-ark, jf. bilag 1(1-2), som var udarbejdet til udlevering til kunderne som information om de strukturrede obligationer.”

Klager er uenig i denne udlægning af sagens faktum.

I brevet af den 10. juni 2009 har Klager oplyst følgende:

”Arrangøren har indgået samarbejdsaftaler om markedsføring og investeringsrådgivning af forskellige produkter med distributørerne. Som led et i samarbejdet stiller arrangøren forskelligt materiale til rådighed for pengeinstitutterne, men hverken udsteder eller arrangør har udarbejdet markedsføringsmateriale til privatkunder eller er bekendt med den rådgivning disse har modtaget i forbindelse med distributørernes salg af Obligationerne.”

Klager har ikke noget kundeforhold til privatkunder. Klager har derimod som flere gange oplyst indgået samarbejdsaftaler med en række pengeinstitutter om, at disse kan distribuere og markedsføre en række produkter til deres kunder, herunder [...] og [...] (**”Obligationerne”**). Det skal i den forbindelse bemærkes, at Klagers distributører (**”Distributørerne”**) i henhold til den senere indførte MiFID kategorisering alle er ”godkendte modparter”, samt at Klager ikke i nærværende sag har nogle kunder ud over distributørerne.

Det er således ikke korrekt, når Finanstilsynet anfører, at de af Klager udarbejdede fakta-ark var rettet mod Distributørernes kunder. Fakta-arkenes formål var og er at give rådgivere ansat hos Distributørerne et overblik over de væsentligste vilkår ved Obligationerne. Obligationerne er, som det også fremgår af fakta-arkene, nærmere beskrevet i Obligationernes godkendte prospekt.

Det kan oplyses, at der ikke indgik en tegningsordre i fakta-arkene, men at en sådan alene var en del af det for Obligationerne udarbejdede prospekt, der tillige oplyste om de pengeinstitutter, hvor Obligationerne kunne tegnes. Private kunder har således ikke kunnet tegne Obligationer alene på baggrund af fakta-arkene. Køb af Obligationer fordrede derfor, at kunderne enten havde tegningsordren fra prospektet eller rettede personlig henvendelse til en af Distributørerne, der stod som tegningssteder heri.

2.2 I Svarskriftet anfører Finanstilsynet endvidere følgende:

”I den konkrete sag er Obligationerne udbudt til salg i perioden fra den 15. marts til den 4. april 2006. Der er i tiden op til og under denne udbudsperiode, at K har markedsført Obligationerne, og hvor investorerne således har orienteret sig i fakta-arkene. Efter udbudsperiodens udløb forestår K således ikke længere salg af Obligationerne.”

Klager står uforstående overfor denne udlægning af faktum.

Klager har aldrig markedsført Obligationerne overfor Distributørernes kunder. Dette har, som tidligere angivet, den enkelte Distributør forestået i overensstemmelse med den indgående aftale med Klager om markedsføring og investeringsrådgivning. Ydermere kan Klager oplyse, at Klager ikke har solgt Obligationer til Distributørernes kunder. Klager har der-

imod stillet materiale om Obligationerne til rådighed for Distributørerne, gennemgået konstruktionen på seminarer og workshops samt stillet sig til rådighed for Distributørernes eventuelle spørgsmål.

Efter tegningsperiodens udløb har der fortsat været mulighed for køb og salg, eftersom Obligationerne fortsat er optaget til handel på G A/S.

2.3 Endelig anføres det i Svarskriftet, at:

”Udkastet indeholdt en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningskik og god praksis inden for virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (FIL)”

Ved at benytte denne formulering virker det som om Finanstilsynet nu mener, at Klager har haft en bestemt adfærd og herefter af egen drift ændret denne. Dette er ikke overensstemmelse med sagens faktum.

Endvidere fremgår det af sagen, at Finanstilsynet har givet Klager en påtale, fordi Klager i strid med FIL § 43, stk. 1, gav investorerne en misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100. Fakta-arkene indeholdt efter Finanstilsynets vurdering ikke en afbalanceret beskrivelse af produkterne og de risici, der er knyttet til en investering i produkterne.

Det skal særligt bemærkes, at Påtalen ikke henviser til en bestemt tidsperiode eller lignende.

Finanstilsynets argument om, at afgørelsen vedrører en nærmere bestemt tidsmæssig periode, er således ikke tidligere fremført, ligesom hverken afgørelsen eller skriftvekslingen i sagen giver grundlag for at antage, at det påbud Finanstilsynet har givet Klager og offentliggjort skulle vedrøre en nærmere bestemt tidsmæssigt begrænset periode.

Usikkerheden om det egentlige grundlag for Påtalen bestyrkes yderligere af, at fakta-arkene fortsat var tilgængelige og gældende på tidspunktet for Finanstilsynets undersøgelse – hvilken undersøgelse indledtes ved Finanstilsynets brev af den 19. maj 2009 – og har fortsat været gældende på tidspunktet for Påtalens offentliggørelse.

Der er derfor ikke noget faktisk grundlag for at antage, at den adfærd, der begrundede Påtalen, var ophørt, da Finanstilsynet indledte undersøgelsen. Allerede af denne grund har Finanstilsynet ikke hjemmel til at give Klager en påtale, men derimod alene en kompetence til at give et påbud, jf. FIL § 344, stk. 1 [Finanstilsynet, Kvartalsnyt (2) for 2006, **hvor Finanstilsynet oplyser følgende om sin praksis:** ”Finanstilsynet meddeler en virksomhed påbud, hvis virksomheden på et punkt direkte overtræder de finansielle love og bekendtgørelser. Finanstilsynet påbyder virksomheden at bringe forholdet i overensstemmelse med regelsættet inden for en fastsat frist. **Hvis Finanstilsynet konstaterer, at en virksomhed har overtrådt regelsættet, men af egen drift har bragt forholdet i orden, giver tilsynet virksomheden en påtale af, at regelsættet har været overtrådt.**”]

3. RETLIGT GRUNDLAG

I Svarskriftets pkt. 2 redegør Finanstilsynet om Påtalens retlige grundlag, hjemlen til at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet og Erhvervsankenævnets kompetence.

Klager bestrider ikke, at Finanstilsynets primære opgave er at påse overholdelsen af den finansielle lovgivning, herunder FIL, jf. FIL § 344, stk. 1. Klager bestrider ej heller, at det som udgangspunkt kun er afgørelser, der kan indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. FIL § 372, stk. 1. Imidlertid bestrider Klager, at en myndighed i en sag som den foreliggende kan træffe en for Klager så væsentlig og potentielt indgribende afgørelse, i form af en beslutning. Uanset formaliteten så synes den eneste realitetsforskel på, om Finanstilsynets påbud følger af en beslutning eller en afgørelse at være, om sagen kan indbringes for Erhvervsankenævnet og dermed, om Klager har mulighed for at få sagen prøvet ved en relevant administrativ rekurs.

Det er fortsat Klagers klare opfattelse, at Påtalen i forhold til Klager er en afgørelse, som lider af retlige mangler og er dermed egnet til at blive prøvet af Erhvervsankenævnet. Se nærmere nedenfor.

I Svarskriftets pkt. 3 beskriver Finanstilsynet sin opfattelse af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb, påtale og påbud, Finanstilsynets sagsbehandling i nærværende sag, beslutningens hjemmel og Finanstilsynets beslutning.

3.1 Det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb

Klager noterer sig, at der i forvaltningsloven ikke findes en entydig og klar definition af, hvornår der foreligger en afgørelse, og at det i litteraturen har været diskuteret, om der burde anvendes en snæver forståelse eller en udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Klager finder på baggrund af Svarskriftets fyldige gennemgang heraf anledning til at påpege, at hverken domstolene eller nyere litteratur generelt er afvisende i forhold til at anlægge en udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb [Steen Rønsholt, Forvaltningsret, 2. Udgave, København 2006, s. 105 – 108. At dette var tilfældet i U2005.2111H, er derimod begrundet i en konkret vurdering af sagens tema, som vedrørte aftaler mellem en forvaltning og en forhandlingsberettiget organisation. Højesteret anser aftalen i sagen som værende en almindelig aftale indgået mellem en myndighed og part, hvorimod Ombudsmanden fokuserer på de centrale elementer i aftalen og derved sidestiller aftalen med en forvaltningsretlig afgørelse – sandsynligvis ud fra nogle omgængelsesbetragtninger.].

Klager finder det imidlertid væsentligt at fastslå, at de i teorien angivne betingelser for, hvornår der foreligger en afgørelse, er opfyldte. Klager skal i den forbindelse henvise til, at en afgørelse – uanset om det er definitionen efter forvaltningsloven eller efter forarbejderne – er karakteriseret ved at være: (i) ensidig, (ii) ekstern rettet, (iii) fra en myndighed, og

(iv) på et offentligretligt grundlag [Steen Rønsholt, Forvaltningsret, 2. Udgave, København 2006, s. 99].

I foreliggende tilfælde kan det fastslås, at Påtalen er ensidig fra Finanstilsynets side og rettet mod Klager. Herudover er Påtalen givet som led i Finanstilsynets virke med som myndighed at påse overholdelsen af den finansielle lovgivning, jf. FIL § 344, stk. 1, herunder også FIL § 43, stk. 1. Endelig er Påtalen et udtryk for en bestemt adfærdsdirektion, idet Påtalen dikterer, at Obligationernes fakta-ark ikke stemmer overens med FIL § 43, stk. 1.

Påtalen opfylder således samtlige de i teorien opstillede betingelser, hvorfor der foreligger en afgørelse. Finanstilsynet er således efter Klagers opfattelse forpligtet til at følge reglerne om afgørelser som angivet i forvaltningsloven [Steen Rønsholt, Forvaltningsret, 2. Udgave, København 2006, s. 100].

Hvorvidt Påtalen falder ind under en snæver eller udvidet fortolkning af afgørelsesbegrebet, er derfor efter Klagers opfattelse helt uden relevans for nærværende sag.

Herudover skal det for fuldstændighedens skyld anføres, at faktisk forvaltningsvirksomhed, som Klager er enig i falder udenfor forvaltningslovens anvendelsesområde, er karakteriseret ved:

”Virksomheden materialiseres umiddelbart i en fysisk faktisk handling eller adfærd uden karakter af sagsbehandling i en beslutningsproces” [Steen Rønsholt, Forvaltningsret, 2. Udgave, København 2006, s. 103].

Som det fremgår af sagen, er dette ikke tilfældet i nærværende sag. Finanstilsynet har indkaldt et omfattende materiale og vurderet dette i forhold til FIL § 43, stk. 1, som sætter en norm for, hvornår et dokument er i overensstemmelse med bestemmelsen, ligesom Klagers kommentarer til det fremsendte udkast til påtale ikke formelt har været inddraget og haft indflydelse på udformningen heraf. I nærværende sag er der derfor ikke tale om faktisk forvaltningsvirksomhed med derimod om en egentlig – bebyrdende – afgørelse, svarende til processen når Finanstilsynet generelt vurderer dokumenter udarbejdet af finansielle virksomheder, herunder prospekter, vedtægter m.v.

Det er derfor ikke rigtigt, når Finanstilsynet konkluderer, at Påtalen ikke fastsætter, hvad der er ret i nærværende tilfælde. Og det er heller ikke rigtigt, at Påtalen ikke er bindende. Påtalen betyder nemlig, at fakta-arkene ikke lever op til, hvad Finanstilsynet mener, at der kræves efter § 43, stk. 1, og Finanstilsynet har således sanktioneret anvendelse af fakarkene ved at give en påtale [Hans Gammeltoft-Hansen, Forvaltningsret, 2. Udgave, 2002, s. 35 – 36, følgende fremgår: ”Alt hvad en offentlig myndighed (og herunder en myndighedsperson) ensidigt tilkendegiver med bindende virkning for borgeren, må anses for retsakter og danner dermed udgangspunktet for fastlæggelsen af afgørelsesbegrebet”].

4. ÆNDRING AF BEGRUNDELSE

Klager bemærker særligt, at Finanstilsynet i Svarskriftet anfører:

”I den konkrete sag er Obligationerne udbudt til salg i perioden fra den 15. marts til den 4. april 2006. Der er i tiden op til og under denne udbudsperiode, at K har markedsført Obligationerne, og hvor investorerne således har orienteret sig i fakta-arkene. Efter udbudsperiodens udløb forestår K således ikke længere salg af Obligationerne.

Finanstilsynet vurderer således forholdet ud fra udbudsperioden frem for datoen for obligationernes udløb, idet lovovertrædelsen reelt er af midlertidig karakter, der er afsluttet efter udbudsperiodens ophør. Anvendelse af et påbud - som er en mere indgribende tilsynsreaktion - vil således ikke have nogen reel retsvirkning i den konkrete sag. Det ændrer ikke herpå, at Obligationerne er omsættelige frem til deres udløb den 24. juni 2013 ”

Dette må Klager forstå således, at Finanstilsynet mener, at Påtalen er begrundet i, at Klager ikke har givet alle relevante oplysninger i Obligationernes tegningsperiode.

Dette er efter Klagers opfattelse ikke i overensstemmelse med indholdet af Påtalen, hvoraf det fremgår, at Påtalen er begrundet i følgende:

”Finanstilsynet påtaler, at K A/S (herefter kaldet K) i de fakta-ark, der var udarbejdet til udlevering til kunder om de strukturerede obligationer [...] og [...], angav:

”...indløses til minimum kurs 100 ved udløb)*

Fodnote) Sikret ved investering i AAA-ratede sikkerhedsobligation, som er den højeste opnåelige rating.”*

og derved gav investorerne en misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100. Fakta-arkene indeholdt dermed ikke en afbalanceret beskrivelse af produkterne og de risici, der er knyttet til en investering i produkterne.

K har dermed handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis indenfor virksomhedsområdet, jf. § 43, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.”

Læsere af Påtalen, som Finanstilsynet har offentliggjort, kan se, at Finanstilsynet generelt påtaler, at fakta-arkene ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger om risiciene knyttet til Obligationerne og kan ikke se, at Påtalen skulle relatere sig til en given tidsmæssig periode.

På ovennævnte grundlag må Klager tage det som udtryk for, at Finanstilsynet nu i Svarskriftet ændrer standpunkt og dermed ændrer grundlaget for afgørelsen.

En sådan ændring af begrundelsen og grundlaget herfor er i strid med principperne om præklusion og er efter Klagers opfattelse ikke mulig på nuværende tidspunkt, hvor Påtalen er offentliggjort.

Imidlertid understreger Finanstilsynets argumentation vedrørende den tidsmæssige udstrækning af Påtalen Klagers anbringende om, at vurderingen af sagens materielle forhold skal ske på baggrund af den viden om blandt andet AAA-ratede værdipapirer, som var tilgængelig på tidspunktet for fakta-arkenes udarbejdelse og ikke indirekte pålægge Klager risikoen for, at den globale finanskrisefølgende har vist, at den analyse og vurdering, de internationale ratingbureauer tidligere anvendte, ikke i alle tilfælde har været hensigtsmæssig.

På udstedelsestidspunktet havde klager ikke grund til at antage, at der skulle være andet end nærmest teoretisk risiko for, at en AAA-rated obligation ikke ville blive tilbagebetalt til kurs 100, ligesom Klager gør gældende, at der ikke på udstedelsestidspunktet var støtte i bekendtgørelse nr. 604 af 26. juni 2003 om god skik for finansielle virksomheder, som Finanstilsynet havde udstedt i henhold til FIL § 43, eller praksis for, at det ikke at beskrive risikoen for en AAA-rated obligation nærmere end som sket i fakta-arkene var i strid med reglerne om god skik.

4 SAGSBEHANDLING

Klager henviser i det hele til det i Klagen angivne herom og fastholder, at Finanstilsynet ved sin behandling af sagen har tilsidesat væsentlige sagsbehandlingsregler.

Af Påtalen fremgår følgende:

”Finanstilsynet har fra Finansrådet fået oplyst, at det på daværende tidspunkt var usædvanligt at benytte CDO-sikkerhedsobligationer som hovedstolsdækning for strukturerede obligationer.”

Klager har gentagne gange fremsat anmodning om, at Finanstilsynet fremlægger såvel de af Finanstilsynet stillede spørgsmål samt Finansrådets udtalelse herom i sagen. Finanstilsynet har på trods heraf ikke fremlagt materialet for Klager, eller i Svarskriftet redegjort for, hvorfor dette ikke er sket.

Finanstilsynet tilsidesætter ved ikke at imødekomme Klagers gentagne anmodninger om fremlæggelse af Finansrådets udtalelse efter Klagers opfattelse reglerne om aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1, hvoraf det fremgår, at den, der er part i en sag, hvori der vil blive truffet en afgørelse, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Som Klager tidligere har redegjort for, indgår Finansrådets udtalelse som en central del i den vurdering, som Påtalen (afgørelsen i forhold til Klager) hviler på, hvilket er en skærpende omstændighed ved den manglende fremlæggelse heraf.

Hvis Finanstilsynet fortsat nægter at fremlægge udtalelsen i sagen, gør Klager gældende, at udtalelsen ikke kan indgå som et led i sagen.

Dette vil efter Klagers vurdering medføre, at Påtalen må bortfalde, eftersom hele Finanstilsynets grundargumentation i sagen hviler på, at anvendelsen af CDO-sikkerhedsobligationer ikke var sædvanligt og derfor efter Finanstilsynets opfattelse medførte skærpede krav til oplysningsniveauet i fakta-arkene. I hvert fald må vurderingen af sagens materielle forhold ske, uden at udtalelsens indhold kan tillægges nogen vægt eller betydning.

Afslutningsvis må Klager fastholde, at den sortering i materialet, som Finanstilsynet foretog i forhold til præsentationen af sagen til Det Finansielle Virksomhedsråd, ikke gav et korrekt billede af Prospektets oplysninger om kreditrisikoen ved Sikkerhedsobligationerne. Det ændrer ikke herved, at det samlede Prospekt på Klagers foranledning efterfølgende blev fremsendt.

...”

Finanstilsynet er ved skrivelse af 8. september 2010 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

Til klagers punkt 2.1.

K gør gældende, at de udarbejdede fakta-ark var rettet mod distributørernes ansatte og derfor ikke er markedsføringsmateriale rettet mod investorerne.

Hertil kan bemærkes, at fakta-arkene indeholder følgende faktaboks:

”Vi anbefaler, at du søger individuel rådgivning om både investeringen og skattekonsekvenser hos dit lokale pengeinstitut”.

Dertil kommer, at K selv har gjort fakta-arkene tilgængelige for privatkunderne ved at lægge dem ud på internettet på selskabets hjemmeside

...

I den forbindelse skal nævnes, at indholdet på selskabets hjemmeside retter sig mod investorer, herunder privatkunder. Som eksempel herpå kan nævnes hjemmesidens menupunkt ”Skat”. På siden er der indsat en disclaimer med følgende ordlyd:

”(...) Oversigten retter sig til investorer, som har investeret i de ovenfor angivne produkter og er bosiddende i Danmark.(...)”

Finanstilsynet skal derfor fastholde, at fakta-arkene udgør markedsføringsmateriale, og ikke kun er informationsmateriale, der udelukkende er udarbejdet og uddelt til distributørerne.

Til klagers punkt 2.2

K skriver, at der fortsat har været mulighed for køb og salg efter tegningsperiodens udløb, da obligationerne fortsat er optaget til handel på G A/S.

Med henvisning til bemærkningerne på s. 9 i Finanstilsynet udtalelse af 28. maj 2010 skal Finanstilsynet igen fremhæve, at salg efter udbudsperiodens ophør ikke forestås af K. En sådan handel vil således alene foregå mellem investor og en ny køber.

Til klagers punkt 4 (sagsbehandling)

K påberåber fortsat, at Finanstilsynet har nægtet at fremlægge en udtalelse fra Finansrådet samt at dette efter K's opfattelse er i strid med reglerne om aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk.1.

Indledningsvist skal det slås fast, at Finanstilsynet ikke har truffet en afgørelse i forvaltningslovens forstand, men derimod en beslutning om påtale. Der er således ikke adgang til aktindsigt efter forvaltningslovens regler og hermed heller ikke efter bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed § 355, stk. 1.

Som angivet på s. 10 i Finanstilsynets udtalelse af 28. maj 2010 foretager Finanstilsynet imidlertid altid partshøring efter forvaltningslovens principper, når tilsynet lægger en sag for det Finansielle Virksomhedsråd. Det har tilsynet således også gjort i nærværende sag. Tilsynet har således oplyst K om Finansrådets udtalelse i høringen af K af 13. januar 2010, ligesom K kommenterede på udtalelsen i sit høringssvar. K's kommentarer blev endvidere indarbejdet i det endelige udkast til påtale.

Finanstilsynet har således givet K mulighed for at gøre sig bekendt med og kommentere på det faktiske afgørelsesgrundlag, inden sagen blev forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd.

Til klagers punkt 2.3, 3.1 samt 4 (Ændring af begrundelse)

Finanstilsynet fastholder, at den korrekte tilsynsreaktion i den konkrete sag var at give en påtale, ligesom det fastholdes, at en påtale er en beslutning, der ikke kan ankes til Erhvervsankenævnet. Finanstilsynet henviser til sin udtalelse i sagen af 28. maj 2010.

...”

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 § 372 i lov om finansiel virksomhed 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 19. marts 2010 overfor K påtalt, at selskabet handlede i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 43 i lov om finansiel virksomhed ved i de fakta-ark, der var udarbejdet til udlevering til kunder om de strukturerede obligationer [...] og [...], at give investorerne en misvisende og utilstrækkelig beskrivelse af forholdene for indløsning, herunder risikoen for ikke at blive indløst til kurs 100. Tilsynet fandt, at fakta-arkene ikke indeholdt en afbalanceret beskrivelse af produkterne og de risici, der er knyttet til en investering i produkterne.

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 A/S til at agere på en bestemt måde, som ifølge Finanstilsynet er i overensstemmelse med gældende ret. Påtalen indgår dermed som en målrettet del af hele det tilsynsarbejde, som fremgår af kapitel 21 i lov om finansiel virksomhed.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en saglig interesse i at få ankenævnets prøvelse af, om der har været det fornødne grundlag for påtalen. Nævnet realitetsbehandler på den baggrund klagen.

Finanstilsynet kan efter de foreliggende oplysninger ikke anses for at have tilsidesat sagsbehandlingsregler med den virkning, at den meddelte påtale skal bortfalde.

Erhvervsankenævnet finder i lighed med Finanstilsynet, at det følger af § 43 i lov om finansiel virksomhed, at fakta-arkene udarbejdet til udlevering til kunder om de omhandlede obligationer i sig selv burde have givet et afbalanceret billede af produktet og de risici, der var forbundet med investeringer heri, herunder af risikoen for at indfrielse ikke kunne ske til kurs 100, og at det således ikke var tilstrækkeligt med hensyn til beskrivelsen af risici blot at henvise til det underliggende prospekt.

Ankenævnet tiltræder herefter - med den af Finanstilsynet ved skrivelsen af 19. marts 2010 anførte begrundelse - tilsynets påtale, hvorefter K har handlet i strid

med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 43, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

3) Kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022787).

Bestyrelsesmedlem i finansiel virksomhed påbudt at nedlægge sit hverv.

Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, samt § 351, stk. 2.

(Niels Bolt Jørgensen, Preben Lund Hansen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 22. september 2010 har advokat A på vegne af K [GS] bestyrelsesformand K1 klaget over Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010, hvorved Finanstilsynet påbød K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i K.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010 hedder det:

”...

1 Afgørelse

Finanstilsynet påbyder i henhold til § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 467 af 29. april 2010 som ændret ved lov nr. 579 af 1. juni 2010, K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i K inden 4 uger fra dags dato.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at bestyrelsesformanden K1, i sit virke som bestyrelsesmedlem i K, har udvist og udviser en adfærd, at der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde, jf. § 64, stk. 2, nr. 4 i lov om finansiel virksomhed (FiL).

2 Sagsfremstilling

I forbindelse med Finanstilsynets ordinære undersøgelse i K i 2009 har Finanstilsynet ved afrapporteringen den 1. juli 2009 påbudt bestyrelsen mindst en gang årligt at behandle retningslinjer på alle forretningsområder, hvilken behandling skal fremgå af bestyrelsesprotokollen. Finanstilsynet anførte således:

”Styring og kontrol

Bemærkninger til bestyrelsesprotokollen

- *Selskabets protokol behandler ikke alle dets retningslinier, ligesom spekulationsreglerne ikke er omtalt, revisionsprotokollen fremlægges ikke på hvert møde, og ikke alle mødereferater er underskrevet af alle tilstedeværende. Finanstilsynet har ved undersøgelsen udleveret en oversigt, der angiver de væsentlig-*

ste områder, som bestyrelsen skal behandle mindst en gang årligt (tjekskema for gennemgang af bestyrelsesprotokol)

- *Finanstilsynet og direktionen har gennemgået kravene til retningslinierne.*

Påbud:

- *Bestyrelsen skal minimum 1 gang årligt behandle emner på alle forretningsområder, jf. FiL §§ 70, 71, 77, 128, 159-164 samt tilhørende vejledninger, samt drage omsorg for, at behandlingen af disse emner fremgår af bestyrelsesprotokollen.*

Opfølgning:

- *Revisor skal i revisionsprotokollatet for årsregnskabet 2009 redegøre for overholdelsen af ovenstående påbud.”*

K1 har som bestyrelsesformand ført bestyrelsens forhandlingsprotokol.

Det har ikke været muligt for revisor at forklare, hvorvidt tilsynets ovenstående påbud er opfyldt, idet revisor ikke har kunnet få adgang til bestyrelsesprotokollen, der befandt sig hos formanden privat. Revisor har følt sig foranlediget til at fremdrage bl.a. følgende forhold, som er anført i revisionsprotokollatet af 19/2 2010 til årsrapporten for 2009, s. 171 øverst:

”Bestyrelsens forhandlingsprotokol - referater af bestyrelsesmøderne. Som vi anførte i vort protokollat af 4/1 2010 konstaterede vi ved vort uanmeldte eftersyn den 14/12 2009, at bestyrelsens forhandlingsprotokol ikke var ajourført. Vi gjorde opmærksom på bestyrelsens pligter til at føre forhandlingsprotokol, jf. FIL § 74, stk. 3. Ved revisionen af årsregnskabet må vi konstatere at forhandlingsprotokollen ikke forefindes på foreningens kontor og formentlig stadigvæk ikke er ajourført. Vi skal udtale os om påbud fra Finanstilsynet med hensyn til bestyrelsens behandling af emner på alle forretningsområder, jf. FIL §§ 70, 71, 77, 128, 159-164. Dette er ikke muligt grundet manglende referater af relevante bestyrelsesmøder. Vi henstiller, at bestyrelsen straks får ajourført forhandlingsprotokollen.”

Revisor har endvidere i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2009, s. 171 anført:

”Bestyrelsesmedlemmers restancer. Med baggrund i konstaterede restancer hos bestyrelsesmedlemmer, gør vi opmærksom på, at et bestyrelsesmedlems restancer eller anden forfalden gæld til selskabet kan være omfattet af FIL § 64, stk. 2 nr. 3, hvorefter hvervet som bestyrelsesmedlem ikke kan bestrides, såfremt den pågældendes økonomiske situation eller selskaber, den pågældende ejer, eller hvori den pågældende deltager i driften, har påført den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab. Vi benytter samtidig lejligheden til at gøre opmærksom på, at bevilges et bestyrelsesmedlem eksempelvis ekstraordinære acontoubetalinger på erstat-

ningssager, skal disse udbetalinger følge sædvanlige forretningsbetingelser og være på markedsbaserede vilkår og i øvrigt indføres i bestyrelsens forhandlingsprotokol, jf. FiL § 78, såfremt de antager karakter af udlån.”

Efter at have modtaget revisionsprotokollen for 2009 skrev Finanstilsynet den 16. marts 2010 til K. I brevet udbad Finanstilsynet sig en redegørelse for en række forhold og sluttede brevet således:

”Efter modtagelse af K’s redegørelse og dokumentation vil Finanstilsynets videre overvejelser ske med baggrund i lov om finansiel virksomhed (FIL), herunder særligt bestemmelserne i FIL:

- *§ 70 om bestyrelsens behandling af retningslinjer for væsentlige aktivitetsområder,*
- *§ 71 om god administrativ praksis, skriftlige forretningsgange, procedurer til adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter, effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici virksomheden er eller kan blive udsat for,*
- *§ 74, stk. 3 om føring af bestyrelsesprotokol, der skal gengive de førte forhandlinger,*
- *§ 78 om engagementer og bestyrelsens forudgående godkendelse heraf, som skal fremgå af bestyrelsesprotokollen, og*
- *§ 250, stk. 1 om selskabets forpligtelse til at hensætte tilstrækkelige beløb til dækning af de forsikringsmæssige forpligtelser.*

Bestemmelsen i FIL § 64, stk. 3, om bestyrelsens og direktionens pligt til at give oplysninger om forhold, som nævnt i samme bestemmelse stk. 2, nr. 3 og 4, vil ligeledes indgå i Finanstilsynets videre overvejelser.”

K overbragte herefter den 30. marts 2010 foreningens redegørelse (dateret den 29. marts 2010) og udleverede samtidig bestyrelsesprotokollen til Finanstilsynet.

Forhandlingsprotokollen, som K1 har ført fra siderne 1 til og med 31, omhandler møder i perioden 30. april 2008 til 6. marts 2010.

Finanstilsynet gennemgik i april 2010 K’s forhandlingsprotokol og skal fremhæve følgende:

- Tilførsler i protokollen er meget kortfattede og afspejler ikke bestyrelsens forhandlinger.
- Det fremgår ikke af referaterne af møderne den 6. marts og 28. august 2009, hvilke bestyrelsesmedlemmer, der var til stede.

- Adskillige referater er ikke underskrevet af de tilstedeværende medlemmer, og eksempelvis er referaterne af møderne den 28. august og 1. december 2009 alene underskrevet af formanden.
- Protokollen har flere blanke sider før tilførsel af efterfølgende referat, og siderne 10, 23 og 24 er blanke.
- Forhandlingsprotokollen er ført med håndskrift. Et telefonmøde afholdt den 29. september 2009 er blot indikeret ved, at kopi af en e-mail med angivelse af mødeindkaldelse samt dagsorden er påhæftet den blanke side 23 i forhandlingsprotokollen tilligemed nogle siders håndskrevne notater. Påhæftning er sket med hæfteklammer.
- Af Finanstilsynets påbud den 1. juli 2009 fremgik, at bestyrelsen mindst en gang årligt skal behandle alle retningslinjer på væsentlige forretningsområder. Bestyrelsesprotokollen har imidlertid ingen tilførsler herom. Ved overbringelsen af redegørelsen oplyste foreningens direktør imidlertid, at der havde været drøftelser herom.

Det er oplyst, at bestyrelsen ultimo marts har valgt en anden referent til udarbejdelse af referater fra bestyrelsesmøder.

Der er ikke en fast procedure med bestyrelsens underskrifter af protokollen, ligesom protokollen ikke dokumenterer, at bestyrelsen har behandlet retningslinjer på alle væsentlige områder.

Af det indleverede materiale fremgår endvidere, at de rederier, som formanden er ejer /medejer af, gentagne gange har haft betydelige præmierestancer til K.

Imidlertid har bestyrelsesprotokollen ingen udtrykkelige tilførsler om bestyrelsesmedlemmers restancer til foreningen, herunder hvilke bestyrelsesmedlemmer, der har restancer, størrelsen heraf samt restanceperioden.

I bestyrelsesprotokollen er i referater af møder den 28. august og 18. december 2009 blot omtalt, at bestyrelsesmedlemmer har restancer til foreningen, og at bestyrelsen er bekendt dermed.

Referatet af generalforsamlingen afholdt den 6. marts 2010, der ligeledes er udarbejdet af formanden, angiver, at der er stram likviditet blandt medlemmerne, og at nogle medlemmer har været i præmierestance det forgangne år. Det er ikke i referatet omtalt, at også bestyrelsesmedlemmer er eller har været i restance.

Finanstilsynet havde allerede i 2005 gjort opmærksom på, at bestyrelsesmedlemmers restancer var at betragte som engagementer og påtalt, at FiL § 78 havde været overtrådt, jf. rapport om Finanstilsynets konklusioner fra inspektionen i 2005 i K, som blev fremsendt til selskabets bestyrelse den 6. december 2005.

3 Retligt grundlag

Det fremgår af Fil § 351, stk. 2, at:

”Finanstilsynet kan påbyde et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed at nedlægge sit hverv inden for en af Finanstilsynet fastsat frist, hvis denne efter § 64, stk. 2, ikke kan bestride stillingen.”

FiL § 64, stk. 2, nr. 3, angiver, at et medlem af bestyrelsen og direktionen skal opfylde følgende:

”3) Må ikke på grund af sin økonomiske situation eller via et selskab, som vedkommende ejer, deltager i driften af eller har en væsentlig indflydelse på, have påført eller påføre den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab.”

Bestemmelsen i FiL § 64, stk. 2, nr. 4, angiver, at et medlem af bestyrelsen og direktionen skal opfylde følgende:

”4) Må ikke have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen eller direktionen udviser eller har udvist en uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor.”

Det fremgår endvidere af FiL § 74, stk. 1, 1. punktum, at:

”§ 74. Bestyrelsesformanden skal sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt, og skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes.”

I FiL § 74, stk. 3, anføres:

”Stk. 3. Over forhandlingerne i bestyrelsen skal der føres protokol, der underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer. Et bestyrelsesmedlem, en direktør, en ekstern revisor, den interne revisionschef, eller den ansvarshavende aktuar, der ikke er enig i bestyrelsens beslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen.”

Endvidere fremgår det af FiL § 78, stk. 1-3 at:

”§ 78. Uden bestyrelsens godkendelse, som skal indføres i bestyrelsens forhandlingsprotokol, må en finansiel virksomhed ikke bevilge engagement til eller modtage sikkerhedsstillelse fra

- 1) bestyrelsesmedlemmer og direktører i den finansielle virksomhed eller*
- 2) virksomheder, hvor den i nr. 1 nævnte personkreds er direktører eller bestyrelsesmedlemmer.*

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte engagementer skal bevilges i henhold til den finansielle virksomheds sædvanlige forretningsbetingelser og på markedsbaserede vilkår. Den finansielle virksomheds eksterne revisor skal i revisionsprotokollatet vedrørende årsrapporten afgive erklæring om, hvorvidt kravene i stk. 1 er opfyldt.

Stk. 3. Direktionen og bestyrelsen skal især overvåge forsvarligheden og forløbet af de i stk. 1 nævnte engagementer.”

Selskabets direktion har på selskabets vegne afgivet hørings svar ved brev af 19. juli 2010 samt ved e-mails af henholdsvis 26. og 28. juli 2010, ligesom bestyrelsesformanden har afgivet hørings svar ved e-mail af 4. august 2010.

Finanstilsynets bemærkninger hertil fremgår af nedenstående.

Hørings svarene indeholder enkelte substantielle bemærkninger, herunder formandens benægtelse af at have hindret, at protokollen kan tjene som bevis for, hvem der har deltaget i bestyrelsesmøderne samt hvad, der er foregået på møderne. Endvidere at bestyrelsen enstemmigt har bevilget formandens firma og andre bestyrelsesmedlemmers firmaer forlængelse af betalingsfrist for indbetaling af præmier.

Såvel selskabet som formanden påpeger, at tilsynets valg af tidspunkt for sagens indbringelse er uheldig for selskabet, dels på grund af almen sommerferie i høringsperioden og dels på grund af selskabets aktuelle og igangværende forretningsmæssige tiltag, som selskabet og formanden mener kan blive berørt af en afgørelse i overensstemmelse med Finanstilsynets indstilling.

Finanstilsynet finder ikke, at hørings svarene indeholder nye oplysninger, der ændrer i sagens fakta, som ligger til grund for Finanstilsynets vurderinger.

4 Vurdering

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K1 ved sin varetagelse af sit hverv som bestyrelsesformand har udvist og udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at formanden ikke vil varetage bestyrelseshvervet på forsvarlig måde.

Finanstilsynet har i sin vurdering navnlig lagt vægt på følgende forhold:

- Bestemmelsen i FiL § 74, stk. 1, indebærer, at der påhviler formanden en pligt til at sørge for, at bestyrelsen holder møde. Der påhviler følgelig formanden en pligt til at sørge for, at bestyrelsen behandler emner, som Finanstilsynet har påbudt bestyrelsen at behandle inden for den af tilsynet givne frist.
- Formanden har ved forsømmelig adfærd hindret, at K's forhandlingsprotokol kan tjene som bevis for hvem, der har deltaget i bestyrelsesmøderne, hvad der er foregået på bestyrelsesmøderne, ligesom det er uvist, hvorvidt alle tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer kan tiltræde formandens tilførsler til forhandlingsprotokollen. Bestemmelsen i FiL § 74, stk. 3, er således ikke efterlevet.
- De manglende protokoltilførsler om formandens præmierestancer til K giver anledning til usikkerhed om, hvorvidt der reelt er tale

om, at formanden har et ikke-bevilget engagement hos K, jf. FiL § 78, stk. 1-3 og § 64, stk. 2, nr. 3.

- På baggrund af revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2009, har Finanstilsynet konstateret, at Finanstilsynets påbud af 1. juni 2009 ikke er blevet efterlevet. Formanden, der har en særlig pligt til at sørge for, at bestyrelsen behandler nødvendige emner på bestyrelsesmøderne har ikke dokumenteret sørget for, at bestyrelsen behandlede retningslinjer på alle vigtige forretningsområder, således som påbudt af Finanstilsynet.

5 Konklusion

På baggrund af foranstående finder Finanstilsynet ikke, at K1 som medlem af bestyrelsen, har udvist eller udviser en adfærd, hvor der er grund til at antage, at han vil varetage hvervet på forsvarlig måde.

Finanstilsynet påbyder derfor K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i K inden 4 uger i henhold til lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 2, nr. 4.

...”

I klageskrivelse af 22. september 2010 har advokat A anført:

”...

Spørgsmålet om protokoltilførsel og opbevaring af protokollen er bragt i orden, idet selskabets revisor efter Finanstilsynets henvendelse har fået til opgave at føre protokollen og idet denne opbevares på selskabets kontor.

Der er ikke tale om, at formanden fortsat har hindret, at forhandlingsprotokollen har kunnet tjene som bevis for dem, der deltog i bestyrelsesmøderne eller for, hvad der er foregået på disse. Formanden har alene opbevaret protokollen, fordi han fandt dette praktisk.

Præmierestancer for rederier, som formanden er medindehaver af, eller som er i management i rederivirksomheder, som formanden har interesser i, er behandlet på bestyrelsesmøder og er således bestyrelsen bekendt. Det har ikke været påkrævet at foretage nedskrivninger eller hensættelser på de engagementer, som har været i restance. Engagementer, der vedrører formanden, er ikke behandlet anderledes end selskabets øvrige engagementer.

Det centrale i Finanstilsynets afgørelse er, at protokollen er utilstrækkeligt ført, men netop dette forhold er der rettet op på. Der er ikke i øvrigt fra Finanstilsynets side påvist forhold, der kan medføre, at formanden bør nedlægge sit hverv.

...”

I skrivelse af 13. oktober 2010 har advokat A uddybet klagen:

”Som supplement til mit brev af 22. september 2010 skal jeg anføre, at K har en meget lille bestyrelse og at det traditionelt har været således, at det yngste medlem af bestyrelsen skulle føre protokollen. Det er vanskeligt for formanden at føre protokol samtidig med, at han skal lede møderne. På grund af vanskeligheder med at få de øvrige bestyrelsesmedlemmer til at føre protokol har formanden gjort det ved at indføje hovedpunkter i protokollen med henblik på efterfølgende at færdiggøre protokollatet. Under disse omstændigheder er protokollen blevet kortfattet, men indeholder dog oplysning om, hvad der er foregået på bestyrelsesmøderne.

Påbuddet, der er modtaget af Finanstilsynet om at redegøre for ”de 14 punkter” er sket ved, at man i bestyrelsen har bemærket, at punkterne har været gennemgået, men ikke ud for hvert enkelt punkt har anført, hvad bestyrelsen har besluttet. Det er blot anført, at punkterne er overholdt.

Protokollen har på intet tidspunkt været skjult for bestyrelsen, men har med henblik på ajourføring været i besiddelse hos formanden eller det medlem, der konkret har påtaget sig at protokollere. I en kort periode har protokollen således ikke været på selskabets kontor og således ikke på det tidspunkt, hvor der blev foretaget en uanmeldt revision af Finanstilsynet.

Spørgsmålet om protokoltilførsel er, idet bestyrelsen har taget Finanstilsynets kritik til efterretning, løst ved antagelse af en ekstern protokolfører, nemlig revisor B ... og herefter har der ikke været problemer med protokoltilførslerne.

Protokollerne blev underskrevet straks eller på det næstfølgende bestyrelsesmøde.

Alle præmierestancer er blevet behandlet på bestyrelsesmøderne. Bestyrelsen har således fået fuld oplysning om, i hvilket omfang de rederier, som de enkelte medlemmer repræsenterer, har været i restance. Der er ikke ydet henstand med præmiebetaling, medmindre der har foreligget en fuldgod bankgaranti fra et lokalt pengeinstitut eller fra C [kreditfond], hvilket er baggrunden for, at såvel bestyrelse som direktion har accepteret præmierestancer.

Skulle Erhvervsankenævnet finde, at K1 ikke på fuld tilstrækkelig måde har varetaget sin funktion som formand, bør dette ikke medføre, at han skal udtræde af bestyrelsen, men alene at der skal vælges en anden formand.

K ønsker, hvis det er muligt, at få foretræde for Erhvervsankenævnets medlemmer for på et møde at besvare eventuelle uddybende spørgsmål og for at Erhvervsankenævnet kan få et indtryk af, at bestyrelsen fuldt ud er ansvarsbevidst og at bestyrelsen og dennes formand varetager K's interesser på forsvarlig måde.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 15. november 2010 udtalt:

”
...

1. Sagsfremstilling

Reder K1 (herefter: formanden) tiltrådte som næstformand for bestyrelsen for K GS (herefter: K) i april 1998, og i marts 2003 tiltrådte han som bestyrelsesformand.

Finanstilsynet gennemførte i oktober 2005 en ordinær undersøgelse i K med afsluttende møde med deltagelse af bestyrelse, direktion og revision den 1. december 2005. I forbindelse med Finanstilsynets undersøgelse af K gav Finanstilsynet følgende påbud og påtaler:

1. Vedtægternes bestemmelse om placering af selskabets midler er ikke afgrænset tilstrækkeligt.
Påbud om at selskabets retningslinjer skal fastlægges i overensstemmelse med lov om finansiel virksomhed (herefter: FiL) § 70.
2. Vedtægterne anfører, at direktør vælges af bestyrelse og suppleanter, samt at besigtigelsesmanden vælges af bestyrelse og suppleanter. Suppleanter er ikke medlem af bestyrelsen. Besigtigelsesmanden anvendes ikke.
Påbud om at vedtægterne skal bringes i overensstemmelse med FiL § 71, således at alene bestyrelsen vælger direktionen.
3. Forretningsordenens punkt 8.18: Selskabet kan fravige koncessionen.
Påbud om at bringe forretningsordenen overensstemmelse med tilladelsen, jf. FiL § 11.
4. Protokollen gengiver ikke bestyrelsens behandling af kapitaltilstrækkelighed og risikoprofil, årlige behandling af retningslinjer for fondsforvaltning og reassurandørers security.
Påbud om at protokollen skal føres i overensstemmelse med FiL § 74, stk. 3, og § 70.
5. Selskabet har ydet lån til direktøren. Protokollen gengiver ikke bestyrelsens godkendelse.
Påbud om at bestyrelsesprotokollen skal gengive bestyrelsens godkendelse af bevilgede engagementer med bestyrelsesmedlemmer og direktører, jf. FiL § 78.
6. Selskabet forsikrer skibe i bl.a. Norge, Tyskland, Sverige og England uden at have tilladelse til grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed.
Påbud om at selskabet skal ansøge om tilladelse hertil, jf. FiL § 39.
7. Retningslinjerne for reassurandører mangler kreditvurderingskrav.
Påbud om at bestyrelsen skal fastsætte sådanne retningslinjer, jf. FiL § 70.
8. Registrerede aktiver. Selskabet skal udarbejde en forretningsgang for registrerede aktiver, der sikrer opgørelse over samtlige registrerede aktiver i løbet 24 timer, jf. § 4, stk. 2, i bek. nr. 1123 af 13.12.2003 om registrering af aktiver forsikringsselskaber m.v.
Påbud om at opfylde dette krav.
9. Selskabet har ikke en bestyrelsesgodkendt IT-beredskabsplan.

Påbud om en bestyrelsesgodkendt IT-beredskabsplan, jf. FiL § 71, stk. 1, nr. 4.

10. Vedtægternes § 15 indeholder bestemmelse om bestyrelsesmedlemmers restancer og evt. idømmelse af multt. Af revisionsprotokollat af 3. december 2004 fremgår, at bestyrelsesmedlemmer har været i restance, og det blev oplyst at forholdet var bragt i orden. FT oplyste at bestyrelsens restancer er at opfatte som engagementer omfattet af FiL § 78.

Påtale om overtrædelse af FiL § 78 og selskabets egne vedtægter.

Se hertil *Rapport om Finanstilsynets konklusioner fra inspektionen i 2005 i K ...* samt plancher fra afsluttende møde den 1. december 2005 ...

Disse forhold blev efterfølgende bragt i orden, således at den eksterne revision i sit revisionsprotokollat for årsrapport 2006 ikke fandt anledning til bemærkninger til ovenstående.

Derimod konstaterede revisionen ... i revisionsprotokollen for 2006 ..., at der ikke er tilstrækkelige registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser.

Finanstilsynet rettede henvendelse til selskabet den 12. april 2007 og anførte følgende ...

"Finanstilsynet har gennemgået revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2006 og konstaterer, at revisionen oplyser i afsnit 2.1.2, side 132:

"For så vidt angår de registrerede aktiver er der pr. 15/1 2007 ikke tilstrækkelige registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser."

Revisionsprotokollen er behandlet af bestyrelsen på sit møde den 26. januar 2007.

I bekendtgørelse nr. 835 af 21. juli 2006, om registrering af aktiver er der fastsat nærmere regler for registerets indretning og førelse.

Det fremgår af § 1, stk. 3 i denne bekendtgørelse, at registerets aktiver til enhver tid mindst skal modsvare værdien af de forsikringsmæssige hensættelser. § 5, stk. 3 fastslår, at de af bestyrelsen udarbejdede retningslinier skal angive, hvem der er ansvarlig for registeret, samt hvem, der er ansvarlig for at kontrollere det. § 6 omhandler forretningsgangen for registerets daglige ajourføring.

Finanstilsynet skal henlede ledelsens opmærksomhed på bekendtgørelsens § 10.

Af selskabets brev af 28. november 2006 vedrørende registrets førelse fremgår det:

".....løbende udarbejdelse af registrerede aktiver, som indeholder dels 14. dages kontrol, og dels agerren ved store akutte opståede havarier."

Konklusion

På baggrund af ovenstående er Finanstilsynet i tvivl om, hvorvidt selskabet har overholdt sine egne retningslinier om 14 dages kontrol, idet registeret overholdte lovens bestemmelser den 31. december 2006, men ikke 15 dage senere den 15. januar 2007.

Redegørelse

På denne baggrund skal Finanstilsynet anmode om en redegørelse for

- årsagen til den manglende overholdelse af § 1, stk. 3 i bekendtgørelse om registrerede aktiver,
- årsagen til overtrædelse af selskabets egne retningslinier,
- hvad selskabet har foretaget sig for at rette op på såvel størrelsen af de registrerede aktiver, så de mindst svarer til de forsikringsmæssige hensættelser, som på overholdelse af retningslinierne..

Redegørelsen skal være Finanstilsynet i hænde senest mandag den 23. april 2007."

Af selskabets svar ... fremgår, at hændelsen var et enkeltstående tilfælde, men at det ville kunne opstå igen, hvorfor selskabet vil tage de nødvendige skridt til at rette op på forholdet.

Imidlertid fremgår samme problemstilling i revisionsprotokollen for 2007 ... :

"Dokumentation for erstatningshensættelserne. I forbindelse med ledelsens skøn ved vurdering af erstatningshensættelser på de enkelte skader, foreligger der efter vores opfattelse ikke i alle tilfælde tilstrækkelig dokumentation for de foretagne skøn."

"Utilstrækkelige registrerede aktiver. Der har i løbet af året været utilstrækkelige registrerede aktiver."

Ligesom revisionsprotokollen for 2008 i ... igen indeholder følgende:

"Utilstrækkelige registrerede aktiver. Der har først på året været utilstrækkelige registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser."

Disse forhold blev begge efterfølgende bragt i orden via Finanstilsynets henvendelse.

I forbindelse med Finanstilsynets ordinære undersøgelse i K i 2009 har Finanstilsynet ved afrapporteringen den 2. juli 2009 ... påbudt bestyrelsen mindst en gang årligt at behandle retningslinjer på alle forretnings-

områder, hvilken behandling skal fremgå af bestyrelsesprotokollen. Finanstilsynet anførte således:

”Styring og kontrol

Bemærkninger til bestyrelsesprotokollen

- *Selskabets protokol behandler ikke alle dets retningslinier, ligesom spekulationsreglerne ikke er omtalt, revisionsprotokollen fremlægges ikke på hvert møde, og ikke alle mødereferater er underskrevet af alle tilstedeværende. Finanstilsynet har ved undersøgelsen udleveret en oversigt, der angiver de væsentligste områder, som bestyrelsen skal behandle mindst en gang årligt (tjekskema for gennemgang af bestyrelsesprotokol)*
- *Finanstilsynet og direktionen har gennemgået kravene til retningslinierne.*

Påbud:

- *Bestyrelsen skal minimum 1 gang årligt behandle emner på alle forretningsområder, jf. FiL §§ 70, 71, 77, 128, 159-164 samt tilhørende vejledninger, samt drage omsorg for, at behandlingen af disse emner fremgår af bestyrelsesprotokollen.*

Opfølgning:

- *Revisor skal i revisionsprotokollatet for årsregnskabet 2009 redegøre for overholdelsen af ovenstående påbud.”*

K1 har som bestyrelsesformand ført bestyrelsens forhandlingsprotokol.

Det har ikke været muligt for revisor at forklare, hvorvidt tilsynets ovenstående påbud er opfyldt, idet revisor ikke har kunnet få adgang til bestyrelsesprotokollen, der befandt sig hos formanden privat. Revisor har følt sig foranlediget til at fremdrage bl.a. følgende forhold, som er anført i revisionsprotokollatet af 19/2 2010 til årsrapporten for 2009, s. ... :

”Bestyrelsens forhandlingsprotokol - referater af bestyrelsesmøderne. *Som vi anførte i vort protokollat af 4/1 2010 konstaterede vi ved vort uanmeldte eftersyn den 14/12 2009, at bestyrelsens forhandlingsprotokol ikke var ajourført. Vi gjorde opmærksom på bestyrelsens pligter til at føre forhandlingsprotokol, jf. FIL § 74, stk. 3. Ved revisionen af årsregnskabet må vi konstatere at forhandlingsprotokollen ikke forefindes på foreningens kontor og formentlig stadigvæk ikke er ajourført. Vi skal udtale os om påbud fra Finanstilsynet med hensyn til bestyrelsens behandling af emner på alle forretningsområder, jf. FIL §§ 70, 71, 77, 128, 159-164. Dette er ikke muligt grundet manglende referater af relevante bestyrelsesmøder. Vi henstiller, at bestyrelsen straks får ajourført forhandlingsprotokollen.”*

Revisor har endvidere i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2009, s. ... anført:

”Bestyrelsesmedlemmers restancer. Med baggrund i konstaterede restancer hos bestyrelsesmedlemmer, gør vi opmærksom på, at et bestyrelsesmedlems restancer eller anden forfalden gæld til selskabet kan være omfattet af FIL § 64, stk. 2 nr. 3, hvorefter hvervet som bestyrelsesmedlem ikke kan bestrides, såfremt den pågældendes økonomiske situation eller selskaber, den pågældende ejer, eller hvori den pågældende deltager i driften, har påført den finansielle virksomhed tab eller risiko for tab. Vi benytter samtidig lejligheden til at gøre opmærksom på, at bevilges et bestyrelsesmedlem eksempelvis ekstraordinære acontoubetalinger på erstatningssager, skal disse udbetalinger følge sædvanlige forretningsbetingelser og være på markedsbaserede vilkår og i øvrigt indføres i bestyrelsens forhandlingsprotokol, jf. FiL § 78, såfremt de antager karakter af udlån.”

Udover ovenstående forhold fremhæver revisor yderligere følgende særlige forhold:

”Tilgodehavender hos forsikringstagere – restancer præmier mv. ultimo regnskabsåret. Der har i årets løb været betydelige restancer på forsikringstagernes præmiebetalinger. I forbindelse med aflæggelsen af årsregnskabet for 2009 indgår der i regnskabet et tilgodehavende hos forsikringstagere på t. kr. 910, heraf udgør præmierestancer t. kr. 841. Under hensyntagen til den usikkerhed, der er omkring en række forsikringstagere/rederes økonomi, er der i regnskabet hensat t. kr. 750 til imødegåelse af tab på disse restancer mv. Se specifikationer mv. nedenfor side 173.”

”Erstatningshensættelser – sagsstyring. Det er vor opfattelse, at dokumentationen for erstatningshensættelserne og visse tilfælde acontoubetalinger (jf. foran) for store og mindre skibe i mange tilfælde er sparsomme, og at opfølgningen i årets løb på hensættelserne ikke foretages systematisk, veldokumenteret og med faste intervaller (f.eks. månedsvis). Det er vor opfattelse, at forretningsgangen på området bør strammes op.”

Det bemærkes, at alene formanden og direktør D har underskrevet revisionsprotokollatet.

Efter at have modtaget revisionsprotokollen for 2009 skrev Finanstilsynet den 16. marts 2010 til K ... I brevet udbad Finanstilsynet sig en redegørelse for en række forhold og sluttede brevet således:

”Efter modtagelse af K’s redegørelse og dokumentation vil Finanstilsynets videre overvejelser ske med baggrund i lov om finansiel virksomhed (FIL), herunder særligt bestemmelserne i FIL:

- § 70 om bestyrelsens behandling af retningslinjer for væsentlige aktivitetsområder,
- § 71 om god administrativ praksis, skriftlige forretningsgange, procedurer til adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter, ef-

fektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici virksomheden er eller kan blive udsat for,

- *§ 74, stk. 3 om føring af bestyrelsesprotokol, der skal give de førte forhandlinger,*
- *§ 78 om engagementer og bestyrelsens forudgående godkendelse heraf, som skal fremgå af bestyrelsesprotokollen, og*
- *§ 250, stk. 1 om selskabets forpligtelse til at hensætte tilstrækkelige beløb til dækning af de forsikringsmæssige forpligtelser.*

Bestemmelsen i FIL § 64, stk. 3, om bestyrelsens og direktionens pligt til at give oplysninger om forhold, som nævnt i samme bestemmelse stk. 2, nr. 3 og 4, vil ligeledes indgå i Finanstilsynets videre overvejelser.”

K overbragte herefter den 30. marts 2010 foreningens redegørelse (dateret den 29. marts 2010) ... og udleverede samtidig bestyrelsesprotokollen til Finanstilsynet.

Forhandlingsprotokollen, som formanden har ført fra siderne 1 til og med 31, omhandler møder i perioden 30. april 2008 til 6. marts 2010.

Finanstilsynet gennemgik i april 2010 K's forhandlingsprotokol og skal fremhæve følgende:

- Tilførsler i protokollen er meget kortfattede og afspejler ikke bestyrelsens forhandlinger.
- Det fremgår ikke af referaterne af møderne den 6. marts og 28. august 2009, hvilke bestyrelsesmedlemmer, der var til stede.
- Adskillige referater er ikke underskrevet af de tilstedeværende medlemmer, og eksempelvis er referaterne af møderne den 28. august og 1. december 2009 alene underskrevet af formanden.
- Protokollen har flere blanke sider før tilførsel af efterfølgende referat, og siderne 10, 23 og 24 er blanke.
- Forhandlingsprotokollen er ført med håndskrift. Et telefonmøde afholdt den 29. september 2009 er blot indikeret ved, at kopi af en e-mail med angivelse af mødeindkaldelse samt dagsorden er påhæftet den blanke side 23 i forhandlingsprotokollen tilligemed nogle siders håndskrevne notater. Påhæftning er sket med hæfteklammer.
- Af Finanstilsynets påbud den 1. juli 2009 fremgik, at bestyrelsen mindst en gang årligt skal behandle alle retningslinjer på væsentlige forretningsområder. Bestyrelsesprotokollen har imidlertid ingen tilførsler herom. Ved overbringelsen af redegørelsen oplyste foreningens direktør imidlertid, at der havde været drøftelser herom.

Det er oplyst, at bestyrelsen ultimo marts har valgt en anden referent til udarbejdelse af referater fra bestyrelsesmøder.

Der er ikke en fast procedure med bestyrelsens underskrifter af protokollen, ligesom protokollen ikke dokumenterer, at bestyrelsen har behandlet retningslinjer på alle væsentlige områder.

Af det indleverede materiale fremgår endvidere, at de rederier, som formanden er ejer/medejer af, gentagne gange har haft betydelige præmierestancer til K.

Imidlertid har bestyrelsesprotokollen ingen udtrykkelige tilførsler om bestyrelsesmedlemmers restancer til foreningen, herunder hvilke bestyrelsesmedlemmer, der har restancer, størrelsen heraf samt restanceperioden.

I bestyrelsesprotokollen er i referater af møder den 28. august og 18. december 2009 blot omtalt, at bestyrelsesmedlemmer har restancer til foreningen, og at bestyrelsen er bekendt dermed.

Referatet af generalforsamlingen afholdt den 6. marts 2010, der ligeledes er udarbejdet af formanden, angiver, at der er stram likviditet blandt medlemmerne, og at nogle medlemmer har været i præmierestance det forgangne år. Det er ikke i referatet omtalt, at også bestyrelsesmedlemmer er eller har været i restance.

Finanstilsynet havde allerede i 2005 gjort opmærksom på, at bestyrelsesmedlemmers restancer var at betragte som engagementer og påtalt, at FiL § 78 havde været overtrådt, jf. rapport om Finanstilsynets konklusioner fra inspektionen i 2005 i K, som blev fremsendt til selskabets bestyrelse den 6. december 2005.

På baggrund af de her gennemgåede forhold, besluttede Finanstilsynet at foretage en vurdering af, om formanden fortsat opfyldte kravene i § 64 om egnet- og hæderlighed.

Finanstilsynet sendte udkast til afgørelse frem til formanden den 14. juli 2010 med frist for høringssvar den 4. august 2010.

Direktøren svarede herpå ved brev af 19. juli 2010 (bilag 12) og mail af 26. juli 2010 (bilag 13). Formanden svarede med e-mail den 4. august 2010 (bilag 14).

Den 26. august 2010 træffer Det Finansielle Virksomhedsråd følgende afgørelse i sagen:

”På baggrund af foranstående finder Finanstilsynet ikke, at K1 som medlem af bestyrelsen, har udvist eller udviser en adfærd, hvor der er grund til at antage, at han vil varetage hvervet på forsvarlig måde.

Finanstilsynet påbyder derfor K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i K inden 4 uger i henhold til lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 2, nr. 4.”

Afgørelsen fremsendes til selskabets direktion, bestyrelse og formanden personligt den 30. august 2010 ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

De centrale bestemmelser i Finanstilsynets afgørelse er FiL § 64, der fastlægger egnets- og hæderlighedskravene til medlemmer af bestyrelsen og direktionen i en finansiel virksomhed, samt FiL § 351 der fastlægger Finanstilsynets mulighed for at afsætte en direktør eller gribe ind over for et bestyrelsesmedlem, der ikke opfylder kravene i § 64.

...

Bestemmelsen blev nyaffattet lov nr. 579 af 1. juni 2010, hvorved de eksisterende krav blev præciseret. Blandt andet blev 2. pkt. i stk. 2, nr. 4, indsat. Ændringen trådte i kraft 1. juli 2010. Af bemærkningerne til bestemmelsen i lov nr. 579 fremgår bl.a. følgende:

”I nr. 4 foreslås det, at Finanstilsynet får beføjelse til at kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen eller direktionen, dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. [...]

Finanstilsynet skal endvidere løbende vurdere, om ledelsen af en finansiel virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske.

De finansielle virksomheder, som er kollapsede under den nuværende finansielle krise, har generelt været karakteriseret ved, at virksomhederne havde anlagt en meget ekspansiv og risikopræget strategi, og at ledelsen ikke havde sikret sig, at der var effektive og tilstrækkelige kontrolprocedurer til at styre virksomhedens risici. Det er hensigten med den nye affattelse af stk. 2, nr. 4, at sikre, at Finanstilsynet, hvis det i forbindelse med dets inspektioner bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde, skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedens ledelse lever op til kravet i bestemmelsen. Det er ligeledes hensigten, at der fremover er mulighed for at tillægge hensynet til tilliden til den finansielle sektor og dermed hensynet til at bevare den finansielle stabilitet, større betydning, når det skal vurderes om et indgreb overfor et siddende ledelsesmedlem er proportionalt i forhold til de forsømmelser, vedkommende har udvist.

Som noget nyt fremgår det eksplicit, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af et ledelsesmedlems adfærd. Det præciseres hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderin-

gen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. En tillid som fordrer, at det ledelsesmæssige råderum er mere snævert for f.eks. en direktør i et pengeinstitut eller bestyrelsesformanden i et forsikringsselskab, end for personer, som leder virksomheder i andre brancher.

Det har hidtil været således, at man har benyttet den samme proportionalitetsvurdering i forbindelse med indgreb efter reglerne om egnethed og hæderlighed i den finansielle lovgivning, som den, der benyttes efter straffelovens § 78, stk. 2, om personer som udøver virksomhed, hvortil der kræves en særlig offentlig autorisation eller godkendelse.

Benyttes denne vurdering, indebærer det imidlertid, at det i praksis er stort set umuligt at gribe ind over for ledelsesmedlemmer, som har vist sig uegnede til at stå i spidsen for en finansiel virksomhed, men som ikke kan fjernes med henvisning til de mere objektivt konstaterbare kriterier i § 64, stk. 1, nr. 1 -3. Tilsidesættelse af det mere skønsprægede krav i § 64, stk. 2, nr. 4, vil som oftest ikke være proportionale efter den nuværende proportionalitetsvurdering i henhold til straffelovens § 79 om rettighedsfrakendelse. Det har hidtil været vurderingen, at der skal være helt klare tegn på, at virksomheden havde lidt skade eller at dette ville ske umiddelbart efter. Derimod ville et indgreb mod et ledelsesmedlem, hvis handlinger endnu ikke havde manifesteret sig i økonomiske vanskeligheder ikke kunne anses for proportionalt.

Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Hertil kommer, at da ledesssvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiel virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og det omgivende samfunds tillid til sektoren, vil ledesssvigt i selv små finansielle virksomheder kunne have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledesssvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.”

Den tidligere formulering af bestemmelsen samt bemærkningerne hertil er til orientering vedlagt ...

Det fremgår af Fil § 351, stk. 2 og 4-7, at:

...

Af bemærkninger til bestemmelsen (lovforslag nr. 102 af 12. marts 2008) fremgår bl.a. følgende:

Finanstilsynet er efter en række EU-direktiver og standarder forpligtet til løbende at påse, at medlemmer af finansielle virksomheders direktion og bestyrelse lever op til krav om egnethed og hæderlighed. Finanstilsynet er ligeledes forpligtet til at have passende midler til at sikre, at disse krav overholdes. [...]

Finanstilsynet får endvidere mulighed for at gribe ind direkte over for bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder, som ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed, ved at påbyde vedkommende at nedlægge sit hverv. Dette vil være mindre indgribende over for virksomheden og dens fortsatte drift end at inddrage virksomhedens tilladelse. Efterlever bestyrelsesmedlemmet ikke et påbud udstedt af Finanstilsynet, kan vedkommende straffes med bøde, jf. § 373, stk. 3, 3. pkt., jf. lovforslagets § 1, nr. 37.

Det er forventningen, at den finansielle virksomhed selv griber ind over for den direktør eller det bestyrelsesmedlem, der ikke længere viser sig at være egnet og hæderlig til at bestride stillingen eller hvervet. Finanstilsynets indgrebsmuligheder skal derfor alene anvendes i de ganske særlige tilfælde, hvor den finansielle virksomhed mod forventning ikke selv har afsat pågældende direktør eller bestyrelsesmedlem.

Inden Finanstilsynet påbyder en virksomhed at afsætte en direktør eller et bestyrelsesmedlem at nedlægge sit hverv, skal der i henhold til reglerne i forvaltningsloven foretages en partshøring af den finansielle virksomhed og af den, som påbuddet retter sig mod. I denne fase vil bestyrelsen have mulighed for af egen drift at afsætte en direktør. Forinden Finanstilsynet træffer afgørelse i sagen om påbuddet, forelægges spørgsmålet for Det Finansielle Virksomhedsråd, som i medfør af § 345, stk. 2, nr. 1, træffer afgørelser i tilsynssager af principiel karakter. [...]

Foruden de [...] nævnte sanktionsmuligheder foreslås det i stk. 7, at Finanstilsynet fortsat får mulighed for at inddrage en finansiell virksomheds tilladelse, hvis den ikke efterkommer et påbud om at afsætte en direktør. Endvidere vil Finanstilsynet fortsat have mulighed for at inddrage virksomhedens tilladelse, hvis et bestyrelsesmedlem ikke efterkommer et af Finanstilsynet udstedt påbud. Baggrunden for at bevare denne indgrebsmulighed er, at tilsynsmyndigheden ifølge bl.a. kreditinstitutdirektivet skal have kompetence til at inddrage en virksomheds tilladelse, hvis ét eller flere ledelsesmedlemmer ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed.

Der findes kun i begrænset omfang relevant offentliggjort praksis om vurderingen i FiL § 64. Som eksempel kan dog nævnes Erhvervsankenævnets kendelse af 1. oktober 2002 (sag 01-217.929). Finanstilsynet vurderede i denne sag, at en tidligere direktør i forsikringsselskab i dette selskab havde udvist ledelsesmæssige svigt, at han ikke opfyldte kravene til egnet- og hæderlighed i bank- og sparekasselovens § 9a, stk. 1, nr. 3, (nu FiL § 64, stk. 2, nr. 4), og dermed ikke kunne godkendes som direktør i et nyt forsikringsselskab. Den pågældende person ansøgte herefter om at blive godkendt som ejer af en kvalificeret andel i selskabet. Finanstilsynet afslog at give denne godkendelse, under hensyn til den udviste adfærd og egnet- og hæderlighedsvurderingen, som indgik i vurderingen af, om vedkommende kunne godkendes som kvalificeret andel.

Erhvervsankenævnet fandt i nævnets afgørelse ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som tilsynet havde udøvet, hvorfor tilsynets afgørelse blev stadfæstet.

Supplerende bestemmelser

Af lov om finansiel virksomhed § 74, stk. 1, 1. pkt., og stk. 3 fremgår følgende:

”§ 74. Bestyrelsesformanden skal sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt, og skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes.

[...]

Stk. 3. Over forhandlingerne i bestyrelsen skal der føres protokol, der underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer. Et bestyrelsesmedlem, en direktør, en ekstern revisor, den interne revisionschef, eller den ansvarshavende aktuar, der ikke er enig i bestyrelsens beslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen.”

Det følger af bemærkningerne til § 74, stk. 3, at bestemmelsen svarer til aktieselskabslovens § 56, stk. 3. Denne bestemmelse er videreført i selskabslovens § 128. Af bemærkningerne hertil fremgår bl.a. følgende:

”Af hensyn til senere mulighed for dokumentation og eventuelt placering af ansvar skal protokollen være en forhandlingsprotokol og ikke kun en beslutningsprotokol. Desuden skal det bagefter være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted.”

Endvidere fremgår følgende af § 78, stk. 1-3, i lov om finansiel virksomhed:

”§ 78. Uden bestyrelsens godkendelse, som skal indføres i bestyrelsens forhandlingsprotokol, må en finansiel virksomhed ikke bevilge engagement til eller modtage sikkerhedsstillelse fra

- 1) bestyrelsesmedlemmer og direktører i den finansielle virksomhed eller
- 2) virksomheder, hvor den i nr. 1 nævnte personkreds er direktører eller bestyrelsesmedlemmer.

Stk. 2. De i stk. 1 nævnte engagementer skal bevilges i henhold til den finansielle virksomheds sædvanlige forretningsbetingelser og på markedsbaserede vilkår. Den finansielle virksomheds eksterne revisor skal i revisionsprotokollatet vedrørende årsrapporten afgive erklæring om, hvorvidt kravene i stk. 1 er opfyldt.

Stk. 3. Direktionen og bestyrelsen skal især overvåge forsvarligheden og forløbet af de i stk. 1 nævnte engagementer.”

3. Finanstilsynets vurdering

Det er Finanstilsynets opfattelse, at formanden ved sin varetagelse af sit hverv som bestyrelsesformand har udvist og udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at formanden ikke vil varetage bestyrelseshvervet på forsvarlig måde, jf. FiL § 64, stk. 2, nr. 4.

Afgørelsen er baseret på en samlet vurdering af bestyrelsens og formandens arbejde og de ledelsessvigt, der har været i den forbindelse. Dette er bl.a. kommet til udtryk ved Finanstilsynet inspektion i 2005, i revisionsprotokollatet for 2006, 2007, 2008 og 2009, ved Finanstilsynets ordinære undersøgelse i 2009 og ved Finanstilsynets gennemgang af bestyrelsesprotokollatet. Disse forhold er beskrevet ovenfor under sagsfremstillingen.

Afgørelsen skal ses i lyset af lovbemærkningerne til bestemmelsen, hvor det bl.a. fremgår, at ledelsessvigt i en enkelt finansiell virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og tilliden til sektoren, og ledelsessvigt i selv små finansielle virksomheder kan have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledelsessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.

Finanstilsynet har i sin vurdering navnlig lagt vægt på følgende forhold:

Bestyrelsesmøder:

Bestemmelsen i FiL § 74, stk. 1, indebærer, at der påhviler formanden en pligt til at sørge for, at bestyrelsen holder møde. Der påhviler følgelig formanden en pligt til at sørge for, at bestyrelsen behandler emner, som Finanstilsynet har påbudt bestyrelsen at behandle inden for den af tilsynet givne frist. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollatet, at der er foretaget en tilstrækkelig behandling af påbudte emner.

Bestyrelsesprotokollat:

Formanden har ved forsømmelig adfærd hindret, at K's forhandlingsprotokol kan tjene som bevis for hvem, der har deltaget i bestyrelsesmøderne, og hvad der er foregået på bestyrelsesmøderne. Således fremgår det bl.a. ikke af alle møder, hvem der har deltaget, ligesom tilførslerne i protokollen er for kortfattede og ikke afspejler bestyrelsens forhandlinger. Da ikke alle referaterne er underskrevet af de tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer, er det uvist, hvorvidt alle tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer kan tiltræde formandens tilførsler til forhandlingsprotokollen.

Advokat A har ved supplerende brev af 13. oktober 2010 til Erhvervsankenævnet anført i forhold til et påbud fra Finanstilsynet, at

”man i bestyrelsen har bemærket, at punkterne har være gennemgået, men ikke ud for hvert enkelt punkt har anført, hvad bestyrelsen har besluttet. Det er blot anført, at punkterne er overholdt.”

Denne protokolførelse skal ses i lyset af lovbemærkningernes angivelse af, at protokollen skal være en forhandlingsprotokol og ikke kun en beslutningsprotokol af hensyn til senere mulighed for dokumentation og eventuelt placering af ansvar. Desuden skal det bagefter være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted.

Bestemmelsen i FiL § 74, stk. 3, er således ikke efterlevet.

Advokat A har endvidere anført, at det traditionelt har været yngste medlem af bestyrelsen, der førte protokollen, samt at det er vanskeligt for formanden at føre protokol samtidig med, at han skal lede møderne. Det fremgår videre, at på grund af vanskeligheder med at få de øvrige bestyrelsesmedlemmer til at føre protokol har formanden selv gjort det ved at indføre hovedpunkter og færdiggøre senere.

Dette bør efter Finanstilsynets opfattelse så meget desto mere have ført til, at formanden på et langt tidligere tidspunkt foranledigede, at der blev antaget en egentlig protokolfører. Det skete først efter Finanstilsynets henvendelse i foråret 2010.

Formandens restancer:

De manglende protokoltilførsler om formandens præmierestancer til K giver anledning til usikkerhed om, hvorvidt der reelt er tale om, at formanden har et ikke-bevilget engagement hos K, jf. FiL § 78, stk. 1-3 og § 64, stk. 2, nr. 3.

Bestyrelsesmedlemmers restancer:

Formanden har ikke sørget for tilstrækkelig behandling af bestyrelsesmedlemmers engagementer, herunder at disse er behandlet på markedsmæssige vilkår, bl.a. ved restancer og ekstraordinære acontoubetalinger på erstatningssager, jf. Fil § 78.

Registrerede aktiver:

Formanden har ved forsømmelig adfærd ikke sørget for behandling af, at der var retningslinjer, der i tilstrækkelig omfang sikrede, at der til enhver tid var tilstrækkelig registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser, og at disse retningslinjer blev overholdt. Dette på trods af, at revisor havde konstateret forholdet i både 2006, 2007 og 2008, og Finanstilsynet udbad sig forklaringer herpå.

Efterlevelse af påbud:

På baggrund af revisors bemærkninger i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2009, har Finanstilsynet konstateret, at Finanstilsynets påbud af 1. juni 2009 ikke er blevet efterlevet. Formanden, der har en særlig pligt til at sørge for, at bestyrelsen behandler nødvendige emner på be-

styrelsmøderne og har ikke sørget for, at bestyrelsen behandlede retningslinjer på alle vigtige forretningsområder, således som påbudt af Finanstilsynet.

...

Advokat A har anført, at såfremt Erhvervsankenævnet opretholder Finanstilsynets afgørelse, bør dette alene medføre, at formanden skal træde af som formand, men at han fortsat kan opretholde sin plads i bestyrelsen.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at Finanstilsynet fastholder sin afgørelse om, at formanden ikke opfylder kravet i § 64, stk. 2, nr. 4, hverken som formand eller medlem af bestyrelsen.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at formanden ved sin varetagelse af sit hverv som bestyrelsesformand har udvist og udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at formanden ikke vil varetage bestyrelseshvervet på forsvarlig måde, jf. FiL § 64, stk. 2, nr. 4.

...”

Ved skrivelse af 8. december 2010 har advokat A bemærket:

” ...

Det følger af Finanstilsynets redegørelse, at de forhold, som man har omtalt under punktet Sagsfremstilling 1. -10. alle er efterlevet.

De i bilag 3 – 7 nævnte forhold er ifølge sagsfremstillingen, side 4 næstsidste afsnit, bragt i orden. Vedrørende protokolførelse henvises til, at der er antaget en ekstern referent.

Tilbage står alene spørgsmålet om vilkår for præmierestancer for rederier, som formanden og bestyrelsesmedlemmerne er knyttet til, og spørgsmålet om formanden ved forsømmelig adfærd ikke har sørget for behandling af, at der var retningslinjer, der i tilstrækkeligt omfang sikrer, at der til enhver tid var tilstrækkeligt registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser, og at disse retningslinjer blev overholdt.

Det fremgår af K's vedtægter § 4, at der ved præmierestance skal betales gældende bankrente. Restancer for de rederier, som har repræsenteret formand eller bestyrelsesmedlemmer, er behandlet på møderne. Vilkårene for restancer er forretningsmæssige i den forstand, at vedtægternes § 4 er overholdt. Der har som tidligere anført været fuldgod bankgaranti for betaling af præmie.

For så vidt angår spørgsmålet, om der har været tilstrækkeligt registrerede aktiver til dækning af de forsikringsmæssige hensættelser, henvises til direktør D's redegørelse af 20.4.2007, ..., og til at forholdene *er* drøftet på bestyrelsesmøderne.

Formanden for K, K1, har ført protokollen i den bedste mening og efter hans opfattelse i nødvendigt omfang. K har ikke været i risiko med restancer for rederier, hvori formanden har haft interesse, idet der har væ-

ret fuldgod bankgaranti for disse. Henstand er ydet på forretningsmæssige vilkår i overensstemmelse med vedtægternes § 4. De påbud, der er meddelt af Finanstilsynet, har man efter sin egen opfattelse efterlevet. Efter den fornyede kritik og påbud er der strammet yderligere op på disse punkter.

Efter K's opfattelse var der således ikke grundlag for at anmode K1 om at fratræde som formand for bestyrelsen. Imidlertid har K1 på grund af den stressede situation som følge af Finanstilsynets kritik og påbud i sidste uge valgt at trække sig som formand for bestyrelsen, der i stedet har udpeget E. K1 er herefter menigt medlem af bestyrelsen. Efter K's opfattelse er der ikke grundlag for ikke at opretholde K1's medlemskab af bestyrelsen.

K1 har således taget kritikken til sig og har efterkommet påbuddet om at trække sig fra formandsposten. K's bestyrelse er ikke enig med Finanstilsynet om, at K1 også skal udelukkes fra bestyrelsesarbejdet."

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling af sagen.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 2, at Finanstilsynet kan påbyde et medlem af bestyrelsen at nedlægge sit hverv, hvis medlemmet i henhold til lovens § 64, stk. 2, ikke kan bestride hvervet.

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, nr. 4, at et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om vedkommende udviser eller har udvist uforsvarlig adfærd, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor. I bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser (lovforslag nr. 175 af 26. marts 2010) anføres blandt andet:

"I nr. 4 foreslås det, at Finanstilsynet får beføjelse til at kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen eller direktionen, dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde...

...

Finanstilsynet skal endvidere løbende vurdere, om ledelsen af en finansiel virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske.

De finansielle virksomheder, som er kollapsede under den nuværende finansielle krise, har generelt været karakteriseret ved, at virksomhederne havde anlagt en meget ekspansiv og risikopræget strategi, og at ledelsen ikke havde sikret sig, at der var effektive og tilstrækkelige kontrolprocedurer til at styre virksomhedens risici. Det er hensigten med den nye affattelse af stk. 2, nr. 4, at sikre, at Finanstilsynet, hvis det i forbindelse med dets inspektioner bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde, skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedens ledelse lever op til kravet i bestemmelsen. Det er ligeledes hensigten, at der fremover er mulighed for at tillægge hensynet til tilliden til den finansielle sektor og dermed hensynet til at bevare den finansielle stabilitet, større betydning, når det skal vurderes om et indgreb overfor et siddende ledelsesmedlem er proportionalt i forhold til de forsømmelser, vedkommende har udvist.

Som noget nyt fremgår det eksplicit, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af et ledelsesmedlems adfærd. Det præciseres hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. En tillid som fordrer, at det ledelsesmæssige råderum er mere snævert for f.eks. en direktør i et pengeinstitut eller bestyrelsesformanden i et forsikringsselskab, end for personer, som leder virksomheder i andre brancher.

...

Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Hertil kommer, at da ledelsessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiel virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og det omgivende samfunds tillid til sektoren, vil ledelsessvigt i selv små finansielle virksomheder kunne have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledelsessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.”

Erhvervsankenævnet tiltræder, at K1 som formand for bestyrelsen i K har udvist en forsømmelig adfærd og i gentagne tilfælde har tilsidesat sine pligter, navnlig under henvisning til Finanstilsynets påbud til foreningen i forbindelse med afrapporteringen den 1. juli 2009, indholdet af revisionsprotokollatet til foreningens årsrapport for 2009 samt resultatet af Finanstilsynets gennemgang af foreningens forhandlingsprotokol i april 2010.

Henset til de ovennævnte lovforslagsbemærkninger om proportionalitet mellem en udvist adfærd og indgreb tiltræder Erhvervsankenævnet videre, at den af K1 udviste adfærd som bestyrelsesformand giver grund til at antage, at han ikke vil varetage hvervet som bestyrelsesmedlem i K på forsvarlig måde, jf. lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, nr. 4.

Ankenævnet tiltræder derfor med den af Finanstilsynet ved afgørelsen af 26. august 2010 og skrivelsen af 15. november 2010 anførte begrundelse, at tilsynet har påbudt K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem.

Erhvervsankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 26. august 2010.

4) Kendelse af 31. marts 2011 (J.nr. 2010-0022669).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Lov om finansiel virksomhed § 344, § 352a, stk. 1 og stk. 2, § 354 samt offentlighedslovens §§ 7-14.

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 7. september 2010 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 2. september 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktind-

sigt i en del af Finanstilsynets undersøgelsesmateriale om den tidligere A A/S [pengeinstitut] (nu B).

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 2. september 2010 hedder det:

”...

Anmodning om aktindsigt i A A/S

Afgørelse

De har i brev af 20. august 2010, som aktionær i den tidligere A A/S, anmodet om aktindsigt i følgende:

1. Resultatet af de Supplerende undersøgelser af den tidligere A A/S' årsrapport for 2007, som Finanstilsynet har foretaget med henblik på at afklare, hvorvidt denne har været fejlbehæftet.
2. Resultatet af Finanstilsynets kortlægning af bankens nedskrivninger, herunder hvorvidt disse eller dele af disse burde have været foretaget på et tidligere tidspunkt.
3. Resultatet af Finanstilsynets undersøgelse af, hvorvidt den interne og eksterne revision har udfyldt deres rolle på forsvarlig vis i relation til A A/S.

Finanstilsynet kan ikke imødekomme Deres anmodning om aktindsigt i ovenstående punkter.

Sagsfremstilling

De oplyser, at pkt. 1 og 2 er forhold, som er nævnt i bilag B i Finanstilsynets ”Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med A”, som er udarbejdet i henhold til § 354 a, i lov om finansiel virksomhed (FiL), ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. FiL § 354, da undersøgelserne er foretaget efter A A/S' betalingsstandsning og senere konkurs.

De oplyser endvidere, at pkt. 3, som er nævnt i Rigsrevisionens udarbejdede ”Beretning til Statsrevisorerne om Finanstilsynets aktiviteter i forhold til A A/S”, ligeledes ikke er underlagt Finanstilsynets tavshedspligt, da undersøgelsen er udarbejdet efter A's betalingsstandsning og efterfølgende konkurs.

De henviser til enkelte citerede bemærkninger til lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændringen af FiL § 354, som er gengivet i erhvervsankenævnets kendelse af 13. oktober 2009, hvoraf De fremhæver, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin informationsvirksomhed, ikke er omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, og at fortrolighed i relation til denne del af Finanstilsynets virksomhed derfor alene skal vurderes i henhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

De henviser endvidere til citerede bemærkninger i kendelsen, hvor af fremgår, at FiL § 354 udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed. Tavshedspligten er baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder og deres forretningsmæssige forhold af konkurrencemæssige grunde.

De vurderer på denne baggrund, *da* oplysningerne ikke omhandler kunderelaterede forhold, *da* der foreligger ikke konkurrencemæssige hensyn *og da* A A/S ikke længere er i drift, at De kan få aktindsigt i ovennævnte punkter.

Vurdering

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

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

Finanstilsynet er enig i, at tilsynets informationsvirksomhed ikke vil være omfattet af tavshedspligten i henhold til FiL § 354, og at sådanne forhold vil være reguleret i henhold til offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Finanstilsynet er ligeledes enig i, at Finanstilsynets tavshedspligt i henhold til FiL § 354 vedrører oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Finanstilsynet kan i denne henseende bekræfte, at tavshedspligten i høj grad er baseret på at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner og erhvervskunder, samt på et konkurrence- og forretningsmæssigt hensyn over for de finansielle virksomheder.

De punkter, hvori der er anmodet om aktindsigt, relaterer sig imidlertid til tilsynsforpligtigelsen i henhold til FiL § 344, hvorefter Finanstilsynet skal påse overholdelse af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter FiL § 346. Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt.

Det forhold, at A A/S er gået konkurs, medfører ikke, at Finanstilsynets tavshedspligt ophører. De ovennævnte forhold vedrører endvidere forhold før A A/S' konkurs, hvor A A/S var underlagt lov om finansiel virksomhed mfl.

Kun i det omfang, den pågældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

FiL § 355, stk.1, omhandler, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser, og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb. Det følger af bestemmelsen, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse, truffet i medfør af loven eller forskrifter fastsat i medfør af loven, retter sig mod, jf. dog undtagelserne hertil i bestemmelsens stk. 2 og 3.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at De som aktionær i den tidligere A A/S, ikke er omfattet af partsbegrebet i henhold til FiL § 355, stk. 1.

Det er ligeledes tilsynets vurdering, at De ikke er omfattet af undtagelserne til partsbegrebet i FiL § 355, stk. 2.

Bestemmelsen om udvidet tavshedspligt er ikke til hinder for, at fortrolige oplysninger videregives til de i FiL § 354, stk. 6 nævnte fysiske og juridiske personer. Det er tilsynets opfattelse, at De, som aktionær i den tidligere A A/S, ikke er omfattet af FiL § 354, stk. 6, hvorefter der er mulighed for at videregive fortrolige oplysninger. Finanstilsynet har således ikke mulighed for, at videregive fortrolige oplysninger til Dem som aktionær i henhold til FiL § 354.

...”

I klageskrivelse af 7. september 2010 har K anført:

” ...

Til støtte for min klage ønsker jeg at anføre følgende:

- eftersom de ovennævnte tre undersøgelser er foretaget efter at A er gået i betalingsstandsning og/eller konkurs, kan de formentlig ikke betragtes som værende en del af Finanstilsynets ordinære tilsynsvirksomhed som udelukkende forudsættes rettet mod finansielle institutter i drift, men derimod som en del af tilsynets informationsvirksomhed, i henhold til reglerne i blandt andet § 352 a i lov om finansiell virksomhed, hvorved tavshedspligten udelukkende er reguleret i henhold til offentligheds- og forvaltningsloven
- Finanstilsynet anfører i sit afslag at det forhold at A er gået konkurs ikke medfører, at tilsynets tavshedspligt ophører, hvilket jeg er opmærksom på. Det fremgår imidlertid af lovteksten til § 352 a i lov om finansiell virksomhed at sigtet med loven netop er at øge offentlighedens kendskab til de forhold som op til et finansielt instituts betalingsstandsning og konkurs var medvirkende hertil i institutter som har modtaget offentlig støtte. Netop forholdene omkring A's nedskrivninger og tidspunktet for de foretagne nedskrivninger har haft helt afgørende indflydelse på forløbet omkring A's sammenbrud og efterfølgende betalingsstandsning og konkurs, hvorfor resultaterne af en supplerende undersøgelse i tilknytning til den i.h.t. § 352 a udarbejdede rapport af netop bankens nedskrivninger må vurderes som værende af helt afgørende betydning

ning i bestræbelserne på at belyse sagsforløbet for offentligheden i henhold til lovtæksten

- Finanstilsynet bekræfter i sit afslag min påstand om, at tavshedspligten i høj grad er baseret på at beskytte de finansielle virksomheders kunder samt på et konkurrence- og forretningsmæssigt hensyn over for de finansielle virksomheder. Jeg har svært ved at se, hvorledes aktindsigt i materiale der omhandler undersøgelser af forhold, som udelukkende er af intern karakter og relateret til selve bankens drift, på nogen måde skulle kunne kompromittere hensynet til beskyttelsen af kunderne, da materialet ikke indeholder kunderelaterede oplysninger, eller hvorledes en eventuel aktindsigt skulle have indflydelse på konkurrence- og forretningsmæssige forhold i et finansielt institut som ikke længere er i drift. Finanstilsynets afslag indeholder således heller ikke nogen nærmere redegørelse eller argumentation for det fremførte synspunkt, hvorfor jeg fastholder min påstand om, at det ønskede materiale kan udleveres uden at tilsidesætte de nævnte hensyn
- man har fra Finanstilsynets, den nye A's og øvrige myndighedernes side valgt at anlægge en i øvrigt forholdsvis åben og informativ linie i orienteringen af offentligheden omkring forholdene i den tidligere A og der foreligger allerede en del offentligt tilgængeligt materiale om banken. Offentliggørelserne er sket med enkelte overstregninger og udeladelser af fortrolige afsnit. Udover den lovpligtige offentliggørelse af den i henhold til lov om finansiel virksomhed udarbejdede redegørelse om Finanstilsynets tilsyn med A i henhold til § 352 a er Finanstilsynets beretning til statsrevisorerne om tilsynets aktiviteter i forhold til A fra juni 2009 og Finanstilsynets rapporter om banken fra september og november 2008 offentliggjort. Bestyrelsen for den nye A har valgt at offentliggøre redegørelsen om advokatundersøgelse af visse forhold i A fra august 2009. Det forekommer på denne baggrund besynderligt og ubegrundet at ikke også de undersøgelser hvori jeg ønsker aktindsigt kan offentliggøres eller at min anmodning om aktindsigt kan efterkommes
- Såfremt der – mod forventning - skulle være enkelte kundefølsomme oplysninger eller oplysninger af konkurrencemæssig karakter i det materiale hvori jeg ønsker aktindsigt, må det være muligt at foretage anonymisering eller udeladelse af afsnit på samme måde som det er sket i hovedparten af det øvrige offentliggjorte materiale om banken. Finanstilsynet har ikke fremført argumenter som begrundet at det i netop de dokumenter hvori jeg søger aktindsigt ikke skulle kunne lade sig gøre at foretage udeladelse eller anonymisering og der ses således ikke at være en velbegrundet årsag til denne forskellige sondring
...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 12. oktober 2010 udtalt:

”...

Finanstilsynet mener ikke, at der er tale om undersøgelser foretaget med henvisning til FiL § 352 a. Undersøgelserne relaterer sig i stedet til Finanstilsynets tilsynsforpligtigelse i henhold til FiL § 344, hvorefter Finanstilsynet skal påse overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør

heraf, samt undersøgelser efter FiL § 346. Materiale udarbejdet på denne baggrund er omfattet af Finanstilsynet skærpede tavshedspligt.

...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Finanstilsynet har afvist anmodningen om aktindsigt på baggrund af bestemmelsen i § 352 a, i lov om finansiel virksomhed (FiL) ...

...

Dernæst har Finanstilsynet har afvist anmodningen om aktindsigt med henvisning til Finanstilsynets skærpede tavshedspligt i FiL § 354, stk. 1

...

I bemærkningerne til FiL § 354, stk. 1, jf. bem. L 176, 2002-03, er anført følgende om Finanstilsynets skærpede tavshedspligt:

”Som følge af den skærpede tavshedspligt, der pålægges Finanstilsynet i bestemmelsen, er adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager begrænset i henhold til § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. (...)

Finanstilsynets tavshedspligt 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.

Finanstilsynets tavshedspligt er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. Da de fortrolige oplysninger i langt overvejende grad hidrører fra de finansielle virksomheder, vil det være mest korrekt og sikrest, at det er den pågældende virksomhed selv, der meddeler oplysningerne til tredjemand. Oplysninger om virksomhedens kunder kan kun videregives med disses samtykke.”

Finanstilsynet har på denne baggrund fastslået i sin afgørelse, at kun i det omfang den pågældende anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovenes regler være adgang til aktindsigt. Dette følger af FiL § 355, stk. 1 ...

Finanstilsynets vurdering

Finanstilsynet redegørelse efter FiL § 352 a

...

Bestemmelsen i § 352 a, stk. 1 pålægger Finanstilsynet at udarbejde en redegørelse, når en finansiel virksomhed er gået konkurs og staten har ydet garanti eller stillet midler til rådighed. Redegørelsen skal redegøre for forløbet op til konkursen, herunder for Finanstilsynets rolle under dette forløb. Redegørelsen skal offentliggøres, jf. FiL § 352 a, stk. 2.

Finanstilsynet offentliggjorde sin redegørelse for konkursen i A efter FiL § 352 a den 17. juni 2009. Redegørelsen indeholder i overensstemmelse med kravene i FiL § 352 a oplysninger om den regnskabsmæssige udvikling i pengeinstituttet samt en beskrivelse af Finanstilsynets konkrete tilsynsaktiviteter i tiden op til instituttets konkurs.

De punkter, hvori der er anmodet om aktindsigt, relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtigelse i henhold til FiL § 344, hvorefter Finanstilsynet skal påse overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter FiL § 346. Det forhold, at Finanstilsynet var forpligtiget til at offentliggøre en redegørelse efter § 352 a, ændrer ikke på, at de indhentede oplysninger, herunder oplysninger som er indhentet efter offentliggørelsen af redegørelsen, som udgangspunkt er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

...

Finanstilsynets tilsyn med om der er sket overtrædelse af den finansielle lovgivning efter bestemmelsen i FiL § 344, stk. 1, ophører ikke fra det tidspunkt, hvor en finansiell virksomhed går konkurs. Finanstilsynet har således praksis for at undersøge, om der på baggrund af en konkurs i et pengeinstitut eventuelt vil kunne gøres et strafansvar gældende for overtrædelse af bestemmelserne i FiL forud for konkursens indtræden. I så fald vil sagen kunne overdrages til politiet.

Også på denne baggrund skal Finanstilsynet afvise, at Finanstilsynets bagudrettede tilsyn vedrørende pengeinstitutter under konkurs skal anses for sket som led i informationsvirksomhed, der kan bringe undersøgelsesmateriale uden for den skærpede tavshedspligt i FiL.

...

I bemærkningerne til § 352 a begrundes offentliggørelsen af Finanstilsynets redegørelser i forbindelse med at et pengeinstitut går konkurs i, at staten i nogle tilfælde direkte har stillet midler til rådighed. Hensynet er således ikke begrundet i aktionærers eller andres ønsker om adgang til flest mulige oplysninger til vurdering af, hvorvidt der skal anlægges en civil retssag.

Tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1, når instituttet er gået konkurs

På baggrund af det ovenfor anførte anser Finanstilsynet den type undersøgelsesmateriale, som der anmodes om aktindsigt i, for omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. FiL § 354, stk.1. Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt.

Det forhold, at A A/S er gået konkurs, medfører ikke, at Finanstilsynets tavshedspligt ophører.

I bemærkningerne til den skærpede tavshedspligt i FiL § 354, stk. 1 er anført, at tavshedspligten i høj grad er baseret på at beskytte de finansielle virksomheders kunder samt på et konkurrence- og forretningsmæssigt hensyn overfor de finansielle virksomheder. Bemærkningerne anfører således i denne forbindelse, at tavshedspligten er en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. Dette skal ses i lyset af, at det er af-

gørende, fx når en finansiel virksomhed kommer i økonomiske problemer, at virksomheden fortsat har tillid til, at oplysninger, der gives til Finanstilsynet, bliver behandlet fortroligt, således at Finanstilsynet har et korrekt og fuldstændigt oplyst grundlag at træffe sine afgørelser på. Hvis virksomheden derimod frygter, at oplysningerne i tilfælde af konkurs vil blive udleveret til kunder, aktionærer og andre interessenter, der måtte anmode herom, er der risiko for, at virksomheden vil være tilbageholdne med at give Finanstilsynet korrekte og fuldstændige oplysninger.

Hensynet til den tilsynsmæssige effektivitet ville således undermineres, såfremt der ville kunne undtages fra Finanstilsynets skærpede tavshedspligt i tiden under eller efter en konkurs uden hjemmel hertil i FiL. At A A/S ikke længere eksistere i sin daværende form gør endvidere ikke, at dette hensyn skal tillægges mindre vægt. I modsat fald vil der være undtagelsesbestemmelser til Finanstilsynets tavshedspligt, som ikke giver mening, da de forudsætter, at den tilsynsbelagte virksomhed er gået konkurs.

...

Meroffentlighed og ekstrahering

...

Det materiale, som Finanstilsynet har offentliggjort indtil nu, er offentliggjort på baggrund af Finanstilsynets forpligtigelse til at redegøre for forløbet op til konkursen, herunder Finanstilsynets rolle under dette forløb, jf. FiL § 352 a.

Den type undersøgelsesmateriale, som klager ønsker aktindsigt i, relaterer sig imidlertid til Finanstilsynets tilsynsforpligtigelse i henhold til FiL § 344, hvorefter Finanstilsynet skal påse overholdelsen af loven. Videregivelse af fortrolige oplysninger, som er indsamlet gennem Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, kan ske, såfremt situationen er omfattet af en undtagelsesbestemmelse til den skærpede tavshedspligt i FiL § 354, stk. 6. Undtagelsesbestemmelsen er udtømmende og indeholder ikke bestemmelser, som giver mulighed for videregivelse i den konkrete sag.

Det bemærkes, at der ikke er nogen undtagelse til tavshedspligten, som giver mulighed for videregivelse i sager af stor offentlig interesse.

Dernæst kan fortrolige oplysninger videregives i anonymiseret form, jf. FiL § 354, stk.4. Dette forudsætter dog, at den enkelte virksomhed kan anonymiseres, hvilket ikke lader sig gøre i dette tilfælde, hvor der anmodes om aktindsigt vedrørende et specifikt institut.

På baggrund af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, har Finanstilsynet således ikke hjemmel til, at videregive det ønskede undersøgelsesmateriale til klager hverken med henvisning til regler om meroffentlighed eller i anonymiseret form.

...”

K har ved skrivelse af 2. november 2010 yderligere anført:

” ...

Finanstilsynet anfører i sin skrivelse af 12. oktober 2010 at de undersøgelser hvori jeg ønsker aktindsigt, ikke er undersøgelser foretaget med henvisning til FIL § 352 a, men at undersøgelserne relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til FIL § 344. Der er ikke tale om undersøgelser som er foretaget som led i Finanstilsynets ordinære tilsyn med A på tidspunktet for regnskabsmaterialets offentliggørelse og mens banken var i drift, men om undersøgelser som er foretaget mere end et halvt år senere, efter at banken var gået i betalingsstandsning og senere konkurs på baggrund af de begivenheder som førte til dens sammenbrud. Jeg mener derfor ikke, at man kan henføre supplerende undersøgelser som ligger ud over hvad Finanstilsynet normalt undersøger i forbindelse med sit ordinære tilsyn og som tidsmæssigt er foretaget langt senere og på baggrund af et senere indtruffet hændelsesforløb som en del af den almindelige tilsynsvirksomhed.

...

[Det] gøres gældende, at min anmodning om aktindsigt i de supplerende undersøgelser af A's årsrapport for 2007 og resultatet af kortlægningen af bankens nedskrivninger, som er en del af regnskabsaflæggelsen, netop omfatter den regnskabsmæssige udvikling i virksomheden op til konkursen, idet denne årsrapport var den senest afgivne inden bankens sammenbrud i august 2008 og at aktindsigt i undersøgelser af netop regnskabsmæssige forhold falder helt i tråd med [lov]bemærkningernes intentioner.

Hvis der overhovedet skal være resonans i [lov]bemærkninger til FIL § 352 a må det være indlysende, at sigtet er at give offentligheden indblik i mere detaljerede oplysninger om virksomhedens regnskabsmæssige udvikling, som under normale omstændigheder ikke ville være offentligt tilgængelige. Finanstilsynet ses ikke at redegøre for eller give eksempler på i hvilke tilfælde tilsynet så anser sig som værende lovmæssigt berettiget til at meddele aktindsigt eller offentliggøre oplysninger af nævnte art. Jeg må derfor uvægerligt stille spørgsmålet: ”Hvis ikke undersøgelser af, om A's årsrapport for 2007 har været fejlbehæftet og om bankens interne og eksterne revision har udfyldt deres roller på forsvarlig vis samt en kortlægning af bankens nedskrivninger betragtes som værende indikatorer, som direkte knytter sig til – og som meget præcist beskriver - den regnskabsmæssige udvikling i banken, og som derfor burde opfylde kriterierne for offentliggørelse i henhold til de nævnte bemærkninger, hvilke oplysninger omkring den regnskabsmæssige udvikling sigter man da, efter Finanstilsynets fortolkning, til i bemærkningerne ?

I den i henhold til FIL § 352 a udarbejdede redegørelse om den tidligere A omtaler Finanstilsynet de supplerende undersøgelser, hvori jeg ønsker aktindsigt, som en konsekvens af forløbet omkring bankens tilsyneladende pludseligt opståede enorme nedskrivningsbehov og heraf følgende totale sammenbrud. Et af de helt essentielle spørgsmål for offentligheden er stadig – mere end to år efter bankens sammenbrud – hvordan der på få måneder angiveligt kunne opstå behov for nedskrivninger i milliardklassen, eftersom banken så sent som i starten af juni måned 2008 – godt to måneder før sammenbruddet - fastholdt forventningerne om nedskriv-

ninger i størrelsesordenen 150 mio. kr. for hele 2008. Hvis ikke der gives aktindsigt i så centrale punkter som undersøgelser af regnskab, nedskrivninger og intern og ekstern revision mener jeg ikke at intentionen med loven efterleves og jeg fastholder derfor fortsat, at Finanstilsynet har lovmæssig hjemmel til en sådan offentliggørelse. ...

Jeg mener således, at de foretagne undersøgelser, hvori jeg søger aktindsigt, må karakteriseres som værende ”supplementer til redegørelsen” og dermed som værende berettigede til offentliggørelse, idet de nævnes i tilknytning til redegørelsen jf. dennes bilag B, side 41 og eftersom de – til trods for at A har været under skærpet tilsyn siden 2006 – ikke tidligere har været udført som en del af Finanstilsynets ordinære tilsyn med banken mens den var i drift. Således har Finanstilsynet jf. redegørelsen, som led i den løbende overvågning, der er den ene del af tilsynsaktivitetens to hovedkategorier, blandt andet foretaget en gennemgang af revisionsprotokollaterne til bankens årsrapport for 2007, en stikprøvevis regnskabskontrol og en undersøgelse af overførte nedskrivningsengagementer. De foretagne undersøgelser, hvori jeg ønsker aktindsigt, ligger således langt ud over, hvad den almindelige tilsynsvirksomhed har omfattet og de er udelukkende udført på baggrund af det faktiske hændelsesforløb i forbindelse med bankens betalingsstandsning og konkurs.

.... Det er korrekt, at redegørelsen indeholder nogle historiske og overordnede regnskabsoplysninger omkring blandt andet forholdet mellem væksten i bankens ind- og udlån og forøgelse af solvensbehovet på baggrund af nedskrivningerne. Men herudover mener jeg ikke, at redegørelsen beskriver de regnskabsmæssige forhold på en måde så den bibringer ny viden eller afdækker forhold som ikke allerede kan læses af selve bankens årsrapporter og heller ikke på denne baggrund mener jeg, at lovens intention om at skabe offentlig klarhed om den regnskabsmæssige udvikling op til konkursen opfyldes i redegørelsen.

Jeg finder ikke, at min begrundelse for at søge aktindsigt er relevant for bedømmelsen af sagen. ... Det synes indlysende, at hvad jeg – eller offentligheden i øvrigt – bruger oplysninger hvori der er opnået aktindsigt eller som er offentliggjort til, er Finanstilsynet uvedkommende og bør derfor ikke vægte i en anmodning om aktindsigt. Det er uomtvisteligt, at lovens intention, jf. bemærkningerne til § 352 a helt tydeligt er at tilgode behøvet for information til den brede offentlighed og der skelnes her ikke mellem aktionærer eller andre som bare har en ”almindelig” interesse for sagen eller hvad de pågældende i givet fald skal bruge oplysningerne til. Hvis sigtet med § 352 a udelukkende skulle være at udarbejde en redegørelse fordi staten har stillet midler til rådighed, således som anført af Finanstilsynet, behøvede man jo slet ikke at offentliggøre redegørelsen som i så fald bare kunne tilstilles Økonomi- og Erhvervsministeriet internt. Jeg opfatter begrundelsen for at offentliggøre redegørelsen som en erkendelse af, at statens midler er lig med borgernes midler, hvorfor disse også er berettigede til at få yderligere og uddybende indsigt i forholdene i en virksomhed som har modtaget skattekroner.

Jeg er opmærksom på, at jeg hverken, som ... er omfattet af partsbegrebet i henhold til FIL § 355, stk. 1 eller af undtagelserne hertil, men jeg

mener således ikke, at det er en forudsætning for at opnå aktindsigt i dette tilfælde.

Jeg mener endvidere, at det er en totalt irrelevant og usaglig sammenblanding af tingene at argumentere for, at en offentliggørelse af de pågældende undersøgelsesresultater i en finansiel virksomhed under konkurs skulle få andre finansielle institutter til at betvivle Finanstilsynets loyalitet og håndhævelse af tavshedspligten overfor disse og derfor eventuelt medføre, at de afgiver forkerte eller mangelfulde oplysninger til tilsynet. For det første ville institutterne dermed gøre sig skyldige i helt bevidst lovbrud og for det andet må det antages, at Finanstilsynets nye beføjelser i relation til at kunne offentliggøre oplysninger om likviditets- og solvensmæssige problemer i pengeinstitutter, der fortsat er i drift, som det f.eks. senest er sket i sagen om [2 andre pengeinstitutter], er en langt større "trussel" for de pågældende institutter end hvad der måtte gives aktindsigt i fra et institut som for længst er gået konkurs. Med denne tese forsøger Finanstilsynet at opstille skræmmescenarier som er så usandsynlige og teoretiske, at de, efter min mening, ikke bør indgå i Erhvervsankenævnets vurdering af sagen.

Det må endvidere understreges, at der i denne sag ikke er tale om videregivelse af konkrete oplysninger som er afgivet af et finansielt institut, men om konklusionerne på nogle supplerende undersøgelser af interne forhold, som er iværksat og udført af Finanstilsynet selv. Jeg skal i den forbindelse understrege, at min anmodning om aktindsigt ikke omfatter det komplette undersøgelsesmateriale, men blot konklusionerne på de nævnte undersøgelser, hvilket formentlig forbedrer Finanstilsynets muligheder for at selektere oplysningerne og dermed lette adgangen til aktindsigt.

De finansielle institutter vil fra 2012 blive vurderet efter fem kriterier i den såkaldte tilsynsdiamant. Efter implementeringen af tilsynsdiamanten ultimo 2012 vil en overskridelse af en eller flere af de heri opstillede grænseværdier kunne indebære, at Finanstilsynet giver det pågældende instituttet en risikooplysning, som skal offentliggøres. Endvidere er der, i henhold til FIL § 347 a, givet hjemmel til, at Finanstilsynet under visse betingelser kan kræve, at penge- og realkreditinstitutter offentliggør oplysninger om Finanstilsynets vurdering af instituttet. Udviklingen i lovgivningen og fortolkningerne hertil går således under alle omstændigheder i retning af en større og større offentlighed, også omkring forhold der, som de ovenfor nævnte, er direkte relateret til Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, til trods for at denne er omfattet af den skærpede tavshedspligt. At oplysninger hidrører fra tilsynsvirksomheden kan på den baggrund således ikke længere i sig selv bruges som et argument for at nægte aktindsigt i dem.

Retspraksis omkring Finanstilsynets forbedrede muligheder for at give offentligheden indblik i henhold til FIL § 352 a er forholdsvis ny og uprøvet, eftersom loven er revideret i forbindelse med vedtagelsen af bankpakkerne og redegørelsen om den tidligere A er den første som Finanstilsynet har afgivet i henhold til FIL § 352 a. Jeg mener at have påvist, at den nyeste lovgivning på området og de fortolkende bemærknin-

ger hertil giver Finanstilsynet forholdsvis vide rammer for at offentliggøre informationer og undersøgelsesresultater og at Finanstilsynet derfor efter min mening har lovmæssig hjemmel til enten at imødekomme min ansøgning om aktindsigt eller at foretage en generel offentliggørelse af de pågældende undersøgelsesresultater. Som jeg ser det, er denne tvist således udelukkende et spørgsmål om fortolkning af reglerne og om et opgør med Finanstilsynets vanetænkning og meget lukkede praksis som er ude af trit med det nye offentlighedsprincip som beskrevet ovenfor.

Da Erhvervsankenævnets afgørelse i denne sag således må betragtes som en prøvelse af lovens rammer i praksis og dermed må forventes af danne præcedens for eventuelle fremtidige lignende sager, vil jeg indtrængende anmode nævnet om at foretage en nøje vurdering af, om det virkelig er i lovens ånd at hindre offentligheden indblik i opklarende undersøgelser af centrale interne regnskabsmæssige forhold som netop vil kunne kaste lys over et totalt uforståeligt og uigennemskueligt hændelsesforløb i en konkursramt finansiel virksomhed, der angiveligt gik fra at være veldrevet og velkonsolideret med beskedne nedskrivninger til at være et fallitbo på blot to måneder.

Da det, ..., fremgår af bemærkningerne til FIL § 354, stk. 1, jf. bem. L 176, 2002-03 at den skærpede tavshedspligt i høj grad er baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder og, af konkurrencemæssige grunde, at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold, er det endvidere mit håb, at Erhvervsankenævnet vil foretage en nøje vurdering af, hvilke af disses interesser en imødekommelse af mit ønske om aktindsigt i givet fald ville kunne skade. Til trods for at Finanstilsynet i sine skrivelser flere gange henviser til dette hensyn, ses tilsynet da heller ikke på noget tidspunkt konkret at redegøre for, hvorledes aktindsigt i de nævnte undersøgelsesresultater efter tilsynets mening skulle kollidere med de nævnte interessenter.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 22. november 2010 bemærket:

” ...

Det skal her pointeres, at § 352 a ikke indeholder en adgang til, at foretage undersøgelser efter en konkurs er indtrådt i et institut. Denne adgang følger som nævnt af FiL § 346. Bestemmelsen giver derimod en pligt til at udarbejde en redegørelse for årsagerne til en konkurs. Finanstilsynet har ikke nødvendigvis behov for at foretage undersøgelser efter en konkurs, for at udarbejdelsen af en redegørelse efter § 352 a forudsætter ikke, at Finanstilsynet skal foretage yderligere undersøgelser.

..[I] klagers bemærkninger anføres, at udviklingen i lovgivningen går i retning af en større og større offentlighed, også omkring forhold, der er direkte relateret til Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, til trods for at denne er omfattet af den skærpede tavshedspligt. Klager påberåber på denne baggrund, at oplysninger, som hidrører fra tilsynsvirksomheden, således ikke længere i sig selv kan bruges som et argument for at nægte aktindsigt i dem.

Det er korrekt, at den finansielle krise har medført nye regler, som indfører større åbenhed omkring Finanstilsynets arbejde, så offentligheden i højere grad får indsigt i, om spillereglerne på de finansielle markeder bliver overholdt. Således blev der indført en række nye bestemmelser i FiL med Åbenhedspakken, jf. lov nr. 515 af 17. juni 2008 om ændring af lov om værdipapirhandel m.v. og forskellige andre love.

Øget åbenhed er imidlertid ikke ensbetydende med, at Finanstilsynet ikke som hovedregel er omfattet af den skærpede tavshedspligt. Således står der følgende i de almindelige bemærkninger til omtalte lovforslag:

”Lovforslaget vil ikke fjerne beskyttelsen af fortrolige kundeoplysninger eller oplysninger om finansielle virksomheders interne forhold. Ligeledes vil Finanstilsynets skærpede tavshedspligt blive opretholdt i alle andre sager (...)”

Øget åbenhed indskrænker således ikke tavshedspligten i forbindelse med tilsynsvirksomhed til en undtagelse. Tilsynsaktiviteter er fortsat Finanstilsynets hovedressortområde, hvor gennemførelsen af et effektivt tilsyn afhænger af, at alle oplysninger som udgangspunkt er omfattet af tavshedspligten. Hovedreglen om den skærpede tavshedspligt i forbindelse med tilsynsvirksomhed er endvidere pålagt Finanstilsynet i medfør af artikel 44 i kreditinstitutdirektivet, (2006/48/EF).
...”

K har ved skrivelse af 9. december 2010 heroverfor bemærket:

” ...

I nærværende sag mener jeg imidlertid, at de supplerende undersøgelser, som er omtalt i den i henhold til FiL § 352 a udarbejdede redegørelses bilag B, side 41, er en direkte konsekvens af det konkrete hændelsesforløb op til konkursen. Min opfattelse understøttes af Finanstilsynets egen begrundelse for at foretage disse supplerende undersøgelser. Således anføres det i det nævnte bilag B at *”baggrunden for undersøgelsen er, at der i halvårsrapporten for 1. halvår 2008 er resultatført nedskrivninger på udlån m.v. på 3,6 mia. kr.”* og de supplerende undersøgelser begrundes desuden med at *”som følge af, at der angiveligt på blot et halvt år har kunnet opstå tab af en sådan størrelsesorden, og som følge af, at der i revisionsprotokollatet til halvårsrapporten er en række yderst kritiske bemærkninger, herunder om bankens forretningsgange og interne kontroller, har Finanstilsynet fundet anledning til at foretage en nærmere undersøgelse af nedskrivningerne. Hensigten med undersøgelsen er at søge at kortlægge størrelsen af nedskrivningerne samt kortlægge, hvorvidt nedskrivningerne eller dele af disse burde have været foretaget på et tidligere tidspunkt. I forbindelse hermed undersøges det, om årsrapporten for 2007, der er afgivet med en revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger, har været fejlbehæftet”. Yderligere fremgår det af bilag B, at ”Finanstilsynet søger endvidere at afdække, om der er begået forsømmelser hos bankens direktion og bestyrelse, bankens interne revision og bankens eksterne revision”.*

’.... Det er et faktum, at de angiveligt pludseligt opståede gigantiske nedskrivninger var den direkte årsag til, at A ikke længere overholdt de lovmæssige solvenskrav og derfor gik i betalingsstandsning og senere konkurs. En undersøgelse af nedskrivningerne som ovenfor beskrevet har således direkte og afgørende sammenhæng med forløbet og årsagerne til bankens sammenbrud, hvorfor de, efter min mening, bør være en naturlig del af redegørelsen eller af supplementet hertil og derfor omfattet af forpligtelsen til offentliggørelse i henhold til denne lovbestemmelse.

Finanstilsynet påpeger, at en redegørelse efter FIL § 352 a ikke forudsætter, at Finanstilsynet *skal* foretage yderligere undersøgelser. Det er korrekt, men omvendt udelukker § 352 a heller ikke, at Finanstilsynet *kan* foretage yderligere undersøgelser i tilknytning til den oprindelige lovpligtige undersøgelse af forholdene op til konkursen. Der er således intet i denne bestemmelse som forhindrer Finanstilsynet i at foretage supplerende undersøgelser og i at foretage offentliggørelse af disse. ... og jeg fastholder fortsat, at de undersøgelser, i hvis resultater jeg ønsker aktindsigt, må betragtes som værende sådanne supplementter til den oprindelige undersøgelse og at de derfor er omfattet af de ovennævnte bemærkninger til FIL § 352 a som giver mulighed for offentliggørelse.

...Det må endnu engang på det kraftigste understreges, at resultaterne af de i bilag B ovennævnte undersøgelser ikke må formodes overhovedet at indeholde nogen form for kundeoplysninger. Eftersom der er tale om undersøgelser af regnskabsmæssige forhold, herunder nedskrivninger, som er direkte relaterede til aflæggelsen af en lovpligtig årsrapport som skal offentliggøres, mener jeg heller ikke, at de nævnte supplerende undersøgelser kan kategoriseres som værende oplysninger om interne forhold.

I henhold til Årsregnskabslovens § 11 skal årsrapporten give et retvisende billede af en virksomheds aktiver og passiver, finansielle stilling og resultat og den er således et helt centralt parameter for vurderingen af enhver virksomhed og dennes soliditet. Såfremt A’s årsrapport for 2007 ikke har været retvisende, er aktionærer, bankens øvrige investorer og offentligheden blevet misinformeret uden at de har været vidende herom. Grundet Finanstilsynets fortsatte afvisning af at give aktindsigt i undersøgelsesresultaterne eller foretage en generel offentliggørelse heraf, hersker der stadig tvivl om, hvorvidt denne årsrapport overhovedet har været retvisende. Tilsynet har ganske vist offentliggjort en overordnet undersøgelsesrapport i henhold til FIL § 352 a, men når et så centralt spørgsmål, som direkte kan henføres til oplysninger som i retvisende form skal være offentligt tilgængelige og som tilsynet selv har fundet relevant at undersøge yderligere, fortsat henstår ubesvaret overfor investorerne og offentligheden, mener jeg ikke, at denne bestemmelses intention om at skabe klarhed omkring netop den regnskabsmæssige udvikling reelt er overholdt. ...

Efter min mening er det paradoksalt, at Finanstilsynet, som offentlig tilsynsmyndighed, således ikke vil medvirke til at skabe offentlig klarhed over, hvorvidt der er sket overtrædelser af gældende lovgivning i forbindelse med aflæggelsen af A’s årsrapport for 2007 og hvorvidt regn-

skabsmæssige oplysninger af en karakter, som i henhold til loven skal være offentligt tilgængelige, har været korrekte.

Hver gang Finanstilsynet kommenterer mine svarskrivelser, henviser tilsynet til en mængde nye lovparagraffer og bestemmelser. Det bør dog under ingen omstændigheder fjerne fokus fra det faktum, at mit ønske om aktindsigt udelukkende handler om at få besvaret følgende tre helt grundlæggende spørgsmål omkring A's regnskabsmæssige forhold og om de revisorer som har haft til opgave at sikre rigtigheden heraf op til konkursen:

- 1) Har bankens årsrapport for 2007 været retvisende ?
- 2) Burde nedskrivningerne eller dele heraf være foretaget på et tidligere tidspunkt ?
- 3) Har den interne og eksterne revision udfyldt deres roller på tilfredsstillende vis ?

Det bør heller ikke fjerne fokus fra det faktum, at tilsynet på intet tidspunkt konkret redegør for, hvorledes aktindsigt i konklusionerne på netop disse spørgsmål skulle kunne være i strid med tavshedsbestemmelsernes sigte der, som bekræftet af tilsynet selv, er at beskytte kunderelaterede oplysninger og konkurrencemæssige forhold.

Finanstilsynet anfører, at FIL § 352 a ikke indeholder en adgang til at foretage undersøgelser efter en konkurs er indtrådt i et institut. Jeg tolker det således, at de forhold som undersøges i henhold til FIL § 352 a skal være indtruffet inden instituttet erklæres konkurs, hvilket også er tilfældet for de undersøgelser hvori jeg ønsker aktindsigt. Det afgørende er således formentlig ikke, hvornår undersøgelsen i henhold til FIL § 352 a rent faktisk foretages, når blot de forhold der undersøges tidsmæssigt ligger før konkursbegæringen. I øvrigt beskrives de nævnte supplerende undersøgelser allerede i 1. udgave af Finanstilsynets redegørelse af 24. november 2008 hvor banken endnu ikke var gået konkurs og det oplyses heri, at undersøgelserne stadig pågår, hvilket indikerer, at de allerede har været igangsat på dette tidspunkt som ligger flere måneder før A blev erklæret konkurs i marts 2009. På side 2 i Finanstilsynets redegørelse i henhold til FIL § 352 a beskrives de supplerende undersøgelser da også som ”*Finanstilsynets fortsatte undersøgelser af en række forhold i A A/S frem til afsigelsen af konkursdekretet den 3. marts 2009*”.

...[kreditinstitutdirektivet (2006/48/EF)] er udfærdiget den 14. juni 2006 med frist til den 31. december 2006 for national gennemførelse. De af Finanstilsynet beskrevne nye bestemmelser i FIL med Åbenhedspakken jf. lov nr. 515 af 17. juni 2008 og FIL § 352 a, som indeholder bestemmelserne som danner grundlag for udfærdigelsen af den nævnte redegørelse og de supplerende undersøgelser i tilknytning hertil, er først vedtaget efter dette tidspunkt, hvorfor de må antages at være udfærdiget i fuld overensstemmelse med reglerne i dette direktiv. Direktivets bestemmelser formodes således heller ikke at udgøre en hindring for offentliggørelse af undersøgelsesresultater og supplerende undersøgelser som er foretaget i henhold til Åbenhedspakken og FIL § 352 a.
...”

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.

K er ubestridt som aktionær ikke part i tilsynets sager i forhold til den tidligere A, jf. lov om finansiel virksomhed § 355.

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

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

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

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

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Fi-

nanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

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

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

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

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

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

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

at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

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

I henhold til lov om finansiel virksomhed § 352 a, stk. 1, skal Finanstilsynet udarbejde en redegørelse, når en finansiel virksomhed er gået konkurs og staten har ydet garanti eller stillet midler til rådighed. I redegørelsen skal oplyses om forløbet op til konkursen, herunder om Finanstilsynets rolle under dette forløb. Redegørelse skal offentliggøres, jf. § 352 a, stk. 2.

Af bemærkningerne til § 352 a (Lovforslaget L 91 af 12. december 2008) fremgår blandt andet:

”I en situation, hvor en finansiel virksomhed er gået konkurs, vil staten i nogle tilfælde direkte have stillet midler til rådighed eller mere indirekte for eksempel have stillet en tabsgaranti over for Danmarks Nationalbank.

I disse situationer vil der være en meget stor offentlig interesse i at få indsigt i, hvad der er foregået i relation til den finansielle virksomhed. Der må især forventes at være interesse i adgang til oplysninger omkring den regnskabsmæssige udvikling i virksomheden og Finanstilsynets rolle under forløbet op til konkursen. (...)

Det er på denne baggrund vurderingen, at der er behov for information til offentligheden generelt i disse situationer.

Det foreslås, at Finanstilsynet, når en finansiel virksomhed er erklæret konkurs, og staten har ydet garanti eller stillet midler til rådighed, får pligt til at udarbejde og efterfølgende offentliggøre en redegørelse for forløbet op til konkursen - herunder for Finanstilsynets rolle under dette forløb.

Med henblik på at sikre mest mulig offentlighed i konkurssituationen foreslås det samtidig, at den offentliggjorte redegørelse som udgangspunkt gerne må indeholde fortrolige oplysninger. Redegørelsen må dog ikke indeholde fortrolige oplysninger vedrørende kundeforhold eller tredje-mand, der har været involveret i en mulig overtagelse af den kriseramte virksomhed eller på anden måde har været involveret i bestræbelserne på at tilvejebringe en løsning på virksomhedens økonomiske problemer. Uden sidstnævnte undtagelse vil den foreslåede ændring kunne afholde

potentielle overtagende virksomheder fra at udvise interesse for kriseramte virksomheder generelt.

Med den foreslåede bestemmelse opnås mest mulig offentlighed samtidig med, at alle beskyttelsesværdige interesser respekteres. Lempelsen af Finanstilsynets generelle tavshedspligt gælder alene i forhold til den foreslåede lovpligtige redegørelse. Finanstilsynet kan – hvis der skønnes behov herfor – på eget initiativ udarbejde og offentliggøre supplementter til redegørelsen. (...)"

Finanstilsynet offentliggjorde sin redegørelse efter § 352 a for konkursen i A den 17. juni 2009. Den type undersøgelsesmateriale, der anmodes om aktindsigt i, relaterer sig til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til § 344 og er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1. Det forhold, at A A/S er gået konkurs, medfører ikke at Finanstilsynets tavshedspligt ophører. Videregivelse af oplysningerne er heller ikke mulig efter den udtømmende undtagelsesbestemmelse i § 354, stk. 6.

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 2. september 2010.

5) Kendelse af 23. juni 2011 (J.nr. 2010-0023585).

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Anders Hjulmand, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 1. januar 2011 har K1, K2, K3, K4 og K5 klaget over, at Finanstilsynet ved e-mail af 23. december 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i journalfortegnelsen vedrørende en klage over gennemførelsen af ... [en pensionskasses] ordinære generalforsamling den 28. april 2010.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet fra Finanstilsynet indhentet udtalelse og redegørelse har tilsynet den 1. februar 2011 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”1. Sagsfremstilling

Ved brev af 25. maj 2010 klagede K1, K2 og K3 over forløbet af ... [en pensionskasses] ... ordinære generalforsamling den 28. april 2010, idet bestyrelsen besluttede at anvende fuldmagtsregler, som ikke var i overensstemmelse med vedtægternes fuldmagtsregler, for alle afstemninger gennemført under generalforsamlingen, selvom vedtægtsændringerne først blev forelagt generalforsamlingen til godkendelse under et senere punkt på dagsordenen ...

Ved e-mail af 30. juni 2010 tilsluttede K4 sig klagen ... K5 har ved brev af 27. juli 2010 tilsluttet sig klagen ...

Ved brev af 12. december 2010 til Finanstilsynets direktion anmodede K1 om aktindsigt i journalfortegnelsen over sagens akter ...

Finanstilsynet meddelte ved e-mail af 23. december 2010 afslag på aktindsigt i journalfortegnelsen over sagens akter.

...”

Af Finanstilsynets afslag af 23. december 2010 fremgår blandt andet:

”Det følger af forvaltningslovens § 9, stk. 1, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Endvidere følger det af offentlighedsloven § 4, stk. 1, at enhver – med de undtagelser der følger af lovens §§ 7-14 – er berettiget til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

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

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

Finanstilsynet vil derfor ikke kunne efterkomme en eventuel anmodning om aktindsigt i sagens dokumenter og kan som følge heraf heller ikke udlevere en oversigt over sagens akter.”

I klageskrivelse af 1. januar 2011 har K1 på egne vegne og på vegne af K2, K3, K4 og K5 anført blandt andet:

”Vi skal her lade spørgsmålet om, hvorvidt vi i denne konkrete sag kan anses for part, henstå – uanset at sagen også har karakter af en god skik sag –, idet det er vores opfattelse, at vi allerede i kraft af den almindelige bestemmelse i offentlighedslovens § 4 har krav på aktindsigt. Undtagelsesbestemmelsen i § 354 i lov om finansiel virksomhed, jfr. offentlighedslovens § 14, stk. 1, finder således ikke anvendelse i denne sag.

Ifølge § 354, stk. 1, må Finanstilsynets ansatte ikke videregive de ”fortrolige” oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Vi forstår ganske enkelt ikke, hvordan Finanstilsynet – tilsyneladende uden nogen nærmere vurdering af klagesagens karakter – kan nå til, at der i forbindelse med vores klage i denne sag er tale om fortrolige oplysninger. Om forståelsen af dette begreb skal vi henvise til Erhvervsankenævnets kendelse af 3. juni 2010 (j.nr. 2010-0021305), der indeholder en gennemgang af forarbejderne til bestemmelsen. Heraf fremgår, at der ved fortrolige oplysninger forstås ”oplysninger om en finansiel virksomheds *forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige*”. Af forarbejderne fremgår endvidere, at tavshedspligten i høj grad er ”baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders ”kunder” og på et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte disse virksomheders ”*forretningsmæssige forhold*” (mine fremhævelser).

Den konkrete klagesag vedrører på ingen måde fortrolige oplysninger af den angivne art, idet den i al sin enkelthed drejer sig om, at pensionskassen på bestyrelsens foranledning – ifølge vores klage i strid med pensionskassens vedtægter – anvendte nye fuldmagtsregler under hele generalforsamlingen, uden at disse først var blevet forelagt generalforsamlingen til godkendelse. Der er altså tale om en lovfortolkning og om en juridisk vurdering af et sagsforløb, hvori alle de faktiske omstændigheder er kendt for enhver.

Bestyrelsens handlemåde var en medvirkende årsag til et nærmest kaotisk forløb af generalforsamlingen, hvilket med al ønskelig tydelighed fremgår af det 56 sider lange referat fra generalforsamlingen, som efterfølgende blev lagt på ... [pensionskassens] hjemmeside, ligesom spørgsmålet har været omtalt på pensionskassens debatsider.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i førnævnte udtalelse og redegørelse af 1. februar 2011 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”2. Afgørelsens retlige grundlag

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

...

Det fremgår af offentlighedslovens § 4, stk. 1, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan desuden give aktindsigt i videre omfang end fastsat i loven (meroffentlighed), medmindre andet følger af reglerne om tavshedspligt.

Efter offentlighedslovens § 14 er pligten til at meddele oplysninger begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Lov om finansiel virksomhed § 354 indeholder 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.

...

3. Finanstilsynets vurdering

Lov om finansiel virksomhed § 355 fastsætter, hvem der er part i forhold til Finanstilsynets afgørelser og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb. Det fremgår af sagen, ... er medlem af ... [pensionskassen]. Det er Finanstilsynets vurdering, at K1 på denne baggrund ikke kan betragtes som part i den konkrete sag, jf. lov om finansiel virksomhed § 355, og derfor ikke kan få aktindsigt i en oversigt over sagens dokumenter i medfør af forvaltningslovens § 9, hvorefter den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter.

Det skal herefter vurderes, om aktindsigt kan meddeles i henhold til offentlighedslovens regler.

Som anført oven for er retten til aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 4, stk. 1, begrænset, når der gælder særlige bestemmelser om tavshedspligt, jf. offentlighedslovens § 14. Tavshedspligten for Finanstilsynets ansatte i henhold til lov om finansiel virksomhed § 354 er en sådan lovbestemt tavshedspligt. Det betyder endvidere, at muligheden for at meddele aktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af offentlighedsloven, er begrænset af tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354.

Det afgørende er således, om oplysningerne i sagen er omfattet af den særlige tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354.

Tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 354 er begrundet i en række konkrete hensyn. Som det fremgår af bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed, jf. ovenfor, er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet er i den forbindelse af den opfattelse, at hensynet til, at alle skal have mulighed for at klage over finansielle virksomheder til Finanstilsynet og være beskyttet af tavshedsbestemmelsen, er et væsentligt hensyn. Oplysninger om hvilke tilsynsmæssige tiltag – om nogen – en klage har givet anledning til, er efter Finanstilsynets opfattelse fortrolig. De oplysninger eller indikationer, der kan udledes af Finanstilsynets journaloplysninger, herunder hvem Finanstilsynet har fundet grundlag for at rette henvendelse til og lignende, er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt og dermed undtaget fra aktindsigt.

Herudover skal det bemærkes, at hvis der meddeles aktindsigt i en specifik sag, der ellers kunne undtages fra aktindsigt efter offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser, vil Finanstilsynet i almindelighed være forpligtet til at efterkomme efterfølgende begæringer om aktindsigt i sagen. Dette vil medføre, at eksempelvis andre pensionselskaber vil kunne få aktindsigt i sagen efter offentlighedslovens bestemmelser.

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K1 ikke kan anses for part i medfør af lov om finansiel virksomhed § 355. Da K1 ikke kan anses for part, kan der ikke meddeles aktindsigt i henhold til forvaltningslovens regler.

Sagen, som K1 anmoder om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed af tavshedspligten i lov om finansiel virksomhed § 355. Dette medfører, at der ikke kan meddeles aktindsigt i en oversigt over sagens akter i henhold til reglerne i offentlighedsloven, jf. lovens § 14.

...”

Ved skrivelse af 28. februar 2011 har K1 yderligere anført blandt andet:

” ...

Om afvigelsen fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb er det tilsynets opfattelse, at afvigelsen er absolut. Dette stemmer dog ikke overens med den opfattelse, som Erhvervsankenævnet har givet udtryk for i sin kendelse af 3. juni 2010, citat ”Dog kan kunder, der klager over, at en finansiel virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den del af sagen,....”.

Om adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven anfører tilsynet: citat ”Det afgørende er, om oplysningerne i sagen er omfattet af den særlige tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed § 354”.

I konklusionen ... punkt 4. begrundes tilsynet sin afvisning på aktindsigt efter offentlighedsloven med, at sagen er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed af tavshedspligten i § 355 (der menes formentlig § 354). Tilsynet mener således tilsyneladende, at blot det faktum, at sagen er omfattet af tilsynsvirksomheden er nok til at afskære aktindsigt.

I henhold til § 354 stk.1 er tilsynets ansatte imidlertid alene forpligtet til at hemmeligholder fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Om fortrolighedsbegrebet i denne sammenhæng har Erhvervsankenævnet i sin kendelse af 3. juni 2010 udtalt: citat: ”Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige”.

Det er, som anført i vort brev af 1. januar 2011, hvortil i øvrigt henvises, vores opfattelse, at den konkrete sag slet ikke vedrører hverken forretningsmæssige forhold eller fortrolige oplysninger, men i realiteten alene en fortolkning af selskabslovens § 80 sammenholdt med nogle bestemmelser i lov om finansiell virksomhed, og at vi derfor er berettigede til aktindsigt.

Det skal endelig anføres, at det undrer os noget, at Finanstilsynet i nærværende sammenhæng, i sin redegørelse af 1. februar 2011, understreger, at sagen er omfattet af tilsynets tilsynsvirksomhed og dermed tavshedspligten, mens tilsynet i besvarelsen af klagen i brev af 28. januar 2011 til os anfører, at fortolkningen af selskabslovens § 80 ligger uden for tilsynets tilsynsvirksomhed, hvorfor man henviste os til at rette henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis vi måtte ønske at gå videre med sagen. ...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 18. marts 2011 bemærket:

” ...

1. Supplerende bemærkninger vedrørende adgang til aktindsigt som part.

...

Finanstilsynet skal bemærke, at tilsynet med god skik, prisoplysninger samt en række forbrugerbeskyttelsesregler ikke er omfattet af Finanstilsynets generelle tavshedspligt. Nærværende sag er imidlertid ikke en sag om god skik. Finanstilsynet skal således fastholdes, at K1 ikke er part i sagen.

2. Supplerende bemærkninger vedrørende fortrolige oplysninger og tilsynsvirksomhed

...

En række af selskabslovens regler finder i medfør af lov om finansiell virksomhed § 116, jf. § 114, anvendelse med de fornødne tilpasninger på

tværgående pensionskasser ... Tværgående pensionskasser er således eksempelvis omfattet af selskabslovens § 80 om kapitalejeres ret til at møde på generalforsamling ved fuldmagt, herunder af § 80, stk. 3, hvorefter en fuldmægtig med fuldmagter fra flere kapitalejere kan stemme forskellige på vegne af de forskellige kapitalejere. Det centrale spørgsmål i den materielle del af klagen, som K1 m.fl. indgav til Finanstilsynet den 26. maj 2010, er efter Finanstilsynets opfattelse, hvorvidt medlemmerne kan stemme med flere fuldmagter end de to fuldmagter pr. medlem, som ... [pensionskassens] vedtægter tillod, inden de blev ændret. Det er i den forbindelse afgørende, om begrænsningen i vedtægterne var blevet ugyldig med ikrafttrædelsen af selskabslovens § 80, jf. lov om finansiel virksomhed § 116, stk. 1, og § 114, stk. 3. Selskabsloven, herunder den nærmere fortolkning og administration af loven, henhører under Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kompetence. Det var herefter Finanstilsynets vurdering, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen var kompetent til at tage stilling til det konkrete fortolkningsspørgsmål.

Det skal bemærkes, at når Finanstilsynet modtager en klage over en virksomhed under tilsyn, som ikke vedrører god skik, indgår disse oplysninger i det løbende tilsyn med virksomheden. Finanstilsynet kan på grund af tavshedspligtreglerne imidlertid ikke give klageren yderligere informationer om tilsynet med virksomheden, herunder om Finanstilsynets vurdering af klagen.

Som anført i Finanstilsynets svarskrift af 1. februar 2011 er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. Oplysninger om hvilke tilsynsmæssige tiltag – om nogen – en klage har givet anledning til, er efter Finanstilsynets opfattelse fortrolig. De oplysninger eller indikatorer, der kan udledes af en sags journaloplysninger kan indeholde sådanne fortrolige oplysninger, og er dermed omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

Det bemærkes, at de fleste klager fra kunder grundlæggende vedrører lovtolkning, idet Finanstilsynet vurderer, om virksomheden overtræder lovgivningen ved en bestemt handlemåde. Det fortrolige element ligger i Finanstilsynets vurdering og eventuelle kommunikation med virksomheden.
...”

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

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

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

K1, K2, K3, K4 og K5 er således ikke parter 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 finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

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

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informati-

onsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

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

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

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

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

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

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

synsvirksomheden, 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 K1, K2, K3, K4 og K5 heller ikke har aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 23. december 2010.

6) Kendelse af 2. september 2011 (J.nr. 2011-0023578).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Suzanne Helsteen, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. december 2010 har K klaget over, at Finanstilsynet den 10. december 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i statusskema P115 for undersøgelse i A [pengeinstitut]. Finanstilsynet har efter fornyet gennemgang af sagen ved skrivelse af 11. februar 2011 truffet en ny afgørelse, som K den 15. februar 2011 har klaget over.

Sagens omstændigheder:

K anmodede pr. e-mail den 25. november 2010 Finanstilsynet om aktindsigt i henhold til offentlighedsloven i et statusskema (P115) ”Statusskema for pengeinstitutter – Investorbeskyttelse” vedrørende A [pengeinstitut] og om bilag, der måtte være vedhæftet eller omtalt i skemaet, samt eventuelle lignende forhold, som var omfattet af offentlighedsloven.

Finanstilsynet meddelte ved e-mail af 10. december 2010 K afslag på anmodningen med henvisning til, at skemaet, som han ønskede aktindsigt i, ikke var anvendt i forbindelse med tilsyn med A. Af afgørelsen fremgår blandt andet:

”Jeg kan oplyse dig, at Finanstilsynets tilsynsvirksomhed er tilrettelagt sådan, at man med tilsynet af de største finansielle virksomheder (herunder A) foretager et såkaldt funktionstilsyn, som har et meget specifikt fokus på bestemte og varierende områder. I forbindelse hermed anvendes ”Statusskema (P115) Statusskema for pengeinstitutter – Investorbeskyttelser” ikke. Finanstilsynet har således ikke mulighed for at imødekomme din begæring om aktindsigt i ovennævnte statusskema for A.
...”

K påklagede den 30. december 2010 denne afgørelse til Erhvervsankenævnet.

Efter en fornyet gennemgang af henvendelsen meddelte Finanstilsynet den 11. februar 2011 aktindsigt i sagen vedrørende Finanstilsynets undersøgelse af A's overholdelse af reglerne om investorbeskyttelse. Af denne skrivelse fremgår blandt andet:

”Finanstilsynet har besluttet at foretage en fornyet vurdering af din aktindsigtsanmodning af 25. november 2010 som en anmodning omhandlende A's investorbeskyttelse.

Finanstilsynet kan oplyse, at tilsynet i marts 2009 gennemførte en temaundersøgelse af A's efterlevelse af MiFID reglerne. ...

Finanstilsynet giver dig i overensstemmelse med det ovenfor anførte, jf. § 4 stk. 1, 1. pkt., aktindsigt i følgende dokumenter fra sagen:

- 1) Finanstilsynets indkaldelsesbrev til undersøgelsen
- 2) A's følgebrev til undersøgelsesmateriale
- 3) MiFID inducement questionnaire, udfyldt af A
- 4) A's informationsmateriale om finansielle instrumenter
- 5) A's politikker for ordredførelse og ordreforbidling
- 6) Den afsluttende undersøgelsesrapport for A

...

Derudover vedlægges den samlede rapport for undersøgelserne i de fire pengeinstitutter. Rapporten kan desuden findes elektronisk på Finanstilsynets hjemmeside.

Af offentlighedslovens § 12, stk. 2 fremgår det, at retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed oplysningerne angår.

Finanstilsynet har på den baggrund besluttet at undtage følgende dokumenter fra aktindsigt.

- 1) A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning
 - 2) Tjekliste, anvendt overfor bestemte kundegrupper
 - 3) A's forretningsgange for ordreførelse og "best execution"
 - 4) A's forretningsgange relateret til præmiering
 - 5) A's provisionssatser
- ..."

Ved skrivelse af 15. februar 2011 klagede K til Erhvervsankenævnet over afgørelsen, og anførte i den forbindelse:

"...

Afgørelsen indbringes hermed for Erhvervsankenævnet, begrundet med at der ønsket aktindsigt i punkterne ...,

- 1) A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning
- 2) Tjekliste, anvendt overfor bestemte kundegrupper
- 4) A's forretningsgange relateret til præmiering

Afslaget på aktindsigt begrundes med Offentlighedslovens § 12, stk..2.

Klager mener, at det er uforståeligt at Finanstilsynet er af den opfattelse, at det er af væsentlig økonomisk betydning for A at dette ikke udleveres.

Aktindsigten begrundes med, at det udelukkende er til eget brug der ønskes aktindsigt i de ønskede forretningsgange.

..."

I en af Erhvervsankenævnet fra Finanstilsynet indhentet udtalelse og redegørelse har tilsynet om sagens retlige omstændigheder i en skrivelse dateret den 22. februar 2011 – modtaget i ankenævnet den 22. marts 2011 – anført:

"...

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Lov om finansiel virksomhed

Det følger af lov om finansiel virksomheds § 354, stk. 1, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffeloven er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Den skærpede tavshedspligt i § 354, stk. 1, finder ifølge stk. 3 ikke anvendelse i blandt andet sager om god skik og prisoplysning jf. § 43 og bekendtgørelser udstedt i medfør af denne bestemmelse. Bekendtgørelse nr. 964 af 30. september 2009 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel er fastsat med hjemmel i lov om finansiel virksomheds § 43.

Aktindsigt i disse oplysninger er således ikke begrænset af den skærpede tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed, men kan være det i medfør af offentlighedsloven.

2.2. Offentlighedsloven

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

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

Af offentlighedslovens § 7, stk. 1, nr. 1, fremgår, at retten til aktindsigt ikke omfatter en myndigheds interne arbejdsdokumenter, som er udarbejdet af myndigheden selv til eget brug. Det kan eksempelvis være et dokument, der afspejler myndighedens egne interne overvejelser med hensyn til en sags behandling eller afgørelse.

Af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, fremgår endvidere, at retten til tavshedspligt ikke omfatter oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold og oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed oplysningerne angår, at begæringen ikke imødekommes.

Det fremgår af vejledningen om offentlighedsloven, at anvendelsen af undtagelsen i § 12 forudsætter, at der i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret afvejning. Bestemmelsen er kun anvendelig, hvis der efter en konkret bedømmelse må antages at være nærliggende risiko for, at der påføres den, oplysningerne vedrører, et økonomisk tab. I tilfælde, hvor der kan være begrundet tvivl om, hvorvidt en begæring om aktindsigt bør afslås efter bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 2, vil det være nærliggende at indhente en udtalelse fra den, oplysningen vedrører, for at få belyst risikoen for, at aktindsigt vil påføre virksomheden tab. En sådan udtalelse er ikke bindende for myndigheden, der må træffe afgørelse ud fra en selvstændig afvejning.

3. Finanstilsynets vurdering

Som anført ovenfor omfatter den udvidede tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed ikke oplysninger vedrørende god skik og prisoplysning. Det afgørende i den konkrete sag har derfor været, om der gør sig forhold gældende, der kan begrunde en fravigelse af aktindsigten i medfør af offentlighedsloven.

Indledningsvis skal Finanstilsynet meddele, at tilsynets afslag på aktindsigt i ”tjekliste, anvendt overfor bestemte kundegrupper” beror på en fejl. Tjeklisten er ikke omfattet af undtagelsesbestemmelserne i offentlighedsloven, hvorfor tilsynet har sendt en kopi af denne liste til K.

Hvad angår de øvrige dokumenter, som klagen vedrører, skal tilsynet fastholde, at disse er af væsentlig økonomisk betydning for A, hvorfor begæring om aktindsigt ikke kan imødekommes.

A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning indeholder en detaljeret beskrivelse af, hvordan banken har tilrettelagt den praktiske håndtering af kunder, der ønsker at modtage rådgivning om og foretage værdipapirhandel i banken. Forretningsgangene angiver bl.a. hvilke konkrete kriterier, den enkelte rådgiver skal anvende i rådgivningen og håndteringen af kunderne, hvilke typer værdipapirer en kunde skal tilbydes, samspillet mellem bankens it-systemer, anvendelsen af bankens elektroniske hjælpeværktøjer samt hvilke konkrete registreringer, medarbejderen skal foretage, og hvordan rådgivningen registreres og dokumenteres i it-systemerne.

Forretningsgangen for præmiering angiver, hvem der tager stilling til anmodninger om samarbejder og provisionsudbetalinger, samt i hvilket omfang banken vil indgå aftaler sådanne aftaler.

Forretningsgangene giver dermed en komplet anvisning på, hvordan et pengeinstitut kan indrette og tilrettelægge sin investeringsrådgivning, så denne opfylder kravene i bekendtgørelsen om investorbekskyttelse. Ligeledes angiver dokumenterne den forretningsmodel, virksomheden har opstillet på området. En sådan anvisning repræsenterer efter Finanstilsynets opfattelse en væsentlig økonomisk værdi for banken, ligesom den vil gøre det over for andre erhvervsdrivende.

A, som blev hørt i forbindelse med behandlingen af K's begæring om aktindsigt, har bekræftet Finanstilsynets vurdering af materialet.

Det er ikke skønnet muligt at udskille enkelte oplysninger fra dokumenterne, som ikke er omfattet af § 12, stk. 1, nr. 2, hvorfor dokumenterne er undtaget i deres helhed, jf. § 12, stk. 2.

Finanstilsynet tog ikke i forbindelse med K's anmodning eksplicit stilling til de håndskrevne notater, der er anført i "A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning". Disse er undtaget under henvisning til offentlighedslovens § 7, stk. 1, nr. 1, da der er tale om Finanstilsynets interne notater til brug for den praktiske gennemførelse af inspektionen ved A.

Finanstilsynet skal afslutningsvis anføre, at tilsynet ikke tillægger K's oplysning om, at han alene agter at benytte oplysningerne til eget brug vægt ved vurderingen. Formålet med en begæring om aktindsigt er således uden betydning ved vurderingen af, om oplysningerne kan undtages fra aktindsigt i medfør af § 12, ligesom anmoderen hverken er forpligtet til at oplyse sit formål med begæringen, og ej heller er bundet af dette efterfølgende.

...

K har i skrivelse af 31. marts 2011 anført, at han kun vil anmode om kopi af A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning. Af skrivelsen fremgår i øvrigt blandt andet:

” Og yderligere begrunde at bestemmelsen i Offentlighedsloven § 12, stk. 2. må være gensidig, og må således være gældende for såvel forfatteren til dokumentet som den der søger aktindsigt, idet dokumentet ved udlevering til Finanstilsynet må betragtes som A's bevis for, at A overholder nogle regler, og jeg vil bemærke at det kan være af økonomisk interesse for mig at dokumentet udleveres, ligesom ønsker om aktindsigt i almindelighed vil være begrundet i økonomiske overvejelser.

På baggrund af, at Finanstilsynet har spurgt A om Deres stilling til udlevering af de ønskede dokumenter har jeg noteret at A ikke ønsker denne udlevering fordi De er af den opfattelse at det muligvis vil kunne medføre et økonomisk tab for A, hvilket kun kan ske såfremt A ikke overholder de gældende love.

Men det er vel ikke meningen med Offentlighedsloven at man kan undgå tab ved, at nægte eller afvise ønsker udlevering af dokumenter – som er udleveret til Finanstilsynet ved tilsynets kontrol af om A overholder dels egne regler og dels bekendtgørelsen om investorbeskyttelse, som begge er underlagt Finanstilsynets kontrol.

Finanstilsynet anfører ... det grundlag som A har udarbejdet sine forretningsgange efter, og er udarbejdet som en følge af investorbeskyttelses bekendtgørelsen og i forbindelse med Finanstilsynets besøg er udleveret af A til dokumentation for overholdelse af disse regler om beskyttelse af investorer.

Finanstilsynet anfører ... at dokumenterne er adskilt i ovennævnte punkter 1) 2) og 4) idet jeg har bemærket at de er udleveret til Erhvervsankenævnet.

Aktindsigten begrundes fortsat med at det udelukkende er til eget brug der ønskes aktindsigt i de ønskede forretningsgange, så en væsentlig økonomisk værdi for banken ikke ses at lide skade eller opstå ved og i forbindelse med udlevering af dokumentet til én person.
...”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 14. april 2011 bemærket:

” ...

Finanstilsynet skal fastholde det tidligere anførte om, at afslag på aktindsigt er givet med henvisning til offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Som tidligere anført indeholder forretningsgangene en detaljeret beskrivelse af, hvordan banken har tilrettelagt den praktiske håndtering af kunder, der ønsker at modtage rådgivning om og foretage værdipapirhandel i banken. Således angives bl.a. hvilke konkrete kriterier, den enkelte råd-

giver skal anvende i rådgivningen og håndteringen af kunderne, hvilke typer værdipapirer en kunde skal tilbydes, samspillet mellem bankens it-systemer, anvendelsen af bankens elektroniske hjælpeværktøjer samt hvilke konkrete registreringer, medarbejderen skal foretage, og hvordan rådgivningen registreres og dokumenteres i it-systemerne.

Forretningsgangene giver dermed en komplet anvisning på, hvordan et pengeinstitut kan indrette og tilrettelægge sin investeringsrådgivning, så den opfylder kravene i bekendtgørelsen om investorbekyttelse. Ligeledes angiver dokumenterne den forretningsmodel, virksomheden har opstillet på området.

Det er Finanstilsynet opfattelse, at sådanne anvisninger repræsenterer en væsentlig økonomisk værdi for banken, ligesom den vil gøre det over for andre erhvervsdrivende. Afslaget på aktindsigt begrundes således ikke i bankens eventuelle økonomiske interesse i at kunne skjule eventuelle fejl i rådgivningen ved at afslå aktindsigt i generelle forretningsgange. Den økonomiske interesse knytter sig derimod til den værdi, som bankens forretningsmodel og rådgivningsstruktur repræsenterer. Det gælder både konkret for banken selv og potentielt for andre erhvervsdrivende på området, der ville kunne kopiere forretningsmodellen.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at kunder i et pengeinstitut har mulighed for at indgive klage over blandt andet rådgivning til pengeinstitut-ankenævnet under visse betingelser – herunder blandt andet, at der som udgangspunkt skal være tale om et privatkunde-forhold.

Derudover skal det bemærkes, at en kunde i et pengeinstitut har mulighed for at anlægge et civilt søgsmål ved domstolene, og her kan retten ved en editionskendelse beslutte, at forretningsgangene vedrørende investeringsrådgivning skal udleveres.

Afslutningsvis skal Finanstilsynet gentage, at det er uden betydning, at det alene er én person, der anmoder om aktindsigt i dokumenterne til personligt brug. Som tidligere anført, er formålet med en begæring om aktindsigt uden betydning ved vurderingen af, om oplysningerne kan undtages fra aktindsigt i medfør af § 12, ligesom anmoderen hverken er forpligtet til at oplyse sit formål med begæringen, og ej heller er bundet af dette efterfølgende.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

På baggrund af Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2011 anser ankenævnet klagen af 30. december 2010 for bortfaldet og behandler derfor ikke denne.

K har i skrivelse af 31. marts 2011 præciseret, at klage over afslag på aktindsigt alene vedrører A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning, og ankenævnet behandler derfor alene denne del af klagen af 15. februar 2011.

K er 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.

Ifølge § 12, stk. 1, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen ikke imødekommes.

Ankenævnet kan under henvisning hertil tiltræde, at Finanstilsynet ikke har imødekommet anmodningen om aktindsigt i A's forretningsgange vedrørende investeringsrådgivning.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2011 i det omfang, den er påklaget.

7) Kendelse af 2. september 2011 (J.nr. 2011-0024373).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

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

(Suzanne Helsteen, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 2. april 2011 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 14. marts 2011 har nægtet at imødekomme anmodning om aktindsigt i nogle nærmere angivne akter i Finanstilsynets j.nr. 6252-0314 vedrørende tilsynets un-

dersøgelse af A's [pengeinstitut] overholdelse af investorbekyttelsesreglerne. I skrivelsen har K endvidere anmodet om, at det pålægges Finanstilsynet at udlevere de dokumenter, som er udleveret, men som er på engelsk, oversat til dansk.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet fra Finanstilsynet indhentet udtalelse og redegørelse har tilsynet den 6. maj 2011 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

”1. Sagsfremstilling

K anmodede pr. e-mail den 24. februar 2011 Finanstilsynet om aktindsigt i henhold til offentlighedsloven i ”de foreliggende sagsakter og besvarelse fra A A/S i forbindelse med ovennævnte påbud og efterlevelse af de beskrevne påbud omkring Finanstilsynets undersøgelse i A A/S”. Han anførte, at aktindsigten kunne begrænses til at omfatte bilag vedrørende kundeklassificering, risikoadvarsel og MiFiD test.

Finanstilsynet bad den 28. februar 2011 K om at angive, hvilke konkrete sagsakter han ønskede aktindsigt i med henvisning til, at der var tale om omfattende sagsmateriale, og det var vanskeligt at foretage en konkret afgrænsning af anmodningen. Finanstilsynet fremsendte i den forbindelse en udskrift over sagsakter fra tilsynets journalsystem til K. K oplyste herefter, hvilke konkrete dokumenter, han ønskede aktindsigt i. Anmodningen blev delvist imødekommet den 14. marts 2011. Tilsynet undtog dog to akter fra aktindsigt, med henvisning til offentlighedslovens § 12, stk. 2. ...

...

K rettede efterfølgende den 19. marts 2011 henvendelse til Finanstilsynet, da han mente, at han ikke havde modtaget alle dokumenter, ligesom han efterlyste danske versioner af visse dokumenter. Finanstilsynet besvarede henvendelsen, hvor de manglende akter blev genfremsendt ...

...”

I Finanstilsynets afgørelse af 14. marts 2011 hedder det:

” Meddelelse om aktindsigt

I forlængelse af din anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets undersøgelse af A's overholdelse af investorbekyttelsesreglerne, j. nr. 6252-0314, udbad du pr. mail af 28. februar 2011 aktindsigt i følgende akter fra sagen:

- 301018
- 304679
- 304784
- 311318
- 311915
- 311918

- 311921
- 311928
- 328994
- 328996

Finanstilsynet giver dig i overensstemmelse med det ovenfor anførte, og jf. offentlighedslovens § 4 stk. 1, 1. pkt., aktindsigt i dokumenterne, dog med nedenstående undtagelse.

...

Af offentlighedslovens § 12, stk. 2 fremgår det, at retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed oplysningerne angår.

Finanstilsynet har på den baggrund besluttet at undtage følgende dokumenter fra aktindsigt.

- 6) Akt nr. 311916 – forretningsgang for kundeklassificering og investeringsrådgivning for ”Client Trading Services function”, bilag 2 (vedhæftning til akt. nr. 311918).
- 7) Akt. nr. 311919 – forretningsgang for kundeklassificering og investeringsrådgivning for ”Trading Advisory function”, bilag 3 (vedhæftning til akt nr. 311921).

...”

I klageskrivelse af 2. april 2011 har K anført blandt andet:

”Jeg forstår ikke denne afvisning, dels fordi jeg – som person – ikke har mulighed for at kunne skade A A/S ved at erhverve kendskab til de dokumenter der foreligger i sagen.

Det kan hertil tilføjes at jeg ikke har været, eller er, eller påtænker at blive kunde i A A/S.

Dokumenterne er alene et bevis for at A A/S overholder de gældende regler i forhold til investorbeskyttelsesbekendtgørelsen.

Bestemmelsen i Offentlighedsloven § 12, stk. 2. må være gensidig, og må således være gældende for såvel forfatteren til dokumentet som den der søger aktindsigt, idet dokumentet ved udlevering til Finanstilsynet må betragtes som A A/S's bevis for, at A A/S overholder de gældende regler om investorbeskyttelse, og jeg vil bemærke at det kan være af økonomisk interesse for mig at dokumenterne udleveres, men ikke overfor A A/S, ligesom ønsker om aktindsigt i almindelighed vil være begrundet i økonomiske overvejelser.

Men det er vel ikke meningen med Offentlighedsloven at man kan undgå eventuelle tab ved, at nægte eller afvise ønsker om udlevering af dokumenter – som er udleveret til Finanstilsynet ved tilsynets kontrol af om A

A/S overholder bekendtgørelsen om investorbekyttelse, som er underlagt Finanstilsynets kontrol.

Aktindsigten begrundes med at det udelukkende er til eget brug der ønskes aktindsigt i de ønskede dokumenter, så en væsentlig økonomisk værdi for banken kan ikke ses at lide skade eller opstå ved og i forbindelse med udlevering af dokumenterne til én person.

Erhvervsankenævnet bedes tage stilling til rimeligheden af, at visse af de udleverede dokumenter mellem Finanstilsynet og A A/S er på engelsk, hvilket ikke er rimeligt.

Dette medfører uforholdsvist store udgifter for den der søger aktindsigt til at få oversat disse juridiske dokumenter fra engelsk til dansk som skal ske ved autoriseret oversættelse for at kunne anvendes.

Det syntes helt urimeligt at der føres korrespondance på engelsk mellem en dansk myndighed, og en dansk bank omkring overholdelse af dansk lovgivning.

Jeg skal derfor anmode Erhvervsankenævnet pålægge Finanstilsynet at udlevere de ønskede dokumenter nævnt i Finanstilsynets skrivelse af 14. marts 2011, samt udlevere det tidligere fremsendte materiale på dansk.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i førnævnte udtalelse og redegørelse af 6. maj 2011 om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Lov om finansiel virksomhed

Det følger af lov om finansiel virksomheds § 354, stk. 1, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffeloven er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Den skærpede tavshedspligt i § 354, stk. 1, finder ifølge stk. 3 ikke anvendelse i blandt andet sager om god skik og prisoplysning jf. § 43 og bekendtgørelser udstedt i medfør af denne bestemmelse. Bekendtgørelse nr. 964 af 30. september 2009 om investorbekyttelse ved værdipapirhandel er fastsat med hjemmel i lov om finansiel virksomheds § 43.

Aktindsigt i disse sager er således ikke begrænset af den skærpede tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed, men kan være det i medfør af offentlighedsloven.

2.2. 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. Det følger af den kommenterede offentlighedslov (John Vogter,

1998) side 118, at bestemmelsen kun giver ret til aktindsigt i de dokumenter, der eksisterer i forbindelse med sagen på tidspunktet for begæringens fremsættelse. Myndigheden er derfor ikke forpligtet til at tilvejebringe oplysninger, som ikke allerede foreligger i sagen.

Folketingets Ombudsmand har i J.nr. 197-3490-908 (Undersøgelse af et antal sager om aktindsigt fra Told- og Skattestyrelsen) udtalt:

”Loven giver derfor som udgangspunkt ikke borgerne ret til aktindsigt i fremtidige dokumenter, ret til at oplysninger og dokumenter bliver sammenstillet eller bearbejdet til nye dokumenter, eller ret til at der foretages ændringer i allerede foreliggende dokumenter.”

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

Af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, fremgår endvidere, at retten til tavshedspligt ikke omfatter oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold og oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed oplysningerne angår, at begæringen ikke imødekommes.

Det fremgår af vejledningen om offentlighedsloven, at anvendelsen af undtagelsen i § 12 forudsætter, at der i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret afvejning. Bestemmelsen er kun anvendelig, hvis der efter en konkret bedømmelse må antages at være nærliggende risiko for, at der påføres den, oplysningerne vedrører, et økonomisk tab. I tilfælde, hvor der kan være begrundet tvivl om, hvorvidt en begæring om aktindsigt bør afslås efter bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 2, vil det være nærliggende at indhente en udtalelse fra den, oplysningen vedrører, for at få belyst risikoen for, at aktindsigt vil påføre virksomheden tab. En sådan udtalelse er ikke bindende for myndigheden, der må træffe afgørelse ud fra en selvstændig afvejning.

3. Finanstilsynets vurdering

3.1. Afslaget på aktindsigt

Finanstilsynet skal indledningsvis gøre opmærksom på, at dokumenterne beskrevet i punkt 2) og punkt 3) i K's klage er ét og samme dokument. Klagen vedrører derfor rettelig to og ikke tre dokumenter.

Som anført ovenfor omfatter den udvidede tavshedspligt i lov om finansiel virksomhed ikke oplysninger vedrørende god skik og prisoplysning. Det afgørende i den konkrete sag har derfor været, om der gør sig forhold gældende, der kan begrunde en fravigelse af aktindsigten i medfør af offentlighedsloven.

Finanstilsynet fastholder, at to dokumenter, som sagen vedrører, er af væsentlig økonomisk betydning for A, hvorfor begæring om aktindsigt ikke kan imødekommes.

Dokumenterne betegnet ”Client Trading Services Purpose Paper” og ”Trading Advisory Purpose Paper” vedrører kundeklassificering og investeringsrådgivning – de vedlægges som bilag ...

Forretningsgangene giver en komplet anvisning på, hvordan et pengeinstitut kan indrette og tilrettelægge sin investeringsrådgivning, så denne opfylder kravene i bekendtgørelsen om investorbeskyttelse. Ligeledes kortlægger dokumenterne den forretningsmodel, virksomheden har opstillet på området. En sådan anvisning repræsenterer efter Finanstilsynets opfattelse en væsentlig økonomisk værdi for banken, ligesom den vil gøre det over for andre erhvervsdrivende.

Det er ikke skønnet muligt at udskille enkelte oplysninger fra dokumenterne, som ikke er omfattet af § 12, stk. 1, nr. 2, hvorfor dokumenterne er undtaget i deres helhed, jf. § 12, stk. 2.

Finanstilsynet skal afslutningsvis i forhold til spørgsmålet om aktindsigt anføre, at tilsynet ikke tillægger K's oplysning om, at han alene agter at benytte oplysningerne til eget brug vægt ved vurderingen. Formålet med en begæring om aktindsigt er således uden betydning ved vurderingen af, om oplysningerne kan undtages fra aktindsigt i medfør af § 12, ligesom anmoderen hverken er forpligtet til at oplyse sit formål med begæringen, og ej heller er bundet af dette efterfølgende.

3.2. Sprog på dokumenter

Finanstilsynet har i forbindelse med den konkrete sag skønnet, at de engelsksprogede versioner af dokumenterne har været tilstrækkelige til at vurdere virksomhedens overholdelse af investorbeskyttelsesreglerne. Finanstilsynet har derfor ikke i forbindelse med inspektionssagen fundet det nødvendigt at anmode A om dansksprogede udgaver.

Dokumenterne foreligger således alene på engelsk, og Finanstilsynet finder ikke, at offentlighedsloven giver K krav på, at der bliver udarbejdet danske versioner af de engelske dokumenter. Finanstilsynet skal henvise til Folketingets Ombudsmands udtalelse, hvorefter borgeren ikke har ret til at dokumenter bliver bearbejdet eller ændret som led i meddelelse af aktindsigt.

Finanstilsynet skal i den forbindelse understrege, at dokumenterne er brugt i forholdet mellem tilsynet og A, og der ikke er tale om dokumenter, der pålægger borgere pligter eller på anden vis direkte berører andre end A og Finanstilsynet.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K er 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.

Ifølge § 12, stk. 1, nr. 2, omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningen angår, at begæringen ikke imødekommes.

Ankenævnet kan under henvisning hertil tiltræde, at Finanstilsynet ikke har imødekommet anmodningen om aktindsigt i ”Akt nr. 311916 – forretningsgang for kundeklassificering og investeringsrådgivning for ”Client Trading Services function” samt Akt. nr. 311919 – forretningsgang for kundeklassificering og investeringsrådgivning for ”Trading Advisory Function”. Det tiltrædes videre, at det ikke er muligt at udskille enkelte oplysninger fra dokumenterne, som ikke er omfattet af § 12, stk. 1, nr. 2, hvorfor dokumenterne undtages fra aktindsigt i deres helhed, jf. § 12, stk. 2.

Af K's klage fremgår, at han anmoder Erhvervsankenævnet om at pålægge Finanstilsynet at udlevere de dokumenter, som er udleveret, men som er på engelsk, oversat til dansk.

Det tiltrædes af de af Finanstilsynet anførte grunde, at disse dokumenter ikke kan kræves oversat til dansk.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 14. marts 2011.

8) Kendelse af 17. november 2011 (J.nr. 2011-0024107).

Ikke partsstatus og ikke imødekommet anmodning om aktindsigt.

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

(Anders Hjulmand, Elisabeth Stamer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. februar 2011 har advokat A som kurator for K ApS under konkurs klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 7. februar 2010 har nægtet at imødekomme en anmodning om aktindsigt i ansøgninger fra B til Finanstilsynet vedrørende erhvervelse af kvalificeret ejerandel i C A/S, jf. lov om finansiel virksomhed § 61.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet fra Finanstilsynet indhentet redegørelse over sagens faktiske omstændigheder har tilsynet den 15. marts 2011 udtalt:

”Ved e-mail af 1. februar 2011... har advokat A i sin egenskab af kurator for K ApS under konkurs anmodet om aktindsigt i ansøgning til Finanstilsynet vedr. ejerforholdene for C A/S.

”Til brug for Finanstilsynets vurdering af ansøgningen om aktindsigt fremsendtes 2. februar 2011 e-mail til advokat A med anmodning om en uddybning af, hvilke forhold der ønskedes aktindsigt i

Advokat A præciserede herefter, jf. **e-mail af 3. februar** ..., at der anmodedes om aktindsigt i ansøgninger fra B til Finanstilsynet vedrørende erhvervelse af kvalificeret ejerandel i C A/S, jf. lov om finansiel virksomhed § 61.”

Ved afgørelse af 7. februar 2011 meddelte Finanstilsynet, at anmodningen ikke kunne imødekommes. Af begrundelsen fremgår:

”Begrundelse

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

...

Efter § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, jf. lovbekendtgørelse nr. 1125 af 23. september 2010, er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om.

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

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

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, den pågældende kan anses for at være part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

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

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

I klageskrivelse af 17. februar 2011 har advokat A anført blandt andet:

”Finanstilsynets udgangspunkt lader til at være, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Dette anser jeg for ukorrekt.

Hovedreglen er, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling jf. offentlighedslovens § 4, stk. 1, 1. pkt. Tavshedspligten indtræder først, når en forvaltningsmyndighed giver aktindsigt i videre omfang jf. offentlighedslovens § 4, stk. 1, 2. pkt.

Min ansøgning vedrører ikke aktindsigt i ”videre omfang” jf. § 4, stk. 1, 2. pkt.”

I førnævnte redegørelse af 15. marts 2011 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder udtalt:

»

2. Afgørelsens retlige grundlag

...

Bestemmelserne i FiL [lov om finansiel virksomhed] § 354 stk. 2-12 præciserer og gør undtagelse til den i henhold til FiL § 354, stk. 1 fastsatte tavshedspligt.

Efter forvaltningslovens (FVL) § 9 gælder en i forhold til offentlighedslovens regler udvidet adgang til at opnå aktindsigt; ...

Aktindsigt i henhold til § 9 i FVL er efter bestemmelsens stk. 1 begrænset til parter.

Hvem der i en sag omfattet af FiL i forholdet til Finanstilsynet anses for part er fastlagt i FiL § 355.

3. Finanstilsynets vurdering

...

Det lovtekniske udgangspunkt efter OFL § 4, stk. 1, 1. pkt. er, at enhver har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Der kan efter OFL § 4, stk. 1, 2. pkt. gives aktindsigt i et vist videre omfang.

Udgangspunktet om aktindsigt – såvel efter OFL § 4, stk. 1, 1. og 2. pkt. - modificeres imidlertid af bestemmelserne i OFL §§ 7-14, hvoraf § 14 indskrænker adgangen til aktindsigt i tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning, herunder FiL § 354, stk. 1, er fastsat regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1 retter sig mod fortrolige oplysninger som Finanstilsynets medarbejdere får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Det overordnede hensyn bag den for Finanstilsynets medarbejdere særligt gældende tavshedspligt er som anført i Finanstilsynets afgørelse af 7. februar 2011 ... Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med virksomhederne i hvilken forbindelse det er bydende nødvendigt, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne således kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

De oplysninger som der i det konkrete forhold ønskes aktindsigt i er tilgået Finanstilsynet qua tilsynets virke som tilsynsvirksomhed og afgørende er herefter om forespørgslen om aktindsigt omfatter fortrolige oplysninger, idet OFL § 14 i påkommende fald *ikke* giver adgang til den ønskede aktindsigt.

Ved afgørelsen af om der er tale om fortrolige oplysninger er udgangspunktet, at alle oplysninger, som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab er fortrolige og derfor omfattes af tavshedspligten efter Fil § 354, stk. 1, herunder gælder det, at alle oplysninger, som Finanstilsynet modtager om virksomhedernes forhold – og som ikke på anden vis gennem medier el. lign. er offentliggjort/tilgængelige – er fortrolige og dermed undergivet tavshedspligten efter Fil § 354, stk. 1.

De oplysninger der ønskes aktindsigt i må på denne baggrund anses for at være omfattet af tavshedspligten efter Fil § 354, stk. 1 og er dermed udelukket fra aktindsigt med hjemmel i OFL § 14.

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

Som anført ovenfor gælder der efter FVL § 9 en - i forhold til reglerne i OFL - udvidet adgang til aktindsigt.

Denne udvidede adgang til aktindsigt er imidlertid forbeholdt parter. FiL § 355 definerer hvem der i henhold til FiL over for Finanstilsynet skal/kan anses som part og bestemmelsens stk. 1 anfører herom følgende:

...

Klager omfattes ikke af den i [FiL § 355,] stk. 1 nævnte personkreds.

FiL § 355, stk. 2-6 angiver yderligere fysiske og juridiske personer, der anses som parter over for Finanstilsynet, men klager omfattes heller ikke af den heri anførte personkreds. Herunder fremhæves særligt, at klager ikke omfattes af personkredsen i FiL § 355, stk. 2, nr. 5, der som part bl.a. angiver ”den påtænkte erhverver eller besidderen af en kvalificeret andel, når Finanstilsynet behandler sager om godkendelse af erhvervelse, jf. §§ 61, 61 a og 61 b (...).”

4. Konklusion

Det er Finanstilsynets opfattelse, at de oplysninger klager ønsker aktindsigt i omfattes af den for Finanstilsynets medarbejdere gældende tavshedspligt i henhold til FiL § 354, hvorfor aktindsigt med hjemmel i OFL er udelukket som følge af OFL § 14.

Da klager endvidere ikke efter FiL § 355 kan anses som part i forhold til Finanstilsynets behandling af de oplysninger, der ønskes aktindsigt i er der allerede af denne årsag ikke grund til at undersøge om aktindsigt skulle være mulig efter FVL § 9, idet aktindsigt efter denne bestemmelse er forbeholdt parter.

...”

Ved skrivelse af 5. april 2011 har advokat A yderligere anført:

” ...

Ifølge § 354, stk. 5 kan fortrolige oplysninger videregives under en civil retssag, når en finansiel virksomhed er erklæret konkurs, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Konkursboet har anlagt en retssag mod holdingselskabet i den koncern, hvor C indgår.

Derfor er der hjemmel i § 354, stk. 5 til at tillade aktindsigt.

Undertegnede har endvidere krav på aktindsigt efter Offentlighedslovens § 4, stk. 1, idet det følger af Offentlighedslovens § 4, stk. 1, at *enhver* kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En forvaltningsmyndighed kan give aktindsigt i videre omfang, medmindre andet følger af regler om tavshedspligt mv.

Finanstilsynet nævner i ovennævnte brev § 14, som en undtagelse til § 4, stk.1.

...

I noten til § 14 i Karnov er anført følgende:

”Det er således kun de bestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedspligt med hensyn til visse nærmere angivne forhold, der begrænser adgangen til aktindsigt.

(...)Omfattet af begrebet ”særlige bestemmelser fastsat ved lov” er f.eks. tavshedspligtsforskrifter, der findes i umiddelbart anvendelige fællesskabsregler, navnlig forordninger, og forskrifter om tavshedspligt i andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet”. Udenrigsministeriets personale er ikke undergivet en særlig tavsheds- eller diskretionspligt, jf. FOB 1999 490. (Omtalt nedenfor).

Da der hverken i § 14, 1.pkt. og 14, 2. pkt. eller lov om Finansiell Virksomhed §§ 354, stk. 1 og 355 er *”fastsat tavshedspligt med hensyn til visse nærmere angivne forhold”*, der kan medføre indskrænkninger i akt-

indsigt, er Finanstilsynets begrundelse for afslag i aktindsigt ikke saglig begrundet.

Til støtte herfor anfører John Vogter i bogen ”Offentlighedsloven med kommentarer” Kbh. 1998, 3. udgave side 259:

”Pligten til at give aktindsigt begrænses som hidtil ikke af de almindelige regler om tavshedspligt i straffeloven. Tilsvarende gælder bestemmelserne om tavshedspligt i forvaltningsloven. Det samme gælder med hensyn til regler i den øvrige lovgivning, der alene gentager eller henviser til straffelovens regler, uden at der derved foretages en ændring af tavshedspligtens omfang.

Regler, som alene udvider kredsen af personer, der er omfattet af straffelovens regler om tavshedspligt, har ikke karakter af en særlig bestemmelse om tavshedspligt.

Bestemmelsen i § 14, 1. pkt., omfatter således kun de bestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedspligt med hensyn til visse nærmere angivne forhold”.

John Vogter anfører endvidere på side 260 pkt. 4:

”I § 14 er det nu præciseret, at ikke alene særlige bestemmelse om tavshedspligt fastsat i lov, men også særlige tavshedsforskrifter fastsat administrativt med hjemmel i lov, kan begrænse pligten til at give aktindsigt.(...) Det er dog efter loven en forudsætning, at bestemmelsen om tavshedspligt er fastsat med hjemmel i en lovbestemmelse, der udtrykkeligt i lovteksten eller forarbejderne hertil giver hjemmel for administrativ fastsættelse af tavshedspligt, der med hensyn til tavshedspligtens omfang går videre end straffelovens almindelige regler, jf. F.T. 1985/86, tillæg A, sp. 231, og betænkning 857/1978, side 291”. (Min udhævning).

Per Byrge Sørensen anfører i bogen ”Offentlighedsloven med kommentarer” Vejle 2005, 1. udgave side 89:

”Til § 14:

Den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandensloven begrænser ikke adgang til at give aktindsigt i en sag, et dokument eller en oplysning. Sagt med andre ord; en begæring om aktindsigt kan ikke afslås med henvisning til, at der er tavshedspligt med hensyn til de oplysninger, som begæringen vedrører. Begæringen skal behandles efter offentlighedslovens regelsæt”.

Ifølge bemærkninger til lovforslaget § 4 i Folketingets Lovtidende side 211 er anført følgende:

”Adgangen til aktindsigt tilkommer efter loven enhver”.

Ifølge bemærkninger til lovforslaget § 14 i Folketingets Lovtidende side 230 f er anført følgende:

”Pligten til at give aktindsigt begrænses som hidtil ikke af de almindelige regler om tavshedspligt i straffeloven og tjenestemandslvgivningen, herunder de kommunale tjenestemandsvedtægter, eller de regler i den øvrige lovgivning, der alene gentager eller henviser til straffelovens regler, uden at der derved foretages en præcisering eller ændring af tavshedspligtens omfang.(...) Bestemmelser, der f.eks. alene har til formål at præcisere eller udvide kredsen af de personer, der skal være omfattet af tavshedspligten, vil således ikke begrænse pligten til at give aktindsigt. (...)

Det følger heraf, at bestemmelsen om tavshedspligt skal være fastsat med hjemmel i en lovbestemmelse, der udtrykkelig i lovteksten eller forarbejderne hertil afgiver hjemmel for administrativ fastsættelse af tavshedspligt, der med hensyn til tavshedspligtens omfang går videre end straffelovens almindelige regler”.

(Min udhævning).

Ifølge bemærkninger til lovforslaget § 14 i Folketingets Lovtidende side 231 f er anført følgende:

”Straffelovens og forvaltningslovforslagets almindelige bestemmelser om tavshedspligt vil efter bestemmelsen ikke have betydning med hensyn til pligten til at give aktindsigt”.

Lov om Finansiell Virksomhed § 354, stk. 1 indeholder alene en henvisning til straffelovens §§152-152 e.

Der er derfor ikke hjemmel til at begrænse aktindsigten jf. offentlighedslovens § 14.

Lov om Finansiell Virksomheds tavshedsbestemmelser er derfor ikke til hinder for udlevering af oplysningerne.

Følgende afgørelser bekræfter endvidere, at tavshedspligt hos ansatte i Finanstilsynet ikke kan medføre indskrænkning i aktindsigt i korrespondancen mellem en part og Finanstilsynet:

FOB 1987, side 64 ff. Omhandlede en række indlånere, som hver for sig utvivlsomt ikke kunne anses for parter i en sag vedrørende indledning af betalingsstandsning for 6. juli Banken, stiftede sammen en indlånerforening.

Folketingets Ombudsmand udtalte i forbindelse med en klage over afslag på aktindsigt i betalingsstandsningssagen, at indlånerforeningen burde have været anset for part og dermed berettiget til aktindsigt efter forvaltningslovens regler. Ombudsmanden anførte i den forbindelse, at der efter hans opfattelse ikke kunne være tvivl om, at foreningen havde eller repræsenterede væsentlige faktiske interesser i sagen. Interesserne var af individuel, konkret karakter og direkte berørt af tilsynets beslutning om at anmelde betalingsstandsning (lukke banken). Interesserne var endvidere klart relevante i forhold til den afgørelse, tilsynet havde truffet. Ombudsmanden henviste i den forbindelse til, at den særlige adgang til at anmelde betalingsstandsning efter bank- og sparekasselovens § 46, stk. 1, netop var givet med begrundelse i hensynet til indskydernes interesser.

Efter de foreliggende oplysninger om, at indlånerforeningen repræsenterede langt størsteparten af bankens indlånskunder, en samlet indlånsmasse på godt 400 mill. kr. ud af i alt 680 mill. kr., og i øvrigt rådede over en betydelig aktiepost, var det ombudsmandens opfattelse, at der var tale om direkte og relevante interesser af en sådan samlet styrke, at foreningen burde have været anset som part og dermed berettiget til aktindsigt efter forvaltningslovens regler.

I KEN nr. 10004 af 4. juli 1991 vedrørende aktindsigt i rapport til Finanstilsynet fra revisionsfirma vedrørende et pengeinstitut under konkurs udtalte Ankenævnet, at en anonymiseret udgave af rapporten ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, derfor havde Finanstilsynet pligt til at give klagerne aktindsigt efter offentlighedslovens § 4, stk.1, 1. pkt.

Endvidere skal nævnes FOB 1999, side 490 der omhandlede en journalists klage til Ombudsmanden over Udenrigsministeriets afslag på aktindsigt i korrespondancen mellem ministeriet og et rederi i forbindelse med at et af rederiets skibe blev holdt tilbage i en kinesisk havn. I ministeriets afslag skrev man bl.a. at man ikke mente der var grundlag for at tilsidesætte rederiets advokats vurdering og opfordring til at afslå aktindsigt. Ministeriet henviste endvidere til at der i sager hvor udenrigstjenesten yder bistand til danskere i nød i udlandet, påhviler udenrigstjenesten en diskretionspligt der svarer til den tavshedspligt der påhviler præster, læger og advokater. Ombudsmanden udtalte bl.a. at ministeriet efter dennes opfattelse ikke havde grundlag for at undtage dokumenterne fra aktindsigt under hensyn til at udenrigstjenestens personale er undergivet en særlig tavsheds- eller diskretionspligt. Endvidere var det heller ikke ud fra et almindeligt hensyn til diskretion og beskyttelse af de personer og virksomheder der henvender sig til udenrigstjenesten, foreneligt med offentlighedsloven § 13, stk. 1, nr. 6, at fastsætte en generel regel hvorefter oplysninger kan undtages fra aktindsigt. På den baggrund henstillede Ombudsmanden til Udenrigsministeriet at genoptage behandlingen af begæringen.

FOB1999, side 89 omhandlede en journalists anmodning om aktindsigt i korrespondance og andet materiale til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vedrørende styrelsen af et bestemt fond. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afslog journalistens anmodning med henvisning til § 61, stk. 1, 2. pkt., i lov om erhvervsdrivende fonde. Efter denne bestemmelse kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen undtage oplysninger som styrelsen besidder i sin egenskab af tilsynsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde. Journalisten bad på ny Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at behandle aktindsigtsanmodningen, men denne gang i henhold til aktindsigtsbestemmelserne i offentlighedsloven. Dette afslog styrelsen imidlertid med den begrundelse at offentlighedslovens regler ikke fandt anvendelse på de pågældende dokumenter. Journalisten indbragte sagen for ombudsmanden. Med støtte i lovens forarbejder præciserede ombudsmanden at undtagelsesbestemmelsen i § 61, stk.1, i lov om erhvervsdrivende fonde ikke finder anvendelse på dokumenter der kun er hos Erhvervs- og Selskabsstyrelse som fondsmyndighed. Da ombudsmanden var af den opfattelse at det var tilfældet i den foreliggende sag, var bestemmelsen ikke anvendelig. *Derimod mente ombudsmanden at de pågældende dokumenter var*

omfattet af offentlighedslovens almindelige bestemmelser om aktindsigt. Styrelsen burde derfor efter ombudsmandens opfattelse have afgjort spørgsmålet om dagbladets ret til aktindsigt i henhold til disse bestemmelser. På den baggrund henstillede ombudsmanden til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at genoptage sagens behandling.

Endelig skal gøres opmærksom på, UDT nr. 12523 af 1. juni 2001 der omhandler udtalelse fra Indenrigsministeriet om, at tilsynsmyndigheder i forbindelse med behandling af sager om afslag på aktindsigt skal foretage en fuldstændig prøvelse af sagens retlige og faktiske forhold, herunder indhente de sager og dokumenter, der er meddelt afslag på indsigt i.

Det fremgår ikke af nærværende sag, at dette er sket.

...

Ved skrivelse af 2. maj 2011 har Finanstilsynet bemærket:

”
...

2. Afgørelsens retlige grundlag

Den nuværende udformning af lov om finansiel virksomhed (FiL) § 354, stk. 1 er indført ved lov nr. 1383 af 20. december 2004.

...

Af gældende ”Vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper)” (vejledning 2 af 5. januar 2011) fremgår - foruden, hvilke oplysninger de pågældende personer skal give til Finanstilsynet – bl.a. følgende (under pkt. 5.1.) om de oplysninger, der efter vejledningen skal gives til Finanstilsynet:

”De oplysninger, som medlemmer af bestyrelsen og direktionen skal afgive (...), er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt i medfør af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.”

3. Finanstilsynets vurdering

I klagers brev af 5. april 2011 til Erhvervsankenævnet gør klager en række supplerende argumenter gældende til støtte for sin påstand om adgang til aktindsigt. Finanstilsynet skal her fremkomme med sine kommentarer til disse.

A)

Klager gør gældende, at der er hjemmel i FiL § 354, stk. 5 til at tillade aktindsigt.

Dette bestrides.

FiL § 354, stk. 5 må naturligt fortolkes således, at hjemlen til at tillade aktindsigt under henvisning til denne bestemmelse alene gælder aktindsigt i relation til den konkursramte virksomheds forhold.

Det af klager fremsatte ønske om aktindsigt vedrører C A/S.

Dette selskab er ikke erklæret konkurs, ... og der er dermed ikke hjemmel i FiL § 354, stk. 5 til den af klager ønskede aktindsigt.

B)

Klager gør gældende, at Finanstilsynet ikke kan afvise aktindsigt under henvisning til OFL § 14.

Dette bestrides.

...

Finanstilsynet [skal] bemærke, at det fremgår af de ovenfor under pkt. 2 gengivne lovbemærkninger, at FiL § 354, stk. 1 netop er en ”særlig” bestemmelse om tavshedspligt og at oplysninger omfattet af tavshedspligten efter FiL § 354, stk. 1 skal undtages fra aktindsigt efter OFL § 14.

Baggrunden for den i henhold til FiL § 354, stk. 1 gældende tavshedspligt er således særlige hensyn. Som det fremgår af bemærkningerne til lov om finansiel virksomhed... er Finanstilsynets tavshedspligt bl.a. en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder, kunderne og andre oplysningsgivere nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Bestemmelsen i FiL § 354, stk. 1 er således en sådan særlig tavshedspligtsbestemmelse, at oplysninger omfattet af FiL § 354, stk.1 er undtaget fra aktindsigt efter OFL § 14.

...

Efter det oplyste ønsker klager aktindsigt i ansøgninger fra C A/S v/B til Finanstilsynet i henhold til FiL § 61.

Af ”Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer” af Merete Hjetting mfl. (1. udg. 2007) fremgår bl.a. (side 270, pkt. 2), at FiL § 61 ”medfører, at fysiske eller juridiske personer, som Finanstilsynet antager, vil hindre en forsvarlig og fornuftig drift af en finansiel virksomhed, ikke kan udøve en væsentlig indflydelse på ledelsen af virksomhed.

Af ”Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer” af Merete Hjetting mfl. (1. udg. 2007) fremgår yderligere (side 272, pkt. 10) om FiL § 61 bl.a., at ”de oplysninger der som udgangspunkt danner baggrund for Finanstilsynets behandling af ansøgninger fremgår af Finanstilsynets vejledning (...) om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper) og krav til godkendelse af ejere af kvalificerede andele.”

Som gengivet ovenfor under pkt. 2 er de oplysninger, der tilgår Finanstilsynet i henhold til ”Vejledning om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit & proper)” omfattet af den særligt begrundede tavshedspligt i FiL § 354.

...

De afgørelser (fra FOB mv.) som klager henviser til i dennes skrivelse af 5. april 2011 kan ikke føre til at der på trods af det ovenanførte skal meddeles adgang til aktindsigt - allerede af den årsag, at meddelelse af adgang til aktindsigt i det konkrete tilfælde, ville være i strid med den i lovforarbejderne udtalte hensigt med FiL § 354, stk. 1.

Hertil kommer i øvrigt, at de af klager fremhævede afgørelser ikke ses at være sammenlignelige med den konkret foreliggende situation

4. Konklusion

De oplysninger klager ønsker aktindsigt i omfattes af den for Finanstilsynets medarbejdere gældende tavshedspligt i henhold til FiL § 354, hvorfor aktindsigt med hjemmel i OFL er udelukket som følge af OFL § 14.

De af klager i dennes skrivelser af 5. april 2011 fremhævede afgørelser kan ikke føre til et andet resultat.

Da klager herudover – fortsat – ikke efter FiL § 355 kan anses som part i forhold til Finanstilsynets behandling af de oplysninger, der ønskes aktindsigt i, er der fortsat ikke grund til at undersøge, om aktindsigt skulle være mulig efter FVL § 9, idet aktindsigt efter denne bestemmelse er forbeholdt parter.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin vurdering af 7. februar 2011 henholdsvis 15. marts 2011, hvorefter der ikke er adgang til aktindsigt i de af klager ønskede oplysninger.
...”

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

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

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

Advokat A eller K ApS under konkurs 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 be-

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

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

...

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

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

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

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

...”

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

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 7. februar 2011.

4.2. VÆRDIPAPIRHANDELSLOVEN

9) Kendelse af 14. oktober 2011 (J.nr. 2011-0024417).

Ikke partsstatus og anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Værdipapirhandelloven § 84a og § 84 b, stk. 2, Offentlighedslovens § 4 og § 14 samt Forvaltningslovens § 9.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 6. april 2011 har advokat A som medkurator på vegne af K [fond] under konkurs klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 8. marts 2011 ikke har givet fuld aktindsigt i de anmodede oplysninger vedrørende tilsynets politianmeldelser af mulig kursmanipulation i forskellige værdipapirer foretaget af K2 [pengeinstitut] og K.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 8. marts 2011 hedder det:

” ...

Oplysninger vedrørende mulig kursmanipulation

Med henvisning til dit brev af 20. januar 2011 og efterfølgende møde den 22. februar 2011, har Finanstilsynet vurderet K's muligheder for aktindsigt i Finanstilsynets politianmeldelser af mulig kursmanipulation i forskellige værdipapirer foretaget af K2 og K.

Handlen med K2-aktien

Finanstilsynet har politianmeldt K og K2 for kursmanipulation i ”K”-aktien, hvorfor K anses som part i sagen.

Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet har oplyst, at der ikke er efterforskningsmæssige hensyn, som forhindrer en udlevering af de ønskede oplysninger i brevet af 20. januar 2011.

Finanstilsynet kan bekræfte, at fonden er blevet politianmeldt for kursmanipulation i forbindelse med 3 transaktioner mellem K2 og K foretaget i 2008. Nedenstående skema viser handelsdato, dato for indtastning i K2's handelssystem, OMX's lukkekurs, antal og beløb.

Papir	Isin	køb/salg	Kurs	OMX kurs (handelsdato)	Antal	Beløb	Handelsdato	indb. i K's handels- system (ordrenr.)
K2	DK0060035327	Køb	590	Lukkekurs 585	118.702	70.034.180	01-04-2008	01-04- 2008
K2	DK0060035327	Køb	570	Lukkekurs 560	150.667	85.890.190	07-04-2008	09-04- 2008
K2	DK0060035327	Køb	510	Lukkekurs 463	32.000	16.330.000	20-08-2008	22-08- 2008

Handelsbilag for handlerne er allerede i fondens besiddelse, hvorfor disse ikke vedlægges.

Det skal oplyses, at Finanstilsynets politianmeldelse hovedsageligt omfatter transaktioner foretaget af K2. Det er stort set kun de 3 handelsbilag, der udgør dokumentationen for K's handel med aktierne.

Finanstilsynet kan ikke give aktindsigt i interne dokumenter fra K2, der vedrører handelen med aktierne, idet K ikke anses at have partstatus i disse dokumenter.

Handlen med øvrige værdipapirer

Finanstilsynet har politianmeldt K2 for kursmanipulation og mandatsvig i forbindelse med handlen med to illikvide værdipapirer. Papirerne blev solgt til K til kunstigt høje priser. Kurstabet endte derfor hos K. K er ikke blevet politianmeldt i disse sager, hvorfor det er Finanstilsynet opfattelse, at K, som skadelidt, ikke har partsstatus i sagerne jf. forvaltningslovens § 9. Det er derfor ikke muligt, at give aktindsigt i handelstidspunkter, kurser samt hvilke papirer anmeldelsen vedrører.

Finanstilsynet er forpligtiget til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, der modtages som led i tilsynsvirksomheden jf. værdipapirhandelslovens § 84 a. Der kan derfor ikke gives aktindsigt efter bestemmelserne i offentlighedsloven.

...”

I klageskrivelse af 6. april 2011 har advokat A anført:

” ...

1. Anmodning om aktindsigt

Ved brev af 20. januar 2011 er der anmodet om aktindsigt i Finanstilsynets politianmeldelser af K2 (herefter Banken) og Fonden for kursmanipulation i forbindelse med handel med aktier i K2 a/s samt for Bankens vedkommende kursmanipulation vedrørende yderligere to illikvide værdipapirer. Anmodningen samt de heri omtalte pressemeddelelser er vedlagt.

Der er anmodet om oplysning om, hvilke to illikvide værdipapirer anmeldelsen af Banken vedrører, samt oplysninger om handelstidspunkter, handelskurser og parterne i handlerne vedrørende såvel handlerne med ”K”-aktien som handlerne med de to illikvide værdipapirer. Det er angivet

vet, at oplysningerne er nødvendige for at sikre varetagelsen af Fondens interesser.

Fondens anmodning er efterfølgende uddybet på møde med Finanstilsynet og SØK den 22. februar 2011.

...

3. Baggrund for klagen

3.1 Aktindsigt efter forvaltningsloven

Finanstilsynet anfører i sit afslag, at det ”*stort set kun er de 3 handelsbilag, der udgør dokumentationen for K's handel med aktierne.*” Det lægges derfor til grund, at der også er anden dokumentation i forbindelse med den del af sagen, hvori Fonden efter Finanstilsynets opfattelse er part, jf. værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 6. Fonden bør derfor også få indsigt i disse oplysninger/dokumenter.

Det er herudover Fondens opfattelse, at også interne dokumenter fra Banken kan have betydning for vurderingen af Fondens deltagelse i kursmanipulation ud fra den betragtning, at der var personsammenfald mellem Bankens og Fondens bestyrelse og ansatte i Banken var prokurister i Fonden. Fonden bør derfor også få indsigt i eventuelle interne dokumenter fra Banken, der kan have betydning for vurderingen af, hvorvidt Fondens køb havde karakter af kursmanipulation, da sådanne oplysninger ligeledes vedrører den del af sagen, hvor Fonden af Finanstilsynet anses for at være part.

Det er i øvrigt i denne forbindelse Fondens opfattelse, at Fonden også må anses for at være part i forhold til den del af sagen, der vedrører Bankens handel med egne aktier, da Bankens og Fondens handel med ”K”-aktier på visse punkter må betragtes samlet ét som følge af det nævnte personsammenfald.

Det er ligeledes Fondens opfattelse, at Fonden må anses for part i forhold til Finanstilsynets undersøgelser af kursmanipulation i forbindelse med Bankens handel med de to illikvide værdipapirer.

Som det fremgår af Finanstilsynets pressemeddelelse af 11. maj 2010 er kursmanipulationen sket ved, at Banken har solgt ud af sit eget depot af værdipapirer til en kreds af personer, hvorefter Banken har foretaget opkøb af værdipapirerne på markedet og dermed kunstigt pumpet kursen op. Herefter er værdipapirerne tilbagekøbt fra den pågældende kreds af personer til en kunstigt høj kurs, hvorved personerne har realiseret en kursgevinst. Afslutningsvis er værdipapirerne solgt til Fonden, der således er endt med kurstab.

Fonden har således været sidste led i den kæde af handler, der tilsammen har udgjort kursmanipulation. Det må derfor lægges til grund, at Fonden og dennes involvering ligeledes har været genstand for Finanstilsynets undersøgelser i forbindelse med afgørelsen af, hvorvidt der skulle foretages politianmeldelse for kursmanipulation.

På dette grundlag må Fonden således også anses for at være part, jf. værdipapirhandelslovens § 84b, stk. 2, nr. 6, i forhold til sagen om kursmanipulation med de to illikvide værdipapirer. Fonden bør derfor meddeles indsigt i sagen.

3.2 Aktindsigt efter offentlighedsloven

Finanstilsynet anfører videre, at tilsynet er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, der modtages som led i tilsynsvirksomheden, jf. værdipapirhandelslovens § 84 a, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt efter bestemmelserne i offentlighedsloven.

Af forarbejderne til værdipapirhandelslovens § 84 a fremgår følgende:

”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 kautionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden tilsvarende vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.”

Det er således ikke alle oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i tilsynsvirksomheden, der er fortrolige.

Det er Fondens opfattelse, at de oplysninger, der er anmodet om, bortset fra handlernes parter udover Banken, ikke er fortrolige, hvorfor Finanstilsynet ikke af denne grund kan afslå Fondens anmodning om aktindsigt.

For at en oplysning om en finansiel virksomhed må anses for at være fortrolig, skal der være tale om oplysninger om virksomhedens forretningsmæssige forhold.

Bankens forretningsmæssige forhold må anses for at være sædvanlig bankvirksomhed. Bankens køb og salg af egne aktier og andre værdipapirer som led i kursmanipulation kan derimod ikke betragtes som forretningsmæssige forhold. Oplysningerne har – såfremt der ikke oplyses om de øvrige parter i handlerne – heller ikke karakter af oplysninger om kunders forhold eller andre oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige. Ligeledes har oplysning om, hvilke to illikvide værdipapirer Banken har handlet med som led i kursmanipulation ikke karakter af en fortrolig oplysning om Bankens forretningsmæssige forhold.

Der ses således ikke at være foretaget en konkret vurdering af, om alle de oplysninger, som Fonden har anmodet om indsigt i, er af fortrolig karakter. I denne sammenhæng er det endvidere centralt, at SØK har oplyst, at der ikke er efterforskningsmæssige hensyn, der forhindrer en udlevering af de oplysninger, som Fonden har anmodet om.

...

På denne baggrund er det Fondens opfattelse, at aktindsigt bør meddeles i større omfang end faktisk sket.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 12. maj 2011 udtalt:

”

...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet har foretaget 3 politianmeldelser i forbindelse med undersøgelse af K2 A/S' handel med værdipapirer:

1. Kursmanipulation af K2-aktien den 18. januar 2010. K2 A/S og K er blevet politianmeldt. Tilsynet har i forbindelse med behandlingen af sagen ikke været i kontakt med K.
2. Kursmanipulation og mandatsvig ved handel med et værdipapir den 12. april 2010. K2 A/S m.fl. blev politianmeldt. K er ikke blevet politianmeldt og har ikke været inddraget i tilsynets undersøgelse.
3. Kursmanipulation og mandatsvig ved handel med endnu et værdipapir den 12. april 2010. K2 A/S m.fl. blev politianmeldt. K er ikke blevet politianmeldt og har ikke været inddraget i tilsynets undersøgelse.

Politianmeldelserne er i 2010 omtalt under ”pressemeddelelser” på Finanstilsynets hjemmeside ...

Den 20. januar 2011 ... modtager Finanstilsynet anmodning om aktindsigt fra advokat A, som medkurator for K under konkurs (fremover Fonden) i ovennævnte politianmeldelser, hvor Fonden anmoder om at få udleveret oplysninger om, hvilke handler anmeldelserne vedrører, handletidspunkter, handelskurser og parterne i handlerne.

Advokaten har i skrivelsen oplyst, at der ligeledes er rettet henvendelse til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) og NASDAQ OMX Copenhagen A/S om udlevering af oplysninger.

Den 22. februar 2011 afholdes et møde mellem Finanstilsynet, SØK og advokat A, hvor advokaten redegør for årsagen til anmodningen, der skyldes en verserende retssag mod K2 A/S og problemer med at få udleveret oplysninger fra banken.

Finanstilsynet har efterfølgende koordineret behandling af anmodningen om aktindsigt med SØK, således at eventuelle efterforskningsmæssige hensyn varetages i forbindelse med, at aktindsigt gives. Det er i den forbindelse vigtigt at understrege, at SØK, i forbindelse med anmodningen af 20. januar 2011, alene har tilkendegivet, at der ikke foreligger efterforskningsmæssige hensyn med hensyn til de i tilsynets brev af 8. marts 2011 i skemaet anførte handler med tilhørende data ... Det bemærkes, at SØK ikke har foretaget en vurdering af samtlige sagens akter.

Det bemærkes endvidere, at SØK ikke har givet Fonden indsigt i dokumenterne.

Tilsynet gav i brev af 8. marts 2011 K aktindsigt i de af Fonden ønskede oplysninger i forbindelse med handlen med K-aktien. I samme brev, fik Fonden afslag på aktindsigt i de to andre sager, idet tilsynet ikke anser Fonden som part i disse sager ...

Ved skrivelse af 6. april 2011 har advokat A indbragt Finanstilsynets afgørelse af 8. marts 2011 for Erhvervsankenævnet.

2. Afgørelsens retlige grundlag

2.1. Offentlighedsloven

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

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

2.2. Forvaltningsloven

Det fremgår af § 9 i forvaltningsloven (herefter 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.

2.3. Lov om værdipapirhandel m.v.

2.3.1. Tavshedspligten i lov om værdipapirhandel m.v.

Tavshedsbestemmelsen fremgår af § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. (herefter VPHL). Heraf følger, at Finanstilsynets ansatte under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Bestemmelsens stk. 6 indeholder en udtømmende liste over hvem, fortrolige oplysninger kan videregives til.

VPHL § 84 a blev nyaffattet med lovforslag L 91, Folketingsåret 2008-2009, men det fremgår af bemærkningerne, at: ”*Det foreslåede stk. 1 er en videreførelse af det gældende stk. 1.*”

I de oprindelige bemærkninger til § 84 a, stk. 1, (lovforslag L 64, Folketinget 2004-2005, 1. samling) er følgende anført: ”Der er tale om en tilsvarende bestemmelse som § 1, nr. 65. Der henvises til bemærkningerne til denne bestemmelse.”

Af bemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 65 (§ 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed) fremgår følgende: ”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.” [...]

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

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

”Begrebet ”tilsynsvirksomhed” skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om 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.”

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

Advokat A har anket Finanstilsynets afslag på at give aktindsigt i oplysninger fra politianmeldelserne af K2 A/S' kursmanipulation af to illikvide værdipapirer.

Endvidere har advokat A i sin anke til Erhvervsankenævnet af 6. april 2011 anmodet om aktindsigt i politianmeldelserne og interne dokumenter fra K2 A/S' fra alle tre politianmeldelser. Advokaten har således som noget nyt anmodet om aktindsigt i Finanstilsynets politianmeldelse af K2 A/S og K, samt tilsynets politianmeldelse anmeldelse af K2 A/S m.fl. for kursmanipulation vedrørende to illikvide værdipapirer.

Det er angivet, at oplysningerne er nødvendige for at sikre varetagelsen af Fondens interesser.

3.1. Aktindsigt som part i sagen mod K for kursmanipulation af K2-aktien

Det følger af § 9, stk. 1, i FVL, at en part 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 imidlertid af § 84 b, stk. 2, nr. 6, at den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse 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.

Finanstilsynet anser K som part efter VPHL § 84 b, stk. 2, nr. 6, i den del af sagen, der vedrører tilsynets undersøgelse og politianmeldelse af Fonden i forbindelse med formodet kursmanipulation af K2-aktien op til bankens sammenbrud i efteråret 2008. Finanstilsynet har derfor givet Fonden aktindsigt som part i overensstemmelse med K anmodning af 20. februar 2011. Finanstilsynet har således i skrivelse af 8. marts 2011 bekræftet, at Fonden er blevet politianmeldt for kursmanipulation i forbindelse med 3 transaktioner mellem K2 A/S og K. Finanstilsynet har endvidere i et skema angivet handelsdato, dato for indtastning i K2's handelssystem, OMX's lukkekurs, antal og beløb til imødekomme af Fondens anmodning af 20. januar 2011. Bilagene er ikke medsendt, idet Fonden allerede er i besiddelse af disse.

Det er tilsynets opfattelse, at dokumenter, der vedrører sagen om K2 A/S ikke kan udleveres, idet Fonden ikke har partstatus i forhold til disse dokumenter. Der er tale om to forskellige juridiske personer (Fonden og K2 A/S), og tilsynet finder det i den forbindelse uden betydning, at der er personsammenfald mellem bankens og Fondens bestyrelse og ansatte.

Hertil kommer, at der ikke kan gives aktindsigt i medfør af offentlighedsloven, idet Finanstilsynets særlige lovbestemte tavshedspligt i VPHL § 84 a, jf. offentlighedslovens § 14 ikke giver mulighed herfor, jf. nærmere herom i afsnit 3.3. og 3.4.

I Finanstilsynets skrivelse af 8. marts 2011 er det nævnt, at de af tilsynet udleverede oplysninger stort set udgør dokumentationen for Fondens handel med aktierne. Den yderligere dokumentation der refereres til, udgøres af dele af politianmeldelsen, 3 håndskrevne fondsbilag modtaget fra banken i forbindelse med tilsynets undersøgelse af K2 A/S og e-mails fra en ansat i K2, hvor Fondens køb af aktierne nævnes.

Advokat A har i klageskrivelsen til Erhvervsankenævnet som noget nyt anmodet om aktindsigt i politianmeldelsen af K og K2 A/S. Det forhold, at Finanstilsynet som en udløber af undersøgelsen og politianmeldelsen af K2 A/S samtidig har anmeldt Fonden, gør ikke denne til part i den sag, der vedrører undersøgelse og politianmeldelse af K2 A/S.

For så vidt angår den del af politianmeldelsen, der vedrører Fonden, har tilsynet på baggrund af den yderligere anmodning konsulteret SØK vedrørende eventuelle efterforskningsmæssige hensyn. Finanstilsynet vedlægger herefter (bilag ...), som er politianmeldelsen af K2 A/S og K. Oplysninger, hvori Fonden ikke er part er slettet i politianmeldelsen.

De 3 fondsbilag er udfyldt af K2 A/S som led i bankens normale drift/handel med aktier. Det er tilsynets opfattelse, at der er tale om handelsnotater fra banken, som ikke er omfattet af Fondens ret til aktindsigt i henhold til forvaltningslovens § 9, da dokumenterne er indhentet i forbindelse med undersøgelse og politianmeldelse af banken.

Det er tilsynets opfattelse, at ovennævnte e-mails fra en ansat i K2, hvor Fondens køb af aktierne nævnes, ikke kan udleveres eftersom oplysningerne er indhentet af tilsynet som led i undersøgelsen af K2 A/S. Fonden ikke er part i Finanstilsynets undersøgelse af K2 A/S. Det bemærkes, at Fonden dog allerede er besiddelse af disse mails.

Finanstilsynet er ikke er besiddelse af yderligere dokumenter, som vedrører Fondens køb af K-aktier.

3.2. Aktindsigt i sagerne om K2 A/S' kursmanipulation i øvrige værdipapirer

Finanstilsynet har politianmeldt K2 A/S m.fl. for kursmanipulation m.v. i forbindelse med handler i 2 relativt illikvide værdipapirer. Finanstilsynet har undersøgt K2 A/S, og ikke K. Undersøgelsen er baseret på dokumenter modtaget fra K2 A/S, og tredjeparter vedrørende transaktioner foretaget af K2 A/S. K er hverken blevet kontaktet eller indgået i tilsynets undersøgelse.

I undersøgelsen af K2 A/S m.fl. for kursmanipulation m.v. i forbindelse med handler i de 2 værdipapirer, er det ikke konstateret, at Fonden skulle have medvirket i kursmanipulationen, hvorfor den ikke er undersøgt eller politianmeldt. Finanstilsynet finder på denne baggrund ikke, at K kan anses som part i tilsynets undersøgelse af K2 A/S m.fl. Det er korrekt, som advokat A skriver, at Fonden har været sidste led i en kæde af handler, og at kurstabet ender hos Fonden. Det er tilsynets opfattelse, at K er skadelidte i de to tilfælde, men det forhold gør ikke Fonden til part efter § 84 b, stk. 2, nr. 6, i VPHL i sagen mod K2 A/S m.fl.

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 begrænset af særlige lovbestemmelser om tavshedspligt, jf. § 14 i OFL.

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.

3.4. Finanstilsynets tavshedspligt

Advokat A har anmodet om aktindsigt efter offentlighedsloven i tilsynets dokumenter og oplysninger vedrørende undersøgelse og politianmeldelse af K2 A/S m.fl. for kursmanipulation i 2 relativt illikvide værdipapirer.

Det fremgår § 84 a, stk. 1, i VPHL, at der gælder en særlig lovbestemt og strafsanktioneret tavshedspligt for tilsynets ansatte: ”*Finanstilsynets ansatte er under strafansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. [...]*”

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i VPHL. Det medfører bl.a., at sager, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven herunder undersøgelser efter kapitel 10 samt regler udstedt i medfør af loven er omfattet af tilsynsvirksomheden.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses således af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen.

På denne baggrund vurderer Finanstilsynet, at K ikke kan få aktindsigt i fortrolige dokumenter og oplysninger indhentet af tilsynet som led i tilsynsvirksomheden, jf. OFL § 14 sammenholdt med VPHL § 84 a, stk.1.
...”

Advokat A har ved skrivelse af 10. juni 2011 yderligere bemærket:

” ...

Finanstilsynets bemærkninger af 12. maj 2011 til min klage over Finanstilsynets afgørelse af anmodning om aktindsigt giver anledning til følgende bemærkninger:

Spørgsmålet om, i hvilket omfang de oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i tilsynsvirksomhed, skal anses for fortrolige efter værdipapirhandelsloven er af principiel karakter.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at alle oplysninger modtaget som led i tilsynsvirksomheden er fortrolige, uanset karakteren af de modtagne oplysninger. Loven og lovens forarbejder må imidlertid forstås således, at alene oplysninger, der er modtaget som led i tilsynsvirksomhed (i modsætning til de oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin regulerings- og oplysningsvirksomhed) og som er fortrolige, skal hemmeligholdes, jf. værdipapirhandelslovens § 84 a. Hvorvidt en given oplysning er omfattet af hemmeligholdelsespligten i værdipapirhandelslovens § 84 a, må således afgøres på baggrund af en konkret vurdering af, om de modtagne oplysninger eller dele heraf er fortrolige.

Om formålet med tavshedspligten hedder det i forarbejderne:

”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.”

Herefter kan det ikke anses for at være hverken tilsigtet eller proportionalt, at alle oplysninger – uanset deres (manglende) fortrolige karakter – kan endsige skal undtages fra aktindsigt med henvisning til bestemmelsen.

Finanstilsynet har endvidere i forbindelse med tilsynets bemærkninger af 12. maj 2011 meddelt Fonden delvis indsigt i politianmeldelsen af Fonden (og Banken) på baggrund af Fondens efterfølgende anmodning herom.

Denne afgørelse om delvis indsigt påklages hermed med påstand om, at Fonden meddeles fuld aktindsigt i politianmeldelsen.

Af politianmeldelsen fremgår, at anmeldelsen af Fonden baseres på, at Fonden har deltaget i Bankens kursmanipulation ved at aftage 442.878 stk. aktier fra Banken, hvormed Bankens beholdning af egne aktier kunne fastholdes under 5%, samt at Fonden som følge af sin aktiebesiddelse, der var Fondens primære aktiv, havde en selvstændig interesse i, at kursen på Bankens aktier fastholdtes på et vist niveau.

Det er ikke muligt at vurdere Fondens stilling, når der ikke er adgang til oplysningerne om udviklingen i Bankens beholdning af egne aktier, da det er udviklingen heraf, der i det væsentligste udgør grundlaget for anmeldelsen af Fonden. Oplysningerne om Bankens køb og salg af egne aktier kan gives i ekstraheret form, således at identiteten på Bankens modparter ikke angives.”

Finanstilsynet har ved skrivelse af 30. juni 2011 bemærket:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag og Finanstilsynets vurdering

Advokat A's udsagn om, at tilsynet opfatter alle oplysninger modtaget som led i tilsynsvirksomheden som værende fortrolige er hverken korrekt eller retvisende. Finanstilsynet er enig i, at såfremt der som led i tilsynsvirksomheden indgår oplysninger, som ikke er fortrolige, omfattes sådanne oplysninger ikke af den særlige tavshedsbestemmelse i § 84 a, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v.(VPHL). Dette fremgår allerede af tilsynets redegørelse af 12. maj 2011, hvor dels lovbestemmelsen og de tilhørende bemærkninger er citeret, og hvor det endvidere fremgår at det er tilsynets vurdering, at de ønskede oplysninger i den konkrete sag er at anse som fortrolige.

Bestemmelsen i VPHL § 84 a, stk.1, svarer til tavshedsbestemmelsen i lov om finansiel virksomhed (FIL) § 354, stk. 1, jf. L 64/2004, hvor der i bemærkningerne til den ændrede affattelse af § 84 a i VPHL henvises til bemærkningerne til den ændrede affattelse af FIL § 354, stk.1. Det fremgår af den kommenterede udgave af lov om finansiel virksomhed [Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer, forlaget Thomson, side 1068 punkt 4], at ”Fortrolige oplysninger er alle oplysninger, som ikke er beregnet på at komme til offentligheden – eller dele af dennes – kendskab. Dette indebærer, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får om virksomhedernes forhold er undergivet tavshedspligten. Dette indebærer, at langt de fleste oplysninger i Finanstilsynet er fortrolige. [...] Det er ikke muligt at lave en udtømmende opregning af, hvad begrebet ”fortrolige oplysninger” indeholder, og det vil derfor som udgangspunkt være en konkret vurdering fra sag til sag. Udgangspunktet er dog, at alle forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn er fortrolige.”

Advokat A indbragte den 6. april 2011 på K's vegne Finanstilsynets afslag på at give aktindsigt i oplysninger fra politianmeldelserne af K2 A/S i forbindelse med formodet kursmanipulation af to illikvide værdipapirer. Samtidig anmodede advokaten i sin klageskrivelse om aktindsigt i Finanstilsynets politianmeldelse af K og K2 A/S. I Finanstilsynets redegørelse til Erhvervsankenævnet af 12. maj 2011 har tilsynet meddelt, at advokaten som medkurator for K (nu under konkurs) anses som part i tilsynets undersøgelse og politianmeldelse af K. Finanstilsynet har med ekstrakten af tilsynets politianmeldelse til SØK af K2 A/S og K udleveret alle de i anmeldelsen indeholdte oplysninger, som direkte vedrører anmeldelsen af fonden, jf. bilag 4 i tilsynets redegørelse af 12. maj 2011.

Finanstilsynet har samtidigt meddelt, at Fonden ikke kan anses som part efter VPHL § 84 b, stk. 2, nr. 6, jf. forvaltningslovens § 9, for så vidt angår K2 A/S. Som følge heraf har tilsynet slettet alle oplysninger i politi-anmeldelsen, der vedrører anmeldelsen af K2 A/S.

Finanstilsynet har tillige oplyst, at der ikke kan gives Fonden aktindsigt efter offentlighedslovens regler i sager vedrørende K2 A/S. Tilsynet har vurderet, at der i den konkrete sag er tale om fortrolige oplysninger, som

er indhentet som led i tilsynsvirksomheden, jf. VPHL § 84 a, stk. 1, sammenholdt med offentlighedslovens § 14.

...”

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

I henhold til forvaltningslovens § 9, stk. 1, kan den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. Det anføres i § 9, stk. 2, at bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, ikke begrænser den anførte pligt til at give aktindsigt.

Det fremgår af værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 1, at som part i forhold til Finanstilsynet anses alene en række opregnede virksomheder, som en afgørelse, der er eller vil blive truffet af Finanstilsynet, retter sig imod. Det anføres imidlertid i stk. 2, nr. 6, at tillige den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af lovens kapitel 10, der blandt andet vedrører kursmanipulation, anses som part i forhold til Finanstilsynet for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende.

Det er oplyst, at Finanstilsynet har foretaget 3 politianmeldelser i forbindelse med undersøgelse af K2 A/S' handel med værdipapirer. Efter ankenævnets opfattelse kan K anses som part i forhold til Finanstilsynets politianmeldelse af K2 og K vedrørende kursmanipulation af K2 aktien den 18. januar 2010. Efter ankenævnets opfattelse kan fonden derimod ikke anses som part i forhold til Finanstilsynets to politianmeldelser af K2 m. fl. vedrørende kursmanipulation og mandatsvig ved handel med værdipapirer den 12. april 2010, hvor K ikke blev politianmeldt og ikke var inddraget i tilsynets undersøgelser.

Ankenævnet har herved lagt vægt på, at K og K2 er to forskellige juridiske personer, at det ikke er konstateret, at K skulle have medvirket i den kursmanipulation, som K2 er særskilt politianmeldt for, og at K efter det oplyste ikke er indgået i tilsynets undersøgelse eller er blevet kontaktet under denne. Hverken det forhold, at værdipapirerne omhandlet i de særskilte politianmeldelser af K2 afslutningsvis er

solgt til fonden, der således er endt med kurstabet og derfor må anses som skadeligt, eller det forhold, at der er personsammenfald mellem bankens og fondens bestyrelse og ansatte, kan føre til et andet resultat.

På denne baggrund tiltrædes det tillige, at Finanstilsynet i forbindelse med den meddelte aktindsigt i den fælles politianmeldelse vedrørende fonden og banken har slettet oplysninger, hvori fonden ikke er part. Det tiltrædes endvidere, at den meddelte aktindsigt er sket med den begrænsning, at de 3 fondsbilag og den omhandlede email fra en ansat i K2, hvilke dokumenter er indhentet som led i Finanstilsynets undersøgelse og politianmeldelse af banken, er udeladt.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at K er meddelt aktindsigt i oplysningerne vedrørende fondens mulige kursmanipulation af aktierne i K2 i det af Finanstilsynet fastslåede omfang, jf. forvaltningslovens § 9, jf. værdipapirhandelslovens § 84 b, stk. 2, nr. 6.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

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

I henhold til § 84 a i lov om værdipapirhandel har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Forarbejderne til den nyaffattede § 84 a, stk. 1, (L 91 FT 2008/2009) og til den oprindelige § 84 a, stk. 1, (L 64 FT 2004/2005) henviser til bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 i lov om finansiel virksomhed, hvoraf fremgår blandt andet:

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

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

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

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

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

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

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

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

er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

...”

Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at de af K ønskede oplysninger er fortrolige og dermed omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. værdipapirhandelslovens § 84 a. Det tiltrædes således, at K heller ikke efter reglerne i offentlighedsloven har krav på aktindsigt som begæret.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 8. marts 2011 således som aktindsigten i forbindelse med tilsynets redegørelse af 12. maj 2011 er meddelt klager.

10) Kendelse af 8. november 2011 (J.nr. 2011-0023622).

Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet.

Værdipapirhandelslovens § 35, stk. 1 og forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3 og § 24, stk. 3.

(Monica Reib, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved afgørelse af 15. december 2010 afslog Finanstilsynet på ny at imødekomme en anmodning fra K om aktindsigt i sin sag, hvilket advokat A ved skrivelse af 12. januar 2011 har indbragt for ankenævnet.

Sagens omstændigheder:

Ved e-mail af 23. februar 2010 nægtede Finanstilsynet 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.

Advokat A klagede ved skrivelse af 1. marts 2010 på vegne af K klaget over afslaget.

Ved kendelse af 5. november 2010 hjemviste Erhvervsankenævnet sagen til fornyet behandling i Finanstilsynet til tilsynets vurdering af, om retten til aktindsigt skal begrænses efter forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Af kendelsen fremgår blandt andet:

”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 personers/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.”

Af den påklagede afgørelse af 15. december 2010 fra Finanstilsynet fremgår:

...

Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme anmodningen om aktindsigt, idet det konkret er vurderet, at hensynet til den offentlige interesse i forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser er større end hensynet til Deres klients interesse i at få aktindsigt. Der henvises til § 15, stk.1, nr. 3, smh. § 24, stk. 3, i forvaltningsloven.

Begrundelse

Som det fremgår af Erhvervsankenævnets afgørelse anses en person for part fra det tidspunkt, hvor tilsynet indleder en undersøgelse. En part har som udgangspunkt ret til aktindsigt i sin sag. Adgangen til aktindsigt begrænses dog bl.a. af § 15 i forvaltningsloven. Det bemærkes, at § 15 vedrører både bestemte oplysninger og dokumenter.

Generelt om adgangen til at begrænse en parts adgang til aktindsigt bemærkes, at der skal foretages en konkret afvejning af hensyn til den private interesse (deres klient) overfor hensynet til offentlige interesser.

Dertil kommer, at der skal foretages en vurdering af de enkelte dokumenter i en mulig sag. I sager vedrørende kap. 10 (f.eks. § 35) i lov om værdipapirhandel m.v. vil det typisk være hensynet til forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelse, jf. § 15, stk.1,nr. 3 i forvaltningsloven, der begrænser en parts adgang til aktindsigt.

Det er konkret vurderet, at hensynet til den offentlige interesse i forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser er større end hensynet til Deres klients interesse i at få aktindsigt (private interesse).

Idet der henvises til § 24, stk. 3 i forvaltningsloven er det desværre ikke muligt at begrunde afslaget yderligere. Det skal naturligvis ses i sammenhæng med, at Finanstilsynet henviser til § 15, stk.1, nr. 3 i forvaltningsloven, som begrænser retten til aktindsigt på grund af offentlige interesser f.eks. forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyardelse og lignende samt beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning.

...”

I klageskrivelsen af 12. januar 2011 fra advokat A er det anført:

” ...

3. Regelgrundlag

3.1. Adgang til aktindsigt og begrænsning i retten hertil

Det klare udgangspunkt i forvaltningsloven er, at en part har ret til aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Såfremt en myndighed ønsker at begrænse en parts ret til aktindsigt kan dette kun ske, hvis:

- 1) Sagstypen som helhed er undtaget fra aktindsigt, jf. lovens §§ 9 (straffesager) og 10, stk. 2 (ansættelsessager),
- 2) Bestemte dokumenter er undtaget, jf. lovens §§ 12 - 14 eller
- 3) Oplysninger i dokumenter er undtaget fra aktindsigt, jf. lovens § 15

...
Ad 1) og 2) bemærkes, at denne sag ikke er omfattet af de særlige sagstyper, der er undtaget fra adgangen fra aktindsigt, ligesom sagen ikke indeholder de særlige typer af dokumenter, der er undtaget aktindsigt.

Ad 3) Oplysninger undtaget fra retten til aktindsigt

Det fremgår af lovens § 15, at retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang partens interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til den pågældende selv eller til andre private eller offentlige interesser.

I bestemmelsen nævnes en række interesser, der har en sådan karakter, herunder forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyrdelse og lignende samt beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning, jf. lovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Det bemærkes, at det ikke er dokumentet som sådan, der efter denne bestemmelse er beskyttet, det er derimod **bestemte oplysninger**, hvor der er **afgørende hensyn** til interesser, som efter deres karakter er særligt beskyttelsesværdige.

Dette indebærer først og fremmest, at såfremt det beskyttelsesværdige hensyn kun gør sig gældende for en del af det pågældende dokument, skal parten have adgang til aktindsigt i dokumentets øvrige indhold, jf. lovens § 15, stk. 2.

Dette har ombudsmanden uddybet nærmere i EDP nr. 1989.241, afsnit b:

”Som ovenfor nævnt kan der efter bestemmelserne i offentlighedslovens §§ 12-13 og forvaltningslovens § 15 kun ske undtagelse af enkelte oplysninger fra aktindsigt. I overensstemmelse hermed er det i de identiske bestemmelser i offentlighedslovens § 12, stk. 2, og § 13, stk. 2, samt forvaltningslovens § 15, stk. 2, fastsat, at dersom de modhensyn, der har ført til undtagelsen, kun gør sig gældende for en del af et dokument, skal den aktindsigtsbegærende gøres bekendt med dokumentets øvrige indhold”.

§ 15 er således en afvejningsregel, der indebærer, at myndigheden skal foretage et konkret skøn mellem hensynet til parten på den ene side og hensynet til offentlige interesser på den anden side.

Det indebærer endvidere, som det også fremgår af bemærkningerne til § 15, at udgangspunktet er, at reglerne om partens aktindsigt i sig selv er så væsentlige, at aktindsigt kun kan afslås, hvis der er en *virkelig nærliggende fare* for, at private eller offentlige interesser vil lide væsentlig skade ved at give adgang til de pågældende oplysninger, jf. Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 140-142.

Der skal således foretages en vurdering af, om der er afgørende hensyn til disse andre interesser.

I FOU 2004.346 udtaler ombudsmanden i en sag, hvor myndigheden har undtaget oplysninger i medfør af lovens § 15, at

”Som det fremgår ovenfor, følger det af forvaltningslovens § 15 at der skal foreligge afgørende modhensyn for at aktindsigt kan afslås. De grunde, der skal kunne begrunde at en part afskæres helt eller delvis fra partsaktindsigt, skal være overordentlig tungtvejende. Se bl.a. Jon Andersen mfl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002), s. 504f, og det ovenfor refererede fra forarbejderne.

Hverken (X) Kommune eller ToldSkat (Z) har nærmere konkretiseret eller sandsynliggjort risikoen for ’kontrolmæssig skadevirkning’ ved at De fik aktindsigt i anmelderens navn.

På den baggrund er det min opfattelse at de hensyn der var anført som begrundelse for at undtage anmelderens navn fra aktindsigt, ikke var så afgørende at retten til aktindsigt kunne begrænses. Jeg bemærker i den forbindelse at det forhold at det ’ikke kan udelukkes’ at der vil indtræde kontrolmæssig skadevirkning, ikke er tilstrækkeligt”.

Og videre udtaler ombudsmanden:

”Undtagelsen i § 15, stk. 1, nr. 4, vil som regel kun være anvendelig indtil myndigheden har foretaget tilstrækkelig bevissikring, således at der ikke længere er en nærliggende risiko for at der vil ske ødelæggelse af kontrol eller efterforskning hvis parten bliver bekendt med oplysningerne.”

Det bemærkes, at myndigheden havde henvist til, at oplysningerne var undtaget i henhold til de beskyttelsesinteresser, der er beskrevet i lovens § 15, stk. 1, nr. 4. Det er imidlertid min opfattelse, at ombudsmandens argumentation ligeledes kan anvendes i denne sag, hvor myndigheden støtter afslaget på lovens § 15, stk. 1, nr.3.

3.2. Begrundelseskravet – forvaltningslovens § 22 og 24

Det klare udgangspunkt er, at myndigheden skal begrunde sin afgørelse, og at begrundelsens indhold skal opfylde en række krav, der er foreskrevet i loven, herunder skal de hovedhensyn, der har været af betydning for afgørelsen angives, jf. lovens § 24 stk. 1 og 2.

Kravene til indholdet af myndighedens begrundelse kan dog i visse særlige situationer begrænses, jf. lovens § 24 stk. 3. Der er tale om en ganske særlig undtagelse til begrundelseskravet, der kan anvendes i situationer, hvor der foreligger afgørende hensyn til offentlige interesser. Myndigheden er forpligtet til at foretage en konkret skøn, såfremt kravene til begrundelse begrænses.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med lovens § 15, hvilket indebærer, at myndigheden – såfremt den efter en konkret afvejning finder, at aktindsigt i forhold til den enkelte oplysning kan begrænses – konkret må skønne, om indholdet af begrundelsen skal begrænses i henhold til lovens § 24 stk. 3. Dette skøn skal foretages i forhold til hver enkelt oplysning, der ønskes undtaget fra aktindsigt, og myndighedens skøn skal som udgangspunkt begrundes i overensstemmelse med det ovenfor anførte, så det dels fremgår, hvilke oplysninger der er undtaget, dels hvorfor der knytter sig afgørende hensyn til at undtage disse oplysninger.

For så vidt angår sammenhængen mellem forvaltningslovens § 24, stk. 3 og § 15 anførte ombudsmanden i ovennævnte FOU 2004.346, at

”I skatteforvaltningen i (X) Kommunes afgørelse af 15. januar 2002 var om de undtagne oplysninger alene anført, at der var tale om ’kontroloplysninger’, og at disse var undtaget med hjemmel i forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 4. Det er min opfattelse at dette ikke var tilstrækkeligt til at opfylde kravene i forvaltningslovens § 22, jf. § 24. Skatteforvaltningen i (X) Kommune burde i begrundelsen for afslaget på aktindsigt nærmere have angivet hvilke typer af dokumenter og oplysninger der var tale om at undtage. I den forbindelse skulle kommunen bl.a. have oplyst, at der forelå anmeldelser af Dem. Jeg mener ikke, at begrundelsens indhold i denne henseende kunne begrænses efter bestemmelsen i forvaltningslovens § 24, stk. 3, uanset at indholdet af dokumenterne efter kommunens opfattelse kunne undtages efter bestemmelsen i forvaltningslovens § 15.

Det er min opfattelse at Told- og Skatteregion (Y) i forbindelse med hjemvisningen den 14. februar 2002 også burde have påtalt over for (X) Kommune at begrundelsen for afslaget på aktindsigt af 15. januar 2002 var utilstrækkelig. Jeg har gjort myndighederne bekendt med min opfattelse”.

På baggrund heraf kan det konkluderes, at myndigheden har pligt til nærmere at angive karakteren af de oplysninger, der er undtaget aktindsigt, og hvorfor det er nødvendigt at undtage disse oplysninger. Det er ikke tilstrækkeligt, at myndigheden generisk henviser til forvaltningslovens § 15.

4. Argumentation

På baggrund af ovenstående gøres det gældende, at Finanstilsynets afgørelse lider af væsentlige mangler, hvorfor sagen indbringes for Erhvervsankenævnet med henblik på en prøvelse af Finanstilsynets afgørelse.

Baggrunden er, at min klient er afskåret fra nærmere at efterprøve Finanstilsynets afslag på aktindsigt, da min klient netop ikke har adgang til sagens akter. Denne prøvelse er derfor overladt til Erhvervsankenævnet, som en uvildig kontrolinstans med adgang til sagens akter. I forhold til Erhvervsankenævnets prøvelse gør jeg særligt opmærksom på følgende forhold:

4.1. Finanstilsynet vurdering

Det kan konstateres, at Finanstilsynet med henvisning til lovens § 15 stk.1, nr. 3, har undtaget alle dokumenter i klagers sag fra aktindsigt. Finanstilsynet har således ikke foretaget en konkret vurdering i forhold til de enkelte oplysninger i klagers sag. Derved lider Finanstilsynets afgørelse af væsentlige mangler, idet Finanstilsynet ikke har taget stilling til, om lovens § 15 stk. 1, nr. 3, kan anvendes i forhold til de enkelte oplysninger i klagers sag.

Det bemærkes, at det er klagers opfattelse, at Finanstilsynet ikke har taget stilling til det af Erhvervsankenævnet fastsatte i afgørelse af 5. november 2010.

I den forbindelse skal det bemærkes, at afviklingsselskabet under Finansiell Stabilitet har udtaget stævning mod klager med påstand om, at han som bestyrelsesmedlem i B [pengeinstitut] har handlet ansvarspådragende. I det omfang den omfangsrige stævning måtte indeholde oplysninger, der tillige findes i klagers sag, er det evident, at aktindsigt ikke er udelukket.

4.2. Oplysninger undtaget fra aktindsigt

Det klare udgangspunkt er, at klager er berettiget til aktindsigt i sin sag, og at det kun er efter en konkret afvejning af klagers interesse i forhold til offentlighedens interesse, at Finanstilsynet kan begrænse denne ret til aktindsigt.

Ved denne vurdering må det tillægges betydning, at klager er bekendt med, at det var daværende B A/S, der indgav anmeldelse til Finanstilsynet. Der er således ikke i denne sag et berettiget hensyn til at beskytte anmelders anonymitet.

Derudover må det tillægges betydning, at B A/S i medfør af værdipapirhandelslovens § 27, har en selvstændig pligt til at offentliggøre intern viden hurtigst muligt, ligesom det er af betydning, at daværende bestyrelsesformand i B A/S, C, 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. fe-

bruar 2010 fra C. Vi henviser i den forbindelse til vores bemærkninger i vores første klage til Erhvervsankenævnet.

Endelig bemærkes, at klager på nuværende tidspunkt ikke har mulighed for at påvirke *"forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyrdelse og lignende samt beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning"* da handlingen (salg af aktier) under alle omstændigheder er afsluttet.

4.3. Begrundelseskravet

Det fremgår ikke af Finanstilsynets afgørelse, hvorfor tilsynet har vurderet, at oplysningerne alle som en er omfattet af lovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Hertil kommer, at den i sig selv "generiske" henvisning til lovens § 24, ikke indeholder en relevant begrundelse, hvilket er i strid med grundlæggende principper om begrundelser i forvaltningsretten, jf. FOU 2004.346.

4.4. Finanstilsynets rolle i sagen

Den konkrete sag foregår over en afgrænset periode fra 19 til 21. januar 2010, hvor klager solgte en del af sin aktieportefølje i B A/S. Baggrunden for, at B A/S anmeldte klager til Finanstilsynet var, at klager – efter B A/S opfattelse – havde været i besiddelse af intern viden om B's økonomiske situation, da han handlede aktierne.

Det bemærkes, at det var efter beslutning truffet af Finanstilsynet, at B blev erklæret insolvent og senere opkøbt af Finansiell stabilitet. Finanstilsynet har således haft en afgørende rolle i forbindelse med omstændighederne omkring lukningen af banken, og de omstændigheder, der førte til, at B A/S anmeldte klager til Finanstilsynet.

I en sådan situation må der stilles forøgede krav til Finanstilsynets ageren under sagen, herunder i forbindelse med behandling af klagers aktindsigtsanmodning. Det gøres i den forbindelse gældende, at der er en særlig interesse i at sikre åbenhed om sagen, herunder baggrunden for Finanstilsynets afgørelse.

Finanstilsynets dobbeltrolle, hvor tilsynet både har truffet beslutning om at lukke banken, og efterfølgende indledte undersøgelse mod klager samt meddelte afslag på aktindsigt, gør det derfor særligt påkrævet at begrunde dette afslag på aktindsigt fyldestgørende.

Åbenhed om baggrunden for Finanstilsynets beslutninger vil således kunne være med til at sikre, at der ikke alene er truffet rigtige beslutninger undervejs, men at det også fremtræder således over for udenforstående. Dette gælder også baggrunden for at afslå aktindsigt.

...”

Ved skrivelse af 7. februar 2011 anmodede Finanstilsynet Erhvervsankenævnet om at afvise klagen, og anførte i den forbindelse:

” ...

I medfør af § 88, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v. kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af denne lov indbringes for Erhvervsankenævnet. For så vidt angår tilsynets afgørelser, der ikke har hjemmel i lov om værdipapirhandel m.v. eller andre finansielle love med tilsvarende rekursbestemmelse, er den administrative rekursmyndighed Økonomi- og Erhvervsministeriet.

Finanstilsynets afgørelse af 15. december 2010 er truffet med hjemmel i forvaltningsloven, og omfattes således ikke af klagebestemmelsen i § 88, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet skal på denne baggrund anmode om, at Erhvervsankenævnet afviser klagen, da den falder uden for nævnets kompetence.

...”

Erhvervsankenævnet afviste den 22. februar 2011 Finanstilsynets anmodning og anmodede tilsynet om at fremsende en udtalelse om sagens faktiske og retlige omstændigheder bilagt sagens dokumenter.

Finanstilsynet har herefter i en redegørelse af 5. april 2011 blandt andet udtalt:

” ...

2. Afgørelsens retlige grundlag

I medfør af forvaltningslovens § 9 har en part ret til aktindsigt i en afgørelsessag. ...

...

Forvaltningsloven indeholder i §§ 12-15 en række undtagelser til hovedreglen om aktindsigt i forhold til enkelte dokumenter og oplysninger. ...

Af *Forvaltningsloven med kommentarer* af John Vogter (3. udgave, 2001) fremgår bl.a. vedr. § 15 (s. 327 f):

”Afvejningen efter § 15 skal foretages for hvert enkelt dokument for sig, jf. forudsætningen herom i stk. 2. Der er ingen hjemmel til generelt at undtage sagsområder eller arter af dokumenter, for hvilke bestemmelsen i almindelighed vil medføre, at også en parts begæring om aktindsigt må afslås [...].

Der kan i enkelte tilfælde være tale om, at selve den oplysning, at der findes en sag eller et dokument af den pågældende karakter, kan medføre afgørende skadevirkninger på offentlige eller private interesser. I sådanne tilfælde vil der efter bestemmelsen være hjemmel til at undlade at give aktindsigt i sagen eller til at udelade hele dokumentet fra aktindsigten.

Hensynet til offentlige eller private interesser må for at kunne begrunde indskrænkning i partens adgang til aktindsigt efter § 15 være af en sådan styrke, at de i det konkrete tilfælde bedømmes som »afgørende« modhensyn. Med anvendelsen af ordene »afgørende hensyn« er det tilkendegivet, at oplysningerne kun kan undtages fra aktindsigt, hvor der er nærliggende fare for, at private eller offentliges interesser vil lide skade af væsentlig betydning, hvis begæringen imødekommes [...].”

Begrundelse

For så vidt angår spørgsmålet om begrundelse fremgår det af forvaltningslovens § 22, at en afgørelse skal være ledsaget af en begrundelse, når den meddeles skriftligt, medmindre afgørelsen fuldt ud giver den pågældende part medhold.

Af forvaltningslovens § 24 fremgår yderligere:

...

I medfør af § 24, stk. 3, kan begrundelse således undtages i tilfælde, hvor partens interesse i at kunne benytte kendskab til denne til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til den pågældende selv eller til andre private eller offentlige interesser, jfr. ovennævnte § 15.

Af *Forvaltningsloven med kommentarer* af John Vogter (3. udgave, 2001) fremgår bl.a. vedr. § 24 (s. 461 f):

”Den, der er part i en sag, kan ikke ved at fremsætte begæring om begrundelse forlange at blive gjort bekendt med oplysninger m.v., som ville være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i forvaltningsloven § 15, hvis parten i stedet havde fremsat begæring om aktindsigt.

Begrundelsespligten kan, med hensyn til angivelse af faktiske omstændigheder efter stk. 2, også herudover begrænses eller efter omstændighederne bortfalde i det omfang, partens ret til begrundelse efter et konkret skøn findes at burde vige for afgørende hensyn til private eller offentlige interesser, eventuelt hensynet til den pågældende selv, jf. stk. 3.”

3. Finanstilsynets vurdering

Det er Finanstilsynets opfattelse, at Finanstilsynet har været berettiget til at afslå klagers aktindsigtsbegæring med henvisning til forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3. Det er samtidig Finanstilsynets vurdering at tilsynet har været berettiget til at begrænse begrundelsens indhold, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 3.

...

Finanstilsynet skal ... anføre, at der er taget stilling til Erhvervsankenævnets afgørelse, og Finanstilsynets afgørelse af 15. december 2010 er netop truffet med henvisning til Nævnets kendelse og forvaltningsloven § 15, stk. 1, nr. 3.

Det bemærkes samtidig, at der er foretaget en konkret vurdering i forhold til oplysningerne i sagen, og det er på denne baggrund, at der er meddelt afslag til klager. Det bemærkes i den forbindelse at undtagelsen

i forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3, kan medføre, at sagen undtages fra aktindsigt.

Det bemærkes samtidig, at afvisning af klagers adgang til aktindsigt alene kan opretholde, så længe hensynet i forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3 fortsat består.

Begrundelse

For så vidt angår kravet om begrundelse fremgår det af forvaltningslovens § 24, stk. 3, at begrundelsens indhold kan begrænses i tilfælde, hvor partens interesse i at kunne benytte kendskab til denne til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hensyn til den pågældende selv eller til andre private eller offentlige interesser, jfr. ovennævnte § 15 i forvaltningsloven.

Finanstilsynet har begrænset begrundelsens indhold med henvisning til forvaltningsloven § 15, stk. 1, nr. 3, idet hensynet til klagers varetagelse af sit tarv findes at burde vige for hensynet til forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyrkelse og lignende samt beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at kravet om begrundelse ikke indebærer, at klager kan få yderligere oplysninger end der følger af reglerne om aktindsigt, jf. forvaltningsloven § 24 og kommentaren hertil.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående og oplysningerne givet fortroligt til Erhvervsankenævnet i den supplerende redegørelse, skal Finanstilsynet fastholde afslaget på aktindsigt.

...”

Advokat A har i skrivelse af 11. maj 2011 yderligere bemærket:

” ...

Finanstilsynet har henvist til forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3, sammenholdt med § 24, stk. 3 samt til en fremsendt supplerende fortrolig udtalelse til Erhvervsankenævnet, der ikke må videregives til klageren.

Som anført i klagen til Erhvervsankenævnet, er det klare udgangspunkt i forvaltningsloven, at en part har ret til aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Såfremt en myndighed ønsker at begrænse en parts ret til aktindsigt kan dette kun ske, hvis (for denne sag):

- Oplysninger i dokumenter er undtaget fra aktindsigt, jf. lovens § 15

...

Det fremgår af lovens § 15, at retten til aktindsigt kan begrænses, i det omfang partens interesse i at kunne benytte kendskab til sagens dokumenter til varetagelse af sit tarv findes at burde vige for afgørende hen-

syn til den pågældende selv eller til andre private eller offentlige interesser.

I bestemmelsen nævnes en række interesser, der har en sådan karakter, herunder forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser, straffuldbyrdelse og lignende samt beskyttelse af sigtede, vidner eller andre i sager om strafferetlig eller disciplinær forfølgning, jf. lovens § 15, stk. 1, nr. 3.

Det bemærkes, at det ikke er dokumentet som sådan, der efter denne bestemmelse er beskyttet, det er derimod **bestemte oplysninger**, hvor der er **afgørende hensyn** til interesser, som efter deres karakter er særligt beskyttelsesværdige.

Dette indebærer først og fremmest, at såfremt det beskyttelsesværdige hensyn kun gør sig gældende for en del af det pågældende dokument, skal parten have adgang til aktindsigt i dokumentets øvrige indhold, jf. lovens § 15, stk. 2.

Der kan i den forbindelse henvises til klagen af 12. januar 2011 og den deri anførte henvisning til ombudsmandspraksis.

Det klare udgangspunkt er endvidere, at myndigheden skal begrunde sin afgørelse, og at begrundelsens indhold skal opfylde en række krav, der er foreskrevet i loven, herunder skal de hovedhensyn, der har været af betydning for afgørelsen angives, jf. lovens § 24 stk. 1 og 2.

Kravene til indholdet af myndighedens begrundelse kan dog i visse særlige situationer begrænses, jf. lovens § 24 stk. 3. Der er tale om en ganske særlig undtagelse til begrundelseskravet, der kan anvendes i situationer, hvor der foreligger afgørende hensyn til offentlige interesser. Myndigheden er forpligtet til at foretage en konkret skøn, såfremt kravene til begrundelse begrænses.

Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med lovens § 15, hvilket indebærer, at myndigheden – såfremt den efter en konkret afvejning finder, at aktindsigt i forhold til den enkelte oplysning kan begrænses – konkret må skønne, om indholdet af begrundelsen skal begrænses i henhold til lovens § 24 stk. 3. Dette skøn skal foretages i forhold til hver enkelt oplysning, der ønskes undtaget fra aktindsigt, og myndighedens skøn skal som udgangspunkt begrundes i overensstemmelse med det ovenfor anførte, så det dels fremgår, hvilke oplysninger der er undtaget, dels hvorfor der knytter sig afgørende hensyn til at undtage disse oplysninger.

Der kan i den forbindelse tillige henvises til klagen af 12. januar 2011 og den deri anførte henvisning til ombudsmandspraksis.

...

Klageren kan af gode grunde ikke vide, hvilke oplysninger Finanstilsynets fortrolige redegørelse indeholder.

Klageren kan derimod konstatere, at klageren efter sit ophør som direktør i det tidligere B A/S den 19. januar 2010 formentligt er blevet anmeldt til Finanstilsynet for overtrædelse af værdipapirhandelsloven.

Klageren kan herudover konstatere, at nu snart 1 år og 4 måneder efter har ingen myndighedsperson kontaktet klageren endsige sigtet klageren for overtrædelse af værdipapirhandelsloven e.lign.

På den baggrund fastholdes argumentationen anført i klagen af 12. januar 2011 - også under hensyn til det retssikkerhedsmæssigt dybt betænkelige i, at Finanstilsynet under henvisning til forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3, der netop omhandler lovovertrædelser, forsøger at forhindre klagerens aktindsigt samtidig med, at klageren ikke har de fundamentale rettigheder, som en straffeprocessuel efterforskning ville give.

...”

Ankenævnet udtaler:

Finanstilsynet har efter Erhvervsankenævnets hjemvisning af sagen til fornyet behandling den 15. december 2010 truffet afgørelse om ikke at imødekomme anmodningen 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. Det fremgår af afgørelsen, hvori der henvises til § 15, stk. 1, nr. 3, og § 24, stk. 3, i forvaltningsloven, at Finanstilsynet konkret har vurderet, at hensynet til den offentlige interesse i forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser er større end hensynet til klagers interesse i at få aktindsigt.

Erhvervsankenævnet har fra Finanstilsynet fået forelagt en fortrolig redegørelse af 5. april 2011, hvori de nærmere omstændigheder for afslaget på aktindsigten og begrundelsen herfor anføres.

Ankenævnet kan ud fra det i afgørelsen og det i den fortrolige redegørelse anførte konkludere, at Finanstilsynet har foretaget en konkret afvejning af, at afgørende hensyn til det offentliges interesse i forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser er større end hensynet til K's interesse i at få aktindsigt, jf. forvaltningslovens § 15, stk. 1, nr. 3, og at afslaget ikke kan begrundes yderligere, jf. forvaltningslovens § 24, stk. 3. Ankenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 15. december 2010 med den af tilsynet anførte begrundelse.

4.3. INVESTERINGSFORENINGSLOVEN

11) Kendelse af 30. september 2011 (J.nr. 2010-0021281).

Påbud om lovliggørelse af direktionen i investeringsforvaltningsselskabers deltagelse i bestyrelsesmøder i investeringsforening.

Investeringsforeningslovens § 26, stk. 1, § 27, stk. 3 samt § 28, stk. 1.

(Piya Mukherjee, Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 25. februar 2010 har K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 28. januar 2010, hvorved Finanstilsynet påbød K2 [investeringsforening] og K A/S at lovliggøre direktionen i K A/S' deltagelse i bestyrelsesmøderne i investeringsforeningen samt at lovliggøre direktionens deltagelse i bestyrelses møder i de øvrige foreninger, hvor direktionen også har uddelegeret deltagelsen.

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 28. januar 2010 hedder det blandt andet:

”Direktionens delegation af deltagelse i bestyrelsesmøder i en administreret forening

Finanstilsynet undersøgte i september 2008 K A/S og K2 m.fl., hvis bestyrelse i medfør af LIS § 27, stk. 3, har overladt den daglige ledelse til K A/S.

Direktøren i K A/S deltog ikke i bestyrelsesmøder i K2 m.fl., der ikke indgår i A (3. parts mandater).

I stedet er det chefen for den afdeling, ”Fund Solutions”, der varetager opgaverne for 3. parts mandater, der deltager i bestyrelses møder sammen med en repræsentant for juridisk afdeling og andre afdelinger efter behov.

Finanstilsynet påbød i rapporten bestyrelsen for K2 og bestyrelsen og direktionen for K A/S at indsende en redegørelse for

1. hvordan ledelsen i K A/S mener, at selskabet opfylder kravene i LIS § 27, stk. 3, 2. pkt., jf. § 26, stk. 1, når direktionen ikke deltager i bestyrelsesmøder i foreningen.
2. på hvilket grundlag ledelsen mener, at direktionen kan delegere sin ledelse – herunder deltagelse i bestyrelsesmøder af foreningens anliggender.

K2 og bestyrelsen og direktionen for K A/S (herefter begge ”A”) har i redegørelse af 30. januar 2009 oplyst, at direktøren for K A/S deltog i bestyrelses møder indtil maj 2007, hvor direktionen ud fra en forret-

ningsmæssig betragtning og med det formål at sikre en effektiv udnyttelse af ressourcerne besluttede at uddelegere deltagelsen i bestyrelsesmøder til chefen for Fund Solutions og en repræsentant for den juridiske afdeling samt andre afdelinger efter behov.

Bestyrelsen for K2 godkendte denne beslutning på et møde den 11. maj 2007.

A har gennemgået og vurderet UCITS – direktivet, LIS, FIL, aktieselskabsloven og anden dokumentation, jf. nedenfor under ”sagsfremstilling”.

Afgørelse

Det er Finanstilsynets vurdering, at direktionen i K A/S i medfør af LIS § 27, stk. 3, jf. § 26, stk. 1, hvorefter bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af foreningens anliggender, ikke generelt kan delegerer deltagelsen i bestyrelsesmøder til en ansat i selskabet.

Finanstilsynet påbyder K2 og K A/S at lovliggøre direktionens deltagelse i bestyrelsens møder.

Endvidere påbyder Finanstilsynet K A/S at lovliggøre direktionens deltagelse i bestyrelsens møder i de øvrige foreninger, hvor direktionen også har delegeret deltagelsen.

...

Sagsfremstilling

K A/S og K2's redegørelse og vurdering af de enkelte områder og Finanstilsynets bemærkninger hertil

1. UCITS - direktivet

A har henvist til, at

- UCITS – direktivet ikke pålægger direktionen i investeringsforvaltningsselskabet pligt til at deltage i bestyrelsesmøder,
- den delegation, som K A/S foretager, svarer til praksis i andre EU – lande,
- der ikke i den danske lovgivning eller i forarbejderne hertil er noget, der tyder på en begrænsning i forhold til direktivet, og at det vil være konkurrencebegrænsende, hvis danske investeringsforvaltningsselskaber ikke kan gøre som europæiske administrations-selskaber,
- det sidstnævnte aktualiseres af de kommende muligheder for grænseoverskridende administration.

Finanstilsynets bemærkninger

Det er korrekt, at UCITS – direktivet ikke indeholder regler, der pålægger direktionen at deltage i bestyrelsesmøder, idet direktivet – bortset fra krav om erfaring og hæderlighed – ikke regulerer (harmoniserer) ledelsesforholdene i investeringsinstitutter og administrations-selskaber i EU - landene.

2. LIS

A har henvist til LIS §§ 26, stk. 1, og 27, stk. 1 og 3, samt reglerne i §§ 39 – 41 om delegation til tredjemand og anført, at LIS ikke indeholder bestemmelser, der pålægger direktionen i investeringsforvaltningsselskabet at deltage i bestyrelsesmøder. LIS begrænser heller ikke direktionens ret til at delegerer opgaver i virksomheden eller til at indrette virksomheden på den efter ledelsens professionelle skøn forretningsmæssigt mest hensigtsmæssige måde.

Endvidere har A henvist til, at selskabet ved den interne delegation har vurderet og forholdt sig til kravene om delegation til eksterne parter, idet de hensyn og overvejelser, der ligger til grund for denne regulering, også må være relevant for intern delegation. A har i redegørelsen gennemgået kravene ved ekstern delegation og anført, at direktionen, jf. princippet i LIS § 41 (om overvågning af delegerede opgaver) i princippet har mulighed for at overvåge de uddelegerede aktiviteter, idet Fund Solutions ugentligt på ledermøder rapporterer til direktionen samt i øvrigt løbende drøfter forhold med direktionen.

A har konkluderet, at

- LIS ikke forpligter direktionen til at deltage i bestyrelsesmøder i de foreninger, der ikke indgår i A-Gruppen,
- LIS ikke forbyder delegation,
- delegation til Fund Solutions er i overensstemmelse med de principper, der ligger bag delegation til tredjemand,
- direktionen reelt kan overvåge de uddelegerede aktiviteter, og
- praksis fra andre lande viser, at intern delegation kan foretages inden for UCITS – direktivets rammer.

På denne baggrund vurderer A, at delegationen ikke er i strid med LIS og i øvrigt etableret inden for lovens rammer.

Finanstilsynets bemærkninger

Det er korrekt, at LIS ikke udtrykkeligt kræver, at direktionen deltager i bestyrelsens møder, men det er en så selvfølgelig del af stillingen som direktør, at der af den grund ikke er et udtrykkeligt krav herom, jf. at bestyrelsen og direktionen i en forening i medfør af LIS § 26, stk. 1, forestår ledelsen af foreningens anliggender.

Direktionens delegation af deltagelsen i bestyrelsens møder efter principperne om delegation til tredje mand forudsætter, at deltagelsen i bestyrelsens møder er en opgave, som direktionen kan delegerer. Det forudsætter således, at direktionen ikke har pligt til at deltage i bestyrelsens møder i sin egenskab af at være direktør og dermed som et medlem af foreningens ledelse.

Det nævnes for god ordens skyld, at en forenings bestyrelse ifølge § 1, stk. 1, og stk. 2, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 714 af 21. juni 2007 om kerneopgaver i investeringsforeninger og specialforeninger, professionelle foreninger, godkendte fåmandsforeninger og hedgeforeninger samt investeringsforvaltningsselskabet ikke kan træffe beslutning om, at foreningen eller dens investeringsforvaltningsselskab delegerer den daglige ledelse af en forening, da det anses som en kerneopgave.

Praksis i andre EU – lande kan næppe inddrages her, idet der er tale om et område, der ikke er harmoniseret i UCITS – direktivet eller andre direktiver. Hertil kommer, at investeringsinstitutter (UCITS) ikke altid er organiseret som juridiske personer, således som foreningerne er i Danmark.

3. FIL

A har henvist til FIL §§ 101, stk. 1 og 2, hvorefter et investeringsforvaltningsselskab skal handle uafhængigt og udelukkende i foreningens interesse samt i den daglige administration varetage interesserne for den eller de foreninger, det administrerer, bedst muligt.

Endvidere har A henvist til reglerne om delegation til tredjemand, jf. det om delegation under "LIS" anførte, idet reglerne er ens.

A argumenterer svarende til det under "LIS" anførte og tilføjer, at K A/S ved at delegere deltagelsen i bestyrelsesmøder til Fund Solutions handler uafhængigt og udelukkende i foreningernes interesser, jf. FIL § 101, stk. 1, og at selskabet herved varetager de administrerede foreningers interesser bedst muligt, jf. FIL § 101, stk. 2, der er en retlig standard. Ved også at delegere deltagelsen i bestyrelsesmøder, er det direktionens vurdering, at selskabet netop varetager foreningernes interesser bedst muligt.

Endelig konkluderer A svarende til det, A konkluderer under "LIS".

Finanstilsynets bemærkninger

A's argumentation efterlader indtryk af, at chefen for Fund Solutions er bedre til at deltage i ledelsen af foreningerne, end direktionen er, hvilket næppe er tilfældet.

Delegationen medfører utvivlsomt en højere grad af adskillelse mellem ledelse af A foreningerne og de øvrige foreninger. Imidlertid kan dette næppe begrunde, at delegation er den bedste løsning, hvortil kommer, at denne løsning ikke vil kunne tilsidesætte direktionens pligt til at deltage i bestyrelsens møder, forudsat der er en sådan pligt, jf. nedenfor under vurdering.

4. Aktieselskabsloven

A henviser til, at det ikke fremgår af aktieselskabsloven, at direktionen skal deltage i bestyrelsens møder, ligesom der heller ikke er regler om delegation eller om forbud mod det.

Finanstilsynets bemærkninger

Det er korrekt, at der heller ikke efter aktieselskabsloven, som de øvrige ledelsesregler bygger på, er en direkte pligt for direktionen til at deltage i bestyrelsens møder. Emnet er heller ikke direkte berørt i Werlauf Aktieselskabsloven og den kommenterede aktieselskabslov, hvorfra følgende dog skal nævnes:

Werlauf Aktieselskabslov 1. oplag 1. udgave anfører på side 427 til § 54, stk. 2, at "til daglig ledelse hører at foretage forberedelse af og indstilling til sager i bestyrelsen samt gennemførelse af bestyrelsens beslutninger."

A/S loven med kommentarer 5. udgave, 2. oplag, note 5 til § 56, stk. 2, anfører om direktionens ret til at være til stede og udtale sig, at "Bestemmelsen må ses i forbindelse med, at direktøren sammen med bestyrelsen deltager i selskabets ledelse, jf. note 1 til § 54."

Begge citater efterlader efter Finanstilsynets vurdering indtryk af en forudsætning om, at direktionen deltager i bestyrelsens møder.

5. Øvrig dokumentation

A har under dette punkt som kommentar til Finanstilsynets bemærkninger i rapporten om, at det, at direktionen ikke deltager i bestyrelsens møde, ikke er i overensstemmelse med § 2, 6. afsnit i forretningsordenen og pkt. 3.13 i instruksen, anført, at

- direktionen i medfør af § 2, 6. afsnit i bestyrelsens forretningsorden og § 3, pkt. 13 i bestyrelsens instruks til direktionen har ret og pligt til at være til stede og udtale sig, medmindre bestyrelsen i det enkelte tilfælde træffer anden bestemmelse,
- direktionen i medfør af instruksens § 3, pkt. 7, på hvert bestyrelsesmøde skal rapportere til bestyrelsen om foreningens virksomhed siden sidste bestyrelsesmøde,
- direktionen i medfør af instruksens § 6, pkt. 1, er berettiget til at delegere sine beføjelser i henhold til instruksen til ansatte i K A/S,
- det ikke er i strid med bestyrelsens forretningsorden og instruks til direktionen, at direktionen ikke deltager i bestyrelsens møder, idet direktionen kan delegere sine beføjelser til ansatte, og idet såvel foreningens bestyrelse som selskabets direktion har været af den opfattelse, at direktionen kan delegere såvel det daglige foreningsarbejde som deltagelsen i bestyrelsesmøder til kompetente medarbejdere. Bestyrelsen har godkendt dette "i det enkelte tilfælde",
- direktionen har delegeret sin pligt til at være til stede på bestyrelsesmøderne i K2, og bestyrelsen har godkendt dette den 11. maj 2007. Direktionen har dog stadig ret til at deltage i bestyrelsens møder og vil som oplyst på bestyrelsesmødet den 11. maj 2007 gøre det, når det skønnes formålstjenligt,
- "Bestyrelsen i K2 som anført i Forretningsordenen og Instruksen" i det enkelte tilfælde (nemlig i tilfældet vedrørende delegation af bestyrelsesmødedeltagelsen) "truffet anden bestemmelse". – K A/S mener således at have etableret en praksis, der er i overensstemmelse med forretningsordenens § 2, 6. afsnit,
- konsekvensen af delegationen er, at Fund Solutions rapporterer til bestyrelsen på hvert bestyrelsesmøde.

Finanstilsynets bemærkninger

Det af A anførte forudsætter, at LIS giver mulighed for delegation af deltagelsen i bestyrelsesmøder.

Hverken bemærkningerne til LIS § 28, stk. 1, eller den kommenterede aktieselskabslov eller FIL indeholder fortolkningsbidrag til, hvad der skal forstås ved "medmindre bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse", men det er sædvanlig praksis, at bestyrelser benytter bestemmelsen, hvis direktionen er inhabil i enkeltsager om lønfastsættelser, fratrædelse m.v.

Det er Finanstilsynets vurdering, at en bestemmelse i bestyrelsens forretningsorden og instruksen til direktionen om, at direktionen har ret og pligt til at deltage i bestyrelsens møder, medmindre bestyrelsen i det enkelte tilfælde har truffet anden bestemmelse, ikke hjemler adgang til systematisk delegation af direktionens deltagelse i bestyrelsens møder, som det er sket i denne forening. LIS § 28, stk. 1, giver kun bestyrelsen mulighed for at træffe beslutning om, at direktionen ikke skal deltage i bestyrelsens møder "i den enkelte sag".

K A/S samlede vurdering

Hvordan ledelsen i K A/S mener, at selskabet opfylder kravene i LIS § 27, stk. 3, 2. punktum, jf. § 26, stk. 1, når direktionen ikke deltager i bestyrelsens møder i foreningen

A har anført, at der intet sted i lovgivningen er forbud mod, at et investeringsforvaltningsselskabs direktion delegerer deltagelsen i bestyrelsens møder til kompetente medarbejdere i selskabet, ligesom der ikke er krav om, at det er direktøren personligt, der deltager, eller at det alene er personer med titel af direktør, der deltager i bestyrelsens møder.

Dette er i overensstemmelse med, at det er selskabets ledelse, der tilrettelægger selskabets daglige drift i overensstemmelse med gældende lov, selskabets vedtægter m.v. samt i øvrigt efter bedste skøn og med varetagelse af kommercielle og regulatoriske hensyn.

Direktionen har i overensstemmelse med alment gældende selskabsretlige regler samt de omhandlede foreningers instrukser delegeret en del af sine beføjelser og efter beslutning i den enkelte forening også deltagelsen i bestyrelsens møder, idet det understreges, at ansvaret ikke er delegeret, og at direktionen er sig sit ansvar bevidst.

Sammenfattende er det K A/S opfattelse, at intern delegation af deltagelsen i bestyrelsesmøder i administrerede foreninger ikke er i strid med LIS § 27, stk. 3, 2. punktum, jf. § 26, stk. 1, ligesom det harmonerer med et ønske om effektivisering af administrationen af investeringsforeninger, der lå bag direktivets bestemmelse herom (formentlig om delegation). Dette synspunkt støttes af udenlandsk praksis. (A har ikke beskrevet hvilken praksis, der er tale om.)

Finanstilsynets bemærkninger

"Direktionen" i LIS og anden tilsynslovgivning er den eller de til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldte og af Finanstilsynet i henhold til LIS § 31 eller FIL § 64 vurderede direktør eller direktører. Det er således ikke tilstrækkeligt at delegerer deltagelsen i bestyrelsesmødet til en person, der har titel af direktør, men som ikke er anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og vurderet af Finanstilsynet.

I denne sag er der ikke kun tale om ledelsen af K A/S og den tilrettelæggelse af arbejdet, som direktøren har ret og pligt til vedrørende selskabets virksomhed, men også om ledelse af foreningerne. Direktionens deltagelse i bestyrelsesmøder i administrerede foreninger er en del af den daglige drift i et investeringsforvaltningsselskab. Set fra foreningens side, er det en del af den overordnede ledelse, som selskabets direktion i medfør af LIS § 27, stk. 3, jf. § 26, stk. 1, udfører sammen med foreningens bestyrelse på samme måde, som hvis foreningen selv havde haft en direktør.

UCITS – direktivet regulerer ikke ledelsen af investeringsinstitutter f.eks. foreninger og investeringsforvaltningsselskaber, så man kan ikke anvende udenlandsk praksis til vurdering af sagen.

På hvilket grundlag ledelsen mener, at direktionen kan delegere sin ledelse herunder deltagelsen i bestyrelsesmøder vedrørende en forenings anliggender

K A/S har anført, at såfremt Finanstilsynet anlægger en praksis, hvorefter direktionen ikke kan delegere deltagelsen i bestyrelsens møder, vil Finanstilsynet i realiteten indføre begrænsninger, der ikke følger af lovgivningen, dens intentioner og forarbejderne, i selskabets virksomhed. En sådan praksis vil medføre en kvantitativ begrænsning af investeringsforvaltningsselskabets virksomhed, idet direktørens pligt til deltagelse vil sætte en begrænsning for muligheden for at udvide virksomhedsområdet og en reel begrænsning af investeringsforvaltningsselskabets stordriftsfordele. Endvidere ville denne praksis blive normgivende for, hvor mange direktører et investeringsforvaltningsselskab skulle have.

Endvidere har A anført, at Finanstilsynet i givet fald må vejlede om, hvor mange foreninger, et investeringsforvaltningsselskab må administrere og hvor mange bestyrelsesmøder, direktionen kan deltage i.

K A/S formoder, at en sådan praksis må være i strid med UCITS IV's krav om "level playing field". Det aktualiseres af direktivets mulighed for grænseoverskridende administration.

Finanstilsynets bemærkninger

Investeringsforvaltningsselskaber skal altid følge den lovgivning, der gælder, også hvis der er tale om, at den begrænser mulighederne for virksomhedsudøvelse.

Som tidligere nævnt regulerer UCITS - direktivet ikke det selskabsretlige område. Det gør UCITS IV – direktivet, der giver mulighed for grænseoverskridende administration, og som skal være implementeret senest den 1. juli 2011 heller ikke.

Regelgrundlag

Af LIS § 26, stk. 1, fremgår det, at bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af foreningens anliggender, jf. dog § 27, stk. 3.

Det følger af § 27, stk. 3, at den daglige ledelse i stedet kan overlades til et af Finanstilsynet godkendt investeringsforvaltningsselskab med hjemsted her i landet, således at de opgaver, der påhviler en forenings direktør, udføres af investeringsforvaltningsselskabets direktør.

Det fremgår af forarbejderne til L220 lov om investeringsforeninger og specialforeninger fra 1996, bemærkningerne til § 15, stk. 2, der svarer til den nuværende § 27, stk. 3, at de opgaver, der påhviler en forenings direktion, påhviler et administrationsselskabs direktion, hvis den daglige ledelse er overladt til et administrationsselskab. Det følger endvidere, at da et anpartsselskab ikke behøver at have en direktør, foreslås det, at kun aktieselskaber kan være administrationsselskaber.

Det følger endvidere af LIS § 28, stk. 1, at bestyrelsesformanden skal sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt, og skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes. Ethvert medlem af bestyrelsen, en direktør, en ekstern revisor og den interne revisionschef kan forlange, at bestyrelsen indkaldes. En direktør, en ekstern revisor og den interne revisionschef har ret til at være til stede og udtale sig ved bestyrelsesmøder, medmindre bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse. Eksterne revisorer og den interne revisionschef har altid ret til at deltage i bestyrelsesmøder under behandling af sager, der har betydning for revisionen eller for aflæggelse af årsrapporten.

Hverken bemærkningerne til LIS § 28, stk. 1, eller "A/S loven med kommentarer" eller kommentaren, "Lov om Finansiell Virksomhed", indeholder fortolkningsbidrag til, hvad der skal forstås ved at "bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse".

Af LIS § 28, stk. 2, fremgår det, at eksterne revisorer og den interne revisionschef har pligt til at deltage i bestyrelsens behandling af de pågældende sager, såfremt det ønskes af blot ét bestyrelsesmedlem.

Der er ikke en tilsvarende lovfæstet pligt for direktionen. Ifølge bemærkningerne er bestemmelsen indsat for at sikre, at revisor deltager, hvis blot et medlem ønsker det.

De nævnte bestemmelser i LIS svarer i vidt omfang til ledelsesbestemmelserne i FIL og aktieselskabsloven.

Litteratur

Werlauf Aktieselskabslov 1. oplag 1. udgave anfører på side 427 til § 54, stk. 2, at "til daglig ledelse hører at foretage forberedelse af og indstilling til sager i bestyrelsen samt gennemførelse af bestyrelsens beslutninger."

A/S loven med kommentarer 5. udgave, 2. oplag, note 5 til § 56, stk. 2, anfører om direktionens ret til at være til stede og udtale sig "Bestemmelsen må ses i forbindelse med, at direktøren sammen med bestyrelsen deltager i selskabets ledelse, jf. note 1 til § 54."

Ifølge LIS § 31, stk. 1, skal et medlem af bestyrelsen og direktionen i en forening have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen.

Ifølge FIL § 64, stk. 1, skal et medlem af bestyrelsen og direktionen i en finansiel virksomhed have fyldestgørende erfaring til at udøve hvervet eller stillingen.

Vurdering

A har ret i, at der ikke i LIS, FIL eller aktieselskabsloven er bestemmelser om, at en direktør har pligt til at deltage i bestyrelsens møder.

Finanstilsynet har ikke haft tilsvarende sager på andre områder af den finansielle lovgivning.

Det er Finanstilsynets vurdering, at en forenings ledelse består af bestyrelsen, der har den overordnede ledelse, og direktionen, der har den daglige ledelse af foreningen. Endvidere er det Finanstilsynets vurdering, at direktionen, som i medfør af LIS § 31 skal opfylde visse krav og er vurderet af Finanstilsynet for så vidt angår erfaring og hæderlighed ikke systematisk kan delegere sin funktion som daglig ledelse til en underordnet. Deraf følger, at direktionen heller ikke systematisk kan delegere sin deltagelse i bestyrelsens møder til en underordnet. Det er en så grundlæggende selskabsretlig regel, at der ikke er fundet grund til at lovfæste den. Når den daglige ledelse er overladt til et investeringsforvaltningsselskab, gælder det overfor nævnte for selskabets direktør, jf. LIS § 27, stk. 3. Hertil kommer kravene i FIL § 64. UCITS – direktivet harmoniserer ikke den måde, som investeringsforeninger og investeringsforvaltningsselskaber ledes på, ligesom direktivet giver mulighed for UCITS, der er juridiske personer som de danske, eller fonde (puljer) som en række udenlandske UCITS er.

Denne vurdering understøttes af det forhold, at et anpartsselskab ifølge bemærkningerne til § 15, stk. 2, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger ikke kunne være administrationsselskab, idet et anpartsselskab ikke behøver at have en direktør.

Konklusion

Uanset, at det ikke står direkte i LIS (og den øvrige finansielle lovgivning), at en direktør skal deltage i bestyrelsens møder, anser Finanstilsynet på det ovenfor nævnte grundlag deltagelse i bestyrelsens møder som en del af direktionens ledelsesopgaver i medfør af LIS § 26, stk. 1, hvorefter bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af foreningens anliggender.”

I klageskrivelse af 25. februar 2010 har K A/S anført:

” ...

4. FAKTUELLE OMSTÆNDIGHEDER

4.1 K A/S

For at give et billede af Klagers aktiviteter og forretning skal det oplyses, at K siden stiftelsen i 1992 har drevet virksomhed som administrations-selskab for investeringsforeninger samt andre typer foreninger og siden

den 4. januar 2006 har været et af Finanstilsynet godkendt investeringsforvaltningsselskab. Tilladelsen omfatter administration af investerings-, special-, hedge- fåmands-, og professionelle foreninger samt andre kollektive investeringsordninger. Herudover er Klager også berettiget til at udøve skønsmæssig porteføljepleje, investeringsrådgivning og valuta-transaktioner m.v.

På baggrund af tilladelsen administrerer Klager i dag 14 investeringsforeninger, 4 specialforeninger, 3 hedgeforeninger, 9 foreninger med begrænset ansvar, 5 godkendte fåmandsforeninger og 3 professionelle foreninger. Dette betyder, at direktøren for K har det overordnede ansvar for den daglige drift af 38 foreninger, der ikke alle har den samme bestyrelse.

...

5. VURDERING OG BAGGRUND FOR KLAGEN

Finanstilsynet har, til trods for at det er ubestridt, at der ikke er hjemmel hertil i den af Finanstilsynet administrerede lovgivning eller støtte herfor i forarbejderne hertil, ud fra nogle generelle betragtninger omkring selskabsretlige regler, ved Afgørelsen reelt indført meget indgribende regler, der begrænser danske investeringsforvaltningsselskabers mulighed for at organisere deres drift på den efter selskabets opfattelse mest effektive og hensigtsmæssige måde.

Klager har på baggrund af Afgørelsens principielle og indgribende karakter valgt at indbringe sagen for Erhvervsankenævnet.

6. HOVEDPROBLEMSTILLINGER

Klager har i Redegørelsen udførligt redegjort for baggrunden for den valgte forretningsmodel samt de foranstaltninger, som Klager har iværksat for at sikre, at den praktiserede delegation af deltagelse i bestyrelsesmøder sker indenfor rammerne af de for investeringsforvaltningsselskabets gældende regler og med skyldig hensyntagen til de administrerede foreninger. Der henvises derfor i det hele til Redegørelsen.

Herudover tillader Klager sig ved nærværende at fremdrage de hovedproblemstillinger, som Finanstilsynets Afgørelse rejser.

6.1 Hjemmel

Som det fremgår af såvel Redegørelsen som Afgørelsen, er Klagers praksis vedrørende deltagelse i bestyrelsesmøder ikke i strid med reglerne i FIL, LIS eller Aktieselskabsloven, ligesom der hverken i forarbejderne hertil eller de EU-direktiver, der er implementeret ved FIL og LIS er holdepunkter for at fastslå, at Klagers praksis er ulovlig.

Afgørelsen hviler på Finanstilsynets fortolkning af LIS og Aktieselskabsloven, hvorefter Finanstilsynet finder, at kravet om investeringsforvaltningsselskabets direktørs personlige deltagelse i foreningernes besty-

relsesmøder er så indlysende, at eksistensen af et hjemmelsgrundlag er overflødig. Dette bestrides.

Det gøres således gældende, at en for Klager så indgribende Afgørelse som den, der er truffet i nærværende sag, ikke kan træffes uden klar hjemmel.

Endvidere savner Finanstilsynet i sine vurderinger af generelle selskabsretlige forhold at inddrage væsentlige elementer i fortolkningen.

Baggrunden for etableringen af administrationsselskaber (nu investeringsforvaltningsselskaber) var, at der var behov for at tilbyde en professionel god omkostningseffektiv administration af investeringsforeninger m.v. Dette har i høj grad vist sig i praksis, idet administrationen i praksis som altovervejende hovedregel varetages af godkendte investeringsforvaltningsselskaber, selvom det i Danmark fortsat er muligt for en investeringsforening selv at varetage administrationen ved ansættelse af relevant personale.

Netop mulighederne for stordriftsfordele og en konkurrencedygtig, omkostningseffektiv administration er en væsentlig del af formålet med etablering af investeringsforvaltningsselskaber. I modsætning til almindelige aktieselskaber, der har en bestyrelse og en af denne ansat direktion, er udgangspunktet for investeringsforvaltningsselskaber, at de administrerer og jf. LIS § 27 stk. 3 forestår den daglige ledelse af mange foreninger/afdelinger. Et investeringsforvaltningsselskab skal således ud over selskabets egen bestyrelse også servicere flere forskellige foreningsbestyrelser. Administration og ledelse er endvidere investeringsforvaltningsselskabets hovedaktivitet, hvilket ikke er tilfældet for andre aktieselskaber.

Såvel strukturen for henholdsvis aktieselskaber og investeringsforvaltningsselskaber som disses aktivitetsområder er således grundlæggende forskellig, og dette bør inddrages, hvis man ønsker at anvende analogibetræktninger i forhold til Klager.

6.2 Forholdet mellem Foreningsbestyrelsen og direktionen

Et andet væsentligt element er forholdet mellem de administrerede foreningers bestyrelser ("Foreningsbestyrelsen") og investeringselskabets direktør, som selvstændigt bliver behandlet i det følgende.

Foreningsbestyrelsen kan jf. LIS § 27, stk. 3, overlade den daglige ledelse til et af Finanstilsynet godkendt investeringsforvaltningsselskab med hjemsted her i landet, således at de opgaver, der påhviler foreningens direktør, udføres af investeringsforvaltningsselskabets direktør, der skal følge de anvisninger, som bestyrelsen har givet, jfr. LIS § 26.

Foreningsbestyrelsens og direktionens arbejdsfordeling er fastlagt i LIS § 26, stk. 8, hvoraf det fremgår, at Foreningsbestyrelsen skal udfærdige skriftlige retningslinjer for foreningens væsentligste aktivitetsområder, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion fastlægges.

Som det ses af ovenstående, fremgår det eksplicit af FIL og LIS, at det er op til Foreningsbestyrelsen at fastsætte og udfærdige retningslinjer for, hvilke pligter direktøren har.

Det gøres gældende, at Foreningsbestyrelsen i retningslinjer for arbejdsdelingen mellem Foreningsbestyrelsen og direktionen og/eller i ansættelsesaftalen (administrationsaftalen), kan anføre, at direktøren har pligt til at deltage i bestyrelsesmøder, såfremt Foreningsbestyrelsen udtrykker ønske derom. Ligeledes kan bestyrelsen anføre i sin forretningsorden og i arbejdsdelingen, at direktionen skal være repræsenteret på bestyrelsens møder. Foreningsbestyrelsen kan med andre ord pålægge direktøren at give møde, men kan også udpege andre om at give møde på direktørens vegne.

Det gøres endvidere gældende, at Klagers praksis er i overensstemmelse med det ovenfor anførte, idet Foreningsbestyrelsen har besluttet, at andre end direktøren deltager i bestyrelsesmøder.

Endelig gøres det gældende, at Finanstilsynets Afgørelse på en uhenigtsmæssig måde indskrænker de lovmæssige beføjelser, der tilkommer Foreningsbestyrelsen.

Hvis Afgørelsen fastholdes, opfordres Finanstilsynet på ny til at vejlede om, hvor mange foreninger et investeringsforvaltningsselskab må administrere, samt hvor mange bestyrelsesmøder en direktør i et investeringsforvaltningsselskab efter Finanstilsynets opfattelse kan deltage i.

6.3 Konkurrenceforvridning i forhold til andre investeringsforvaltningsselskaber i EU

Som det fremgår af Redegørelsen, åbner UCITS IV-direktivet op for grænseoverskridende investeringsforvaltningsselskabsaktiviteter. Finanstilsynet har ved Afgørelsen pålagt danske investeringsforvaltningsselskaber en særlig pligt til, at direktøren personligt skal deltage i samtlige bestyrelsesmøder.

Rækkevidden af Afgørelsen er uklar, men selv hvis denne indskrænkes til alene at gælde dansk domicilerede foreninger omfattet af LIS, vil Afgørelsen få den konsekvens, at den registrerede direktør i udenlandske investeringsforvaltningsselskaber, som ønsker at operere i Danmark, har pligt til at deltage i samtlige bestyrelsesmøder.

Som det tidligere er oplyst over for Finanstilsynet opererer man i andre dele af Europa med meget store "management companies", der service-rer de administrerede fonde og foreninger på key-account manager niveau.

Klager fastholder, at en administrativ praksis, der indfører særlige pligter i forbindelse med administration af danske foreninger, strider mod intentionerne bag UCITS IV-direktivet, som har til formål at etablere et indre marked for investeringsforvaltningsydelser, og kan hæmme store internationale operatørers mulighed for at tilbyde investeringsforvaltningsydelser i Danmark.

Herudover kan Afgørelsen, hvori Finanstilsynet anlægger en fortolkning der underminerer den kommende ret til at udbyde grænseoverskridende investeringsforvaltningsselskabsydelse ved at indføre særlige krav for danske foreninger og investeringsforvaltningsselskaber, komme til at udgøre en teknisk handelshindring eller en foranstaltning med tilsvarende virkning.

Selvom Klager naturligvis er enig i Finanstilsynets bemærkninger om, at investeringsforvaltningsselskaber altid skal følge den gældende lovgivning og de hermed forbundne begrænsninger for virksomhedsudøvelse, er det fortsat Klagers opfattelse, at særlige krav i strid med de generelle harmoniseringstiltag i EU bør have klar hjemmel og endvidere være sagligt begrundede. Klager har i Redegørelsen anført, hvorfor dette efter Klagers opfattelse ikke er tilfældet i nærværende sag.

6.4 Proportionalitetsbetragtninger

Finanstilsynets argumentation bygger på, at man ved at indføre et krav om, at investeringsforvaltningsdirektøren skal deltage i bestyrelsesmøder sikrer, at den, der deltager, er vurderet fit and proper af Finanstilsynet.

Hvis dette er den bærende beskyttelsesinteresse bag Afgørelsen, gøres det gældende, at dette formål kunne opnås ved en mindre indgribende foranstaltning. Eksempelvis kunne Finanstilsynet indføre krav om, at ansatte der deltager, skal være i besiddelse af relevante kvalifikationer, skal have indsigt i foreningens forhold og eventuelt skal leve op til de krav, som Finanstilsynet stiller til direktører for investeringsforvaltningsselskaber, når disse fit and proper vurderes.

Endvidere finder Klager, at Kontoret for Investeringsforeninger og Investeringsforvaltningsselskaber, der har tilsyn med såvel de af LIS omfattede foreninger som de investeringsforvaltningsselskaber, der har tilladelse til at administrere disse, ikke ved Afgørelsen har inddraget hensyn til investeringsforvaltningsselskabers mulighed for at drive kommerciel virksomhed på et konkurrencedygtigt grundlag, selvom dette utvivlsomt vil være i såvel selskabernes som i de administrerede foreningers interesse og vil medvirke til, at professionelle operatører har interesse i at konkurrere på administrationsområdet.

...

På ovenstående baggrund gøres det samlet gældende, at Klagers administration ikke er ulovlig og Klager anmoder derfor om, at Afgørelsen omgøres.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 23. april 2010 udtalt blandt andet:

Finanstilsynets bemærkninger til klagen

Hjemlen

Uanset at LIS, FIL og aktieselskabsloven ikke foreskriver en pligt for direktøren til at deltage i virksomhedens bestyrelsesmøder, fastholder Fi-

nanstilsynet, at en sådan deltagelse er en del af den overordnede ledelse i finansielle virksomheder og investeringsforeninger. Mulighed for delegation af ledelsesopgaver, som direktionens deltagelse i bestyrelsens møder er, vil efter Finanstilsynets vurdering kræve lovhjælp.

Finanstilsynet mener ikke, at den af K A/S anførte baggrund (omkostningseffektiv administration m.v.) for indførelsen af investeringsforvaltningsselskaber (før 2004 administrationsselskaber) ville kunne danne grundlag for Finanstilsynets afgørelse og gør opmærksom på, at investeringsforeningernes brancheorganisation, InvesteringsForeningsRådet, aldrig har fremsat ønske om ændrede regler med henblik på en sådan ordning. I øvrigt er det praksis, at investeringsforvaltningsselskabernes direktører deltager i bestyrelsesmøder i foreningerne.

Det forhold, at et investeringsforvaltningsselskabs virksomhed består af administration af investeringsforeninger m.v. og servicering af disses bestyrelser udover selskabets egen bestyrelse, medfører efter Finanstilsynets vurdering ikke, at Finanstilsynet på det foreliggende lovgrundlag kan stille andre krav til investeringsforvaltningsselskabets direktør, der træder i stedet for en forenings egen direktør, end de krav, der stilles til en forenings eller en finansiell virksomheds direktør.

Forholdet mellem foreningsbestyrelsen og direktionen

Det er Finanstilsynets vurdering, at LIS § 26, stk. 8, hvorefter bestyrelsen skal udfærdige skriftlige retningslinjer for foreningens væsentligste aktivitetsområder, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen fastlægges, ikke kan anvendes som hjemmel til, at bestyrelsen udpeger en ansat til at deltage i bestyrelsens møder i stedet for direktionen, idet deltagelse i et bestyrelsesmøde ikke er et aktivitetsområde, men en del af ledelsen, som bestyrelsen og direktionen forestår i fællesskab.

I den konkrete sag meddelte direktionen på foreningens første bestyrelsesmøde den 11. maj 2007, at det fremover – såfremt bestyrelsen godkendte det – ville være to ansatte, en account manager og en jurist, som deltager i bestyrelsens møder. Direktøren ville deltage i specifikke møder, når det er nødvendigt. Bestyrelsen for K2's godkendte det nævnte.

Denne beslutning var ikke i overensstemmelse med § 2, stk. 6, i bestyrelsens forretningsorden, hvoraf det fremgik, at "Direktionen for Foreningernes investeringsforvaltningsselskab har ret og pligt til at være til stede og udtale sig ved bestyrelsesmøderne, medmindre bestyrelsen i det enkelte tilfælde træffer anden bestemmelse".

Beslutningen er heller ikke i overensstemmelse med punkt 3.7 i "Instruks om arbejdsdelingen fra K2 til direktionen i investeringsforvaltningsselskabet K A/S", hvorefter direktionen på hvert bestyrelsesmøde skal rapportere til bestyrelsen om foreningens virksomhed siden sidste bestyrelsesmøde, herunder på områder, hvor der i lovgivningen eller af bestyrelsen er fastsat grænser for direktionen, og punkt 3.13, der svarer til forretningsordenens § 2, stk. 6.

Konkurrenceforvridning i forhold til andre investeringsforvaltningsselskaber i EU

Finanstilsynets afgørelse er truffet på baggrund af den nuværende lovgivning, hvor grænseoverskridende administration ikke er mulig. Finanstilsynet mener ikke at kunne tage hensyn til de nuværende eller fremtidige konkurrenceforhold, når Finanstilsynet træffer afgørelser efter lovgivningen, mens der inden for visse rammer kan tages højde for dem ved udformningen af lovgivningen.

Hverken det nuværende UCITS-direktiv eller UCITS IV-direktivet regulerer ledelsen af investeringsinstitutter. UCITS IV medfører mulighed for grænseoverskridende administration af UCITS. Det er muligt, at UCITS IV-direktivet medfører ændringer i den danske lovgivning udover det, som den direkte implementering af direktivet kræver, men der er ikke taget stilling hertil endnu. Den nye lovgivning er under forberedelse.

Proportionalitetsbetragtninger

Finanstilsynet har kun hjemmel til at vurdere, om personer, der skal være medlemmer af bestyrelsen og direktionen opfylder betingelserne i FIL § 64 og LIS § 31, mens Finanstilsynet efter den gældende lov ikke kan foretage en vurdering af de enkelte ansatte eller stille krav, som den enkelte ansatte skal opfylde for at udføre deres arbejdsopgaver.

Som allerede nævnt kan Finanstilsynet ved den konkrete afgørelse ikke lade ”hensyn til investeringsforvaltningsselskabers mulighed for at drive kommerciel virksomhed på et konkurrencedygtigt grundlag”, indgå i afgørelsen.

...”

Ved skrivelse af 27. maj 2010 har K A/S bemærket:

”...

Det savner ... mening at Klager pålægges at ”lovliggøre” sin praksis, når Finanstilsynet samtidig er enig i, at der intet steds i lovgivningen er et krav om, at direktøren hos Klager skal deltage i samtlige bestyrelsesmøder i de af Klager administrerede foreninger.

Det skal yderligere anføres, at Finanstilsynet i vejledning nr. 9685 af 4. november 2005 (**”§ 37 Vejledningen”**) tværtimod positivt åbner mulighed for afholdelse af bestyrelsesmøder uden deltagelse af direktøren for investeringsforvaltningsselskabet, idet det i pkt. 1.3.8 fremgår at:

*”beslutninger, der træffes uden at direktionen **eller ansatte** i foreningen er til stede (”lukkede møder”), skal ligeledes protokolles”.*

§ 37 Vejledningen indeholder endvidere en række eksplicitte krav til såvel ledelse som drift af foreninger, der ikke følger af den for foreningerne gældende lovgivning eller bekendtgørelser udstedt i henhold hertil.

Det fremgår eksempelvis, at bestyrelsen skal parafere hver side i bestyrelsesprotokollen. Det har derfor formodningen for sig, at Finanstilsynet, hvis Finanstilsynet opstiller yderligere krav til udøvelsen af hvervet som investeringsforvaltningsselskab, skal angive disse i hvert fald i den af Finanstilsynet udstedte Vejledning. I modsat fald efterlades aktørerne i markedet til trods for en særdeles detaljeret regulering i en betydelig retsusikkerhed.

Det gøres således gældende, at det forhold, at der ikke er udtrykkeligt krav om direktionens deltagelse i bestyrelsesmøder i de administrerede foreninger i § 37 Vejledningen, må tages som udtryk for, at et sådant krav ikke er gældende, og Klager har således med føje indrettet sin administration og virksomhed i overensstemmelse hermed.

...Klager fastholder, at en vurdering af, at en praksis er ulovlig fordrer, at den strider imod lovgivningen.

Klager er ligeledes uforstående overfor, at Finanstilsynet til støtte for sit argument anfører, *"at investeringsforeningernes brancheorganisation, InvesteringsForeningsRådet, aldrig har fremsat ønske om ændrede regler med henblik på en sådan ordning."* Dette argument ville alene have givet mening, hvis der af de gældende regler havde fremgået et eksplicit krav om direktionens deltagelse i samtlige bestyrelsesmøder i administrerede foreninger. Klager gør tværtimod gældende, at hverken branchen eller InvesteringsForeningsRådet tidligere har haft nogen anledning til at ønske sig en ændring af reglerne, netop fordi reglerne ikke indeholder et sådant krav.

Afslutningsvis vil Klager gerne understrege, at Klager i sit virke bestræber sig på at tilbyde de foreninger, Klager administrer, den bedste og mest pris-effektive administration inden for lovgivningens rammer, ligesom Klager holder sig sin forpligtelse til at tilgodese investorernes interesse nøje på sinde.

..."

Finanstilsynet har ved indlæg af 16. juli 2010 heroverfor bemærket:

” ...

Supplerende bemærkninger

...

Finanstilsynet er ... enig i, at der ikke er en eksplicit hjemmel i lovgivningen, men det er ikke ensbetydende med, at Finanstilsynets afgørelse er ulovhjemlet, eller at der ikke findes støtte for påbuddet i lovgivningen.

I selskabslovgivningen findes der heller ikke en udtrykkelig lovhjemmel til, at direktøren skal deltage til bestyrelsesmøderne, men også på dette retsområde er der tale om en selvfølgelighed, idet følgende skal fremhæves fra *"Aktieselskaber og anpartsselskaber"* af Bernhard Gomard, 3. udgave, 1996, s. 208:

”Hele direktionen, også direktører der ikke er medlemmer af bestyrelsen, deltager i bestyrelsesmøderne, medmindre bestyrelsen i enkelte tilfælde beslutter at mødes alene.....”

Desuden fremgår det af § 128 i den nye selskabslov, at ”Et tilstedeværende ledelsesmedlem, der ikke er enig i en beslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen.”

Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at ”Retten til at få sin afvigende mening ført til protokol gælder både for medlemmerne af bestyrelsen eller tilsynsrådet og for direktører, som deltager i mødet, jf. § 123.”

Ved ledelsesmedlem forstås både medlemmer af direktionen og bestyrelsen, og selskabsloven forudsætter således, at direktionen som udgangspunkt deltager.

Af LIS § 28, stk. 2, fremgår ligeledes, at en direktør ikke bare har ret til at være til stede, men at direktøren også har ret til at udtale sig på et bestyrelsesmøde. Samtidig fremgår det af LIS § 28, stk. 3, at en direktør, som ikke er enig i en bestyrelsesbeslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen.

Endvidere fremgår det af LIS § 26, stk. 1, at bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af foreningens anliggender, jf. dog § 27, stk. 3. Det fremgår af den sidstnævnte bestemmelse, at de opgaver, der påhviler en forenings direktør, udføres af investeringsforvaltningsselskabets direktør, hvis bestyrelsen har overladt den daglige ledelse til et investeringsforvaltningsselskab.

Ligesom i selskabslovgivningen følger det således også implicit af LIS, at direktøren eller investeringsforvaltningsselskabets direktør, jf. LIS § 27, stk. 3, som udgangspunkt deltager i bestyrelsesmøderne, hvorfor denne ledelsesopgave efter Finanstilsynets vurdering ikke kan uddelegeres til en medarbejder.

Desuden gør Finanstilsynet opmærksom på, at direktionen har ansvaret for det daglige arbejde, som bestyrelsen ikke kan følge. Bestyrelsens mulighed for at yde en indsats vedrørende dens lovbestemte opgaver samler sig om og med direktionen at gennemføre foreningens formål og politik samt løse dens væsentlige problemer og at træffe beslutninger i ekstraordinære anliggender. Hertil kommer, at bestyrelsen har en kontrolfunktion bestående i at sikre sig, at direktionen følger bestyrelsens retningslinjer og sørge for, at foreningen overholder de gældende regler.

For at bestyrelsen kan yde denne lovbestemte indsats forudsætter det tilstedeværelsen af en løbende kontakt mellem direktionen og bestyrelsen. Denne forudsætning opfyldes ved, at direktøren deltager i de møder, hvor bestyrelsen som et kollegialt organ mødes, nemlig til bestyrelsesmøderne. At det er direktøren, der som udgangspunkt deltager og ikke en medarbejder, giver også god mening i forhold til det særlige ansvar og de lovbestemte regler, der gælder for en direktør, herunder reglerne om krav

til ledelsen, jf. LIS § 31, straffebestemmelser i LIS, der retter sig mod direktøren samt LIS § 28, stk. 2 og 3, som nævnt ovenfor.

Vejledning nr. 9685 af 4. november 2005 kan og skal ikke læses sådan, at Finanstilsynet med vejledningens pkt. 1.3.8 har åbnet for, at direktionen generelt kan undlade at deltage i bestyrelsens møder. I pkt. 1.3.8 fastsætter, at bestyrelsen skal sørge for at protokollere bestyrelsesmøder, der er lukkede. Det kan for eksempel være bestyrelsesmøder, hvor bestyrelsen drøfter direktionens forhold, såsom ansættelse, løn og fratrædelse. Pkt. 1.3.8 forudsætter således også, at direktionen som udgangspunkt deltager men der kan også være andre ansatte, der skal forlade mødet, hvis mødet skal være ”lukket”.

Baggrunden for Finanstilsynets bemærkning om, at InvesteringsForeningsRådet ikke tidligere har fremsat ønske om ændrede regler er, at K2 og K A/S ikke er de eneste, der har fået påbud om at lovliggøre praksis.

Finanstilsynet fastholder derfor påbuddet, som anført i Finanstilsynets brev af 23. april 2010, fordi direktionens deltagelse i foreningens bestyrelsesmøder er så selvfølgelig en del af stillingen som direktør, at der ikke er behov for en udtrykkelig hjemmel herom i lovgivningen.”

K A/S er ved skrivelse af 16. august 2010 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

”...

Af Finanstilsynets Bemærkninger fremgår det, at også andre aktører har fået påbud om, at direktøren for investeringsforvaltningsselskabet personligt skal deltage i bestyrelsesmøder i de af selskabet administrerede foreninger. Dette dokumenterer efter Klagers opfattelse, at branchen ikke tidligere har haft grund til at antage, at der af Finanstilsynet blev stillet et sådant krav.

Klager finder ikke, at den i Finanstilsynets Bemærkninger indeholdte angivelse af, hvordan vejledning nr. 9865 af 4. november 2005 kan og skal læses ændrer ved det faktum, at et krav om direktørens deltagelse i bestyrelsens møder ikke fremgår af vejledningen.

Klager fastholder, at der intet steds i den lovgivning, der finder anvendelse på forholdet, forarbejderne hertil, vejledninger udstedt af Finanstilsynet eller relevant teori, er hjemmel til eller støtte for det påbud Klager har fået. I mangel på en sådan (udtrykkelig) hjemmel inddrager Finanstilsynet i sine seneste bemærkninger ældre teori vedrørende den gamle aktieselskabslov.

Som allerede anført af Klager, adskiller et investeringsforvaltningsselskab sig fra almindelige, aktieselskaber derved, at investeringsforvaltningsselskabets væsentligste erhvervsmæssige aktivitet består i at administrere foreninger og skal således servicere en lang række bestyrelser og ikke blot bestyrelsen for selskabet selv. Efter Klagers opfattelse er det

derfor mindre hensigtsmæssigt, når Finanstilsynet anvender betragtninger fra den almindelige selskabsret som støtte for sin hjemmel i den konkrete sag. Hvis sådanne analogislutninger fra selskabsretten på trods heraf skal tillægges vægt ved vurderingen af sagen, gør Klager opmærksom på, at den generelle ret, som et aktieselskabs bestyrelse har til at beslutte, hvem der deltager i bestyrelsens møder, af samme grund tillige må være gældende for de administrerede foreningers bestyrelser.

...”

Ankenævnet udtaler:

Preben Lund Hansen og Jan Uffe Rasmussen udtaler:

Af § 26, stk. 1, i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v. (investeringsforeningsloven) fremgår det, at investeringsforeninger skal have både en bestyrelse og en direktion, og at bestyrelsen og direktionen forestår ledelsen af foreningens anliggender, jf. dog § 27, stk. 3.

Videre følger det af § 27, stk. 3, at den daglige ledelse i stedet kan overlades til et af Finanstilsynet godkendt investeringsforvaltningsselskab med hjemsted her i landet, således at de opgaver, der påhviler en forenings direktør, udføres af investeringsselskabets direktør.

Ifølge § 28, stk. 1, skal bestyrelsesformanden sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt, og skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes. Ethvert medlem af bestyrelsen, en direktør, en ekstern revisor og den interne revisionschef kan forlange, at bestyrelsen indkaldes. En direktør, en ekstern revisor og den interne revisionschef har ret til at være til stede og udtale sig ved bestyrelsesmøder, medmindre bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse.

Efter vores opfattelse er direktionens deltagelse i bestyrelsens møder et led i direktionens daglige ledelse af en investeringsforening og kan følgelig ikke uddelegeres til andre end direktøren i et investeringsforvaltningsselskab, jf. herved § 27, stk. 3 samt § 28, stk. 1, 3. pkt., forudsætningsvis. Der kan tillige henvises til § 1, stk. 1, og stk. 2, nr. 2, i bekendtgørelse nr. 714 af 21. juni 2007 om kerneopgaver i investeringsforeninger og specialforeninger, professionelle foreninger, godkendte fåmandsforeninger, hedgeforeninger og investeringsforvaltningsselskaber, hvoraf

fremgår, at investeringsforeningens bestyrelse ikke kan træffe beslutning om, at den daglige ledelse af en forening uddelegeres, da det er en kerneopgave. En systematisk uddelegering af deltagelsen i bestyrelsens møder til en underordnet, der ikke som direktøren er underlagt særlige krav for så vidt angår erfaring og hæderlighed mv., jf. nærmere lovens § 31 samt lov om finansiel virksomhed § 64, ligger således heller ikke inden for en naturlig sproglig forståelse af udtrykket ”medmindre bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse” i § 28, stk. 1 in fine.

Vi tiltræder derfor, at Finanstilsynet har påbudt K2 og K A/S at lovliggøre direktionen i K A/S’ deltagelse i foreningens bestyrelsesmøder samt at Finanstilsynet har påbudt K A/S at lovliggøre direktionens deltagelse i bestyrelsens møder i de øvrige foreninger, hvor direktionen har uddelegeret deltagelsen.

Piya Mukherjee udtaler:

§ 26, stk. 1 og § 27, stk. 1 må forstås således, at foreningens øverste ledelse forstås af bestyrelsen, og at den daglige ledelse varetages af direktionen, som ansættes af bestyrelsen. Ifølge § 28, stk. 1, har direktionen ret til at deltage i bestyrelsesmøder, medmindre bestyrelsen i den enkelte sag træffer anden bestemmelse. Jeg finder ikke, at der i denne bestemmelse - eller andre bestemmelser i investeringsforeningsloven - kan indfortolkes en pligt for direktionen til at deltage i bestyrelsesmøder trods modstående ønske fra bestyrelsens side. En sådan mødepligt ville udgøre en indskrænkning i bestyrelsens ret til at tilrettelægge den øverste ledelse af foreningen, herunder afviklingen af bestyrelsesmøder, hvilket jeg ikke finder kan ske uden udtrykkelig lovhjemmel.

Dernæst er spørgsmålet, om direktionens beslutning om at lade sig repræsentere ved en medarbejder på bestyrelsesmøderne i en investeringsforening kan anses som en uddelegering af kerneopgaver, jf. § 39 og bkg. nr. 714 af 21. juni 2007. Det fremgår i øvrigt af § 39, at bestemmelsen finder anvendelse på delegation af opgaver til ”trediemand”. Jeg finder ikke, at overladelse af opgaver til en medarbejder, der står i et underordningsforhold til direktøren, kan betragtes som delegation til ”trediemand” og dermed en ekstern delegation omfattet af § 39. Overladelse af opgaver til en underordnet medarbejder må anses som led i direktionens

tilrettelæggelse af den daglige ledelse, som jeg ikke finder kan begrænses uden udtrykkelig lovhjemmel.

Af disse grunde stemmer jeg for, at Finanstilsynets afgørelse af 28. januar 2010 ophæves.

---000---

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at ankenævnet stadfæster Finanstilsynets afgørelse af 28. januar 2010.

4.4. SELSKABSLOVEN

12) Kendelse af 11. februar 2011 (J.nr. 2010-0022430).

Begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering via Webreg, hvorfor styrelsen var berettiget til at lukke for adgangen til registrering i Webreg.

Selskabslovens § 35, stk. 2, og § 5, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010.

(Anders Hjulmand, Piya Mukherjee og Steen Mejer).

Ved skrivelse af 10. juli 2010 har registreret revisor K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 21. juni 2010 har truffet afgørelse om at lukke K's adgang til Webreg.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 21. juni 2010 hedder det:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i dag truffet afgørelse om, at du ikke skal have mulighed for at bruge webreg, jf. § 5, stk. 3 i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmelderbekendtgørelsen).

Der er ved afgørelsen lagt vægt på, at du i 32 tilfælde har lavet en vurderingsberetning på indskud af fordring på stifter i forbindelse med stiftelsen af selskaber. Indskud af fordring på stifter er, som nævnt i styrelsens breve af 16. og 17. juni samt tidligere mails, ulovlig efter selskabslovens § 35, stk. 2.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har som følge heraf været nødsaget til at sende selskaberne til tvangsopløsning, da de er stiftet uden lovlig kapital, og da det ikke er muligt efterfølgende at reparere dette.

Dette har igen haft konsekvenser for de personer og firmaer, der efterfølgende har erhvervet selskaberne.

Der gøres opmærksom på, at du fortsat har mulighed for at indsende papiranmeldelser til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Disse vil blive undergivet sædvanlig sagsbehandling i styrelsen med efterfølgende registrering.

...”

I klageskrivelsen af 10. juli 2010 har registreret revisor K anført:

” ...

Hermed fremsendes klage over styrelsens afgørelse om, at jeg ikke skal have adgang eller mulighed for at bruge webreg.dk.

Styrelsen henviser i sin afgørelse til anmeldelsesbekendtgørelsens § 5 stk. 3 i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 og selskabslovens § 35 stk. 2.

Til støtte for min opfattelse af selskabslovens bestemmelser om fordring på stifter er, at denne bestemmelse udelukkende er bestemt i forhold til personer, som stifter et selskab, idet der herved vil blive tale om en stiftelse på et aktionærlån, hvilket netop er ulovligt. Bestemmelserne omkring stiftelserne på fordring hos stifter blev indført i 1982 netop for at imødegå denne problemstilling og hindre en omgåelse af selskabslovene. Der er således allerede i den kommenterede selskabslov samt senere kendelser fra Erhvervsankenævnet og ikke mindst styrelsens brev af 4. maj 2005 netop givet tilsagn om muligheden for stiftelser på denne måde.

Det forhold fremgår af den kommenterede aktieselskabslov af Erik Werlauff, hvor det på side 189, 2. afsnit anføres:

*”Ligeledes fremgår det af AL § 6 stk. 2, at **tilgodehavender hos en stifter** (eller hos en aktietegner, der ikke er stifter) ikke kan anvendes som apportindskud. Da forbuddet i AL § 6 stk. 2, mod indskud ved selskabets stiftelse af fordringer på stiftere og aktietegnere har § 115 stk. 1 (***aktieselskabsloven**), som sin baggrund, d.v.s. et forbud mod stiftelse med ”indbygget aktionærlån”, må § 6 stk. 2, fortolkes i overensstemmelse med det her angivne. Forretningsmæssigt begrundede og sædvanlige mellemværender kan således indskydes i selskabet i samme omfang, som de ville kunne tåles efter aktionærlånsreglerne, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 15. marts 2000 s. 128”.*

***indsat som forklaring.**

Det er for mig helt afgørende, at selskabslovens § 35 stk. 2, som er overført uændret fra aktieselskabsloven § 6 stk. 2, jf. den kommenterede selskabslov har sit udgangspunkt i aktieselskabslovens § 115 stk. 1, hvoraf fremgår:

”Et selskab må ikke yde lån til eller stille sikkerhed for aktionærer, anpartshavere, bestyrelsesmedlemmer eller direktører i selskabet eller et moderselskab til dette. Et selskab må heller ikke yde lån til eller stille sikkerhed for den, der er knyttet til en person, som er omfattet af 1. pkt., ved ægteskab eller ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linie, eller som på anden måde står den pågældende særligt nær”.

Den omtalte kendelse AFG nr. 11719 af 15. marts 2000 har jeg fremsendt i mailkorrespondancen med styrelsen. Herudover kan jeg henvise

til en nyere kendelse fra Erhvervsankenævnet af 24. november 2009 – 2009-0018966. I denne kendelse bliver en vedtaget kapitalforhøjelse nægtet på grundlag af fordringens værdiansættelse og soliditet. Derimod henvises der ingen steder til eks. aktieselskabslovens § 6 stk. 2 eller anpartsselskabslovens § 7 stk. 1, hvilket ville have været det mest logiske, hvis fortolkningen af selskabslovens § 35 stk. 2 og de tidligere love skulle være så klar, som styrelsens afgørelse af 9. juni 2010 indikerer. Endelig kan det også støttes på styrelsens brev af 4. maj 2005 hvor der netop pointeres, at en holdingstruktur med datterselskab kan ske på et og samme kapitalgrundlag, hvilket er præcis forholdet i disse stiftelser.

Hvis jeg havde fået muligheden for en anke af styrelsens afgørelse af 9. juni 2010 omkring Selskabslovens § 35 stk. 2, ville jeg have fremlagt den dokumentation, som jeg finder, vil støtte min opfattelse af fortolkningen af denne bestemmelse, men dette blev aldrig aktuelt grundet styrelsens afgørelse af 14. juni 2010 om tvangsopløsning af de omtalte selskaber. Uagtet der i styrelsens mail med afgørelsen af 9. juni 2010 anføres, at afgørelsen kan ankes til Erhvervsankenævnet indenfor 4 uger. Styrelsens afgørelse af 14. juni 2010 er derfor problematisk, idet denne dels ophæver den ankemulighed, som jeg først får meddelt i afgørelsen af 9. juni 2010 og dels det forhold, at afgørelsen af 14. juni 2010 ikke giver mulighed for anke til anden administrativ myndighed. I øvrigt er den af styrelsen ønskede dokumentation jf. afgørelsen af 9. juni 2010 fremsendt pr. mail den 10. juni 2010.

Jeg ved af gode grunde ikke, hvorvidt denne fremstilling af ”fordring på stifter” kan anvendes eller godkendes, men dette får jeg så ikke mulighed for at få efterprøvet ved en højere instans grundet styrelsens afgørelse af 14. juni 2010. Det er dog et faktum, at særligt den kommenterede selskabslov af Erik Werlauff er inde på nogen interessante forhold og aspekter, som selv styrelsen ikke medtager og vælger at ignorere i sin afgørelse, hvilket dog alt andet lige giver stof til eftertanke. Dette sammenholdt med de anførte kendelser og styrelsens brev.

Der henvises i styrelsens afgørelse til anmeldelsesbekendtgørelsens § 5 stk. 3 i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010, hvor der fremgår følgende:

”Hvis styrelsen har begrundet formodning om, at der er sket eller vil ske misbrug af adgangen til registrering, indberetning eller offentliggørelse via Webreg, er styrelsen berettiget til med øjeblikkelig virkning at lukke brugerens adgang hertil.”

Der er i den af styrelsen fremsendte afgørelse ikke anført nogen nærmere henvisning til denne bestemmelse i bekendtgørelsen, men derimod om en subjektiv opremsning af øvrige forhold, i øvrigt uden at henvise til styrelsens eventuelle formodninger om et misbrug af Webreg. Der er således kun en opremsning af rent subjektive forhold, som begrundet styrelsens afgørelse af 21. juni 2010.

Alle forhold omkring Webreg er redegjort overfor styrelsen, særlig det forhold, at jeg ved min assistance til stifteren af de omtalte selskaber,

som jeg godkendte med min vurderingsberetning i overensstemmelse med min opfattelse af den gældende lovgivning, naturligt afsluttede den igangværende stiftelse for selskaberne på Webreg, hvilket er den logiske afslutning, når alle forhold i øvrigt var kontrolleret og fundet i overensstemmelse med den foreliggende dokumentation.

I øvrigt er vurderingsberetningen faktisk korrekt, idet det klart fremgår af denne, hvilke forhold der er gældende for denne. Dette er i øvrigt også godkendt af styrelsen, idet det er grundlaget for vurderingsberetningen, som ikke godkendes.

Der er således ikke tale om et misbrug, hvorpå bestemmelsen i anmeldelsesbekendtgørelsens § 5 stk. 3 kan anvendes.

Alle forhold er netop fuldt tilgængelige ved stiftelsen ligesom dokumentationen for vurderingsberetningen er fremsendt til styrelsen jf. styrelsens afgørelse af 9. juni 2010.

Herudover meddeler styrelsen tillige i afgørelsen, at jeg stadig kan foretage stiftelse og registreringsændringer som papiranmeldelser, hvilket jeg opfatter som værende en anerkendelse af, at jeg fungerer som offentlig godkendt revisor med rettigheder og beføjelser, som det nu en gang medfører. Den eneste forskel er derfor sagsbehandlingstiden, hvor papiranmeldelsen pt. kan være op til 8 uger.

Jeg skal heller ikke undlade at henlede opmærksomheden på, at anmeldelser på papir fremsendt til styrelsen ikke giver mere sikkerhed for en korrekt anmeldelse, end der er tilfældet for anvendelse af Webreg. Dette har jeg fået bekræftet så sent som den 13. juli 2010, hvor jeg gennem min advokat har forespurgt om forskellen på styrelsens forretningsgang med henholdsvis Webreg og en papiranmeldelse, hvor udmeldingen var helt utvetydig, nemlig at der ikke er nogen forskel. Derfor finder jeg styrelsens afgørelse af 21. juni 2010, som endnu et eksempel på uhjemlet at fratage mig muligheden for en effektiv og hurtig servicering af mine kunder.

Konklusionen på styrelsens afgørelse er for mit vedkommende og som jeg opfatter det, baseret på rent subjektive vurderinger, hvilket desværre også er muligt med henvisning til den omtalte § 5 stk. 3 i anmeldelsesbekendtgørelsen. Det pointeres også i afgørelsen, at der tale om 32 tilfælde, men styrelsen nævner således ikke direkte, at det egentlig kun er ét og samme tilfælde, som er gentaget 32 gange, i øvrigt over en periode på ca. 2 måneder, hvor stiftelserne er sket fortløbende. Alle stiftelser er sket for A ApS som stifter. Jeg skal også for en god ordens skyld bemærke, at jeg ikke på noget tidspunkt har deltaget eller assisteret med den efterfølgende handel af selskaberne.

De øvrige forhold, som styrelsen anfører, har jeg netop medvirket til bliver løst så tilfredsstillende som overhovedet muligt.

Herudover mener jeg også, at der bør indgå følgende forhold i afgørelsen:

- *Jeg har på intet tidspunkt bevidst forsøgt at misbruge Webreg, ligesom der ej heller er konstateret forhold tidligere i denne henseende*
- *Der er ikke nogen forhold omkring de af mig udarbejdede vurderingsberetninger, herunder arbejdspapirer eller dokumentation for kapitalens tilstedeværelse, som er blevet påtalt eller anfægtet på nogen måde*
- *Jeg har ikke med min såkaldte adfærd bevidst forsøgt at omgå selskabslovene eller medvirket til nogen form for ulovlige registreringer*
- *Jeg har i hvert enkelt tilfælde ved registreringen på Webreg haft fuldmagt fra stifteren til afslutning af stiftelsen*
- *Jeg har som revisor for stifter A ApS søgt, trods styrelsens ageren i sagen, at minimere skadevirkningen for kapitalejerne af de omtalte selskaber*
- *Jeg har i forbindelse med udarbejdelsen af de omtalte vurderingsberetninger modtaget et beskeden honorar fra A ApS herfor, ligesom jeg ikke har deltaget eller medvirket til en senere overdragelse af de omtalte selskaber*
- *Den af styrelsen truffne afgørelse af 14. juni 2010 om tvangsopløsning selskaberne kan ikke ankes til anden administrativ instans, hvor der kun er mulighed for at indbringe afgørelse for domstolene. Dette er i desværre ikke nogen mulighed, idet selskaberne for længst ville være blevet tvangsopløst, når der ville blive afsagt en dom.*
- *I bedste fald er der tale om en beklagelig fejlfortolkning fra min side af selskabslovens § 35 stk. 2, som medfører styrelsens afgørelse om stiftelsen af selskaberne er ulovlig. Dette ikke dermed det samme som, at jeg har medvirket til en bevidst ulovlig handling eller misbrug af Webreg*
- *Der har kun været tale om denne ene sag hos styrelsen, idet der ikke er flere sager med undertegnede i styrelsens regi.*
- *De omtalte vurderingsberetninger anfører det præcise forhold for kapitalen, da der netop skrives "tilgodehavende i moderselskabet", hvilket netop beviser fuld åbenhed om stiftelsen*

Det at styrelsen lægger objektivt vægt på ét og samme forhold, som jeg også har redegjort for overfor styrelsen, ser jeg ikke som en skærpende omstændighed, idet der med udgangspunkt i min opfattelse af stiftelserne, netop er overholdt de nødvendige formalia og retningslinier for anvendelsen af Webreg.

Jeg kan endvidere oplyse, at der i skrivende stund allerede er indgået aftaler med kapitalejerne omkring en fornuftig løsning på den opståede situation. Løsningen omfatter således enten en stiftelse af et nyt selskab (uden beregning) eller refusion af købesummen for det tvangsopløste selskab fra sælgeren af selskaberne.

Det er stadig intentionen, at alle berørte og involverede parter omkring de tvangsopløste selskaber skal hjælpes så optimalt, som det overhovedet er muligt. Derfor har jeg også som revisor for stifteren A ApS udarbejdet

en erklæring til kapitalejerne og de tvangsopløste selskaber, hvoraf der fremgår en klar og utvetydig udmelding om, at kapitalejerne absolut ikke har nogen andel i selskabets tvangsopløsning.

Jeg kan kun erklære, at adgangen til Webreg er essentiel for en revisionsvirksomhed, hvorfor jeg kun kan appellere til, at styrelsens afgørelse om at fratage mig brugen af Webreg omstødes. Dette netop under henvisning til, at der absolut ikke har været noget bevidst forsæt om et misbrug af Webreg ligesom der ej heller kan frembringes en begrundet formodning om, at der vil ske et misbrug Webreg i fremtiden.

Jeg har følgelig taget styrelsens afgørelse omkring Selskabslovens § 35 stk. 2 til efterretning, hvorfor jeg også i fremtiden ved tvivlstilfælde agter at kontakte styrelsen for en udtalelse om et givent forhold. Jeg ønsker kun at overholde de gældende love og bekendtgørelser.

Dette er i øvrigt det første forhold, som jeg er involveret i, dette uagtet jeg har været selvstændig med egen revisionsvirksomhed siden 1991, hvor jeg har haft online adgang til styrelsens systemer fra starten, da det blev kaldt Publicom.

Jeg vil derfor gerne have, at dette tages i betragtning ved den endelige afgørelse om adgang til Webreg.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 5. oktober 2010 udtalt:

”...

Sagens faktiske forløb

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev i starten af juni måned 2010 opmærksom på vedlagte annonce ... fra ApS B, hvori der bl.a. blev reklameret med stiftelse af anpartsselskaber ved indskud af inventar med en reel værdi på kr. 80.000, der dog ifølge annoncen kunne skaffes for 40.000. Stiftelserne skulle ifølge annoncen ske i samarbejde med og godkendt af en registreret revisor.

Det hedder endvidere i annoncen, at kapitalkravet på kr. 80.000 først skal fremvises ved første regnskab, op til 18 måneder efter købet af selskabet. Hvilke igen fremstår som godkendt af revisor.

Revisor oplyses i annoncen som værende klager, K1 [klagers revisionsvirksomhed] (reg. revisor K).

På baggrund af ovenstående valgte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at gennemgå de selskaber i styrelsens registrer, som var stiftet af ApS B i samarbejde med klager.

Ved gennemgangen konstateredes, at 32 selskaber var blevet stiftet ved indskud af en fordring på stifteren A ApS, og at der var udarbejdet en vurderingsberetning af klager på den indskudte fordring. Et andet selskab, hvor der ligeledes var udarbejdet en vurderingsberetning af klager, var stiftet ved indskud af værdier (smykker og immaterialretligheder).

På baggrund af stiftelsesdokumenterne og vurderingsberetningerne samt ovennævnte annonce valgte styrelsen at bede Revisortilsynet se på klagerens arbejde, hvilket klager er blevet oplyst om. Styrelsen er ikke bekendt med, om tilsynet har indledt en undersøgelse, eller om der er truffet en afgørelse, og har pga. reglerne om tavshedspligt heller ikke på nuværende tidspunkt mulighed for at indhente oplysninger herom.

Klagers oplysning om, at der ikke er noget forhold omkring de af ham udarbejdede vurderingsberetninger, herunder arbejds papirer eller dokumentation for kapitalens tilstedeværelse, som er blevet anfægtet eller påtalt på nogen måde, og at der ikke er flere sager med undertegnede i styrelsens regi, skal således tages med et vist forbehold.

Klager opfordres til at oplyse, om Revisortilsynet på nuværende tidspunkt har indledt en sag, hvor klager er involveret, og i givet fald fremlægge sagens dokumenter.

Da de 32 selskaber efter styrelsens opfattelse er stiftet i strid med selskabslovens § 35, stk. 2, og da der ikke er mulighed for at afhjælpe en mangel i stiftelsesgrundlaget, blev selskaberne sendt til tvangsopløsning i skifteretten. Meddelelse herom blev givet direkte til de berørte selskaber, og ikke til klager, der efter eget udsagn ikke har haft noget med de pågældende selskaber, herunder salget af disse, at gøre fra stiftelsen og frem til oversendelsen til skifteretten.

Der kan ikke klages administrativt over denne afgørelse, jf. selskabslovens § 371, stk. 2, hvilket klager er blevet oplyst om, da han efterfølgende kontaktede styrelsen.

Da styrelsen endvidere opfatter stiftelserne som et bevidst forsøg på at omgå reglerne om, at kapitalen skal være til stede ved stiftelsen af et selskab, traf styrelsen også afgørelse om at lukke klagers og ApS B's adgang til at foretage registreringer på webreg. Stiftelse af selskaber uden effektivt indbetalt kapital udgør således efter styrelsens vurdering en væsentlig risiko for selskabernes kreditorer og medarbejdere.

Samtidig med afgørelsen blev klager gjort opmærksom på, at der var mulighed for at indsende papiranmeldelser, som ville blive undergivet sædvanlig sagsbehandling i styrelsen. Herved sikres en efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse nødvendig kvalitetskontrol af klagers anmeldelser.

Klager har i klagen oplyst, at han alene har modtaget et beskedent honorar for stiftelserne, og at der er indgået aftaler med kapitalejerne om en fornuftig løsning. Efter styrelsens telefoniske drøftelser med flere af selskaberne er der ikke indgået aftaler med dem, hvorfor klager opfordres

til at dokumentere disse. Klager opfordres endvidere til at dokumentere honorarets størrelse. Prisen på stiftelsen af et af de 32 selskaber ligger efter styrelsens telefoniske oplysninger på kr. 10.000.

Styrelsen har dog umiddelbart svært ved at se, hvilken relevans honorarets størrelse og en eventuel efterfølgende aftale med de berørte selskaber har for styrelsens afgørelse.

Sagens retlige omstændigheder

Forbuddet mod at stifte et selskab ved indskud af fordring på stifter blev indført i 1982 som anført af klageren. Af bemærkningerne til lovforslaget (L 119 af 19. februar 1982) fremgår på spalte 2859 ..., at der når et selskab tiltransporteres en fordring på en stifter etableres der et retsforhold, som på grund af misbrugsrisikoen minder om de, der foreslås forbudt i § 115.

Endvidere anføres, at man ifølge nuværende praksis har accepteret sådanne fordringer som indskud i det omfang, de er sikret ved pant, men at et pantebrev ligesom en fordring alene repræsenterer et retskrav, og at der derfor for at sikre aktiekapitalens effektive indbetaling foreslås at forbyde at sådanne aktiver indskydes.

Der er således efter forarbejderne til 1982-loven ingen tvivl om, at det bærende hensyn er at sikre, at kapitalen er effektivt indbetalt ved stiftelsen af et aktieselskab, i modsætning til at der blot består et retskrav på indbetalingen. Der er heller ikke efter forarbejderne tvivl om, at manglende indbetaling af kapitalen ligesom ulovlige aktionærlån udgør en væsentlig risiko for selskabets kreditorer, og lovgiver med reglen vil hindre et misbrug.

I bemærkningerne til selskabslovens § 35, stk. 2 (L 170 af 25. marts 2009, p. 128 ...) fremgår ligeledes, at det gældende forbud mod indskud af fordringer på stiftere har til formål at sikre selskabskapitalens effektive indbetaling, og at imødegå den misbrugsrisiko, der er forbundet med disse fordringer.

Klageren fremhæver, at forbudet alene gælder fordringer på fysiske personer, idet der her er tale om stiftelse på et aktionærlån. Styrelsen skal hertil indledningsvis bemærke, at såvel juridiske som fysiske personer kan være aktionærer og at begge kan forbryde sig mod reglerne og optage ulovlige aktionærlån.

Herudover bemærkes, at der intet sted i bemærkningerne eller i ordlyden af aktieselskabslovens § 6 og selskabslovens § 35, stk. 2 er holdepunkter for at sondre mellem indskud af fordring på stiftere som fysiske personer og som juridiske personer. Sondringen mellem fysiske og juridiske personer anvendes i §§ 24, stk. 3, § 50, § 52, § 56, § 104, stk. 3 og § 369, men er altså ikke anvendt i § 35, stk. 2, hvorfor denne efter ordlyden må omfatte såvel fysiske som juridiske personer.

Klageren anfører ligeledes med henvisning til EAK af 15. marts 2000, p. 128, at forretningsmæssigt begrundede og sædvanlige mellemværender

kan tåles i samme omfang som ved aktionærlån. Endvidere henvises til AFG nr. 11719 af 15. marts 2000 og EAK af 24. november 2009 og styrelsens brev af 4. maj 2005.

Efter styrelsens opfattelse har klagerens argumentation baggrund i en klar misforståelse af, hvorledes man kan stifte et holdingselskab og derefter et driftsselskab.

I styrelsens brev af 4. maj 2005 oplyses, at et selskab kun kan stiftes på baggrund af et reelt kapitalindskud, og at kædeselskaber ikke accepteres af styrelsen, når der er tale om en omgåelse. Dog accepteres det at et holdingselskab og et driftsselskab stiftes på et og samme kapitalgrundlag, idet holdingstrukturen kan tjene skatte- og risikomæssig hensyn.

Stiftelserne foregår her ved at holdingselskabet oprettes med effektiv indbetaling af kapital, hvorefter holdingselskabet effektivt indbetaler, og altså ikke udlåner, kapitalen i driftsselskabet mod at få anparter i dette. Der er således ikke tale om aktionærlån eller om indskud af en fordring på stifter, som klageren anfører, men reel indbetaling af kapital.

Der er endvidere alene en afgrænset mulighed for at stifte et holdingselskab og ét driftsselskab. Der konstruktion, som klageren har benyttet sig af, kan i princippet gentages et utal af gange, idet der ikke i det nystiftede selskab indbetales en kapital, men alene består et retskrav (en fordring) på kapitalen. Hermed adskiller klagerens konstruktion sig væsentligt fra den model, som er beskrevet i styrelsens brev af 4. maj 2005, ligesom den rummer væsentlig risiko for misbrug og besvigelse af kreditorer og samarbejdspartnere.

Erhvervsankenævnets kendelse af 24. november 2009 vedrører en stiftelse af et selskab, hvor stifter indskyder en fordring på en tredjeperson. Dette forhold rammes ikke direkte af § 35, stk. 2, men værdiansættelsen af fordringen skal leve op til de almindelige regler om vurdering af indskud af andre værdier, og skal selvsagt bestå og have en økonomisk værdi.

For så vidt angår AFG nr. 11719 af 15. marts 2000, opfordres klageren til at fremlægge afgørelsen i helhed for Erhvervsankenævnet, hvorefter styrelsen vil kommentere denne.

Klageren anfører, at styrelsens i sin mail af 9. juni skulle have oplyst, at afgørelsen om tvangsopløsning af selskaberne kan ankes. Dette er en misfortolkning af styrelsens mail, idet den ankemulighed, som beskrives i brevet, alene vedrører det forhold, at klagerens adgang til webreg er lukket. Denne afgørelsen er begrundet i, at klageren har medvirket til stiftelse af selskaberne i strid med § 35, stk. 2.

Afgørelserne om tvangsopløsningen af selskaberne er også begrundet i, at selskaberne er stiftet i strid med § 35, stk. 2, men afgørelsen er naturligvis fremsendt med brev direkte til de berørte selskaber. Klageren har efter eget udsagn ikke haft noget med salget af selskaberne at gøre og har først efter tvangsopløsningen taget kontakt til selskabernes ejere.

Der er ikke hjemmel i selskabsloven til at indbringe afgørelsen om oversendelse af selskaber til tvangsopløsning til skifteretten for Erhvervsankenævnet, jf. selskabslovens § 371, stk. 2. Afgørelsen om lukning af klagerens adgang til webreg kan derimod prøves ved erhvervsankenævnet.

Efter anmelderbekendtgørelsens § 5, stk. 3 kan styrelsen lukke for en brugers adgang til webreg med øjeblikkelig virkning, hvis der er sket misbrug af webreg. Styrelsens afgørelse af 21. juni 2010 anfører som begrundelse for at lukke for klagerens adgang til webreg, at klageren i 32 tilfælde har stiftet selskaber med fordring på stifter.

Styrelsens holdning

Formålet med forbudet mod stiftelse ved indskud af fordring på stifter er, som det fremgår af ovennævnte bemærkninger, at hindre misbrug, og at sikre at kapitalen er effektivt indbetalt.

Klager har efter styrelsens opfattelse bevidst forsøgt at omgå kravet om, at kapitalen skal være til stede ved stiftelsen af selskaberne, ved i strid med § 35, stk. 2 at indskyde en fordring på stifter.

Uanset om der er tale om ét tilfælde, eller som her 32 stiftelser inden for en kortere periode, er der efter styrelsens opfattelse tale om et så væsentligt brud på den sikkerhed, som kreditorerne har krav på som modstykke til den begrænsede hæftelse, at der er tale om en væsentlig overskridelse af reglerne.

Styrelsen fastholder derfor at have været berettiget til at lukke klagers adgang til webreg, jf. anmelderbekendtgørelsens 5, stk. 3.
...

K har ved skrivelse af 14. november 2010 heroverfor bemærket:

” ...

Indledningsvis skal jeg ikke undlade at bemærke, at det er påfaldende, at en undersøgelse iværksættes den 6. oktober 2010 af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket er mere end 3 måneder efter, at styrelsen allerede har afgjort og baseret sin afgørelse af 21. juni 2010 om adgang til webreg.dk jf. sag 2010-0022185. ...

Fra min svarskrivelse i sag 2010-0022263 citeres:

”Det er ligeledes meget påfaldende, at denne undersøgelse iværksættes nu, hvor der stort set sammenfaldende svares næsten enslydende til Erhvervsankenævnet på min klage hertil jf. sag.nr. 2010-0022430 og 2010-0022185. Dateringerne heraf er i øvrigt også sammenfaldende hhv. den 5. oktober 2010 og den 6. oktober 2010.

Man kunne få den opfattelse, at denne undersøgelse kun er iværksat med det ene formål, nemlig at kunne løfte og begrunde styrelsens afgørelse af 21. juni 2010, da det netop er et af klagepunkterne, at styrelsen

i sag 2010-0022185 ikke havde et klart grundlag for at træffe denne afgørelse. ("Man har truffet en afgørelse, så nu må vi bare bevise, at afgørelsen var korrekt")."

Til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens, v/C, opfordring på side 2, afsnit 6, så viser ovenstående netop, at der ikke er sket noget i denne sag, udover jeg har tilladt mig at anke afgørelsen om min adgang til webreg.dk. Opfordringen skal i øvrigt ses i lyset af ovenstående, idet de 2 sideløbende sager, stort set har identisk indhold. Jeg har derfor også vedlagt denne sags, 2010-0022185, foreløbige korrespondance og dokumentation.

Til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens svar af 5. oktober 2010 skal jeg fremkomme med følgende bemærkninger:

- Når svaret sammenholdes med den oprindelige afgørelse af 21. juni 2010 kan det konstateres, at styrelsen nu søger at udvide begrundelsen for afgørelsen med andre forhold, som i øvrigt endnu ikke er afgjort jf. sag 2010-0022263. Der søges nu inddraget forhold omkring Aps B, hvor sagen først den 6. oktober 2010 er iværksat for en nærmere undersøgelse. Alle bemærkninger og henvisninger hertil er irrelevante i denne sag, som kun vedrører styrelsens afgørelse af 21. juni 2010.
- Skulle Erhvervsankenævnet finde anledning til at medtage de nye begrundelser fra styrelsen i sin behandling af ankesagen, så henviser jeg til min bemærkninger og dokumentation i min svarskrivelse af 31. oktober 2010 i sag 2010-0022263.
- Side 2, sidste afsnit: Nu fremkommer for første gang bemærkning fra styrelsen, at jeg "bevidst" har forsøgt at omgå reglerne om, at kapitalen skal være til stede... Dette er i bedste fald et postulat, som er udokumenteret og irrelevant, alene på den baggrund, at styrelsen allerede har afgjort sagen. Herudover har jeg også gentagne gange fremsendt såvel redegørelser og dokumentation for min opfattelse.
- Side 2, 1. afsnit: Styrelsen **opfordres** til at dokumentere, hvori forskellen på en online-registrering og en papiranmeldelse af et selskab ligger? Det er for mig afgørende, at der i forbindelse med indsendelse af papiranmeldelser ikke sker en reel sagsbehandling og undersøgelse af dokumentationen, men derimod udelukkende en kontrol af, at de nødvendige dokumenter foreligger i sagen. Styrelsen **opfordres** til at redegøre og dokumentere dette forhold, herunder den reelle kompetence, som efterprøver dokumentationen ved en papiranmeldelse.
- Side 3, 3. afsnit: Til styrelsens opfordring omkring selskaberne kan jeg opgøre følgende:
 - D ApS, CVR-nr. ..., stifterens driftsselskab
 - E ApS, CVR-nr. ..., pt. kontakt med køber omkring nyt selskab m.v.

- F ApS, CVR-nr. ..., stadig datterselskab hos stifter
- G ApS, CVR-nr. ..., ej etableret kontakt med køberen
- H ApS, CVR-nr. ..., kontakt med køber som selv løser sagen
- I ApS, CVR-nr. ..., det selskab, som jeg har overtaget i.f.m. anden aktivitet
- J ApS, CVR-nr. ..., kontakt, men ikke mulig at hjælpe grundet manglende kapital og historik med en uafsluttet tvangsakkord med SKAT
- L ApS, ..., køber har kontantstiftet et nyt selskab under samme navn.
- M ApS, CVR-nr. ..., køber ønsker kun købesummen retur
- N ApS, CVR-nr. ..., stadig datterselskab hos stifter
- O ApS, CVR-nr. ..., køber ønsker refusion af købesummen
- P ApS, CVR-nr. ..., påbegyndt stiftelse nyt selskab, men grundet pressedækning valgt en anden løsning
- Q ApS, CVR-nr. ..., stadig datterselskab hos stifter
- R ApS, CVR-nr. ..., kan ikke få kontakt til køber, som ej heller gav møde i skifteretten
- S ApS, CVR-nr. ..., stadig datterselskab hos stifter
- T ApS, CVR-nr. ..., kan ikke få kontakt til køber, som ej heller gav møde i skifteretten
- U ApS, CVR-nr. kan ikke få kontakt med køber, som ej heller gav møde i skifteretten
- V ApS, CVR-nr. ..., ønsker købesummen retur
- W ApS, CVR-nr. ..., kan ikke få kontakt med køber, som ej heller gav møde i skifteretten
- X ApS, CVR-nr. ..., kontantstiftet nyt selskab
- Y ApS, CVR-nr. ..., kontantstiftet nyt selskab
- Z ApS, CVR-nr. ..., købesum retur, løbende kontakt for senere stiftelse af selskab
- Æ ApS, CVR-nr. ..., stadig datterselskab hos stifter
- Ø ApS, CVR-nr. ..., køber har et nyt selskab
- Å ApS, CVR-nr. ..., køber har valgt en anden løsning end selskab
- AA ApS, CVR-nr. ..., køber har fået nyt selskab på papir-anmeldelse
- BB ApS, CVR-nr. ..., køber valgte efter kontakt en anden løsning og rådgiver
- CC ApS, CVR-nr. ..., køber ønsker købesum retur
- DD ApS, CVR-nr. ..., køber har valgt anden løsning
- EE, FF og GG er alle stadig datterselskab til stifter

Denne liste er sammensat ud fra mine egne arbejdspapirer og notater samt oplysninger fra stifteren A ApS af selskaberne.

Derudover kan det oplyses, at samtlige kapitalejere har modtaget en erklæring fra undertegnede omkring kapitalejernes andel i selskabernes tvangsopløsning ligesom stifteren A ApS har erklæret, at købesummen vil blive refunderet til kapitalejerne.

Jeg skal opfordre styrelsen til at dokumentere påstanden om, at en stiftelse af et selskab skulle andrage kr. 10.000,00 stk.

Det skal hertil bemærkes, at standardsatsen for en kontantstiftelse af selskabet pt. andrager mindre end kr. 2.000 excl. moms. Stiftelse af selskaber ved apportindskud afhænger følgelig af, hvor mange timer en godkendt revisor skal anvende i forbindelse med afgivelsen af en vurderingsberetning.

I disse tilfælde kan det oplyses, at jeg forestod den løbende bogføring for stifteren, A ApS, hvorfor det til enhver tid kunne dokumenteres, at kapitalforholdene hos stifter var intakte. Derfor blev der også kun debiteret et beskedent honorar i forbindelse med disse stiftelser.

Mine bemærkninger omkring honorarer m.v. er kun ment som en oplysning til Erhvervsankenævnet, at der ikke på nogen måde forelå et forsøg på berigelse eller andet. Dette afspejles også i det forhold, at stifteren A ApS senere afhændede en del af selskaberne for kr. 4.000,00. Derfor giver styrelsens bemærkning om en stiftelse med et honorar på kr. 10.000,00 ingen mening.

Jeg er derfor også enig i, at selve honorarets størrelse ikke har nogen relevans i denne sag.

Sagens retlige omstændigheder

De af styrelsen fremsatte bemærkninger har jeg ikke nogen bemærkninger til, idet sagen jo reelt er afgjort af styrelsen uden nogen mulighed for en anke, med mindre denne indbringes for domstolene.

Jeg skal dog for en god ordens skyld kommentere styrelsens udlægning af det omtalt ”Styrelsens brev af 4.maj 2005” ikke er helt i overensstemmelse med ordlyden af brevet. Styrelsen anfører i sit svar på side 4, afsnit 6, at holdingselskabet oprettes med en effektiv indbetaling af kapital, hvorefter holdingselskabet effektivt indbetaler kapitalen i datterselskabet. Styrelsen **opfordres** derfor til at redegøre for følgende:

Hvordan forholdes der så ved stiftelse af holdingselskab ved apportindskud? Skal apportindskudet efterfølgende overdrages til datterselskaberne?

Hvad er betydningen af hhv. ”et reelt indskud” og som nu anført i svarskrivelsen ”en effektiv indbetaling”?

Begrundelsen for opfordring nr. 1 er, at ved en bekræftelse vil en holdingstiftelse på et apportindskud netop ikke give nogen mening, idet det netop er kendetegnet ved, at holdingselskaberne bibeholder værdierne.

Konklusion:

Min konklusion er i det store hele overensstemmende med den, som jeg har anført i min svarskrivelse i sag 2010-0022263.

Jeg har fra den første kontakt i disse sager og således også i korrespondancen med styrelsen, C, søgt sagen klarlagt fuldt ud, herunder min erkendelse af de udarbejdede vurderingsberetninger. Jeg har i denne forbindelse ligesom overfor Erhvervsankenævnet udførligt beskrevet og argumenteret for og på hvilken baggrund disse vurderingsberetninger er foretaget.

Jeg har også anført, at jeg følgelig er fuldt ansvarlig for min assistance omkring udarbejdelsen af de omtalte vurderingsberetninger, hvor jeg i øvrigt kan konstatere, at vurderingsberetningerne er korrekt udarbejdede med den krævede dokumentation, hvilket også er overensstemmende med denne undersøgelse, idet der ikke fremføres nogen bemærkninger herom.

Sagen udspringer derfor udelukkende af selskabslovens § 35 stk. 2 og forståelsen eller fortolkningen heraf, hvor jeg netop i flere omgange har besvaret og anført mine overvejelser og undersøgelser af denne lovbestemmelse. Uagtet jeg gerne ville have prøvet styrelsens afgørelse jf. § 35 stk. 2, så er jeg da også helt afklaret med, at stiftelser på dette grundlag (fordring mod stifter) ikke kan accepteres, med mindre der er tale om en holding/datter stiftelse på et og samme grundlag, som er godkendt af styrelsen jf. **styrelsens brev af 4. maj 2005**. Her fremgår det netop, at styrelsen accepterer en stiftelse af et holdingselskab og datterselskab på et og samme grundlag. Hvis dette kan accepteres så sent som i 2005 og set i relation til Werlauff's kommenterede selskabslov, så er det åbenbart et såkaldt "gråzone" område, hvorfor det er og vil være svært at sætte en grænse for, hvor langt denne accept reelt rækker! Hvorfor kan man så ikke have 2 eller 3 datterselskaber eller for den sags skyld flere? Under alle omstændigheder er det jf. denne sag, kun styrelsen som kan bestemme dette og dette i øvrigt uden nogen administrativ ankemulighed.

Jeg hæfter mig da også ved bestemmelserne i den nye selskabslov fra juni 2009, som kun er delvis trådt i kraft pr. 1. marts 2010, hvoraf det fremgår omkring aktieselskaber, at de kan stiftes med en kapital på kr. 500.000, hvor det kun er kr. 125.000, som skal indbetales kontant og resten på anfordring jf. § 33. (Denne bestemmelse forventes at træde i kraft den 1. marts 2011).

Jeg skal anmode og opfordre styrelsen til at fremkomme med en klar og utvetydig udmelding om, hvornår de pågældende sager reelt er påbegyndt.
..."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 18. november 2010 meddelt, at styrelsen ikke har yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

K har i 32 tilfælde i forbindelse med stiftelse af et selskab udarbejdet en vurderingsberetning på indskud af fordring på stifteren A ApS.

Udarbejdelsen af vurderingsberetningerne findes at være i strid med selskabslovens § 35, stk. 2.

Herefter og under hensyn til, at beretningerne er udarbejdet i 32 tilfælde, findes Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at have haft en sådan begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering via Webreg, at styrelsen var berettiget til at lukke for K's adgang hertil, jf. § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 21. juni 2010.

13) Kendelse af 8. marts 2011 (J.nr. 2010-0022047).

Begrundet formodning om, at misbrug af adgangen til registrering via Webreg, hvorfor styrelsen var berettiget til at lukke for adgangen til registrering i Webreg. Bekendtgørelse nr. 273 af 23. marts 2010, § 5, stk. 3.
(Carsten Møllekilde, Finn Møller og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 17. maj 2010 har advokat A på vegne af Revisionsfirmaet K1 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 22. april 2010 har lukket for adgangen til at foretage registreringer via Webreg.dk for Revisionsfirmaet K1 og K2.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. april 2010 hedder det:

” ...

Afgørelse

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har dags dato truffet afgørelse om, at lukke adgangen til at foretage registreringer via webreg for Revisionsfirmaet K1 ApS, CVR-nr. ...samt K2 personlig, jf. § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen), idet styrelsen har begrundet formodning for, at den dagældende aktieselskabslov, såvel som den gældende selskabslov og bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) er overtrådt.

Begrundelse

Det fremgår af stiftelsesdokumenterne for B A/S og C A/S, at selskaberne er stiftet den 15. juni 2009, ligesom der er afholdt stiftende generalforsamling denne dag.

Dette er samme dato, som D A/S stiftes og samme dato, som der afholdes stiftende generalforsamling i D A/S.

Stiftelsen af D A/S registreres imidlertid først den 18. juni 2009.

D A/S havde således først den 18. juni 2009, efter at endelig registrering havde fundet sted, den fornødne retsevne til at optræde som stifter.

Hvorvidt stiftelserne af B A/S og C A/S først er registreret efter at stiftelsen af D A/S er registreret, er uden betydning, idet D A/S den 15. juni 2009 ikke havde retsevne til at optræde som stifter, jf. den dagældende aktieselskabslovens § 12, stk. 1, og den gældende selskabslovs § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1.

Selskabskapitalen for B A/S, CVR-nr. ... og C A/S, CVR-nr. ...

Følgende fremgår af side 1 af redegørelse af 2. november 2009 udarbejdet af Revisionsfirmaet K1 ApS til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

”På styrelsens anmodning vedlægges kopi af alle selskabers stiftelses-papirer, og i den forbindelse er undertegnede blevet opmærksom på, at jeg ved en fejl har brugt et gemt sæt vedtægter og åbningsbalancer som ikke var endeligt færdiggjort ved den elektroniske stiftelse, idet holdingselskabet stifter driftsselskaberne med selskabstilgodehavende som betaling for aktierne, som senere bliver erstattet af kontant indskud på driftselskabernes bankkonti, som betaling for de udstedte aktier. I den mellemliggende periode har stifterselskabet indestået med en selvskyldnerkaution indtil indbetaling er foretaget. Og da undertegnede som vurderingsmand var bekendt med at der var et pænt stort beløb på vej til holdingselskabet i form af kontante midler, kunne jeg godt indestå for at denne form var tilfredsstillende. Der er således ikke tale om andre former for apportindskud.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan kun udlægge Revisionsfirmaet K1 ApSs redegørelse, som at der ikke er overensstemmelse mellem de af Revisionsfirmaet K1 ApS, ved K2, foretagede registreringer og de faktiske forhold, hvorpå selskaberne er stiftet.

Der er endvidere ikke overensstemmelse mellem de erklæringer, som K2 som godkendt revisor har afgivet til brug for registreringerne af stiftelserne af B A/S og C A/S, og de faktiske omstændigheder, der har ligget til grund for stiftelserne af selskaberne.

Der er således efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering tale om afgivelse af urigtige erklæringer til offentlig myndighed.

I redegørelse fra Revisionsfirmaet K2 ApS hedder det, at holdingselskabet stifter driftsselskaberne med selskabstilgodehavende som betaling for aktierne, som senere bliver erstattet af kontant indskud på driftsselskabernes bankkonti, som betaling for de udstedte aktier. I den mellemliggende periode har stifterselskabet indestået med en selvskyldnerkaution, indtil indbetaling er foretaget.

Dette kan ikke betragtes som en formildende omstændighed, da det er i strid med den dagældende aktieselskabslovens § 6, stk. 2, 3. pkt., som havde ordlyden:

”Fordringer på stiftere eller aktietegnere kan ikke indskydes eller overtages, uanset om fordringerne er sikret ved pant.”

Det er ligeledes i strid med § 35, stk. 2, i den gældende selskabslov, som har følgende ordlyd:

”Fordringer på stiftere eller kapitalejere kan ikke indskydes eller overtages, uanset om fordringerne er sikret ved pant.”

Det er også i strid med den dagældende aktieselskabslovens § 11, stk. 2, såvel som den gældende § 4 i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), idet det tegnede aktiebeløb reelt ikke var indbetalt, inden stiftelserne blev anmeldt til registrering.

Styrelsen træffer særskilt afgørelse om hvilken virkning de pågældende fejl og mangler skal have for hvert enkelt selskab.
...”

I klageskrivelsen af 17. maj 2010 har advokat A anført:

”Som advokat for revisionsfirmaet K1 ApS, ..., påanker undertegnede hermed afgørelse om anmeldelse af registreringen af stiftelsen af D A/S, CVR-nr., B A/S, CVR-nr. ... og C A/S, CVR-nr.

...

Det er ikke korrekt som af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anført at ”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kun kan udlægge revisionsfirmaet K1 A/S's redegørelse, som at der ikke er overensstemmelse mellem de af revisionsfirmaet K1 ApS v/ K2 foretagne registreringer, og de faktisk forhold, hvorpå selskaberne er stiftet”.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering er forkert under henvisning til, at der ikke er afgivet urigtige erklæringer til offentlig myndighed.

Som det fremgår af vedlagte originale kontoudtog, stod der på holding selskabets konto den 31.8.2009 kr.6.499.777,40, ligesom der på stiftel-

sestidspunktet stod aktiekapitalen på kr.500.000,-.Der vedlægges yderligere en posteringsoversigt fra B A/S samt sidste side af B A/S officielle regnskab for perioden 1.7.2008-30.6.2009, hvoraf det fremgår, at mellemregningen med anpartshaverne udgør godt 6 mill.kr.

Dette betyder, at kapitalen har været tilstede, da registreret revisor K2 stiftede de i afgørelsen omtalte selskaber.

Der har således ikke været tale om, således som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen lægger til grund, at der ikke har været kapital tilstede ved stiftelsen, og registreret revisor K2 har derfor ikke overtrådt nogle af reglerne for at anmelde selskaber til registrering.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 26. juli 2010 udtalt:

” ...

Oplysning af sagen

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev i forbindelse med en stikprøvemæssig kontrol af registreringer foretaget via styrelsens EDB- registreringssystem (Webreg) opmærksom på registreringen af stiftelsen af selskaberne: D A/S, CVR-nr. B A/S, CVR-nr. ... og C A/S, CVR-nr. ... foretaget med digital signatur tilhørende Revisorfirmaet K1 ApS af K2.

K2 afgiver til brug for registreringen af stiftelserne af B A/S, CVR-nr. ... og C A/S, CVR-nr. ... erklæring til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om, at hvert selskab er stiftet ved apportindskud af aktier til en værdi af nominelt kr. 500.000,00 til kurs 100.

Da begge selskaber er stiftet af D A/S, CVR-nr. ..., som på tidspunktet for stiftelsen af datterselskaberne selv er under stiftelse, undrer det Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at D A/S har en aktiebesiddelse på nominelt kr. 1.000.000.

Dette skyldes, at det følger af den af K2 udarbejdede erklæring til brug for registreringen af stiftelsen af D A/S, at selskabet er stiftet ved indskud af nominelt kr. 500.000,00 til kurs 100, som er indbetalt kontant på konto i pengeinstitut.

Styrelsen beder på den baggrund K2 redegøre og dokumenterer de af ham foretagende registreringer, jf. dagældende aktieselskabslovens §§ 157 a og dagældende anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2.

Herunder beder styrelsen ham redegøre for, hvordan det efter hans opfattelse er muligt at registrere stiftelsen af to selskaber, der er stiftet af et selskab, der ikke besidder retsevne, jf. dagældende aktieselskabslovs § 12, da det stiftende selskab selv er under stiftelse på det tidspunkt, hvor det optræder som stifter.

Endelig spørger styrelsen ind til den ledelsesmæssige fordeling iht. selskabernes vedtægter, da vedtægterne efter styrelsens opfattelse er mangelfulde.

Styrelsen modtager den 3. november 2009 revisor K2s svar ...

...

Da styrelsen, iht. revisor K2s eget udsagn, kan konstatere, at de vurderingsberetninger, som ligger til grund for registreringen af stiftelsen af B A/S og C A/S ikke stemmer overens med de faktiske omstændigheder, er det styrelsens opfattelse af revisor K2 har afgivet urigtige erklæringer overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i forbindelse med registreringen af selskaberne.

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at revisor K2s udsagn må forstås således, at B A/S og C A/S faktisk er sket ved indskud at et tilgodehavende på D A/S under stiftelse, hvilket er i strid med den dagældende aktieselskabslovs § 6, stk. 2, 3. pkt., § 11, stk. 2, og § 12, stk. 1, (selskabslovens § 35, stk. 2, § 4 og § 24, stk. 4, jf. § 41, stk. 1)

Styrelsens kommentarer til klageskriftet

...

Styrelsen kan ikke umiddelbart forstå, hvad advokat As anbringende er.

Det er efter styrelsen opfattelse uden betydning hvad, der den 31. august 2009 var af indestående på bankkonto tilhørende D A/S.

Hvorvidt D A/S på stiftelsestidspunktet havde et indestående på kr. 500.000,- i pengeinstitut er ligeledes uden betydning. Det eneste selskabsretlige krav er, at selskabskapitalen er indbetalt på selskabets konto, senest på anmeldelsestidspunktet/ registreringstidspunktet.

For god ordens skyld skal dog anføres, at styrelsen ikke anfægter dokumentationen for indbetalingen af selskabskapitalen for så vidt angår D A/S.

Styrelsen er uforstående overfor, hvordan der kan vedlægges posteringsoversigt fra B A/S samt sidste side af B A/S officielle regnskab for perioden 1.7.2008 til 30.6.2009, da B A/S er stiftet den 15. juni 2009, og selskabet er ikke stiftet ved indskud af en bestående virksomhed.

Derudover er det efter styrelsens opfattelse i strid med den dagældende aktieselskabslov og den gældende selskabslov at benytte en fordring på en stifter som stiftelsesgrundlag.

Endelig er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at det af følgende grunde er uden betydning, om der har været kapital til stede på tidspunktet stiftelsen af datterselskaberne:

- For det første manglede D A/S under stiftelsen retsevne til at optræde som stifter på tidspunktet for stiftelsen af de to datterselskaber, da det er stiftet samme dag, men endnu ikke registreret.

- For det andet har et selskab, der alene har en selskabskapital på nominelt kr. 500.000,- ikke tilstrækkelig kapital til at stifte to datterselskaber, med hver en selskabskapital på kr. 500.000, - uden at der vil være tale om stiftelser ved indskud af rullende kapital i strid med den dagældende aktieselskabslov og den gældende selskabslov.
- For det tredje afhænger spørgsmålet om, hvorvidt revisor K2 har afgivet urigtig erklæring overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af, om erklæringen er i overensstemmelse med de faktiske forhold, der ligger til grund for stiftelsen, eller om erklæringen er i strid med disse.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at revisor K2s vurderingsberetninger, der ligger til grund for stiftelsen af B A/S C A/S, er i strid med de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for stiftelsen af de to selskaber.

Styrelsen skal endelig gøre gældende, at styrelsen afgørelse om at lukke for Revisorfirmaet K1 ApS's samt K2s personlig adgang til at foretage registreringer via Webreg er en samlet afgørelse, hvorfor styrelsen også har inddraget det forhold, at revisor K2 har registreret stiftelsen af to selskaber, som er stiftet af et selskab uden retsevne.

Der er således tale om overtrædelse af en række helt grundlæggende selskabsretlige regler, der hver for sig ville have ført til, at registreringen af stiftelserne ville være blevet nægtet, hvis anmeldelse var sket til manuel sagsbehandling, idet der er tale om så graverende mangler i stiftelsesgrundlaget, at stiftelserne er en nullitet.

Uden at det i øvrig har haft indflydelse på styrelsen afgørelse, skal styrelsen for helhedens skyld gøre opmærksom på, at de vurderingsberetninger, som er afgivet af revisor K2, i sig selv skulle have været afvist som dokumentation for stiftelserne, idet K2 både optræder som formand for bestyrelsen og som offentlighedens tillidsrepræsentant i form af godkendt revisor og vurderingsmand i alle tre selskaber.

Styrelsen ville derfor, ved en manuel sagsbehandling, have afvist revisor K2s vurderingsberetninger, da de er afgivet af en revisor, der efter styrelsens opfattelse må anses for at være konkret indhåblig.

...”

I skrivelse af 9. september 2010 har advokat A yderligere anført:

” ...

Vi må lægge til grund, at D A/S, CVR-nr. ... er registreret når man har modtaget CVR nummeret samt kvittering for at selskabet er anmeldt. Dette må sammenlignes med den registreringsattest, som man modtager når man anmelder et selskab manuelt.

Tilsyneladende har man ikke været opmærksom på dette problem da man gik over til at kunne registrere nye anparts- og aktieselskaber digitalt. Man må derfor lægge til grund, at D A/S har haft retsevne.

Spørgsmålet er så, om der er både begået noget forkert ved at holdingselskabet stifter B A/S og C A/S.

Det er korrekt, at undertegnede godt kan forstå at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er noget desorienteret over at jeg nævner B A/S, men det skulle selvfølgelig være B ApS, CVR-nr.

Der vedlægges for god ordens skyld et fuldstændigt regnskab for dette selskab, således at det fremlagte side 11 af regnskabet med balancen pr. 30. juni 2009 får mening.

Hermed får den fremlagte posteringsoversigt også mening.

På tidspunktet, hvor Holdingselskabet stifter de to selskaber B og C, står der ca. kr. 6.000.000,- på B ApS's konto.

Ejeren af Holdingselskabet E afgiver en selvskyldnerkaution overfor D, idet det er besluttet, at de kr. 6.000.000,- skal overføres til Holdingselskabet, hvilket sker den 31.8.2009.

Det bemærkes, at bankindestående i B ApS er næsten identisk med den mellemregning dette selskab har med E, hvor E personligt har de ca. kr. 6.000.000,- til gode i dette selskab, som så bruges som indskud i den nye koncern.

Yderligere var det besluttet, at B A/S og C A/S først skulle begynde sin virksomhed pr. 1.1.2010.

Det er korrekt, at der burde være afgivet en nærmere forklaring og dokumentation for værdien af de aktier, som man benytter som apportindskud, som Holdingselskabet foretager, med stiftelsen af de to datterselskaber, men som man kan se af vedlagte materiale, så har kapitalen været til stede, således at der hverken har været tale om bevidst forkert oplysninger eller ”rullende kapital”.

Det skal her endnu engang understreges, at der ikke er afgivet urigtige oplysninger med hensyn til stiftelsen, da kapitalen har været til stede.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gør sig skyldig i den misforståelse, idet man ... skriver:

Det er endvidere styrelsens opfattelse, at revisor K2s udsagn må forstås således, at B A/S og C A/S faktisk er sket ved indskud af et tilgodehavende på D A/S under stiftelse.

Dette er ikke korrekt under henvisning til, at indskuddet er sket i aktier i Holdingselskabet, og at aktierne har den værdi, som er angivet kurs 100 under henvisning til, at Holdingselskabet har et tilgodehavende hos Epå

kr. 6.000.000,-, og dette tilgodehavende står i B, som det fremgår af posteringsoversigten.

Den konstruktion, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretager, er derfor ikke korrekt.

Det har derfor afgørende betydning, at de kr. 6.000.000,- er overført den 31. august 2009 til Holdingselskabets konto under henvisning til at det hele tiden har været mening at beløbet skulle overføres til Holdingselskabet A/S.

Det bemærkes, at posteringsoversigten vedrører ikke B A/S men C ApS.

Det er en fejlfortolkning, når Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gør gældende, at hvis man havde sendt selskaberne ind til manuel sagsbehandling, så vil de ikke være blevet registreret.

Praksis er normalt, at hvis der er fejl ved en anmeldelse eller ved en stiftelse, så beder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om en berigtigelse indenfor en tidsfrist. Det er ikke sket her.

Det er selvfølgelig klart, at hvis man ikke foretager en berigtigelse, så vil et anmeldt selskab ende med ikke at blive registreret.

Det er korrekt, at registreret revisor K2 ikke både kan optræde som formand for bestyrelsen og som offentlig tillidsrepræsentant i form af godkendt revisor- og vurderingsmand i alle selskaberne.

Da denne fejl blev opdaget, blev den omgående rettet.

Havde sagen været anmeldt manuelt, havde man også i dette tilfælde bedt om en berigtigelse.

Yderligere kan tilføjes, hvor længe mener Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at man kan udelukke registreret revisor K2 efter anmeldelsesbekendtgørelsen § 5, stk. 3.

Efter undertegnedes opfattelse kan man i det konkrete tilfælde ikke benytte denne bestemmelse, under henvisning til, at der hverken er en begrundet formodning om at der er sket eller vil ske misbrug af adgangen til registreringen som følge af, at der ikke er sket en forsætlig eller grov uagtsom vildledning af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

I øvrigt var denne anmeldelsesbekendtgørelse, som man refererer til i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse ikke gældende da man traf beslutningen, idet bekendtgørelsen først er af den 25. marts 2010.

Hovedproblemet i nærværende sag er, at registreret revisor K2 er gået ud fra, at når man modtog kvittering for anmeldelsen, så havde selskabet retsevne.

I øvrigt viser en gennemgang af det fremlagte regnskab for B ApS og posteringsoversigten at kapitalen hele tiden har været til stede.

Jeg gør endvidere opmærksom på, at selskaber i henhold til den gamle bekendtgørelse LBK nr. 949 af 15. juni 2006, kapitel 2 § 11 skal være berigtiget senest 6 måneder efter beslutning om stiftelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bedes fremsende en kopi af de kvitteringer, som man har afgivet da selskabet blev sendt til registrering. Det er ikke med i det bilagsmateriale, som er fremlagt af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 6. oktober 2010 anført:

” ...

Stiftelsestidspunktet VS. registreringstidspunktet

Der er forskel på stiftelsestidspunktet og på registreringstidspunktet.

Et aktieselskab er under stiftelse fra underskrivelsen af stiftelsesdokumentet, og indtil selskabet er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Tidspunktet for registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er registreringstidspunktet.

Derudover taler man om anmeldelsestidspunktet, dette er tidspunktet, hvor der sker anmeldelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Registreringstidspunktet og anmeldelsestidspunktet er det samme tidspunkt, hvis der sker selvregistrering via Webreg.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er enig i, at et selskab har retsevne, når det er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Alle tre selskaber er registreret den 18. juni 2009.

Fra denne dato har alle tre selskaber retsevne og kan optræde som f.eks. stiftere, men ikke før denne dato.

Det fremgår at såvel stiftelsesdokumenterne, som protokollaterne for de konstituerende generalforsamlinger af C A/S og B A/S, at disse selskaber er stiftet den 15. juni 2009.

Dette er tre dage før det stiftende selskab, D A/S under stiftelse, registreres og opnår retsevne, jf. § 12, stk. 1, i den dagældende aktieselskabslov.

D A/S har således ikke retsevne før den 18. juni 2009 og kan derfor ikke optræde som stifter før denne dato.

Indskud af kapital

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har alene forholdt sig til revisorens vurderingsberetninger og dennes senere redegørelse for disse.

Iht. vurderingsberetningerne har D A/S under stiftelse stiftet sine to datterselskaber ved indskud af kr. 500.000 i værdier i form af aktier i hvert selskab.

Dette er bemærkelsesværdigt, da D A/S under stiftelse selv lige er stiftet ved indskud af kontanter.

Selv hvis de forhold, som A beskriver, skulle være en korrekt gengivelse af stifterens intentioner, er det umuligt, at C A/S og B A/S kan være stiftet ved indskud af aktier på den beskrevne måde af D A/S under stiftelse, fordi D A/S under stiftelse ikke kan besidde aktier i sig selv af tre grunde:

- Et aktieselskab må ikke tegne aktier i sig selv, jf. § 48 h, stk. 1, i den dagældende aktieselskabslov.
- Et aktieselskab med en aktiekapital på nominelt 500.000,- kan ikke erhverve egne aktier, jf. § 48, stk. 4, i den dagældende aktieselskabslov.
- Et aktieselskabs erhvervelse af egne aktier må kun omfatte aktier der er fuldt indbetalt, hvilket efter styrelsens praksis forudsætter at registrering har fundet sted, jf. § 48, stk. 5 i den dagældende aktieselskabslov.

A anfører følgende om styrelsens opfattelse om kapitalen:

” Dette er ikke korrekt under henvisning til, at indskuddet er sket i aktier i Holdingselskabet, og at aktierne har den værdi, som er angivet kurs 100 under henvisning til, at Holdingselskabet har et tilgodehavende hos E på kr. 6.000.000,-, og dette tilgodehavende står i B ApS, som det fremgår af posteringsoversigten ”

Denne konstruktion er ikke mulig, da Holdingselskabet [styrelsen formoder der er tale om D A/S under stiftelse] ikke kan eje aktierne i sig selv, jf. ovenfor. Aktierne må formodes at være ejet af E, som i henhold til det oplyste, har tegnet hele aktiekapitalen i D A/S under stiftelse.

K2 har i sin redegørelse vedrørende stiftelserne bekræftet, at indskuddet af aktiver i C A/S og B A/S ikke var som beskrevet i vurderingsberetningerne, idet selskaberne alligevel ikke er stiftet ved indskud af aktier tilhørende D A/S under stiftelse, man ved indskud af et tilgodehavende.

Da forholdene vedrørende kapitalindskuddet ikke er som erklæret af revisor, og da denne urigtige erklæring ligger til grund for registreringen af stiftelserne af C A/S og B A/S, har revisor afgivet urigtig erklæring til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det er styrelsens opfattelse, at hvis en godkendt revisor, som er offentlighedens tillidsrepræsentant, afgiver ikke mindre end to erklæringer med høj grad af sikkerhed til en offentlig myndighed om, at aktiverne, der indskydes i selskaber er aktier, og at de udgør en værdi af mindst 500.000,- i hvert selskab, så er der som minimum tale om uagtsomhed, hvis det viser sig, at der er tale om et helt andet aktiv.

A henviser selv til den dagældende aktieselskabslovens § 11. Det fremgår netop klart af denne bestemmelse, at selskabskapitalen skal være fuldt indbetalt med tillæg af eventuel overkurs forinden et aktieselskab kan anmeldes til registrering.

Misbrug af adgangen til Webreg

Hvis Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har formodning for, at en bruger har misbrugt sin adgang til Webreg eller vil misbruge sin adgang til Webreg, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mulighed for at lukke den pågældende brugers adgang til Webreg.

I den konkrete sag har styrelsen klar formodning for, at adgangen til at foretage registreringer er blevet misbrugt.

Der er tale om misbrug, fordi Revisionsfirmaet K1 ApS ved K2 har foretaget registreringer, hvorved den dagældende aktieselskabslovs § 12, stk.1, er blevet overtrådt, endvidere er det styrelsens opfattelse, at dagældende aktieselskabslovs § 6, stk. 2, 3. pkt. og § 11, stk. 2, er overtrådt, samt at K2 personligt har afgivet urigtig erklæring overfor styrelsen i vurderingsberetningerne, der ligger til grund for registreringerne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Om overtrædelserne er sket med forsæt eller alene uagtsomhed hos anmelderen og revisoren er uden betydning.

Idet forholdene, der ligger til grund for stiftelserne af C A/S og B A/S, er i strid med den dagældende aktieselskabslov, og registreringen er sket på grundlag af urigtige oplysninger afgivet af revisoren til brug for registreringen af selskaberne, er betingelsen for, at styrelsen kan lukke for adgangen til at foretage registreringer via Webreg, opfyldt, jf. § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen).

Henvisning til anmeldelsesbekendtgørelsen

A anfører, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens henvisning til bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen) ikke er korrekt, da bekendtgørelsen ikke er trådt i kraft på tidspunktet for beslutningen. [Styrelsen antager, at der menes tidspunktet hvor der foretages registrering]

På tidspunktet for styrelsens afgørelse af 22. april 2010 er bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen) imidlertid gældende.

Styrelsen er enig i, at Revisorfirmaet K1 ApS og K2 ikke har overtrådt bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen), da den ikke var gældende, da virksomheden foretog registrering af de pågældende stiftelser via Webreg.

Styrelsen henviser imidlertid ikke til, at Revisionsfirmaet K1 ApS og K2 skulle have overtrådt bestemmelser i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen). Styrelsen henviser alene til bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen), som indeholdende hjemmel til styrelsens afgørelse, ligesom det er i henhold til § 57, stk. 1, i denne bekendtgørelse, at styrelsens afgørelse har kunnet indbringes for Erhvervsankenævnet.

Revisionsfirmaet K1 ApS og K2 lovovertrædelser er begået i henhold til den på tidspunktet gældende aktieselskabslov.

Aktieselskabslovens § 157

Styrelsen undrer dig over, at A kalder styrelsens vurdering af sin egen praksis for en fejlfortolkning.

Styrelsen kan tiltræde, at hvis styrelsen konstaterer en mangel ved det anmeldte, som kan afhjælpes eller berigtiges, fastsætter styrelsen en frist inden for hvilken, berigtigelse kan finde sted, jf. § 157, stk. 2, i den dagældende aktieselskabslov.

Da stiftelserne af C A/S og B A/S imidlertid er direkte i strid med § 12, stk. 1, i den dagældende aktieselskabslov, er der tale om en oprindelig mangel i stiftelsesgrundlaget, der er uoprettelig.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er i et sådant tilfælde forpligtet til at nægte registrering, dette fremgår direkte af stk. 1, i den dagældende aktieselskabslovs § 157:

”Dersom anmeldelsen eller den anmeldte ordning ikke fyldestgør lovens forskrifter eller bestemmelser fastsat i henhold til loven eller ikke stemmer med aktieselskabets vedtægter, eller dersom den beslutning, i henhold til hvilken den anmeldte ordning er truffet, ikke er blevet til på en måde, som loven eller vedtægterne foreskriver, skal registrering nægtes.”

Kvittering for foretaget registrering

Endelig kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyse, at styrelsen ikke har fremsendt kvitteringer for de foretagne registreringer til Erhvervsankenævnet, idet disse efter styrelsens opfattelse er uden betydning for sagens oplysning. Styrelsen anser det for uomtvistet, at D A/S, C A/S og B A/S alle er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 18. juni 2009.
...”

Advokat A har ved skrivelse af 31. oktober 2010 yderligere anført:

”...

Jeg er selvfølgelig enig i de selvfølgeligheder, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremkommer med i relation til forskellen på stiftelsestidspunkt og registreringstidspunkt.

C A/S og B A/S er ej stiftet officielt den 15. juni 2009. Man har kun besluttet at stifte dem.

D A/S opnår først retsevne den 18.6.2009, men har ikke opnået retsevne før dette tidspunkt, og man optræder derfor heller ikke som stifter før dette tidspunkt.

Vedrørende indskud af kapitalen. Der foreligger en afgørende misforståelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side.

Det er ikke D A/S, som ejer aktierne, men derimod E og de af ham indskudte aktier bliver senere byttet om med kontanter, som han ligeledes hele tiden har haft dispositionen over, jf. det materiale, som tidligere har været fremsendt. Så det understreges endnu en gang, at der ikke er tale om at stifte selskaberne med egne aktier.

Så, de tre punkter, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nævner i relation til den tidligere aktieselskabslovens § 48 h, stk. 1 er ikke korrekt. Ej heller henvisningen til den gamle aktieselskabslovens § 48, stk. 4 og samme paragraf stk. 5.

Det er korrekt, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har formodet, er ejeren af aktierne ikke er D A/S under stiftelse, men E, og han har tegnet hele aktiekapitalen.

Det er korrekt, at man efterfølgende berigtiger vurderingsberetningen, og det har man normalt mulighed for.

Styrelsen har den opfattelse, at der er tale om to urigtige erklæringer, men dette er ikke rigtigt. Der er ikke tale om to erklæringer, men måske højst om en, da man godt må bruge aktier til at stifte et driftsselskab. Det skal endnu engang fastslås, at kapitalen i D A/S var fuldt indbetalt.

I realiteten forsøger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, ved at sammenblende forskellige regler, at forsvare, at de fejlagtigt har lukket for klagerens ret til at bruge adgangen til Webreg.

Denne mulighed havde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke ved sagens opstart, og man kan naturligvis ikke afgøre en sag, der er startet før en lovs vedtagelse og bruge denne med tilbagevirkende kraft. Dette er et almindeligt retsprincip i dansk ret. Det man forsøger, er at retfærdiggøre en beslutning, som ikke burde være taget.

De urigtige oplysninger blev straks korrigeret, og da har man normalt en frist til at redressere fejl, der er opstået, og i det pågældende tilfælde blev man selv opmærksom på fejlene.

Det er helt korrekt forstået af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som det også fremgår ovenfor, at jeg ikke mener, at man kan lovgive med tilbagevirkende kraft.

Det forekommer noget besynderligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er enig i, at klager ikke har overtrådt bekendtgørelsen nr. 273 af 25. marts 2010, da den ikke var gældende da styrelsen (ikke virksomheden) foretog registreringen af de pågældende stiftelser via Webreg.

Styrelsen modsiger sig selv og forsøger at konstruere en overtrædelse efter den gamle aktieselskabslov.

Det er ikke korrekt som angivet af Selskabsstyrelsen, at der var tale om en uoprettelse mangel i stiftelsesgrundlaget. Denne mangel kunne og er blevet berigtiget, og her kan man så ikke lave en konstruktion med tilbagevirkende kraft, idet man sammenblander den gamle aktieselskabslov og ”anmeldelsesbekendtgørelsen”.

Normalt har man tid til berigtigelsen, og den har fundet sted inden man rejser sagen og træffer afgørelsen under henvisning til en senere lov.

Når man har anmodet om at få en kopi af kvitteringerne, så er det for at få at vide tidspunktet hvor registreringerne har fundet sted. Af de fremsendte fuldstændige udskrifter for selskaberne fremgår ikke tidspunktet men kun datoen.

Hvis man skal forsøge at lave en konklusion på sagen, så bliver det følgende:

Der blev afholdt stiftende generalforsamlinger den 15. juni 2009, hvor der konstateres indbetalingen af aktiekapitalen i D A/S med et kontant indskud på kr. 500.000,00, hvorefter det besluttes at man skal stifte de to andre selskaber C A/S og B ApS.

Det bemærkes i den forbindelse, at indskuddet foretages af E, der herefter ejer aktierne i D A/S. Man konstaterede ligeledes at E havde et tilgodehavende på godt kr. 6 mill. i B ApS. Efter denne konstatering besluttedes det, at man stifter de to andre aktieselskaber.

Registreringen foretages den 18. juni 2009 og herefter føres beslutningen ud i livet med hensyn til at registrere de to andre aktieselskaber.

Alle aktier i D A/S er ejet af E, som har indskudt kapitalen kontant på en bankkonto ved navnet D A/S under stiftelse. Dokumentation for dette er fremsendt.

Der har aldrig været tale om at eje eller erhverve egne aktier, men det er jo ganske normalt, at man stifter et holdingselskab og bruger dette sel-

skabs aktier til at stifte et datterselskab mod at holdingselskabet modtager aktier i driftsselskabet. Så, der kan kun være tale om fejl i det ene selskab, såfremt det ikke er muligt for Holdingselskabet at bruge dette driftsselskabs aktier til igen at stifte et nyt selskab og igen at modtage aktier fra dette.

Det bemærkes at værdierne stedse har været til stede men stod på en egen anden konto og forholdene er efterfølgende repareret, idet aktierne er byttet om med kontante indskud i alle selskaberne.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen starter sagen op den 19. oktober 2009, men bruger et langt senere vedtaget cirkulær til at retfærdiggøre en afgørelse, og derved kræver man et retssikkerhedskrav i Dansk ret, nemlig at man forsøger at benytte en lov med tilbagevirkende kraft. Men det ser ud til at man er enig i, at man ikke kan bruge anmeldescirkulæret. Herefter prøver man at retfærdiggøre afgørelsen.

Skulle der være konsekvens i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens argumentation, skulle man have nægtet registrering af C A/S og B ApS.”

Heroverfor har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 18. november 2010 bemærket:

” ...

1. Henvisningen til anmeldelsesbekendtgørelsen – og eventuelle retssikkerhedsmæssige betænkeligheder herved

A anfører, at der skulle være et retssikkerhedsmæssigt problem ved, at styrelsen har truffet afgørelse om at lukke Revisorfirmaet K1 ApS's adgang til at foretage registreringer via Webreg med hjemmel i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010 (anmeldelsesbekendtgørelsen), da denne bekendtgørelse er udstedt på et senere tidspunkt, end Revisionsfirmaet K1 ApS registrerede selskaberne via Webreg.

Styrelsen understreger, at det er virksomheden selv, der har registreret stiftelsen af selskaberne i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, da det netop var styrelsens selvregistreringssystem, der blev benyttet til at registre de pågældende selskaber.

Styrelsen kan ikke tilslutte sig, at der skulle være retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved, at styrelsen har truffet afgørelse iht. bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010.

For det første var bekendtgørelsen gældende på det tidspunkt, hvor styrelsen træffer afgørelse iht. bekendtgørelsen. Det vil sige på det tidspunkt, hvor styrelsen fik en begrundet formodning for, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til Webreg.

Vurderingen af, om der er begrundet formodning for, at der er sket misbrug eller vil ske misbrug, er fortaget på baggrund af reglerne i den i

2009 gældende aktieselskabslov, såvel som en vurdering af reglerne i den på tidspunktet for lukningen gældende selskabslov.

Som det fremgår af styrelsens afgørelse af 22. april 2010, er der tale om overtrædelser af såvel den i 2009 gældende aktieselskabslov, som overtrædelser af den gældende selskabslov, der ligger til grund for lukningen af adgangen til Webreg.

For god ordens skyld skal styrelsen ligeledes nævne, at styrelsen tillige havde hjemmel til at lukke adgangen til at foretage registreringer via Webreg i henhold til § 49, stk. 2, den i 2009 gældende anmeldelsesbekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007):

...

Der er således ikke tale om, at styrelsen har truffet en uhjemlet afgørelse.

2. Mulighed for berigtigelse af registrerede forhold

Den konkrete sag handler om adgangen til styrelsens selvregistreringssystem kaldet Webreg.

Det særlige ved selvregistreringssystemet er netop, at anmelderen med sin digitale signatur selv foretager registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens selskabsregister.

Der er således ikke mulighed for at berigtige ukorrekte oplysninger, inden der sker registrering, idet der ikke sker nogen form for manuel sagsbehandling.

Registreringen sker straks på baggrund af de af anmelder angivne oplysninger.

Styrelsen er således helt enig i As betragtning om, at C A/S og B A/S aldrig burde have været registreret.

Grunden til at selskaberne overhovedet er blevet registret, er netop, at Revisionsfirmaet K1 ApS, selv forestod registreringen af selskaberne via Webreg, uden Erhvervs- og Selskabsstyrelsens forudgående gennemgang af dokumenter.

Der påhviler anmelderen et ansvar for, at sagerne opfylder lovens krav, hvilket anmelder skal sikre sig, inden der foretages registrering via Webreg.

Styrelsen kan supplerende oplyse, at det er styrelsens opfattelse, at manglerne ved stiftelserne er så graverende, at betingelserne for at anmode skifteretten om at opløse selskaberne er til stede, jf. selskabslovens § 226, jf. § 17, stk. 2.

Styrelsen kan dog oplyse, at styrelsen endnu ikke har anmodet skifteretten herom, idet ankenævnets behandling af nærværende sag afventes.

...

4. Tegning af selskabskapital i C A/S og B A/S

Styrelsen skal hertil blot bemærke, at disse nye oplysninger om, selskabskapitalen er tegnet af E, er i strid med de oplysninger og erklæringer, som er blevet afgivet til styrelsen i forbindelse med registreringen af stiftelsen af selskaberne.

Det fremgår klart af disse dokumenter, at selskabskapitalen er tegnet af stifteren.

På side 7 i den af K2 digitalt underskrevne vurderingsberetning for B A/S hedder det således:

"...I forbindelse med stiftelsen skal selskabet pr. 15. juni 2009 overtage ovenstående aktiver.

Vederlaget for erhvervelsen af ovenstående overdragelsessum sker ved, at stifter modtager aktier for nominelt dkk. 500.000."

[Styrelsens fremhævelse]

Af stiftelsesoverenskomsten for B A/S fremgår blandt andet følgende vedrørende stifteren af selskabet:

"STIFTELSESOVERENSKOMST

Undertegnede

D A/S

...

har d.d. stiftet et aktieselskab under navnet:

B A/S

...

med hjemsted i ... kommune.

Selskabets indskudskapital er fastsat til kr. 500.000, skriver femhundredetusinde kroner 00 øre -.

I forbindelse med stiftelsen skal selskabet overtage nedenstående aktiver. Der er ikke tillagt stifteren eller andre garantiprovision eller andet vederlag i anledning af stiftelsen.

Aktiebeholdning

500.000

I alt

500.000

=====

Købesummen berigtiges blandt andet ved at stifter modtager aktier for kr. 500.000. Der henvises endvidere

*til den udarbejdede vurderingsberetning og
åbningsbalance.*

*Virksomhedens direktør:
E ...*

*Virksomhedens revisor:
Revisionsfirmaet Kl..."*

[Styrelsens fremhævelser]

Ligeledes fremgår følgende af de dokumenter, som styrelsen har modtaget i forbindelse med registreringen af stiftelsen af C A/S:

På side 5 i den af K2 digitalt underskrevne vurderingsberetning for C A/S:

"NOTER

1. Egenkapital

*Aktiekapital
500.000*

*Egenkapital
15. juni 2009
500.000*

=====

Aktiernes fordeling

Stifter, 500 aktier à kr. 1.000."

[Styrelsens fremhævelse]

På side 7 i den af K2 digitalt underskrevne vurderingsberetning for C A/S:

"I forbindelse med stiftelsen skal selskabet pr. 15. juni 2009 overtage ovenstående aktiver.

*Vederlaget for erhvervelsen af ovenstående overdragelses sum sker ved, at **stifter modtager aktier for nominelt dkk. 500.000 ."***

[styrelsens fremhævelse]

Af stiftelsesoverenskomsten for C A/S fremgår blandt andet følgende vedrørende stifteren af selskabet:

”Undertegnede

D A/S

...

har d.d. stiftet et aktieselskab under navnet:

C A/S

...

med hjemsted i ... kommune.

Selskabets indskudskapital er fastsat til kr. 500.000, skriver femhundredetusinde kroner 00 øre -.

I forbindelse med stiftelsen skal selskabet overtage nedenstående aktiver. Der er ikke tillagt stifteren eller andre garantiprovision eller andet vederlag i anledning af stiftelsen.

Aktier

500.000

I alt

500.000

=====

Købesummen berigtiges blandt andet ved at stifter modtager aktier for kr. 500.000. Der henvises endvidere til den udarbejdede vurderingsberetning og åbningsbalance.

Virksomhedens direktør:

E ...

Virksomhedens revisor:

Revisionsfirmaet K1 ...”

[Styrelsens fremhævelser]

Det fremgår således klart af de af Revisorfirmaet K1 ApS og K2 med digital signatur underskrevne dokumenter, at stifteren i begge tilfælde er D A/S, og at hele selskabskapitalen er tegnet af stifteren.

5. Stiftelse af flere selskaber på samme kapitalgrundlag

Afslutningsvis skal styrelsen understrege, at hvis der er stiftet flere selskaber på et og samme kapitalgrundlag, så er der tale om en overtrædelse af kapitalkravet i samtlige selskaber, jf. den dagældende aktieselskabslov såvel som den gældende selskabslov og intentionerne bag lovgivningen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen accepterer at man kan benytte én af de to følgende fremgangsmåder til at etablere en holdingkonstruktion:

På grundlag af et og samme kapitalgrundlag kan man stifte **ét** holdingselskab, og dette holdingselskab kan efter det har opnået retsevne bruge sin selskabskapital til at stifte **ét (og kun ét)** driftselskab.

Det er en forudsætning, at baggrunden herfor er ønsket om at etablere en reel holdingselskabskonstruktion, og formålet således ikke er at omgå kapitalkravet i lovgivningen.

Styrelsen accepterer også en alternativ model, hvor man på grundlag af et og samme kapitalgrundlag kan stifte **ét** driftselskab, og at stifteren, efter at driftselskabet har opnået retsevne, benytter sine ejerandele til at stifte **ét (og kun ét)** selskab, som skal fungere som holdingselskab.

Det er ligeledes en forudsætning, at baggrunden herfor er ønsket om at etablere en reel holdingselskabskonstruktion, og formålet således ikke er at omgå kapitalkravet i lovgivningen.

For god ordens skyld gør styrelsen opmærksom på, at de to modeller ikke lovligt kan kombineres eller anvendes sammen.

Der er med disse modeller tale om undtagelser til udgangspunktet om, at et aktieselskabs selskabskapital mindst skal udgøre kr. 500.000,-

Bruger man den samme kapital flere gange, eller skal moderselskabet foretage sig andet end blot at være holdingselskab for ét datterselskab, er der tale om en omgåelse af loven og intentionen bag loven.
...”

Heroverfor har advokat A ved skrivelse af 8. december 2010 bemærket:

” ...

Ad 1: Henvisningen til anmeldelsesbekendtgørelsen – og eventuelle retssikkerhedsmæssige betænkeligheder herved

Det skulle ikke være nødvendigt med lange forklaringer vedrørende brugen af anmeldelsesbekendtgørelsen af 25. marts 2010.

Det forhold, at registreringen har fundet sted den 15. juni 2009, medfører ikke, at man kan bruge den nye bekendtgørelse, selv om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen først træffer en afgørelse efter det tidspunkt, hvor bekendtgørelsen træder i kraft.

Ud fra almindelige retssikkerhedssynspunkter, plejer man ikke at lovgive med tilbagevirkende kraft, og det ville være konsekvensen, såfremt man brugte anmeldelsesbekendtgørelsen af 25. marts 2010 på et forhold fra den 15. juni 2009.

F prøver at komme med nogle ”søforklaringer” ved at lave en ny konstruktion.

Det skal blot tilføjes, at der ikke stod noget om lukning i den gamle selskabslov, og man må dog være enig om, at man ikke kan bruge den nye selskabslov.

Det forekommer også noget mærkværdigt, at man nu forsøger at begrunde sin afgørelse med en anden hjemmel end den, man har brugt. Det kan vist ikke være rigtigt.

Det er korrekt, at der ikke sker nogen prøvning ved anmeldelsen, men Erhvervs- og Selskabsstyrelsen burde have indbygget en sikkerhedssystem, således at man kunne opfange problemer, som de opstæde, således at de kunne berigtiges straks.

Anmelderen i nærværende sag gik ud fra, at han opfyldte lovens krav.

F har ikke ret i den betragtning, at man på nuværende tidspunkt kan bede skifteretten om at opløse selskaberne, da alle fejl er berigtiget.

Et problem i sagen er, at F har ladet være at registrere de ændringer, som man havde foretaget, for at berigtige nogle af de forhold, som fremgår af nærværende sag.

Det var først ved trussel om at anmelde F for embedsmisbrug, at sagerne blev berigtiget, men som kom der prompte fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en trussel om at indbringe min klient for Disciplinærnet.

Ad 4: Tegning af selskabskapital i C A/S og B A/S

For endnu en gang at gøre det helt klart, så stifter E D A/S, og holdingselskabet stifter de andre selskaber.

Alle selskaberne har, indtil de begynder at virke, en kapital på kr. 500.000,00, som er indskudt i kontanter, nemlig det beløb, som hele tiden har været til stede, jf. tidligere dokumentation.

Ad 5: Stiftelse af flere selskaber på samme kapitalgrundlag

Det skal bemærkes, at der aldrig har været tale om at omgå noget kapitalkrav. Da kapitalen hele tiden har været til stede, er det en søgt forklaring fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Intentionerne var, at man ønskede at stifte et holdingselskab og 3 driftselskaber.

Man har ikke haft nogen intentioner om ikke at benytte den kapital, som man havde stående på en anden konto.

Endnu en gang skal det præciseres, at retsevnen opstår ved registreringen, og man får jo straks et CVR nummer.

Der kan være strid om 3 dage i nærværende sag, men det har ikke den store afgørende betydning.”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af de oplysninger og erklæringer, der blev afgivet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i forbindelse med registreringen af selskaberne C A/S og B A/S, at stifteren af disse selskaber var D A/S, og at hele selskabskapitalen, der for hver af de to datterselskaber var 500.000 kr., var tegnet af stifteren.

Det fremgår endvidere af vedtægter og generalforsamlingsprotokollater for C A/S, B A/S og D A/S, at alle tre selskaber blev stiftet den 15. juni 2009.

Registreringen af det stiftende selskab, D A/S, skete først den 18. juni 2009, og selskabet havde således først fra dette tidspunkt retsevne til at optræde som stifter. Erhvervsankenævnet lægger efter de foreliggende oplysninger til grund, at dette selskab på tidspunktet for stiftelsen af de to datterselskaber alene havde en selskabskapital på nominelt 500.000 kr., der herefter ikke var tilstrækkelig til at tegne den samlede selskabskapital for datterselskaberne.

På denne baggrund, og under hensyn til de af Revisorfirmaet K1 ApS repræsenteret ved K2 afgivne erklæringer i forbindelse med registreringerne via Webreg, findes Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at have haft en sådan begrundet formodning om, at der var sket eller ville ske misbrug af adgangen til registrering via Webreg, at styrelsen var berettiget til med øjeblikkelig virkning at lukke selskabets og K2s adgang hertil, jf. § 5, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 273 af 25. marts 2010.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 22. april 2010.

14) Kendelse af 21. marts 2011 (J.nr. 2010-0022644).

Administrativ ophævelse af foretaget registrering af vedtægtsændring til ulovligt formål tiltrådt.

Selskabsloven.

(Finn Møller, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 2. september 2010 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. august 2010, hvorved styrelsen fastholdt styrelsens administrative ophævelse af en foretagens registrering af en formålsændring i selskabets vedtægter.

Sagens omstændigheder:

Den 16. april 2010 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen protokoludskrift vedrørende ekstraordinær generalforsamling den 12. april 2010 i K ApS klaget, bilagt nye vedtægter.

Af generalforsamlingsreferatet samt vedtægterne fremgår, at selskabets registrerede formål, som er at drive modelbureau, på generalforsamlingen blev ændret til: ”Selskabets formål er at drive modelbureau samt drive prostitution”..

I skrivelse af 4. juni 2010 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat A, at styrelsen ikke kunne foretage den anmeldte registrering, idet det anmeldte formål ikke er et lovligt formål.

Advokat A påklagede ved skrivelse af 20. juni 2010 afgørelsen til Erhvervsankenævnet.

Den 16. juli 2010 registrerede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blandt andet, at selskabets formål er at drive modelbureau samt drive prostitution og udfærdigede et sammenskrevet resumé med nævnte ændrede formål.

Af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse dateret samme dag og stilet til advokat A fremgår blandt andet:

” Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 23. juni 2010 modtaget ”lille” anmeldelsesblanket vedrørende ændring af adressen for ... [K ApS, CVR-nr. ...]. Med anmeldelsen er indsendt kopi af selskabets vedtægter.

Afgørelse

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ikke registrere og offentliggøre den anmeldte vedtægt, idet det anmeldte formål ikke er et lovligt formål.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret selskabets nye adresse.

Denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet ... senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt ..., jf. selskabslovens § 371...

Begrundelse

Selskabet forsøgte ved anmeldelse afleveret i styrelsen den 16. april 2010 at anmelde formålsændring for selskabet.

Denne formålsændring blev ved brev af 4. juni registreringsnægtet med begrundelsen, at der er tale om et ulovligt formål...

Du har ved anmeldelse afleveret den 23. juni 2010 anmeldt ny adresse for selskabet. Til denne anmeldelse er anvendt styrelsens ”lille” anmeldelsesblanket vedrørende anmeldelse af visse ændringer til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Med anmeldelsen er vedlagt kopi af selskabets vedtægter dateret 21. juni 2010. Denne vedtægt indeholder imidlertid forsat det ulovlige formål som blev registreringsnægtet ved styrelsens brev af 4. juni 2010.12.07

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan derfor ikke offentliggøre de indsendte vedtægter idet disse ikke er lovlige. Selskabets gældende vedtægter er derfor forsat vedtægt dateret 11. september 2009.

Af hensyn til en korrekt registreret adresse har styrelsen imidlertid valgt at registrere selskabets nye adresse ... Adresseændringen betyder at selskabets hjemstedskommune er uændret. Som nævnt er de indsendte vedtægter imidlertid ikke lovlige, hvorfor disse ikke kan offentliggøres.”

Den 22. juli 2010 hævdede advokat A klagesagen vedrørende Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 4. juni 2010.

Ved skrivelse af 29. juli 2010 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat A, at styrelsen administrativt havde ophævet den skete registrering af selskabets formål. Af skrivelsen, der ikke indeholder klagevejledning, fremgår blandt andet:

”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har på baggrund af modtagelsen af anmeldelse om ændring af hjemstedsadressen den 23. juni 2010 registreret selskabets nye hjemstedsadresse den 16. juli 2010.

Med anmeldelsen var vedlagt nye vedtægter som vedtaget på generalforsamlingen den 12. april 2010.

Ved en beklagelig fejl har styrelsen tillige registreret ændringen af vedtægternes formålsbestemmelse til også at omfatte ”prostitution”.

På baggrund af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 4. juni og 16. juli 2010, hvoraf fremgår, at styrelsen nægtede at registrere det nye formål i vedtægterne, har styrelsen d.d. administrativt ophævet den skete registrering af selskabets formål.

...”

Advokat A anmodede i skrivelse af 31. juli 2010 styrelsen om at påvise hjemlen til den skete administrative ophævelse af registreringen af 16. juli 2010.

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 12. august 2010, der indeholder klagevejledning, hedder det:

”**K ApS. CVR nr. ...**

...

Som anført i styrelsens brev af 29. juli 2010 har vi ophævet registreringen af selskabets nye formål, som omfatter ”prostitution”, idet styrelsen såvel i brev af 4. juni som 16. juli 2010 har nægtet at registrere den anmeldte vedtægtsændring, idet denne efter styrelsens opfattelse er ulovlig.

Hertil kommer at det af styrelsens brev af 16. juli 2010 udtrykkeligt fremgår, at vi alene valgte at registrere selskabets nye adresse, men derimod ikke det nye formål, som derfor efter vores opfattelse, hverken kan besluttes eller kan registreres.

Registreringen af selskabets formål beror derfor på en åbenbar fejl, som der efter vores opfattelse ikke kan støttes ret på.

På denne baggrund fastholdes, at styrelsen den 29. juli 2010 administrativt ophævede den skete registrering af selskabets formål.

...”

I klageskrivelse af 2. september 2010 har advokat A anført, at styrelsen er uberettiget til at ændre en allerede truffet afgørelse, hvorefter selskabet ændrer formål fra “Selskabets formål er at drive modelbureau” til “Selskabets formål er at drive modelbureau samt prostitution”. Af klageskrivelsen fremgår blandt andet:

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sovet i timen og godkendt en ændring af selskabets formål, og nu fortryder styrelsen godkendelsen.

Det gøres således principielt gældende som faktum og jus, at styrelsen er bundet af den oprindeligt givne registrering at 16. juli 2010 ...

at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har en pligt til at oplyse hjemmelen til at rekurere in pejus, og

at prostitution ikke er omfattet af begrebet ulovligt formål, når særlig henses til, at ingen udnyttes.

Da der ikke foreligger et forhold, der kan henføres under straffelovens § 228 og 229, er det klagerens opfattelse, at prostitution i fællig, herunder drift af prostitution i selskabsform, hvor ingen udnyttes, er et lovligt formål.
... ”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 23. september 2010 udtalt:

” ...

Udtalelse og sagens faktiske omstændigheder

I forbindelse med udarbejdelsen af udtalelse til Erhvervsankenævnet på baggrund af advokat A's klage til Erhvervsankenævnet af 20. juni 2010, konstaterede styrelsen, at vi ved en beklagelig fejl den 16. juli 2010 havde registreret ændringen af selskabets formål til også at omfatte ” prostitution”, uanset at det alene var den anmeldte hjemstedsadresse, som efter styrelsens afgørelse skulle have været registreret.

...

Efter styrelsens opfattelse, burde klageren således ikke have været i tvivl om, at registreringen af selskabets nye formål beroede på en fejl, da styrelsen allerede den 4. juni 2010 nægtede at registrere dette formål.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således ikke i sagsforløbet, som der neden for vil blive redegjort for, ændret opfattelse af, at selskabets nye formål ikke er lovligt, hvorfor styrelsen i brev af 12. august 2010 har fastholdt, at der ikke kan støttes ret på den åbenbart fejlagtige registrering.

Som anført i styrelsens brev følger det af grundlovens § 78, at sammenlutninger, herunder juridiske enheder alene må stiftes med et lovligt formål for øje.

Ifølge styrelsens brev anses samtlige aktie- og anpartsselskaber for erhvervsdrivende, ligesom udbytte skal fordeles forholdsmæssigt i forhold til størrelsen af den enkelte selskabsdeltagers kapitalandel.

Ovennævnte selskabs fortjeneste og dermed anpartshavernes potentielle udbytte oparbejdes igennem virksomhed som nævnt i formålet og udbyttet optjenes ved modelvirksomhed og prostitution. Straffelovens §§ 228 og 229 forbyder, at nogen for vindings skyld fremmer kønslig usædelighed med andre.

Hertil kommer, at det af § 2, stk. 2 i lov nr. 141 af 17/03 1999 om ændring af straffeloven (afkriminalisering af prostitution m.v. samt kriminalisering af kunder til prostituerede under 18 år) fremgår følgende: ”Loven medfører ikke, at spil, prostitution og understøttelse fra kvinder, der ernærer sig ved prostitution, anses som lovlig erhverv.”

Da styrelsen ikke må registrere et selskab med et ulovligt formål, og da prostitution som oven for nævnt ikke anses som et lovligt erhverv, fastholdes registreringsnægtelsen i brev af 4. juni 2010.

Sagens retlige omstændigheder

...

Styrelsen er enig i, at det ikke er ulovligt at være prostitueret. Dette betyder, at de indtægter en kvinde eller en mand tjener ved prostitution godt må være hovedindtægtskilde for vedkommende.

Prostituerede skal således være momsregistrerede og betale skat, men da prostitution ikke er et lovligt erhverv, kan prostituerede f.eks. ikke blive optaget i en A- kasse.

Når henses til, at straffeloven, som oven for anført udtrykkeligt fastslår, at prostitution ikke er et lovligt erhverv og da udbyttet til anpartshaverne i selskabet ikke må optjenes ved prostitution, kan styrelsen ikke registrere vedtægtsændringen, da der efter styrelsens opfattelse er tale om et ulovligt formål.

Hertil kommer at straffelovens §§ 228 og 229 forbyder, at en person for egen vindings skyld ikke må fremme kønslig usædelighed.

På baggrund af styrelsens bemærkning om, at der er 9 anpartshavere i selskabet, at udbytte i et anpartsselskab alene må udbetales til anpartshaverne samt at prostitution derfor ikke kan ske i selskabsform, oplyser klageren, at udbyttet ubeskåret gå til de prostituerede som alle er anpartshavere. Klageren oplyser tillige at selskabet driver prostitution i selskabsform for at opnå stordriftens fordele, hvilket ikke er ulovligt

Når henses til selskabets formål og ejerkreds vil styrelsen ikke undlade at gøre opmærksom på, at udbyttet til den enkelte anpartshaver ikke må fastsættes i forhold til den enkelte anpartshavers indtægter, men derimod alene må fordeles i forhold til den enkeltes anpartsbesiddelse.

Der ses desuden ikke at være sikkerhed for, at anparterne overdrages til andre, som ikke er prostituerede. Dette vil kunne betyde, at rufferibestemmelserne i straffeloven (§§ 228 og 229) eventuelt vil blive direkte overtrådt.

Med hensyn til klagerens oplysning om udbyttet, fastholdes, at dette ikke kan ske ved optjening gennem prostitution.

Opmærksomheden henledes på, at styrelsen i brev af 4. juni 2010 nægtede at registrere selskabet nye formål og i brev af 16. juli 2010 gentog denne registreringsnægtelse i forbindelse med delregistreringen af 16. juli af selskabets nye hjemstedsadresse.

Efter styrelsens opfattelse er der tale om en åbenbar fejl, som klageren ikke burde være i tvivl om beroede på en sagsbehandlerfejl, som skete i forbindelse med registreringen af selskabets hjemstedsadresse.

Klageren burde derfor ikke have ophævet den første ankesag, men rettet henvendelse til Erhvervs - og Selskabsstyrelsen for at få klarlagt, hvorvidt den skete registrering beroede på en fejl set i lyset af styrelsens breve af 4. juni og 16. juli 2010.

Det er derfor styrelsens opfattelse, at advokat A ikke kan støtte ret på en åbenlys registreringsfejl, ligesom styrelsen fastholder, at prostitution er et ulovligt erhverv, som ikke må registreres som formål i anpartsselskabet.

...”

Ved skrivelse af 28. september 2010 er advokat A fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

jeg [gør]på vegne K Aps gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens tilbagekaldelse af registreringen af det nye formål er en negativ forvaltningsakt, og at den negative forvaltningsakt er ugyldig.

Af 2 grunde:

- 1) Det er i strid med forvaltningsretten, at en forvaltningsmyndighed ændrer en positiv forvaltningsakt til en negativ forvaltningsakt uden hjemmel.
- 2) Prostitution er ikke et ulovligt erhverv som påstået af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

ad 1: Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ... ikke kunnet påvise nogen hjemmel til at reformere in pejus men har henvist til, at der foreligger en fejl fra styrelsens side, og at denne fejl må være åbenbar for undertegnede.

Fejlen skulle være den positive forvaltningsakt; altså registreringen af det nye formål.

Lad mig understrege, at hverken min klient eller undertegnede ønsker et udnytte styrelsens såkaldte fejl.

Men sagen er, at styrelsen slet ikke har begået nogen fejl ved at registrere det nye formål: "Selskabets formål er at drive modelbureau samt drive prostitution,"

ad 2): Det er lovligt i Danmark at drive prostitution som erhverv. Men det er ikke lovligt at udnytte den prostituerede.

Styrelsen forveksler disse 2 vidt forskellige forhold og iblander det en portion forargelse, som ikke er retskilde i Danmark.

Der er 9 prostituerede i K Aps's ejerbog, og de ejer selskabets fulde indskudskapital i lige sameje. Der således ingen udnyttelse.
...."

Ankenævnet udtaler:

I forbindelse med anmeldelse af en adresseændring registrerede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 16. juli 2010 ud over denne ændring, at K ApS' formål er at drive modelvirksomhed samt drive prostitution. Anmeldelsen var vedlagt de vedtægter, der ved styrelsens afgørelse af 4. juni 2010 var blevet registreringsnægtet med den begrundelse, at det anmeldte formål ikke er et lovligt formål. Afgørelsen var den 20. juni 2010 påklaget til Erhvervsankenævnet.

Af skrivelsen ligeledes af 16. juli 2010 til anmelderen er det anført, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke kan "registrere og offentliggøre den anmeldte vedtægt, idet det anmeldte formål ikke er et lovligt formål", men at "Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret selskabets nye adresse".

På baggrund af disse omstændigheder burde det have stået klart for klageren, at der ved den senere registrering af formålsændringen åbenbart var tale om en sagsbehandlingsfejl fra styrelsens side, og det tiltrædes, at styrelsen administrativt har ophævet den skete registrering af selskabets formål, idet ankenævnet tiltræder, at prostitution ikke er et lovligt selskabsretligt formål.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. august 2010.

15) Kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022720).

Tvivel om ejerskab, hvorfor det ikke kunne fastslås om den foretagne registrering er blevet til på grundlag af lovlige beslutning.

Selskabslovens § 16, stk. 3.

(Carsten Møllekilde, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 14. september 2010 har advokat A på vegne af K ApS og K1 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. august 2010 har meddelt, at styrelsen på tegningsreglen for B ApS har offentliggjort, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og uenighed om den foretagne registrering af, at C er udtrådt som direktør, og endvidere at styrelsen har offentliggjort en meddelelse på selskabet om, at der så længe der er uenighed ikke kan foretages registrering af ændringer i selskabet medmindre parterne er enige herom.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. august 2010 hedder det:

”Efter at have modtaget partsindlæg fra advokat A og advokat D, fremstår det for styrelsen klart, at der i modsætning til det først af styrelsen antagende ikke alene er tale om en indsigelse mod en foretaget registrering, men at der er tale om en tvist og adkomsten til selskabet.

Idet K1, via sin advokat, gør gældende, at K ApS er eneste anpartshaver i selskabet, hvorfor generalforsamlingen lovligt kunne træffe beslutning om at afsætte C, da en overdragelsesaftale af halvdelen af anparterne anses for bortfaldet.

Heroverfor gør C, via sin advokat, gældende, at han er ejer af halvdelen af anparterne iht. samme overdragelsesaftale, og at generalforsamlingen hvor han blev besluttet afsat ikke er beslutningsdygtig, idet han ikke har modtaget indkaldelse hertil.

Afgørelsen af, om der foreligger en overdragelse af anparterne og om overdragelsen i så fald består, eller må anses som bortfaldet, forudsætter imidlertid en bevisvurdering, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er kompetent til at foretage.

En sådan bevisvurdering henhører under domstolene, hvorfor styrelsen henviser til, at der anlægges retssag til afgørelse af spørgsmålet om adkomsten til selskabet, jf. selskabslovens § 109.

Da der således efter styrelsens opfattelse hersker tvivl om adkomsten til selskabet, har styrelsen truffet afgørelse om, at lukke for alle registreringer på selskabet indtil styrelsen modtager dokumentation for, at ejerskabet er afklaret enten ved dom, voldgiftsavgørelse eller forlig.

Eneste undtagelse hertil vil være beslutninger, som i enighed er truffet på en generalforsamling hvor begge parter har deltaget.

Hertil skal bemærkes, at hvis parterne ikke i enighed udarbejder, godkender og indsender en årsrapport for selskabet, så styrelsen senest den 30. november har modtaget årsrapport for selskabet, der er godkendt i henhold til ovenstående, vil styrelsen oversende B ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning.

Da der foreligger en tvist om adkomsten til selskabet har styrelsen ændret den offentliggjorte tekst på selskabets tegningsregel til følgende:

”[Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og hermed de foretagne registreringer].”

Samtidig har styrelsen offentliggjort følgende meddelelse på selskabet:

”Så længe der er uenighed, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Webreg medmindre parterne er enige herom.”

...”

I klageskrivelse af 14. september 2010 har advokat A anført:

”Som advokat for K ApS, Cvr. Nr. ..., der er anpartshaver i B ApS og for direktør i B ApS, K, indbringes Erhvervs- & Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. august 2010 hermed for Erhvervsankenævnet.

Erhvervs- & Selskabsstyrelsen har som følge af sin afgørelse tilføjet følgende til B ApS’ offentliggjorte tegningsregel:

”Erhvervs- & Selskabsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og hermed de foretagne registreringer.”

Samtidig er følgende tekst offentliggjort på selskabet:

”Så længe der er uenighed, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Webreg medmindre parterne er enige herom.”

Baggrunden for Erhvervs- & Selskabsstyrelsens afgørelse og registreringer er en henvendelse fra C, som uberettiget gør gældende at være ejer af 50 % af anparterne i B ApS.

Min klient afviser, at C er anpartshaver i B ApS.

B ApS blev stiftet den 1. februar 2009 af min klient, K ApS, der er 100 % ejet af K1. Hele anpartskapitalen på kr. 125.000 blev tegnet af K ApS ved kontant indskud. Ved stiftelsen var K ApS således eneste anpartshaver i selskabet. Dette er ubestridt.

Det var intentionen mellem parterne, at 50 % af anparterne i B ApS ved en kontanthandel skulle overdrages til C, men en sådan overdragelse er aldrig effektueret, eftersom C aldrig betalte købesummen. Det er ubestridt at købesummen aldrig er betalt. Følgelig kan en kontanthandel ikke være gennemført.

Som konsekvens er der ikke givet denunciation til B ApS om en anparts-overdragelse, og der er heller ikke foretaget notering om ejerskifte i selskabets ejerbog.

K ApS har vedvarende ejet og ejer fortsat 100 % af anparterne i B ApS.

Selskabslovens § 16 stk. 3, 3. pkt. giver Erhvervs- & Selskabsstyrelsen hjemmel til at offentliggøre meddelelser i styrelsens it-system, såfremt der er tvivl om lovligheden af foretagne ændringer. Henset til de konsekvenser det har for et selskab at få offentliggjort en sådan tekst, må det nødvendigvis forudsætte, at der foreligger en kvalificeret tvivl om lovligheden.

Ethvert andet resultat vil have den uhensigtsmæssige følgevirkning, at enhver kan gøre indsigelse om at have ejerskab til et selskab, hvorefter Erhvervs- & Selskabsstyrelsen vil skulle notere indsigelsen på selskabet, afskære den objektivt konstaterbare kapitalejers adgang til at råde over de selskabsretlige forhold samt lave en påtegning i tegningsreglen om en mulig begrænsning i ledelsens ret til at tegne selskabet.

Der foreligger ikke i nærværende sag en tilstrækkeligt kvalificeret tvivl om adkomsten til anparterne i B ApS til, at den skete registrering er berettiget. Der skal her især henses til at:

- Det er uomtvistet, at B ApS er stiftet med K ApS som eneanpartshaver,
- Det er uomtvistet, at den påtænkte kontanthandel aldrig er opfyldt. En overdragelsesaftale er således aldrig effektueret, og
- Det er uomtvistet, at der aldrig er denuncieret en anparts-overdragelse til selskabet, og at der aldrig er sket notering i ejerbogen om nogen overdragelse.

I fraværet af disse helt basale elementer kan der efter min opfattelse ikke med nogen rette argumenteres, at der er sket en overdragelse af anparter

til C, og der kan derfor ikke foreligge den nødvendige kvalificerede tvivl om ejerforholdene i B ApS, der kan berettige til den offentliggjorte tekst.

Som følge af Erhvervs- & Selskabsstyrelsens registreringer har selskabets bank spærret B ApS' rådighed over selskabets bankkonto. Udbetalinger til selskabets kreditorer er således i praksis blevet umuliggjort. Registreringerne har medført en markant uro og tvivl hos selskabets kunder. Alt til skade for selskabet, og dermed i sidste ende selskabets kunder, forretningsforbindelser og kreditorer. Af hensyn til denne personkreds har min klient flere gange forgæves søgt at formå C til at samarbejde om en normalisering af selskabets drift. Forespørgsler om blot tilsagn til betaling af selskabets kreditorer med midler fra selskabets spærrede bankkonto forbliver ubesvarede. Dette vil på kort sigt uafværgeligt føre til selskabets konkurs.

Det er konsekvenser, som de her anførte, der begrundes, at et så indgribende retsmiddel, som en offentliggørelse af en tvivl om adkomsten til et selskab, kun bør bringes i anvendelse, når der foreligger en kvalificeret tvivl – og en sådan foreligger ikke i nærværende sag.

Jeg er enig med Erhvervs- & Selskabsstyrelsen i, at spørgsmålet om adkomst ikke kan afgøres i Erhvervs- & Selskabsstyrelsens regi. Dette spørgsmål henhører under de ordinære domstole. Dette må imidlertid ikke af Erhvervs- & Selskabsstyrelsen bruges som argument for ikke at vurdere, om tvivlen om adkomst er så kvalificeret, at den berettiger til et så indgribende retsmiddel som en offentliggørelse om "tvivl om lovligheden" og dermed tvivl om tegningsberettigelsen i selskabet. Konsekvensen vil være, at Selskabet risikerer konkurs inden en eventuel sag ved de ordinære domstole måtte være afgjort.

Da den nødvendige kvalificerede tvivl ikke foreligger, skal jeg anmode Erhvervsankenævnet træffe afgørelse om sletning af den af Erhvervs- & Selskabsstyrelsen offentliggjorte tekst.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 4. november 2010 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Den 19. juli 2010 kontaktes Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af C, der gør gældende, at registreringer foretaget af K1 via Erhvervs- og Selskabsstyrelsens selvregistreringssystem (Webreg) i B ApS, CVR-nr. ..., den 16. juli 2010, er foretaget uberettiget.

Styrelsen modtager herefter ligeledes henvendelse fra C's advokat.

Styrelsen anmoder den 26. juli 2010 K1, der som anmelder af registreringen foretaget den 16. juli 2010 i B ApS, indestår for, at registreringen er lovligt foretaget, om en redegørelse for registreringen.

Da K1's registrering i Webreg ikke er bilagt dokumentation for beslutningen om at afsætte C som direktør, vælger styrelsen samtidig at offentliggøre en meddelelse om, at der er gjort indsigelse mod registreringen af 16. juli 2010 i selskabet, samt tilføje dette i forbindelse med selskabets tegningsregel.

I selskabets tegningsregel der lyder: "Selskabet tegnes af den samlede direktion", tilføjer styrelsen følgende ordlyd:

"[Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal gøre opmærksom på, at der overfor styrelsen er gjort indsigelse mod registrering foretaget den 16. juli 2010 i CVR-nr. ..., B ApS. Indsigelsen vedrører den registrerede ledelses adgang til at tegne selskabet.]"

Derudover offentliggøres følgende meddelelse i styrelsens registreringssystem:

"Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal gøre opmærksom på, at der overfor styrelsen er gjort indsigelse mod registrering foretaget den 16. juli 2010 i CVR-nr. ..., B ApS. Indsigelsen vedrører den registrerede ledelses adgang til at tegne selskabet."

Den 4. august 2010 modtager styrelsen redegørelsen fra advokat A, som repræsenterer K1 og K ApS.

Styrelsen modtager herefter flere partsindlæg fra parternes advokater.

Den 17. august 2010 træffer styrelsen afgørelse om, at der er tvist om adkomsten til selskabet, og at tvisten må løses ved domstolene, jf. selskabslovens § 109. Styrelsen træffer derudover afgørelse om følgende:

At lukke for alle registreringer på selskabet indtil styrelsen modtager dokumentation for, at ejerskabet er afklaret enten ved dom, voldgiftsafgørelse eller forlig.

At eneste undtagelse hertil vil være beslutninger, som i enighed er truffet på en generalforsamling, hvor begge parter har deltaget.

At hvis parterne ikke i enighed udarbejder, godkender og indsender en årsrapport for selskabet, så styrelsen senest den 30. november 2010 har modtaget årsrapport for selskabet, der er godkendt i henhold til ovenstående, vil styrelsen oversende B ApS til skifteretten med henblik på tvangsopløsning.

Derudover træffer styrelsen den 17. august afgørelse om at ændre den offentliggjorte tilføjelse til selskabets tegningsregel til følgende:

"[Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og hermed de foretagne registreringer]."

Samtidig har styrelsen offentliggjort følgende meddelelse på selskabet:

”Så længe der er uenighed, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Webreg medmindre parterne er enige herom.”

Retligt grundlag

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan i henhold til § 16, stk. 2, i selskabsloven træffe beslutning om, at en anmeldelse skal sættes i bero, til det er afgjort, hvem der har adkomst til selskabet. Denne beføjelse kan anvendes af styrelsen, hvis der består en tvist om adkomsten til selskabet. Der er ligeledes hjemmel til at offentliggøre oplysninger om, at der er tvist om ejerforholdene.

Dette gør styrelsen på den ovenfor beskrevne måde ved at tilføje en tekst i en ”skarp” parentes til selskabets tegningsregel samt offentliggøre en meddelelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens informationssystem.

Styrelsen offentliggør tilføjelsen til selskabets tegningsregel, da hensynet er, at offentligheden skal gøres bekendt med, at der er tvist om adkomsten til at råde over selskabet. Samtidig er en tegningsudskrift den billigste udskrift for selskaber, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udbyder.

Følgende fremgår af bemærkningerne til § 16, stk. 3, i selskabsloven:

”Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forhold, eksempelvis fordi der er tvivl om ejerskabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi ingen af de to kapitalejere har majoriteten af stemmerne.

I stk. 3 foreslås det derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, kan træffe beslutning om at stille indgivne anmeldelser om registreringer i bero, indtil forholdet er afklaret, f.eks. ved at ejerskabet til kapitalandelene er afklaret. Dette kan ske ved, at styrelsen blokerer for selvregistrering i styrelsens it-system eller ved, at modtagne anmeldelser sættes i bero i styrelsen.

Afklaringen af ejerskabet til et selskab vil i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens erfaring ofte forudsætte en bevisbedømmelse mv., som ligger uden for styrelsens kompetence. Den endelige adkomst til selskabet kan afklares på flere måder. Der kan eksempelvis være tale om en aftale mellem de involverede parter, mægling, voldgift eller en domstolsafgørelse.

Efter de gældende regler er det ikke muligt for offentligheden at få kendskab til, at der i et konkret selskab er tvivl om ejerforholdene. Det vurderes imidlertid, at det er relevant for offentligheden, herunder eventuelle fremtidige aftalepartnere mv., at få kendskab til denne tvivl. Det foreslås som følge heraf i stk. 3, 2. pkt., at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i styrelsens it-system kan offentliggøre oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene.

Hvor der er tvivl om ejerforholdene i selskabet, er det Erhvervs-Selskabsstyrelsens erfaring, at konflikter omkring selskabet blandt andet medfører, at de pågældende modstridende parter ikke kan blive enige om, hvem der skal lede selskabet og dermed være registreret som ledelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system. Efter de gældende regler fører det til, at de to parter i tvisten foretager gentagne registreringer eller anmeldelser om ledelsesændringer i det pågældende selskab. Det bliver således tilfældigt, hvem der på et givent tidspunkt er registreret som ledelse i selskabet.”

Der er i bemærkningerne netop lagt vægt på, hensynet til offentligheden, herunder fremtidige aftaleerhververe.

Der er ikke i selskabslovens § 16, eller i bemærkningerne opstillet særlige betingelser, som skal være opfyldt, for at styrelsen kan beslutte at offentliggøre, at der er tvist om adkomsten til selskabet.

I teorien er det derfor tilstrækkeligt, at en person retter henvendelse til styrelsen med påstand om, at der er tvist om adkomsten til selskabet.

Da det imidlertid er en bebyrdende afgørelse i relation til selskabet, foretager styrelsen forinden en partshøring, og foretager på baggrund af parternes indlæg en vurdering af, om parten, der har fremsat indsigelsen, har sandsynliggjort, at der foreligger en tvist om adkomsten.

Der er ikke tale om, at parten skal bevise, at denne har en faktisk eller retlig adkomst til selskabet, men parten må sandsynliggøre at der er en tvist om adkomsten i en sådan grad, at påstanden ikke fremstår som åbenbar grundløs.

Kan parten underbygge sin påstand med anbringender, der gør, at påstanden ikke umiddelbart kan afvises som værende ubegrundet, finder styrelsen som udgangspunkt, at betingelserne for at gøre offentligheden opmærksom på tvisten er til stede, jf. selskabslovens § 16, stk. 3.

Styrelsens vurdering af den konkrete sag

Indledningsvis skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen gøre opmærksom på, at der i henhold til det styrelsen oplyste stadig er tvist mellem K ApS og C om adkomsten til selskabet, ligesom styrelsen skal gøre opmærksom på, at Advokat A ikke repræsenterer selskabet B ApS, men alene den ene af stridens parter; K ApS og dennes anpartshaver.

Styrelsen skal derfor understrege, at styrelsen er af den opfattelse, at det stadig er uafklaret hvorvidt, C er anpartshaver, og dermed om K1's registrering af C, som værende udtrådt af direktionen af B ApS var berettiget.

I den konkrete sag er der klart en tvist mellem K ApS og C om adkomsten til selskabet, idet parterne ikke er enige om, hvem der har adkomsten.

Som eksempel anfører C følgende til styrelsen i sin mail af 19. oktober 2010:

"Som direktør og 50% ejer, og medlem af direktionen, er jeg blevet gjort opmærksom på at K1 som ejer den anden halvdel af selskabet ulovligt har fjernet mig som ejer af selskabet og direktionen.

Der forligger ingen generalforsamlingsbeslutning eller nogen anden for grundlag for den beslutning K1 har gennemført.

Jeg skal anmode erhvervs og selskabsstyrelsen om omgående at rette fejlen og informere K1 om tilbagerettelsen.

Jeg skal endvidere informere om at der er anmeldt en politianmeldelse for bedrageri mod K1 for et væsentligt beløb som han uberettiget har overført til sit selskab K ApS"

Heroverfor gør K ApS' og K1's advokat blandt andet følgende gældende i sit brev af 3. august 2010:

"...K ApS har vedvarende ejet og ejer fortsat 100% af anparterne i B ApS.

Som eneanpartshaver traf K ApS den 16. juli 2010 beslutning om at afmelde C som direktør i B ApS.

Som eneanpartshaver har K ApS gyldigt kunne beslutte ændringen i B ApS' direktion. K1 har som dirigent for generalforsamlingen og som tegningsberettiget i K ApS forestået anmeldelsen til Erhvervs og Selskabsstyrelsen."

På baggrund af parternes samlede indlæg, finder styrelsen det sandsynliggjort, at der kan foreligge en aftale om overdragelse af halvdelen af anparterne mellem de stridende parter.

Styrelsen finder derfor, at indsigelsen er tilstrækkeligt sandsynliggjort til, at hensynet til offentligheden berettiger, at styrelsen offentliggør, at der er en tvist om adkomsten til selskabet.

Styrelsen finder sig imidlertid ikke kompetent til at vurdere, hvem der har adkomsten til selskabet, idet dette beror på en bevisvurdering, som styrelsen ikke finder sig kompetent til at foretage, herunder fortolkning af den eventuelle aftale mellem parterne.

Styrelsen finder, at dette må afklares af parterne ved de almindelige domstole.

...”

Advokat D er på vegne af C efter anmodning den 22. oktober 2010 meddelt tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. § 10 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

I skrivelse af 1. december 2010 har advokat A yderligere anført:

” ...

Indledningsvist skal jeg tiltræde Erhvervs- & Selskabsstyrelsens redegørelse for de faktiske og retlige omstændigheder.

Derimod er jeg uenig i Erhvervs- & Selskabsstyrelsens konkrete vurdering af sagen på baggrund af de faktiske og retlige omstændigheder (s 5-6).

I Erhvervs- & Selskabsstyrelsens redegørelse for sin konkrete vurdering af sagen henviser Erhvervs- & Selskabsstyrelsen til, at det er klart, at der er en tvist om adkomsten til selskabet.

Der vil i sagens natur altid være en tvist, når en person påstår at have ejerskab til et selskab, og ejeren påstår det modsatte.

Det vil dog være uhensigtsmæssigt og i strid med baggrunden for Selskabslovens § 16 stk. 3, at enhver udokumenteret påstand om helt eller delvist ejerskab af et selskab kunne medføre offentliggørelse af en tekst om tvist om adkomsten til selskabet. Det er ikke tilstrækkeligt for anvendelse af hjemlen i Selskabslovens § 16 stk. 3, at en person mener sig berettiget til helt eller delvist ejerskab.

Henset til de alvorlige konsekvenser en registrering af en adkomsttvist har for selskabet, må der stilles et kvalificeret krav til den part, der gør indsigelse, om at dokumentere eller til vished grænsende sandsynliggøre, at denne part berettiget er hel eller delvis adkomsthaver.

En sådan sandsynliggørelse endsiige dokumentation har C ikke kunnet fremføre i denne sag.

Erhvervs- & Selskabsstyrelsen begrundet sin vurdering med, at Erhvervs- & Selskabsstyrelsen:

”På baggrund af parternes samlede indlæg, finder det sandsynliggjort, at der kan foreligge en aftale om overdragelse af halvdelen af anparterne mellem de stridende parter.”

Erhvervs- & Selskabsstyrelsen redegør således ikke for hvilke konkrete omstændigheder, der lægges vægt på, men anerkender at indsigelsen skal være tilstrækkeligt sandsynliggjort.

Jeg kan konstatere, at det er uomtvistet, at K ApS, som eneanpartshaver, har stiftet selskabet og tegnet den samlede selskabskapital, og at C og dennes advokat, trods fire skrivelser til Erhvervs- & Selskabsstyrelsen, ikke har kunnet fremlægge dokumentation for at C har erhvervet, endsi- ge fået overdraget, halvdelen af anparterne i selskabet. Parterne er enige om at C aldrig har betalt en købesum. C har desuden aldrig optrådt som kapitalejer.

Som redegjort for i mit indledende brev til Erhvervsankenævnet, er det min opfattelse, at C's indsigelse ikke er sandsynliggjort, og den henstår fortsat udokumenteret.

C's indsigelse bygger på en mundtlig aftale om anpartsoverdragelse mel- lem parterne. C har ikke overfor Erhvervs- & Selskabsstyrelsen redegjort for indholdet af aftalen. Det har til gengæld K ApS. K ApS har redegjort for, at det var parternes hensigt at indgå en aftale om C's køb af halvde- len af anparterne i selskabet mod kontantbetaling af købesummen. Dette er ikke bestridt af C.

Dette er desuden i overensstemmelse med udgangspunktet i dansk ret om, at aftaler om køb, hvor ikke andet er særligt aftalt, er aftaler om kon- tantkøb, dvs. at der ikke sker overgang af én ydelse før den anden.

Denne principielle hovedregel i dansk ret om samtidighed i gensidigt be- byrdende kontrakter – kontantgrundsætningen - fremgår af Købelovens §§ 14-16 og er nærmere beskrevet i Købeloven med kommentarer, 2. udgave, s 172-177. Det fremgår heraf, at der er en forhåndsformodning for, at parterne har aftalt kontantkøb.

Købesummen for anparterne er aldrig betalt. Dette er ligeledes ubestridt af C. Aftalen om køb blev således aldrig effektueret, og der er aldrig sket overgang af ydelser. Følgelig har C aldrig denuncieret sin adkomst til selskabet, og ejerbogen har vedvarende udvist K ApS som enestifter og eneanpartshaver.

Det er uvist, hvad C ønsker at opnå ved sin indsigelse overfor Erhvervs- & Selskabsstyrelsen, idet en afgørelse af hvorvidt han har adkomst skal foretages af domstolene. C har ikke taget skridt til at få spørgsmålet af- gjort ved en retssag.

C blev afskediget som direktør i selskabet i juli måned 2010. Denne sag er opstået i umiddelbar forlængelse af opsigelsen af C. Det er min klients opfattelse, at C siden da alene har haft til formål at påføre selskabet og min klient størst mulig skade.

Udover sin indsigelse til Erhvervs- & Selskabsstyrelsen har dette indebå- ret en grundløs politianmeldelse af K1, en injurierende skrivelse til sel- skabets kunder om, at der i selskabet er konstateret diverse strafbare og

ulovlige forhold, samt at henvendelser vedrørende selskabet kan rettes til C, og senest at to personer d. 24. november 2010 mødte op på K1's adresse, hvor de under truende adfærd meddelte hans kone, at K1 skyldte C et større pengebeløb, som skulle udbetales til de to personer. Sidstnævnte forhold er politianmeldt.

Jeg vedlægger desuden en nyligt modtaget e-mail fra C til Erhvervs- & Selskabsstyrelsen samt selskabets advokats bemærkninger til e-mailen. Jeg lader indholdet af e-mailen tale for sig selv, men jeg understreger, at C's påstande endnu en gang er udokumenterede.

Efter min opfattelse er der en berettigelse og et behov for den nye hjemmel i Selskabslovens § 16 stk. 3. Denne sags omstændigheder og det forløb der har udviklet sig siden fyringen af C som direktør, mener jeg dog tilsiger, at Selskabslovens § 16 stk. 3 ikke bringes i anvendelse i denne sag."

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 16, stk. 3, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, når styrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, træffe beslutning om, at registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet. Anmelderen skal have skriftlig meddelelse om, at registrering ikke kan finde sted, og om begrundelsen herfor. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan endvidere i styrelsens it-system offentliggøre en meddelelse om grundlaget for styrelsens beslutning.

Af bemærkningerne til § 16, stk. 3, (lovforslag L 170 2008/2009) fremgår blandt andet:

"Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forhold, eksempelvis fordi der er tvivl om ejerskabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi ingen af de to kapitalejere har majoriteten af stemmerne.

I stk. 3 foreslås det derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan træffe beslutning om at stille indgivne anmeldelser om registreringer i bero, indtil forholdet er afklaret, f.eks. ved at ejerskabet til kapitalandelene er afklaret. Dette kan ske ved, at styrelsen blokerer for selvregistrering i

styrelsens it-system eller ved, at modtagne anmeldelser sættes i bero i styrelsen.

Afklaringen af ejerskabet til et selskab vil i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens erfaring ofte forudsætte en bevisbedømmelse mv., som ligger uden for styrelsens kompetence. Den endelige adkomst til selskabet kan afklares på flere måder. Der kan eksempelvis være tale om en aftale mellem de involverede parter, mægling, voldgift eller en domstolsafgørelse.

Efter de gældende regler er det ikke muligt for offentligheden at få kendskab til, at der i et konkret selskab er tvivl om ejerforholdene. Det vurderes imidlertid, at det er relevant for offentligheden, herunder eventuelle fremtidige aftalepartnere mv., at få kendskab til denne tvivl. Det foreslås som følge heraf i stk. 3, 2. pkt., at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i styrelsens it-system kan offentliggøre oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene.

Hvor der er tvivl om ejerforholdene i selskabet, er det Erhvervs- Selskabsstyrelsens erfaring, at konflikter omkring selskabet blandt andet medfører, at de pågældende modstridende parter ikke kan blive enige om, hvem der skal lede selskabet og dermed være registreret som ledelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system. Efter de gældende regler fører det til, at de to parter i tvisten foretager gentagne registreringer eller anmeldelser om ledelsesændringer i det pågældende selskab. Det bliver således tilfældigt, hvem der på et givent tidspunkt er registreret som ledelse i selskabet.”

Erhvervsankenævnet finder efter de modstridende oplysninger om ejerskabet til anparterne i B ApS, at der har foreligget en sådan tvivl herom, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed kunne fastslå, om den foretagne registrering af C's udtræden som direktør i selskabet er blevet til på grundlag af en lovlig generalforsamlingsbeslutning eller anden lovlig beslutning.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på selskabets tegningsregel har offentliggjort en tilføjelse om, at ”Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og hermed de foretagne registreringer”, samt at styrelsen har offentliggjort en meddelelse på selskabet om, at ”så længe der er uenighed, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Webreg medmindre parterne er enige herom.”

Herefter stadfæstes Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. august 2010.

16) Kendelse af 31. maj 2011 (J.nr. 2010-0021582).

Ikke grundlag for beslutning om permanent lukning af adgang til at foretage registreringer via Webreg.

Tidligere anpartsselskabslov § 11, stk. 2, § 74 samt anmeldelsesbekendtgørelsens § 5.

(Piya Mukherjee, Finn Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 23. marts 2010 har advokat K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 23. februar 2010 har truffet afgørelse om, at adgangen til at foretage registreringer via webreg.dk med medarbejder-signaturer udstedt til A [advokatselskab] forbliver lukket.

Sagens omstændigheder:

I den af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 26. april 2010 har styrelsen om sagens faktiske omstændigheder anført:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev i forbindelse med en stikprøvemæssig kontrol af registreringer foretaget via styrelsens EDB- registrerings-system (Webreg) opmærksom på en række registreringer foretaget med digital signatur udstedt til 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 såkaldt rullende kapital, idet den samme selskabskapital på kr. 125.000, der var indskudt til kurs 100, straks efter indskud i et selskab 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 ét og samme kapitalgrundlag, hvorfor kapitalindskuddet ikke var reelt, men alene var tilvejebragt til brug for registreringen i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dette er ikke i overensstemmelse med anpartsselskabsloven samt intentionerne bag loven.

Det var derfor styrelsens vurdering, at der er tale om omgåelse af kapitalkravet i anpartsselskabsloven.

På den baggrund anmodede styrelsen den 4. september 2009 A om en redegørelse samt dokumentation for, at selskaberne ikke var stiftet som en kæde af selskaber på ét og samme kapitalgrundlag.

Samtidig med anmodningen om en redegørelse, traf styrelsen afgørelse om foreløbigt at lukke virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg.

Styrelsen modtog herefter redegørelse af 8. september 2009 og partsindlæg af 18. september 2009 med notat af 15. september 2009 af B.

Inden styrelsen når at træffe endelig afgørelse i sagen, indbringes styrelsens afgørelse af 4. september 2009 for Erhvervsankenævnet.

Da styrelsen umiddelbart vurderede at der ikke var fremkommet nye oplysninger i sagen, der kunne føre til genåbning af virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg, udsatte styrelsen sin endelige afgørelse, til Erhvervsankenævnet havde behandlet klagesagen om styrelsens afgørelse af 4. september 2009.

Den 23. februar 2010 modtager styrelsen Erhvervsankenævnets afgørelse. Det fremgår heraf, at Erhvervsankenævnet giver styrelsen medhold i den foreløbige lukning af virksomhedens adgang til Webreg. På denne baggrund træffer styrelsen den 23. februar 2010 endelig afgørelse om, at virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg skal forblive lukket.

Derudover træffer styrelsen afgørelse om, at nedenstående selskaber skal oversendes til skifteretten med henblik på tvangsopløsning, idet selskaberne ikke har haft det fornødne kapitalgrundlag ved stiftelsen.

- 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. ...
- U ApS CVR-nr. ...”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgørelse af 23. februar 2010 er anført blandt andet:

”Lukning af adgang til at foretage registreringer via Webreg.dk

Styrelsen kan bekræfte at have modtaget din redegørelse af 8. september 2009 og dit partsindlæg af 18. september 2009.

På baggrund af din redegørelse og dit partsindlæg og den vedlagte dokumentation har styrelsen truffet følgende afgørelse.

Alle medarbejdersignaturers adgang til at foretage registreringer via webreg, der er udstedt til A CVR- nr. ..., vil forblive spærrede, jf. § 49,

stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007 (anmeldelsesbekendtgørelsen).

Du vil stadig kunne indsende anmeldelser via blanket til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 4.

Lukningen af adgangen til at foretage registreringer via webreg er som udgangspunkt tidsubegrænset.

Hvis du på et tidspunkt kan godtgøre, at der ikke længere består en risiko for misbrug forbundet med advokatfirmaets benyttelse af webreg, vil en genåbning kunne finde sted.

Lukningen af adgangen til at foretage registreringer via webreg er dog gældende i ikke under to år regnet fra den 4. september 2009.

Hvis der efter udløbet af to-års fristen, indsendes ansøgning om genåbning, vil styrelsen foretage en helhedsvurdering, hvori der bl.a. vil indgå, de anmeldelser som er foretaget, samt det tidsrum, der er gået fra de lovstridige anmeldelser, der begrundet lukningen, har fundet sted.

Det vil være advokatfirmaet, der konkret skal begrunde, at der ikke er en risiko for, at I vil misbruge adgangen til at foretage registreringer via webreg.

...

Begrundelsen

Du har fremsendt en redegørelse samt klientkontoudtog, der begge bekræfter formodning for, at følgende selskaber er stiftet med rullende kapital:

- 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. ...
- M ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet L ApS)
- U ApS CVR-nr. ...
- N ApS CVR- nr. ... (tidligere kaldet O ApS)
- P ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet Q ApS)

Det er således styrelsens vurdering, at der er sket misbrug af adgangen til at foretage ændringer via styrelsens edb-registreringssystem (webreg).

Din redegørelse af 18. september 2009 indeholder efter styrelsens vurdering ikke nye oplysninger, der kan føre til et andet resultat.

...

Lukningen af din virksomheds adgang til at foretage registreringer via Webreg er begrundet i det misbrug, der allerede har fundet sted, og således ikke alene i risikoen for fremtidigt misbrug. Det er dog klart, at det forhold, at der allerede er sket misbrug, er en indikation for, at der også fremtidigt er risiko for misbrug.

Det er ikke afgørende for vurderingen af, om der foreligger misbrug, hvorvidt du har haft direkte forsæt til at foretage registreringer i strid med anpartsselskabsloven. Det er tilstrækkeligt, at du rent faktisk har foretaget registreringer i strid med anpartsselskabsloven, og at dette i det mindste kan tilregnes dig som værende uagtsomt, herunder din eventuelle ukendskab til kapitalkravet i anpartsselskabslovens § 1.

Spørgsmålet om, hvorvidt der har foreligget forsæt, herunder graden af forsættet, er efter styrelsens vurdering alene relevant i relation en evt. strafferetlig bedømmelse af forholdet.

Hvorvidt den rådgivning, du har fået fra din revisor, er korrekt eller ej, er sagen uvedkommende, idet det ikke er din revisor, men dig, der overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som anmelder indestår for, at det er korrekt, jf. § 5, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007.

...”

Advokat K klagede ved skrivelse af 23. marts 2010 over afgørelsen. Han henviste til sine tidligere fremsendte skrivelser af 8. september og 18. september 2009 og anmodede om mundtlig forhandling i sagen.

I skrivelsen af 8. september 2009 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har advokat K anført:

”...

Jeg bemærker indledningsvis, at de i sagen omhandlede selskabsstiftelser er blevet tilvejebragt efter forslag fra R ApS's revisor, S [revisionsaktieselskab], ..., 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 R 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 C ApS blev stiftet.

Herefter blev kapitalen den 27.04.2007 overført til j. nr. 53.903 til stiftelse af D 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 E 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 F 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 G 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 H 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 I 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 J 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 L ApS – nu M 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 U 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 O ApS – nu N 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 Q ApS – nu P 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.

...”

I skrivelsen af 18. september 2009 fra advokat K til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anføres det:

” ...

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 ... notat fra selskabernes revisor, statsaut. revisor B ...

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 S [revisionsaktieselskab] 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 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 lovteksten kan konstateres, at der skulle være tale om en overtrædelse.

...”

I den af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 26. april 2010 har styrelsen i øvrigt anført:

”Sagens retlige grundlag

Det fremgår af § 1, stk. 3 dagældende anpartsselskabslov (herefter kaldet anpartsselskabsloven), at et anpartsselskab skal have en anpartskapital (indskudskapital) på mindst 125.000 kr.

Det fremgår endvidere, af § 11, stk. 2 anpartsselskabslovens, at et selskab ikke kan registreres, medmindre anmeldelsen ledsages af dokumentation for den fulde indbetaling af anpartskapitalen med tillæg af en evt. overkurs.

I henhold til § 74 i anpartsselskabsloven har styrelsen ret til, for registreringer foretaget via Webreg, i indtil 5 år fra registreringstidspunktet, at stille krav om indsendelse af bevis for, at anmeldelsen eller registreringen er lovligt foretaget, evt. fastsætte en frist for berigtigelse af forhold, samt om fornødent foranledige selskabet opløst efter reglerne i anpartsselskabslovens § 60.

Af § 78, stk. 2 i anpartsselskabsloven fremgår det, at styrelsens afgørelse om at oversende et selskab til skifteretten, jf. §§ 74 og 60, stk. 1, ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed.

I henhold til § 5 i bekendtgørelse nr. 1525 af 13. december 2007 (anmeldelsesbekendtgørelsen), indestår anmelderen over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at anmeldelsen henholdsvis registreringen via Webreg er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumenter indsendt elektronisk sammen med anmeldelsen er gyldige. Styrelsen kan kræve, at der indsendes bevis for, at anmeldelsen henholdsvis registreringen via Webreg er lovligt foretaget, jf. § 2 i lov om fremgangsmåden ved anmeldelse m.v. af visse oplysninger hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, §§ 72 og 74 i anpartsselskabsloven.

Af § 49, stk. 2, i anmeldelsesbekendtgørelsen fremgår, at hvis styrelsen har begrundet formodning om, at der er sket eller vil ske misbrug af adgangen til registrering, indberetning eller offentliggørelse via Webreg, er styrelsen berettiget til med øjeblikkelig virkning at lukke brugerens adgang hertil.

Styrelsens vurdering

Det er styrelsens vurdering, at nedenstående selskaber er stiftet med rullende kapital, idet C ApS er stiftet af R ApS ved indskud af kr. 125.000 til kurs 100, af R ApS. Umiddelbart herefter stifter C ApS ved indskud af samme kr. 125.000 D ApS. D ApS stifter herefter E ApS ved indskud af kr. 125.000, osv. osv.

- C ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- D ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- E ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- F ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- G ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- H ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- I ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- J ApS under tvangsopløsning, CVR-nr.
- M ApS CVR-nr. ... (tidligere kaldet L ApS)

- U ApS under tvangsopløsning, CVR-nr. ...
- N ApS CVR- nr. ..., (tidligere kaldet O ApS)
- P ApS CVR-nr. ..., (tidligere kaldet Q ApS)

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der er tale om stiftelse af en kæde af selskaber på ét og samme kapitalgrundlag.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at kapitalindsuddet 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.

Advokatens redegørelse samt medsendte klientkontoudtog bekræfter styrelsens mistanke om, at selskaberne stiftes som en kæde af selskaber på et og samme kapitalgrundlag.

Styrelsen træffer derfor afgørelse om, at A's adgang til at foretage registreringer via Webreg skal forblive lukkede, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 49, stk. 2.

Begrundelsen herfor er følgende:

A er anmelder af stiftelserne, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, og indestår derfor overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at de registreringer, der foretages via Webreg, er lovlige.

Forudsætningen for, at styrelsen kan lukke en brugers adgang, er, at styrelsen har en begrundet formodning for, at der er sket misbrug af adgangen til Webreg eller vil ske misbrug af adgangen til Webreg, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 49, stk. 2.

Det er styrelsens opfattelse, at denne betingelse klart er opfyldt i det foreliggende tilfælde, hvor styrelsen har fået bekræftet sin formodning for, at en anmelder ved sine anmeldelser har overtrådt anpartsselskabslovens regler.

Styrelsen har i det konkrete tilfælde ikke alene en begrundet formodning for, at der er sket misbrug af adgangen til Webreg, styrelsen har fået bekræftet, at der forligger en hel serie af fuldbyrkede misbrug.

A har anført, at virksomheden ikke finder, at der er tale om misbrug, idet virksomheden ikke har haft til hensigt at overtræde anpartsselskabsloven.

Uanset om det er korrekt, at det ikke har været virksomhedens hensigt at overtræde loven, er det uden betydning for, om der foreligger misbrug eller ej. Det er tilstrækkeligt, at der rent faktisk er foretaget registreringer i strid med anpartsselskabsloven, og at dette i det mindste kan tilregnes anmelder som værende uagtsomt.

A anfører også, at virksomheden alene har handlet i henhold til den vejledning/instrukts, som virksomheden har fået fra en statsautoriseret revisor, hvorfor der ikke er risiko for fremtidig misbrug, idet virksomheden som udgangspunkt ikke kunne vide, at vejledningen/instruksen var fejlagtig.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ikke enig i denne opfattelse, idet lukningen af virksomhedens adgang til at foretage registreringer via Webreg er begrundet i det misbrug, der allerede har fundet sted, og det er således ikke alene risikoen for et fremtidigt misbrug, der har begrundet lukningen.

Herudover er det den person eller virksomhed, der optræder som anmelder overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der har ansvaret, for at de registreringer, der foretages via Webreg, er lovlige, idet det fremgår af § 5 i anmeldelsesbekendtgørelsen, at: *"Anmelderen indestår over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at anmeldelsen henholdsvis registreringen via Webreg er lovligt foretaget..."*

Det er således ikke rådgiveren, der har et ansvar overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, det er alene den, der optræder som anmelder, der har ansvaret for anmeldelsens lovlighed.

Endelig skal det anføres, at der i den konkrete sag er tale om et advokatfirma, dvs. en professionel aktør i relation til selskabslovgivningen. Man må således kunne forvente, at professionelle aktører kender anpartsselskabslovens regler, når de agerer som anmeldere overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

...

Afsluttende bemærkninger

Styrelsen skal bemærke, at afgørelsen ikke sætter nogen begrænsninger for A's muligheder for at optræde som anmelder. Virksomheden kan fortsat anmelde alle former for ændringer i selskaber og virksomheder, såvel på egne vegne som på vegne af tredjemand.

Det er alene muligheden for at benytte styrelsens selvregistreringssystem, som virksomheden er afskåret fra. Der kan således stadig ske anmeldelse via blanket direkte til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Styrelsen skal afslutningsvis understrege, at muligheden for at kunne lukke for brugers adgang til at foretage registreringer via Webreg, når der opstår begrundet formodning for, at selskabslovgivningen ikke overholdes, er af afgørende betydning for, at det overhovedet er muligt at have en it-løsning, der gør det muligt for virksomheder, advokater og andre serviceydere at foretage selvregistrering.

Hvis Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke havde mulighed for at gribe effektivt ind og sikre, at misbrug stoppes hurtigt og effektivt, vil det i praksis være umuligt for styrelsen at opretholde en kontrol med de registreringer, som foretages via Webreg.

Dette vil ikke være samfundsmæssigt acceptabelt og vil derfor være undergravende for den digitale selvregistrering.

...”

Advokat K er ved skrivelse af 8. juni 2010 fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Jeg henviser ... til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på ny i sin begrundelse alene henviser til, at stiftelserne ikke ”er i overensstemmelse med Anpartsselskabsloven samt intentionerne bag loven” uden at fremkomme med konkrete henvisninger til Anpartsselskabsloven eller dokumentation for intentionerne bag denne.

Det er således efter min opfattelse på et noget spinkelt grundlag, at styrelsen har truffet afgørelse om hhv. lukning af Webreg og tvangsopløsning af selskaberne.

Selskabsstyrelsen har tidligere redegjort for, at man accepterer stiftelsen af to underliggende selskaber, hvilket må betyde, at stiftelserne af C ApS og D ApS er stiftet på behørig vis, hvorfor det kan undre, at de øvrige selskaber ikke er stiftet i overensstemmelse med Anpartsselskabsloven samt intentionerne bag loven.

Under alle omstændigheder har forholdet ikke karakter af misbrug, men højst en fejl, hvis der overhovedet er tale herom, idet dette efter min opfattelse ikke er dokumenteret fra styrelsens side.

Vedrørende det forhold, at selskaberne er stiftet på S’ opfordring og anbefaling, er jeg naturligvis enig i, at ansvaret stadig er anmelderens, men forholdet understøtter i allerhøjeste grad mit anbringende om, at der ikke er tale om misbrug, men allerhøjst en undskyldelig fejl.

Jeg må tilstå, at jeg tvivler på, at forholdet ville have fået samme konsekvenser for et stort anerkendt advokatkontor, og jeg føler mig i den grad ”kørt over” af Styrelsen, som på baggrund af denne ene fejl har lukket ikke blot min, men hele kontorets Webregistrering permanent.

Afslutningsvis bemærkes, at det er korrekt, at jeg stadig har adgang til papirbaseret registrering hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men på grund af sagsbehandlingstiden herved, er det ødelæggende for mit kontor, at vi ikke kan foretage registrering dag til dag.

Jeg bemærker i den forbindelse, at kontoret har haft ordningen siden december måned 2002, uden at dette har givet anledning til problemer.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 13. august 2010 anført:

”...

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at denne sag kan sammenfattes ganske kort:

Hvis Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har formodning for, at en bruger har misbrugt sin adgang til Webreg eller vil misbruge sin adgang til Webreg, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mulighed for at lukke den pågældende brugers adgang til Webreg.

I den konkrete sag har styrelsen ikke alene formodning for, at adgangen til at foretage registreringer er blevet misbrugt. Styrelsen finder, at det er dokumenteret, at adgangen til Webreg er blevet misbrugt.

Der er tale om misbrug, fordi virksomheden har foretaget registreringer, hvorved den dagældende anpartsselskabslovs kapitalkrav i § 1, stk. 3, og i § 11, stk. 2, er blevet omgået. Dette er efter styrelsen opfattelse klart belyst ved advokat K's egen redegørelse for stiftelserne.

Om omgåelsen er sket med forsæt eller uagtsomhed hos anmelderen er uden betydning.

Idet advokat K ikke har kunnet dokumentere, at registreringerne af stiftelserne er foretaget i overensstemmelse med den dagældende anpartsselskabslov, særligt dennes § 1, stk. 3, og § 11, stk. 2, er betingelsen for, at styrelsen kan lukke for adgangen til at foretage registreringer via Webreg, opfyldt, jf. § 49, stk. 2, i den dagældende anmeldelsesbekendtgørelse.

...

For så vidt angår styrelsens henvisning til intentionerne bag anpartsselskabsloven, skal vi kort uddybe dette:

Lovgiver har givet mulighed for, at man kan oprette en juridisk person med begrænset hæftelse, f.eks. et anpartsselskab. Det særlige ved denne konstruktion er, at anpartshaveren begrænser sin hæftelse over for kreditorerne til sit indskud i selskabet. Det er altså deltageren/deltagerne, der har begrænset hæftelse, hvorimod selskabet hæfter med hele sin formue overfor kreditorerne.

Dette skal ses overfor det udgangspunkt, hvor man driver sin virksomhed i eget navn og for egen regning, en såkaldt enkeltmandsvirksomhed.

For at kunne få adgang til de fordele, som et anpartsselskab giver, herunder den begrænsede hæftelse for selskabsdeltagerne, har lovgiver besluttet, at det er nødvendigt at sikre, at der er en vis minimumskapital i et anpartsselskab. Dengang de pågældende selskaber blev stiftet, var den lovpligtige minimumskapital kr. 125.000,00.

Kravet om den lovpligtige minimumskapital fremgik som nævnt specifikt af den dagældende anpartsselskabslovs § 1, stk. 3.

Det er et krav for den begrænsede hæftelse, at anpartsselskabets selskabskapital og kapitalejerens økonomi er adskilt, derfor skal selskabskapitalen være udskilt fra stifterens/stifternes formue og **endeligt** og **reelt** indbetalt til selskabet under stiftelse, forinden stiftelsen anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Dette fremgår direkte af den dagældende anpartsselskabslovs § 11, stk. 2.

Hvis selskabskapitalen kun er tilført selskabet under stiftelse for **formelt** at opfylde det lovpligtige minimumskrav til kapital, og for at formå Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til at registrere stiftelsen af selskabet, er dette en omgåelse af anpartsselskabsloven og intentionerne bag loven.

Hvis man som i den konkrete sag, straks efter, at man har fået selskabet registreret, bruger hele kapitalen til at stifte et nyt selskab, som så bruger hele kapitalen til at stifte et nyt selskab osv., osv., omgår man lovgivers intentioner om, at der skal være en vis minimumskapital i et anpartsselskab, som kreditorerne kan søge sig fyldestgjort i.

For at der ikke skal herske tvivl om styrelsens synspunkt vedrørende stiftelser af to selskaber på samme kapitalgrundlag, skal styrelsen præcisere advokat K's gengivelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen accepterer, at man på grundlag af et og samme kapitalgrundlag kan stifte **ét** holdingselskab, og at dette holdingselskab, efter det har opnået retsevne, kan bruge sin selskabskapital til at stifte **ét (og kun ét)** driftselskab, forudsat at baggrunden herfor er ønsket om at etablere en reel holdingselskabskonstruktion, og formålet således ikke er at omgå kapitalkravet i lovgivningen.

Der er med denne model tale om en undtagelse til det udgangspunkt, som følger af den dagældende anpartsselskabslovs § 1, stk. 3, som er skitseret ovenfor.

Bruger man den samme kapital flere gange, eller skal moderselskabet foretage sig andet end blot at være holdingselskab for ét datterselskab, er der tale om en omgåelse af loven og intentionen bag loven.

Styrelsen kan derfor ikke tiltræde synspunktet om, at C ApS og D ApS skulle være stiftet på lovlig vis, idet man netop ikke kun stiftede ét holdingselskab og ét datterselskab, som skulle være driftselskab.

Man stiftede hele 12 selskaber på et og samme kapitalgrundlag.

Falder et selskab bort, f.eks. ved at det tvangsopløses, falder hele kapitalstrukturen i de overliggende selskaber til jorden, nøjagtig som et korthus falder til jorden, hvis man fjerner et kort.

Der er nemlig kun de samme kr. 125.000 til deling i de 12 pågældende selskaber, som A har registret stiftelsen af.

Regner man efter, er der maksimalt tale om et reelt kapitalindskud på kr. 10.416,67 ind i hvert selskab.

Og om der overhovedet ville være så meget for kreditorerne at komme efter, er yderst tvivlsomt, da C [og D, E, F, G, H, I, J, U, L og O] ApS alene ejede anparter i det underliggende selskab.

Der var heller ikke nogen penge i "det nederste datterselskab" Q ApS, for som det fremgår af balance i den første årsrapport for Q ApS (årsrapport 2007), så er kr. 128.476 lånt bort til tilknyttede virksomheder.

Selskaberne er dermed efter styrelsens opfattelse reelt alle tomme.

...

A har efter styrelsens opfattelse klart omgået den tidligere anpartsselskabslov og intentionerne, der ligger til grund for loven, som ovenfor anført.

At styrelsen har lukket adgangen til at foretage registreringer via Webreg for signaturer, der er udstedt til virksomheden, skyldes, at det er virksomheden, der optræder som anmelder, skønt det er en T, der er den fysiske person, som har foretaget registreringen på vegne af virksomheden.

Om det konkret er T, der ikke har kendt reglerne, er uden betydning, da det er ledelsen i virksomheden, der har ansvaret for, at de medarbejdere, der kan foretage registreringer på virksomhedens vegne, har den fornødne uddannelse og viden. Det skal bemærkes, at der i den konkrete sag ikke er noget, som tyder på, at T skulle have begået fejl.

Det er beklageligt at virksomhedens ledelse føler sig "kørt over" af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Hensynet til, at offentligheden generelt, og kreditorerne i særdeleshed, kan fæstne lid til de registreringer, der offentliggøres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens Edb-system, gør imidlertid, at styrelsen ikke kan acceptere, at anmeldere, der omgår loven, fortsat har adgang til at foretage registreringer uden forudgående mulighed for gennemgang.

Sager som denne, hvor selskaber er stiftet med rullende kapital, er særdeles alvorlige, idet det er nemt at registrere stiftelsen af et selskab via Webreg, særligt hvis man har adgang som advokat, der selv kan indestå for kapitalens indbetaling, via deres særlige adgang til Webreg.

Derudover er sager om rullende kapital alvorlige, fordi sådanne reelt tomme selskaber kan undergrave offentlighedens tillid til at kontrahere med virksomheder, der drives i selskabsform.

Styrelsen finder derfor, at afgørelsen om at lukke A's adgang til at foretage registreringer er proportional.

Afslutningsvis skal styrelsen understrege, at det forhold, at virksomheden har haft adgang til at foretage registreringer siden december 2002, ikke kan tages til indtægt for, at disse registreringer ikke er behæftede

med fejl, idet styrelsen alene foretager stikprøver af registreringer foretaget via Webreg.

...”

Advokat K har ved skrivelse af 6. september 2010 yderligere bemærket:

”... jeg skal alene til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 13. august 2010 bemærke, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis om at acceptere stiftelsen af ét og kun ét driftselskab intetsteds er eller var offentliggjort, således at jeg på tidspunktet for stiftelserne af de 12 selskaber kunne gøre mig bekendt hermed.

Derudover skal jeg fastholde, at det netop af min beskrivelse af de enkelte stiftelser fremgår, at kapitalgrundlaget er til stede, idet kapitalen reelt er indbetalt, nemlig ved brug af det i hvert tilfælde værende kapitalindskud kr. 125.000,00 for det stiftende selskab.

Jeg er enig i, at der alene til stiftelsen af de 12 selskaber er anvendt kr. 125.000,00, idet kr. 125.000,00 i hvert enkelt tilfælde er videreført til det nye selskab.

Jeg fastholder i den forbindelse, at der ikke er tale om misbrug, og at det passerede under ingen omstændigheder bør kunne føre til, at lukningen for Webreg opretholdes.”

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

Baseret på redegørelserne i klagers skrivelser af 8. og 18. september 2009 finder ankenævnet, at der ikke er en sådan begrundet formodning om, at der er sket eller vil ske misbrug af adgangen til registrering, indberetning eller offentliggørelse via webreg.dk, at der er grundlag for træffe beslutning om permanent lukning af adgang til at foretage registreringer via webreg.dk for alle medarbejdersignaturer, der er udstedt til A.

Ankenævnet lægger herved, udover klagerens forklaringer i de nævnte skrivelser, vægt på, at forbuddet mod ”kædere registrering” beror på fortolkning af loven.

Endvidere lægger ankenævnet vægt på, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ifølge skrivelse af 23. februar 2010 til klageren ved afgørelser om anmodning om åbning efter en lukning af registreringsadgang foretager ”en helhedsvurdering, hvori

der bl.a. vil indgå, de anmeldelser, som er foretaget, samt det tidsrum, der er gået fra de lovstridige anmeldelser, der begrundet lukningen, har fundet sted”, og at der efter det foreliggende ikke har været andre problemer i relation til klagerens registreringer via webreg.dk i perioden fra april/maj 2007 til 23. februar 2010.

Ankenævnet ophæver derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 23. februar 2010.

17) Kendelse af 17. juni 2011 (J.nr. 2011-0023061).

Krav om berigtigelse af vedtægtsbestemmelser tiltrådt.

Selskabslovens § 28.

(Carsten Møllekilde, Piya Mukherjee og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. november 2010 har advokat A på vegne af K1 ApS, K2 ApS og K3 ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 29. oktober 2010 meddelte selskaberne, at deres vedtægtsbestemmelser vedrørende revision skal berigtiges, inden anmeldelserne kan registreres.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010 hedder det:

”I forbindelse med gennemførelsen af ophørsspaltningen af B ApS, CVR-NR. ... til 3 nye selskaber, hvori revisionspligten er fravalgt, har I i disse selskabers vedtægters § 12 indsat følgende bestemmelse:

”Hvis der er revisionspligt, eller generalforsamlingen har vedtaget og bestemt at sådan er obligatorisk for et eller flere år, foretages revisionen af en registreret eller statsautoriseret revisor, valgt for 1 år ad gangen.”

Når et selskab har fravalgt revisionen, må det ikke af vedtægterne fremgå, at selskabets årsrapport revideres.

Et selskab, der gør brug af lempelsen af revisionspligten, kan godt skrive noget om revisor i vedtægterne. Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at det er et grundlæggende krav, at vedtægterne er klare. En tredjemand må ved at læse vedtægterne ikke være i tvivl om, hvad der gælder for selskabet.

Hvis tredjemand læser den bestemmelse der er indsat i vedtægternes § 12, vil det ikke være muligt for vedkommende at afgøre, om selskabet har fravalgt revisionen eller ej.

Bestemmelsen skal derfor efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse udgå, før anmeldelsen af spaltningens gennemførelse kan registreres. Det samme gælder bestemmelsen i vedtægternes § 7, hvoraf det fremgår, at revisor skal vælges af generalforsamlingen.

Berigtigelse af ovennævnte forhold skal være styrelsen i hænde senest den 14. november 2010. I modsat fald vil anmeldelserne uden yderligere varsel blive registreringsnægtet.

...”

I klageskrivelse af 3. november 2010 har advokat A anført:

”Idet jeg vedlægger kopi af

1. skrivelse af 29.10.2010 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen her til, indeholdende bestemmelse om vedtægternes § 12 og § 7
2. min skrivelse af 1.10.2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
3. vedtægterne, som disse er anmeldt, dateret 24.08.2010
4. udskrift af forhandlingsprotokollen af 24.08.2010,

skal jeg herved med hjemmel i Selskabslovens § 371 påklage afgørelsen, idet jeg påstår vedtægterne antaget til registrering i den foreliggende udformning, subsidiært, at der i § 7, pkt. 6 tilføjes ”Evt.” før ”Valg af revisor”.

Jeg skal til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 29.10.2010 anføre følgende:

- Der er ikke sket fravalg af revisionspligt. Tværtimod er der valgt revisor
- Det fremgår ikke nogetsteds af vedtægterne, at selskabets årsrapport skal revideres
- Det, der fremgår af vedtægterne, er alene en gengivelse af selskabslovens bestemmelser, jfr. Selskabslovens § 144 stk. 1.
- Selskabslovens § 10 stiller ikke krav om, at anvendelse af revisor skal fremgå af vedtægterne, men alene om, at en evt. valgt revisor skal være anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.
- Da en valgt revisor skal anmeldes til og registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og påtegne selskabets årsregnskab m.m., er det unødvendigt, at der i vedtægterne findes oplysning om revisor.
- Det er jo muligt for enhver, der måtte være interesseret i at vide, om der er valgt revisor fra eller til, at rekvirere udskrifter omkring de forhold, der måtte være registreret vedr. selskabet, ligesom man jo af regnskaberne kan se, om der er sket påtegning af regnskabet af revisor, og om der er sket fravalg af revisor

- Hvis vedtægterne intet indeholdt om revisorregler, kunne det jo heller ikke umiddelbart deraf udledes, at der er valgt eller ikke valgt revisor.
- Det er et faktum, at fravalg af revisor alene kan ske på en ordinær generalforsamling, hvorimod tilvalg også kan ske på en ekstraordinær generalforsamling.
- Det er ligeledes et faktum, at selskaberne alene kan have en revisor registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis der er valgt revision.

Det vil derfor altid ene og alene kunne afgøres, om der er revision eller ej, ved at tjekke de faktiske herom anmeldte forhold.

Der er derfor intet, der taler for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse og afgørelse, der derfor bør tilsidesættes og registrering ske.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 15. december 2010 udtalt:

” ...

Udtalelse

Advokat A anmodede styrelsen om, at ... K1 ApS, K2 ApS og K3 ApS blev registreret i styrelsens it-system. Styrelsen bad om berigtigelse af vedtægterne. Med brev af 11. november 2010 fremsendte advokat A 3 sæt tilrettede vedtægter for selskaberne, hvorefter styrelsen registrerede selskaberne.

Da advokat A har indsendt tilrettede vedtægter, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret alle 3 selskaber, mener styrelsen primært, at sagen ikke har praktisk betydning længere og derfor bør hæves. I fald sagen ikke hæves, fastholder styrelsen sin afgørelse.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 26. august 2010 3 blanketter om registrering af de 3 selskaber i styrelsens it-system ... Alle 3 selskaber er nye selskaber, der er oprettet som led i en ophørsspaltning.

Som bilag til hver anmeldelse havde advokat A medsendt et sæt vedtægter for hvert selskab, som hver især indeholdt følgende bestemmelser om dagsorden for den ordinære generalforsamling og evt. revision ...:

”§ 7 (...) Dagsorden for den ordinære generalforsamling, der afholdes på dansk, skal omfatte: (...)

3. Fremlæggelse af årsrapport med revisionsberetning og den centrale ledelses beretning m.m. til godkendelse

(...)

6. Valg af revisor(er)”

og

”§ 12 Hvis der er revisionspligt, eller generalforsamlingen har vedtaget og bestemt at sådan er obligatorisk for et eller flere år, foretages revisionen af en registreret eller statsautoriseret revisor, valgt for 1 år ad gangen.”

Styrelsen sendte den 29. oktober 2010 et brev til advokat A, hvori styrelsen redegjorde for problemstillingen og satte en 2 ugers frist for berigtigelse af forholdene ... Dette er den for ankenævnet indbragte afgørelse

...

...

Den 11. november 2010 modtog styrelsen et brev fra advokat A, hvorved der var fremsendt 3 sæt nye vedtægter ... Bestemmelsen om en mulig revision og valg af revisor(er) var udgået.

Herefter registrerede styrelsen de 3 selskaber i styrelsens it-system den 12. november 2010 ... Generalforsamlingerne i alle 3 selskaber har valgt en revisor, som er registreret i styrelsens it-system.

Sagens retlige omstændigheder

1. Da advokat A har indsendt tilrettede vedtægter og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har registreret alle 3 selskaber ..., mener styrelsen, at sagen ikke har praktisk betydning længere og bør derfor hæves.

2. Formålet med et selskabs vedtægter er, at det er muligt for enhver interesseret at skaffe sig kendskab til de væsentlige forhold omkring det pågældende selskab. Derfor er det afgørende, at vedtægterne er klare og utvetydigt formuleret. Læseren må ikke være i tvivl om, hvad der gælder for selskabet på de i en vedtægt omhandlede punkter. Dette fremgår ligeledes af lovbemærkningerne til selskabslovens § 144:

”Det er som hidtil et krav, at et selskabs vedtægt skal være tilstrækkeligt klar for tredjemand.”

Alle 3 sæt vedtægter for ovennævnte selskaber indeholdt følgende bestemmelse:

”§ 12 Hvis der er revisionspligt, eller generalforsamlingen har vedtaget og bestemt at sådan er obligatorisk for et eller flere år, foretages revisionen af en registreret eller statsautoriseret revisor, valgt for 1 år ad gangen.”

Bestemmelsen er en gengivelse af § 144 i selskabsloven og har således karakter af en lovbestemmelse, som fastsætter de forskellige muligheder, det enkelte selskab har.

Bestemmelsen fastslår ikke, at der er revisionspligt for selskabet, men heller ikke, at der ikke er revisionspligt for selskabet. Det fremgår heller ikke af bestemmelsen, om generalforsamlingen har tilvalgt eller fravalgt revision.

Bestemmelsen indeholder en betingelse, således at bestemmelsen alene beskriver, hvad der skal gælde, ”hvis” der foreligger et af to alternative

forhold: enten ”hvis” der foreligger revisionspligt, eller ”hvis” der foreligger en given generalforsamlingsbeslutning. Men bestemmelsen fastslår ikke, om de omtalte forhold rent faktisk foreligger for det pågældende selskab.

Ved at læse § 12 i vedtægterne kan en interesseret dermed ikke afgøre, om selskabet skal have registreret en revisor eller ej, jf. selskabslovens § 10. Bestemmelsen er dermed uklar.

Bestemmelsens ordlyd kan, især i sammenhæng med den oprindelig anmeldte § 7, nr. 3 og 6, om fremlæggelse af årsrapport med revisionsberetning og om valg af revisor(er) på den ordinære generalforsamling, skabe tvivl om hvorvidt selskabets årsrapport revideres eller ej.

Når et selskab har valgt at oplyse i vedtægternes § 7, nr. 3, at der skal være et fast punkt på selskabets ordinære generalformsaling om ”fremlæggelse af årsrapport med revisionsberetning” og dermed har valgt, at selskabets årsrapporter skal revideres, må der ikke skabes tvivl herom i andre bestemmelser i vedtægterne.

Og omvendt, hvis selskabet på et tidspunkt fravælger revision, må det ikke af vedtægterne fremgå, at selskabets årsrapport revideres, jf. vedtægternes § 7, nr. 3 og 6.

Således fremgår følgende af bemærkningerne til selskabslovens § 144:

”Hvis der indgår oplysninger om revision og valg af revisor i et selskabs vedtægter, må tredjemand ikke ved at læse vedtægterne være i tvivl om selskabets årsregnskab revideres eller ej.”

Det er ikke længere et krav, at anvendelse af revision skal fremgå af vedtægterne, jf. selskabslovens § 28. Men vælger et selskab at oplyse om anvendelse af revision i vedtægterne, skal bestemmelsen – ligesom alle andre bestemmelser i en vedtægt - utvetydigt oplyse om det, der gælder for det pågældende selskab. En lovbestemmelse har derimod et andet formål end en vedtægtsbestemmelse. En lovbestemmelse beskriver ikke, hvad der skal gælde i et konkret selskab i en konkret situation. En lovbestemmelse som selskabslovens § 144, stk. 1, er dermed ikke egnet til at blive brugt som vedtægtsbestemmelse. Den nødvendige klarhed i et selskabs vedtægter er ikke opnået, hvis et omtalt forhold kræver, at en interesseret skal slå op et andet sted, f.eks. i et register, for at finde ud af, hvad der gælder for det pågældende selskab. Derfor kan der ikke henvises til selskabernes faktiske registrering, som fremgår af det centrale virksomhedsregister (CVR), omkring revision. Bestemmelsen i vedtægterne skal være klar i sig selv eller udgå.

Bestemmelsen opfylder derfor ikke kravet om at beskrive, hvad der gælder for det enkelte selskab, med den fornødne klarhed og utvetydighed, hvorfor vedtægterne skulle tilrettes. Dette er sket ved, at vedtægternes § 12 er slettet ..., hvorefter styrelsen har registreret de 3 selskaber ...

Selv om der vil blive tilføjet et ”evt.” i § 7, nr. 6, i hver vedtægt forbliver en vedtægtsbestemmelse som § 12 uklar af de ovennævnte grunde.

3. Afgørelsen af 29. oktober 2010 fastholdes ikke med hensyn til bestemmelsen i § 7, nr. 6, i vedtægterne. Sammenholdt med bestemmelsen i § 7, nr. 3, skaber bestemmelsen ikke tvivl om, hvad der skal gælde for selskabet. Det fremgår af begge bestemmelser, at selskabet anvender revision.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Primært mener styrelsen, at sagen ikke har praktisk relevans længere, da de 3 omhandlede selskaber er registreret. Sagen bør derfor hæves.

I fald sagen ikke hæves, mener styrelsen, at den anmeldte bestemmelse i vedtægternes § 12 om mulig revision opfyldte ikke kravet om klarhed og utvetydighed for bestemmelser i vedtægter. Afgørelsen af 29. oktober 2010 fastholdes derfor med hensyn til bestemmelsen i § 12 i vedtægterne.

Afgørelsen af 29. oktober 2010 fastholdes ikke med hensyn til bestemmelsen i § 7, nr. 6, i vedtægterne.

...”

I skrivelse af 5. januar 2011 har advokat A yderligere anført:

”... jeg [skal] meddele:

1. at jeg ønsker videreførelse af ankesagen, idet klientens vedtægter ønskes tilbageført til den oprindelige formulering efter afgørelsen. Den skete ændring er alene foretaget, grundet klagesagens mangel på opsættende virkning og for at få registreringen gennemført. Spørgsmålet har tillige principiel betydning
2. at jeg til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 15.12.2010 har følgende bemærkninger:
 - De i min klageskrivelse anførte bemærkninger opretholdes
 - Forinden tilretningen af vedtægterne i overensstemmelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens krav, foregik der telefoniske samtaler, samt den fremlagte korrespondance. For en registrering var det under disse omstændigheder af nødvendighed, at vedtægterne midlertidigt blev tilrettet, hvorfor klagesagen ikke hæves, men kræves afgjort, dels af hensyn til den konkrete sag med efterfølgende ændringer, dels af principmæssige grunde.
 - Det er noget sludder, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anfører i bemærkningerne på side 2 for neden i pkt. 2, når der henses til, at en helt manglende bestemmelse om revision i vedtægterne kan tillades, da argumentationen med, at en læser af vedtægterne skal kunne se, om der er revisionspligt eller ej, da ikke holder. I begge situationer er det nødvendigt at undersøge, om der er anmeldt revisor eller ej, og om regnskabet er eller ikke er revideret.
 - Der bør ikke være noget til hinder for, at man i vedtægter, vedtaget på et tidspunkt, hvor der er bestemt valg af revision, anfører ret til at

fravælge dette, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Dette var jo også almindeligt anvendt førend den nye selskabslov blev vedtaget og ikrafttrådt, og uden at dette krævede en ændring af vedtægterne til, at der ikke mere eller p.t. var vedtaget revisionspligt.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 12. januar 2011 bemærket:

” ...

De 3 selskabers vedtægter er i deres offentliggjorte form, dvs. uden den omstridte § 12, ikke uklare ...

Det fremgår for tredjemand af vedtægternes § 7, nr. 3, om fremlæggelse af årsrapport med revisionsberetning på den ordinære generalforsamling, at selskabets årsrapport revideres, og der skabes ikke tvivl herom i andre vedtægtsbestemmelser.

Som anført, er det ikke længere et krav, at anvendelse af revision skal fremgå af vedtægterne. Spørgsmålet er derfor ikke om vedtægterne skal oplyse om selskabets revisionspligt eller ej.

Men *vælger* et selskab at oplyse om anvendelse af revision i vedtægterne, skal bestemmelsen – ligesom alle andre bestemmelser i en vedtægt - utvetydigt oplyse om det, der gælder for det pågældende selskab. Vedtægter skal ikke oplyse om de forskellige valgmuligheder et selskab har.
...”

Advokat A har ved skrivelse af 21. januar 2011 meddelt, at klager ikke har yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Klagerens advokat har under sagens behandling for Erhvervsankenævnet oplyst, at det alene var for at få ophørsspaltningen af B ApS gennemført, at K1 ApS, K2 ApS og K3 ApS tilrettede vedtægterne i overensstemmelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010, og at vedtægterne efter ankenævnets afgørelse ønskes tilbageført til den oprindelige formulering. Ankenævnet realitetsbehandler på denne baggrund klagen.

I de oprindelig anmeldte vedtægter for K1 ApS, K2 ApS og K3 ApS har selskerne i § 7, nr. 3 og nr. 6, indsat følgende bestemmelse:

”§ 7 (...) Dagsorden for den ordinære generalforsamling, der afholdes på dansk, skal omfatte: (...)

3. Fremlæggelse af årsrapport med revisionsberetning og den centrale ledelses beretning m.m. til godkendelse (...)
6. Valg af revisor(er)”

I § 12 i vedtægterne følgende fastsat:

”§ 12 Hvis der er revisionspligt, eller generalforsamlingen har vedtaget og bestemt at sådan er obligatorisk for et eller flere år, foretages revisionen af en registreret eller statsautoriseret revisor, valgt for 1 år ad gangen.”

Det er ikke et krav, at anvendelse af revision skal fremgå af vedtægterne, jf. selskabslovens § 28, modsætningsvis. Vælger et selskab at oplyse om anvendelse af revision i vedtægterne skal bestemmelsen imidlertid klart og utvetydigt angive, hvad der gælder for det pågældende selskab, jf. således bemærkningerne til lovforslaget til selskabslovens 144 (lovforslag L 170 2008/2009):

” ...

Det er som hidtil et krav, at et selskabs vedtægt skal være tilstrækkeligt klar for tredjemand.

...

Hvis der indgår oplysninger om revision og valg af revisor i et selskabs vedtægter, må tredjemand ikke ved at læse vedtægterne være i tvivl, om selskabets årsregnskab revideres eller ej

...”

En naturlig sproglig forståelse af vedtægternes § 7, nr. 3 og 6, må efter ankenævnets opfattelse forstås således, at selskaberne anvender revision.

Vedtægternes § 12 om mulig revision opfylder allerede af den grund ikke kravet om klarhed og utvetydighed for bestemmelser i vedtægterne.

Ankenævnet tiltræder herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010 som ændret ved styrelsens skrivelse af 15. december 2010.

18) Kendelse af 17. november 2011 (J.nr. 2011-0024527).

Foretaget Webreg registrering nægtet ophævet.

Selskabsloven § 20 og § 76, stk. 2.

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

Ved skrivelse af 15. april 2011 har advokat A på vegne af B klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. marts 2011, hvorved styrelsen har nægtet at ophæve en den 11. august 2010 foretagen webreg registrering i K A/S.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 14. juni 2011 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Den 11. august 2010 blev der afholdt generalforsamling i K A/S, CVR-NR. ..., hvor der ifølge generalforsamlingsreferatet blev besluttet at ændre selskabets ledelse. Den hidtidige ledelse fratrådte i sin helhed og en ny tiltrådte.

I brev af 2. september 2010 ... anmodede advokat A Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at ophæve den registrering som advokat C havde foretaget den 11. august 2010 af ny ledelse i selskabet, idet generalforsamlingen efter advokat A's opfattelse var afholdt under tilsidesættelse af fundamentale retsregler og tilsidesættelse af væsentlige bestemmelser i aktieselskabslovgivningen og anmeldelsesbekendtgørelsen.

Mere konkret anførte han i brevet, at generalforsamlingen er afholdt uden indkaldelse overhovedet, idet eneanpartshaveren ikke var indkaldt eller orienteret om generalforsamlingens afholdelse.

Med brev af 6. september 2010 ... anmodede styrelsen advokat C om en udtalelse under henvisning til brevet af 2. september fra adv. A. Advokat C svarede med brev af 13. september 2010 ... og redegjorde for baggrunden for den skete registrering.

Det fremgår af redegørelsen, at advokat C repræsenterede D [pengeinstitut], der havde et større tilgodehavende hos såvel K A/S som hos ejeren af aktierne i selskabet E ApS. Til sikkerhed for disse tilgodehavender har E ApS [holdingselskab] pantsat den samlede aktiekapital i A A/S til banken.

Advokat C fremsendte til styrelsen ... kopi af pantsætningserklæring af 13. januar 2010 og ... den orientering om pantsætningen, som banken sendte til K A/S.

Det fremgår af pantsætningserklæringen, at pantsætningen omfatter stemmeretten, og at pantsætter skal gives skriftlig meddelelse, hvis banken ønsker at udnytte stemmeretten.

Meddelelse herom blev givet ved bankens brev til pantsætter af 31. marts 2010, hvorfor banken har den fulde stemmeret på samtlige aktier i K A/S ...

I henhold til denne stemmeret blev ekstraordinær generalforsamling den 11. august 2010 afholdt ... hvor panthaver, banken, var repræsenteret og tiltrådte generalforsamlingens afholdelse.

På dette grundlag er det advokat C opfattelse, at generalforsamlingen er gennemført på fuldt lovligt grundlag og dermed er lovlig og gyldig, og at den foretagne webregistrering ligeledes er lovlig.

Styrelsen svarede den 10. september 2010 ... advokat A med kopi til advokat C.

Det fremgår af styrelsens svar, at styrelsen efter at have set advokat C's vurdering af sagen, måtte konkludere, at hvis nogen mener, at en registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletningen af registreringen under domstolene, jf. selskabsloven § 20 og at det derfor lå uden for styrelsens kompetence at foretage sletningen, ligesom styrelsen i øvrigt ikke agtede at foretage sig yderligere i sagen.

I brev af 13. januar 2011 ... uddybede advokat A sin klage af 2. september 2010.

Han skrev, at der på generalforsamling 11. august 2010, hvor hele ledelsen i K A/S blev udskiftet, blev truffet indgribende beslutninger. Alligevel blev beslutningerne truffet på en skrivebordsgeneralforsamling på advokat C's kontor. Dette kunne kun lovligt ske, hvis ejerne af K A/S var enige heri, jf. selskabsloven § 76, stk. 2, hvor der står:

”Kapitalejernes beslutninger på generalforsamlingen kan konkret træffes under fravigelse af lovens regler om form og frist. Beslutningen herom skal træffes enstemmigt, og reglerne herom skal optages i vedtægterne”.

K A/S's ejer har efter advokat A's opfattelse ikke givet samtykke til afholdelse af generalforsamlingen. K A/S's ejer var slet ikke bekendt med, at der blev afholdt generalforsamling i K A/S. Samtlige regler om indkaldelse til generalforsamling, dagsorden, indkaldelsesvarsel m.v. er således efter advokat A's opfattelse blevet overtrådt i forhold til K A/S's ejer og B.

Reglen i selskabsloven § 78, hvorefter enhver kapitalejer har ret til at møde på generalforsamlingen og tage ordet der, er endvidere efter advokatens opfattelse overtrådt, således at B, som direktør ikke har kunnet ytre sig i forhold til de særdeles væsentlige beslutninger de blev truffet på generalforsamlingen.

Med brev af 24. januar 2011 ... anmodede styrelse på ny advokat C om en udtalelse.

Advokat C svarede med brev af 1. februar 2011 ...

Han anførte, at panthaver, D [pengeinstitut], har pant i samtlige aktier i K A/S. Det fremgår af pantsætningsaftalen pkt. 4, at banken kan udøve **alle** (styrelsens fremhævelse) pantsætters rettigheder over det pantsatte og herunder udøve stemmeret på de håndpantsatte aktier.

Dette udlægger advokat C sådan, at den samlede aktiekapital også kunne fravige vedtægternes form- og fristkrav, hvilket han mener er helt i overensstemmelse med selskabsloven § 76, stk. 2. Det er derfor efter hans opfattelse helt lovligt hvad der blev besluttet på generalforsamlingen den 11. august 2011.

Advokat A svarer i sit brev af 8. februar 2011, ... at bestemmelsen i pantsætningsaftalens pkt. 4, vedrører det pantsatte, det vil sige de pantsatte aktier, og derfor specielt drejer sig om udøvelsen af stemmeretten.

Punkt 4 har efter advokat A's opfattelse ingen betydning i henhold til selskabslovens regler herunder om indkaldelse, varsel og om at få tilsendt dagsorden, så aktionæren har mulighed for at møde op på generalforsamlingen og ytre sig.

På dette grundlag konkluderede styrelsen i breve af 28. februar ... og 28. marts 2011 ..., at der efter styrelsens opfattelse ikke var grund til antage, at advokat C havde misbrugt sin adgang til webreg-systemet og at spørgsmålet om udslettelsen af den skete registrering henhørte under domstolene og at styrelsen således ikke ville foretage sig yderligere i sagen.

I brev af 8. april 2011 til kontorchef F... gentog adv. A sin klage over styrelsens afgørelse og ønskede, at styrelsen genoptog sagen.

I brev af 24. maj 2011 ... forklarede styrelsen endnu engang sin afgørelse og fastholdt at klager måtte lægge sag an ved domstolene, hvis der ønskedes en anden.

Sagens retlige omstændigheder

Selskabslovens § 20 lyder således:

”Mener nogen bortset fra i tilfælde, der omfattes af § 109, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletning af registreringen under domstolene.

Stk. 2. Sag herom skal være anlagt mod selskabet senest 6 måneder efter registreringens offentliggørelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system. Retten sender Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udskrift af dom-

men, hvorefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentliggør oplysning om sagens udfald i styrelsens it-system.”

Det er styrelsens opfattelse, at en sket registrering, herunder også en registrering, der er foretaget i styrelsens selvregistreringssystem webreg, er omfattet af denne bestemmelse. Er nogen derfor af den opfattelse, at en registrering er dem til skade, henhører spørgsmålet om en evt. sletning af registreringen efter selskabsloven § 20, under domstolene.

Det er ligeledes styrelsens opfattelse, at det ligger uden for styrelsens kompetence at tage stilling til den uenighed, der er mellem parterne, om hvorvidt registreringen er sket på lovligt grundlag.

Da styrelsen ikke er en domstol og derfor ikke har mulighed for at indhente de beviser som en domstol kan, f.eks. ved vidneafhøring under ansvar, er det ikke muligt at tage stilling til rigtigheden af parternes argumenter, spørgsmålet må derfor efter styrelsens opfattelse afgøres ved domstolene.

Det er også styrelsens opfattelse, at det ikke kan afvises, at pantsætningen af samtlige aktier som giver panthaver ret til at indtræde i alle pantsætters rettigheder også omfatter retten til at fravige vedtægternes form- og fristkrav.

Styrelsen vil derfor ikke påtale beslutningens lovlighed overfor advokat C.
...”

I nævnte skrivelse af 2. september 2010 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har advokat A anført:

” ...

Jeg skal herved som advokat for B anmode Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at ophæve den af advokat C foretagne webreg-registrering af ny ledelse i selskabet K A/S, CVR.nr. ..., i henhold til generalforsamling afholdt den 11. august i år.

Jeg vedlægger kopi af protokollat vedrørende den afholdte generalforsamling.

K A/S ejes 100% af E ApS, CVR.nr. ..., og holdingselskabet ejes 100% af B.

Ved generalforsamlingsbeslutningen den 11. august 2010 blev der foretaget udskiftning af ledelsen, hvorved den samlede bestyrelse, herunder B, blev udskiftet med en ny bestyrelse med advokat C som formand. Samtidig udpegede den nye bestyrelse en ny direktør i stedet for B.

Generalforsamlingen er afholdt under tilsidesættelse af fundamentale retsregler og tilsidesættelse af væsentlige bestemmelser i aktieselskabslovgivningen og anmeldelses-bekendtgørelsen.

Generalforsamlingen er således afholdt uden indkaldelse overhovedet. Ejeren af samtlige aktier i K A/S, E ApS, var således ikke indkaldt eller orienteret om generalforsamlingens afholdelse. Ledelsen i E ApS består af direktør B, som ikke var indkaldt eller orienteret om generalforsamlingens afholdelse.

Indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling skal foretages af selskabets bestyrelse med angivelse af dagsorden med lovligt varsel, og generalforsamlingen skal afholdes i ... kommune.

Der er overtrådt så fundamentale regler, at generalforsamlingsbeslutningerne ikke kun er ugyldige, men en nullitet.

Der er tale om en **ulovlig** webreg-registrering.

Jeg skal anmode om, at der straks sker berigtigelse, således at registreringen af beslutningerne den 11. august 2010 **øjeblikkeligt ophæves**.

...”

I nævnte skrivelse af 13. januar 2011 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har advokat A anført:

” ...

I henhold til aftale skal jeg herved som advokat for B uddybe min klients indberetning til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 2. september 2010 vedrørende den ulovligt afholdte generalforsamling i K A/S den 11. august 2010.

Ved generalforsamlingen den 11. august 2010 blev der truffet beslutning, hvorefter den samlede bestyrelse i K A/S, herunder B, blev udskiftet med en ny bestyrelse med advokat C som formand. Endvidere udpegede den nye bestyrelse en ny direktør i stedet for B.

Der er således tale om en generalforsamling, hvor der skulle **træffes indgribende beslutninger**.

Generalforsamlingen blev afholdt som en **skrivebordsgeneralforsamling** på advokat C's kontor. Dette kan kun lovligt ske, såfremt K A/S's ejere er enige herom, jfr. **selskabslovens § 76 stk. 2**.

K A/S **ejes 100% af E ApS**, som ejes 100% af B. B er direktør i E ApS.

K A/S's ejer, E ApS, har **ikke givet samtykke** til afholdelse af generalforsamlingen uden overholdelse af selskabslovens og vedtægternes regler om form og frist. E ApS og B var slet ikke bekendt med, at der blev afholdt generalforsamling i K A/S. **Samtlige regler om indkaldelse til**

generalforsamling, dagsorden, indkaldelsesvarsel m.v. er således overtrådt i forhold til K A/S' ejer, E ApS og B.

Reglen i **selskabslovens § 78**, hvorefter enhver kapitalejer har **ret til at møde** på generalforsamlingen og tage ordet der, er endvidere overtrådt, således at B som direktør i E ApS ikke har kunnet ytre sig i forhold til de for E ApS og B særdeles væsentlige beslutninger, der blev truffet på generalforsamlingen.

Konklusionen er derfor,

- at det ikke har været lovligt at afholde den skete skrivebordsgeneralforsamling,
- at samtlige indkaldelsesregler i forhold til K A/S's ejer, E ApS, er overtrådt.

Hertil kommer, at den ulovlige generalforsamling er afholdt i G-by i strid med vedtægternes bestemmelse om, at generalforsamlinger skal afholdes i H [anden kommune].

Som følge af, at ovennævnte regler ikke er overholdt i forhold til E ApS er den skete registrering ikke lovligt foretaget.
...”

I skrivelsen af 8. april 2011 fra advokat A til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er det anført:

” ...

Jeg har modtaget skrivelse af 28. marts i år vedrørende den indgivne klage i ovennævnte sag.

I skrivelsen anføres det, at det fremgår af sagen, at ”... og konkret træffe afgørelse under fravigelse af lovens regler om form- og fristkrav, jfr. selskabslovens § 76 stk. 2.”

Jeg er målløs. Dette fremgår ikke af sagen.

Herefter konkluderes det, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har mulighed for at foretage sig noget i sagen.

Da denne afgørelse bygger på en urigtig præmis, og da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har forholdt sig til indholdet af mine skrivelser af henholdsvis 13. januar og 8. februar d.å., skal jeg anmode om at Styrelsen genoptager sagen og foretager en realitetsbehandling.

Det fremgår helt tydeligt af Styrelsens skrivelse af 28. marts, at Styrelsen ikke har sat sig ind i sagen og truffet en seriøs afgørelse. Det er forstemmende, at Styrelsen ikke kender reglerne i selskabsloven, ikke ulej-

liger sig med at sætte sig ind i reglerne og tilsyneladende er ligeglad med om reglerne overholdes, selvom det konkret påpeges overfor Styrelsen.

Det fremgår af selskabslovens § 76 stk. 2, at fravigelse af lovens og vedtægternes form- og fristkrav kun kan fraviges, når ejerne konkret er enige herom. Ejeren af aktierne i K A/S er E ApS, hvis direktør er B.

Ejeren har ikke givet tilladelse til afholdelse af denne ”skrivebordsgeneralforsamling”, og ejeren havde intet kendskab til afholdelsen af generalforsamlingen.

Det siger sig selv, at der skal være sikkerhed for, at kapitalejeren har kendskab til, at der bliver holdt generalforsamling, hvilken dagsorden der foreligger og mulighed for at møde og ytre sig.

Det er dette selskabslovens § 76 stk. 2 sikrer.

Det må være Erhvervs- og Selskabsstyrelsens forpligtelse at gribe ind, hvis sådanne fundamentale retssikkerhedsregler ikke overholdes.

...”

I indlæg af 7. juli 2011 har advokat A yderligere anført:

” ...

Jeg skal på min klients vegne fastholde de synspunkter, der er fremført overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i mine skrivelser, der er fremlagt som bilag i sagen.

Selskabslovens § 20 vedrører en situation, hvor en person mener, at generalforsamlingen har truffet en beslutning, der er den pågældende til skade.

Situationen i denne sag er, at den afholdte generalforsamling er en nullitet. Der er således ikke truffet nogen beslutning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fejlagtigt registreret en generalforsamlingsbeslutning fra en generalforsamling, der var ulovlig i en sådan grad, at den også er en nullitet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har begået en fejl, og Selskabsstyrelsen må berigtige den og anerkende, at generalforsamlingen var ulovlig.

Det er muligt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er en domstol, men det er trods alt en Styrelse, der skal administrere gældende regler, herunder især selskabslovgivningen. Styrelsen kan ikke frasige sig dette ansvar.

Der er ikke som anført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen brug for vidneafhøring eller andet til belysning af sagen. Her er der kolde facts at forholde sig til.

Jeg er forundret over, at Styrelsen er af den opfattelse, at ”.... det ikke kan afvises, at pantsætningen af samtlige aktier, som giver pantnaver ret til at indtræde i alle pantsætters rettigheder også omfatter retten til at fravige vedtægternes form- og fristkrav.”

Styrelsen er altså af den opfattelse, at en pantsætning af aktierne i K A/S medfører, at samtlige indkaldelsesregler herved er tilsidesat, herunder selskabslovens § 76.

Det fremgår af selskabslovens § 76, at der kan afholdes ”skrivebordsgeneralforsamling”, hvis samtlige kapitalejere er enige herom. I Peter Schaumburg-Müller og Erik Werlauffs ”Selskabsloven med kommentarer”, 1. udgave 2010 side 402 anføres det, at selskabets ejere skal være enige om det, hvis man **konkret** (fremhævet af mig) ønsker at fravige lovens og vedtægternes regler om form og frist, og at der er tale om en **konkret beslutning** (fremhævet af mig) for den **enkelte** (fremhævet af mig) generalforsamling.

En sådan konkret beslutning om afholdelse af ”skrivebordsgeneralforsamling” den 11. august 2010 er ikke truffet af E ApS, der er enekapital lejeren af K A/S.

Herefter må generalforsamlingen være ulovlig og det i en sådan grad, at den er at betragte som en nullitet.

...”

Ankenævnet udtaler:

I henhold til selskabslovens § 20 hører spørgsmålet om sletning af en registrering under domstolene, såfremt nogen mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade.

Af bemærkningerne til selskabslovens § 20 (lovforslag nr. 170 af 25. marts 2009) fremgår blandt andet:

”Med forslaget er der tale om en videreførelse af den gældende § 159 b, stk. 3, i aktieselskabsloven og § 78, stk. 3, i anpartsselskabsloven om, at kun domstolene kan afgøre spørgsmålet om en registrerings sletning. Der er ikke tilsigtet materielle ændringer i forhold til den gældende retstilstand, men alene foreslået mindre redaktionelle ændringer.

Bestemmelsen vedrører alene afgørelsen af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapital selskabets generalforsamling eller ledelse.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om utilsigtet fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelsen er registreret ved brug af de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.”

Det følger endvidere af selskabslovens § 15, stk. 2, at en anmelder, der registrerer et forhold i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system eller indsender anmeldelse herom til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system, indestår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentationen i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig.

Ankenævnet finder herefter ikke, at en registrering hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagen klage fra nogen, der mener sig krænket af en registrering, kan genoptages med henblik på udslettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift eller af anden grund åbenbart er en nullitet.

K A/S's advokat, A, har til støtte for påstanden om ophævelse af den foretagne registrering blandt andet gjort gældende, at registreringen af ny ledelse i selskabet er sket efter en skrivebordsgeneralforsamling den 11. august 2011, og at en sådan generalforsamling kun lovligt kunne afholdes, såfremt selskabets ejere var enige herom, jf. selskabslovens § 76, stk. 2. Der var imidlertid ikke enighed, da ejeren, E ApS, notorisk ikke havde meddelt samtykke.

Advokat C, der foretog registreringen, har heroverfor blandt andet gjort gældende, at E ApS har pantsat den samlede aktiekapital i K A/S, og at det fremgår af pantsætningsaftalen, at panthaver kan udøve alle pantsætters rettigheder over det pantsatte og derfor også - uden yderligere samtykke fra E ApS - kunne fravige vedtægternes form- og fristkrav i overensstemmelse med selskabslovens § 76, stk. 2, hvilket gør generalforsamlingsbeslutningen af 11. august 2011 lovlig.

Da der efter ankenævnets opfattelse på den anførte baggrund ikke foreligger sådanne tungtvejende grunde, som kan danne grundlag for at ophæve den stedfund-

ne registrering administrativt, tiltræder ankenævnet, at spørgsmålet om registreringens ophævelse henhører under domstolene, jf. selskabslovens § 20.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 28. marts 2011.

4.5. ÅRSREGNSKABSLOVEN

19) Kendelse af 18. januar 2011 (J.nr. 2010-0022506).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Lars Holtug, Marianne Fog Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 3. august 2010 har K1 på egne vegne og på vegne af de øvrige ledelsesmedlemmer i A A/S, B ApS og C ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 16. juli 2010 har pålagt ledelsesmedlemmerne afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 30. september 2010 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

”Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 9. juli 2010 årsrapporterne for A A/S og B ApS for 2009, mens årsrapporten for C ApS blev modtaget i styrelsen den 12. juli 2010.

Årsrapporterne blev offentliggjort 12. juli 2010.

A A/S, B ApS og C ApS har alle kalenderåret som regnskabsår, og regnskaberne for de nævnte selskaber skulle således være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. maj 2010 for at være rettidigt indsendt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 16. juli 2010 medlemmerne af ovennævnte selskabers øverste ledelse hver en afgift på 2.000 kr. som følge af, at årsrapporterne for 2009 var modtaget for sent i styrelsen.

Den 14. juni 2010 afsendte styrelsen for hvert selskab et påkravsbrev til selskabets registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporten, så den var modtaget i styrelsen senest den 24. juni 2010. Det fremgår af påkravsbrevene, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 24. juni 2010, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporterne blev modtaget i styrelsen.

På grund af, at årsrapporterne blev modtaget efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 2. måned, i henhold til fristerne i styrelsens breve af 14. juni 2010, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på 2.000 kr.

...”

I klageskrivelsen af 3. august 2010 har K1 anført:

”... [A A/S, B ApS og C ApS] har indleveret årsrapporterne for 2009 for sent og som følge heraf har ledelse/bestyrelsesmedlemmer i de respektive selskaber ved skrivelse dateret 16. juli 2010 modtaget en afgift herfor.

Vi skal ved nærværende skrivelse anmode styrelsen om fritagelse for denne afgift idet baggrunden for den forsinkede indlevering skyldes ganske særlige forhold.

A A/S eneste aktivitet har været drift af tysk datterselskab – A GmbH – med base i ... B ApS er ejer af den primære aktiekapital i A A/S og C ApS ejer 33,3 % af B ApS (øvrige ejere har forskudt regnskabsår og som heraf er berørt af de særlige forhold).

A A/S solgte medio Maj 2010 – med økonomisk virkning fra 1. maj 2010 – konceptrettighederne til ... og med virkning fra samme dato solgte det 100 % ejede datterselskab A GmbH sine aktiver i selskabet.

Denne handel havde stor betydning for det endelige driftsresultat for 2009 samt for den korrekte værdiansættelse af aktivmasse.

Ud fra den tidsmæssige faktor har det ikke været muligt for de involverede revisorer, at færdiggøre dette arbejde inden for den fastlagte tid grænse, men samtidig var det af stor betydning af konsekvenserne af salget var indarbejdet i det endelige resultat.

De øvrige selskabers endelige færdiggørelse var således også afhængig af dette regnskab og dermed en følgevirkning heraf.

Som en konsekvens heraf skal vi venligst anmode styrelsen om fritagelse for den opkrævede afgift for de implicerede selskaber.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i førnævnte redegørelse af 30. september 2010 i øvrigt udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal selskabernes 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 selskabernes ledelse på selskabets 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 påkravs-brevets datering.

I henhold til årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af en allerede pålagt afgift under ganske særlige omstændigheder. Fritagelsen er betinget af, at den pågældende kan godtgøre at have søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

Ifølge lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for afgift, at der har været usikkerhed omkring opgørelse af regnskabet, uanset hvad årsagen er. Af hensyn til kreditorer og investorer er det særlig vigtigt, at årsrapporten offentliggøres rettidigt.

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.

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.

Styrelsens udtalelse

Godkendte og reviderede årsrapporter for selskaberne for regnskabsåret 2009 skulle være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Da selskabernes regnskabsår udløb den 31. december 2009 skulle årsrapporterne for 2009 have været modtaget i styrelsen senest 31. maj 2010.

Ifølge klagen skyldes den forsinkede indsendelse af årsrapporterne usikkerhed omkring opgørelsen af årsrapporterne. Herunder, at der i maj 2010 var en igangværende salgsproces, og at konsekvenserne af et salg ikke kunne nå at blive indarbejdet i årsrapporterne for 2009 indenfor den fastsatte tidsfrist.

Det fremgår klart af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at usikkerhed om opgørelsen af årsrapporten ikke fritager et ledelsesmedlem for afgift, uanset hvad årsagen er. Hvis der på tidspunktet for udarbejdelse af årsrapporten er usikkerhed omkring opgørelsen, må der oplyses om usikkerheden i årsrapporten.

Ledelsesmedlemmerne har således, på trods af usikkerhed om opgørelsen af årsrapporten, et ansvar for, at årsrapporten er udarbejdet, revideret, godkendt og modtaget i styrelsen indenfor den i årsregnskabsloven fastsatte tidsfrist.

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 2.000 kr. pr. ledelsesmedlem.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Usikkerhed omkring opgørelsen af regnskabsposter er forhold, der i givet fald skal gives oplysning om i ledelsesberetningen, jf. årsregnskabslovens § 77, og findes ikke at kunne anses for sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter.

Da der ikke i øvrigt er anført sådanne særlige omstændigheder, tiltræder ankenævnet derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 16. juli 2010 pålagte afgifter.

20) Kendelse af 28. januar 2011 (J.nr. 2010-0022885).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Carsten Møllekilde og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 5. oktober 2010 har registreret revisor A på vegne af K1, K2 og K3 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 17. september 2010 har pålagt de pågældende bestyrelsesmedlemmer i B ApS en afgift på 3.000 kr. hver for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for perioden 1. maj 2008 til 30. april 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 12. november 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt K1, K2 og Dorthe Andersen en afgift på 3.000 kr. som følge af for sen indsendelse af årsrapporten for B ApS for 2008/09 i deres egenskab af bestyrelsesmedlemmer.

Selskabets årsrapport for 1. maj 2008 – 30. april 2009 skulle have været Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 30. september 2009. Da årsrapporten ikke var modtaget i overensstemmelse hermed, sendte styrelsen den 6. oktober 2009 påkravsbrev til virksomhedernes registrede adresse med anmodning om indsendelse årsrapporten, så den var modtaget senest den 16. oktober 2009. Det fremgik af påkravsbrevet, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 16. oktober 2009, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen. Det fremgik samtidig, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 3. november 2009, ville styrelsen anmode skifteretten om at tvangsopløse selskabet.

Som følge af, at årsrapporten ikke var modtaget, oversendte styrelsen den 7. december 2009 selskabet til skifteretten til tvangsopløsning, hvilket selskabet blev orienteret om ved brev af samme dato. Af brevet til selskabet fremgik det bl.a., ”*at hvis selskabet genoptages efter oversendelse til skifteretten på grund af manglende indsendelse af årsregnskab, vil selskabets øverste ledelse blive pålagt afgift, jf. årsregnskabsloven §§ 150-152*”.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog herefter den 10. december 2009 selskabets årsrapport for 2008/09. Styrelsen meddelte i brev af 14. december 2009 årsrapporten til selskabet og oplyste, at skifteretten vil fortsætte bobehandlingen af selskabet, og at modtagelsen af årsrapporten ikke var tilstrækkelige til at trække tvangsopløsningen tilbage fra skifteretten. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at styrelsen først kan tage selskabet tilbage fra skifteretten, når alle betingelser for genoptagelse er opfyldt.

På baggrund af efterfølgende indsendt materiale kunne styrelsen den 26. juli 2010 genoptage selskabet, og den 17. september 2010 blev de tre bestyrelsesmedlemmer pålagt afgift som følge af for sen indsendelse af årsrapporten. Da årsrapporten var modtaget den 10. december 2010, blev afgiften beregnet til 3.000 kr. pr. ledelsesmedlem, svarende til taksten for modtagelse i tredje påbegyndte måned efter fristens udløb.

...”

I klagen af 5. oktober 2010 har A anført:

” ...

Vi ønsker hermed på vores klienters vegne at klage over de fremsendte afgifter på 3.000 kr. til K1, K2 og K3.

Klagen skyldes som en lang række korrespondance klart kan dokumentere en fejl, som ikke kan lægges mine klienter til last.

Vi har udarbejdet årsregnskabet for 2008/2009 den 11. august og det er underskrevet af ledelsen den 25. august 2009.

Vi har sendt selvangivelsen til skat i slutningen af september, og vi har registreret i vores timesagssystem (kopi vedlagt), at vi har sendt regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2/10 2009.

Vi vedlægger kopi af vores breve i forbindelse med sagen, og som det fremgår heraf er regnskaberne i vores system udarbejdet fuldstændig som tidligere år og inden de krævede tidsfrister.

Det eneste problem er at de fremsendte regnskaber den 2/10 2009 ikke er registreret indgået hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Vi anmoder derfor om eftergivelse af de fremsendte afgifter.
...”

I førnævnte redegørelse af 12. november 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”
...

Sagens retlige omstændigheder

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.

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 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 årsrap-

porten er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage efter påkravs-brevets 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 forarbejderne til årsregnskabslovens § 152 [Jf. forslag L 138 til lov om erhvervsdrivende virksomheders aflæggelse af årsregnskab m.v. (årsregnskabsloven), fremsat den 10. januar 2001 af erhvervsministeren, side 146, 1. spalte], at

”som eksempler på forhold, som ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for afgift, kan nævnes at årsrapporten er forsinket ved fremsendelse med posten (med mindre der kan fremlægges dokumentation for postvæsenet for, at forsinkelsen skyldes postvæsenets fejl, f.eks. på grund af poststrejke).”

Styrelsens udtalelse

Det er efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, et krav, at årsrapporten skal være **modtaget** (styrelsens fremhævning) i styrelsen senest fem måneder efter regnskabsårets udløb. Det er på denne baggrund styrelsens vurdering, at selskabets ledelse ikke kun bærer ansvaret for at indsende årsrapporten rettidigt til styrelsen. Selskabets ledelse bærer også ansvaret for, at årsrapporten modtages rettidigt i styrelsen. Denne vurdering bestyrkes af det ovenstående citat fra lovens forarbejder, hvorefter forsinkelser, der skyldes forhold hos postvæsenet, som udgangspunkt ikke kan tillægges betydning.

As oplysning om, at årsrapporten er afsendt fra hans kontor den 2. oktober 2009, er relevant ved vurdering af, om årsrapporten er afsendt. Den er derimod ikke af væsentlig relevans ved vurdering af, om årsrapporten er modtaget hos styrelsen.

Virksomhedens ledelse har heller ikke reageret på det påkravs-brev, styrelsen sendte som følge af, at årsrapporten ikke var modtaget rettidigt. Havde den det, kunne såvel afgiftspåleggelse som oversendelse til skifteretten være undgået.

Det er på denne baggrund styrelsens vurdering, at klagen ikke giver anledning til at fritage for de pålagte afgifter.

...”

A har ved skrivelse af 7. december 2010 yderligere bemærket:

”...

Vi er enig i at vi den 6. oktober ikke havde indsendt regnskabet, men da vi den 12. oktober umiddelbart efter hovedaktionærer K1 oplyser os om

rykkeren fra Erhvervs- og Selskabsstyrelse, sender regnskabet til Styrelsen, og registrerer dette i vores interne system.

Vores argumentation for fritagelse er altså følgende:

Vi har fremsendt regnskabet ikke rettidigt, men indenfor fristen i henhold til påkravet af den 6. oktober.

Vi har registreret dette i vores system, og vi har ikke haft nogen grund til at tro, at regnskabet herefter ikke blev modtaget af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Vi har bevistligt udarbejdet regnskabet, idet dette er fremsendt til Skat, og klienterne har modtaget dette inden ovenstående datoer.

Da vi får brevet den 9. december om at regnskabet ikke er modtaget, er vi derfor meget forundrede og sender umiddelbart herefter en kopi til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Da regnskabet åbenbart er gået tabt ved postvæsenet eller i jeres systemer, anmoder vi stadig om eftergivelse af bødeopkrævningerne til bestyrelsen.

I forvejen har vi været igennem en masse ekstraarbejde, idet kapitalen skulle nedsættes, samt at vi skulle igennem en masse ekstra registreringer fordi selskabet blev sendt til tvangsopløsning.

Vi håber at Erhvervsankenævnet kan se sagen fra vores side, og vil lade os slippe for bøderne.

Vi vedlægger igen udskriftet fra vores timesagssystem, hvoraf det fremgår, at regnskabet er videresendt. Vores systemer kan ikke ændres med tilbagevirkende kraft, således at den medarbejder der har udfyldt den pågældende tid i timesagssystemet har brugt 0,25 time den 12/10 2009 på at sende regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

...”

Ankenævnet udtaler:

Af den af klagers revisor vedlagte oversigt over sagsposteringer fremgår, at årsrapporten blev indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 2. oktober 2009.

Ved skrivelse af 6. oktober 2009 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til ledelsen for B ApS på virksomhedens registrerede adresse i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 påkrav om indsendelse af årsrapporten for perioden 1. maj 2008 til 30. april 2009. Årsrapporten skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. september 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)...”

Herefter, og idet det bemærkes, at K1, K2 og K3 heller ikke har reageret på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens manglende fremsendelse af kvittering for styrelsens modtagelse af årsrapporten, ses der ikke at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de ved styrelsens skrivelser af 17. september 2010 pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af virksomhedens årsrapport. Ankenævnet tiltræder derfor de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

21) Kendelse af 8. februar 2011 (J.nr. 2010-0022384).

Årsrapport trukket tilbage og selskabet pålagt at indsende en godkendt og revideret årsrapport.

Indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3, jf. stk. 2, samt selskabslovens § 76, stk. 2 og 3.

(Lars Holtug, Lise Høgh og Steen Mejer deltaget).

Ved skrivelse af 9. juli 2010 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har trukket offentliggørelsen af årsrapporten for 2009 tilbage.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. juni 2010 hedder det:

”**Årsrapport for K A/S for 2009, CVR-nr. ...**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har modtaget din skrivelse af 24. juni 2010, hvoraf det fremgår, at den årsrapport, der er indsendt til styrelsen, ikke er indsendt af virksomheden, og ikke er godkendt på virksomhedens generalforsamling.

Som følge af din skrivelse har styrelsen den 28. juni 2010 trukket offentliggørelsen af årsrapporten for 2009 tilbage.

Der skal således indsendes en godkendt, revideret årsrapport til styrelsen. Årsrapporten for 2009 skal være styrelsen i hænde senest den **27. juli 2010**. Indtil årsrapporten foreligger i behørig stand hos styrelsen anses indsendelsespligten ikke for opfyldt, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 2.

Det skal til orientering oplyses, at styrelsen ved modtagelse af årsrapporten pålægger hvert medlem af virksomhedens ansvarlige ledelse afgift, jf. årsregnskabslovens §§ 151-152.

Ovenstående afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, postboks 2000, 1780 København V, senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt dig, jf. årsregnskabslovens § 163. Styrelsen skal til orientering oplyse, at Erhvervsankenævnet i forbindelse med en eventuel klage opkræver et gebyr, der helt eller delvis kan tilbagebetales, såfremt du får medhold i din klage.

Hvis ikke den godkendte, reviderede årsrapport er modtaget senest den **27. juli 2010** vil styrelsen herefter, uden yderligere varsel, anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med den for virksomheden gældende lovgivning herom, jf. årsregnskabsloven § 150, stk. 3.

Virksomheden bedes således se bort fra den opløsningstrussel, der er angivet i styrelsens påkravsbrev af 14. juni 2010, idet fristen for at indsende en godkendt, revideret årsrapport hermed er forlænget til 27. juli 2010. Det er således den 27. juli 2010, der er afgørende for om virksomheden oversendes til tvangsopløsning, såfremt der ikke er modtaget en årsrapport.

Styrelsens beslutning om at anmode skifteretten om at opløse selskabet kan i givet fald ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. § 371 i selskabsloven, og årsregnskabslovens § 163, stk. 2.

En kopi af denne skrivelse er sendt til B, der ifølge styrelsens systemer er registreret som bestyrelsesmedlem i virksomheden.

...”

Advokat C har i en skrivelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, oprindeligt dateret 28. juni 2010 men rettet til 30. juni 2010, på vegne af B anført:

”Vedr.: K A/S, CVR nr.

Som advokat for B, der er en del af ledelsen af ovenstående selskaber, og som advokat for D A/S, der er aktionær i selskabet, er jeg blevet bedt om at kommentere Es brev af 24. juni 2010 til Styrelsen.

Baggrunden er kort beskrevet, at B og E, gennem holdingselskaber, hver ejer 50% af K A/S, CVR nr. ... (herefter "selskabet"). Det fælles ejerskab til selskabet har til tider været ganske problematisk, og parterne har ikke været enige om selskabets drift.

Selskabet ejer alene en fast ejendom. Der er i al væsentlighed tale om en grund, som skal udvikles. Derudover har selskabet en kontant beholdning på ca. kr. 7 mio. Kontantbeholdningen er en erstatning der er udbetalt, da en bygning på ejendommen brændte.

Da B er bosiddende i ... [andet land], har E i al væsentlighed stået for selskabets bogføring, opbevaring af bilag m.v.

Forløbet i sagen har været følgende:

Maj 2010

Ifølge de oplysninger jeg er i besiddelse af, får revisor tilsendt regnskabsmateriale til udarbejdelse af årsrapport fra E. Ifølge de oplysninger som jeg er i besiddelse af, har der været forudgående drøftelser mellem revisor og E.

11. juni 2010, kl. 09.33

Selskabets revisor, F, fremsender regnskabet til underskrift pr. mail

...

Ifølge de oplysninger som [jeg] har fået, finder der herefter en drøftelse sted mellem E og selskabets revisor, F. Ifølge mine oplysninger er det for E uproblematisk at underskrive regnskaberne. Jeg har fået oplyst, at E tilbyder at underskrive og fremsende indscannede underskriftssider.

11. juni 2010, kl. 11.44

E fremsender pr. mail uden forbehold indscannede, underskrevne sider til regnskabet ...

B modtager mailen kl. 11.44. B udskriver underskriftssiderne, underskriver og hæfter dem sammen med regnskabet, der herefter sendes med almindelig post til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

11. juni 2010, kl. 12.30

E forsøger pr. mail at tilbagekalde sin underskrift ...

B modtager ikke "tilbagekaldelsen" fra E.

Der er således ikke grundlag for at hævde, at B har underskrevet og indsendt regnskaberne med viden om Es "tilbagekaldelse".

...

På det foreliggende grundlag må det konstateres, at E har underskrevet og fremsendt underskriftssiderne til videre underskrift. Der er ikke taget nogen forbehold, og underskrifterne har heller ikke på nogen måde været betinget.

Reelt er der tale om, at E har stemt for vedtagelse af regnskabet på en generalforsamling.

En sådan vedtagelse eller stemme på en generalforsamling kan ikke efterfølgende tilbagekaldes. Tilsvarende kan en allerede meddelt underskrift på og accept af selskabets regnskab ikke tilbagekaldes.

Dette er således også helt i overensstemmelse med almindelige selskabsretlige principper samt almindelige principper om indgåelse af aftaler.

Det bemærkes i øvrigt, at E som anført opbevarer regnskabsmaterialet og også er den der umiddelbart skal sørge for bogføring. Det er derfor svært at se en saglig årsag til den pludselige ”tilbagekaldelse”. ”Tilbagekaldelsen” er således heller ikke begrundet af E.

Den eneste årsag til ”tilbagekaldelsen” kunne være et ønske fra Es side om at lægge pres på selskabet og/eller B.

Jeg har forstået det således, at Es økonomiske situation er problematisk, og at der fra Es side er ytret ønske om udbetaling af selskabets kontante midler.

Hverken jeg eller min klient er klar over, om dette er motivet, men såfremt det er tilfældet, er det næppe et selskabsmæssigt sagligt motiv – nok snarere tværtimod.

...

Sammenfattende kan det konkluderes,

at regnskabet er godkendt og underskrevet af E uden forbehold eller betingelser, og efter at E har haft lejlighed til på forhånd at være bekendt med regnskabet og regnskabsmaterialet,

at B tilsvarende har godkendt og underskrevet regnskabet, hvorfor der er enighed mellem aktionærerne om at godkende regnskabet,

at B i god tro har indsendt regnskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen,

at en allerede meddelt godkendelse af et regnskab ikke kan tilbagekaldes,

at der ikke er fremført forhold der tilsiger, at regnskabet ikke skulle være godkendt og indsendt.

Jeg ser derfor ingen saglige årsager til, at regnskabet ikke skal anses for lovligt indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der herefter genoptog sagen, fastholdt ved skrivelse af 2. juli 2010 styrelsens afgørelse og skrev i den forbindelse:

” ...

På baggrund af de nye oplysninger fastholder styrelsen sin afgørelse af 29. juni 2010 om, at der skal indsendes en godkendt, revideret årsrapport til styrelsen **senest den 27. juli 2010**, og såfremt dette ikke sker, vil styrelsen igangsætte de i styrelsens brev af 29. juni 2010 beskrevne sanktioner om at oversende virksomheden til tvangsopløsning.

Baggrunden for fastholdelse af styrelsens afgørelse af 29. juni 2010 er desuden, at den årsrapport, som styrelsen modtog den 14. juni 2010 ikke var forsynet med en underskrift fra dirigenten på generalforsamlingen, som bekræftede at årsrapporten var fremlagt og godkendt, hvilket er et krav, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 5.

Den årsrapport, der skal indsendes til styrelsen senest den 27. juli 2010, skal således være forsynet med en dirigentunderskrift, der bekræfter, at årsrapporten er fremlagt og godkendt på virksomhedens generalforsamling, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3.

...

Kopi af denne skrivelse er sendt til direktør og bestyrelsesmedlem E samt advokat C.

Jeg skal til orientering oplyse, at styrelsen ikke kan gå ind i konkrete uoverensstemmelser mellem aktionærerne i virksomheden, og at en løsning af eventuelle tvister mellem aktionærerne henhører under domstolene.

...”

Advokat A klagede ved skrivelse af 9. juli 2010 over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse. I klageskrivelsen anføres det:

” ...

I henhold til årsregnskabslovens § 163, stk. 1, ankes hermed Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse i sags nr. 10.260.228, hvor styrelsen har trukket offentliggørelsen af årsrapporten for K A/S tilbage.

...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens begrundelse for at trække godkendelsen tilbage har været, at årsrapporten ikke var afgivet af selskabet, samt årsrapporten ikke var godkendt af generalforsamlingen.

Det er ikke korrekt, at årsrapporten ikke er afgivet af selskabet. Årsrapporten er underskrevet af bestyrelsesmedlemmerne E og B, som har afgivet årsrapporten på vegne af selskabet.

Det er heller ikke korrekt, at årsrapporten ikke er godkendt af selskabets generalforsamling. Ifølge selskabslovens § 76, stk. 1, kan selskabslovens krav til form og frist for afholdelsen af generalforsamling konkret fravi-

ges af samtlige aktionærer. E og B er, via deres respektive 100% ejede holdingselskaber, eneste aktionærer i selskabet med 50% til hver. Når samtlige aktionærer herved har godkendt årsrapporten, må dette opfylde kravene til en generalforsamlingsbeslutning, som konkret er truffet under fravigelse af lovens krav til form og frist.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 30. august 2010 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

K er ejet af de to aktionærer, E og B. De ejer hver 50 % af virksomheden gennem deres respektive holdingselskaber. De to aktionærer er begge bestyrelsesmedlemmer i virksomheden, og E udgør tillige direktionen i virksomheden.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 14. juni 2010 virksomhedens årsrapport for 2009. Der fremgår ingen dirigentunderskrift af årsrapporten, og ledelsespåtegningen, der fremgår inde i årsrapporten, er ikke underskrevet. Der er dog indsat endnu en ledelsespåtegning sidst i dokumentet, som er underskrevet af både bestyrelsen og direktionen.

E skriver den 24. juni 2010 til styrelsen og oplyser

- at virksomheden ikke har indsendt nogen årsrapport til styrelsen
- at virksomhedens generalforsamling ikke har godkendt nogen årsrapport for 2009
- at den offentliggjorte årsrapport for 2009 ikke indeholder nogen dirigentunderskrift og
- at den sidste side med underskrift fra direktør og bestyrelsesmedlem E er en uretmæssig anvendelse af en underskriftside, der er fremsendt til virksomhedens revisor pr. e-mail den 11. juni 2010 kl. 11:44 og tilbagekaldt samme dag kl. 12:30.

På baggrund af Es skrivelse trækker styrelsen den 28. juni 2010 offentliggørelsen af virksomhedens årsrapport tilbage.

Som følge heraf afsender styrelsen den 29. juni 2010 en skrivelse til E med kopi til B, hvoraf det fremgår, at styrelsen som følge af Es skrivelse og styrelsens konstatering af, at årsrapporten ikke ses at være godkendt på generalforsamlingen, har trukket offentliggørelsen af årsrapporten tilbage. Det fremgår af styrelsens skrivelse af 29. juni 2010, at der skal indsendes en godkendt, revideret årsrapport til styrelsen senest den 27. juli 2010. Såfremt styrelsen ikke modtager en godkendt årsrapport, vil virksomheden blive sendt til tvangsopløsning.

Styrelsens udsendelse af denne skrivelse til virksomhedens ledelse krydser et brev fra advokat C, der repræsenterer B.

C redegør i sin skrivelse af 28. juni 2010 for Bs kommentarer til Es brev af 24. juni 2010.

...

C henvender sig desuden telefonisk til styrelsen, hvor han redegør mundtligt for de punkter, som fremgår af det ovennævnte.

På baggrund af de nye oplysninger i sagen fra C fremsender styrelsen den 2. juli 2010 en ny skrivelse til de to bestyrelsesmedlemmer. Styrelsen fastholder sin afgørelse af 29. juni 2010 om, at der skal indsendes en årsrapport, der er underskrevet af dirigenten, som indestår for, at årsrapporten er godkendt og fremlagt på virksomhedens generalforsamling. Og såfremt årsrapporten ikke modtages senest den 27. juli 2010, vil styrelsen oversende virksomheden til tvangsopløsning.

Advokat A har nu overtaget sagen fra advokat C. G, der er ansat samme sted som A, kontakter den 8. juli 2010 styrelsen telefonisk og anmoder om fristforlængelse og forhører sig om, hvorvidt det har opsættende virkning i forhold til tvangsopløsningen, hvis de klager til Erhvervsankenævnet.

Styrelsens sagsbehandler på sagen holder ferie, men styrelsen oplyser telefonisk, at det som udgangspunkt ikke har opsættende virkning at klage til Erhvervsankenævnet. En stillingtagen til fristforlængelsen må dog afvente at sagsbehandleren er tilbage tirsdag den 13. juli 2010. Styrelsen kontakter herefter advokatfirmaet, men får ikke fat i den pågældende, der har haft ringet til styrelsen den 8. juli 2010.

Herefter modtager styrelsen den 15. juli 2010 As skrivelse af 14. juli 2010. A anfører i sin skrivelse, at han har klaget til Erhvervsankenævnet over, at styrelsen har trukket offentliggørelsen af årsrapporten tilbage med den begrundelse, at årsrapporten ikke var afgivet af virksomheden, og at årsrapporten ikke var godkendt af generalforsamlingen.

...

Samtidig med at Erhvervsankenævnet anmoder styrelsen om en udtalelse i sagen, fremsender Erhvervsankenævnet samme skrivelse til A. Af denne skrivelse af 16. juli 2010 fremgår det, at styrelsens beslutning om oversendelse til skifteretten med henblik på tvangsopløsning ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

Styrelsen forsøgte herefter den 19. juli 2010 at kontakte A telefonisk for at oplyse om, at styrelsen ikke ville oversende virksomheden til tvangsopløsning på grund af det manglende regnskab, før Erhvervsankenævnet har afsagt kendelse i sagen. A holdte ferie, og styrelsen afsendte således en mail den 19. juli 2010 om, at A meget gerne måtte kontakte styrelsen.

Den 26. juli 2010 kontaktede A styrelsen, og styrelsen meddelte således, at oversendelsen til tvangsopløsning afventer Erhvervsankenævnets behandling af sagen.

Sagens retlige omstændigheder

Ifølge årsregnskabslovens § 9, stk. 1, skal alle medlemmerne af de ansvarlige ledelsesorganer underskrive årsrapporten og datere denne. De skal give deres underskrift i tilknytning til en ledelsespåtegning, hvori de erklærer, hvorvidt årsrapporten er aflagt i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle krav i vedtægter eller aftale, og hvorvidt årsregnskabet giver et retvisende billede af virksomhedens aktiver og passiver, finansielle stilling og resultatet.

Det fremgår desuden af årsregnskabslovens § 10, at selvom et ledelsesmedlem er helt eller delvis uenig i en årsrapport eller har indvendinger mod, at den skal godkendes med det indhold, der er besluttet, kan medlemmet ikke undlade at underskrive årsrapporten. Ledelsesmedlemmet kan dog tilkendegive sine indvendinger med konkret og fyldestgørende begrundelse i tilknytning til sin underskrift og ledelsespåtegningen.

Det fremgår desuden af indsendelsesbekendtgørelsens [Bekendtgørelse nr. 1526 af 31. december 2007 med senere ændringer] § 5, stk. 1, at årsrapporten skal være forsynet med dokumentation for, at den er udarbejdet og godkendt i overensstemmelse med lovgivningen. Det skal tydeligt fremgå, hvem der har udarbejdet, godkendt og bekræftet årsrapporten, idet de pågældendes navne og funktioner skal være tydeligt angivet i årsrapporten. Hvis årsrapporten indeholder en af revisor underskrevet erklæring, skal det på tilsvarende vis være tydeligt angivet, hvem der har afgivet erklæringen.

I indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2 er det angivet, at dirigenten for generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan, som har godkendt årsrapport, bekræfter ved sin underskrift på årsrapporten, at denne er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom.

Det eksemplar af årsrapporten, der indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, skal som minimum være underskrevet af dirigenten for generalforsamlingen, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2, og revisor, hvis årsrapporten er forsynet med en af revisor underskrevet erklæring, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3.

Af selskabslovens § 76 [Ikrafttrådt den 1. marts 2010, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven)], stk. 3 fremgår det, at kapitalejernes beslutninger på generalforsamlingen generelt kan træffes under fravigelse af lovens regler om form og frist. Beslutning herom skal træffes enstemmigt, og regler herom skal optages i vedtægterne.

Det fremgår af selskabslovens § 108, at der på generalforsamlingen ikke må træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe visse kapital ejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning.

Yderligere fremgår det af selskabslovens § 109, stk. 1, at en kapitalejer eller et medlem af ledelsen kan anlægge sag vedrørende en generalforsamlingsbeslutning, som ikke er blevet til på en lovlig måde, eller som er i strid med denne lov eller kapital-selskabets vedtægter.

Styrelsens udtalelse

Es skrivelse af 24. juni 2010 angav, at årsrapporten ikke er indsendt af virksomheden, at denne ikke er godkendt af virksomhedens generalforsamling, og at årsrapporten mangler en underskrift fra dirigenten.

På baggrund af Es brev og styrelsens efterfølgende konstatering af, at årsrapporten ikke ses at være godkendt på generalforsamlingen, trak styrelsen offentliggørelsen af årsrapporten tilbage. Styrelsen anmodede om, at der blev indsendt en årsrapport til styrelsen, som var underskrevet af dirigenten, som ved sin underskrift bekræftede, at årsrapporten var fremlagt og godkendt på virksomhedens generalforsamling.

Efterfølgende fremkom C i skrivelse af 28. juni 2010 med sin version af sagsforløbet. Dette medførte dog ikke, at styrelsen ændrede sin afgørelse, idet der ikke var grundlag herfor. C fremkom således ikke med dokumentation for årsrapportens godkendelse på generalforsamlingen. C anførte alene, at det var hans opfattelse, at årsrapporten var godkendt på generalforsamlingen, men styrelsen modtog ingen dokumentation herfor, i form af en årsrapport underskrevet af dirigenten.

Styrelsen har således i brev af 29. juni 2010 og 2. juli 2010 alene anmodet om en dirigentunderskrift på årsrapporten, som bekræftelse på, at årsrapporten er fremlagt og godkendt på generalforsamlingen.

Konsekvensen af at årsrapporten inklusive dirigentens underskrift, som bekræfter fremlæggelsen og godkendelsen på generalforsamlingen, ikke bliver indsendt til styrelsen, vil være tvangsopløsning af virksomheden.

Styrelsen finder ikke ud fra de givne oplysninger, at der er grundlag for at ændre beslutningen om, at årsrapportens offentliggørelse blev trukket tilbage. Styrelsen skal derfor fastholde, at virksomheden skal indsende en ny årsrapport, der indeholder en dirigentunderskrift, til bekræftelse af årsrapportens fremlæggelse og lovlige godkendelse på virksomhedens generalforsamling.

For så vidt angår anfægtelse af beslutninger, der er truffet på en generalforsamling, må en eventuel ugyldighed heraf konstateres ved en retssag, jf. §§ 108 og 109 i selskabsloven.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan således ikke gå ind i en bedømmelse af, hvorvidt årsrapporten er godkendt på generalforsamlingen, idet dette typisk vil kræve en bevisbedømmelse, som styrelsen som registreringsmyndighed ikke er pålagt at foretage.

...”

Ved skrivelse af 11. oktober 2010 er advokat A fremkommet med yderligere bemærkninger:

” ...

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsen redegørelse af d. 30. august 2010, fremgår det ... at Styrelsen alene har ”anmodet om dirigentunderskrift på årsrapporten, som bekræftelse på, at årsrapporten er fremlagt og godkendt på generalforsamlingen”.

... [I] redegørelsen henviser Styrelsen som hjemmel for anmodningen til indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2, hvoraf det fremgår at dirigenten ”bekræfter ved sin underskrift på årsrapporten, at denne er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom”.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 5, stk. 3, at den indsendte årsrapport skal være underskrevet af dirigenten for generalforsamlingen.

Som nævnt i anken er der i selskabslovens § 76, stk. 3 hjemmel til, at kapitalejernes beslutninger på generalforsamlingen konkret kan træffes under fravigelse af lovens og vedtægternes form- og fristkrav, hvis samtlige kapitalejere er enige herom. Det er tillige anført i anken, at E og B, via deres respektive holdingselskaber, ejer 100 % af kapitalandelene i K A/S. Følgelig er det anført, at når samtlige kapitalejere godkender årsrapporten i deres egenskab af ledelsesmedlemmer, må der heri også ligge en godkendelse af årsrapporten i deres egenskab af kapitalejere, via en beslutning som konkret fraviger lovens krav til form og frist.

Spørgsmålet er herefter, om der er grundlag for at afvise årsrapporten alene under henvisning til indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2, jf. stk. 3 om manglende dirigentunderskrift. Når godkendelsen er sket af samtlige kapitalejere ved deres underskrift på årsrapporten, og hver af disse principielt ville kunne være dirigent, sammenholdt med selskabslovens § 101, stk. 1, er det ikke min opfattelse, at der er hjemmel til at afvise årsrapporten.

Følgelig mener jeg fortsat, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke har været berettiget til at trække godkendelsen af årsrapporten tilbage.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 1. november 2010 bemærket:

” ...

Selskabslovens § 76 ændrer ikke ved, at der altid er tale om en generalforsamling, selvom de deklaratoriske krav om form og frist vedrørende generalforsamlingen er fraveget.

Selskabslovens § 76 betyder ikke, at styrelsen ikke kan opretholde den generelle regel i indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 2 og 3 om, at års-

rapporten skal være underskrevet af en dirigent. Dirigentens underskrift er et udtryk for, at denne bekræfter, at årsrapporten er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom.”

Ankenævnet udtaler:

Af årsregnskabslovens § 9 fremgår det, at alle medlemmer af de ansvarlige ledelsesorganer i tilknytning til ledelsepåtegningen i årsrapporten skal underskrive årsrapporten og datere denne.

Af indsendelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 3, jf. stk. 2 (bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007 med senere ændringer) følger, at det eksemplar af årsrapporten, der indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som minimum skal være underskrevet af dirigenten for generalforsamlingen, der herved bekræfter, at årsrapporten er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom.

Herefter, og da det efter de foreliggende oplysninger ikke kan lægges til grund, at der blandt kapitalejerne i selskabet har været den fornødne enighed om, at disses beslutninger på generalforsamlingen har kunnet træffes under fravigelse af lovens regler om form og frist, jf. selskabslovens § 76, stk. 2 og 3, tiltræder Erhvervsankenævnet, at styrelsen ved skrivelse af 29. juni 2010 har trukket årsrapporten for K A/S for 2009 tilbage og har pålagt selskabet at indsende en godkendt og revideret årsrapport, der som påpeget ved styrelsens skrivelse af 2. juli 2010 skal være forsynet med en dirigentunderskrift.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. juni 2010 som fastholdt af styrelsen ved skrivelse af 2. juli 2010.

22) Kendelse af 16. februar 2011 (J.nr. 2010-0022475).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.
Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Monica Reib, Kirsten Askov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)

A koncernen har på vegne af ledelsesmedlemmerne K1, K2 og K3 den 1. august 2010 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved en række skrivelser i juli 2010 har pålagt ledelsesmedlemmerne afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter for 2009 for en lang række selskaber i A koncernen.

Sagens omstændigheder:

I klageskrivelsen har E fra A anført:

”På vegne af: D ..., K2 ..., K3 ... skal vi hermed påklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålæg af afgifter for for sen indsendelse af årsrapporter i A-koncernen ... til Erhvervsankenævnet.

Det er vores opfattelse, at der foreligger særlige omstændigheder, som kan begrunde helt eller delvis frittagelse for de pålagte afgifter i henhold til årsregnskabsloven § 152 stk. 1 for alle ovennævnte personer.

Beskrivelse af faktiske forhold omkring indsendelsen af årsrapporter 2009 for A- gruppen

A koncernen har efter en mislykket børsmission i december 2009 haft meget svære økonomiske vanskeligheder, herunder meget stram likviditet.

Den daværende direktion bestående af B og C blev i slutningen af marts måned bortvist på grund af nogle finansielle dispositioner og dens firing af nøglemedarbejdere, som var kritiske i forhold til håndteringen af den økonomiske situation og regnskabsprocesser. Fyringerne omfattede bl.a. D, som fungerede som teknisk direktør og K2, der fungerede som CFO.

Efter bortvisningen af direktionen blev D ansat som adm. direktør og K2 som CFO. D og K2 blev i forbindelse med deres genansættelser indsat som ledelse i alle koncernens datterselskaber. Tidspunktet for indsættelsen fremgår de vedlagte registreringsudskrifter fra CVR-registeret.

Den hidtidige direktion havde en strategi om, at arbejdet omkring regnskabsaflæggelsen primært skulle varetages af eksterne rådgivere (...) og at man internt kun skulle have en meget begrænset regnskabssekspertise.

På grund af mangel likviditet som følge af den mislykkede børsmission og den daværende ledelse manglende håndtering heraf, har den nye ledelse i A ikke løbende kunne betale ... for udarbejdelse og revision af

årsrapporterne 2009 for A A/S koncernens selskaber. Det var simpelt hen ikke muligt for den nye ledelse at skaffe likviditet med så kort varsel, da koncernens økonomiske forhold nødvendiggjorde at der skulle en samlet aftale med de væsentligste kreditorer på plads inden man kunne fortsætte forsvarligt.

Den manglende betaling vedrørte alene revisionen og udarbejdelsen af årsrapporterne for 2009 og ikke tidligere år.

Den manglende betaling gjorde, at ... i en periode stoppede arbejdet i og det forsinkede processen omkring udarbejdelse og revision af årsrapporterne 2009 så meget, at det ikke var muligt at færdiggøre dem inden fristen d. 31 maj. 2010.

På grund af de manglende interne ressourcer og kompetencer var det simpelt hen ikke muligt, at fortsætte regnskabsaflæggelsen uden ...'s assistance.

Som dokumentation for de ovennævnte forhold vedrørende ... er A's korrespondance med

Den nye ledelse har efter sin tiltræden arbejdet på at opbygge og styrke koncernens kompetencer og ressourcer indenfor regnskab, blandt andet opbygning af en højkvalificeret controllerfunktion, der skal sikre kvaliteten af og hastigheden i regnskabsaflæggelsen, så kravene om årsrapporterne kan udarbejdes og revideres i god tid kan overholdes i fremtiden.

Styrkelsen af de interne ressourcer og kompetencer kunne ikke gennemføres så hurtigt, at det kunne fremskynde regnskabsaflæggelsen af årsrapporterne for 2009.

Lovgrundlag og tidligere afgørelser

Det fremgår at årsregnskabsloven § 152 stk. 1 at under ganske særlige omstændigheder kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen helt eller delvis fritage et ledelsesmedlem eller en filialbestyrer for betaling af afgift efter årsregnskabsloven § 151, hvis denne 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.

Ønsket med denne lovbestemmelse er at sikre den øverste ledelse i selskaber prioriterer regnskabsaflæggelsen højt, således at regnskabsbrugere får rettidigt og aktuel information.

Det betyder også at der ved vurderingen af fritagelsen skal lægges vægt på om de ledelsesmedlemmer, der er registreret på tidspunktet for overskridelse af fristen for indsendelse af årsrapport, har haft mulighed for at påvirke forholdene omkring regnskabsaflæggelsen i det pågældende selskab.

Lovbemærkningerne til § 152, stk. 1 forholder sig ikke direkte til den situation at et selskab ikke få afsluttet regnskabsaflæggelsen, som følge af manglende betaling af revisor.

I Erhvervsankenævnet afgørelse j.nr. 03-185.886 af 27. november 2003 fremgår det, at det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at forsinkelser som skyldes manglende betaling af tidligere års honorarer til revisor ikke er en særlig omstændighed, da det kan lastes ledelsen, at den ikke har løst problemet på et tidligere tidspunkt.

Omvendt må det af afgørelsen konkluderes, at såfremt den manglende betalingsevne er opstået kort inden eller under regnskabsaflæggelse og at ledelsesmedlemmerne har gjort hvad det er muligt for at løse den hurtigst muligt, kan det ikke lastes dem, hvis den manglende betalingsevne har gjort, at det ikke har været muligt at færdiggøre årsrapporten indenfor den i årsregnskabslovens fastsatte frist.

Begrundelse for frittagelse

Med udgangspunkt i de faktiske forhold og det foreliggende lovgrundlag er det vores opfattelse, at foreligger særlige omstændigheder, som gør at D, K2 eller K3 ikke kan lastes den for sene indsendelse af årsrapporter i A koncernes selskaber.

De særlige omstændigheder begrundes i:

- At de først er indtrådt i ledelsen af koncernselskaber relativt kort tid inden udløb af fristen for indsendelse af årsrapporterne 2009.
- At de ikke lastes at den bortviste ledelse valg, at regnskabsprocessen primært skulle håndteres af ...
- At de ikke kan lastes at den tidligere direktion ikke efter den mislykkede børsnotering har sikret den nødvendige likviditet til gennemføre processen omkring aflæggelsen af årsrapporter for 2009. Ligesom de ikke kan lastes at børsnoteringen ikke kunne gennemføres.
- At de økonomiske problemer i A koncernen har været af en sådan størrelse, at de som ny ledelse ikke har mulighed for løse den inden for en meget kort tidshorisont
- At mellemværende mellem A og ... ikke vedrører andre regnskabsår end 2009.

Desuden synes det generelt ikke rimeligt og ikke i overensstemmelse med intentionen med bestemmelserne om pålæg af afgifter for forsen indsendelse af årsrapporter, at personer som del af en nye ledelse i en kriseramet koncern skal rammes af afgifter, bare fordi man villig til at påtage sig opgaven at rydde op efter en uansvarlig ledelse og at det sker imens koncernen er ved at udarbejde årsrapporter.

Vi skal derfor anmode Erhvervsankenævnet om at fritage D, K2 og K3 for de pålagte afgifter.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 3. september 2010 udtalt:

” ...

Sagen vedrører 72 virksomheder, som alle er en del af A koncernen.

E [fra A] anmoder på vegne af bestyrelsesmedlemmer henholdsvis direktion om fritagelse for de pålagte afgifter som følge af for sen indsendelse af årsrapporter for 2009 for 72 virksomheder i A koncernen.

Klagen vedrører D, K2 og K3.

...

Styrelsen har udarbejdet en oversigt over de 72 virksomheder, idet denne oversigt viser, hvilken virksomhed der er tale om, hvornår ledelsesmedlemmerne er indtrådt, og hvornår årsrapporten er modtaget i styrelsen. Denne er vedlagt som bilag.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 2. juli 2010 virksomhedens øverste ansvarlige ledelse, D, K3 og K2 afgifter. Baggrunden herfor var, at årsrapporterne for 72 af virksomhederne i A koncernen var modtaget for sent i styrelsen.

De 72 virksomheders årsrapporter for 2009 skulle være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2010. Den 14. juni 2010 afsendte styrelsen påkravsbreve til samtlige 72 virksomheder til virksomhedernes registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporterne, så disse var modtaget i styrelsen senest den 24. juni 2010.

Det fremgår af påkravsbrevene, at såfremt årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 24. juni 2010, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen. Alle 72 virksomheder havde således samme påkravsfrist til at få indsendt årsrapporten, såfremt virksomhedernes ledelse skulle undgå at blive pålagt en afgift.

På grund af, at årsrapporterne blev modtaget efter fristens udløb, i en periode fra den 25. juni 2010 til den 14. juli 2010, det vil sige efter påbegyndelsen af henholdsvis den 1. og 2. måned i henhold til fristen i styrelsens breve af 14. juni 2010, blev hvert ledelsesmedlem pålagt en afgift på henholdsvis 500 kr. og 2.000 kr. pr. virksomhed. Det fremgår af de bilag, som klager har fremsendt til Erhvervsankenævnet, i hvilke tilfælde bestyrelsesmedlemmerne henholdsvis direktionen blev pålagt 500 kr. eller 2.000 kr. i afgift pr. ledelsesmedlem.

E har i brev af 1. august 2010 anmodet Erhvervsankenævnet om at fritage ledelsesmedlemmerne i de 72 virksomheder for de pålagte afgifter.

E begrundet sin anmodning med, at A koncernen efter en mislykket børsmission i december 2009 har haft meget svære økonomiske vanskeligheder.

Den daværende direktion blev i slutningen af marts måned 2010 bortvist. Grunden til dette var dels nogle finansielle dispositioner og dels direktionsens firing af nøglemedarbejderne, som var kritiske i forhold til håndteringen af den økonomiske situation og regnskabsprocesserne. Det fremgår af Es klage, at den daværende direktion bl.a. fyrede D, der fungerede som teknisk direktør og K2, der fungerede som CFO. Det fremgår af styrelsens registreringer, at disse to ledelsesmedlemmer ikke har været en del af en anmeldt direktion eller bestyrelse i virksomhederne under den daværende direktion.

Efter bortvisningen af direktionen blev D ansat som administrerende direktør, og K2 blev ansat som CFO. Herefter blev disse anmeldt som en del af bestyrelsen henholdsvis direktionen i de 72 virksomheder. Tidspunktet for deres indtræden i A koncernens virksomheder fremgår af de af klager fremsendte bilag til Erhvervsankenævnet. Ydermere fremgår dette af styrelsens vedlagte oversigt over koncernvirksomhederne – her er dog alene vist tiltrædelsesdatoen for det øverste ansvarlige ledelsesorgan, det vil sige bestyrelsen, såfremt der er en sådan i virksomheden. Hvis ledelsen alene består af en direktion, er det datoen for dennes tiltræden, der er angivet i styrelsens oversigt. Ledelsesmedlemmernes navne er i styrelsens oversigt forkortet, således at D benævnes ..., K2 benævnes ..., mens K3 benævnes

...

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 årsregnskabslovens § 138, sender styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 150, et brev med påkrav til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse om at indsende årsrapporten. I påkravsbrevet angives en frist på 8 hverdage til indsendelse af årsrapporten.

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.

Styrelsens udtalelse

Årsrapporterne for de 72 virksomheder for regnskabsåret 2009 skulle indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således at disse var modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

De 72 virksomheders regnskabsår udløb den 31. december 2009. Som følge heraf skulle virksomhedernes årsrapporter for 2009 være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 31. maj 2010. I henhold til styrelsens påkravsbreve af 14. juni 2010, skulle årsrapporterne være styrelsen i hænde senest den 24. juni 2010, såfremt ledelsesmedlemmerne i de 72 virksomheder ville undgå at blive pålagt afgift.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har imidlertid først modtaget årsrapporterne for de 72 virksomheder henholdsvis den 25. juni 2010, 28. juni 2010, 1. juli 2010 samt den 14. juli 2010, hvilket var senere end datoen for undgåelse af afgift i styrelsens påkravsbreve. På denne baggrund pålagde styrelsen afgift.

De fleste af årsrapporterne er ... modtaget henholdsvis den 25. juni 2010 og den 28. juni 2010.

Det fremgår af den medsendte oversigt, at ledelsesmedlemmerne i de respektive 72 virksomheder er tiltrådt i perioden fra den 14. marts 2010 frem til den 28. april 2010, det vil sige efter regnskabsårets udløb, men inden indsendelsesfristens udløb.

I en af virksomhederne i koncernen, F A/S, CVR-nr. ..., er ledelsesmedlemmerne tiltrådt 14. marts 2010, og herefter er de udtrådt igen den 29. juni 2010, som følge af, at virksomheden er blevet solgt.

At ledelsesmedlemmerne først er tiltrådt i marts og april måned 2010, bevirker ikke, at disse ikke har ansvaret for indsendelsen af årsrapporten. Det er som udgangspunkt altid den til styrelsen anmeldte ledelse, der har ansvaret for, at årsrapporten indsendes inden for de i loven fastsatte frister. Ledelsesmedlemmerne har således haft op til to en halv måned før indsendelsesfristens udløb til at få forholdene bragt i orden, og ydermere har der derefter været næsten en hel måned, idet påkravsfristen for årsrapporternes modtagelse i styrelsen var 24. juni 2010.

Klager henviser i sit brev til Erhvervsankenævnet til en tidligere kendelse i Erhvervsankenævnet, j-nr. 03-185.886, som vedrører det forhold, at virksomheden på grund af, at honorar til revisor for tidligere år ikke var betalt, ikke kunne nå at udarbejde årsrapport inden for de i årsregnskabslovens fastsatte frister. Erhvervsankenævnet var i denne kendelse enige med styrelsen i, at det forhold, at revisors honorar for tidligere år ikke var betalt, og at revisor derfor krævede sikkerhedsstillelse for dette års udarbejdelse af årsrapporten, ikke var en sådan ganske særlig omstændighed, der kunne begrunde afgiftsfritagelse af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse.

Det er på baggrund heraf styrelsens opfattelse, at det forhold, at der har været problemer med at skaffe likviditet til regnskabsaflæggelsen, ikke kan berettige til afgiftsfritagelse. Det fremgår klart af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, at det er ledelsens ansvar, at årsrapporten udarbejdes i tide, så denne kan revideres og godkendes inden for de i loven fastsatte tidsfrister. Dette indbefatter også, at der er likviditet i virksomhederne til, at disse kan få udarbejdet årsrapporterne inden for lovgivningens tidsfrister.

Det er som nævnt styrelsens opfattelse, at den tiltrådte ledelse har haft op til to en halv måned til at få årsrapporterne udarbejdet, samtidig med, at de yderligere har haft en påkravsfrist på næsten en måned ekstra. Styrelsen mener dermed ikke, at der foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse.
...”

Ved skrivelse modtaget i ankenævnet den 5. oktober 2010 har E yderligere anført:

” ...

I redegørelsen kommer Erhvervs- og Selskabsstyrelsen frem til, at der ikke foreligger særlige forhold, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse for D, K2 og K3 (herefter benævnt ledelsesmedlemmerne).

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens konklusion bygger på tre argumenter:

1. At ledelsesmedlemmerne uanset tidspunktet for indtrædelsen, har det fulde ansvar for at sikre en rettidig regnskabsaflæggelse og revision
2. At manglende likviditet til gennemførelse af regnskabsaflæggelse ikke i sig selv er et særligt forhold, som berettiger til afgiftsfritagelse
3. At ledelsesmedlemmerne har haft to en halv måned til at rette op på de likviditetsmæssige forhold i koncernen

Vi er naturligvis ikke enige i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens konklusion.

Ad 1. Ledelsesansvar

Vi er enige i at den til enhver tid siddende ledelse, som udgangspunkt har det fulde ansvar for at årsrapporten udarbejdes i tide, så den kan re-

videres og godkendes indenfor de af årsregnskabsloven fastsatte tidsfrister.

Udgangspunktet herfor er, at ledelsesmedlemmerne ikke har nogen begrænsninger i deres mulighed for at tilrettelægge regnskabsaflæggelsen, således at man kan opfylde årsregnskabslovens tidsfrister.

I friheden til at tilrettelægge regnskabsaflæggelsen ligger også et ansvar og en pligt at tage denne opgave alvorligt.

Et ledelsesmedlem som tiltræder midt i en regnskabsaflæggelse, har ikke de samme muligheder for at påvirke processen omkring regnskabsaflæggelsen, som et ledelsesmedlem, der har været med fra start af processen.

Det er jo netop af denne grund, at bestemmelsen § 152, stk. i årsregnskabsloven om afgiftsfritagelse giver mening.

En situation, hvor personer indtræder i ledelsen i en kriseramet virksomhed midt i regnskabsaflæggelsen er ikke nogen normal omstændighed og kravene til hvad der kan lægge dem til last i forbindelse med en for sen indsendelse af årsrapport må derfor også justeres i forhold til dette.

Vurderingen skal i øvrigt såvidt muligt bygge på faktiske forhold og ikke bare skøn over hvad der burde kunne lade sig.

Det forhold at ledelsespersonerne har forsøgt at fremme regnskabsaflæggelsen, men ikke er lykket, er princip nok til afgiftsfritagelse.

Ad 2. Manglende likviditet til regnskabsaflæggelsen

Vi er ikke enige i styrelsens fortolkning af Erhvervsankenævnets afgørelse. I afgørelsen blev der lagt vægt på, at ledelsen i den pågældende sag havde udvist særlig skødeløshed ved ikke at have sikret revisors betaling for tidligere års arbejde.

Der tages i sagen ikke stilling til en gæld til revisor, som er opstået i forbindelse med regnskabsaflæggelsen. Det indikeres efter vores opfattelse i afgørelsen at gæld opstået under regnskabsaflæggelsen skal måles efter en anden skala.

I A's tilfælde er der jo ikke tale om gæld vedrørende tidligere år, men gæld som er oparbejdet i forbindelse med regnskabsudarbejdelse af selskaberne samt tilhørende datterselskaber og underliggende selskaber. Regnskaber, som er en forudsætning for regnskabsaflæggelsen i de af ankesagen berørte selskaber.

En gæld, som den tidligere direktion i A i væsentlig grad har ansvaret for.

De nuværende ledelsesmedlemmer bør alene bedømmes ud fra deres håndtering af gældssituation fra deres tiltrædelse og den efter den skala, der skal sættes for nyopstået gæld.

Ad 3. Tidsmæssige aspekt

Erhvervs og Selskabsstyrelsen fremhæver, at der fra ledelsesmedlemmernes tiltrædelse i marts/april måned 2010 er ca. to en halv måned til at rette tingene op i og at de indtrådte ledelsesmedlemmer i A koncernen bør bære det fulde ansvar og derfor ikke fritages for afgifter.

Koncernens økonomiske situation var ved ledelsesmedlemmernes tiltrædelse meget kritisk og der var reelt været en stille betalingsstandsning i perioden frem til indgåelsen af en stand-still aftale med koncernens 11 største kreditorer samt bevillingen af en midlertidig låneramme til 1. juni 2010 på 1,7 mio Euro ... Se beskrivelse af koncernens økonomiske situation i årsrapporten 2009 ...

Forhandlingerne med koncernens kreditorer har været omfattende, tidskrævende og kompliceret. Der har fra de involverede bankers og kreditorens side været anvendt advokater, rekonstruktionsrådgivere m.fl. Det er blandt andet G, Advokatfirmaet H samt I, der har været anvendt.

Det skal bemærkes, at forhandlingerne omkring den endelige løsning af koncernens økonomiske situation stadigvæk pågår på trods af det næsten 4 måneder siden at den midlertidige aftale er blevet etableret.

Det er derfor svært at se hvordan ledelsesmedlemmerne kunne gøre mere for at fremskynde regnskabsaflæggelsen i de berørte selskaber, hvad angår den midlertidige likviditetsfremskaffelse.

Den stille betalingsstandsning var iøvrigt nødvendig for sikre at der ikke skete forringelser for kreditorerne imellem.

Det betød i praksis også, at der ikke kunne ske betaling af ...'s tilgodehavende, uanset om der måtte være enkelte midler tilstede.

En betaling af ... vil kunne have medført et ledelsesansvar samt et eventuelt erstatningsansvar, som ville blive væsentlig større end de pålagte afgifter fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Man kan vel næppe kræve at ledelsesmedlemmer i denne situation skal overtræde konkurslovens regler for at overholde reglerne i årsregnskabsloven.

Alle de ovennævnte forhold gør, at der efter vores opfattelse er tale om sådanne særlige forhold, der kan begrunde en fritagelse for afgifter.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 21. oktober 2010 bemærket:

” ...

Vedrørende pkt. 1 om ledelsens ansvar medgiver styrelsen, at der ikke er tale om en normal situation. Dette ændrer imidlertid ikke ved, at det er ledelsens pligt, at der bliver udarbejdet en årsrapport, inden for de i års-

regnskabsloven givne frister, for de pågældende virksomheder. Når virksomheder er i økonomiske vanskeligheder, er det så meget desto mere vigtigt, at årsrapporterne kommer til offentlighedens kendskab inden for de givne frister.

Vedrørende pkt. 2 om manglende likviditet til regnskabsaflæggelsen fastholder styrelsen fortolkningen af den refererede erhvervsankenævnskendelse.

E anfører vedrørende pkt. 3 om det tidsmæssige aspekt, at der har været tale om en stille betalingsstandsning.

En sådan stille betalingsstandsning er ikke omfattet af konkurslovens regler. Havde der været anmeldt en betalingsstandsning efter konkurslovens regler kunne virksomhederne have anmodet styrelsen om fristforlængelse i forbindelse med årsrapporternes indsendelse, jf. årsregnskabslovens § 140. Det fremgår heraf, at styrelsen kan tillade, at årsrapporten uanset fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt. (5 måneders fristen), først indsendes, så den modtages i styrelsen senest 1 måned efter betalingsstandsningens ophør.

Havde virksomhederne benyttet denne mulighed for at anmelde en betalingsstandsning ville virksomhederne således have haft 1 måned efter betalingsstandsningens ophør til at indsende årsrapporten, før der ville blive pålagt afgift.”

E har ved skrivelse modtaget i ankenævnet den 12. november 2010 bemærket:

”Vi har modtaget Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kommentarer til vores bemærkninger at 4. oktober 2010.

Vi har kun følgende kortfattede kommentarer hertil.

Ad 1. Ledelsesansvar

Vi er glade for, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anerkender, at der ikke foreligger en normal situation.

Det er jo forudsætningen for, at der kan foreligge særlige omstændigheder, der kan begrunde afgiftsfritagelse og dermed også grundlaget for vores anke af de pålagte afgifter.

Vi er naturligvis af den opfattelse, at summen af de i ankesagen beskrevne forhold gør, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, som kan begrunde en hel eller delvis afgiftsfritagelse.

Ad 2. Manglende likviditet til regnskabsaflæggelsen

Vi har til dette punkt ikke yderligere kommentarer, men kan blot konstatere, at vi er uenige med Erhvervs og Selskabsstyrelsen på dette punkt.

Ad 3. Tidsmæssige aspekt

Vi er enige i, at en stille betalingsstandsning ikke er omfattet af konkurslovens regler. Vi ville alene fremhæve, at en forfordeling af ... som debitor kunne medføre et brud på konkursreglerne ved en efterfølgende konkurs og dermed et eventuelt personligt erstatningsansvar for ledelsesmedlemmerne. Derfor var denne løsning ikke anvendelig.

Vi er enige i, at en beslutning om frivillig betalingsstandsning kunne have udsendt fristen for indsendelse af årsrapporterne.

I koncernforhold er det dog bestyrelsen i moderselskabet, her A A/S som træffer beslutning om indtræden i betalingsstandsning for koncernen, herunder datterselskaber.

De i ankesagen berørte ledelsesmedlemmer har i dette tilfælde kunnet påvirke udfaldet af beslutningen, men har ikke haft selvstændig beslutningskompetence i forhold til indtræden i en betalingsstandsning i de berørte selskaber.

Valget af rekonstruktionsmodel kan derfor ikke belastes de berørte ledelsesmedlemmer.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ved skrivelse af 18. november 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ledelsen har ansvaret for, at et selskabs årsrapport udarbejdes i tide, så den kan revideres og godkendes inden for de i loven fastsatte frister, jf. årsregnskabslovens § 8, stk. 2.

Selskabernes problemer med fremskaffelse af likviditet til betaling af revisor med deraf følgende forsinkelse med indlevering af årsrapporterne udgør ikke en sådan særlig omstændighed, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter.

Da der ud fra de foreliggende oplysninger, herunder tidspunktet for ledelsesmedlemmernes tiltræden i øvrigt ikke findes at foreligge sådanne ganske særlige omstændigheder, jf. § 52, som kan begrunde afgiftsfritagelse, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

23) Kendelse af 28. februar 2011 (J.nr. 2010-0022465).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Piya Mukherjee, Lars Holtug og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelser af 23. juli 2010 har K1 og K2 som ledelsesmedlemmer i A ApS, B A/S, K/S C, K/S D, K/S E, Komplementerselskabet D og F ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 9. juli og 16. juli 2010 har pålagt dem afgifter på 2.000 kr. hver i sær for hver af virksomhederne for ikke rettidig indsendelse af årsrapporterne for 2009.

Sagens omstændigheder:

K1 og K2 har i to i det væsentligste identiske skrivelser af 23. juli 2010 til Erhvervsankenævnet klaget over pålagte afgifter. I klageskrivelsen fra K1 anføres det:

” ...

Afgift for overskridelse af indsendelsesfristen jf. årsregnskabsloven § 151, stk. 3.

For følgende selskaber:

F ApS, ...

B A/S, ...

K/S C, ...

K/S D, ...

K/S E, ...

Vi beklager den for sene indsendelse som skyldes følgende forhold:

Vores faste bogholder for G A/S, H, langtidssygemeldes primo april. Lægeerklæring kan fremsendes efterfølgende. Vores K/S bogholder I opsiges sin stilling med fratrædelse den 30.04.2010. Vi har derefter hyret extern arbejdskraft ved ... direktør J samt K fra L Det er klart, at det ikke har været muligt for eksterne konsulenter hurtigt at sætte sig ind i bogholderiet bl.a. fordi der er mange opgaver der vedrører transaktioner med udlandet.

Til at bistå de eksterne konsulenter havde virksomheden ansat en Cand. Merc. Ling. i tysk til at hjælpe med oversættelser, rapportering til eksterne parter, samt bistand i øvrigt. Desværre opsiges M sin stilling den 24. juni og sygemelder sig herefter, hvilket sætter færdiggørelsen af års-

rapporterne helt i stå. Kopi af sygemelding vedlagt. Vi må herefter bede vores eksterne revision om at træde til for at overholde tidsfrister. N revisorerne har dog vanskeligt ved at gennemføre arbejdet indenfor de tidsfrister der er angivet af E&S, da der også er andre klienter, der presser på.

Endvidere kan jeg oplyse at jeg var indstillet til en operation som kræver indlæggelse i flere dage den 14. juni men p.g.a. ovennævnte udfordringer udsatte jeg operationen til den 28. juni. Operationen krævede at jeg var sygemeldt og forholdt mig i ro uge 26. Den 2. juli mødtes jeg med N revisorerne for at underskrive regnskaberne. N revisorerne oplyste at det var tidsnok og at vi overholdt indleveringsfristen.

Vi mener selv at vi samt vores revisorer har gjort alt der var muligt for at overholde de angivne tidsfrister, men desværre forsinkes års rapporter, som indleveres fredag den 02. juli hos E&S i Kampmanns gade 1.

Grundet sammenfaldet af de mange meget uheldige omstændigheder bedes undertegnede fritaget for afgiften for ovenstående selskaber.

Jeg må desværre erkende, at jeg ikke er helt sikker på at alle selskaber som jeg har modtaget en afgift på er med i ovennævnte opstilling p.g.a. den pressede situation. Jeg skal anmode om at E&S søger mig på CPR.nr.
...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 24. september 2010 udtalt:

” ...

Klagen vedrører afgifter, som er pålagt de pågældende som følge af for sen indsendelse af årsrapporterne for 2009 for følgende virksomheder:

- F ApS, CVR-nr.
- B A/S, CVR-nr. ...
- K/S C, CVR-nr. ...
- K/S D, CVR-nr. ...
- K/S E, CVR-nr. ...
- Komplementarselskabet D, CVR-nr. ...

Herudover har K1 i sit brev til nævnet anført:

”Jeg må desværre erkende, at jeg ikke er helt sikker på at alle selskaber som jeg har modtaget en afgift på er med i ovennævnte opstilling p g.a. den pressede situation. Jeg skal anmode om at E&S søger mig på CPR.nr”

K1 har efterfølgende i brev af 20. august 2010 til Erhvervsankenævnet – der er eftersendt til styrelsen – oplyst, at klagen er udvidet til også at om-

fatte afgift pålagt som følge af for sen indsendelse af årsrapporten for 2009 for følgende virksomhed:

- N ApS, CVR-nr. ...

Styrelsen har på denne baggrund foretaget en søgning af de virksomheder, i hvilke A er registreret som ledelsesmedlem. Det fremgår heraf, at A ikke er pålagt afgifter vedrørende for sen indsendelse af årsrapporter for andre virksomheder end de, der er anført i hans klage.

Det skal bemærkes, at klagerne har henvendt sig direkte til Erhvervsankenævnet, og at styrelsen derfor ikke har haft mulighed for at vurdere, om der, jf. årsregnskabslovens § 152, forelå ganske særlige omstændigheder, hvorefter styrelsen kunne fritage et ledelsesmedlem for afgifter som følge af, at den pågældende har godtgjort at have søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten, og at forsinkelsen derfor ikke kunne lægges den pågældende til last. **Styrelsen har på baggrund af nærværende klage fritaget K2 for den afgift, der er pålagt ham som direktør i Komplementarselskabet D.** K2 er iflg. generalforsamlingsprotokollat indtrådt som direktør den 5. juli 2010, hvilket er registreret i styrelsen samme dag. Årsrapporten for 2009 er herefter underskrevet af ham den 6. juli 2010, hvorefter den er modtaget i styrelsen den 7. juli 2010. Årsrapporten er således modtaget i styrelsen to dage efter, at K2 er tiltrådt som direktør. På denne baggrund er det styrelsens vurdering, at K2 har handlet så hurtigt i sin tid som direktør, at det må anses for godtgjort, at han har søgt at fremme indsendelsen af årsrapporten for 2009.

Som det vil fremgå af nedenstående gennemgang har styrelsen derimod ikke fundet grundlag for med hjemmel i årsregnskabslovens § 152 at fritage for de afgifter, der er pålagt ledelsesmedlemmerne i de øvrige af klagen omfattede virksomheder.

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt K1 (EF) og K2 (CM) afgifter i deres egenskab af medlemmer af virksomhedernes øverste ledelser som følge af for sen indsendelse af årsrapporterne for 2009 for de af klagen omfattede selskaber således:

...

Virksomhedernes årsrapporter for 2009 skulle være Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde senest den 31. maj 2010. Da årsrapporterne ikke var modtaget i overensstemmelse hermed, sendte styrelsen påkravsbreve til virksomhedernes registrerede adresse som anført i tabellen med anmodning om at indsende årsrapporterne, så de var modtaget som anført i tabellen. Det fremgår af påkravsbrevene, at hvis årsrapporten ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest de anførte datoer, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporten blev modtaget i styrelsen.

Som følge af, at årsrapporterne blev modtaget efter fristens udløb som anført i tabellen og dermed efter påbegyndelsen af den 2. måned i henhold til fristen i styrelsens påkravsbreve, blev hvert medlem af virksomhedernes øverste ledelse pålagt en afgift på 2.000 kr. (pr. virksomhed).

På baggrund heraf klagede K1 og K2 i breve af 23. juli 2010 til Erhvervsankenævnet over de afgifter, de som ledelsesmedlemmer var pålagt som følge af for sen indsendelse af virksomhedernes årsrapporter.

...

Sagens retlige omstændigheder

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.

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 adfældsregulerende 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

Der er ikke i klagerne anført noget om sammenhængen mellem G A/S og de i klagen oplyste selskaber. Styrelsen har i mangel heraf valgt at opfatte henvisningen til G A/S således, at klagerne påberåber sig, at administrationen af de oplyste selskaber blev varetaget af G A/S, og at de opregnede forhold hos G A/S skulle være årsag til den forsinkede indsendelse af årsrapporterne for de oplyste selskaber.

Hermed er det principalt styrelsens vurdering, at situationen er omfattet af bestemmelsen i årsregnskabslovens § 152, stk. 2, hvorefter det ikke i sig selv fritager et ledelsesmedlem for ansvar for den forsinkede indsendelse, at der er begået fejl hos virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende.

I så fald er der jf. forarbejderne til bestemmelsen tale om et anliggende imellem ledelsesmedlemmet og de pågældende ansatte eller rådgivere [Jf. lovforslag L 138, fremsat den 10. januar 2001 af erhvervsministeren, side 146, 1. spalte.]. Det er efter styrelsens vurdering uden betydning, at de to klagere udgjorde bestyrelsen i G A/S frem til dette selskabs konkurs den 13. august 2010 og at K1 tillige var selskabets direktør.

Heller ikke de påberåbte forhold i G A/S kan efter styrelsens vurdering i sig selv begrunde en fritagelse for de pålagte afgifter:

Den faste bogholder for G A/S, H, langtidssygemeldes primo april

- Det påhviler virksomhedens ledelse at tilrettelægge administrationen sådan, at lovgivningen kan overholdes. I det omfang en bogholder sygemeldes primo april, har ledelsen haft knap to måneder frem til indsendelsesfristens udløb til at foretage det nødvendige for at få årsrapporten udarbejdet. I den forbindelse må det forventes, at selve bogføringen for 2009 allerede er udarbejdet i overensstemmelse med bogføringslovens regler.

K/S bogholder I opsig sin stilling med fratrædelse den 30.04.2010

- Efter almindelige opsigelsesregler må opsigelsen være indgivet inden udgangen af marts måned. Ledelsen har således haft knap to måneder frem til indsendelsesfristens udløb til at foretage det nødvendige for at få årsrapporten udarbejdet. I den forbindelse må det forventes, at selve bogføringen for 2009 allerede er udarbejdet i overensstemmelse med bogføringslovens regler.

Det har ikke har været muligt for eksterne konsulenter hurtigt at sætte sig ind i bogholderiet bl.a. fordi der er mange opgaver der vedrører transaktioner med udlandet.

- Det påhviler virksomhedens ledelse at tilrettelægge administrationen sådan, at lovgivningen kan overholdes. I den forbindelse må det forventes, at selve bogføringen for 2009 allerede er udarbejdet i overensstemmelse med bogføringslovens regler. Har det ikke været tilfældet har ledelsen ikke levet op til sit ansvar for at tilrettelægge virksomhedens administration på en forsvarlig måde.

Til at bistå de eksterne konsulenter havde virksomheden ansat en Cand. Merc. Linq. i tysk til at hjælpe med oversættelser, rapportering til de eksterne parter, samt bistand i øvrigt. Desværre opsig vedkommende M sin stilling den 24. juni og sygemelder sig herefter, hvilken sætter færdiggørelsen af årsrapporterne helt i stå.

- Det påhviler virksomhedens ledelse at tilrettelægge administrationen sådan, at lovgivningen kan overholdes. Indsendelsesfristen for de af klagerne omhandlede årsrapporter udløb således 24 dage **inden** den angivne dato for medarbejderens opsigelse.

Den eksterne revision, N revisorerne, har vanskeligt ved at gennemføre arbejdet indenfor de tidsfrister, der er angivet af E&S, da der også er andre klienter, der presser på.

- N er kun revisor for tre af de af klagen omfattede virksomheder, nemlig K, L, M. I disse selskaber er revisor valgt på generalforsamlinger afholdt den 27. maj 2010, altså få dage før indsendelsesfristens udløb. Det kan derfor allerede på grund af den korte ikke frist lastes revisionsvirksomheden, at den ikke kunne bistå med regnskabsudarbejdelsen for de pågældende virksomheder. K1 har i en mail til styrelsen på vegne af selskaberne oplyst, at revisorskiftet er begrundet i et billigere tilbud om udførelse af revisionen. Ved revisorskifte så tæt på indsendelsesfristen burde virksomhedernes ledelser have indset, at det ville være meget vanskeligt at overholde indsendelsesfristen.

A bliver opereret ultimo juni 2010 og er sygemeldt i uge 26.

- Operationen og sygemelding finder sted knap en måned efter, at fristen for indsendelse af årsrapporterne er overskredet.

Det er samlet set subsidiært styrelsens vurdering, at ingen af de ovenfor opregnede forhold i sig selv giver anledning til at fritage for de pålagte afgifter. Det lægges til grund, at såfremt virksomhedernes ledelser havde levet op til sit ansvar for at tilrettelægge virksomhedens administration på en forsvarlig måde, ville det trods de opregnede forhold have været muligt at indsende årsrapporterne så betids, at afgifterne havde været undgået.

Det skal for en god ordens skyld gentages, at styrelsen har fritaget K2 for den afgift, der er pålagt ham som direktør i Komplementarselskabet D, idet han først er indtrådt som direktør to dage før, virksomhedens årsrapport er modtaget i styrelsen.

...”

K1 har ved skrivelse af 27. oktober 2010 heroverfor bemærket:

”
...

Til ovennævnte redegørelse har jeg følgende bemærkninger.

Øverst side 2. Jeg henvendte mig først med min klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og talte med overassistent O og fik den besked, at hun ikke havde bemyndigelse til at behandle min klage, men at jeg skulle skrive direkte til Ankestyrelsen.

På side 4: Afsnit styrelsens udtalelse. Jeg kan bekræfte at G A/S har stået for den samlede administration af de angivne selskaber.

På side 5 afsnittet K/S bogholder I kan jeg hermed anføre følgende oplysninger. For I vedkommende var hendes arbejdsområde at udarbejde og færdiggøre årsregnskaberne for K/S B, C, D samt E ApS og F ApS. Arbejdet indebærer, at oplysninger til årsregnskabet skal indsamles fra de pågældende lokale, her ..., administratorer af de pågældende K/S'er herunder tilhørende komplementarselskaber, som alle har drift i ..., hvor de pågældende vindmøller er opstillet. Dette indsamlingsarbejde kan ikke påbegyndes før, at omsætningen er endelig afregnet fra de tyske elværker ultimo januar/primus februar – der har derfor været en meget kort periode inden Is fratræden til færdiggørelse af årsregnskaberne. Det har derfor været helt nødvendigt at benytte den nævnte eksterne arbejdskraft med de begrænsninger det medførte jf. min tidligere skrivelse.

På side 6 2. indsat N. N var revisor for alle selskaber, men glemte simpelthen at udføre arbejdet for det sidste selskab og sende Årsrapporten ind.

Vi mener derfor fortsat, at vi har gjort alt, hvad der arbejdsmæssigt og økonomisk stod i vores magt for at færdiggøre og aflevere årsregnskaberne for de pågældende selskaber, og beder derfor Erhvervsankenævnet tage sagen op til fornyet overvejelse.
...”

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:

” ...

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.

...”

Der findes ikke med langtidssygemeldingen fra bogholder H primo april 2010 og ej heller med Is opsigelse af sin stilling som bogholder med fratreden 30. april 2010 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.

Herefter, og da der i øvrigt ikke er anført sådanne ganske særlige omstændigheder, tiltræder ankenævnet - under henvisning til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens begrundelse ved skrivelse af 24. september 2010 - de af styrelsen ved skrivelser af 9. juli og 16. juli 2010 pålagte afgifter.

24) Kendelse af 28. februar 2011 (J.nr. 2010-0022509).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Monica Reib, Lars Holtug og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 6. august 2010 har advokat A på vegne af bestyrelsesmedlemmerne, K i B A.M.B.A. og C A.M.B.A. klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 27. juli 2010 har afslået at fritage de pågældende bestyrelsesmedlemmer for betaling af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af undtagelseserklæringer for selskaberne for 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 17. september 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder.

Den 16. juni 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til årsregnskabslovens [senest bekendtgjort som lovbekendtgørelse nr. 395 af 25. maj 2009 med senere ændringer] § 150, stk. 1 sendt påkravsbrev til bestyrelserne i henholdsvis B A.M.B.A. og C A.M.B.A., idet styrelsen ikke havde modtaget selskabernes årsrapporter rettidigt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 5. juli 2010 undtagelseserklæringer vedrørende de to ovennævnte selskaber.

Ved brev af den 9. juli 2010 henholdsvis den 30. juli 2010 pålagde styrelsen bestyrelsesmedlemmerne i B A.M.B.A. henholdsvis C A.M.B.A. afgifter som følge af for sent modtaget undtagelseserklæring i henhold til årsregnskabslovens § 151, jf. § 145, stk. 2.

Styrelsen modtog den 23. juli 2010 en klage fra advokat A, der på vegne af selskaberne og bestyrelsesmedlemmerne i selskaberne klagede over de pålagte afgifter. Ved brev af den 27. juli 2010 meddelte styrelsen, at vi ikke kunne give medhold i klagen. A er i øvrigt registreret som bestyrelsesmedlem i B A.M.B.A. samt som forretningsfører i C A.M.B.A.

Ved brev af den 6. august påklagede A styrelsens afgørelse af den 27. juli.

...

De to ovennævnte selskaber, B A.M.B.A. og C A.M.B.A. er anmeldt til og registreret i styrelsens it-system som andelsselskaber med begrænset ansvar i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder [senest bekendtgjort som lovbekendtgørelse 559 af den 19. maj 2010]. Ifølge lovens § 1, stk. 1 finder loven anvendelse på selskaber, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Selskabernes vedtægtsbestemte formål er registreret i styrelsens it-system, og ifølge begge selskabers vedtægtsbestemte formål udøves der erhvervsdrift, som defineret i lovens § 1, stk. 3.

...”

I klageskrivelse af 6. august 2010 har advokat A anført:

” ...

Foreningerne er stiftet som ikke-erhvervsdrivende interesseforeninger for internationale virksomheder. Efter krav fra udenlandske virksomheder om offentligt bevis for foreningens eksistens, blev foreningerne registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, idet det tidligere offentlige foreningsregister er nedlagt.

Til støtte for anmodningen gøres det gældende:

At det er en forudsætning for at pålægge foreningerne afgift i henhold til årsregnskabsloven, at foreningerne er omfattet af denne lov,

At foreningerne ikke er erhvervsdrivende, og ikke har økonomisk aktivitet,

At årsregnskabslovens § 1 angiver, at alene erhvervsdrivende virksomheder er omfattet af loven,

At årsregnskabslovens §§ 150-152 af denne årsag ikke er anvendelig hjemmel for at pålægge foreningerne og deres bestyrelser den pålagte afgift.

...”

I førnævnte redegørelse af 17. september 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere anført:

”
...

Sagens retlige omstændigheder

Andelsselskaber med begrænset ansvar er omfattet af årsregnskabsloven, jf. denne lovs § 1. Som udgangspunkt skal andelsselskaber med begrænset ansvar aflægge årsrapport efter reglerne i årsregnskabsloven, jf. lovens § 3, stk. 1. Andelsselskaber med begrænset ansvar kan dog undlade at aflægge årsrapport, hvis virksomheden i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider nogle nærmere angivne grænser. Hvis virksomheden vælger at benytte sig af denne undtagelse, så skal virksomheden ifølge § 4, stk. 3 indsende en undtagelseserklæring til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i overensstemmelse med § 145.

Begge selskaber har ifølge registrering i styrelsens it-system kalenderår som regnskabsår, hvorfor fristen for rettidig modtagelse af selskabernes årsrapport eller undtagelseserklæring er 5 måneder efter regnskabsårets udløb, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1, for så vidt angår årsrapporter, og § 145, stk. 2 for så vidt angår undtagelseserklæringer. Fristen for den rettidige modtagelse i styrelsen for selskabernes årsrapport eller undtagelseserklæring for regnskabsåret 2009 var således den 31. maj 2010.

Først den 5. juli 2010 modtog styrelsen undtagelseserklæringer for hvert af de to selskaber. I undtagelseserklæringerne erklærede selskabernes ledelse, at virksomhederne havde besluttet at anvende undtagelsen i årsregnskabslovens § 4 til at undlade at aflægge årsrapport efter årsregnskabsloven. Ledelsen indestår ifølge erklæringerne for, at virksomhederne for regnskabsåret 2009 opfylder betingelserne for at undlade at aflægge årsrapport. Da undtagelseserklæringerne imidlertid var modtaget efter fristens udløb den 31. maj 2010 pålagde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen bestyrelsesmedlemmerne i de to selskaber afgifter i henhold til årsregnskabslovens § 151. Der er efterfølgende udsendt rykkere, idet afgifterne ikke er betalt.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

C a.m.b.a. og B a.m.b.a. er begge registreret i styrelsens it-system som andelsselskaber med begrænset ansvar. Ved registrering af et selskab påser styrelsen, at betingelserne ifølge lov og praksis er opfyldt. Ifølge lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1 er det en betingelse for registrering af et andelsselskab med begrænset ansvar at selskabet er erhvervsdrivende. Det lægges således til grund at selskaberne på registreringstidspunktet har været erhvervsdrivende.

Hvis der efterfølgende i et selskab foretages ændringer, hvis f.eks. selskabet ophører med erhvervsdrift, er det selskabets ledelse, der har ansvaret for at foretagne registreringer i styrelsens it-system tilrettes som følge heraf, således at det registrerede til enhver tid svarer til de reelle forhold. Hvis et andelsselskab med begrænset ansvar ophører med at udøve erhvervsdrift, opfylder selskabet således ikke længere kravene til at være et andelsselskab med begrænset ansvar i henhold til lov om visse erhvervsdrivende virksomheder. Det er herefter selskabets ledelses ansvar at indkalde selskabets deltagere til generalforsamling med henblik på at ændre selskabets vedtægter, således at vedtægternes indhold, herunder formålsbestemmelsen samt selskabsbetegnelsen, svarer til de reelle forhold i selskabet. I forlængelse heraf er det selskabets ledelses pligt at sikre, at de ændrede vedtægter meddeles Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, således at de ændrede forhold kan blive registreret i styrelsens it-system.

Da der ikke er anmeldt ændringer til de foretagne registreringer, har styrelsen derfor lagt til grund, at de to selskaber fortsat er erhvervsdrivende og i øvrigt opfylder kravene til at være registreret som andelsselskaber med begrænset ansvar. Som følge heraf er selskaberne endvidere omfattet af årsregnskabsloven, idet denne finder anvendelse på alle erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovens § 1, stk. 1.

Et andelsselskab med begrænset ansvar kan i stedet for at indsende en årsrapport indsende en undtagelseserklæring, hvis betingelserne herfor er opfyldt, jf. årsregnskabslovens § 4. Undtagelseserklæringen skal opfylde kravene i årsregnskabslovens § 145 og skal være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter udløbet af regnskabsåret, jf. § 145, stk. 2, jf. § 138, stk. 1, 2. pkt. Såfremt undtagelseserklæringen ikke er rettidigt modtaget finder §§ 150 – 152 anvendelse, jf. § 145, stk. 2. Ifølge § 150, stk. 1 sender styrelsen et påkravsbrev til virksomhedens ledelse, hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er rettidigt modtaget. Sådanne påkravsbreve er sendt til begge selskabers bestyrelse den 16. juni 2010. Modtages årsrapporten eller undtagelseserklæringen efter udløbet af en frist på 8 hverdage regnet fra påkravsbrevets datering pålægger styrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse en afgift, jf. § 151, stk. 1.

Da påkravsbrevene er dateret den 16. juni 2010 og undtagelseserklæringerne er modtaget i styrelsen den 5. juli, er der for begge selskabers vedkommende tale om, at indsendelsesfristen er overskredet, jf. årsregnskabslovens § 138, stk. 1, 2. pkt., jf. § 145, stk. 2.

Det af advokaten anførte, om at selskaberne ikke er erhvervsdrivende og derfor ikke omfattet af årsregnskabsloven, fører efter styrelsens opfattelse ikke til et andet resultat. Selskaberne er registreret i styrelsens it-system som andelsselskaber med begrænset ansvar og er dermed omfattet af årsregnskabsloven, herunder lovens frist- og afgiftsreglerne for årsrapporter og undtagelseserklæringer.

Der findes ikke i øvrigt at være tale om sådan ganske særlige omstændigheder, der i medfør af årsregnskabslovens § 152, stk. 1 kan føre til fritagelse for de pålagte afgifter.

Det skal for en god ordens skyld nævnes, at det af afgiftsbrevet af den 9. juli 2010 til B A.M.B.A. og afgiftsbrevet af den 30. juli 2010 til C A.M.B.A. fremgår, at selskabernes årsrapporter er modtaget efter fristens udløb. Der er tale om et standardbrev, der genereres automatisk og dette er grunden til, at der fejlagtigt henvises til de modtagne årsrapporter. Selskaberne har ikke indsendt årsrapporter, men undtagelseserklæringer.
...”

Ved skrivelse af 14. oktober 2010 har advokat A yderligere anført:

” ...

Det gøres gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens definition af erhvervsvirksomheder er stridende mod ordlyden og intentionerne i Årsregnskabsloven og de til denne lov relaterede loves definition af erhvervsvirksomheder.

Årsregnskabslovens §1 stk. 2 definerer en erhvervsvirksomhed ved sin faktiske aktivitet: ”... *hvis den yder varer, rettigheder, pengemidler, tjenester eller lignende, for hvilke den normalt modtager vederlag.* Foreningen har ikke fra stiftelsen og til dato drevet nogen af de i §1 stk.2. anførte aktiviteter, ligesom foreningen ikke på noget tidspunkt siden stiftelsen har modtaget vederlag.

Erhvervsvirksomhedsloven §1 definerer på tilsvarende måde området for, hvilke virksomheder der er omfattet af denne lov, idet bestemmelsen angiver, at ”Loven finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem *erhvervsdrift.*”

Stk. 3 angiver herefter definitionen på erhvervsdrift under angivelse af virksomhedens faktiske økonomiske aktivitet. Ingen af de i bestemmelsen anførte aktiviteter udføres af foreningen, hvorfor foreningen ej heller er omfattet af Erhvervsvirksomhedsloven.

Sammenfattende gøres det gældende, at foreningens formålsbestemmelse ikke i sig selv medfører, at årsregnskabsloven og erhvervsvirksomhedsloven finder anvendelse. Det kræves tillige at foreningen faktisk udøver den aktivitet, der i lovgivningens forstand karakteriserer virksomheden som erhvervsdrivende.

Varsling af afgifter:

Vedlagt fremsendes Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påkrav dateret 16.6.2010 om indsendelse af årsrapport eller undtagelseserklæring med tilhørende kuvert poststempelt 06.10.10, modtaget mig den 08.10.10. På baggrund af vedlagte dokumentation for, at påkravet ikke er kommet frem forud for opkrævning af afgift, anmodes også på denne baggrund om, at der ikke pålægges afgift under henvisning til det manglende påkrav.
...”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er ved skrivelse af 5. november 2010 fremkommet med følgende bemærkninger:

” ...

Styrelsens bemærkninger

De formelle forhold i en virksomhed, herunder registreringer i styrelsens it-system, skal til enhver tid stemme overens med de reelle forhold i den pågældende virksomhed. Hvis/når forholdene i en virksomhed således ændres, f.eks. derved at virksomheden ikke længere er erhvervsdrivende, er det virksomhedens ledelses pligt at sikre, at de formelle forhold, herunder registreringspligtige oplysninger ændres. En virksomheds interessenter skal til enhver tid kunne finde opdaterede oplysninger om virksomheden i styrelsens it-system. Det bemærkes, at styrelsen ikke på tidspunktet for en virksomheds registrering undersøger, om en virksomhed f.eks. reelt er erhvervsdrivende. Der foretages alene en formel vurdering af det indsendte materiale. Forhold i eksempelvis virksomhedens vedtægter kan dog give anledning til en formodning om, at der ikke foreligger erhvervsdrift. I sådanne tilfælde undersøger styrelsen forholdet. Det samme vil være tilfældet, hvis der efterfølgende anmeldes en ændring i eksempelvis virksomhedens formålsbestemmelse, som kunne give anledning til tvivl om hvorvidt virksomheden udøver erhvervsdrift. Styrelsen undersøger således ikke løbende af egen drift om en virksomhed eksempelvis er registreret med den korrekte selskabsform, herunder om virksomheden er erhvervsdrivende, og styrelsen er ikke forpligtet hertil.

De to omhandlede virksomheder er begge registreret som a.m.b.a.'er. A.m.b.a.'er er omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovens § 1, stk. 2, og i henhold til lovens § 8, stk. 1 skal sådanne selskaber registreres for at opnå retsevne som et sådant selskab med begrænset ansvar. Ifølge § 1 i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder finder loven alene anvendelse på virksomheder, der fremmer virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, dvs. virksomheden skal være erhvervsdrivende for at kunne registreres i henhold til denne lov. Da såvel C a.m.b.a. som B a.m.b.a. begge var registreret som a.m.b.a.'er i det omhandlede regnskabsår, 2009, lægges det til grund, at virksomhederne var erhvervsdrivende.

Det er derfor styrelsens vurdering, at de to konkrete virksomheder fortsat er omfattet af såvel lov om visse erhvervsdrivende virksomheder som af årsregnskabsloven, herunder af reglerne i sidstnævnte lov om frister for indsendelse af undtagelseserklæringer og reglerne om afgifter i forbindelse med for sen indsendelse.

A har anmodet om, at de pålagte afgifter ikke opkræves, idet styrelsens påkravsbrev ifølge A ikke er kommet frem forud for opkrævningen af afgiften. Ifølge årsregnskabslovens § 152 kan styrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvist fritage et ledelsesmedlem for betaling af pålagte afgifter. Påkravsbrevet er dateret den 16. juni 2010 og sendt til virksomhedens ledelse på virksomhedens adresse. Det følger af bemærkningerne til lovforslaget til § 152 [L 138 FT 2000/01], at det forhold at et ledelsesmedlem på grund af virksomhedens eller ledelsesmed-

lemmets egne forhold ikke har fået kendskab til påkravsbrevet inden udløbet af påkravsfristen ikke fritager medlemmet for afgift. Styrelsen har afsendt påkravsbrevet den 16. juni 2010 til den korrekte adresse og har ikke fået brevet retur. At påkravsbrevet ifølge det oplyste først er modtaget den 8. oktober kan således ikke i sig selv begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift.

Pligten til at indsende årsrapport eller undtagelseserklæring rettidigt, jf. årsregnskabslovens §§ 138 og 145, stk. 2 består ubetinget, dvs. uanset om et påkravsbrev eventuelt ikke er kommet frem til adressaten. På samme måde består pligten til at betale eventuelt pålagte afgifter i forbindelse med for sen indsendelse ubetinget, dvs. uanset om påkravsbrevet ikke er nået frem til adressaten forud for opkrævning af afgiften.

Slutteligt har klager anført, at de pålagte afgifter er betalt. Det er korrekt, at afgifterne var betalt da styrelsen udarbejdede sin udtalelse den 17. september 2010. Styrelsen anførte dog i udtalelsen blot under gennemgangen af sagsforløbet, at der tidligere var blevet udsendt rykkere, idet afgifterne ikke var betalt inden udløbet af fristen.

...”

Advokat A har den 22. november 2010 heroverfor bemærket:

”...

Foreningens retlige stilling

Uanset Erhvervs- og selskabsstyrelsens manglende konkrete undersøgelse af, hvorvidt foreningerne faktisk driver erhvervmæssige aktiviteter, gøres det fortsat gældende, at Årsregnskabsloven og Erhvervsvirksomhedsloven udtømmende gør op med, hvorvidt en virksomhed eller forening er omfattet af loven.

Det fastholdes derfor, at foreningerne, uanset der i henhold foreningernes formålsbestemmelser er adgang til at udøve erhvervsvirksomhed i lovgivningens forstand, er frit stillet med hensyn til, hvorvidt erhvervsvirksomhed faktisk udøves.

Det fastholdes fortsat, at foreningerne på intet tidspunkt har drevet erhvervmæssig virksomhed. Der er således ikke tale om, at foreningerne har ændret sine forhold fra at være erhvervsdrivende til at være ikke-erhvervsdrivende, hvorfor der ikke har været anledning til, for foreningernes bestyrelser, at ændre foreningernes formålsbestemmelser.

For så vidt angår dateringen af det fremsendte påkravsbrev henvises til den fremlagte kuvert fra Erhvervs- og selskabsstyrelsen, hvoraf det fremgår af brevet, der bærer dateringen 16.6.2010 først er afsendt den 6.10.2010 og modtaget hos adressaten den 8.6.2010.”

Ankenævnet udtaler:

B A.M.B.A. og C A.M.B.A. er begge registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system som andelsselskaber med begrænset ansvar i henhold til lov om

visse erhvervsdrivende virksomheder. Det må således lægges til grund, at selskaberne på registreringstidspunktet har været erhvervsdrivende. Da der ikke er anmeldt ændringer i de hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede oplysninger vedrørende virksomheden, herunder om virksomhedens eventuelle ophør af erhvervsdrift, lægger ankenævnet endvidere til grund, at B A.M.B.A. og C A.M.B.A. stadig er erhvervsdrivende og dermed omfattet af årsregnskabsloven, jf. denne lovs § 1.

Ankenævnet lægger efter det oplyste til grund, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afsendt påkravsskrivelserne den 16. juni 2010 i overensstemmelse med skrivelsernes dateringer. At påkravsskrivelserne ifølge klagers oplysninger først er modtaget den 8. oktober 2010 kan herefter ikke i sig selv begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter.

Henset hertil, og da der i øvrigt ikke er oplyst sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af 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 27. juli 2010.

25) Kendelse af 24. marts 2011 (J.nr. 2010-0022580).

Ikke grundlag for at anmode selskab om en ny årsrapport.

Selskabslovens § 109 samt indsendelsesbekendtgørelsen § 5, stk. 3, jf. stk. 2.

(Finn L. Meyer, Piya Mukherjee og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 20. august 2010 har advokat A på vegne af K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. august 2010 har meddelt, at en eventuel ugyldighed af en generalforsamling skal konstateres ved en retssag, og at styrelsen ikke finder grundlag for at anmode E ApS om indsendelse af en ny årsrapport for perioden 1. oktober 2008 til 30. september 2009.

Sagens omstændigheder:

I den af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 20. september 2010 har styrelsen om sagens faktiske omstændigheder anført:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

1. Styrelsen modtog fra advokat A på vegne af K, som er anpartshaver i selskabet, brev af 14. juni 2010. Advokat A anførte, at han var ved at udarbejde en fremstilling omkring dispositionerne i årsregnskabet.

2. I brev af 18. juni 2010 anførte advokat A, at det er hans klients opfattelse, at der ikke er sket behørig indkaldelse til generalforsamling til behandling af årsrapporten, og denne generalforsamling ikke er afholdt på trods af det forhold, at der angiveligt er indsendt en årsrapport for selskabet, og den skulle være godkendt på en generalforsamling.

Derudover anførte advokat A, at det var hans klients opfattelse, at en meget betydelig del af omkostningerne afholdt i årsregnskabet med status pr. 30. september 2009 ikke er selskabsrelevante og må anses i stedet for at være afholdt på vegne af hovedanpartshaveren.

Med brevet var ...[fulgte en række bilag]

3. B, der er bestyrelsesmedlem og direktør i selskabet, kommenterede i brev af 24. juni 2010 det af advokat A i brev af 18. juni 2010 anførte. Efter B's opfattelse var der tale om fejlagtige påstande fra advokat A's side.

Med brevet fulgte en række bilag.

4. I brev af 8. juli 2010 svarede styrelsen advokat A, at styrelsen ikke fandt grundlag for at anmode om en ny årsrapport.

Styrelsen havde også fastholdt en afgift, som var pålagt, fordi årsrapporten var modtaget for sent. Denne afgørelse ændrede styrelsen i brev af 9. august 2010 og fritog for betaling af afgift.

B modtog notits af styrelsens afgørelse.

5. I mail af 15. juli 2010 oplyste C fra D AB (svensk datterselskab), at de har problemer med at få dele af E ApS' regnskabsmateriale tilbage, som var udlånt til advokat A og K.

Styrelsen svarede i mail af 5. august 2010, at styrelsen ikke kunne gå ind i sagen, da det ikke er styrelsens opgave som myndighed at bistå eller vejlede i konflikter i selskaber

6. I brev af 23. juli 2010 anførte advokat A herefter, at der ikke har været indkaldt til generalforsamling den 31. marts 2010. Derfor er eventuelle beslutninger, herunder godkendelse af årsrapporten således åbenbare ugyldige allerede som følge af den manglende indkaldelse.

7. Styrelsen svarede i brev af 9. august 2010, at styrelsen fortsat ikke fandt grundlag for at anmode om en ny årsrapport. Denne afgørelse er indbragt for Erhvervsankenævnet.

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 9. august 2010 hedder det blandt andet:

” ...

2. Indvendinger mod årsrapport godkendt på generalforsamling afholdt den 31. marts 2010

...

Afslag

Vi finder fortsat ikke grundlag for at anmode om en ny årsrapport.

Begrundelsen for afslaget

Som nævnt i vores brev af 8. juli 2010 må en eventuel ugyldighed af en generalforsamling konstateres ved en retssag, jf. §§ 108 og 109 i bekendtgørelse om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven).

Vi kan også henvise til bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007. om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen).

...”

Advokat A har i klageskrivelse af 20. august 2010 anført:

” ...

Med henvisning til afgørelsens punkt 2 gøres det gældende, at der foreligger så åbenbare formelle mangler ved generalforsamlingens godkendelse af denne årsrapport, der angives som godkendt på generalforsamlingen den 31. maj 2010, at Styrelsen bør statuere, at måtte der være afholdt en generalforsamling, er denne ikke gyldig, og en årsrapport kan således ikke være godkendt på den pågældende dato.

Det er korrekt, at dirigenten angiver, at der er afholdt generalforsamling den 31. marts 2010, men det er åbenbart, at der ikke er sket indkaldelse til denne i overensstemmelse med anpartsselskabsloven og selskabets vedtægter.

Dirigenten har end ikke forsøgt at dokumentere, at der er fremsendt en indkaldelse til den pågældende generalforsamling, hvilket må antages at have sammenhæng med, at en indkaldelse til en generalforsamling den 31. marts 2010 aldrig er foretaget.

For så vidt angår materielle mangler ved den årsrapport, der angives godkendt på generalforsamlingen den 31. marts 2010, kan jeg henvise til mit brev af 18. juni 2010 til ... Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med underliggende bilag.

...

Efter min opfattelse er der ligeledes åbenbare materielle mangler ved årsrapporten, hvilket ikke gør det mindre nærliggende for Styrelsen at træffe afgørelse om, at årsrapporten skal behandles igen.

...”

I fornævnte af Erhvervsankenævnet indhentede redegørelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 20. september 2010 har styrelsen i øvrigt anført:

” ...

Udtalelse

...

Styrelsen fastholder sin afgørelse. Der er ikke grundlag for at anmode om en ny årsrapport. En eventuel ugyldighed af årsrapporten må konstateres ved en retssag, jf. §§ 108 og 109 i bekendtgørelse om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven).

Styrelsen kan ikke gå ind i en sådan bedømmelse, som typisk vil kræve en bevisbedømmelse, som styrelsen som registreringsmyndighed ikke er pålagt at foretage.

...

Sagens retlige omstændigheder

Der er indsendt en årsrapport, som dirigenten har godkendt den 31. marts 2010. En sådan godkendelse må styrelsen som udgangspunkt lægge til grund. Det følger af § 5, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007 om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen), hvorefter dirigenten for generalforsamlingen, som har godkendt årsrapporten, ved sin underskrift på årsrapporten bekræfter, at årsrapporten er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom.

Hvis der foreligger en anmeldelse af en beslutning, der er i overensstemmelse med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv., er udgangspunktet, at styrelsen skal foretage registrering af den anmeldte beslutning.

Styrelsen kan således ikke gå ind i en sådan bedømmelse om gyldigheden af den afholdte generalforsamling. Det vil kræve en bevisbedømmelse, som styrelsen som registreringsmyndighed ikke er pålagt at foretage. Styrelsen kan derfor ikke med den fornødne sikkerhed afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt.

Styrelsens prøvelse omfatter alene en prøvelse af, om en beslutning er i strid med lovgivningen, stiftelsesdokumenter, vedtægterne mv. og ikke herudover en materiel prøvelse af beslutningens korrekthed. Er de nævnte krav opfyldt, skal der således ske registrering, uanset om der er mulighed for, at det senere måtte vise sig ved en dom, at den materielle beslutning ikke var korrekt.

For så vidt angår beslutninger, der er truffet på en generalforsamling, må en eventuel ugyldighed heraf konstateres ved en retssag, jf. §§ 108 og 109 i bekendtgørelse om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven).

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering

Styrelsen kan og skal ikke på det foreliggende grundlag afgøre, hvem der har ret i den opståede konflikt om godkendelsen af årsrapporten. Styrelsen har således været berettiget til ikke at gå nærmere ind i den opståede konflikt, om generalforsamlingen var indkaldt og afholdt lovligt.

...”

Ankenævnet udtaler:

Årsregnskabslovens kapital 20 indeholder regler om selskabers indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I medfør af § 155, stk. 3, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved bekendtgørelse nr. 1526 af 13. december 2007 med senere ændringer (indsendelsesbekendtgørelsen) fastsat nærmere regler herom. Af bekendelsens § 5, stk. 3, jf. stk. 2, følger, at det eksemplar af årsrapporten, der indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som minimum skal være underskrevet af dirigenten for generalforsamlingen, der herved bekræfter, at årsrapporten er godkendt af virksomhedens direktion og bestyrelse, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægternes krav herom.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog den 31. marts 2010 årsrapporten for E ApS vedrørende perioden 1. oktober 2008 til 30. september 2009. Af årsrapporten, der er forsynet med dirigentens underskrift, fremgår det, at den er fremlagt og godkendt på selskabets ordinære generalforsamling den 31. marts 2010.

Som følge af det anførte, og idet det bemærkes, at det følger af § 109 i lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), at en kapitalejer, der mener, at en generalforsamlingsbeslutning, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er i strid

med selskabsloven eller selskabets vedtægter, kan anlægge sag ved retten, tiltræder ankenævnet, at der ikke er grundlag for at anmode om en ny årsrapport.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. august 2010.

26) Kendelse af 15. juli 2011 (J.nr. 2010-0022861).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabsloven §§ 151 og 152.

(Marianne Fog Jørgensen, Finn L. Meyer og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. oktober 2010 har K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 6. september 2010 har afslået at fritage ham for betaling af afgifter, som han er blevet pålagt som direktør i A ApS, B ApS og C ApS for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. januar 2009 til 31. december 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 28. februar 2011 om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog 1. juli 2010 årsrapporter for A ApS, B ApS. Årsrapporterne blev offentliggjort den 2. juli 2010.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtog 3. august 2010 årsrapport for C ApS. Årsrapporten blev offentliggjort den 5. august 2010.

Selskaberne har kalenderåret som regnskabsår. Årsrapporterne for regnskabsåret 2009 skulle således have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. maj 2010 for at være rettidigt indsendt.

A ApS og B øverste ledelsesorgan udgøres af direktionen. K og D er eneste medlemmer af direktionerne for ovennævnte selskaber.

C APS øverste ledelsesorgan udgøres af direktionen. K er eneste medlem af direktionen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagde den 2. juli 2010 medlemmerne af selskabernes øverste ledelse en afgift på 2.000 kr. pr. selskab, som følge af, at årsrapporterne for 2009 var modtaget for sent i styrelsen.

Den 14. juni 2010 havde styrelsen således sendt et påkravsbrev til selskabernes registrerede adresse med anmodning om at indsende årsrapporterne. Det fremgår af påkravsbrevene, at hvis årsrapporterne ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest den 24. juni 2010, ville hvert ledelsesmedlem blive pålagt en afgift, når årsrapporterne blev modtaget i styrelsen.

På grund af, at årsrapporterne blev modtaget efter fristens udløb og efter påbegyndelsen af den 2. måned, i henhold til fristerne i styrelsens breve af 14. juni 2010, blev ledelsesmedlemmerne i de pågældende selskaber hver pålagt en afgift på 2.000 kr.

K anmodede i brev af 5. juli 2010 styrelsen om fritagelse for den afgift, som er pålagt grundet for sen indsendelse af årsrapporterne for regnskabsåret 2009 for A ApS, B ApS og C ApS.

I brevet erkender K, at årsrapporten for A ApS, B ApS og C ApS er for sent indsendt.

Det følger videre af brevet, at selskaberne alene fungerer som anpartshaver i E ApS, CVR-nr. ... og F ApS, CVR.-nr. ..., og at der ikke forelå generalforsamlingsgodkendte årsrapporter for E ApS og F ApS før den 17. maj 2010.

Den forsinkede indsendelse begrundes med, at det ikke havde været muligt at få årsrapporterne for A ApS og B ApS godkendt af direktionen i disse selskaber, idet det ikke har været muligt at få D i tale, så årsrapporterne kunne færdiggøres.

Det følger videre af anmodningen om afgiftsfritagelse i brev af 5. juli 2010, at:

"Naturligvis skal D ikke underskrive årsrapporten etc. for C ApS; men som nævnte tidligere så kan denne årsrapport ikke gøres færdig, før årsrapporterne for A ApS og B er gjort færdige."

..."

I klageskrivelsen af 4. oktober 2010 har K anført blandt andet:

"Det er med stor beklagelse, at jeg ser mig nødsaget til at indbringe denne sag for Erhvervsankenævnet, idet jeg mener, at sagen for længst burde kunne have været afsluttet mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og undertegnede.

Årsagen til min opfattelse er, at jeg dels gennem hele forløbet af denne sag har gjort nøjagtigt, som jeg fik besked på af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som jeg har været i kontakt med flere gange i dette sagsforløb, og at jeg dels ikke har den ringeste indflydelse på, at selskabernes anden

direktør (D) bare har undladt at reagere på henvendelser fra revisor, advokat og undertegnede.”

I skrivelse af 30. oktober 2010 har K yderligere anført blandt andet:

”Afslutningsvis skal jeg bare konkludere, at hele denne sag og det meget store arbejde, som den efterhånden har medført for alt for mange involverede, kunne have været helt undgået, hvis jeg d. 24. maj d.å. (hvor jeg første gang henvendte mig til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om denne sag) havde fået de samme oplysninger, som jeg fik d. 23. juni d.å. Naturligvis er det ikke Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fejl, at der findes en person i direktionen for de ovenfor nævnte selskaber, der hverken reagerer på anbefalede breve fra revisor, advokat eller undertegnede. På den anden side vil jeg så også fastholde, at jeg heller ikke har ansvar for dette, og både revisor, advokat og undertegnede har gjort alt, hvad der stod i vores magt for at retfærdiggøre sagerne, lige så snart vi fik de relevante oplysninger fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen – desværre først d. 23. juni!”

K har yderligere ved skrivelse af 12. november 2010 bemærket blandt andet:

”...

Jeg har ingen indflydelse på om et ledelsesmedlem vil underskrive årsrapporterne. D, som der er tale om, har hverken svaret på revisors -, selskabets advokats – eller mine henvendelser.

[Den 5. november 2010] ... sendte jeg [et] ... [rekommanderet] brev til D, hvor jeg endnu en gang har fremsendt alle de papirer, der skal underskrives. Postvæsnet har bekræftet, at det rekommanderede brev blev modtaget d. 6. november d.å.; men hverken selskabets advokat, dets revisor eller jeg har fået reaktion her på.

Man kan da ikke gøre mig ansvar for, at et ledelsesmedlem ikke opfylder årsregnskabslovens § 10. Jeg har brugt utrolig lang tid på dette problem, og jeg har også haft meget personlige store udgifter i denne sag, idet jeg har forsøgt at følge den vejledning og rådgivning, som jeg modtog fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Foreløbig har jeg indbetalt kr. 10.000 i afgifter til hhv. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt til Erhvervsankenævnet.”

I førnævnte redegørelse af 28. februar 2011 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”...

Sagens retlige omstændigheder

Efter årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal selskabernes årsrapport indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så årsrapporten 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 selskabernes ledelse på selskabets 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.

Ifølge lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for afgift, at der har været usikkerhed omkring opgørelse af regnskabet, uanset hvad årsagen er. Af hensyn til kreditorer og investorer er det særlig vigtigt, at årsrapporten offentliggøres rettidigt.

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.

I henhold til årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 3. pkt., har hvert enkelt ledelsesmedlem herudover ansvar for, at årsrapporten, hvis revision er krævet, kan revideres og godkendes i tide.

Styrelsens udtalelse

Godkendte og reviderede årsrapporter for selskaberne for regnskabsåret 2009 skulle være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Da selskabernes regnskabsår udløb den 31. december 2009 skulle årsrapporterne for 2009 have været modtaget i styrelsen senest 31. maj 2010. Dette skete som nævnt ovenfor ikke.

I henhold til årsregnskabslovens § 152 skal et ledelsesmedlem kunne godtgøre, at han eller hun har forsøgt at indsende årsrapporten. Dette forhold gælder kun for perioden, der ligger forud for indsendelsesfristen i henhold til årsregnskabslovens § 138. Det vil med andre ord sige, at alle begivenheder efter 31. maj 2010 ikke kan begrunde en afgiftsfritagelse.

Ifølge klagen skyldes den forsinkede indsendelse af årsrapporterne blandt andet, at der ikke forelå generalforsamlingsgodkendte årsrapporter for E ApS og F ApS før den 17. maj 2010, hvori A ApS, B ApS og C ApS som eneste aktivitet ejer anpart i.

Det fremgår klart af lovbemærkningerne til årsregnskabslovens § 152, at usikkerhed om opgørelsen af årsrapporten ikke fritager et ledelsesmedlem for afgift, uanset hvad årsagen er. Hvis der på tidspunktet for udarbejdelse af årsrapporten er usikkerhed omkring opgørelsen, må der oplyses om usikkerheden i årsrapporten.

Ledelsesmedlemmet har således, på trods af usikkerhed om opgørelsen af årsrapporten, et ansvar for, at årsrapporten er udarbejdet, revideret, godkendt og modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indenfor den i årsregnskabsloven fastsatte tidsfrist.

Ifølge klager skyldes forsinkelsen endvidere det forhold, at D ikke har været samarbejdsvillig i forhold til at udarbejde og godkende årsrapporten.

Styrelsen bemærker i den forbindelse, at direktionen i selskaberne har haft 5 måneder fra regnskabsårets afslutning frem til fristen for rettidig indlevering af årsrapporten til at planlægge og sørge for, at selskabernes årsrapporter udarbejdes, revideres, godkendes på en generalforsamling og indsendes.

Hvert ledelsesmedlem af et selskabs øverste ledelsesorgan har i henhold til årsregnskabsloven et selvstændigt ansvar for, at årsrapporten udarbejdes, godkendes og indsendes rettidigt.

Hvis ledelsesorganet består af flere ledelsesmedlemmer, kan et ledelsesmedlem efter styrelsens opfattelse ikke frigøre sig fra dette ansvar i forhold til selskabets regnskabsaflæggelse ved at henvise til, at et eller flere af de øvrige ledelsesmedlemmer hindrer opfyldelsen af denne pligt.

Hvis et ledelsesmedlem er af den opfattelse, at et eller flere af de øvrige ledelsesmedlemmer hindrer en rettidig regnskabsaflæggelse, må det pågældende ledelsesmedlem gøre, hvad den pågældende kan i forhold til en rettidig regnskabsaflæggelse. Hvis det i praksis er umuligt for det pågældende ledelsesmedlem at sikre en rettidig regnskabsaflæggelse må den pågældende efter omstændighederne fratæde som ledelsesmedlem.

...”

K har ved skrivelse af 30. marts 2011 heroverfor bemærket:

”Indledningsvis skal jeg være den første til at erkende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har udvist særdeles stor forståelse i denne sag og har været til stor hjælp for at rette op på forholdene omkring de nævnte firmaer. Dette er jeg naturligvis meget taknemmelig for, og uden denne hjælp havde vi formodentlig endnu ikke fået bragt forholdene i orden.

Jeg er sådan set enig i gennemgangen af sagens faktiske omstændigheder – dog blev årsrapporten for C ApS indsendt allerede d. 4. juli 2010, og den er omtalt i korrespondance mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og undertegnede i et brev af. 5. juli 2010. Men – indrømmet: igen for sent.

Sagens retlige omstændigheder er efter mit bedste skøn også korrekte.

Men derimod er jeg bestemt ikke enig i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen s udtalelse:

Jeg gjort alt, hvad der var menneskeligt muligt: sendte rekommanderede breve, ringede, lagde besked hos D's sekretær og mødte op på hans privatadresse for at få D til at underskrive Årsrapporten for 2009. Min advokat, G, kontaktede også D; men lige lidt hjalp det. Disse initiativer fandt også sted før afleveringsfristen d. 1. juni 2010.

Jeg er helt uenig i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens konklusion: *"Hvis det i praksis er umuligt for det pågældende ledelsesmedlem at sikre en rettidig regnskabsaflæggelse må den pågældende efter omstændighederne fratræde som ledelsesmedlem ..."*. Det var jo netop dette udfald, D og gruppen bag E ApS ønskede, hvorved jeg ville blotlægge alle mine interesser i de respektive firmaer, der så ville blive tvangslukket p.g.a. manglende indsendelse af Årsrapporten. Det kan umuligt være i lovens ånd, at det er den forurettede, der bare skal opgive sine krav på baggrund af et eller andet mere eller mindre snedigt spil.

Jeg håber virkelig ikke, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen mener, hvad Styrelsen skriver.

Jeg synes hele situationen og mine problemer belyses klart, idet jeg henviser til det ... brev fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af d. 17. januar d.å. ..., der blev sendt til D (personligt), min advokat og undertegnede (personligt). Af brevet fremgår det krystalklart, hvad Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ønsker, der skal gøres i de pågældende sager. Fra brevets modtagelse til d. 23. januar forsøgte jeg på alle måder at komme i kontakt med D ...); men uden held.

Herefter kontaktede jeg Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (ved H), der så kontaktede D's kontaktperson for at få D til at deltage i de ønskede møder.

Dette bevirkede, at jeg fik et svar på mine henvendelser, hvor D i en e-mail foreslog, at vi holdt de forlangte direktionmøder d. 26. januar.

Men resultatet blev, at han aldrig dukkede op!

Han nægtede endnu engang at følge direktiverne fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen! Så det er altså ikke bare undertegnede, der ikke kan få D til at følge landets love.

For at gøre sagen helt grotesk så endte det med, at D underskrev Årsrapporterne for A ApS og B ApS i en udgave, der med undtagelse af hans tre forbehold er identiske med de Årsrapporter, der lå til underskrift ultimo maj 2010. Der er ingen af hans tre forbehold, der ikke lige så godt kunne have været indført i Årsrapporterne ultimo maj 2010. Dette forbehold understreger vist meget tydeligt, at det var et helt andet ærinde, som D handlede i, da det intet havde at gøre med indholdet af Årsrapporterne.

Jeg vil derfor gerne afslutningsvis sige: Jeg kunne ikke få D til at underskrive Årsrapporterne til tiden, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kunne heller ikke få ham til at overholde de givne direktiver. Jeg føler, at jeg er kommet fuldstændig uskyldig ind i dette, og det kan ikke være meningen, at jeg bliver pålagt en afgift for forhold, som jeg simpelt hen ikke har nogen som helst indflydelse på.

Afslutningsvis kan jeg sige, at D på generalforsamlingen i A ApS er blevet fjernet fra direktionen. Det var desværre ikke muligt at gøre det samme i B ApS.”

Ankenævnet udtaler:

I overensstemmelse med årsregnskabslovens § 150 sendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henholdsvis den 14. juni 2010 og den 18. juni 2010 påkrav til direktionen for A ApS, direktionen for B ApS og direktionen for C ApS på selskabernes registrerede adresse om indsendelse af selskabernes årsrapporter for perioden 1. januar 2009 til 31. december 2009. Årsrapporterne, som skulle have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. maj 2010 for at være rettidigt indsendt, blev herefter modtaget i styrelsen henholdsvis den 1. juli og den 5. august 2010, hvilket var efter de i påkravene fastsatte frister, der var den 24. juni 2010.

Som årsag til den forsinkede indsendelse af årsrapporterne er blandt andet anført, at der ikke før den 17. maj 2010 forelå årsrapporter for selskaberne E ApS og F ApS, hvori A ApS, B ApS og C ApS som eneste aktivitet ejer anparter.

Usikkerhed omkring opgørelsen af regnskabsposter er forhold, der i givet fald skal gives oplysning om i ledelsesberetningen, jf. årsregnskabslovens § 77, nr. 2, og findes ikke at kunne anses for sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152, stk. 1, kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af pålagte afgifter for ikke rettidig indsendelse af årsrapporter.

Det anførte omkring det andet ledelsesmedlems manglende samarbejdsvillighed findes heller ikke at udgøre et sådant ganske upåregneligt forhold, som kan retfærdiggøre selskabernes forsinkede indsendelse af årsrapporterne.

Herefter, og da der ikke i øvrigt er anført sådanne ganske særlige omstændigheder, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at der kan ske hel eller delvis fritagelse

for betaling, tiltræder ankenævnet de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagte afgifter.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 6. september 2010.

27) Kendelse af 19. august 2011 (J.nr. 2011-0023581).

Selskab pålagt at indsende revideret årsrapport, da betingelser for fravalg af revision ikke opfyldt.

Årsregnskabsloven § 10a, § 135, stk. 1, 2. pkt. samt § 161, nr. 3.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved en skrivelse modtaget i Erhvervsankenævnet den 3. januar 2011 har K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 29. oktober 2010 har pålagt selskabet at indsende årsrapport for 2009 revideret af en godkendt revisor, da selskabet ikke opfylder alle betingelserne for fravalg af revision for årsrapporten for 2009.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 28. februar 2010 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt K ApS at indsende en årsrapport for 2009, der var revideret af en statsautoriseret eller registreret revisor, idet styrelsen ikke fandt, at selskabet opfyldte alle betingelser for fravalg af revision af årsrapporten. Det fremgik således ikke af årsrapporten for 2008, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår – altså 2009 – ikke skulle revideres. Det fremgik dog, at:

”Det er selskabets ledelses opfattelse, at betingelserne for at fravælge revision er opfyldt hvorfor årsrapporten ikke er revideret.”

Selskabets årsrapport for 2009 blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. maj 2010. Styrelsen konstaterede, at årsrapporten ikke opfyldte lovens krav, og sendte derfor den 9. juli 2010 et standardbrev til selskabet, hvoraf det bl.a. fremgik at:

”Den indsendte årsrapport opfylder ikke årsregnskabslovens krav til en årsrapport.

I henhold til årsregnskabsloven skal en årsrapport som minimum bestå af en ledelsespåtegning, balance, resultatopgørelse og noter, herunder om anvendt regnskabspraksis og en opgørelse over bevægelserne i egenkapitalen.

Styrelsen pålægger derfor virksomhedens ledelse at indsende en årsrapport, der opfylder årsregnskabslovens krav. Årsrapporten skal indsendes i godkendt stand, og den skal ligeledes være revideret, med mindre virksomheden opfylder de særlige betingelser for at fravælge revision. Du kan læse mere om muligheden for at fravælge revision på styrelsens hjemmeside, www.eogs.dk.”

Herefter modtog styrelsen selskabets brev af 3. august 2010, hvoraf det bl.a. fremgik:

”Som telefonisk aftalt den 28/6 det manglende dokument, der hører til det tidligere fremsendte årsregnskab og balance.

Vi har ved en fejl ikke fået ledelsespåtegningen med...”

Brevet var vedlagt en ledelsespåtegning, underskrevet af adm. direktør A.

Styrelsen sendte herefter den 7. september 2010 en standardiseret påkravsskrivelse/opløsningstrussel. Det fremgik bl.a. heraf, at:

”Vi kan imidlertid se, at årsrapporten endnu ikke er modtaget. Derfor anmodes I om at indsende årsrapporten, så den er modtaget i styrelsen senest den 17.9.2010.”

Den 4.oktober 2010 sendte selskabet en mail til styrelsen, hvoraf det bl.a. fremgik, at:

*”Jeg må herefter indrømme, at jeg ikke helt forstår, hvad der er galt.
Hvis det er fordi, ledelsespåtegningen er kortfattet, kan jeg måske forstå det. ...
Selve årsregnskabet og balancen har jeg svært ved at se skulle være anderledes?”*

Styrelsen svarede i brev af 6. oktober 2010 selskabet og uddybede manglerne i årsrapporten. Et af punkterne heri var:

”Betingelser for fravalg af revision”

I årsrapporten for 2008, som styrelsen modtog den 22. juni 2009, har selskabet ikke oplyst, at revision fravælges for det efterfølgende regnskabsår, som krævet i årsregnskabslovens § 10a. Dette er et krav for, at revisionen kan fravælges for årsrapporten for 2009.”

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010 hedder det:

” ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 25. oktober 2010 modtaget en omgjort årsrapport for 2009 for K ApS.

Den omgjorte årsrapport indeholder ikke en erklæring om årsrapporten afgivet af en godkendt revisor.

I årsrapporten for 2008, som styrelsen modtog den 22. juni 2009, har selskabet ikke oplyst, at revision fravælges for det efterfølgende regnskabsår, som krævet i årsregnskabslovens § 10a. Dette er et krav for, at revisionen kan fravælges for årsrapporten for 2009.

Da selskabet ikke opfylder alle betingelser for fravalg af revision for årsrapporten for 2009, skal der indsendes en ny årsrapport indeholdende en erklæring om årsrapporten underskrevet af en godkendt revisor.

For nærmere information vedrørende fravalg af revision henvises til styrelsens hjemmeside: <http://www.eogs.dk/sw38811.asp>

Senest 17. november 2010 bedes du indsende årsrapport revideret af en godkendt revisor i overensstemmelse med årsregnskabsloven, jf. årsregnskabsloven § 161, nr. 3.

...”

I klageskrivelsen har K ApS anført:

”Vedr.: Klage af politisk karakter for K ApS CVR: ...”

Denne klage er både en klage over selve Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, samt en klage over den måde Styrelsen har kommunikeret med os på.

Da sagen i den grad virker som en politisk beslutning fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side (dvs. det er IKKE en afgørelse der er foretaget af faglige grunde...), ser vi os nødsaget til at informere Erhvervsministeren om embedsmændenes håndtering og kommunikation til borgere. Denne klage er derfor også sendt til Erhvervsministeren.

Som det fremgår af vores sidste kommentar ..., så kan vi nok se at vi måske har lavet enkelte ”fodfejl” i indsendelsen af årsrapporten for år 2008 – men vi har meget svært ved at acceptere den firkantende, og ganske ude af proportion, konklusion Styrelsen så foretager: ”At de kræver vi i årsregnskabet for år 2009 skal have revision på vores regnskab”.

Kravet virker især grotesk set i lyset af den gentagende tekst der fremgår i årsrapporten år 2008 som eksempelvis lyder: ” Da ledelsen har fravalgt revision” og ”Det er selskabets ledelses opfattelse at betingelserne for at

fravælge revision er opfyldt”. Ud fra bare dette er det ganske indlysende at dette naturligvis også gælder fremover – og altså også for år 2009.

Selskabet har i øvrigt ikke afleveret et revideret regnskab i meget lang tid, fordi revisionen netop er fravalgt denne virksomhed.

Virksomheden er i øvrigt ganske lille, med få ansatte og en årlig omsætning på ca. 2,5 mil. Præcis sådanne selskaber som den forholdsvis nye lov om fritageles af revisionspligten er tiltænkt.

Jeg kan absolut ikke se at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens argument om at gennemtvinge en revision af året 2009 har andet end en politisk dagsorden; endda af den temmelig ubehagelig af slagsens: ”Vi skal statuere et eksempel og vise hvem der bestemmer”. Mere betegnende ord som ”magtarrogance”, embedsmandsmisbrug er noget man kommer til at tænke på med denne afgørelse.

Vi kan ikke se nogen som helst logisk forklaring på hvorfor vi lige pludselig skal belastes med den ikke ubetydelige byrde en revision af regnskabet for år 2009 vil kræve. .

Vi synes endda vi på en absolut pæn og sober måde har søgt at imødekomme Styrelsens krav og ønsker.

Netop derfor ser vi os nødaget til også at klage over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens måde at kommunikere på.

Sagen om ”Årsrapporten 2009”:

- Ved en fejl får vi *ikke* sendt selve teksten til årsrapporten med i første omgang da vi aflever regnskabet for år 2009. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen modtager kun årsregnskabet. (Altså tallene...)
- Erhvervs- og Selskabsstyrelsen påpeger at der mangler noget...
- Vi sender så teksten med og desuden et brev om at skrive per e-mail, ifald andet er galt.
- Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sender os et officielt brev om at de ikke har modtaget årsrapporten!
- Vi kontakter dem og får at vide at et eller andet er galt. Efter flere telefonopkald lykkedes det at få fat i en embedsmand der skulle vide lidt om det. Han er dog ikke særlig meddelsom – henviser blot til Styrelsens hjemmeside...
- Da det er er temmelig svært at rette / forbedre nogen man ikke ved hvad er galt, ender det med at undertegnede skriver et e-brev til den pågældende embedsmand – og beder ham udspecificere hvad det er han / Styrelsen er utilfredse med. (Så vi kan gøre det bedre...)
- Sjovt nok svare han heller ikke her per e-post korrespondance, men vælger at skrive et langt – igen meget officielt brev – hvori han forklare hvad vi skal lave om.

- Det gør vi så – og det er så åbenbart ok – men så her vil de (han), på baggrund af årsrapporten for år 2008 – have at vi skal have revision for år 2009!

Vi forsøger så at skrive til embedsmanden igen, for at høre om han virkelig mener det med revisionen og det gør han så – og det er der vi står nu.

Vi synes det er særdeles kritisabelt at man kan finde på at sende et brev ud med ”at selskabet ikke har afleveret årsregnskab” (og endda i brevet true med tvangsopløsning), når dette altså IKKE er tilfældet. Desuden finder vi det helt utilstedeligt at det skal være så svært at få at vide hvad man ikke har udfyldt korrekt og så når man har gjort det som er blevet en forskrevet – i den grad bliver straffet efter højeste skala; for noget man må betegne for en mindre forseelse.

Denne fremgangsmåde og hele den måde vi her ser Styrelsens holdning overfor selskaber på, er ikke ligefrem noget der styrker tilliden mellem virksomheder og Erhvervsstyrelsen. Det kan kun skabe en kløft af mistillid, og føre mange uheldige ting med sig.

NB: Med denne klage er det klart at vi ikke afleverer noget revideret regnskab for år 2009 her den 4. januar. Det må i givet fald vente til denne klage er færdigbehandlet.”

I førnævnte redegørelse af 28. februar 2011 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

”Sagens retlige omstændigheder

I henhold til hovedreglen i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, skal en virksomhed, der har pligt til at udarbejde årsrapport efter reglerne for regnskabsklasse B, C eller D, lade sit årsregnskab revidere af en statsautoriseret eller registreret revisor. En virksomhed, der er omfattet af regnskabsklasse B, kan dog undlade at lade årsregnskabet revidere, hvis selskabet ikke opskrider visse størrelsesgrænser m.v..

Det følger dog samtidig af årsregnskabslovens § 10 a, at:

”Det skal i tilknytning til ledelsespåtegningen, jf. § 9, oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 135, stk. 1, 2. pkt., har truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.”

Styrelsens udtalelse

Denne sag drejer sig om, at styrelsen har pålagt selskabet at indsende en revideret årsrapport for 2009, idet selskabet ikke opfylder alle betingelser for at kunne fravælge revision af årsrapporten for 2009. Der er således ikke i årsrapporten for 2008 som krævet anført, at der er truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår – altså 2009 – ikke skal revideres. Det fremgår ganske vist af årsrapporten for 2008, at

denne ikke er revideret, men denne oplysning opfylder ikke betingelsen i årsregnskabslovens § 10 a, hvorefter der skal gives oplysning om, at der er truffet beslutning om, at årsregnskabet for det **kommende** (styrelsens fremhævning) regnskabsår ikke skal revideres.

Da selskabet ikke opfylder betingelserne for fravalg af revision af årsrapporten for 2009, er den indsendte, ureviderede årsrapport ikke en behørig årsrapport efter årsregnskabslovens § 135.

Styrelsen fastholder derfor sine afgørelser af 6. og 29. oktober 2010 om, at der skal indsendes en årsrapport for 2009, der er revideret af en statsautoriseret eller registreret revisor.

Den omstændighed, at klager har anført, at han er utilfreds med styrelsens måde at kommunikere på, ændrer efter styrelsens vurdering ikke herved. Det skal i den forbindelse bemærkes, at styrelsen allerede i brevet til selskabet af 9. juli 2010 har anført at:

”Årsrapporten skal indsendes i godkendt stand, og den skal ligeledes være revideret, med mindre virksomheden opfylder de særlige betingelser for at fravælge revision. Du kan læse mere om muligheden for at fravælge revision på styrelsens hjemmeside, www.eogs.dk.”

...”

K ApS har ved skrivelse af 1. april 2011 bemærket følgende:

”...

Vi har ikke egentlig yderligere at tilføje, andet end hvad vi tidligere har givet udtryk for.

Vi synes fortsat det at kræve en revision for 2009, er at gå "i meget sko" og iøvrigt skaber præcedens for en uhagelig steming mellem private virksomheder og det offentlige embedsvæsen. Hvis man ikke holder sig 100 % efter bogen, så falder hammeren uden nogen former for nåde...

...”

Ankenævnet udtaler:

Jan Uffe Rasmussen og Niels Walther-Rasmussen udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at ankenævnet efter klagers korrespondance med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter den 29. oktober 2010 ikke har fundet fuld tilstrækkelig anledning til at anse klagen for indgivet for sent.

I henhold til årsregnskabslovens § 10 a skal det i tilknytning til ledelsespåtegningen oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i

en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 135, stk. 1, 2. pkt., har truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.

Bestemmelsen i årsregnskabslovens § 10 a blev indsat ved lov nr. 245 af 27. marts 2006. Af de særlige bemærkninger til bestemmelsen (L 50 af 16. november 2005) fremgår blandt andet:

”For regnskabsbrugerne kan det være af væsentlig betydning at få kendskab til, at kommende årsrapporter for virksomheden ikke vil blive revideret. Derfor foreslås det i § 10 a, at virksomheder, som har besluttet at fravælge revision i overensstemmelse med det ovenfor anførte, skal oplyse dette hvert år i tilknytning til ledelsespåtegningen i årsrapporten for det forudgående regnskabsår.

... Det er som nævnt kun nødvendigt at træffe beslutning om fravalg af revision én gang, mens oplysningen herom skal gentages hvert år i den forudgående årsrapport, så længe beslutningen er gældende.

...

Som anført i § 10 a, skal oplysningen fremgå tydeligt i tilknytning til ledelsespåtegningen.”

Det fremgår ikke tydeligt af årsrapporten for 2008 for K ApS, - heller ikke efter oplysningerne i regnskabet om, at ledelsen har fravalgt revision, og at det er ledelsens opfattelse, at betingelserne for at fravælge revision er opfyldt - at årsregnskabet for regnskabsåret 2009 ikke skal revideres.

Kirsten Aaskov Mikkelsen udtaler:

Selskabet lever formelt ikke op til årsregnskabslovens §10a, der omtaler krav til formulering i tilknytning til ledelsespåtegningen ved fravalg af revision for det kommende regnskabsår. Af årsrapporten for 2008 fremgår imidlertid følgende: ”Det er selskabets ledelses opfattelse, at betingelserne for at fravælge revision er opfyldt hvorfor årsrapporten ikke er revideret”. Efter min opfattelse kan regnskabslæser således ikke være i tvivl om, at årsrapporten ikke er revideret samt at revision er fravalgt indtil videre, da selskabet opfylder betingelserne i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 2. pkt. Af årsrapporten for 2009 fremgår følgende: ”Det er selskabets ledelses opfattelse, at betingelserne for at fravælge revision er opfyldt, hvorfor årsrapporten ikke er revideret – og derfor er revisionen fortsat fra-

valgt for år 2010.” Selskabet har således efterfølgende efterlevet årsregnskabslovens § 10a.

Ud fra en samlet vurdering finder jeg ikke anledning til at pålægge selskabet at indsende en årsrapport for 2009 revideret af en godkendt revisor, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010 tiltrædes således ikke.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, har pålagt selskabet at indsende årsrapport for 2009 revideret af en godkendt revisor.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 29. oktober 2010.

28) Kendelse af 13. september 2011 (J.nr. 2011-0024407).

Selskab påbudt at berigtige årsrapport.

Årsregnskabsloven § 135, stk. 1 og stk. 3, og § 3 og § 7.

(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 4. april 2011 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 8. marts 2011 har påbudt selskabet at berigtige årsrapporten for perioden 1. april 2009 til 31. marts 2010.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. marts 2011 hedder det:

”Vedrørende årsrapport for K A/S, for 2009/10, CVR-nr. ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har den 15. februar 2011 modtaget en redegørelse for den manglende revision af de resultatandele og kapitalandele i selskabets polske dattervirksomhed og associeret virksomhed, der er indregnet på baggrund af intern rapportering.

Redegørelsen indeholder også oplysninger om henholdsvis ejerandel, omsætning og resultat i den polske dattervirksomhed og den polske associerede virksomhed.

Redegørelsen indeholder ligeledes oplysninger om, fristerne for udarbejdelse og indsendelse af årsrapporten efter polsk lovgivning.

Årsregnskabslovens regler gælder for års- og koncernregnskaber der udarbejdes og indsendes i Danmark. Det har således ikke nogen betydning om udenlandske dattervirksomheder og associerede virksomheder er underlagt revisionspligt i det land hvor de har hjemsted. Det forhold, at fristen for indsendelse af årsrapporter i Polen, er længere end den frist der er givet de virksomheder der aflægger årsrapport efter den danske årsregnskabslov, har heller ikke nogen betydning. I henhold til årsregnskabslovens § 138 er fristen for indsendelse af en virksomheds årsrapport 5 måneder efter regnskabsårets afslutning.

I henhold til § 135 i årsregnskabsloven, skal årsregnskaber og koncernregnskaber være revideret. Dette betyder, at alle poster skal revideres, herunder også aktiver og forpligtelser i udenlandske dattervirksomheder, som indgår i koncernregnskabet. Da tallene fra den polske dattervirksomhed og den polske associerede virksomhed ikke er revideret, er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at års- og koncernregnskabet ikke kan anses for at være revideret.

Styrelsen påbyder derfor virksomhedens ledelse at berigtige forholdet således, at der indsendes en ny og revideret årsrapport for 2009/10. Den nye, berigtigede årsrapport skal være modtaget i styrelsen senest **den 6. april 2011**.

Påbudet om berigtigelse af årsrapporten kan indbringes for Erhvervsankenævnet ...

Den meddelte frist til berigtigelse medfører ikke, at indsendelsesfristen i årsregnskabslovens § 138, stk. 1, afbrydes. Indsendelsespligten anses først for opfyldt, når årsrapporten er modtaget i styrelsen i behørig stand. Dette brev skal derfor samtidig anses som et påkrav om indsendelse af årsrapporten i behørig stand, jf. årsregnskabslovens § 150. Er den berigtigede årsrapport ikke modtaget i styrelsen inden udløbet af den nævnte frist, kan styrelsen beslutte at anmode skifteretten om at opløse virksomheden i overensstemmelse med selskabslovens § 225 [Som bekendtgjort ved bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om delvis ikrafttræden af lov om aktieselskaber og anpartsselskaber (selskabsloven)]. Styrelsens beslutning om at anmode skifteretten om at opløse selskabet kan i givet fald ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. selskabslovens § 371, stk. 2 og årsregnskabslovens § 163, stk. 2.

Gennemgangen af årsrapporten kan ikke anses som værende udtømmende.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 26. april 2011 om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

Virksomheden er moderselskab for et helejet polsk datterselskab, B Sp. z.o.o., ligesom virksomheden ejer 24 % af kapitalen i en associeret polsk virksomhed, C Sp. z.o.o. Derudover ejer virksomheden nogle grunde og bygninger.

Revisor tager i revisionspåtegningen forbehold for resultatandele og kapitalandele i virksomhedens dattervirksomhed og associerede virksomhed i Polen. Forbeholdet tages på grund af manglende revisionsbevis. Under aktiver udgør posten kapitalandel i 2010 3,5 mio. kr. svarende til 32 % af balancesummen.

Revisor tager desuden forbehold for det nettotilgodehavende virksomheden har hos tilknyttede virksomheder. Dette forbehold tages på grund af manglende revisionsbevis for de tilknyttede virksomheders betalingssevne. Tilgodehavendet udgør i 2010 3,7 mio. kr., svarende til 34 % af balancesummen.

Samlet tager revisor således forbehold for 66 % af virksomhedens balancesum.

På baggrund af disse forbehold sender Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 11. januar 2011 et brev til virksomheden. I brevet anmoder styrelsen virksomheden om at indsende en redegørelse bilagt dokumentation for, hvor meget de indregnede resultatandele i resultatopgørelsen udgør i % af den samlede omsætning og det samlede resultat. Virksomheden bliver endvidere bedt om at redegøre for og dokumentere, hvor stor en del de indregnede kapitalandele i associerede virksomheder udgør i procent af de samlede aktiver. Redegørelsen og dokumentationen bliver anvendt til at vurdere væsentligheden af forholdet.

Virksomheden svarer ved brev af 15. februar 2011 på styrelsens brev af 11. januar 2011. Virksomheden bekræfter i brevet, at der ikke er foretaget revision af datterselskabet, da der i henhold til polsk lovgivning ikke er krav herom. Samtidig bekræfter virksomheden, at det associerede selskab heller ikke er revideret pr. 31. marts 2010, idet dette har forskudt regnskabsår i forhold til K A/S.

Virksomheden medsender regnskabsoplysninger pr. 31. december 2009 for det associerede selskab. Regnskabsoplysningerne er bl.a. underskrevet af regnskabschefen. Regnskabsoplysningerne for 1. kvartal 2010 fremkommer som en skønnet værdi og er derefter indregnet i K A/S' regnskab.

Endelig oplyser virksomheden, at de tilknyttede virksomheders resultat påvirker moderselskabets resultat negativt med 494 t.kr., hvilket svarer til 45 % af resultatet. Med hensyn til balancen oplyser virksomheden, at

datterselskabets tilgodehavende udgør 10 % af balancesummen [I henhold til årsrapporten udgør tilgodehavende 2.579.074 kr. ud af en balancesum på 10.903.398 kr., hvilket svarer til 24 %. Det antages at der er tale om en oplysningsfejl, og ikke en fejl i årsrapporten], den associerede virksomheds tilgodehavende udgør 10 % af balancesummen, og kapitalandelen for det associerede selskab udgør 32 % af balancesummen.

På baggrund af virksomhedens brev af 15. februar 2011 sender styrelsen et brev til virksomheden den 8. marts 2011. I dette brev påbyder styrelsen virksomhedens ledelse at indsende en ny revideret årsrapport for 2009/10. Begrundelsen er, at årsregnskabslovens regler gælder for års- og koncernregnskaber, der udarbejdes og indsendes i Danmark. Det har således ikke nogen betydning om udenlandske dattervirksomheder og associerede virksomheder er underlagt revisionspligt i det land, hvor de har hjemsted. Virksomheden får en frist for indsendelse af ny revideret årsrapport for 2009/10, fristen løber til den 6. april 2011.

I forlængelse af styrelsens brev sender virksomheden den 22. marts 2011 et brev til styrelsen. I dette brev oplyser virksomheden, at virksomheden på grund af en negativ økonomisk situation reelt er under afvikling, hvilket indebærer, at selskabets aktiver søges realiseret hurtigst muligt.

Samtidig understreger virksomheden, at der bortset fra bankengagementer med F på nuværende tidspunkt ikke er anden gæld. Denne bankforbindelse har fuld indsigt i koncernen. Ligeledes foretages der ikke dispositioner, hvorved selskabet pådrager sig nye forpligtelser, hvorfor ingen kreditorer må forventes at blive skuffede som følge af en eventuel (urevideret) værdiansættelse i årsrapporten.

Endelig foreslår virksomheden, at den på baggrund af ovenstående forhold og under hensyn til, at virksomhedens regnskabsår for 2010/11 udløber den 31. marts 2011 kan indsende en revideret årsrapport for 2010/11, og at denne kan indsendes med forkortet frist, således at den kan modtages i styrelsen den 30. juni 2011. Til gengæld skal styrelsen frafalde sit påbud om en ny revideret årsrapport for 2009/10.

På baggrund af ovenstående brev kontakter styrelsen den 29. marts 2011 telefonisk D fra E [advokatselskab], der repræsenterer virksomheden. Styrelsen oplyser, at tilbuddet om revision af den kommende årsrapport i stedet for den nuværende ikke kan accepteres. Samtidig giver styrelsen en forlængelse af fristen for indsendelse af en ny revideret årsrapport for 2009/10 til den 20. april 2011.

Den 4. april 2011 indbringer virksomheden styrelsens påbud for Erhvervsankenævnet med anmodning om ophævelse af påbuddet. Virksomheden begrundede anmodningen om ophævelse af påbuddet med følgende forhold:

- at den af virksomheden indsendte årsrapport for 2009/10 opfylder lovgivningens krav,

- at eventuelle mangler ved den af virksomheden indsendte årsrapport for 2009/10 er berigtiget, og at behørig dokumentation herfor er fremsendt ved virksomhedens skrivelse af 15. februar 2011,
- at risikoen for at skuffe eventuelle regnskabsbrugere er minimal under hensyn til, at virksomhedens eneste væsentlige kreditor er F [pengeinstitut], der har fuld indsigt i selskabet og er repræsenteret i bestyrelsen,
- at en opfyldelse af påbuddet om berigtigelse af virksomhedens årsrapport grundet tilknytningen til Polen er forbundet med så væsentlige praktiske vanskeligheder og økonomiske omkostninger, at en berigtigelse hverken er i virksomhedens eller dens kreditors interesse, hvorfor påbuddet ikke er adækvat set i forhold til de eventuelle mangler ved årsrapporten for 2009/10, samt
- at virksomheden har tilbudt at afhjælpe eventuelle mangler fremadrettet på en for selskabet, dets kreditorer og myndighederne fornuftig og omkostningsbevidst måde.

Samtidig anmoder virksomheden Erhvervsankenævnet om at tillægge klagen opsættende virkning i forhold til den af styrelsen meddelte frist til 20. april 2011 for indsendelse af berigtiget årsrapport.

Ved brev af 7. april 2011 anmoder Erhvervsankenævnet styrelsen om en udtalelse om den opsættende virkning.

Styrelsen har ved brev af 12. april 2011 indstillet, at Erhvervsankenævnet ikke tillægger klagen til ankenævnet opsættende virkning. Dog oplyser styrelsen, at som følge af sagens omstændigheder vil virksomheden ikke blive sendt til tvangsopløsning på grund af manglende indsendelse af berigtiget årsrapport for 2009/10, så længe sagen ikke er afgjort i Erhvervsankenævnet.

...”

I klageskrivelse af 4. april 2011 har advokat A anført:

”... Jeg [skal] som bestyrelsesformand for K A/S (selskabet) indbringe Erhvervs- og Selskabsstyrelsens (styrelsens) påbud af 8. marts 2011 om berigtigelse af årsrapport for 2009/2010 for Erhvervsankenævnet med anmodning om ophævelse af påbuddet.

1. Sagsfremstilling

Selskabet er moderselskab for et helejet polsk datterselskab, B Sp. z o.o., ligesom selskabet ejer 24 pct. af kapitalen i et således associeret, polske selskab, C Sp. z o.o.

Selskabet er uden aktivitet, men det vurderes dog, at selskabets aktiver i Polen kan realiseres til en pris, der vil medføre, at al gæld kan betales fuldt ud. Det bemærkes i den forbindelse, at selskabet ikke har andre eksterne kreditorer end F, der via pant i selskabets aktiver har foranlediget, at undertegnede pr. 29. oktober 2010 indtrådte i selskabets bestyrelse som formand.

Styrelsen modtog den 1. november 2010 Selskabets reviderede og generalforsamlingsgodkendte årsrapport for 2009/2010.

Ved skrivelse af 11. januar 2011 pålagde styrelsen selskabets ledelse at fremsende en redegørelse med tilhørende dokumentation for de i årsrapporten indtegnede resultatandele og de indregnede kapitalandele i det associerede selskab, da selskabets revisor havde taget forbehold herfor i sin påtegning. Ledelsen pålagdes ligeledes at redegøre for resultatandelens procentvise andel af den samlede omsætning og resultat samt de indregnede kapitalandales procentvise andel af de samlede aktiver.

Selskabet redegjorde ved skrivelse af 15. februar 2011 for disse forhold, ligesom der fremsendtes dokumentation herfor til styrelsen. Selskabet oplyste i den forbindelse, at der på grund af en generelt negativ økonomisk situation og likviditetsmangel var truffet beslutning om at afvikle selskabets aktiviteter i Polen, hvorfor der i overensstemmelse med polsk lovgivning ikke aflægges revideret årsrapport for det polske datterselskab, mens den reviderede årsrapport for 2010 for det associerede selskab endnu ikke forelå grundet forskudt regnskabsår i forhold til selskabet.

Styrelsen meddelte ved skrivelse af 8. marts 2011, at selskabets redegørelse af 15. februar 2011 ikke kunne anses for fyldestgørende i henhold til årsregnskabsloven, og påbød samtidig selskabet at berigtige årsrapporten for 2009/2010 senest den 6. april 2011.

Af praktiske såvel som økonomiske hensyn fremsatte selskabet efter rådgøring med dets revisor ved skrivelse af 22. marts 2011 forslag om, selskabet kunne indlevere årsrapport for 2010/2011 indeholdende en revideret opgørelse af samtlige regnskabs poster, herunder i særdeleshed posterne vedrørende de to polske selskaber, samt at selskabet ville acceptere en væsentligt forkortet indsendelsesfrist for årsrapporten 2010/2011, der således foresloges indsendt allerede den 30. juni 2010, altså tre måneder efter regnskabsårets afslutning. Det blev ligeledes oplyst, at selskabet aktivt søger at efterstå sine aktiver og aktiviteter i Polen med henblik på en afvikling, samt at dette sker i samråd med selskabets bank, F.

Styrelsen afviste den 29. marts 2011 dette forslag og fastholdt påbuddet af 8. marts 2011, idet indsendelsesfristen dog blev forlænget indtil den 20. april 2011, hvorefter selskabet ved manglende overholdelse af påbuddet vil blive tvangsopløst.

2. Ophævelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påbud af 8. marts 2011

På baggrund af ovenstående anmodes Erhvervsankenævnet hermed om at ophæve styrelsens påbud af 8. marts 2011 om berigtigelse af selskabets årsrapport for 2009/2010, idet det gøres gældende,

at den af selskabet indsendte årsrapport for 2009/2010 opfylder lovgivningens krav,

- at eventuelle mangler ved den af selskabet indsendte årsrapport for 2009/2010 er berigtiget, og at behørig dokumentation herfor er fremsendt ved selskabets skrivelse af 15. februar 2011,
- at risikoen for at skuffe eventuelle regnskabsbrugere er minimal under hensyn til, at selskabets eneste væsentlige kreditor er F, der har fuld indsigt i selskabet og er repræsenteret i bestyrelsen,
- at en opfyldelse af påbuddet om berigtigelse af selskabets årsrapport grundet tilknytningen til Polen er forbundet med så væsentlige praktiske vanskeligheder og økonomiske omkostninger, at en berigtigelse hverken er i selskabets ellers dets kreditorens interesse, hvorfor påbuddet ikke er adækvat set i forhold til de eventuelle mangler ved årsrapporten for 2009/2010, samt
- at selskabet har tilbudt at afhjælpe eventuelle mangler fremadrettet på en for selskabet, dets kreditorer og myndighederne fornuftig og omkostningsbevist måde.
- ...”

I førnævnte redegørelse af 26. april 2011 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i øvrigt udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Virksomheden er et aktieselskab med hjemsted i Danmark, og virksomheden er derfor i henhold til årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 1, forpligtet til at aflægge årsrapport efter reglerne i årsregnskabsloven.

Virksomheden skal aflægge årsrapport efter regnskabsklasse B, idet virksomheden ikke i to på hinanden følgende år overskrider to af de tre grænser på henholdsvis en nettoomsætning på 72 mio. kr., en balance-sum på 36 mio. kr. og et gennemsnitligt antal ansatte på 50, jf. årsregnskabslovens § 7, stk. 2, nr. 1.

I henhold til årsregnskabslovens § 135, stk. 1, skal virksomheder, der har pligt til at aflægge årsrapport efter reglerne for regnskabsklasse B, C eller D, lade deres årsregnskab revidere af en eller flere revisorer. Dette betyder, at alle poster skal revideres, herunder også aktiver og forpligtelser i udenlandske dattervirksomheder, som indgår i koncernregnskabet.

Virksomheden har ikke mulighed for at fravælge revision, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 3, da virksomheder som besidder kapitalandele i andre virksomheder ikke kan fravælge revision.

Årsregnskabslovens regler gælder for års- og koncernregnskaber, der udarbejdes og indsendes i Danmark. Det har således ikke nogen betydning

om udenlandske dattervirksomheder og associerede virksomheder er underlagt revisionspligt i det land, hvor de har hjemsted.

Der er i lovgivningen ikke mulighed for at dispensere for revisionspligten som følge af virksomhedens økonomiske forhold.

Der er heller ikke i lovgivningen mulighed for at dispensere på grund af, at der ingen kreditorer er, eller fordi de kreditorer, der er, har plads i virksomhedens bestyrelse.

Der er i lovgivningen ikke mulighed for at undlade revision af årsrapporten for et år med begrundelsen, at det efterfølgende år er revideret.

Styrelsens udtalelse

Da virksomheden er et aktieselskab med hjemsted i Danmark, er virksomheden forpligtet til at aflægge årsrapport efter reglerne i årsregnskabslovens § 3, stk. 1, nr. 1. Årsrapporten skal være revideret, jf. årsregnskabslovens § 135.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at når der er taget forbehold for 66 % af balancesummen i en årsrapport, fordi der ikke kan fremskaffes revisionsbevis for denne del, kan virksomhedens årsrapport ikke anses som revideret. Styrelsen er derfor ikke enig med virksomheden i, at årsrapporten for 2009/10 opfylder lovgivningens krav.

I brevet af 15. februar 2011 fra virksomheden til styrelsen blev størrelserne af de ureviderede regnskabsoplysninger bekræftet. Der er i brevet ikke indsendt nyt revideret materiale vedrørende regnskabsåret 2009/10 til styrelsen. Det er styrelsens vurdering, at det ureviderede materiale, der blev fremsendt med brevet ikke kan berigtige årsrapporten for 2009/10.

Virksomheden er af den opfattelse, at de ikke har skuffet eventuelle kreditorer som følge af manglende revision af regnskabsposter i årsrapporten. Styrelsen kan imidlertid ikke, i henhold til årsregnskabsloven, dispensere for revisionspligten som følge af manglende interesse fra kreditorens side.

Styrelsen har heller ikke mulighed for at dispensere for revisionspligten som følge af virksomhedens praktiske vanskeligheder og økonomiske omkostninger.

Da der skal indsendes en revideret årsrapport hvert år til styrelsen, er det styrelsens vurdering, at det ikke er tilstrækkeligt, at virksomheden indsender en revideret årsrapport for det efterfølgende regnskabsår 2010/11.

Det er styrelsens samlede vurdering, at når revisor tager forbehold for en stor andel af den samlede balancesum, den del der hidrører fra henholdsvis den polske dattervirksomhed og den associerede virksomhed, kan årsrapporten ikke anses for at være revideret, og som følge heraf fastholder styrelsen påbudet om indsendelse af en ny revideret årsrapport for 2009/10.

...”

Ved skrivelse af 14. juni 2011 har advokat A yderligere anført:

” ...

Selskabet har ingen væsentlige bemærkninger til styrelsens redegørelse for sagens faktiske omstændigheder, idet det dog bemærkes, at K alene ejer én fast ejendom i Polen og ikke ”*nogle grunde og bygninger*” som anført.

Med hensyn til sagens retlige omstændigheder fastholdes det i selskabets klage til Erhvervsankenævnet af 4. april 2011 anførte, herunder i særdeleshed at selskabets indsendte årsrapport for 2009/2010 opfylder lovgivningens krav.

For så vidt angår styrelsens fastholdelse af påbuddet om indsendelse af ny årsrapport fastholdes, at dette påbud efter selskabets løsningsforslag af 22. marts 2011 af de anførte årsager er indadækvat. Det skal i den forbindelse bemærkes, at styrelsen selv i mangel af udtrykkelig dispensationsadgang må være i stand til at indrømme selskabet en lempeligere behandling, da der efter almindelige forvaltningsretlige principper alene kræves udtrykkelig hjemmel til beslutninger m.v., der er bebyrdende for borgerne og altså ikke til at træffe beslutning om en lempeligere behandling.

I den konkrete sag har selskabet angivet en række vægtige reale hensyn af såvel praktisk som økonomisk karakter, som kunne tale for en anvendelse af den generelle dispensationsadgang eller adgang til lempeligere behandling af selskabet. Dette skal ses i lyset af, at risikoen herved som anført må anses for meget lille, da selskabets eneste kreditor, F, har fuld indsigt i selskabet og repræsenteret i bestyrelsen, ligesom enhver ekstern gældsoptagelse er indstillet.

...”

Ankenævnet udtaler:

K A/S er forpligtet til at aflægge årsrapport efter reglerne i årsregnskabsloven, jf. lovens § 3, stk. 1, nr. 1, og i henhold til lovens § 7, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 2, nr. 1, skal virksomheden i det mindste følge reglerne for regnskabsklasse B. Af årsregnskabslovens § 135, stk. 1, fremgår endvidere, at virksomheden skal lade sin årsrapport revidere, og i henhold til § 135, stk. 3, er revisionspligten obligatorisk som følge af virksomhedens besiddelse af kapitalandele i det helejede polske datterselskab og den associerede polske virksomhed.

Det fremgår af den uafhængige revisors påtegning i selskabets årsrapport for perioden 1. april 2009 til 31. marts 2010, at der tages forbehold for indregnede

resultatandele på netto -493.941 kr. i resultatopgørelsen og indregnede kapitalandele i associerede virksomheder på 3.475.293 kr. under finansielle anlægsaktiver. Der tages endvidere forbehold for et indregnet nettotilgodehavende hos tilknyttede virksomheder på 3.712.254 kr. Revisor anfører om baggrunden for forbeholdet, at det ikke har været muligt at indhente revisionsbevis for posterne. Revisors forbehold udgør samlet omkring 66 % af virksomhedens balancesum.

På denne baggrund og i øvrigt af de grunde, der er anført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i afgørelsen af 8. marts 2011 og redegørelsen af 26. april 2006, og da det for Erhvervsankenævnet anførte ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder nævnet, at styrelsen har pålagt K A/S at berigtige det omhandlede forhold og indsende en ny og revideret årsrapport for perioden 1. april 2009 til 31. marts 2010.

Ankenævnet stadfæster således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. marts 2011.

4.6. BOGFØRINGSLOVEN

29) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023071).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 5. november 2010 har de statsautoriserede revisorer A og B på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 11. oktober 2010 har nægtet at give selskabet dispensation til at opbevare dele af regnskabsmaterialet i USA.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. oktober 2010 hedder det:

” ...

Faktiske forhold

K A/S har søgt om tilladelse til, at selskabets bogføringssystem opbevares fysisk i USA, ligesom samtlige databaser og sikkerhedsprocedurer, herunder sikkerhedskopiering opbevares samme sted. Det oplyses, at alt øvrigt bogføringsmateriale opbevares på selskabets adresse i Danmark, samt at det vil være muligt for de danske myndigheder at få online-adgang til IT-systemerne hos K A/S i Danmark og adgang til at udskrive det ønskede materiale. Tillige oplyses det, at al bogføring foretages i Danmark, således at bilagsmaterialet, adgangskoder og beskrivelse af hvordan informationerne kan fremskaffes, opbevares fysisk i Danmark. Derved er det kun den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer m.v., der opbevares i udlandet.

Høring af øvrige myndigheder

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 skal en virksomheds regnskabsmateriale som udgangspunkt opbevares her i landet. Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Ifølge bemærkningerne [Se L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3] til lov nr. 245 af den 27. marts 2006, hvorved § 12, stk. 4 blev ændret, kan der kun meddeles dispensation, såfremt;

” den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herun-

der specielt told- og skatteforvaltningen, SØK og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har derfor anmodet Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og SKAT om en udtalelse til brug for sagens afgørelse.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ikke fået oplyst andre myndigheder, som selskabet skal afgive regnskabsmæssige oplysninger til. Det forudsættes derfor, at der ikke er behov for at høre andre myndigheder.

SKAT har ved skrivelse af den 28. april 2010 anført følgende:

"Selskabet har overfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyst, at selskabet er en del af C Inc-koncernen. Koncernledelsen planlægger at outsource serverne til D, USA.

Konsekvensen heraf er at bogføringssystemet for selskabet vil blive opbevaret i USA, hvorimod alt øvrigt bogføringsmateriale opbevares i Danmark. Der vil være online-adgang til IT-systemerne fra selskabets adresse i Danmark, hvorfra der kan udskrives. Adgangskoder og systembeskrivelser opbevares i Danmark.

SKAT finder, at forudsætningerne for dispensation fra opbevaringskravet konkret ikke er til stede for så vidt angår den skatte- og afgiftsmæssige side af sagen, herunder:

- 1. Der ses at være konkrete eller væsentlige hindringer i SKAT's mulighed for at få udleveret materiale fra USA, idet der ikke med USA findes noget retligt instrument vedrørende gensidig bistand på momsområdet, der svarer til reglerne i direktiv 76/308 (inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798/2003 (bistandsforordningen).*
- 2. Der er efter SKAT's vurdering ikke øvrige konkrete eller væsentlige hensyn, der taler imod en dispensation.*
- 3. Sammenfattende kan SKAT ikke tiltræde at selskabet bevilges den ønskede dispensation.*

E [revisionsfirma] henviser i deres anmodning om dispensation til Erhvervsankenævnets kendelse af 1. juli 2009 (j.nr. 2008-0017409). Hvorvidt denne sag er sammenlignelig med K A/S finder SKAT, er op til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at afgøre."

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har ved skrivelse af den 9. marts 2010 anført følgende:

"Det skal indledningsvis bemærkes, at statsadvokaturen er opmærksom på Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006.

Det er fortsat statsadvokatens opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i USA som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Som anført i bemærkningerne til § 12 i bogføringsloven er der ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at de efterforskningsmæssige hensyn i tilstrækkeligt omfang er tilgodeset. Det kunne f.eks. være situationer, hvor den bogføringspligtige regelmæssigt tilsender en kopi på papir eller edb-medie af det i udlandet opbevarede regnskabsmateriale til Danmark.

Det fremgår af bemærkningerne, at såvel Danmark som det aktuelle land må – ved opbevaring på en edb-server i udlandet – tillade, at offentlige myndigheder på grundlag af en retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv eller kan beslaglægge materialet.

Uanset at en sådan terminaladgang findes i virksomheden omfattet af denne ansøgning vil de efterforskningsmæssige hensyn ikke i tilstrækkeligt omfang blive tilgodeset ved, at den bogføringspligtige har terminaladgang til regnskabsmaterialet, der udelukkende opbevares på en server i USA.

Dette skyldes, at politiet ikke i forbindelse med en eventuel ransagning kan benytte sig af terminaladgangen, fordi et sådant indgreb må antages at være at sidestille med en ransagning på fremmed territorium, her USA. Dette må gælde uanset om virksomheden har givet samtykke på forhånd eller i den konkrete situation.

Uanset om virksomheder som betingelse for dispensationsgivningen på forhånd har givet samtykke til ransagning af en server, der er placeret i udlandet, vil et sådant samtykke på ethvert givent tidspunkt kunne tilbagekaldes og allerede derfor i realiteten være uden virkning og betydning for politiets efterforskningsmuligheder.

Statsadvokaturen har ved flere lejligheder forsøgt at indhente oplysninger fra myndighederne i USA omkring, hvorvidt amerikansk lovgivning accepterer, at dansk politi på baggrund af en dansk retskendelse har terminaladgang i samme omfang som hvis materialet befandt sig i Danmark.

Hidtil har de amerikanske myndigheder imidlertid ikke svaret på statsadvokatens henvendelser. I mangel af oplysninger om det modsatte må det derfor antages, at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem.

Det bemærkes i den sammenhæng, at samtlige lande uden for Skandinavien, hvorfra statsadvokaturen har fået svar på en lig-

nende forespørgsel, har oplyst, at en sådan terminaladgang er i strid med deres lovgivning.

Som yderligere konsekvens af det anførte, vil adgangen til at foretage ransagning på øjemedet i henhold til retsplejelovens § 796, stk. 3 ikke længere være en mulighed i sager mod virksomheder, som har fået dispensation og dermed placeret – måske afgørende - regnskabsmateriale i udlandet.

Det må derfor antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Det bemærkes endvidere, at statsadvokaturen ikke er bekendt med konkrete og væsentlige grunde for så vidt angår selskabets forhold til at nægte en dispensation.”

Begrundelse for afgørelsen

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 skal en virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet, jf. dog § 12, stk. 2 – 5.

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning tillade, at bestemmelserne i stk. 1 – 3 helt eller delvis fraviges, dvs. styrelsen kan dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Af bemærkningerne til bogføringslovens § 12, stk. 4 (lov nr. 1006 af 23/12 1998/1 LF 63) fremgår det, at dispensation kun gives i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde.

Det er her forudsat at...”-såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Som anført ovenfor er det således ifølge bemærkningerne til § 12, stk. 4 en forudsætning for, at der kan gives dispensation, at de hørte myndigheder kan acceptere, at en dispensation gives i det konkrete tilfælde.

Som anført ovenfor har SØK udtalt i deres høringssvar, at det er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i USA som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

SKAT udtaler, at de ikke kan tiltræde, at der meddeles dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4. I deres høringssvar udtaler de, at der ses at være konkrete eller væsentlige hindringer i SKAT's mulighed for at få udleveret materiale fra USA, idet der ikke er retligt grundlag vedrørende gensidig bistand på momsområdet.

Sammenfattende kan hverken SØK eller SKAT tiltræde, at vilkårene for, at selskabet bevilges dispensation, er til stede.

SØK har i deres høringssvar redegjort for, at de ved flere lejligheder har forsøgt at indhente oplysninger fra myndighederne i USA omkring, hvorvidt amerikansk lovgivning accepterer, at dansk politi på baggrund af en dansk retskendelse har terminaladgang i samme omfang som hvis bilagsmaterialet befandt sig i Danmark. Hidtil har de amerikanske myndigheder imidlertid ikke svaret på henvendelserne. I mangel af oplysninger om det modsatte antager SØK derfor, at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem. SØK bemærker endvidere i denne sammenhæng, at samtlige lande udenfor Skandinavien, hvorfra SØK har fået svar på en lignende forespørgsel, har oplyst, at en sådan terminaladgang er i strid med deres lovgivning.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen finder det ikke på baggrund af SØKs høringssvar, godtgjort, at politiet har samme mulighed for at benytte en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv, som forudsat i lovbemærkningerne.

Idet det ifølge bemærkningerne til § 12, stk. 4 er en forudsætning for at der kan meddeles dispensation, at de hørte myndigheder skal kunne acceptere, at der gives dispensation og idet såvel SKAT og SØK i denne sag har udtalt sig imod at der gives dispensation, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at betingelserne for at imødekomme ansøgningen er til stede.

Med henvisning til dels de indhentede høringssvar, hvori såvel SKAT som SØK udtaler sig imod at der meddeles dispensation og dels bogføringslovens § 12, stk. 4 samt bemærkningerne hertil, er det Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at der ikke er hjemmel til at meddele dispensation i nærværende sag.

...”

I klageskrivelsen af 5. november 2010 har de statsautoriserede revisorer A og B anført:

”
...

Baggrund for klage

Som det anføres i ansøgningen, opbevares bilagsmaterialet fysisk i Danmark, mens visse dele af det elektroniske materiale opbevares i USA. Da det samtidig er muligt uden videre at få adgang til denne dokumentation fra Danmark via terminaler hos K A/S, er det vores vurdering, at der foreligger en sådan ganske særlig situation, at K A/S bør kunne opnå dispensation fra bogføringslovens § 12, stk. 1.

Bag ønsket om denne løsning ligger en forventning om at opretholde effektivitet og minimere administrative omkostninger hos K A/S, hvilket kan ske ved at anvende samme systemmæssige løsninger til bogføring, som tilbydes koncernens øvrige selskaber.

I forbindelse med ansøgningen har vi henvist til Erhvervsankenævnets kendelse af 1. juli 2009 (j.nr. 2008-0017409), idet det på baggrund af de offentliggjorte oplysninger i forbindelse med kendelsen er vores vurdering, at de to situationer er identiske.

I relation til udtalelserne fra SKAT og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, som er gengivet i afgørelsen fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, har vi således konstateret, at ordlyden for de generelle forhold i væsentlig grad er sammenfaldende med de udtalelser, der er gengivet i kendelsen af 1. juli 2009. Der eksisterer ligeledes ikke konkrete eller væsentlige forhold fra SKAT eller Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet, der taler for at nægte dispensation til K A/S.

Afslutning

Vi vil på baggrund af ovennævnte bede Erhvervsankenævnet om at behandle sagen og vurdere, om forholdene hos K A/S berettiger til dispensation, jf. præmisserne i den tidligere behandlede sag (j.nr. 2008-0017409), og vi anmoder om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse ophæves.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 21. december 2010 udtalt:

” ...

Sagens retlige omstændigheder

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 [lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006 med senere ændringer] er det hovedreglen, at en virksomhed skal opbevare sit regnskabsmateriale her i landet, jf. dog § 12, stk. 2 – 5. I § 12, stk. 2 – 5 er der fastsat bestemmelser, der giver mulighed for, at regnskabsmaterialet i kortere eller længere tid kan opbevares i udlandet.

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning tillade, at bestemmelserne i stk. 1 – 3 helt eller delvis fraviges, dvs. styrelsen kan dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Det fremgår af de oprindelige bemærkninger til bestemmelsen (L 63 – FT 1998/99), at:

”Efter forslagets stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagets stk. 1 – 3. Denne dispensation kan kun meddeles i særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmel-

ser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde.

”For at kunne meddele dispensation er det forudsat - både i relation til regnskabsmateriale for danske og udenlandske aktiviteter - at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Dette forudsættes også, hvor der er adgangsbeskyttelse med passwords, krypteret indhold og lign., jf. forslaget § 15. Også andre relevante forhold kan tages med i betragtning i den konkrete situation.”

Ifølge bemærkningerne til lov nr. 245 af den 27. marts 2006 (L 50 – FT 2005/06), hvorved § 12, stk. 4 blev ændret, er det en forudsætning for at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan meddele dispensation, at de hørte myndigheder kan acceptere at sådan dispensation gives. Således fremgår følgende af bemærkningerne til § 12, stk. 4:

”Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, SØK og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Styrelsens vurdering

Det er på baggrund af ovenstående bemærkninger til bogføringslovens § 12, stk. 4, Erhvervs- og Selskabsstyrelsens vurdering, at det har været hensigten med § 12, stk. 4, at dispensation alene kan meddeles i ganske særlige situationer, hvor i hvert fald følgende betingelser er opfyldt:

1. formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde end ved opbevaring i Danmark,
2. såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv og
3. de hørte danske myndigheder vil kunne acceptere, at der meddeles dispensation.

Der er efter styrelsens vurdering i bemærkningerne til § 12, stk. 4 lagt op til et markant snævert anvendelsesområde for meddelelse af dispensation.

SKAT har i denne sag udtalt, at der er konkrete eller væsentlige hindringer i SKAT's mulighed for at få udleveret materiale fra USA, idet der ikke i forhold til USA findes noget retligt instrument vedrørende gensidig bistand på momsområdet, der svarer til reglerne i direktiv 76/308

(inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798/2003 (bistandsforordningen). Der er efter SKATs vurdering ikke øvrige konkrete eller væsentlige hensyn, der taler imod en dispensation, men sammenfattende kan SKAT ikke tiltræde, at selskabet bevilges den ønskede dispensation.

SØK har i deres høringssvar udtalt, at det er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i USA som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. SØK har i deres høringssvar redegjort for, at de ved flere lejligheder har forsøgt at indhente oplysninger fra myndighederne i USA omkring, hvorvidt amerikansk lovgivning accepterer, at dansk politi på baggrund af en dansk retskendelse har terminaladgang i samme omfang som, hvis bilagsmaterialet befandt sig i Danmark. Hidtil har de amerikanske myndigheder imidlertid ikke svaret på henvendelserne. I mangel af oplysninger om det modsatte antager SØK derfor, at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem.

SØK bemærker endvidere i denne sammenhæng, at samtlige lande uden for Skandinavien, hvorfra SØK har fået svar på en lignende forespørgsel, har oplyst, at en sådan terminaladgang er i strid med deres lovgivning.

Ingen af de tre ovenstående betingelser er opfyldt i denne sag. For så vidt angår særligt betingelse nr. 2, har det efter det oplyste ikke været muligt for politiet at få klarhed over hvorvidt den angivne terminaladgang faktisk vil kunne påregnes imødekommet fra de amerikanske myndigheder. I mangel af positivt svar herpå, finder styrelsen, at det må antages for givet, at en sådan adgang ikke vil blive tilladt. Selv om der i overensstemmelse med det af klager oplyste som udgangspunkt er terminaladgang til serveren i USA fra Danmark, vil denne adgang, ifølge det af SØK oplyste, være betinget af, at de amerikanske myndigheder imødekommer en anmodning om terminalefterforskning. En sådan accept fra de amerikanske myndigheder skal ifølge SØK foreligge, uanset om virksomheden i øvrigt har givet eller giver samtykke til en sådan ransagning eller ej

Med henvisning til de klare bemærkninger til bogføringslovens § 12, stk. 4 og den heri anførte betingelse om at dispensation kun kan gives, hvis de hørte myndigheder vil kunne acceptere, at en sådan dispensation gives, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at der i denne sag er hjemmel til at imødekomme ansøgningen.

Det samme gør sig efter styrelsens vurdering i øvrigt gældende, for så vidt angår den af klager nævnte kendelse, der blev afsagt af Erhvervsankenævnet den 1. juli 2009.

...”

De statsautoriserede revisorer A og B har ved skrivelse af 4. februar 2011 yderligere bemærket:

” ...

Vi [ønsker] at henlede Erhvervsankenævnets opmærksomhed på, at K A/S har søgt dispensation for opbevaring af regnskabsmateriale udenfor Danmark med henvisning til den praksis, som er fastsat af Erhvervsankenævnet med kendelse af 1. juli 2009 (J.nr. 2008-0017409), hvor der gives dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA.

Det bemærkes hertil, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter vores opfattelse ikke i deres skrivelse forklarer, hvorfor de to sager skulle være forskellige. Det er vores vurdering, at de to sager er identiske, og derfor forventer vi også, at de to sager vil få samme udfald – nemlig en dispensation. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har således, efter vores vurdering, ikke fundet forskellige forhold, som retfærdiggør et forskelligt svar. At Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har vurderet spørgsmålet om styrelsens adgang til at undlade at give dispensation retfærdiggør efter vores vurdering heller ikke, at to identiske virksomheder skal behandles forskelligt i forhold til bogføringsloven.

Vi har efterfølgende søgt på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside for at undersøge, om styrelsen offentligt har taget afstand fra den oprindelige afgørelse. Det har vi imidlertid ikke kunnet finde – og vi må derfor lægge til grund, at afgørelsen fra juli 2009 fortsat fuldt ud er gældende.

Det ligger os meget på sinde, at vores kunder og andre behandles ens i forhold til lovens regler. Vi håber derfor på, at Ankenævnet vil medvirke til at sikre, at vores kunde opnår samme dispensation, som blev givet i juli 2009, hvis man i øvrigt (som vi forventer) anser forholdene for at være ens.

...”

Ankenævnet udtaler:

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 1, skal en bogføringspligtig virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet. Med regnskabsmateriale forstås i medfør af bogføringslovens § 3, stk. 1, bl.a.

- ”1) registreringer, herunder transaktionssporet, jf. § 4, stk. 1,
- 2) eventuelle beskrivelser af bogføringen, herunder aftaler om elektronisk dataudveksling, jf. § 14, stk. 2,
- 3) eventuelle beskrivelser af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, jf. § 14, stk. 3,
- 4) bilag og anden dokumentation, jf. § 5,
- 5) oplysninger i øvrigt, som er nødvendige for kontrolsporet, jf. §

- 4, stk. 2,
- 6) regnskaber, som kræves udarbejdet i henhold til lovgivning, og
- 7) eventuelle revisionsprotokoller.”

Ifølge lovens § 12, stk. 2, kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned dog opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige overholder de i § 12, stk. 2, nr. 1-3, anførte betingelser.

Ifølge stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde tillade, at bestemmelsen i stk. 1 helt eller delvis fraviges.

Ifølge stk. 5 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætte regler om, at regnskabsmaterialet uden forudgående ansøgning kan opbevares i udlandet.

Ved Erhvervsankenævnets kendelser af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-0003623) og 1. juli 2009 (j.nr. 2008-0017409) har nævnet omgjort Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag på dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Den foreliggende sag er indbragt for Erhvervsankenævnet parallelt med en række andre sager, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, uanset Erhvervsankenævnets førnævnte kendelser, har nægtet en sådan dispensation. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ses ikke at have følt sig forpligtet af den ved nævnets kendelser udstukne praksis, hvorved bemærkes, at faktum i de nu indbragte sager i alt væsentligt er sammenfaldende med faktum i Erhvervsankenævnets kendelser fra 2006 og 2009.

Af bemærkningerne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4 (lovforslag nr. L 63 fremsat den 28. oktober 1998), fremgår blandt andet:

”Efter forslagetets stk. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagetets stk. 1 - 3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat ... at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Af bemærkningerne til den nugældende § 12 i bogføringsloven (lovforslag nr. L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår blandt andet:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.

Den stramme administrative praksis skyldes, at opbevaring af regnskabsmateriale udenfor de nordiske lande i henhold til oplysninger fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan medføre efterforskningsmæssige problemer for politiet. Dette enten fordi der ikke er etableret det nødvendige samarbejde med det pågældende land om udveksling af oplysninger og materiale i straffesager, eller fordi det ud fra en konkret vurdering ikke skønnes hensigtsmæssigt, at den pågældende virksomhed opbevarer sit regnskabsmateriale i udlandet.

Der modtages således en række henvendelser og ansøgninger om dispensation til opbevaring af materialet uden for de nordiske lande, hvor ansøgeren, hvis denne var bekendt med administrativ praksis, må formodes at ville undlade dispensationsansøgning.

Med henblik på at reducere virksomhedernes administrative byrde ved at udarbejde en ansøgning om dispensation fra bogføringslovens opbevaringsbestemmelser, foreslås det i stk. 5, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte regler om, at regnskabsmateriale uden forudgående ansøgning kan opbevares i oplistede nordiske lande.

Bemyndigelsen vil blive anvendt til at udstede en bekendtgørelse. I bekendtgørelsen vil Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter drøftelser med en række offentlige myndigheder fastlægge en liste over de lande, hvor opbevaring af regnskabsmateriale ikke længere vil være betinget af en ansøgning om dispensation.

Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmateriale på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) har i stort set enslydende skrivelser afgivet i de påklagede sager anført, at det må antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. I skrivelserne anføres det, at det fortsat er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i USA ”som udgangspunkt” kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

SKAT har ved skrivelse af 28. april 2010 anført, at forudsætningerne for dispensation fra opbevaringskravet konkret ikke er til stede for så vidt angår den skatte- og afgiftsmæssige side af sagen. Skat anfører bl.a.:

- ”1. Der ses at være konkrete eller væsentlige hindringer i SKAT’s mulighed for at få udleveret materiale fra USA, idet der ikke med USA findes noget retligt instrument vedrørende gensidig bistand på momsområdet, der svarer til reglerne i direktiv 76/308 (inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798(2003(bistandsforordningen).
2. Der er efter SKAT’s vurdering ikke øvrige konkrete eller væsentlige hensyn, der taler imod en dispensation”.

Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen og Lise Høgh udtaler herfter:

Dispensationsreglen i bogføringslovens § 12, stk. 4, må fortolkes i overensstemmelse med de foran citerede lovforarbejder. Ved afgørelsen af, om der foreligger de i bestemmelsen omhandlede ”særlige tilfælde” må det derfor tillægges betydelig vægt, hvorledes SØK og SKAT har forholdt sig til den konkrete dispensationsansøgning. Vi bemærker dog samtidig, at det efter lovens ordlyd ikke er en betingelse for at give tilladelse, jf. bogføringslovens § 12, stk. 4, at SKAT og SØK har udtalt sig til støtte herfor, og at der derfor, såfremt særligt tungtvejende grunde foreligger, bør være grundlag for dispensation, selv om en sådan dispensation ikke er anbefalet af SKAT eller SØK.

I et tilfælde som det foreliggende, *hvor* ansøgeren er et lokalt datterselskab i eller en lokal filial, der indgår i en international koncern, *hvor* ønsket om dispensation begrundes i ønsket om at opnå de iøjnefaldende besparelser, der kan realiseres ved it-samkøring af koncernens samlede regnskabshåndtering, *hvor* der ikke består nogen formodning for, at ansøgeren vil misbruge en dispensation til skade for danske skatte- og efterforskningsmyndigheder, og *hvor* ansøgeren i øvrigt erklærer sig parat til at underlægge sig de vilkår, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen måtte stille for en dispensation, og som – hvis de opfyldes – vil give myndighederne fuld adgang til regnskabsmaterialet, finder vi, at der som udgangspunkt vil foreligge de anførte tungtvejende grunde til at give dispensation.

Vi bemærker i den forbindelse, at danske filialer eller datterselskaber i internationale koncerner uden den nødvendige dispensation vil skulle afholde betydelige omkostninger til lokal, dansk regnskabsfunktion, herunder navnlig til at tilvejebringe forudsætningerne for transaktionssporet, jf. bogføringslovens § 4, stk. 1, at der altid vil være en risiko for, at myndighederne vil støde på vanskeligheder i deres efterforsknings- eller kontrolarbejde, selvom den regnskabspligtige opbevarer regnskabsmateriale her i landet og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i sin konkrete sagsbehandling vil have mulighed for at vurdere, om en ansøger må formodes at ville opfylde de stillede vilkår for tilladelsen.

Overfor disse hensyn står de forhold som SKAT og SØK har fremført som begrundelse for ikke at give dispensation.

SKAT har henvist til, at der ikke med USA findes noget retligt instrument vedrørende gensidig bistand på momsområdet, der svarer til reglerne i direktiv 76/308 (inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798/2003 (bistandsforordningen).

Vi forstår SKATs betænkeligheder således, at SKAT hermed først og fremmest sigter mod at kunne fremskaffe det regnskabs- og bilagsmateriale, der danner grundlag for skatte- og afgiftsberegningerne, jf. bogføringslovens § 3, stk. 1, nr. 4 og 6.

Vi bemærker hertil, at der ikke foreligger oplysninger om, hvorvidt ansøgeren vil være indforstået med, at kun den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer m.v. opbevares i udlandet, idet kopier af regnskabs- og bilagsmateriale opbevares i Danmark..

Idet en dispensation kan betinges således, finder vi det ikke godtgjort, at hensynet til SKATs kontrolarbejde taler imod meddelelsen af dispensation med en sådan styrke, at denne bør nægtes under de ovenfor angivne betingelser.

SØK har henvist til, at det selv med samtykke fra ansøgeren af retlige grunde vil være vanskeligt at gennemføre efterforskningskridt, der involverer IT-systemer i USA. SØK har i den forbindelse henvist til, at SØK ved flere lejligheder har forsøgt at indhente oplysninger fra myndighederne i USA for at få afklaret, om ame-

rikansk lovgivning accepterer, at dansk politi på baggrund af en dansk retskendelse har terminaladgang i samme omfang som hvis materialet befandt sig i Danmark. Ifølge SØK har de amerikanske myndigheder ikke besvaret statsadvokatens henvendelser herom.

Vi bemærker hertil, at SØK ikke hermed har godtgjort, at de amerikanske myndigheder har modsat sig en sådan efterforskningsadgang. Vi bemærker samtidig, at en sådan efterforskning med et forudgående samtykke fra virksomheden, ikke fremstår som åbenbart retsstridig overfor USA. Og vi bemærker i den forbindelse, at svenske myndigheder efter det oplyste har afgivet tilsvarende tilladelser til at opbevare regnskabsmateriale i USA.

På denne baggrund finder vi det ikke godtgjort, at hensynet til SØKs efterforskningsarbejde taler imod meddelelsen af dispensation med en sådan styrke, at denne bør nægtes under de ovenfor angivne betingelser.

Vi stemmer derfor for at hjemvise Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. oktober 2010 til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

Vi finder afslutningsvis anledning til at bemærke, at de problemer, som efter myndighedernes opfattelse rejser sig ved denne forståelse af lovens betingelser, er egnet til regulering ved særlige bestemmelser.

Carsten Møllekilde og Steen Mejer udtaler:

Bogføringslovens § 12, stk. 4, der er en undtagelsesbestemmelse til hovedreglen i lovens § 12, stk. 1, reserverer efter sin ordlyd adgangen til dispensation til ”særlige tilfælde”.

Som anført i forarbejderne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4, forudsætter dispensation, at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder skatte- og anklagemyndighed, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Denne forudsætning må utvivlsomt antages at gælde uafsvækket for så vidt

angår fortolkningen af dispensationsadgangen i henhold til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4.

Det fremgår af forarbejderne til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4, at dispensationshjemlen er formuleret i overensstemmelse med den tidligere bestemmelse, men at adgangen til at meddele dispensation – som følge af det samtidigt indsatte stk. 5 – nu er reserveret til ganske særlige tilfælde. Det præciseres i den forbindelse, at der herved forstås, at den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og eventuelt Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.

Vi kan efter de foreliggende oplysninger ikke lægge til grund, at USA tillader, at dansk skatte- eller anklagemyndighed efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Statsadvokaturen har i sit skriftlige indlæg oplyst, at man ved flere lejligheder har forsøgt at indhente oplysninger fra de amerikanske myndigheder om spørgsmålet, men at henvendelser er forblevet ubesvarede. Det er endvidere oplyst, at samtlige lande uden for Skandinavien, hvorfra statsadvokaturen har fået svar på en lignende forespørgsel, har oplyst, at en sådan terminaladgang er i strid med deres lovgivning.

Hverken SKAT eller SØK har accepteret, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.

Vi finder herefter, at der ikke foreligger et sådant ganske særligt tilfælde, at der kan meddeles dispensation fra reglen om, at regnskabsmaterialet skal opbevares her i landet. At eventuelle virksomhedsøkonomiske hensyn kan tilsige hensigtsmæssigheden af at meddele den ønskede dispensation kan på den anførte baggrund ikke føre til et andet resultat. Vi stemmer derfor for at tiltræde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. oktober 2010.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. oktober 2010 hjemvises til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

30) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023123).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i England hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 8. november 2010 har K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 12. oktober 2010 har nægtet at give selskabet dispensation til at opbevare dele af regnskabsmaterialet i England.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. oktober 2010 hedder det:

” ...

Faktiske forhold

Ifølge ansøgningen har A koncernen, som K A/S er en del af, etableret et shared service center i ... England. Det er hensigten, at visse back office ydelser, herunder bogføring, der vedrører K A/S's udenlandske aktiviteter, skal udlægges til dette shared service center. Af praktiske årsager anmoder selskabet derfor om dispensation til opbevaring af dette bogføringsmateriale i ... [England].

Bogføringen for den udenlandske aktivitet foretages i en særskilt bogføringskreds og det er ønsket at denne, ligesom samtlige databaser og sikkerhedsprocedurer, inkl. sikkerhedskopiering, kan overflyttes til en server i England

Interne og eksterne bilagsmateriale, samt alt øvrigt regnskabsmateriale vedrørende de danske aktiviteter, vil fortsat blive bogført og opbevaret i Danmark i hele opbevaringsperioden.

Høring af øvrige myndigheder

Til brug for afgørelsen har styrelsen indhentet udtalelser fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og SKAT.

Styrelsen har ikke fået oplyst andre myndigheder, som selskabet skal afgive regnskabsmæssige oplysninger til. Det forudsættes derfor, at der ikke er behov for at høre andre myndigheder.

SKAT har ved skrivelse af den 10. august 2010 anført følgende:

”B har på vegne af K A/S, cvr.nr. ... anmodet om dispensation til at opbevare regnskabsmaterialet i England.

Selskabets ultimative moderselskab er A Ltd. Koncernen har netop etableret et shared service center ... i England. Det er hensigten at selskabets bogføring skal udlægges dertil fsva. selskabets udenlandske aktivitet, der udgør ca. 61 % af selskabets resultat efter skat. Selve bogføringen og opbevaringen af de fysiske bilag ønskes således overflyttet til England.

Selskabet har online adgang til serveren i England, og oplysninger kan på et hvert tidspunkt tilgås fra Danmark, ligesom regnskabsmaterialet uden yderligere forarbejdning kan udskrives i klarskrift. Selskabet vil opbevare en systembeskrivelse i klarskrift, således at de offentlige myndigheder til enhver tid kan skaffe sig adgang til materialet.

Alt materiale vedrørende de danske aktiviteter vil ikke blive flyttet til England.

SKAT finder, at forudsætningerne for dispensation fra opbevaringskravet konkret set er til stede for så vidt angår den skatte- og afgiftsmæssige side af sagen, herunder:

1. Der ses ikke at være konkrete eller væsentlige hindringer i SKATs mulighed for at få udleveret materiale fra England. Der henvises til direktiv 76/308 (inddrivelsesdirektivet) og forordning 1798/2003 (bistandsforordningen). For så vidt angår skatteområdet henvises til dobbeltbeskatningsaftale mellem Danmark og Storbritannien, artikel 25.
2. Der er efter SKATs vurdering ikke konkrete eller væsentlige hensyn, der taler imod en dispensation

Sammenfattende kan SKAT tiltræde at selskabets anmodning imødekommes”

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har ved skrivelse af den 22. juli 2010 anført følgende:

”Det skal indledningsvis bemærkes, at statsadvokaturen er opmærksom på Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006 og 1. juli 2009.

Det er fortsat statsadvokatens opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i England som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Som anført i bemærkningerne til § 12 i bogføringsloven er der ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at de efterforskningsmæssige hensyn i tilstrækkeligt omfang er tilgode-

set. Det kunne f.eks. være situationer, hvor den bogføringspligtige regelmæssigt tilsender en kopi på papir eller edb-medie af det i udlandet opbevarede regnskabsmateriale til Danmark.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne, at såvel Danmark som det aktuelle land må – ved opbevaring på en edb-server i udlandet – tillade, at offentlige myndigheder på grundlag af en retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv eller kan beslaglægge materialet.

Uanset om en sådan terminaladgang findes i virksomheden omfattet af denne ansøgning vil de efterforskningsmæssige hensyn ikke i tilstrækkeligt omfang blive tilgodeset ved, at den bogføringspligtige har terminaladgang til regnskabsmateriale, der udelukkende opbevares på en server i England.

Dette skyldes, at politiet ikke i forbindelse med en eventuel ransagning kan benytte sig af terminaladgangen, fordi et sådant indgreb må antages at være at sidestille med en ransagning på fremmed territorium, her England. Dette må gælde uanset om virksomheden har givet samtykke på forhånd eller i den konkrete situation.

Uanset om virksomheden som betingelse for dispensationsgivningen på forhånd har givet samtykke til ransagning af en server, der er placeret i udlandet, vil et sådant samtykke på ethvert givent tidspunkt kunne tilbagekaldes og allerede derfor i realiteten være uden virkning og betydning for politiets efterforskningsmuligheder.

De engelske myndigheder har oplyst på forespørgsel, at England ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse. Det betyder, at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem.

Som yderligere konsekvens af det anførte, vil adgangen til at foretage ransagning på øjemedet i henhold til retsplejelovens § 796, stk. 3 ikke længere være en mulighed i sager mod virksomheder, som har fået dispensation og dermed placeret – måske afgørende – regnskabsmateriale i udlandet.

Det må derfor antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Det bemærkes endvidere, at statsadvokaturen ikke er bekendt med konkrete eller væsentlige hensyn, der taler imod dispensation for det pågældende selskab.”

Begrundelse for afgørelsen

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 skal en virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet, jf. dog § 12, stk. 2 – 5.

Ifølge § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning tillade, at bestemmelserne i stk. 1 – 3 helt eller delvis fraviges, dvs. styrelsen kan dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Af bemærkningerne til BFL § 12, stk. 4 (lov nr. 1006 af 23/12 1998/1 LF 63) fremgår, at dispensation kun gives i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde.

Det er her forudsat at....”-såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Af bemærkningerne til den nugældende BFL § 12 (L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår bl.a. følgende:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.....samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, SØK og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.””

Det er således en forudsætning for, at der kan gives dispensation, at de hørte myndigheder ikke har indvendinger imod at en dispensation gives i det konkrete tilfælde. Som anført ovenfor har SØK udtalt i deres høringssvar, at det er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i England som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Ved Erhvervsankenævnets kendelse af den 19. juni 2006 fik en virksomhed dispensation til at opbevare en del af sit regnskabsmateriale i Tyskland.

Ved afgørelse lagde Erhvervsankenævnet vægt på,

- at virksomhedens bilagsmateriale fysisk blev opbevaret i Danmark, således at det kun var den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer mv. der opbevaredes i Tyskland og
- at det efter det oplyste uden videre var muligt at få adgang til denne dokumentation fra en server placeret i Danmark

og fandt på denne baggrund at der forelå en sådan ganske særlig situation at der efter ankenævnets opfattelse burde meddeles dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Der er i nærværende sag tale om, at interne og eksterne bilag vedrørende selskabets aktiviteter i England ønskes opbevaret i England. Af ankenævnets konklusion, jf. ovenfor, fremgår det, at en af betingelserne for at opbevare (dele af) den digitale regnskabsmateriale i udlandet er, at alt det fysiske bilagsmateriale opbevares i Danmark.

Idet Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet i denne sag har udtalt, at en dispensation kan have betydning for deres efterforskningsmuligheder og idet al det fysiske bilagsmateriale ikke vil blive opbevaret i Danmark, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at der foreligger sådan særlige omstændigheder, at ansøgningen om dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4 kan imødekommes.
...”

I klageskrivelsen af 8. november 2010 har K A/S for så vidt angår de faktiske omstændigheder henvist til afgørelsens sagsfremstilling samt til selskabets oprindelige klage til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Der er ikke over for Erhvervsankenævnet blevet fremlagt nogen klage fra K A/S til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I ansøgningen af 8. juni 2010 om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4, har B på vegne af selskabet anført:

” ...

Selskabet og dets aktiviteter

Selskabet er beskæftiget inden for facility management. Segmenteringsmæssigt kan aktiviteterne opdeles i 2 segmenter, hvoraf den ene er facility management i Danmark, mens den anden aktivitet består af facility management på borerigge, primært placeret i Nordsøen.

Den udenlandske aktivitet består i at være underleverandør til selskabets ultimative moderselskab A Ltd., i forbindelse med deres betjening af borerigge.

Den udenlandske aktivitet udgjorde 49% af omsætningen i regnskabsåret 2008/09, mens aktiviteten bidrog til 61% af selskabets resultat efter skat.

A koncernen har etableret et shared service center i ... England. Det er hensigten, at visse back office ydelser, herunder bogføring, der vedrører K A/S' udenlandske aktiviteter, skal udlægges til dette shared service center. Af praktiske årsager anmoder selskabet derfor om dispensation til opbevaring af dette bogføringsmateriale i ... [England].

Regnskabsmateriale omfattet af ansøgningen

Jf. bogføringslovens § 12, stk. 3, kan interne og eksterne bilag for aktiviteter i udlandet opbevares i det pågældende udland i hele opbevaringsperioden, jf. §10, hvorfor fysiske bilag antages at kunne opbevares i England i hele opbevaringsperioden uden manglende overholdelse af bogføringsloven.

Bogføringen for den udenlandske aktivitet foretages i en særskilt bogføringskreds og det er ønsket at denne, ligesom samtlige databaser og sikkerhedsprocedurer, inkl. sikkerhedskopiering, kan overflyttes til en server placeret i England.

K A/S har onlineadgang til moderselskabets server og materiale vedrørende aktiviteterne tilhørende det danske selskab, og kan således et hvert tidspunkt og uden yderligere tiltag eller godkendelser tilgås fra Danmark. Regnskabsmaterialet kan uden yderligere forarbejdning udskrives i klarskrift fra Danmark.

Herudover vil der på selskabets adresse i Danmark befinde sig beskrivelser af de benyttede systemer, således at offentlige myndigheder til enhver tid er i stand til at skaffe sig adgang til materialet.

Interne og eksterne bilag, samt alt øvrigt regnskabsmateriale vedrørende de danske aktiviteter, vil fortsat blive bogført og opbevaret i Danmark i hele opbevaringsperioden.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i skrivelse af 10. januar 2011 fastholdt afgørelsen.

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 1, skal en bogføringspligtig virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet. Med regnskabsmateriale forstås i medfør af bogføringslovens § 3, stk. 1, bl.a.

- ”1) registreringer, herunder transaktionssporet, jf. § 4, stk. 1,
- 2) eventuelle beskrivelser af bogføringen, herunder aftaler om elektronisk dataudveksling, jf. § 14, stk. 2,
- 3) eventuelle beskrivelser af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, jf. § 14, stk. 3,
- 4) bilag og anden dokumentation, jf. § 5,
- 5) oplysninger i øvrigt, som er nødvendige for kontrolsporet, jf. §4, stk. 2,
- 6) regnskaber, som kræves udarbejdet i henhold til lovgivning, og
- 7) eventuelle revisionsprotokoller.”

Ifølge lovens § 12, stk. 2, kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned dog opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige overholder de i § 12, stk. 2, nr. 1-3, anførte betingelser.

Ifølge stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde tillade, at bestemmelsen i stk. 1 helt eller delvis fraviges.

Ifølge stk. 5 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætte regler om, at regnskabsmaterialet uden forudgående ansøgning kan opbevares i udlandet.

Ved Erhvervsankenævnets kendelser af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-0003623) og 1. juli 2009 (j.nr. 2008-0017409) har nævnet omgjort Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag på dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Den foreliggende sag er indbragt for Erhvervsankenævnet parallelt med en række andre sager, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, uanset Erhvervsankenævnets førnævnte kendelser, har nægtet en sådan dispensation. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ses ikke at have følt sig forpligtet af den ved nævnets kendelser udstukne praksis, hvorved bemærkes, at faktum i de nu indbragte sager i alt væsentligt er sammenfaldende med faktum i Erhvervsankenævnets kendelser fra 2006 og 2009.

Af bemærkningerne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4 (lovforslag nr. L 63 fremsat den 28. oktober 1998), fremgår blandt andet:

”Efter forslagets stk. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagets stk. 1 - 3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat ... at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Af bemærkningerne til den nugældende § 12 i bogføringsloven (lovforslag nr. L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår blandt andet:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.

Den stramme administrative praksis skyldes, at opbevaring af regnskabsmateriale udenfor de nordiske lande i henhold til oplysninger fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan medføre efterforskningsmæssige problemer for politiet. Dette enten fordi der ikke er etableret det nødvendige samarbejde med det pågældende land om udveksling af oplysninger og materiale i straffesager, eller fordi det ud fra en konkret vurdering ikke skønnes hensigtsmæssigt, at den pågældende virksomhed opbevarer sit regnskabsmateriale i udlandet.

Der modtages således en række henvendelser og ansøgninger om dispensation til opbevaring af materialet uden for de nordiske lande, hvor ansøgeren, hvis denne var bekendt med administrativ praksis, må formodes at ville undlade dispensationsansøgning.

Med henblik på at reducere virksomhedernes administrative byrde ved at udarbejde en ansøgning om dispensation fra bogføringslovens opbevaringsbestemmelser, foreslås det i stk. 5, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte regler om, at regnskabsmateriale uden forudgående ansøgning kan opbevares i oplistede nordiske lande.

Bemyndigelsen vil blive anvendt til at udstede en bekendtgørelse. I bekendtgørelsen vil Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter drøftelser med en række offentlige myndigheder fastlægge en liste over de lande, hvor opbevaring af regnskabsmateriale ikke længere vil være betinget af en ansøgning om dispensation.

Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmateriale på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) har i stort set enslydende skrivelser afgivet i de påklagede sager anført, at det må antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. I skrivelsen i nærværende sag anføres det, at det fortsat er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i England ”som udgangspunkt” kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

SKAT har ved skrivelse af 10. august 2010 anført, at forudsætningerne for dispensation fra opbevaringskravet konkret er til stede for så vidt angår den skatte- og afgiftsmæssige side af sagen.

Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen og Lise Høgh udtaler herfter:

Dispensationsreglen i bogføringslovens § 12, stk. 4, må fortolkes i overensstemmelse med de foran citerede lovforarbejder. Ved afgørelsen af, om der foreligger de i bestemmelsen omhandlede ”særlige tilfælde” må det derfor tillægges betydelig vægt, hvorledes SØK og SKAT har forholdt sig til den konkrete dispensationsansøgning. Vi bemærker dog samtidig, at det efter lovens ordlyd ikke er en betingelse for at give tilladelse, jf. bogføringslovens § 12, stk. 4, at SKAT og SØK har udtalt sig til støtte herfor, og at der derfor, såfremt særligt tungtvejende grunde foreligger, bør være grundlag for dispensation, selv om en sådan dispensation ikke er anbefalet af SKAT eller SØK.

I et tilfælde som det foreliggende, *hvor* ansøgeren er et lokalt datterselskab i eller en lokal filial, der indgår i en international koncern, *hvor* ønsket om dispensation begrundes i ønsket om at opnå de iøjnefaldende besparelser, der kan realiseres ved it-samkøring af koncernens samlede regnskabshåndtering, *hvor* der ikke består nogen formodning for, at ansøgeren vil misbruge en dispensation til skade for danske skatte- og efterforskningsmyndigheder, og *hvor* ansøgeren i øvrigt erklærer sig parat til at underlægge sig de vilkår, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen måtte stille for en dispensation, og som – hvis de opfyldes – vil give myndighederne fuld adgang til regnskabsmaterialet, finder vi, at der som udgangspunkt vil foreligge de anførte tungtvejende grunde til at give dispensation.

Vi bemærker i den forbindelse, *at* danske filialer eller datterselskaber i internationale koncerner uden den nødvendige dispensation vil skulle afholde betydelige omkostninger til lokal, dansk regnskabsfunktion, herunder navnlig til at tilvejebringe forudsætningerne for transaktionssporet, jf. bogføringslovens § 4, stk. 1, *at* der altid vil være en risiko for, at myndighederne vil støde på vanskeligheder i deres efterforsknings- eller kontrolarbejde, selvom den regnskabspligtige opbevarer regnskabsmateriale her i landet og *at* Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i sin konkrete

te sagsbehandling vil have mulighed for at vurdere, om en ansøger må formodes at ville opfylde de stillede vilkår for tilladelsen.

Over for disse hensyn står de forhold som SØK har fremført som begrundelse for ikke at give dispensation.

SØK har henvist til, at de engelske myndigheder har oplyst, at England ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse, og at det selv med samtykke fra ansøgeren vil være vanskeligt at gennemføre efterforskningskridt, der involverer IT-systemer i England, da et sådant samtykke vil kunne tilbagekaldes.

Vi bemærker hertil, at der ifølge det af SØK oplyste ikke vil være vanskeligheder forbundet med at gennemføre en efterforskning med samtykke fra virksomheden. Vi bemærker i den forbindelse, at ansøgeren på forhånd har erklæret, at internt og eksternt bilagsmateriale samt alt øvrigt regnskabsmateriale vedrørende danske aktiviteter fortsat vil blive bogført og opbevaret i Danmark i hele opbevaringsperioden. Vi bemærker ligeledes, at en tilladelse til at opbevare bilagsmateriale i udlandet vil kunne betinges således, at den falder bort, såfremt det nødvendige samtykke hertil tilbagekaldes.

Det bemærkes, at SKAT ikke har udtalt sig imod, at der gives dispensation.

På denne baggrund finder vi det ikke godtgjort, at hensynet til SØKs efterforskningsarbejde taler imod meddelelsen af dispensation med en sådan styrke, at den bør nægtes under de ovenfor angivne betingelser.

Vi stemmer derfor for at hjemvise Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. oktober 2010 til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

Vi finder afslutningsvis anledning til at bemærke, at de problemer, som efter myndighedernes opfattelse rejser sig ved denne forståelse af lovens betingelser, er egnet til regulering ved særlige bestemmelser.

Carsten Møllekilde og Steen Mejer udtaler:

Bogføringslovens § 12, stk. 4, der er en undtagelsesbestemmelse til hovedreglen i lovens § 12, stk. 1, reserverer efter sin ordlyd adgangen til dispensation til ”særlige tilfælde”.

Som anført i forarbejderne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4, forudsætter dispensation, at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder skatte- og anklagemyndighed, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Denne forudsætning må utvivlsomt antages at gælde uafsvækket for så vidt angår fortolkningen af dispensationsadgangen i henhold til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4.

Det fremgår af forarbejderne til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4, at dispensationshjemlen er formuleret i overensstemmelse med den tidligere bestemmelse, men at adgangen til at meddele dispensation – som følge af det samtidigt indsatte stk. 5 – nu er reserveret til ganske særlige tilfælde. Det præciseres i den forbindelse, at der herved forstås, at den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og eventuelt Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.

SØK har i sit skriftlige indlæg anført, at de engelske myndigheder har oplyst, at England ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse. Vi lægger derfor til grund, at en dansk skatte- eller anklagemyndighed efter indhentet retskendelse ikke kan benytte en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.

Vi finder herefter, at der ikke foreligger et sådant ganske særligt tilfælde, at der kan meddeles dispensation fra reglen om, at regnskabsmaterialet skal opbevares her i landet. At eventuelle virksomhedsøkonomiske hensyn kan tilsige hensigtsmæssigheden af at meddele den ønskede dispensation kan på den anførte bag-

grund ikke føre til et andet resultat. Vi stemmer derfor for at tiltræde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. oktober 2010.

---000---

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 12. oktober 2010 hjemvises til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

31) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023126).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Sagen vedrører samme problemstilling som j.nr. 2010-0023071.

Ankenævnets kendelse kan findes i sin helhed på hjemmesiden:

<http://www.erhvervsankenaevnet.dk/graphics/Erhvervsanke/Kendelser2011/2010-0023126.pdf>.

32) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023251).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Sagen vedrører samme problemstilling som j.nr. 2010-0023071.

Ankenævnets kendelse kan findes i sin helhed på hjemmesiden:

<http://www.erhvervsankenaevnet.dk/graphics/Erhvervsanke/Kendelser2011/2010-0023251.pdf>.

33) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023252).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Sagen vedrører samme problemstilling som j.nr. 2010-0023071.

Ankenævnets kendelse kan findes i sin helhed på hjemmesiden:

<http://www.erhvervsankenaevnet.dk/graphics/Erhvervsanke/Kendelser2011/2010-0023252.pdf>.

34) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023253).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Sagen vedrører samme problemstilling som j.nr. 2010-0023071.

Ankenævnets kendelse kan findes i sin helhed på hjemmesiden:

<http://www.erhvervsankenaevnet.dk/graphics/Erhvervsanke/Kendelser2011/2010-0023253.pdf>.

35) Kendelse af 14. juli 2011 (J.nr. 2010-0023507).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i Tyskland hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 13. december 2010 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 17. november 2010 har nægtet at give selskabet dispensation til at opbevare dele af regnskabsmaterialet i Tyskland.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010 hedder det:

” ...

Faktiske forhold

Ifølge ansøgningen ønsker K ApS at opbevare dele af deres fysiske regnskabsmateriale i Tyskland hos et koncernselskab i ... Tyskland.

Selskabet oplyser, at koncernen har udskiftet lokale ERP-systemer med et samlet ERP-system for koncernen, og har i den forbindelse etableret tre datacentre rundt om i verden, hvor alle koncernselskaber skal afvikle deres bogføring.

Den fysiske bogføring vil dog fortsat ske i Danmark.

Beskrivelser af bogføring, beskrivelser af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, bilag og anden dokumentation, oplysninger i øvrigt, regnskaber og revisionsprotokoller vil blive opbevaret i Danmark.

Registreringer, herunder transaktionssporet og kontrolsporet (for så vidt angår den del, der opbevares elektronisk) samt salgsfakturaer og andre intern elektroniske bilag (rentetilskrivning, afskrivninger mv.) opbevares på elektronisk medie i Tyskland. Endvidere opbevares den del af systembeskrivelsen, der ifølge bogføringsloven må opbevares elektronisk, ligeledes på elektronisk medie i Tyskland hos datacenteret.

Høring af øvrige myndigheder

Til brug for afgørelsen har styrelsen indhentet udtalelser fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og SKAT.

Styrelsen har ikke fået oplyst andre myndigheder, som selskabet skal afgive regnskabsmæssige oplysninger til. Det forudsættes derfor, at der ikke er behov for at høre andre myndigheder.

SKAT har ved skrivelse af den 5. februar 2010 anført følgende:

”Det er oplyst, at K ApS anvender koncernens edb-system, og dataene ligger på servere, som er fysisk placeret i Tyskland. Opdatering, sikkerhedskopiering m.v. af databasen foregår i Tyskland.

Regnskabsmateriale og bogføringsbilag er fysisk placeret i Danmark, ligesom selve bogføringen foregår i Danmark. Ifølge det oplyste, kan selskabet selv trække data ud af systemet.

På baggrund heraf finder SKAT, at betingelserne i bogføringslovens § 12, stk. 2 er opfyldt.

SKAT er ikke bekendt med konkrete eller væsentlige hindringer for SKATs muligheder for at kunne få udleveret materiale fra Tysk-

land, idet Tyskland blandt andet har forpligtet sig i henhold til EU's bistandsdirektiv samt dobbeltbeskatningsaftale.

På nuværende tidspunkt foreligger der konkrete forhold, der taler imod en dispensation. Det skyldes der på nuværende tidspunkt er igangværende kontrolsager mod selskabet.

Derudover foreligger der ikke konkrete forhold, der taler imod en dispensation for K ApS.

Da der på nuværende tidspunkt er igangværende kontrolsager af K ApS, er det SKATs opfattelse, at selskabet ikke på nuværende tidspunkt kan meddeles dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.”

Skat har ved mail af den 16. november 2010 meddelt, at der fortsat er igangværende kontrolsager mod selskabet.

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har ved skrivelse af den 27. januar 2010 anført følgende:

”Det skal indledningsvis bemærkes, at statsadvokaturen er opmærksom på Erhvervsankenævnets kendelse af 19. juni 2006 og 1. juli 2009.

Det er fortsat statsadvokaturens opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i Tyskland som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmuligheder for det danske politi.

Som anført i bemærkningerne til § 12 i bogføringsloven er der ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at de efterforskningsmæssige hensyn i tilstrækkeligt omfang er tilgodeset. Det kunne f.eks. være situationer, hvor den bogføringspligtige regelmæssigt tilsender en kopi på papir eller edb-medie af det i udlandet opbevarede regnskabsmateriale til Danmark.

Det fremgår af bemærkningerne at såvel Danmark som det aktuelle land – må ved opbevaring på en edb-server i udlandet – tillade, at offentlige myndigheder på grundlag af en retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv eller kan beslaglægge materialet.

Uanset at en sådan terminaladgang findes i virksomheden omfattet af denne ansøgning vil de efterforskningsmæssige hensyn ikke i tilstrækkeligt omfang blive tilgodeset ved, at den bogføringspligtige har terminaladgang til regnskabsmateriale, der udelukkende opbevares på en server i Tyskland.

Dette skyldes, at politiet ikke i forbindelse med en eventuel ransagning kan benytte sig af terminaladgangen, fordi et sådant indgreb må antages at være at sidestille med en ransagning på frem-

med territorium, her Tyskland. Dette må gælde uanset om virksomheden har givet samtykke på forhånd eller i den konkrete situation.

Uanset om virksomheder som betingelse for dispensationsgivningen på forhånd har givet samtykke til ransagning af en server, der er placeret i udlandet, vil et sådant samtykke på ethvert givent tidspunkt kunne tilbagekaldes og allerede derfor i realiteten være uden virkning og betydning for politiets efterforskningsmuligheder.

De tyske myndigheder har oplyst på forespørgsel, at Tyskland ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af dansk retskendelse. Det betyder, at de almindelige regler for internationalretshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem.

Som yderligere konsekvens af det anførte, vil adgangen til at foretage ransagning på øjemedet i henhold til retsplejelovens § 796, stk. 3 ikke længere være en mulighed i sager mod virksomheder, som har fået dispensation og dermed er placeret – måske afgørende - regnskabsmateriale i udlandet.

Det må derfor antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Det bemærkes endvidere, at statsadvokaten ikke er bekendt med konkrete og væsentlige grunde for så vidt angår selskabets forhold til at nægte en dispensation.”

Begrundelse for afgørelsen

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 skal en virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet, jf. dog § 12, stk. 2 – 5.

Ifølge § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning tillade, at bestemmelserne i stk. 1 – 3 helt eller delvis fraviges, dvs. styrelsen kan dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Af bemærkningerne til BFL § 12, stk. 4 (lov nr. 1006 af 23/12 1998/1 LF 63) fremgår, at dispensation kun gives i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde.

Det er her forudsat at...”-såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Af bemærkningerne til den nugældende BFL § 12 (L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår bl.a. følgende:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.....samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, SØK og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Det er således en forudsætning for, at der kan gives dispensation, at de hørte myndigheder ikke har indvendinger imod at en dispensation gives i det konkrete tilfælde. Som anført ovenfor har SKAT oplyst, at de har igangværende kontrolsager mod selskabet. Samtidig har SØK udtalt i deres hørings svar, at det er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i Tyskland som udgangspunkt kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

Ved Erhvervsankenævnets kendelse af den 19. juni 2006 fik en virksomhed dispensation til at opbevare en del af sit regnskabsmateriale i Tyskland.

Ved afgørelse lagde Erhvervsankenævnet vægt på,

- at virksomhedens bilagsmateriale fysisk blev opbevaret i Danmark, således at det kun var den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer mv. der opbevaredes i Tyskland og
- at det efter det oplyste uden videre var muligt at få adgang til denne dokumentation fra en server placeret i Danmark

og fandt på denne baggrund at der forelå en sådan ganske særlig situation at der efter ankenævnets opfattelse burde meddeles dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Der i nærværende sag er tale om, at en del af det fysiske bilagsmateriale ønskes opbevaret i Tyskland. Af ankenævnets konklusion, jf. ovenfor fremgår det, at en af betingelserne for at opbevare dele af regnskabsmaterialet i udlandet er, at det fysiske bilagsmateriale opbevares i Danmark.

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har i denne sag udtalt, at en dispensation kan have betydning for deres efterforskningsmuligheder. Efter SKATs opfattelse kan selskabet ikke på nuværende tidspunkt meddeles dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4, idet SKAT har igangværende kontrolsager mod selskabet. Idet såvel SØK som SKAT således har indvendinger imod, at der meddeles dispensation, er forudsætningen i bemærkningerne til bogføringslovens § 12, stk. 4 ikke opfyldt. I følge bemærkningerne er det således en forudsætning for at

meddele dispensation, at de hørte myndigheder skal kunne acceptere dette. Styrelsen finder på dette grundlag ikke, at der foreligger sådan særlige omstændigheder, at ansøgningen om dispensation i henhold til bogføringslovens § 12, stk. 4 kan imødekommes. Afgørelsen begrundes endvidere med, at selskabet ifølge det oplyste ikke opbevarer alt fysisk bilagsmateriale i Danmark, som forudsat ved erhvervsankenævnets kendelse, jf. ovenfor.

...”

I klageskrivelsen af 13. december 2010 har advokat A anført:

” ...

Afslaget ses ... begrundet i 3 forhold:

- 1) Fysisk bilagsmateriale ønskes opbevaret i Tyskland;
- 2) Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet har anført, at en dispensation vil påvirke deres efterforskningsmuligheder;
og
- 3) SKAT har igangværende kontrolsager mod selskabet.

Overordnet set finder klager ikke, at de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anførte forhold kan danne baggrund for ikke at imødekomme ansøgning om dispensation. De enkelte forhold kommenteres herunder.

Ad 1) – Fysisk bilagsmateriale ønskes opbevaret i Tyskland

Af den ... vedlagte dispensationsansøgningen af 11. november 2009, side 2, fremgår det, at

”Den fysiske bogføring vil dog fortsat ske fra Danmark.

Følgende regnskabsmateriale vil blive opbevaret i Danmark:

1. *Beskrivelser af bogføringen, herunder aftaler om elektronisk dataudveksling, jf. § 14, stk. 2*
2. *Beskrivelser af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, jf. § 14, stk. 3*
3. *Bilag og anden dokumentation, jf. § 5, jf. dog nedenfor*
4. *Oplysninger i øvrigt, som er nødvendige for kontrolsporet, jf. § 4, stk. 2*
5. *Regnskaber, som kræves udarbejdet i henhold til lovgivning*
6. *Revisionsprotokoller*

Registreringer, herunder transaktionssporet og kontrolsporet (for så vidt angår den del, der opbevares elektronisk) samt salgsfakturaer og andre interne elektroniske bilag (rentetilskrivning, afskrivninger mv.) opbevares på elektronisk medie i Tyskland hos datacenteret. Endvidere opbevares den del af systembeskrivelsen, der ifølge bogføringsloven må opbevares elektronisk, ligeledes på elektronisk medie i Tyskland hos datacenteret.

K ApS og de øvrige danske enheder har via terminalopkobling online og direkte adgang til det regnskabsmateriale, der vil blive elektronisk lagret hos datacenteret i Tyskland.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen synes således at have fået en forkert opfattelse af den i ansøgningen skitserede løsning. Løsningen medfører således ikke, at der opbevares fysisk bilagsmateriale uden for Danmark, ligesom der gennem terminalopkobling er sikret en permanent onlineadgang til det materiale der opbevares ved datacenteret i Tyskland.

Forholdet bør derfor ikke danne baggrund for at ansøgningen om dispensation ikke imødekommes.

Ad 2) – SØK's efterforskningsmuligheder

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet angiver i den indhentede udtalelse, at mulighederne for efterforskning begrænses, hvorfor dispensation efter SØK's mening ikke bør gives.

Erhvervsankenævnskendelsen af 1. juli 2009, der er i tråd med nævnets egen kendelse af 19. juni 2006, angav imidlertid, at dispensation skulle gives, da det fysiske bilagsmateriale blev opbevaret i Danmark, og da der var fri adgang til det materiale der blev opbevaret på en server i USA.

Den løsning som K påtænker at implementere er netop kendetegnet ved, at fysisk materiale opbevares i Danmark, og det elektroniske materiale opbevares på en server (i dette tilfælde Tyskland). Der vil være fri tilgængelighed til det elektroniske materiale gennem onlineadgang fra Danmark.

SØK angiver afslutningsvis i den indhentede udtalelse, at der ikke foreligger konkrete forhold, der skulle kunne begrunde et afslag på dispensationsansøgningen.

Med Erhvervsankenævnskendelserne af 19. juni 2006 og 1. juli 2009 for øje bør udtalelsen fra SØK således ikke i det konkrete tilfælde være til hinder for at en dispensationsansøgning kan imødekommes.

Ad 3) – SKATs kontROLSAGER

SKAT angiver i den af Erhvervs- og Selskabsstyren indhentede udtalelse, at betingelserne for dispensation i henhold til bogføringsloven § 12, stk. 4 efter SKATs opfattelse er opfyldt, ligesom SKAT ikke er bekendt med konkrete forhindringer for at få udleveret påkrævet materiale fra Tyskland.

Der er imidlertid igangværende kontROLSAGER mod selskabet, hvilket gør at SKAT ikke finder, at der bør gives den ønskede dispensation.

Uden at det præciseres nærmere i Erhvervs- og selskabsstyrelsens afgørelse hvilke sager der henvises til, må det antages, at den igangværende kontROLSAG, som SKAT finder skal danne baggrund for et afslag på anmodningen om dispensation, er en sag omhandlende ansættelse af selskabets skat i 2006.

Sagens omstændigheder er følgende:

SKAT har ved kendelse af 6. juli 2010 foretaget forhøjelser af indkomsten i 2006 for K ApS (i 2006 benævnt B ApS) og de to 100 % ejede datterselskaber C ApS og D ApS.

På vegne af K har E den 5. oktober 2010 påklaget afgørelsen til landskatteretten.

Sagen vedrører flere forhold:

- Fradrag for interne royalty-betalinger i 2006 (og potentielt i 2004 og 2005);
- Det ultimative amerikanske moderselskab, K Inc foretog pr. 1. juli 2006 et check-the-box valg på D ApS og C ApS, og pr. 2. juli 2006 ligeledes på K. Fra denne dato anses de pågældende selskaber for transparente efter SEL § 2 A, hvorefter SKAT foretog en forhøjelse på ... det samlede underskud i det danske faste driftssted underkendes.
- Allokering af andel af salgsindtægter fra 3. mand i 2006.

For en god ordens skyld skal det præciseres, at ansøgningen om dispensation fra bogføringslovens § 12, stk. 4 kun vedrører bilagsmateriale for kommende skatteår. Eksisterende bilagsmateriale forbliver som det er, og flyttes ikke ud af Danmark.

Oplysningen af sagen – der vedrører tidligere skatteansættelser – påvirkes således ikke af, at fremtidigt elektronisk bilagsmateriale opbevares på en server i Tyskland.

SKATs (eller landsskatterettens) eventuelle ønske om oplysninger eller dokumentation i forbindelse med den ovenfor angivne sag påvirkes således ikke af en eventuel dispensation fra bogføringslovens § 12, stk. 4 gældende for fremtidigt bilagsmateriale.

Samtidig bør det i klagers øjne også tillægges vægt, at der efter SKATs kendelse af 6. juli 2010 nu ret beset nu er tale om en klagesag over en allerede afsagt kendelse, og ikke en kontrolsag.

Den sag, som SKAT henviser til i den afgivne udtalelse bør således efter klagers vurdering ikke tillægges vægt i vurderingen af, om der kan gives den ønskede dispensation.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en redegørelse af 28. januar 2011 udtalt:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

På vegne af K ApS anmodede advokat A, F, ved brev af 11. november 2009 ... styrelsen om dispensation til at opbevare dele af selskabets

regnskabsmateriale i Tyskland. Det fremgår af K's ansøgning, at der er tale om regnskabsmateriale, som K opbevarer elektronisk.

I ansøgningen uddybes det, at det vedrører opbevaring af registreringer, herunder transaktionssporet og kontrolsporet, salgsfakturaer og andre elektroniske interne bilag samt systembeskrivelsen. Dette materiale vil således kun findes i Tyskland, og ikke i Danmark.

På baggrund af ansøgningen skrev styrelsen den 14. januar 2010 til henholdsvis SKAT ... og Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) ..., idet styrelsen anmodede de to myndigheder om at afgive en udtalelse til brug for sagens afgørelse.

SØK afgav udtalelse til brug for sagen ved brev af den 27. januar 2010 ...

SKAT afgav udtalelse til brug for sagen ved brev af den 5. februar 2010 ...

SKAT har ved mail af den 16. november 2010 meddelt, at der fortsat er igangværende kontrolsager mod selskabet ...

Styrelsen har på baggrund af klageskrivelsen anmodet SKAT om endnu en udtalelse vedrørende kontrolsagen samt dens indvirkning på en evt. dispensation i henhold til § 12, stk. 4. SKAT udtalte den 21. januar 2011 bl.a. følgende ...:

"Selskabets repræsentant anfører, at der alene er tale om en kontrolsag, der er afsluttet fra SKATs side og ny påklaget til Landskatteretten.

SKAT kan oplyse, at der udover denne, er en sag vedrørende årene 2004-2006 som vedrører en genoptagelsesansøgning fra selskabet, og en sag vedrørende 2010, som dog vedrører løn/personalegoder m.v.

.....SKAT finder derfor, at de foreliggende sager vedrørende selskabet – ud fra en konkret vurdering – og under forudsætning af at alle bilag vedrørende løn/personalegoder opbevares i Danmark – ikke hindrer en tilladelse til opbevaring af regnskabsmateriale efter bogføringslovens § 12, stk. 4."

...

Sagens retlige omstændigheder

Ifølge bogføringsloven § 12, stk. 1 [lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006 med senere ændringer] er det hovedreglen, at en virksomhed skal opbevare sit regnskabsmateriale her i landet, jf. dog § 12, stk. 2 – 5. I § 12, stk. 2 – 5 er der fastsat bestemmelser, der giver mulighed for, at regnskabsmaterialet i kortere eller længere tid kan opbevares i udlandet.

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde efter forudgående ansøgning tillade, at bestemmelserne i

stk. 1 – 3 helt eller delvis fraviges, dvs. styrelsen kan dispensere fra lovens krav om opbevaringssted og således på baggrund af en ansøgning konkret give dispensation til opbevaring af regnskabsmaterialet (eller dele heraf) i udlandet.

Det fremgår af de oprindelige bemærkninger til bestemmelsen (L 63 – FT 1998/99), at:

”Efter forslagetets stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslagetets stk. 1 – 3. Denne dispensation kan kun meddeles i særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser – især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske – fuldt ud kan tilgodeses på en anden måde.

”For at kunne meddele dispensation er det forudsat - både i relation til regnskabsmateriale for danske og udenlandske aktiviteter - at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Dette forudsættes også, hvor der er adgangsbeskyttelse med passwords, krypteret indhold og lign., jf. forslagetets § 15. Også andre relevante forhold kan tages med i betragtning i den konkrete situation.”

Ifølge bemærkningerne til lov nr. 245 af den 27. marts 2006 (L 50 – FT 2005/06), hvorved § 12, stk. 4 blev ændret, er det en forudsætning for at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan meddele dispensation, at de hørte myndigheder kan acceptere at en sådan dispensation gives. Således fremgår følgende af bemærkningerne til § 12, stk. 4:

”Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, SØK og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Styrelsens vurdering

Det er styrelsens vurdering på baggrund af ovenstående bemærkninger til bogføringslovens § 12, stk. 4, at hensigten med § 12, stk. 4 har været, at dispensation alene kan meddeles i ganske særlige situationer, hvor de hørte danske myndigheder vil kunne acceptere, at der meddeles dispensation.

Af bemærkningerne til § 12, stk. 4 [1998/1 som fremsat L 63] er der, efter styrelsens opfattelse, lagt op til et meget snævert anvendelsesområde for meddelelse af dispensation, og kun i de ganske særlige situationer, hvor hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed fuldt ud er tilgodeset på anden vis. Danmark og det aktuelle land skal derfor efter indhentet retskendelse tillade, at offentlige myndigheder benytter en direkte terminaladgang, i samme omfang, som den bogføringspligtige selv.

Ifølge bemærkningerne til § 12, stk. 4 [2005/1 som fremsat L 50] skal dispensationsadgangen alene anvendes, hvor den bogføringspligtige virksomhed har formået at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde at danske myndigheder, herunder specielt SKAT og SØK, vil kunne acceptere, at styrelsen meddeler dispensation. Styrelsen har indhentet høringssvar fra SKAT og SØK til brug for afgørelsen af, hvorvidt anmodningen om dispensation bør imødekommes.

SØK har udtalt, at politiets efterforskningsmuligheder ikke fuldt ud kan anses for tilgodeset, hvis dispensation gives. SØK har endvidere oplyst, at de tyske myndigheder ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse. Det betyder at de almindelige regler for international retshjælp skal følges, dvs. at der skal sendes en retsanmodning til det pågældende land, som derefter skal tage stilling til, om retsskridtet kan foretages efter det pågældende lands retssystem. Selv om der i overensstemmelse med det af klager oplyste, som udgangspunkt er terminaladgang til serveren i Tyskland fra Danmark, vil denne adgang, ifølge det af SØK oplyste, være betinget af, at de tyske myndigheder imødekommer en anmodning om terminalefterforskning. En sådan accept fra de tyske myndigheder skal ifølge SØK foreligge, uanset om virksomheden i øvrigt har givet eller giver samtykke til en sådan ransagning eller ej.

SKAT udtalte sig den 5. februar 2010 til brug for styrelsens afgørelse – SKAT udtalte i den forbindelse, at selskabet efter SKATs opfattelse ikke kunne meddeles dispensation, idet der på daværende tidspunkt var igangværende kontrollsager mod selskabet. Det skal bemærkes, at SKAT ved sin udtalelse af den 21. januar 2011 har udtalt, at de foreliggende sager vedrørende selskabet efter en konkret vurdering – og under forudsætning af at alle bilag vedrørende løn/personalegoder opbevares i Danmark – ikke hindrer en tilladelse til opbevaring af regnskabsmaterialet efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Med henvisning til de klare bemærkninger til bogføringslovens § 12, stk. 4 og den heri anførte betingelse om at dispensation kun kan gives, hvis de hørte myndigheder vil kunne acceptere, at en sådan dispensation gives, finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, at der i denne sag er hjemmel til at imødekomme ansøgningen, idet SØK ikke har accepteret, at dispensationen meddeles.

Klager henviser til den af Erhvervsankenævnet afsagte kendelse af 19. juni 2006, hvorved et afslag i henhold til § 12, stk. 4 blev hjemvist til fornyet behandling i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I sagen blev hjemvisningen begrundet ved, at det var;

”under hensyn til, at bilagsmaterialet opbevares fysisk [styrelsens understregning] i Danmark, således at det kun var den digitale dokumentation i form af databaser og sikkerhedsprocedurer mv., der opbevares i Tyskland, og idet det efter det oplyste var muligt uden videre at få adgang til denne dokumentation fra serveren i Danmark.”

I nærværende sag er der tale om, at ikke alt bilagsmateriale vil blive opbevaret fysisk i Danmark, dvs. i direkte udskrift eller på et elektronisk medie. Der er således ikke kun tale om, at den digitale dokumentation i form af registreringer, herunder transaktionssporet og kontrolsporet samt systembeskrivelse ønskes opbevaret i Tyskland, men tillige at salgsfakturaer og andre elektroniske bilag alene opbevares i Tyskland og derved ikke vil foreligge fysisk i Danmark. Det fremgår således af klageskrivelsen, at dele af selskabets materiale alene vil blive opbevaret på et elektronisk medie i Tyskland og således ikke fysisk forefindes i Danmark. Erhvervsankenævnets kendelse fra 2006 og nærværende sag er dermed ikke identiske.

SØK har ved mail af 6. januar 2011 ... bekræftet, at SØKs tidligere skrivelse af 13. oktober 2009 til Erhvervsankenævnet på baggrund af ovennævnte kendelse fra 1. juli 2009 ... fortsat er udtryk for SØKs holdning. I udtalelsen fremgår det, at Statsadvokaturen er uenig i den udtrykte praksis i kendelserne fra 2006 og 2009 samt forståelse af dispensationsreglen.

...”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge bogføringslovens § 12, stk. 1, skal en bogføringspligtig virksomheds regnskabsmateriale opbevares her i landet. Med regnskabsmateriale forstås i medfør af bogføringslovens § 3, stk. 1, bl.a.

- ”1) registreringer, herunder transaktionssporet, jf. § 4, stk. 1,
- 2) eventuelle beskrivelser af bogføringen, herunder aftaler om elektronisk dataudveksling, jf. § 14, stk. 2,
- 3) eventuelle beskrivelser af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, jf. § 14, stk. 3,
- 4) bilag og anden dokumentation, jf. § 5,
- 5) oplysninger i øvrigt, som er nødvendige for kontrolsporet, jf. §4, stk. 2,
- 6) regnskaber, som kræves udarbejdet i henhold til lovgivning, og
- 7) eventuelle revisionsprotokoller.”

Ifølge lovens § 12, stk. 2, kan regnskabsmateriale for indeværende og forrige måned dog opbevares i udlandet, såfremt den bogføringspligtige overholder de i § 12, stk. 2, nr. 1-3, anførte betingelser.

Ifølge stk. 4 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i særlige tilfælde tillade, at bestemmelsen i stk. 1 helt eller delvis fraviges.

Ifølge stk. 5 kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætte regler om, at regnskabsmaterialet uden forudgående ansøgning kan opbevares i udlandet.

Ved Erhvervsankenævnets kendelser af 19. juni 2006 (j.nr. 2005-0003623) og 1. juli 2009 (j.nr. 2008-0017409) har nævnet omgjort Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afslag på dispensation efter bogføringslovens § 12, stk. 4.

Den foreliggende sag er indbragt for Erhvervsankenævnet parallelt med en række andre sager, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, uanset Erhvervsankenævnets førnævnte kendelser, har nægtet en sådan dispensation. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ses ikke at have følt sig forpligtet af den ved nævnets kendelser udstukne praksis, hvorved bemærkes, at faktum i de nu indbragte sager i alt væsentligt er sammenfaldende med faktum i Erhvervsankenævnets kendelser fra 2006 og 2009.

Af bemærkningerne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4 (lovforslag nr. L 63 fremsat den 28. oktober 1998), fremgår blandt andet:

”Efter forslaget st. 4, 1. pkt. kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dispensere fra kravene i forslaget st. 1 - 3. Denne dispensation kan kun meddeles i de særlige tilfælde, hvor formålet med lovens bestemmelser - især hensynet til offentlige myndigheders kontrolmulighed og politiets mulighed for at efterforske - fuldt ud kan tilgodeses på anden måde.

For at kunne meddele dispensation er det forudsat ... at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder fiskale myndigheder og politiet, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.”

Af bemærkningerne til den nugældende § 12 i bogføringsloven (lovforslag nr. L 50 fremsat den 16. november 2005, § 2, nr. 3) fremgår blandt andet:

”Siden bestemmelsens ikrafttræden den 1. juli 1999 har administrativ praksis vist, at stort set kun ansøgninger om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i de nordiske lande er blevet imødekommet.

Den stramme administrative praksis skyldes, at opbevaring af regnskabsmaterialet udenfor de nordiske lande i henhold til oplysninger fra Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet kan medføre efterforskningsmæssige problemer for politiet. Dette enten fordi der ikke er etableret det nødvendige samarbejde med det pågældende land om udveksling af oplysning-

ger og materiale i straffesager, eller fordi det ud fra en konkret vurdering ikke skønnes hensigtsmæssigt, at den pågældende virksomhed opbevarer sit regnskabsmateriale i udlandet.

Der modtages således en række henvendelser og ansøgninger om dispensation til opbevaring af materialet uden for de nordiske lande, hvor ansøgeren, hvis denne var bekendt med administrativ praksis, må formodes at ville undlade dispensationsansøgning.

Med henblik på at reducere virksomhedernes administrative byrde ved at udarbejde en ansøgning om dispensation fra bogføringslovens opbevaringsbestemmelser, foreslås det i stk. 5, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte regler om, at regnskabsmaterialet uden forudgående ansøgning kan opbevares i oplistede nordiske lande.

Bemyndigelsen vil blive anvendt til at udstede en bekendtgørelse. I bekendtgørelsen vil Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter drøftelser med en række offentlige myndigheder fastlægge en liste over de lande, hvor opbevaring af regnskabsmateriale ikke længere vil være betinget af en ansøgning om dispensation.

Samtidig bibeholdes den konkrete dispensationsadgang i stk. 4, men kun til ganske særlige situationer, hvor den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og evt. Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.”

Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) har i stort set enslydende skrivelser afgivet i de påklagede sager anført, at det må antages, at en dispensation kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi. I skrivelsen i nærværende sag anføres det, at det fortsat er SØKs opfattelse, at en dispensation til at opbevare regnskabsmateriale i Tyskland ”som udgangspunkt” kan have betydning for efterforskningsmulighederne for dansk politi.

SKAT har ved skrivelse af 5. februar 2010 anført, at forudsætningerne for dispensation fra opbevaringskravet konkret er til stede for så vidt angår den skatte- og afgiftsmæssige side af sagen.

Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen og Lise Høgh udtaler herefter:

Dispensationsreglen i bogføringslovens § 12, stk. 4, må fortolkes i overensstemmelse med de foran citerede lovforarbejder. Ved afgørelsen af, om der foreligger de i bestemmelsen omhandlede ”særlige tilfælde” må det derfor tillægges betydelig vægt, hvorledes SØK og SKAT har forholdt sig til den konkrete dispensationsansøgning. Vi bemærker dog samtidig, at det efter lovens ordlyd ikke er en betingelse for at give tilladelse, jf. bogføringslovens § 12, stk. 4, at SKAT og SØK har udtalt sig til støtte herfor, og at der derfor, såfremt særligt tungtvejende grunde foreligger, bør være grundlag for dispensation, selv om en sådan dispensation ikke er anbefalet af SKAT eller SØK.

I et tilfælde som det foreliggende, *hvor* ansøgeren er et lokalt datterselskab i eller en lokal filial, der indgår i en international koncern, *hvor* ønsket om dispensation begrundes i ønsket om at opnå de iøjnefaldende besparelser, der kan realiseres ved it-samkøring af koncernens samlede regnskabshåndtering, *hvor* der ikke består nogen formodning for, at ansøgeren vil misbruge en dispensation til skade for danske skatte- og efterforskningsmyndigheder, og *hvor* ansøgeren i øvrigt erklærer sig parat til at underlægge sig de vilkår, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen måtte stille for en dispensation, og som – hvis de opfyldes – vil give myndighederne fuld adgang til regnskabsmaterialet, finder vi, at der som udgangspunkt vil foreligge de anførte tungtvejende grunde til at give dispensation.

Vi bemærker i den forbindelse, *at* danske filialer eller datterselskaber i internationale koncerner uden den nødvendige dispensation vil skulle afholde betydelige omkostninger til lokal, dansk regnskabsfunktion, herunder navnlig til at tilvejebringe forudsætningerne for transaktionssporet, jf. bogføringslovens § 4, stk. 1, *at* der altid vil være en risiko for, at myndighederne vil støde på vanskeligheder i deres efterforsknings- eller kontrolarbejde, selvom den regnskabspligtige opbevarer regnskabsmateriale her i landet og *at* Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i sin konkrete sagsbehandling vil have mulighed for at vurdere, om en ansøger må formodes at ville opfylde de stillede vilkår for tilladelsen.

Over for disse hensyn står de forhold som SØK har fremført som begrundelse for ikke at give dispensation.

SØK har henvist til, at de tyske myndigheder har oplyst, at Tyskland ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse, og at det selv med samtykke fra ansøgeren vil være vanskeligt at gennemføre efterforskningskridt, der involverer IT-systemer i Tyskland, da et sådant samtykke vil kunne tilbagekaldes.

Vi bemærker hertil, at der ifølge det af SØK oplyste ikke vil være vanskeligheder forbundet med at gennemføre en efterforskning med samtykke fra virksomheden. Vi bemærker i den forbindelse, at ansøgeren på forhånd har erklæret, at den fysiske bogføring fortsat vil ske i Danmark, at beskrivelser af bogføring, beskrivelse af systemer til at opbevare og fremfinde opbevaret regnskabsmateriale, bilag og anden dokumentation, oplysninger i øvrigt, regnskaber og revisionsprotokoller vil blive opbevaret i Danmark. Vi bemærker ligeledes, at en tilladelse til at opbevare bilagsmateriale i udlandet vil kunne betinges således, at den falder bort, såfremt det nødvendige samtykke hertil tilbagekaldes.

Det bemærkes, at SKAT ikke har udtalt sig imod, at der gives dispensation.

På denne baggrund finder vi det ikke godtgjort, at hensynet til SØKs efterforskningsarbejde taler imod meddelelsen af dispensation med en sådan styrke, at den bør nægtes under de ovenfor angivne betingelser.

Vi stemmer derfor for at hjemvise Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010 til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

Vi finder afslutningsvis anledning til at bemærke, at de problemer, som efter myndighedernes opfattelse rejser sig ved denne forståelse af lovens betingelser, er egnet til regulering ved særlige bestemmelser.

Carsten Møllekilde og Steen Mejer udtaler:

Bogføringslovens § 12, stk. 4, der er en undtagelsesbestemmelse til hovedreglen i lovens § 12, stk. 1, reserverer efter sin ordlyd adgangen til dispensation til ”særlige tilfælde”.

Som anført i forarbejderne til den dagældende bogføringslovs § 12, stk. 4, forudsætter dispensation, at såvel Danmark som det aktuelle land tillader, at offentlige myndigheder, herunder skatte- og anklagemyndighed, efter indhentet retskendelse benytter en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv. Denne forudsætning må utvivlsomt antages at gælde uafsvækket for så vidt angår fortolkningen af dispensationsadgangen i henhold til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4.

Det fremgår af forarbejderne til den nugældende bogføringslovs § 12, stk. 4, at dispensationshjemlen er formuleret i overensstemmelse med den tidligere bestemmelse, men at adgangen til at meddele dispensation – som følge af det samtidigt indsatte stk. 5 – nu er reserveret til ganske særlige tilfælde. Det præciseres i den forbindelse, at der herved forstås, at den bogføringspligtige formår at indrette adgangen til regnskabsmaterialet på en sådan måde, at danske myndigheder, herunder specielt told- og skatteforvaltningen, Statsadvokaturen for Særlig Økonomisk Kriminalitet og eventuelt Finanstilsynet vil kunne acceptere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddeler dispensation.

SØK har i sit skriftlige indlæg anført, at de tyske myndigheder har oplyst, at Tyskland ikke accepterer terminalefterforskning på baggrund af en dansk retskendelse. Vi lægger derfor til grund, at en dansk skatte- eller anklagemyndighed efter indhentet retskendelse ikke kan benytte en direkte terminaladgang i samme omfang som den bogføringspligtige selv.

Vi finder herefter, at der ikke foreligger et sådant ganske særligt tilfælde, at der kan meddeles dispensation fra reglen om, at regnskabsmaterialet skal opbevares her i landet. At eventuelle virksomhedsøkonomiske hensyn kan tilsige hensigtsmæssigheden af at meddele den ønskede dispensation kan på den anførte baggrund ikke føre til et andet resultat. Vi stemmer derfor for at tiltræde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet, således at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 17. november 2010 hjemvises til styrelsen til fastsættelse af vilkårene for dispensationen.

36) Kendelse af 10. oktober 2012 (J.nr. 2011-0024366).

Styrelsens afslag på ansøgning om dispensation til opbevaring af regnskabsmateriale i USA hjemvist til styrelsens fastsættelse af vilkår herfor.

Bogføringslovens § 12, stk. 4.

(Mads Bryde Andersen, Marianne Fog Jørgensen, Carsten Møllekilde, Lise Høgh og Steen Mejer)

Sagen vedrører samme problemstilling som j.nr. 2010-0023071.

Ankenævnets kendelse kan findes i sin helhed på hjemmesiden:

<http://www.erhvervsankenaevnet.dk/graphics/Erhvervsanke/Kendelser2011/2011-0024366.pdf>

4.7. HVIDVASKLOVEN

37) Kendelse af 6. oktober 2011 (J.nr. 2010-0021587).

Ophævelse af styrelses afgørelse om nægtelse af registrering af selskab i hvidvaskregisteret.

Hvidvasklovens § 31, stk. 2, og § 1, stk. 1, nr. 18, jf. § 3, nr. 5.

(Piya Mukherjee, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 23. marts 2010 har advokat A på vegne af K S.M.B.A. klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. marts 2010, hvorved styrelsen nægtede selskabet at blive registreret i hvidvaskregisteret, www.hvl-reg.dk.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en af Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 13. december 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst blandt andet:

” ...

Faktiske omstændigheder

Den 24. februar 2010 modtog styrelsen anmeldelse om at registrere K S.M.B.A., CVR-nr. ... i styrelsens særlige register, www.hvl-reg.dk, for virksomheder omfattet af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 18, jf. lovens § 3, stk. 1, nr. 5.

Efter at have indhentet en straffeattest for selskabets deltagere, herunder for B, nægtede styrelsen at registrere selskabet med henvisning til, at B var dømt for et strafbart forhold, der efter styrelsens opfattelse begrundede en nærliggende fare for misbrug af stillingen, som nævnt i lovens § 31, stk. 2.

Herefter fik styrelsen meddelelse om at, at B den 16. marts 2010 var udtrådt af selskabet som deltager, og at en anden person var indtrådt i stedet.

Efter at styrelsen havde indhentet straffeattest på den nyindtrådte deltager, registrerede styrelsen selskabet i registeret den 25. marts 2010, det vil sige dagen efter klagens modtagelse i ankenævnet den 24. marts 2010.”

I klageskrivelse af 23. marts 2010 har advokat A anført blandt andet:

” ...

Den i sagen omhandlede dom angår salg af en bil fra ét af B på daværende tidspunkt ejet selskab. Den afsagte dom af 1/6 2004 var betinget i 2 år indtil den 1/6 2006. ... Forholdet, der ligger til grund for dommen, skete således forud for lovens ikrafttræden.

B har hverken forud for eller efter den afsagte dom i forhold til tredje- mand ageret på en måde, der kan begrunde en nærliggende fare for mis- brug af hvervet.

B har via selskaber siden 1/6 1997 udbudt tjenesteydelser, der kræver re- gistrering i HVL-Registeret. Der vedlægges kopi af udskrift fra www.cvr.dk vedrørende cvr.nr. ... [C ApS] ... og cvr.nr. ... [D ApS]

I forhold til registrering i HVL-Registeret følger det af overgangsbe- stemmelsens § 39 jf. § 31, at "bestemmelsen i § 31, stk. 2 og 3, gælder ikke for virksomheder og personer, der udøver virksomhed, opfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18 på tidspunkt for lovens ikrafttræden."

Af "Hvidvaskloven med kommentarer" ved Ulla Høeg og Kim Busck- Nielsen (2008) side 265, fremgår:

"Overgangsbestemmelsens § 39 omfatter de virksomheder og per- soner, der på tidspunktet for lovens ikrafttræden udøvede virksom- hed omfattet af § 1, stk. 1, nr. 11 og 18. Overgangsbestemmelsen sikrer, at disse virksomheder og personer fortsat kan udøve deres virksomhed.

Bestemmelsen indebærer, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med hjemmel i § 31, stk. 2, kunne nægte at registrere de virksom- heder og personer, der på tidspunkt for lovens ikrafttræden er- hvervsmæssigt udøvede virksomhed med valutaveksling eller ud- bød tjenesteydelser til virksomheder."

På vegne af min klient gøres gældende,

At - min klients ansøgning af 23/2 2010 jf. Erhvervs- og Selskabsstyre- lens afgørelse, burde være imødekommet, da der ikke på tidspunktet for forholdet var hjemme til at nægte registrering for personer eller virksom- heder, der inden lovens ikrafttræden drev virksomheder omfattet af hvid- vasklovens § 1, stk. 1, nr. 18.

At - min klients ansøgning af 23/2 2010 skal imødekommes, da den om- stændighed, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen uberettiget har nægtet re- gistrering, ikke skal komme min klient til skade,

At - der er intet, der tyder på at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skulle be- frygte, at min klient ikke vil iagttage de pligter, som følger af registrering i HVR-Registret.

Yderligere gøres gældende,

At - min klient har et retskrav på at blive registreret.

...”

I førnævnte redegørelse af 13. december 2010 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen yderligere udtalt:

”

Sagens retlige omstændigheder

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet at registrere K S.M.B.A. med henvisning til, at en af selskabets deltagere, B, er dømt for et strafbart forhold, der efter styrelsens opfattelse begrundet en nærliggende fare for misbrug af stillingen.

Klagen har ikke givet styrelsen anledning til at ændre eller at ophæve afgørelsen.

Klageren, K S.M.B.A., har henvist til, at den nu ophævede overgangsordning bør tages i anvendelse. Overgangsordningen ophævedes formelt med virkning fra 1. juni 2010 ved § 9 i L 2010 579.

Styrelsen er ikke enig i, at overgangsordningen kan tages i anvendelse i det konkrete tilfælde.

Overgangsordningen er, jf. den ophævede bestemmelse i den dagældende lovs § 39, kun relevant for personer og virksomheder, der drev erhvervet den 1. marts 2006, og som ønskede at fortsætte hermed efter den 1. marts 2006. Meningen var, at disse personer og virksomheder skulle anmelde sig til registrering umiddelbart efter lovens ikrafttræden.

Det er ikke et sådant tilfælde, der er forelagt for ankenævnet.

Det har ikke været meningen, at overgangsordningen har skullet kunne anvendes mere end 4 år efter lovens ikrafttrædelse.

Overgangsordningen blev heller ikke overvejet taget i anvendelse, fordi overgangsordningen ikke var relevant for K S.M.B.A.

Dette selskab blev først registreret i styrelsens register over selskaber, herunder S.M.B.A'er den 17. februar 2010, og har derfor ikke har kunnet udøve virksomhed den 1. marts 2006, som krævet for at overgangsordningen kan komme på tale.

Klageren har ikke fremlagt dokumentation for, at overgangsordningen kan bringes i anvendelse.

Klageren har fremlagt en kopi af et udskrift af CVR-registeret for C APS. Dette selskab drev imidlertid heller ikke virksomhed den 1. marts 2006, idet det ophørte ved konkurs den 4. oktober 2004. Henvisningen til dette selskab er derfor ikke relevant.

Klageren har endvidere vedlagt kopi af udskrift fra CVR-registeret for D APS.

Det fremgår af et udskrift for dette selskab, at det blev registreret i styrelsen den 30. april 2006, og at B indtrådte som direktør i selskabet den 30. maj 2006. Selskabet eksisterede således ikke på tidspunktet for hvidvasklovens ikrafttræden, den 1. marts 2006, og B var ikke og kunne ikke være direktør i selskabet på dette tidspunkt.

I øvrigt driver dette selskab ikke virksomhed i henhold til lovens § 1, stk. 1, nr. 18. Allerede af den grunde kan selskabet ikke anvendes i forbindelse med at dokumentere, at overgangsordningen skal finde anvendelse.

Hvis selskabet driver sådan virksomhed, driver selskabet ulovlig virksomhed i henhold til hvidvaskloven, idet selskabet ikke er registreret i www.hvl-reg.dk, i henhold til hvidvasklovens § 31, stk. 1.

Derfor kan dette selskab heller anvendes som dokumentation for, at B drev virksomhed som nævnt i lovens § 1, stk. 1, nr. 18, på tidspunktet for hvidvasklovens ikrafttræden den 1. marts 2006.

Selv hvis selskabet havde drevet sådan virksomhed på tidspunktet for lovens ikrafttræden, ville overgangsordningen, hvis den i øvrigt kunne finde anvendelse, kun finde anvendelse på dette selskab, men ikke på B eller klageren.

Klageren har således ikke dokumenteret, at B eller K S.M.B.A. drev virksomhed som nævnt i lovens § 1, stk. 1, nr. 18, på tidspunktet for hvidvasklovens ikrafttræden den 1. marts 2006.

Klageren kan således efter styrelsens opfattelse kun få medhold i klagen, hvis ankenævnet er enig med klageren i, at B ved i 2004 at være dømt for overtrædelse af straffelovens § 280 om mandatsvig ikke er dømt for et strafbart forhold, der begrundes en nærliggende risiko for misbrug af stillingen.”

I skrivelse af 27. december 2010 har advokat A yderligere anført:

” ...

K SMBA er registreret i HVL-Registeret. Dette som følge af, at en ny selskabsdeltager indtrådte i stedet for B. Herved har det været muligt for selskabet at opfylde de aftaler, som selskabet havde indgået forud for registrering.

Der ikke er noget som lovmæssigt har hindret, at K SMBA – forud for ansøgning om registrering – indgik forpligtende aftaler, som krævede, at selskabet skal registreres i HVL-registeret. Såfremt registrering ikke kunne ske, ville K SMBA ifalde et erstatningsansvar i forhold til de indgåede, forpligtende aftaler. Som følge heraf valgte selskabet at få en ny selskabsdeltager til at indtræde.

B's udtræden er reel, men det ændrer ikke på, at min klient mener, at hun bør kunne optages i HVL-registeret – og derfor er der indgivet en klage.

Nægtelsen af registrering af selskabet skydes således alene, at en af de bagved værende selskabsdeltagere, B, for efterhånden mange år siden blev straffet med en betinget dom, der løb i perioden 1/6 2004 til 1/6 2006, for et forhold mod et af B 100% ejet selskab. Der er altså ikke tale om, at B har forbrudt sig mod uafhængig tredjemand eller vedkommendes aktiver. B var på tidspunktet for forholdet presset og psykologisk langt nede, hvilket medførte, at hun foretog en disposition, som hun har fortrudt lige siden.

Da den betingede dom udløb allerede den 1/6 2006 har B udstået sin straf overfor samfundet. Dette betyder også, at B har krav på bl.a. som bagved værende selskabsdeltager at blive optaget i fx HVL-registeret, medmindre at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i dag kan fremkomme med konkret dokumentation for, at B vil foretage samme eller tilsvarende forhold på ny, som kan begrunde en nærliggende risiko for misbrug af stillingen.

Jeg kunne forstå en nægtelse af registrering, hvis der var tale om, at min klient havde flere domme for samme forhold – det er ikke tilfældet.

Ved en bedømmelse af, om der er tale om muligt misbrug af stillingen, må der tages hensyn til dels omstændighederne ved det forhold, som min klient er blevet dømt for – men også at der blev givet en betinget dom, hvis vilkår min klient ikke har overtrådt, samt at straffen er udstået for mere end 4 år siden.

Såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse alene er baseret på vedlagte print fra Rigspolitiet, er der tale om, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som offentlig myndighed ikke har opfyldt officialmaksimen. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen burde som det mindre i det mere have indhentet en kopi af den dom, der ligger til grund for straffen – og det er ikke tilfældet i denne sag.

Hvis B ikke kan blive registreret i HVL-registeret, vil hun til evig tid skulle bøde for et forhold, for hvilken hun har udstået sin straf og det ligger langt ud over, hvad der er rimeligt – og vil i øvrigt være i strid med min klients retssikkerhed. Dette kan således alene betyde, at der må være andre forhold, som reelt ligger til grund for den afgørelse, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har truffet.

Jeg skal således anmode om, at det konkret afgøres, om min klient kan registreres i HVL-registeret, samt at en sådan afgørelse indbefatter en konkret vurdering af, om min klient forsat skal bøde for et forhold, der er mere end 4 år gammelt.”

I et indlæg af 7. januar 2011 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen heroverfor bemærket:

” ...

Klagerens advokat har ... gjort gældende, at B har et retskrav på at blive registreret som deltager i selskabet, med mindre styrelsen i dag kan fremkomme med konkret dokumentation for, at B vil foretage samme eller tilsvarende forhold på ny, som kan begrunde nærliggende risiko for misbrug af stillingen.

Det er styrelsen ikke enig i. Såfremt dette måtte være et krav i henhold til lovens § 31, stk. 1, ville styrelsen have været nødsaget til at indhente en udtalelse fra eksperter om, hvorvidt B forventes at ville foretage en ny tilsvarende kriminel handling, inden styrelsen kunne have truffet den påklagede afgørelse.

Efter lovens § 31, stk. 2, skal styrelsen nægte at registre, hvis den pågældende er dømt for et strafbart forhold og det udviste forhold begrunder en nærliggende fare for misbrug af erhvervet. Det er – efter styrelsens opfattelse - noget andet, end det klagerens advokat gør gældende om indholdet af bestemmelsen.

...

Styrelsen skal ... bemærke, at styrelsen til enhver tid kan behandle en ny ansøgning. Det vil kunne indgå i styrelsens afgørelse, hvor lang tid der er gået, siden forholdet blev bedømt af domstolene.

Endvidere bemærkes, at styrelsens afgørelse alene er begrundet med henvisning til de forhold, der er nævnt i lovens § 31, stk. 2. Hvad der er for andre forhold, som advokat A hentyder til, som styrelsen må have ladet indgå i sin begrundelse for afgørelsen, ved styrelsen ikke.

...”

Erhvervsankenævnet har indhentet straffedommen af 1. juni 2004 mod B. Det fremgår af dommen, at B blev anset med en betinget dom uden straffastsættelse, prøvetid 2 år, for mandatsvig ved i ”august 2003 som direktør og eneanpartshaver i fa. C ApS., ... ved misbrug af den for hende skabte adgang til at handle med retsvirkning for C ApS, til E, F [bilforhandlerselskab], ... at have solgt en personbil, ... for en pris af 20.420 kr., hvilken personbil tilhørte C Aps, hvorpå tiltalte forbrugte beløbet til formål, der var C ApS, uvedkommende, alt hvorved C ApS led et tilsvarende formuetab.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 29. marts 2011 bemærket:

” ...

Styrelsen mener fortsat, at styrelsen havde grundlag for den 8. marts 2010 til at nægte selskabet optaget i www.hvl-reg.dk med B som deltager i selskabet, fordi B i juni 2004 er dømt for mandatsvig begået i august måned 2003, der i henhold til straffelovens § 285, stk. 1, straffes med fængsel i indtil 1 år og 6 måneder.

Styrelsen skal i den forbindelse henvise til ankenævnets kendelse af 15. februar 2008 – j.nr. 2007-0013942 – hvor nævnet tiltrådte, at styrelsen den 30. august 2007 havde nægtet registrering på baggrund af et strafbart forhold begået i 1993.”

I skrivelse af 5. april 2011 har advokat A heroverfor bemærket:

” ...

Det fremgår af indklagedes indlæg, at indklagede er af den opfattelse, at indklagede retrospekt fortsat havde grundlag for at nægte registrering af K SMBA, idet B i juni 2004 modtog en dom for et forhold, der var begået i august 2003.

Som begrundelse angiver indklagede udelukkende det forhold, at der var begået mandatsvig, der efter straffelovens § 285, stk. 1, straffes med fængsel i indtil 1 år og 6 måneder. Det må antages, at dette argument skal opfattes som det materielle grundlag bag indklagedes afgørelse.

Endvidere anfører indklagede med henvisning til j.nr. 2007-0013942, at Erhvervsankenævnet har tiltrådt, at indklagede i førnævnte afgørelse var berettiget til at nægte registrering på baggrund af et strafbart forhold begået i 1993. Det er uvist, om henvisningen til afgørelsen skal opfattes som en parallel til det pønale element i straffelovens § 285, stk. 1, eller en retfærdiggørelse af en nægtelse af registrering på baggrund af et forhold, der ligger år tilbage.

Som det fremgår af ... af byretsdom[men] foreligger der en klar tilståelse fra klager vedrørende dennes salg af en bil, som tilhørte en af klager 100% ejet selskab, hvorved selskabet led et tab på ca. kr. 20.420. Det fremgår direkte af dommen, at retten fandt det upåkrævet, at fængselsstraf skulle fuldbyrdes. Som følge heraf blev fængselsstraf udsat og ville bortfalde, hvis klagede i prøvetiden på 2 år ikke begik strafbart forhold.

Som tidligere oplyst havde klager på tidspunktet for dispositionen store personlige problemer, som medførte, at hun foretog en forkert disposition, der grundlæggende strider mod hendes værdier og samvittighed i øvrigt. Klager har bitterligt fortrudt sin disposition, men har modtaget sin straf og udstået denne. Som følge af den uforbeholdne tilståelse og det i øvrigt ringe gerningsforhold i dispositionen, har retten fundet, at klagers straf kunne udsættes og bortfalde efter 2 år.

Prøvetiden udløb den 1/6 2006 og altså næsten 3,5 år før den af indklagede den 8/3 2010 trufne afgørelse.

Det forhold, at indklagede ikke i henhold til sædvanlig praksis forud for sin afgørelse den 8/3 2010 havde undersøgt forholdet nærmere, herunder havde indhentet en kopi af omhandlede dom, udgør i sig selv væsentlig sagsbehandlingsfejl, idet indklagede derved har undladt at tilvejebringe et mere objektivt grundlag, der kunne kaste lys over, hvad der lå bag dommen.

Ifølge officialmaximen, som indklagede er omfattet af, skal indklagede selvstændigt fremdrage samtlige forhold, der tale til fordel eller til ulempe for B, herunder i forhold til det formål, der ligger bag muligheden for at nægte registrering. På baggrund af disse samlede forhold, skal indklagede foretage en saglig, konkret og individuel helhedsvurdering før der træffes afgørelse. Dette er IKKE tilfældet i denne sag, hvor et afslag af registrering for klager har en meget stor og væsentlig betydning også af personlig og individuel karakter, idet nægtelse af registrering vil have stor betydning for B's fremtidige muligheder, herunder særligt erhvervsmæssigt.

Det forhold, indklagede fastholder sin afgørelse udelukkende med henvisning til, at B har begået mandatsvig, der efter straffelovens § 285, stk. 1, straffes med fængsel i indtil 1 år og 6 måneder, udgør en materiel, væsentlig fejl, idet indklagede herved fuldstændigt sidder årsagen og indholdet af dommen overhørigt, hvilket dels er i strid med officialmaximen, men også de hensyn, der danner grundlag for indklagedes mulighed for at nægte registrering i HVL-registeret.

Det fremgår i øvrigt af den af indklagede forud for sin afgørelse den 8/3 2010 indhentede straffeattest, at der er tale om strafudsættelse med en prøvetid på 2 år, der udløb den 1/6 2006. Indklagede burde allerede som følge heraf, have indhentet kopi af dommen for at undersøge forholdet nærmere forud for, at der blev truffet afgørelse. Indklagede kunne tilsvarende have kontaktet B herom, men undlod også dette.

Det forhold, at indklagede henviser til j.nr. 2007-0013942 som argument for afslag (?) er uden betydning i denne sag, da det bestrides, at der på nogen måde kan drages paralleller mellem førnævnte afgørelse og denne sag og dette hverken til det pønale element i straffelovens § 285, stk. 1, eller en mulig tidsmæssig horisont.

I j.nr. 2009-0018462 af 22/9 2009 underkendte Erhvervsankenævnet indklagedes afgørelse om nægtelse af registrering, idet vedkommende allerede drev virksomhed omfattet af HVL-registeret og dette til trods for, at vedkommende person havde fået en fængselsstraf på 5 år, der som udgangspunkt ville diskvalificere til en registrering i HVL-registeret.

Der er intet i den fremlagte byretsdom eller B's dispositioner i øvrigt der tyder på, at fremtidige dispositioner foretaget B kan begrunde en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller erhvervet, ligesom intet tyder

på, at B ikke kan eller vil iagttage de forpligtelser, som hun vil være omfattet af ved en registrering i HVL-registeret.

Det gøres således gældende, at den af indklagede afgørelse af 8/3 2010 er ugyldig, og at klager har et retskrav på at blive registreret i HVL-registeret.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 7. april 2011 bemærket:

”... at henvisningen til ankenævnets sag: 2007-0013942 alene er en henvisning til, at kravet i lovens § 32, stk. 2's bestemmelse om ”*nærliggende fare*”, godt kan foreligge i en sag, hvor det er 15 år siden, at den strafbare handling er begået.

I nærværende sag er den strafbare handling kun begået ca. 7 år før registreringsnægtelsen.

Styrelsen mener fortsat, at det forhold, som B er dømt for har kunnet danne grundlag for registreringsnægtelse.

Afslutningsvist kan det oplyses, at såfremt B godkendes som deltager i selskabet, vil B være medansvarlig for i henhold til lovens § 7, at kunder, der mistænkes for at have begået lignende lovovertrædelse som B er dømt for, indberettes til hvidvasksekretariatet, jf. definitionen af hvidvask i lovens § 4, særligt stk. 2.
...”

Advokat A har ved skrivelse af 25. april 2011 bemærket:

”...

Det af indklagede anførte i dennes afsluttende indlæg om en tidsmæssig dimension set i forhold til nægtelse af registrering er usaglig og disproportionel i relation denne sag. Ved at drage paralleller mellem 2007-0013942 og denne sag sætter indklagede skøn under regel, hvilket næppe er udtryk for god forvaltningsskik.

Skal indholdet af indklagedes indlæg tages til følge, vil det i sig selv medføre, at ingen på noget tidspunkt ”kan træde ved siden af” og efterfølgende i forhold til indklagede frigøre sig for en udstået straf, heller ikke som i denne sag, hvor der efter en prøvetid var strafbortfald som følge af det i øvrigt ringe gerningsforhold i dispositionen. I givet fald må det være et krav, at det direkte fremgår af loven, at registrering er umulig, hvis man tidligere har været straffet – det er ikke tilfældet. Registrering kan kun nægtes, hvis det objektivt og i betydelig grad sagligt kan begrundes, at der kan være nærliggende fare for misbrug af stillingen/hvervet.

Indklagedes indlæg, der er subjektivt ladet via sætningen ”godt kan foreligge i en sag, hvor det er 5 år siden, at den strafbare handling er begået”,

og ”i nærværende sag er den strafbare handling kun begået ca. 7 år før registreringsnægtelse ”, savner objektive, faktuelle konstaterbare forhold, som kan begrunde en fortsat registreringsnægtelse.

Som anført i klagerens indlæg af 5/4 2011 har indklagede ikke foretaget en saglig, konkret og individuel helhedsvurdering før der blev truffet afgørelse. Indklagede har ikke på noget tidspunkt konkret anført de konkrete forhold, som indklagede mener er hindrende for en godkendelse og dermed registrering af B sin deltager i selskabet.

Såfremt en tidsmæssig dimension i relation til et strafbart forhold yderligere i sig selv skal være et bærende argument for nægtelse af registrering, bør dette direkte fremgå af loven – det er ikke tilfældet. Alt andet vil være stridende mod den frie etableringsret og princippet om, at når en staf er udstået, er ”tavlen ren”.

En registreringsnægtelse alene med henvisning til strafferammen for straffelovens § 285, stk. 1, hvorved der kan straffes med fængsel i indtil 1 år og 6 måneder, er ikke i sig selv bærende og afgørende for registreringsnægtelse. Indklagede må som nævnt fremkomme med konkrete, faktuelle oplysninger om, hvad der efter indklagedes opfattelse kan begrunde registreringsnægtelse. Kan indklagede ikke det, sætter indklagede også her skøn under regel. Som det fremgår af dommen fandt selv retten, at straffuldbyrkelse ikke var nødvendig som følge af det ringe gerningsindhold i dispositionen. Klager var forud for dommen ikke tidligere straffet.

Der er intet i den fremlagte byretsdom eller B’s dispositioner i øvrigt der tyder på, at fremtidige dispositioner foretaget B kan begrunde en nærliggende fare for misbrug af stillingen eller erhvervet, ligesom intet tyder på, at B ikke kan eller vil iagttage de forpligtelser, som hun vil være omfattet af ved en registrering i HVL-registeret.

Klageren ER bekendt med det ansvar, en registrering medfører, herunder både lovens §§ 7 og 4, og i relation til § 4 særligt stk. 2.

Det kan supplerende oplyses, at klageren på tidspunktet for den foretagne disposition tilbage i 2003 anmeldte en tidligere arbejdsgiver for forsikringssvindler.

Det gøres således fortsat gældende, at den af indklagede afgørelse af 8/3 2010 er ugyldig, og at klager har et retskrav på at blive registreret i HVL-registeret.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddelte ved skrivelse af 2. maj 2011 Erhvervsankenævnet, at styrelsen har politianmeldt klager i forbindelse med et tilsyn. På anmodning fra ankenævnet har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter ved skrivelse af 15. september 2011 redegjort nærmere for baggrunden for politianmeldelsen.

Advokat A har ved skrivelse af 17. september 2011 bemærket:

”Denne sag angår alene, om indklagede har været berettiget til at nægte registrering af B og/eller et af hende kontrolleret selskab med begrænset hæftelse i HVL-Registeret som følge af, at B i juni 2004 modtog en dom med prøvetid på 2 år for et forhold, der var begået i august 2003, og hvor prøvetiden var udløbet før indgivelse af anmodning om registrering.

Efter B’s udtræden, blev K SMBA optaget i HVL-registeret.

Det forhold, at K SMBA efter B’s udtræden muligt måtte eller ikke være blevet sigtet for overtrædelse af lovregler, kan og skal ikke have betydning for afgørelsen af denne sag.

B kan og skal ikke indestå for tredjemands dispositioner eller lovovertrædelser, da der er tale om forhold, som B ikke har kunnet påvirke – hverken direkte eller indirekte.

Denne klagesag er anlagt for at rense B’s navn i forhold til en mulig fremtidig registrering i HVL-registeret. Klagesagen angår kun det forhold, om der måtte være nærliggende fare for misbrug af stillingen eller erhvervet, herunder om B ikke kan eller vil iagttage de forpligtelser, som hun vil være omfattet af ved en registrering i HVL-registeret.

Ifølge officialmaximen skal der foretages en saglig, konkret og individuel helhedsvurdering før der træffes afgørelse. Dette vil heller IKKE være tilfældet, hvis B skal lægges til last for tredjemands forhold, der tidsmæssigt ligger efter B’s udtræden af K SMBA.”

Ved skrivelse af 19. september 2011 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen heroverfor bemærket:

... styrelsen [skal] oplyse, at det fremgår af sagen at B har været deltager i sagen selskabet fra stiftelsen den 21. december 2009 til den 16. marts 2010.

Styrelsen kan ikke og tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt B kan straffes for, at selskabet ikke har overholdt hvidvaskloven i denne periode. Dette spørgsmål henhører under domstolene.

Styrelsen kan heller ikke tage stilling til, om deltagerne i selskabet, herunder B, kan straffes for at have drevet uregistreret virksomhed i henhold til hvidvaskloven, jf. lovens § 31, stk. 1, i perioden fra selskabets stiftelse den 21. december 2009 til registreringen i www.hvl-reg.dk den 25. marts 2010.

Dette spørgsmål vil indgå i politiets undersøgelse, når politiet rejser sigtelse.”

Ankenævnet udtaler:

Klager har ikke dokumenteret, at K S.M.B.A. eller B, der ved Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. marts 2010 var selskabsdeltager i K S.M.B.A., på tidspunktet for hvidvasklovens ikrafttræden den 1. marts 2006 drev virksomhed som udbyder af tjenesteydelser til virksomheder efter lovens § 1, stk. 1, nr. 18, jf. § 3, nr. 5, og således er omfattet af den dagældende overgangsordning i § 39.

B blev ved Københavns Byrets dom af 1. juni 2004 anset med en betinget dom uden straffastsættelse for overtrædelse af straffelovens § 280 om mandatsvig.

Ankenævnet finder, at det udviste strafbare forhold efter en konkret vurdering ikke begrundet en nærliggende fare for misbrug, jf. hvidvaskelovens § 31, stk. 2. Der er herved lagt vægt på, dels at karakteren af det tilståede mandatsvig ikke skaber nogen formodning for, at B ikke vil overholde forpligtelserne efter hvidvaskeloven, og dels at hun blev anset med en betinget dom uden straffastsættelse.

Det forhold, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen efter et tilsyn den 21. marts 2011 har politianmeldt K S.M.B.A. kan ikke føre til en anden bedømmelse.

Ankenævnet ophæver derfor den påklagede afgørelse af 8. marts 2010.

4.8. LOV OM NÆRINGSBREV TIL VISSE FØDEVAREVIRKSOMHEDER

38) Kendelse af 4. marts 2011 (J.nr. 2010-0023003).

Tiltrådt, at styrelsen havde nægtet at optage selskab i Næringsbasen.

Lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder, § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, og § 3, stk. 3, § 4, stk. 2, samt § 5, stk. 2.

(Lise Høgh, Finn Møller og Jan Uffe Rasmussen)

Ved e-mail af 22. oktober 2010 har A fra K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet at optage K A/S i Næringsbasen.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en af Erhvervsankenævnet i medfør af § 11 i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet indhentet redegørelse af 2010 om sagens faktiske omstændigheder oplyst blandt andet:

” ...

Sagens faktiske omstændigheder

1. Styrelsen modtog den 20. maj 2010 en blanket om optagelse i Næringsbasen for K A/S, CVR-nr. ... Der var ikke angivet en næringsbrevsansvarlig for selskabet.

2. Styrelsen sendte derfor et brev til selskabet den 31. maj 2010, hvori selskabet blev gjort opmærksom på de manglende oplysninger ... Selskabet fik to uger til at indsende de manglende oplysninger.

3. Den 1. juni 2010 sendte B en e-mail til styrelsen, hvoraf det fremgår, at han ønsker, at selskabet skal optages i Næringsbasen via en overgangsordning, da moderselskabet C A/S blev optaget i Næringsbasen på denne måde ...

4. Den 2. juni 2010 svarede styrelsen per e-mail, at selskabet ikke kan optages i Næringsbasen via overgangsordningen, da denne ikke finder anvendelse på selskabet ...

5. Den 2. juni 2010 sendte B en e-mail til styrelsen, hvor han beskriver selskabets erhvervsaktiviteter nærmere og fremfører, at næringsprøven er unødigt bureaukrati mm. ...

6. Herefter vurderede styrelsen om selskabet på baggrund af de beskrevne aktiviteter er omfattet af lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder. Styrelsen svarede med e-mail af den 16. juli 2010, at selskabet er omfattet af reglerne og skal have næringsbrev ...

7. Styrelsen satte i brev af 18. august 2010 endnu en frist på 2 uger til at indsende de manglende oplysninger ...

8. Efter udløb af fristen havde styrelsen ikke modtaget de manglende oplysninger og nægtede derfor registrering af selskabet i Næringsbasen med brev af 2. september 2010 ..., som er den for ankenævnet indbragte afgørelse.

9. Styrelsen modtog herefter fra A bl.a. mail af 24. september 2010, hvori A bad styrelsen om at "frafalde styrelsens krav" ...

10. Styrelsen svarede med brev af 29. september 2010, at styrelsen fastholder afgørelsen af 2. september 2010 ... Afgørelsen er derefter indbragt for Erhvervsankenævnet."

I klageskrivelsen af 22. oktober 2010 anfører A:

"Jvfr. Skrivelse af 29.09.2010 fra ERHVERVS- OG SELSKABSSTYRELSEN påklages afgørelsen hermed til Erhvervsankenævnet i henhold til paragraf 4, stk. 3 i Lov om næringsbevis til VISSE fødevarevirksomheder.

Begrundelsen fremgår med al ønskelig tydelighed af [korrespondancen med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen].

Jeg kan kraftigt anbefale, at "det offentlige" anvender flere resurser på relevante områder f.eks. at undgå flere kødskandaler jævnfør denne uges nye afsløringer.

Professionelle kød eksporterende aktieselskaber - hvis regnskaber som bekendt revideres af statsautoriserede revisorer - kender udmærket til landets moms- og skattelovning.

Ligeledes er vi nødvendigvis bekendte med gældende lovgivning på alle andre områder, der relaterer til VOR forretningsaktivitet, hvilket absolut INTET har at gøre med de spørgsmål, vi skulle eksamineres i !

Jeg er udmærket klar over, at denne sag primært er politisk – omvendt forventer jeg, at de embedsmænd, der forvalter lovgivningen besidder et minimum af realitets sans."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i ovennævnte redegørelse af 13. december 2010 udtalt:

"Sagens retlige omstændigheder

1. Styrelsen har i sin afgørelse af 2. september 2010 lagt til grund, at selskabet er omfattet af lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder og derfor skal have næringsbrev til hvert forretningssted. Til orientering

kan det oplyses, at styrelsen har redegjort for denne vurdering i styrelsens e-mail til B af 16. juli 2010 ...

I denne ankesag vil styrelsen ikke nærmere redegøre for denne vurdering, idet ankesagen efter styrelsens vurdering kun omhandler spørgsmålet om ret til næringsbrev og om næringsprøven, jf. § 4 og § 5 i lov om fødevarenæringsbrev til visse fødevarevirksomheder. Det er kun afgørelser truffet i medfør af disse bestemmelser, som kan indbringes for Erhvervsankenævnet, jf. § 11b i lov om fødevarenæringsbrev til visse fødevarevirksomheder.

2. Et selskab har ret til næringsbrev, når det har en næringsbrevsansvarlig, dvs. et medlem i ledelsen, der har bestået næringsprøven eller har gennemført en relevant uddannelse, jf. § 4, stk. 2 og § 5, stk. 2, i lov om fødevarenæringsbrev til visse fødevarevirksomheder og § 1, stk. 3, i bekendtgørelse om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder.

K A/S har søgt om optagelse i Næringsbasen, men selskabet har ikke anmeldt en næringsbrevsansvarlig for selskabet ... Uden næringsbrevsansvarlig har selskabet ikke ret til næringsbrev, jf. § 4, stk. 2, i lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder. Reglerne giver ikke mulighed for dispensation. Derfor har styrelsen nægtet selskabets registrering i Næringsbasen med afgørelse af 2. september 2010 ...

3. Selskabet kan heller ikke optages via en overgangsordning. Overgangsordningen for engrosvirksomheder gælder kun for selskaber, der var i drift den 1. maj 2007, jf. § 1, stk. 2, nr. 6, i bekendtgørelse om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder. Ret til næringsbrev har dermed de engrosvirksomheder, der var i drift på det tidspunkt, hvor lovens anvendelsesområde blev udvidet til også at gælde for fødevareengrosvirksomheder. K A/S blev stiftet den 4. januar 2010 og var derfor ikke i drift på det pågældende tidspunkt ...

Moderselskabet C(CVR-nr. 25366816) var i drift den 1. maj 2007 og blev derfor optaget i Næringsbasen på denne baggrund. Denne optagelse i medfør af overgangsordningen gælder kun for moderselskabet og kan ikke "overføres" til andre selskaber.

4. Næringsprøvens indhold er fastsat i § 4, stk. 1, i lov om visse fødevarevirksomheder og omhandler følgende områder: skat og afgifter, pant på emballage, fødevarer og arbejdsmiljøforhold. Prøven er ens for alle virksomheder og derfor af mere generel karakter. Spørgsmålene, der indgår i prøven, er udarbejdet i samarbejde med de enkelte ministerier, der har ansvaret for reglerne for det pågældende område, der indgår i prøven. Prøven tilrettes ikke individuelt til hvert virksomheds forretningsområde.

Det kan oplyses om næringsprøven, at prøven koster 600 kr. og kan tages på mange prøvesteder i hele landet. Der er ikke krav om undervisning. Styrelsen har udarbejdet en testprøve og materiale til selvstudium, som ligger på styrelsens hjemmeside og som kan downloades gratis.

...”

Ved e-mail af 10. januar 2011 stilet til statsminister Lars Løkke Rasmussen, økonomi- og erhvervsminister Brian Mikkelsen og landbrugsminister Henrik Høegh samt Erhvervsankenævnet har A bemærket:

”OPTAGELSE I NÆRINGSBASEN / NÆRINGSBREV

Undertegnede, der er administrerende direktør i en kødeksporterende koncern med en trecifret million omsætning, i hvilken ... [Revisorfirma] udarbejder koncern regnskab, retter hermed henvendelse med henblik på få ændret og præciseret lovgivningen i forbindelse med ovenstående.

Jeg har i diverse mails til forskellige myndigheder gennem det sidste halve års tid redegjort for de faktiske forhold.

Der er vedhæftet 15 sider, hvilket imidlertid langt fra er alle sagens akter - ... hvor jeg skitserer mine hovedsynspunkter ...

Både politikere og embedsfolk har fejlet, hvilket erhvervslivet ikke kan være tjent med.

For det første bør I politikere sætte jer mere grundigt ind i de forhold I lovgiver om.

For det andet kan erhvervslivet ikke leve med inkompetente embedsfolk personificeret ved den oprindelige sagsbehandler i Erhvervs- og selskabsstyrelsen og ikke mindst direktør Ole Bløndal, der i brev til undertegnede den 24.09.2010 skriver: "SOM TIDLIGERE SKREVET SÅ HAR LOVEN OM NÆRINGSBREV FLERE FORMÅL. LOVEN SKAL BLANDT ANDET SIKRE, AT FØDEVAREVIRKSOMHEDER HAR KENDSKAB TIL DE RELEVANTE REGLER FOR BRANCHEN, HERUNDER MOMS- OG SKATTELOVGIVNING, SOM MÅ FORMODES AT VÆRE RELEVANT UANSET KARAKTEREN AF DIN FØDEVAREVIRKSOMHED."

Dette er argumentet for ikke at dispensere for det såkaldte næringsbrev, hvilket er FOR pauver en argumentation. Mon ikke D og [Revisorfirma] for længst har styr på de forhold.

For det tredje kan undertegnede og mange andre ikke acceptere, at der bruges unødige skatte kroner på skrankepaveri.

Til slut en afsluttende politisk bemærkning - afskaffelse af efterlønnen er naturligvis en rigtig beslutning, men desværre kun en dråbe i havet !

Der kunne spares mange, mange flere penge ved en optimal "drift" af det offentlige, hvilket ovenstående er et lille bitte eksempel på !

...”

Ankenævnet udtaler:

Enhver, der driver selvstændig erhvervsvirksomhed med detailsalg af fødevarer, herunder catering og salg af fødevarer til nydelse på eller ved stedet, samt fødevarereengrosvirksomhed skal have næringsbrev, jf. § 3, stk. 1, jf. § 1, stk. 1, i lov om næringsbrev til visse fødevarevirksomheder. Erhvervsvirksomheden ikke må påbegyndes før næringsbrev er erhvervet, jf. § 3, stk. 3.

Af § 4, stk. 2, følger, at selskaber har ret til næringsbrev, når et medlem af ledelsen har bestået en næringsprøve, hvor vedkommende har godtgjort at have fornødent kendskab til reglerne for udøvelse af virksomhed omfattet af lovens § 1, stk. 1, vedrørende skat og afgifter, pant på emballage, fødevarer og arbejdsmiljøforhold, eller når et medlem af ledelsen har gennemført en erhvervsuddannelse, der er omfattet af lovens § 5, stk. 2.

Da K A/S ikke har indsendt dokumentation for, at et ledelsesmedlem har bestået næringsprøven eller har gennemført en relevant erhvervsuddannelse, hvorved selskabet kan undtages fra kravet om bestået næringsprøve, jf. § 5, stk. 2, samt nærmere bekendtgørelse nr. 629 af 25. juni 2009 om uddannelser der undtager fra prøvekrav (næringsprøven), tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet at optage K A/S i Næringsbasen.

Som følge af det anførte, og da overgangsbestemmelsen i lovens § 13, stk. 3 ikke finder anvendelse, efter som K ApS først er stiftet efter lovens ikrafttræden den 1. juli 2005, stadfæster ankenævnet derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 2. september 2010.

4.9. REJSEGARANTIFONDSLOVEN

39) Kendelse af 24. juni 2011 (J.nr. 2010-0023556).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20.

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 16. december 2010 har K klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 5. november 2010, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 5. november 2010 hedder det:

” ...

Registrering i Rejsegarantifonden.

Som det formentlig er K bekendt, medførte den ændring af rejsegarantifondsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2010, at en del internationale flyselskaber skal registreres i fonden.

Eftersom der var tale om helt nye regler, herskede der nogen usikkerhed om, hvordan de skulle fortolkes. Fonden var af den opfattelse, at så mange forbrugere som muligt skulle have tilbud om at købe konkursdækningen på flytransport (”flight only”) og anlagde derfor en bred fortolkning af reglerne og krævede mange flyselskaber registreret. En del af flyselskaberne var ikke enige i fondens fortolkning og indbragte derfor fondens afgørelse om registrering for Erhvervsankenævnet.

Erhvervsankenævnet afsagde i september måned 2010 kendelse i de indbragte sager og fastslog, at et internationalt flyselskab, som har hovedkontor udenfor Danmark men har et afdelingskontor i Danmark, og som sælger flybilletter med afrejse fra Danmark til kunder, der befinder sig i Danmark, skal registreres i fonden og tilbyde private kunder at købe konkursdækning i fonden.

I alt 13 sager blev indbragt for Erhvervsankenævnet. Fonden fik medhold i 11 af sagerne, mens 2 flyselskaber fik medhold i påstanden om, at de ikke var registreringspligtige i fonden.

I de 11 sager, hvor fonden har fået medhold, har flyselskaberne kontor i Danmark. Nogle af kontorerne er egentlige salgskontorer, mens andre blot er kontorer, hvor personale udfører administrative opgaver i forbindelse med afvikling af trafikken. Erhvervsankenævnet har imidlertid ikke

lagt vægt på, om der er tale om egentlige salgskontorer, men har lagt vægt på, at flyselskabet rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark.

I de 2 sidste sager har flyselskaberne ikke noget kontor i Danmark men kun en handling-agent i lufthavnen, og det har Erhvervsankenævnet ikke anset for tilstrækkeligt til, at kravet om etablering i Danmark er opfyldt.

Fonden retter nu henvendelse til A [handlingselskab], fordi K efter fondens opfattelse er registreringspligtigt i fonden.

Fonden er klar over, at K ikke har eget kontor i Danmark men er repræsenteret af en General Sales Agent (GSA) [handlingselskab]: A.

Fonden fremlagde i forbindelse med Erhvervsankenævnets behandling af sagerne et notat udarbejdet af Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009 ... hvoraf det fremgår, at det i den konkrete vurdering af den enkelte virksomheds tilknytning til Danmark kan indgå, hvorvidt virksomheden har en fast repræsentant i landet.

I de 2 sager, hvor fonden ikke fik medhold i afgørelsen om registrering, havde flyselskaberne ikke nogen fast repræsentant i Danmark men kun et samarbejde med en handling-agent i lufthavnen ... Der er imidlertid efter fondens opfattelse en væsentlig forskel mellem en handling-agent og en fast repræsentant i form af en GSA.

Erhvervsankenævnet lagde ved afgørelserne vægt på, at handlingsselskabet alene er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m., og at muligheden for køb af flyselskabets billetter ikke markedsføres af selskabet.

Det er således fondens opfattelse, at en fast repræsentant – fx i form af en GSA – medfører, at flyselskabet er registreringspligtigt i fonden, hvis flyselskabet flyver fra Danmark (enten selv eller via code-share) og ”point of sale” er i Danmark, dvs. at kunden kan købe en billet fra en pc med dansk IP-adresse eller på GSA’ens kontor.

På denne baggrund har fonden ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtigt i fonden.

...”

I klageskrivelsen af 16. december 2010 har K anført:

” ...

K har ingen GSA (Generalagent) eller anden form for permanent repræsentation i Danmark siden 2006.

K har en 10 årig tidsbegrænset aftale med [handlingselskabets] billetudstedelseskantor i lufthavnen (ATO), der for at udfylde operationelle behov i forbindelse med ground handling services, agerer som support service office for K i [dansk lufthavn], og også tilbyder Ks kunder mulighed

for at erhverve flybilletter, men ikke agerer som et markedsføringskontor for K.

[handlingselskabet], som vores billetagent, sælger for en pris på 20 DKK forsikring mod konkurs til private personer, der køber K flybilletter, hvilket garanterer kunderne fuld dækning af evt. tab i tilfælde af luftfartsselskabets konkurs.

Danske kunder, som køber billetter på vores hjemmeside fra en dansk IP adresse, køber billetter direkte fra [luftfartsselskabets hjemland], hvor vores hovedkvarter er beliggende, og ikke fra Danmark.

Fra salgssteder i Danmark bruger K ikke nogen computer med dansk IP adresse eller noget CRS system med K ID adgang til brug for billetsalg, og K sælger ikke selv billetter på det danske marked.

Alle K flybilletter på det danske marked til K flyvninger bliver solgt af godkendte danske IATA rejsebureauer, som er registrerede i den danske rejsegarantifond.

I betragtning af alle de nævnte omstændigheder, er K ikke enig i Rejsegarantifondens beslutning, om at K som et internationalt luftfartsselskab med hovedsæde udenfor Danmark, men med et afdelingskontor i Danmark, falder ind under bestemmelserne i lov om en rejsegarantifond, hvad angår registrering og udstedelse af en garanti.”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 23. februar 2011 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 måtte fonden kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det viste sig i denne forbindelse 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 ...

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 5. november 2010 klageren registreret ...

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtig i fonden, idet klageren gør gældende ikke at være etableret i Danmark. På dette grundlag indbragte klageren ved skrivelse af 16. december 2010 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Som anført ovenfor er klageren ikke enig i, at klageren er etableret i Danmark.

Ad etableret i Danmark/fast repræsentant i Danmark:

K har i skrivelsen af 16. december 2010 oplyst, at selskabet har en aftale med A om billetudstedelse (ATO = Airport Ticket Office). A har kontor i Danmark – bl.a. på adressen ... Samarbejdsforholdet fremgår også af Ks hjemmeside på internettet, hvor det er anført, at A er ”Ticket office in [dansk lufthavn]” ...

På denne baggrund har fonden lagt til grund, at K har en fast repræsentant i Danmark, som handler på selskabets vegne, og som kunderne kan henvende sig til og købe billetter hos. Hvis flyselskabet havde valgt at oprette eget kontor i Danmark, ville der ikke have været tvivl om, at selskabet var etableret i Danmark og dermed registreringspligtigt i fonden. Det forekommer ikke rimeligt, hvis det forhold, at et flyselskab – formentlig af økonomiske årsager – har fravalgt at etablere eget kontor og i stedet har indgået aftale med et selskab om en repræsentation vedrørende bl.a. billetsalg, skulle medføre, at flyselskabet ikke var registreringspligtigt i fonden.

Det har efter fondens opfattelse ingen betydning, at A ikke agerer som markedsføringskontor for K.

Øvrigt:

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.

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 codeshare, 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. Fondens har taget udgangspunkt i flyselskaber, som flyver fra Danmark (enten selv eller via codeshare), og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark.

Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af 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.

Det er fondens opfattelse, at K flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og at kunder, der opholder sig i Danmark, direkte hos flyselskabet 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.

...”

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 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 23. marts 2011 har K anført:

” ...

A ATO (Airport Ticket Office) sælger allerede Rejsegarantifondens konkursdækning for 20 DKK til private kunder, som køber flybilletter til flyvninger med K. Alle de solgte billetter er markeret som A-billetter med SK koden ... Ks egne billetter er med koden ..., og det er ikke mu-

ligt, at købe disse i Danmark. Dette betyder, at alle passagerer, som køber billetter hos ATO kan købe Rejsegarantifondens konkursdækning for 20 DKK, hvilket vil sikre passageren fuld tilbagebetaling i det tilfælde, at luftfartsselskabets aktiviteter ophører.

Passagerer kan også købe billetter hos IATA-rejsebureauer, der kan være hjemmehørende i Danmark. Men igen er disse rejsebureauer underlagt obligatorisk registrering i Rejsegarantifonden og tilbyder derfor passage-erne muligheden for at købe en dækning.

K sælger ingen billetter indenfor Danmarks grænser, og det gælder derfor, at alle billetter, der sælges indenfor disse grænser allerede tilbydes sammen med en konkursdækning, enten fordi de sælges af et IATA-rejsebureau eller som A-billet af A's billetkontor.

Danske kunder, som køber billetter fra en dansk IP-adresse på vores hjemmeside, køber billetter direkte i [luftfartsselskabets hjemland], hvor vores hjemmeside er beliggende. For at informere kunderne bedre, kan vi imidlertid tilføje yderligere oplysninger på hjemmesiden om muligheden for at købe garantifondens dækning for 20 DKK, når salgsstedet er i Danmark, d.v.s. enten i form af A-billet eller køb hos et IATA-rejsebureau, og evt. andre oplysninger, som Rejsegarantifonden anser for nødvendige.

I betragtning af ovenstående er K ikke enig i Rejsegarantifondens beslutning om registrering og udstedelse af en garanti.”

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.

...”

K er i Danmark repræsenteret af A, som har kontor i Danmark, og hos hvem kunderne kan købe billetter til flyvninger med K. 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 5. november 2010.

40) Kendelse af 9. juni 2011 (J.nr. 2010-0023333).

Luftfartsselskab etableret i Danmark og derfor registreringspligtigt i Rejsegarantifonden.

Rejsegarantifondslovens § 20

(Anders Hjulmand, Niels Bolt Jørgensen og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 8. december 2010 har advokat A på vegne af K [luftfartsselskab] klaget over Rejsegarantifondens afgørelse af 11. november 2010, hvorved Rejsegarantifonden krævede selskabet registreret i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Rejsegarantifondens afgørelse af 11. november 2010 hedder det:

” ...

Som fonden oplyste ved skrivelse af 13. november 2009 medførte den ændring af rejsegarantifondsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2010, at en del internationale flyselskaber skal registreres i fonden.

Eftersom der var tale om helt nye regler, herskede der nogen usikkerhed om, hvordan de skulle fortolkes. Fondens opfattelse, at så mange forbrugere som muligt skulle have tilbud om at købe konkursdækningen på flytransport (”flight only”) og anlagde derfor en bred fortolkning af reglerne og krævede mange flyselskaber registreret. En del af flyselskaberne var ikke enige i fondens fortolkning og indbragte derfor fondens afgørelse om registrering for Erhvervsankenævnet.

Erhvervsankenævnet afsagde i september måned 2010 kendelse i de indbragte sager og fastslog, at et internationalt flyselskab, som har hovedkontor udenfor Danmark men har et afdelingskontor i Danmark, og som sælger flybilletter med afrejse fra Danmark til kunder, der befinder sig i Danmark, skal registreres i fonden og tilbyde private kunder at købe konkursdækning i fonden.

I alt 13 sager blev indbragt for Erhvervsankenævnet. Fondens fik medhold i 11 af sagerne, mens 2 flyselskaber fik medhold i påstanden om, at de ikke var registreringspligtige i fonden.

I de 11 sager, hvor fonden har fået medhold, har flyselskaberne kontor i Danmark. Nogle af kontorerne er egentlige salgskontorer, mens andre blot er kontorer, hvor personale udfører administrative opgaver i forbindelse med afvikling af trafikken. Erhvervsankenævnet har imidlertid ikke lagt vægt på, om der er tale om egentlige salgskontorer, men har lagt vægt på, at flyselskabet rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark.

I de 2 sidste sager har flyselskaberne ikke noget kontor i Danmark men kun en handling-agent i lufthavnen, og det har Erhvervsankenævnet ikke anset for tilstrækkeligt til, at kravet om etablering i Danmark er opfyldt.

Fonden har besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.

Fonden er klar over, at K ikke har eget kontor i Danmark men er repræsenteret af en General Sales Agent (GSA): B A/S.

Fonden fremlagde i forbindelse med Erhvervsankenævnets behandling af sagerne et notat udarbejdet af Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober

2009 (vedlægges), hvoraf det fremgår, at det i den konkrete vurdering af den enkelte virksomheds tilknytning til Danmark kan indgå, hvorvidt virksomheden har en fast repræsentant i landet.

I de 2 sager, hvor fonden ikke fik medhold i afgørelsen om registrering, havde flyselskaberne ikke nogen fast repræsentant i Danmark men kun et samarbejde med en handling-agent i lufthavnen (D eller E). Der er imidlertid efter fondens opfattelse en væsentlig forskel mellem en handling-agent og en fast repræsentant i form af en GSA.

Erhvervsankenævnet lagde ved afgørelserne vægt på, at handlingsselskabet alene er ansvarlig for håndtering og ekspedition af passagerer, bagage, fragt m.m., og at muligheden for køb af flyselskabets billetter ikke markedsføres af selskabet.

Det er således fondens opfattelse, at en fast repræsentant – fx i form af en GSA – medfører, at flyselskabet er registreringspligtigt i fonden, hvis flyselskabet flyver fra Danmark (enten selv eller via code-share) og ”point of sale” er i Danmark, dvs. at kunden kan købe en billet fra en pc med dansk IP-adresse eller på GSA’ens kontor.

På denne baggrund har fonden ud fra en helhedsbedømmelse af den udøvede virksomhed besluttet, at K er registreringspligtig i fonden.
...”

I klageskrivelsen af 8. december 2010 har advokat A anført:

” ...

For Rejsegarantifonden nedlægger jeg følgende

PÅSTAND:

K er ikke pligtig at blive registreret i Rejsegarantifonden.

...

Sagen er opstået i forbindelse med, at lov om en rejsegarantifond med virkning fra 1. januar 2010 i § 2, stk. 1, nr. 4, kom til at omfatte flytransport, og hvor lovens § 5a foreskriver, at når en kunde har købt en flyrejse til privat brug, er kunden dækket mod flyselskabets konkurs, hvis der er valgt og betalt forsikring herfor.

Spørgsmålet er, hvornår en rejseudbyder, som K, i Danmark udbyder og sælger rejseydelser til private.

Det fremgår af den påklagede afgørelse, side 2, at hvis et selskab har en repræsentant i Danmark, der har permanent tilstedeværelse i Danmark, så er flyselskabet – K – forpligtet til at blive registreret i Rejsegarantifonden, hvis selskabet flyver fra Danmark, enten direkte eller via code share, og hvis salget sker i Danmark, f.eks. fra computere, der har danske IP-adresser.

Det er mit standpunkt, at K ikke er repræsenteret i Danmark og at K ikke flyver fra Danmark hverken selv eller via Code Share.

...

Sagens første problemstilling er, om kontraktforholdet mellem K og B A/S er af en sådan karakter, at selskabet må anses at have kontor i Danmark, hvad enten dette kontor direkte forestår salg eller administrative øvelser knyttet til rejserne.

Det fremgår af [Forbrugerstyrelsens notat af 23. oktober 2009: "Kriterier for hvornår en udbyder af flytransport er etableret i Danmark"] med henvisning til lovbemærkningerne til ovennævnte lovændring, at det alene er udbydere af flytransport, der er etableret i Danmark, som er omfattet af udvidelsen. Etableringskravet fremgår af lov om en rejsegarantifond § 20. Det fremgår, at ved afgrænsningen af, om der er en etablering i Danmark henses der til, om den fysiske tilstedeværelse gør det muligt for kunderne via denne fysiske tilstedeværelse at få ydelser vedrørende rejsen, herunder til aftaleindgåelse via denne fysiske tilstedeværelse eller om selskabet reklamerer med at kunderne kan kontakte dette fysiske sted for at få afklaret forhold vedrørende ydelserne. Omvendt fremgår det ..., at der ikke er fysisk forretningssted, hvis selskabet alene er repræsenteret virtuelt i form af internetservicering.

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Erhvervsklagenævnet i en række prøvesager har fundet, at General Sales Agent aftaler udgør en sådan etablering hvad enten den anførte ydelse vedrørte aftale indgåelsen eller servicering af rejsen. I overensstemmelse med det vedlagte ..., forudsætter jeg at der her er tale om at agenten i et vist omfang servicerer de private rejsende.

K har en General Sales Agentaftale med B A/S. Rejsegarantifonden har ikke i afgørelsen forholdt sig til hvilke ydelser denne aftale omfatter.

B A/S forestår således opsøgende virksomhed overfor rejseudbydere, som sælger flytransport til private, og hvor transporten foretages af K. B A/S kan i forbindelse hermed bistå disse rejseudbydere i brugen af systemerne således, at disse med K kan indgå de fornødne aftaler til brug for de pågældende rejseudbydere salg af rejser til de private forbrugere.

K har en hjemmeside, hvorpå alle kan booke rejser også danskere, og hvor der er en side, der hjælper med rejseplan, hvis man vil rejse fra Danmark. På denne hjemmeside er det anført, at K kan kontaktes via B. B A/S bistår som følge heraf nogle gange private kunder, der har købt billet via internetsiden med visse ydelser i form af ændring af datoer eller valg af sæder. Der er tale enkeltstående tilfælde som udgør en helt marginal del af de af B A/S leverede ydelser til K. Hvis dette forhold er afgørende for om registrering skal ske, bedes dette angives.

Alle billetter udstedes af K udenfor Danmark og alle betalinger sker til konti uden for Danmark.

I forhold til ovennævnte positive beskrivelse, kan det negativt formuleres:

- B A/S forestår ikke noget salg af rejser til private kunder.
- B A/S udsteder ikke billetter til private kunder eller modtager nogen betaling fra de private kunder.
- B A/S har ikke bortset fra den ovenfor anførte marginale servicering af privatkunder nogen servicering på vegne K af de private kunder.

Der foreligger herefter ikke en etablering af K i Danmark via aftalen med B A/S, med den konsekvens at registrering ikke skal ske.

...

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at udover det pågældende flyselskabs – her K – tilstedeværelse via en agent, kræver registrering hos Rejsegarantifonden, at det pågældende flyselskab rejser sker ud fra Danmark, enten forestået af selskabet selv eller via code-share.

Sagens anden problemstilling er, om K forestår flytransport ud fra Danmark selv eller via code-share.

Jeg vedlægger i den forbindelse som bilag ... K's e-mail af 12. april 2010 til Rejsegarantifonden ved F, hvori der redegøres for, at K ikke flyver fra nogen by i Danmark og hverken gør det via code share eller joint venture agreement. Jeg har modtaget nærværende sag til påklage går's dato i forbindelse med at Rejsegarantifonden ikke ville udskyde klagefristen (reelt at lave en ny afgørelse). Jeg får pt. undersøgt de nærmere forhold om disse flyvninger.

Det forhold behandles ikke i Rejsegarantifondens brev, og i særdeleshed anføres der ikke nogen rejser, hvor Rejsegarantifonden er af den opfattelse at K flyver ud af Danmark enten selv eller via Code Share.

Det må således lægges til grund, at der ikke er sådanne rejser med den konsekvens at registrering ikke skal ske.

...”

I anledning af klagen har Rejsegarantifonden i en redegørelse af 30. december 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 måtte fonden kræve de virksomheder, der udbyder eller sælger flytransport til private forbrugere, registreret i fonden fra 1. januar 2010. Det viste sig i denne forbindelse 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 ...

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 11. november 2010 klageren registreret ... Oversættelse til dansk af registreringsbrevet vedlægges ...

Klageren deler ikke fondens opfattelse af, at K er registreringspligtig i fonden, idet klageren gør gældende ikke at være etableret i Danmark samt ikke at flyve fra Danmark - hverken selv eller via codeshare. På dette grundlag indbragte klageren den 8. december 2010 fondens afgørelse for Erhvervsankenævnet.

Sagens faktiske omstændigheder:

Som anført ovenfor er klageren ikke enig i, at klageren er etableret i Danmark, og klageren gør gældende ikke at flyve fra Danmark - hverken selv eller via codeshare.

Ad etableret i Danmark/fast repræsentant i Danmark:

K har i skrivelsen af 8. december 2010 oplyst, at selskabet har en General Sales Agentaftale med B A/S (herefter benævnt B A/S). B A/S har kontor på adressen ... [Danmark]. Samarbejdsforholdet fremgår også af K's hjemmeside på internettet, hvor det er anført, at B A/S repræsenterer K i Danmark, bl.a. med spørgsmål i forbindelse med reservationer ... Af B A/S' hjemmeside fremgår det, at selskabet er GSA ("General Sales Agent") for K.

En GSA er sædvanligvis ansvarlig for at repræsentere og promovere et eller flere flyselskaber, og stod tidligere - før flyselskaberne selv begyndte at sælge billetter direkte via egne hjemmesider - også bl.a. for salg af flybilletter. Flyselskaber indgår typisk aftaler med en GSA, hvis flysel-

skabet skønner, at det vil være for omkostningskrævende at oprette eget kontor i det pågældende land, ligesom et flyselskab ofte med fordel vil kunne drage nytte af GSA's erfaring i det pågældende land.

På denne baggrund har fonden lagt til grund, at K har en fast repræsentant i Danmark, som handler på selskabets vegne. Det er efter fondens opfattelse ikke afgørende, om kunderne kan henvende sig hos repræsentanten og købe billetter. Hvis flyselskabet havde valgt at oprette eget kontor i Danmark, ville der ikke have været tvivl om, at selskabet var etableret i Danmark og dermed registreringspligtigt i fonden – uanset om kunderne rent faktisk kunne henvende sig på kontoret for at købe flybilletter, eller om der alene var tale om et kontor, som flyselskabet havde oprettet til andre administrative funktioner. Det forekommer ikke rimeligt, hvis det forhold, at et flyselskab – formentlig af økonomiske årsager – har fravalgt at etablere eget kontor og i stedet har indgået aftale med en GSA, skulle medføre, at flyselskabet ikke var registreringspligtigt i fonden.

Ad flyvninger fra Danmark:

Der er efter fondens opfattelse ingen tvivl om, at K tilbyder flyvninger fra Danmark via codeshare.

Flyselskaberne benytter begrebet ”codeshare”, når flyrute, der drives af ét flyselskab, markedsføres i fællesskab som en flyvning for et eller flere andre flyselskaber. Med en sådan aftale kan et flyselskab således sælge billetter på et andet flyselskabs rute i eget navn og med eget rutenummer, selv om det ikke er dem, der flyver på ruten.

Som bilag ... vedlægges print fra selskabets hjemmeside, hvoraf det fremgår, at man fx kan købe en billet fra København til Beijing. Første del af turen beflyves af G [britisk luftfartsselskab] med flykoden ... (... er K's kode), og anden del af turen beflyves af K med flykoden

Det er på dette grundlag, at fonden betragter K som et flyselskab, der flyver fra Danmark.

Øvrigt:

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 codeshare, 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 (enten selv eller via codeshare), og hvor kunder, der opholder sig i Danmark, kan købe en billet med afrejse fra Danmark.

Flyselskabets tilknytning til Danmark i form af 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.

Det er fondens opfattelse, at K via codeshare flyver hyppigt og kontinuerligt fra Danmark, og at kunder, der opholder sig i Danmark, direkte hos flyselskabet 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.

Konklusion:

Sammenfattende kan det anføres, at det er fondens opfattelse, at klageren udbyder og sælger flybilletter fra Danmark og er etableret i Danmark, jf. lovens § 20, hvorfor klageren er registreringspligtig i fonden.

Andre sager der har været indbragt for nævnet:

Klageren anfører på side 2 næstsidsste afsnit, at det af den påklagede afgørelse fremgår, at GSA-aftaler bevirker, at flyselskabet anses for at være etableret i Danmark. Klageren har imidlertid ikke opfattet dette forhold korrekt:

Erhvervsankenævnet har ikke tidligere behandlet en sag, hvor et flyselskab var repræsenteret af en GSA i Danmark.

Erhvervsankenævnet afsagde i september måned 2010 kendelse i en række indbragte sager og fastslog, at et internationalt flyselskab, som har hovedkontor udenfor Danmark men har et afdelingskontor i Danmark, og som sælger flybilletter med afrejse fra Danmark til kunder, der befinder sig i Danmark, skal registreres i fonden og tilbyde private kunder at købe konkursdækning i fonden.

I alt 13 sager blev indbragt for Erhvervsankenævnet. Fondens fik medhold i 11 af sagerne, mens 2 flyselskaber fik medhold i påstanden om, at de ikke var registreringspligtige i fonden.

I de 11 sager, hvor fonden fik medhold, havde flyselskaberne kontor i Danmark. Nogle af kontorerne er egentlige salgskontorer, mens andre blot er kontorer, hvor personale udfører administrative opgaver i forbindelse med afvikling af trafikken. Erhvervsankenævnet lagde imidlertid ikke vægt på, om der er tale om egentlige salgskontorer, men om flyselskabet rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark.

I de 2 sidste sager har flyselskaberne ikke noget kontor i Danmark men kun en handling-agent i lufthavnen, og det har Erhvervsankenævnet ikke anset for tilstrækkeligt til, at kravet om etablering i Danmark er opfyldt.

Det er fondens opfattelse, at der er en væsentlig forskel på en handling-agent i lufthavnen og en GSA. Et flyselskab kan ikke beflyve en lufthavn uden at have en handling-agent, hvorimod et flyselskab godt kan beflyve en lufthavn uden at have etableret eget kontor i landet eller have indgået aftale med en GSA.

...”

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 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.”

I skrivelse af 31. januar 2011 har advokat A anført:

” ...

1. Code Share

Som anført i min påklage til Rejsegarantifonden, ville jeg få verificeret, hvorvidt der forelå code share rejser eller ej.

I den forbindelse kan jeg oplyse, at det er korrekt, som anført af Rejsegarantifonden i indlægget til Erhvervsankenævnet, at der foreligger enkeltstående tilfælde af code share.

Min klient har ifølge det til mig oplyste fire ruter sammen med G [britisk luftfartsselskab], hvor der er tale om, at man flyver code share på ruten københavn – London, og hvor G er operatør på ruten, der flyves med deres fly, og således, at det er G som skal håndtere transporten til London ved aflysninger.

Jeg gør gældende, at en så begrænset code share flyvning ikke indebærer, at K tilbyder flyvninger fra Danmark.

2. Etablering i Danmark

Den foreliggende sags andet fundamentale spørgsmål er, om en GSA - General Sales Agent – aftale indebærer, at K er fast repræsenteret i Danmark i forhold til Lov om en rejsegarantifond.

Der kan i den sammenhæng ikke standses ved, at der er en sådan aftale med B A/S. Afgørende er, hvordan K anfører dette forhold over for sine kunder, og hvilke ydelser/repræsentationer, som B A/S foretager.

Der kan derfor ikke deduceres fra, hvad der er anført i indlægget fra Rejsegarantifonden ... om, hvad der normalt er tale om, at en GSA aftale indebærer. Dette gælder netop ikke her.

I den forbindelse fremhæver jeg særligt, hvad der er anført om dette samarbejde i min klageskrivelse ... I særdeleshed fremhæves, at der ikke er noget salg til private kunder. Det reelle er, at de private kunder handler med K via hjemmeside, og de private kunder kan på ingen måde opleve, at K har et kontor her i Danmark via aftalen med B A/S.
...”

Rejsegarantifonden har ved skrivelse af 23. februar 2011 bemærket:

”
...

1. Code share:

Antallet af flyvninger via code share er efter fondens opfattelse uden betydning. Det afgørende er, hvorvidt flyselskabet tilbyder flyvninger fra Danmark eller ej. Det har advokat A i skrivelsen af 31. januar 2011 bekræftet, at K gør, dvs. at kunderne hos K kan købe en flybillet med afrejse fra Danmark.

2. Etablering i Danmark.

Advokat A lægger vægt på, at B A/S ikke sælger K's billetter til private kunder. Dette er imidlertid efter fondens opfattelse ikke afgørende. Som anført i fondens redegørelse af 30. december 2010 har Erhvervsankenævnet ikke i de sager, som blev afgjort i september 2010, og hvor flyselskaberne har egne kontorer i Danmark, lagt vægt på, om der er tale om egentlige salgskontorer eller ej. Erhvervsankenævnet har lagt vægt på, om flyselskabet rent faktisk har valgt at etablere et kontor i Danmark. Det er fondens opfattelse, at en aftale med en General Sales Agent må kunne sidestilles med etablering af eget kontor, fordi flyselskabet ved indgåelse af en sådan aftale har valgt at lade sig være repræsenteret 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 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 er repræsenteret af en General Sales Agent, B A/S, som har kontor i Danmark, og som kunderne blandt andet har mulighed for at rette henvendelse til med henblik på servicering vedrørende købte billetter. 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 11. november 2010.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2011 modtaget 86 klagesager. Hertil kommer 42 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 128 sager er der afsagt kendelse i 40 sager. 52 sager er afsluttet på anden måde, heraf 9 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under styrelsens behandling i ankenævnet. 36 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 40 kendelser, der blev afsagt i 2011, var der i 30 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 10 kendelser ændrede/omgjorde ankenævnet den påklagede afgørelse.

Oplysningerne for 2011 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2011:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2011:	42
<u>Indkommet i året:</u>	<u>86</u>
<i>Til behandling i alt:</i>	<i>128</i>
Heraf:	
Afvist på grund af manglende gebyr:	36
Afvist af andre grunde:	1
Omgjort af indklagede:	9
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>6</u>
<i>Afsluttet uden kendelse i alt:</i>	<i>52</i>
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>40</u>
<i>Afsluttet i alt:</i>	<i>92</i>
<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2011:</i>	<u><i>36</i></u>

Kendelsesstatistik 2011:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

Sagsområde	Stadfæstet	Ændret/ Hjemvist/ ophævet	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	6	0	0	6
Livsforsikring/ forsikring/ pension	3	0	0	3
Anden finansiel virksomhed	1	0	0	1
Investeringsfor- eninger	1	0	0	1
Aktie- og an- partsselskaber	6	1	0	7
Årsrapport	10	0	0	10
Bogføring	0	8	0	8
Hvidvask	0	1	0	1
Næring	1	0	0	1
Rejsegarantifond	2	0	0	2
I alt	30	10	0	40

Bilag 1: Lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet.

Lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn

VI MARGRETHE DEN ANDEN, af Guds Nåde Danmarks Dronning, gør vitterligt: Folketinget har vedtaget og Vi ved Vort samtykke stadfæstet følgende lov:

§ 1. Industriministeriets Erhvervsankenævn er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov.

Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sags behandling og afgørelse.

Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, et antal næstformænd og et antal sagkyndige medlemmer.

Stk. 2. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af industriministeren for en periode af 4 år. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi og forsikringsmatematik.

§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformand og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af industriministeren.

§ 4. Klager over de afgørelser, der træffes i medfør af § 1, stk. 1, skal indbringes for Industriministeriets Erhvervsankenævn.

Stk. 2. Sagsbehandlingen ved ankenævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at mundtlig forhandling skal finde sted.

§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.

§ 6. En klage har ikke opsættende virkning, medmindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 7. Industriministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

§ 8. Loven træder i kraft den 1. januar 1988.

Givet på Fredensborg Slot, den 23. december 1987

Under Vor Kongelige Hånd og Segl

MARGRETHE R.

/Nils Wilhjelm

Bilag 2: Bemærkningerne til lovforslaget

Fremsat den 18. november 1987 af industriministeren
(Nils Wilhjelm)

§ 1. Industriministeriets Erhvervsankenævn er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov.
Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sags behandling og afgørelse.

Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, et antal næstformænd og et antal sagkyndige medlemmer.
Stk. 2. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af industriministeren for en periode af 4 år. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedets forhold, nationaløkonomi og forsikringsmatematik.

§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformand, og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af industriministeren.

§ 4. Klager over de afgørelser, der træffes i medfør af § 1, stk. 1, skal indbringes for Industriministeriets Erhvervsankenævn.

Stk. 2. Sagsbehandlingen ved ankenævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at mundtlig forhandling skal finde sted.

§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.

§ 6. En klage har ikke opsættende virkning, med mindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 7. Industriministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

§ 8. Loven træder i kraft den 1. januar 1988.

BEMÆRKNINGER TIL LOVFORSLAGET

Almindelige bemærkninger

1. Forslaget har til formål at oprette Industriministeriets Erhvervsankenævn.

For Industriministeriets vedkommende er adgangen til at rekurere afgørelser i vidt omfang afskaffet, enten ved oprettelse af ankenævn, ved indførelse af en rådsorganisation med endelige afgørelser eller ved at gøre institutionernes afgørelser administrativt endelige. Dette er et led i en almindelig udvikling siden begyndelsen af 70-erne, hvor det blev anerkendt, at departementer ikke bør beskæftige sig med konkret sagsbehandling, hverken som førstinstans eller som ankeinstans.

I dag er der således på mange centrale lovgivningsområder under Industriministeriet oprettet ankenævn. Her skal peges på Monopolankenævnet, Patentankenævnet, Butikstidsankenævnet og Besætningsnævnet.

2. For borgere er klagebehandlingen ved ankenævn fremfor rekurs til ministeren mere betryggende under hensyn til ankenævnets uafhængige stilling og sammensætning. For centraladministrationen vindes der typisk ikke værdifuld indsigt i sagsområdet eller effektive styringsmuligheder ved rekursbehandling. Styring gennem tilfældig ankesagsbehandling er ikke hensigtsmæssig.

3. Under Industriministeriet findes der stadig væsentlige områder, hvor adgangen til ved rekurs at indbringe institutionernes afgørelser for departementet er uændret. Det er i særlig grad tilfældet for de institutioner, som administrerer selskabs- og kapitalmarkedets lovgivningen, dvs. Aktieselskabs-Registeret, Bank- og Sparekassetilsynet samt i et vist omfang Forsikringstilsynet. Erhvervsankenævnets oprettelse er et led i Industriministeriets strukturomlægning, der bl.a. medfører, at Aktieselskabs-Registeret omdannes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Forsikringstilsynet og Tilsynet med Banker og Sparekasser sammenføres i Finanstilsynet.

Lovforslaget har til formål primært at lade Erhvervsankenævnet være klageinstans for den lovgivning, der administreres af ovennævnte styrelser.

De sager, der for tiden bliver tale om at kunne indbringes for ankenævnet, er afgørelser efter lov om aktieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse selskabers aflæggelse af årsregskab m.v., lov om banker og sparekasser m.v., lov om visse kreditinstitutter, lov om visse spare- og udlånsvirksomheder m.v., lov om investeringsforeninger, lov om Københavns Fondsbørs, lov om en værdipapircentral, lov om realkreditlignende lån og andelsboliglån m.v., lov om forsikringsvirksomhed og lov om tilsyn med pensionskasser.

Herved opnås, at ankenævnet bliver kompetent i alle sammenlignelige sager, hvor et fælles ankenævns behandling kan sikre ensartethed i praksis.

Samtidig med oprettelsen af Erhvervsankenævnet nedlægges Forsikringsnævnet. Forsikringsnævnet har bl.a. behandlet klager over afgørelser efter bestemmelser i lov om forsikringsvirksomhed, der antages at være af særlig indgribende karakter eller af kompliceret art.

4. Forslaget har under udarbejdelsen været forelagt følgende til udtalelse: Industrirådet, LO, Dansk Arbejdsgiverforening, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Den danske Bankforening, Danmarks Sparekasseforening, Danske Investeringsforeningers Fællesrepræsentation, Foreningen af Fondsbørsvekslerere, Foreningen af Firma-Pensionskasser, Pensionskasserådet, Assurandør-Societetet, FDB, Butikshandelens Fællesråd, Dansk Organisation for Detailhandelskæder, Det Danske Handelskammer og Håndværksrådet.

5. Forslaget forventes ikke at medføre øget personaleforbrug for staten. Forslaget vil medføre, at der skal ske en særskilt vederlæggelse til nævnsmedlemmer. Det er ikke muligt at angive udgifterne, som vil blive afholdt inden for ministeriets rammer.

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser

Til § 1

Ved oprettelse af Industriministeriets Erhvervsankenævn er det tillagt afgørende vægt, at nævnet er uafhængigt af de øvrige administrative myndigheder, og at det både repræsenterer og råder over den fornødne sagkundskab.

Nævnets status som en selvstændig og uafhængig myndighed er fastslået i stk. 2, hvor det er foreskrevet, at det ikke kan modtage instruktioner om, hvorledes den enkelte sag skal afgøres. Ved stk. 3 fastslås det, at Erhvervsankenævnet er øverste administrative myndighed med hensyn til de sager, der kan indbringes for nævnet. Nævnet er dog som andre administrative myndigheder undergivet ombudsmandens kontrol. Nævnets afgørelser er undergivet den almindelige domstolskontrol.

Til § 2

Efter forslaget forestås nævnets virksomhed af et formandsskab samt et antal sagkyndige medlemmer. Som det fremgår af de almindelige bemærkninger, er det tanken, at nævnet skal behandle afgørelser, der træffes af Finanstilsynet i henhold til pengeinstitutlovgivningen m.v. og forsikringslovgivningen og af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for så vidt angår selskabslovgivningen. Nævnets opgave er at behandle sager og træffe afgørelser efter en juridisk og fagmæssig bedømmelse af sagens omstændigheder. Ankenævnets opgave er således at behandle såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige forhold i de berørte styrelsers afgørelser. Afgrænsningen af de spørgsmål, der kan indbringes for ankenævnet, er foretaget i de pågældende love. Nævnet består af et formandsskab, der skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Lovteksten åbner mulighed for udpegning af såvel en formand som eventuelle næstformænd, ligesom man har undladt i lovteksten at tage stilling til, hvor mange sagkyndige der skal udpeges. Det skyldes usikkerhed om, hvor mange sager der indbringes for nævnet. Opmærksomheden skal dog henledes på § 3, hvor det fastslås, at der ved afgørelsen af hver enkelt sag mindst deltager formanden og 2 sagkyndige.

Nævnet skal desuden bestå af uvildige sagkyndige, der har en speciel sagkundskab på de områder, hvor nævnet får tillagt kompetencen til at behandle klagesager. Der agtes udpeget personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi samt forsikringsmatematik.

Til § 3

Det foreslås, at formanden og 2 sagkyndige deltager ved afgørelsen af den enkelte sag. Der fastslås, at industriministeren fastsætter retningslinier for udvælgelse af nævnsmedlemmer. Baggrunden herfor er, som det også fremgår af bemærkningerne til § 2, at der er tale om indbringelse af vidt forskellige sagstyper, hvor forskellig ekspertise er fornøden.

Der er mulighed for at bestemme, at 4 medlemmer deltager ved en sags behandling. Det vil f.eks. være tilfældet, hvor der er tale om en sag af kompliceret art, hvor det er påkrævet med flere sagkyndiges vurdering.

Til § 4

Det fastslås som hovedregel, at sagsbehandlingen under nævnsbehandlingen er skriftlig. Klageren vil naturligvis have krav på at blive gjort bekendt med sagens akter. Klageren og den myndighed, hvis afgørelse indklages, har adgang til efter begæring at møde for nævnet, medmindre nævnet skønner denne ret overflødig.

Til § 5

Der gives tredjemænd og offentlige myndigheder mulighed for at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed, såfremt de har retlig interesse i udfaldet af en for ankenævnet verserende sag. Afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en retlig interesse, træffes i første instans af ankenævnet. Ankenævnets afgørelse herom er underkastet domstolsprøvelse.

Til § 6

Som hovedregel har klager ikke opsættende virkning. Der er dog tillagt ankenævnet en mulighed for at bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.

Til § 7

Ministeren vil i medfør af denne bestemmelse udarbejde en række detailregler, som man ikke har fundet nødvendigt at optage i selve lovteksten.

Bilag 3: Ændringer til lov om Erhvervsankenævnet

§ 27 i lov nr. 315 af 14. maj 1997 om en rejsegarantifond

§ 27. I lov nr. 858 af 23. december 1987 om Industriministeriets Erhvervsankenævn foretages følgende ændringer:

1. Lovens titel affattes således:

»**Lov om Erhvervsankenævnet**«.

2. I § 1, stk. 1, og § 4, stk. 1, ændres »Industriministeriets Erhvervsankenævn« til: »Erhvervsankenævnet«.

3. I § 1, stk. 1, indsættes som 2. pkt.:

»Endvidere er ankenævnet klageinstans for afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat i lov om en rejsegarantifond.«

§ 3 i lov nr. 1052 af 23. december 1998 om ændring af lov om forsikringsvirksomhed m.v.

I lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet, som ændret ved § 27 i lov nr. 315 af 14. maj 1997, foretages følgende ændring:

1. I § 7 indsættes som *stk. 2*:

»*Stk. 2.* Erhvervsministeren kan bestemme, at Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom.«

§ 2 i lov nr. 427 af 6. juni 2002 om ændring af lov om værdipapirhandel m.v. og lov om Erhvervsankenævnet

I lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet, som ændret ved § 27 i lov nr. 315 af 14. maj 1997 § 3, i og lov nr. 1052 af 23. december 1998, foretages følgende ændring:

1. § 1, stk. 1, 2. pkt., affattes således:

»Endvidere er ankenævnet klageinstans for afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat ved lov om en rejsegarantifond, samt for afgørelser truffet af virksomheder, der udøver beføjelser på Fondsrådets vegne, i det omfang det er fastsat i lov om værdipapirhandel m.v.«

Bilag 4: Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriet.

Bekendtgørelse om Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn

I medfør af §§ 3 og 7 i lov nr. 858 af 23. december 1987 om

Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn fastsættes:

Kapitel 1

Erhvervsankenævnets kompetence og organisation

§ 1. Erhvervsankenævnet behandler klager over afgørelser, der er truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Finanstilsynet, Forbrugerstyrelsen eller af den færøske registreringsmyndighed, i det omfang det er fastsat i

- 1) lov om aktieselskaber,
- 2) lov om anpartsselskaber,
- 3) lov om erhvervsdrivende fonde,
- 4) lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.,
- 5) lov om erhvervsdrivende virksomheder,
- 6) lov om banker og sparekasser m.v.,
- 7) lov om visse kreditinstitutter,
- 8) lov om visse spare- og udlånsvirksomheder m.v.
- 9) lov om investeringsforeninger,
- 10) lov om Københavns Fondsbørs,
- 11) lov om en værdipapircentral,
- 12) lov om forsikringsvirksomhed,
- 13) lov om tilsyn med firmapensionskasser,
- 14) lov om Lønmodtagernes Dyrtidfond,
- 15) lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension

- 16) lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper,
- 17) realkreditlov,
- 18) lov om mærkning og skiltning med pris m.v.,
- 19) lov om prospekter,
- 20) lov om markedsføring,
- 21) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om aktieselskaber,
- 22) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om anpartsselskaber,
- 23) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om erhvervsdrivende fonde,
- 24) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.,
- 25) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om banker og sparekasser m.v. og
- 26) anordning om ikrafttræden for Færøerne af lov om visse kreditinstitutter.

Stk. 2. Ankenævnet kan i øvrigt behandle klager over afgørelser, hvor der ved lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet.

§ 2. Ankenævnet består af en formand, en eller flere næstformænd og et antal sagkyndige, der beskikkes for en periode af 4 år.

Stk. 2. Personer, der er fyldt 65 år, kan ikke beskikkes som medlemmer af nævnet.

Stk. 3. Formandskabets og nævnets øvrige medlemmer kan genbeskikkes.

§ 3. Formanden tilrettelægger ankenævnets arbejde, herunder arbejdet i dets sekretariat. Formanden drager omsorg for indkaldelse til møder, leder møder og sørger for, at arbejdet udføres på en hensigtsmæssig måde.

Stk. 2. Formanden kan bemyndige en næstformand til at træde i sit sted, når formanden er forhindret.

Stk. 3. Formanden bestemmer om, og i bekræftende fald på hvilken måde nævnets afgørelser skal offentliggøres.

§ 4. Ved behandlingen og afgørelsen af en sag medvirker formanden eller en næstformand og 2 eller 4 sagkyndige.

Stk. 2. Fordelingen af de enkelte sager mellem formanden og næstformænd bestemmes af formanden i samråd med næstformændene.

Stk. 3. I sager, der efter stk. 2 er fordelt til en næstformand, varetager denne de beføjelser, der efter bekendtgørelsen er henlagt til formanden.

§ 5. Formanden udpeger under hensyn til den enkelte sags beskaffenhed de sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling og afgørelse, og bestemmer, om 2 eller 4 sagkyndige skal medvirke.

Stk. 2. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik eller forbrugerforhold, skal mindst en af de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særligt kendskab til området.

§ 6. Ankenævnets arbejdsprog er dansk.

Kapitel 2

Sagens forberedelse

§ 7. Klage indgives skriftligt til Erhvervsministeriets Erhvervsankenævn, sekretariatet, Kampmannsgade 1, 1780 København V.

Stk. 2. Med klagen skal følge et gebyr på 4.000 kr. Ved klager over forhold, der ikke har forbindelse med klagerens aktuelle eller fremtidige erhvervsudøvelse, er gebyret 2.000 kr. Medfølger gebyret ikke, og betales dette ikke inden en af formanden fastsat frist, afvises klagen.

Stk. 3. Ved klage over afslag på begæring om aktindsigt opkræves ikke gebyr.

§ 8. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan afvise klager, der ikke er omfattet af nævnets kompetence, er indgivet for sent, eller som er indgivet af en, som ikke er klageberettiget.

Stk. 2. Afvises en klage, tilbagebetales gebyret.

§ 9. En klage har ikke opsættende virkning, medmindre dette er fastsat i anden lovgivning. Hvor særlige grunde taler derfor, kan ankenævnet eller formanden på dets vegne dog bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning.

§ 10. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan tillade en tredjemand eller en offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed.

Stk. 2. Formanden kan bestemme, at en tredjemand eller en offentlig myndighed underrettes om en sag, der er indbragt for nævnet, således at der gives den pågældende mulighed for at anmode om tilladelse til at indtræde efter stk. 1.

§ 11. Klagen forelægges for den indklagede myndighed, der tilbagesender klagen med en udtalelse og en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder samt sagens dokumenter.

Stk. 2. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan anmode klageren eller tredjemand, der er indtrådt i sagen efter § 10, om at tilvejebringe oplysninger, der skønnes at have betydning for

sagens bedømmelse. Fremkommer sådanne oplysninger ikke inden en fastsat frist, kan nævnet tillægge dette virkning til skade for den pågældende.

Stk. 3. Nævnet eller formanden på dets vegne kan i øvrigt indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt.

§ 12. Klageren eller den, der er indtrådt i sagen efter § 10, skal gøres bekendt med den redegørelse, der er nævnt i § 11, stk. 1, og med det materiale, der i øvrigt er fremkommet i sagen, medmindre adgangen til aktindsigt er begrænset i anden lovgivning. De pågældende skal have lejlighed til at afgive en udtalelse.

Stk. 2. Formanden kan bestemme, at der skal udveksles yderligere skriftlige indlæg og træffer bestemmelse om afslutning af den skriftlige forberedelse. Formanden kan bestemme, at den skriftlige forberedelse skal genoptages og formen herfor.

Kapitel 3

Sagens afgørelse

§ 13. I sager, der behandles skriftligt, træffer ankenævnet afgørelse på grundlag af skriftlig voting, eventuelt i et møde. Formanden træffer bestemmelse herom.

§ 14. Formanden kan bestemme, at en sag skal forhandles mundtligt.

Stk. 2. Er der truffet bestemmelse om mundtlig forhandling, underrettes klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen efter § 10, om tid og sted for den mundtlige forhandling.

Stk. 3. De i stk. 2 nævnte er berettigede til at møde sammen med eller ved advokat, revisor eller anden kyndig repræsentant, der har fuldmagt til at give møde. Formanden kan, hvis sagen efter sit indhold gør det ønskeligt, henstille, at der gives møde ved en repræsentant.

Stk. 4. Formanden bestemmer formen for den mundtlige forhandling, herunder i hvilken rækkefølge de mødende skal have ordet, og hvornår forhandlingerne er afsluttet.

Stk. 5. Offentligheden eller andre end de, der er nævnt i stk. 3, har ikke adgang til den mundtlige forhandling, medmindre der blandt de mødende er enighed om det, og formanden efter forhandling med nævnets medlemmer tillader det.

§ 15. Ankenævnets afgørelser træffes ved almindeligt stemmeflertal.

Stk. 2. Er afgørelsen ikke truffet i enighed, skal afgørelsen indeholde mindretallets opfattelse.

Stk. 3. Afgørelsen skal begrundes og tilstilles klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen.

Stk. 4. Gives der klageren helt eller delvis medhold i den indbragte klage, eller ændrer den indklagede myndighed sin afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand, kan nævnet eller formanden på dets vegne træffe bestemmelse om hel eller delvis tilbagebetaling af det indbetalte gebyr.

§ 16. Bekendtgørelsen træder i kraft den 15. januar 1995.

Stk. 2. Bekendtgørelse nr. 885 af 30. oktober 1992 om Industriministeriets Erhvervsankenævn ophæves.

Erhvervsministeriet, den 18. december 1994

Mimi Jakobsen

/ Gitte Klint Axelsen

Bilag 5: Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

Lov om finansiel virksomhed

(lovbekendtgørelse nr. 155 af 28. februar 2011 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. 456 af 18. maj 2011 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 med senere ændringer).

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 og elektroniske penge

(lov nr. 365 af 26. april 2011 med senere ændringer).

Lov om et skibsfinansieringsinstitut

(lovbekendtgørelse nr. 1513 af 15. december 2010).

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. 389 af 15. april 2011 med senere ændringer).

Lov om fremgangsmåden ved anmeldelse m.v. af visse oplysninger
hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

(lov nr. 571 af 6. juni 2007 med senere ændringer).

Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)

(lovbekendtgørelse nr. 322 af 11. april 2011).

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 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om visse erhvervsdrivende
virksomheder
(anordning nr. 622 af 23. juni 2008).

Lov om det europæiske selskab (SE-loven)
(lov nr. 654 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs
forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper
(lovbekendtgørelse nr. 281 af 17. april 1997 med senere ændringer).

Lov om det europæiske andelsselskab (SCE-loven)
(lovbekendtgørelse nr. 454 af 22. maj 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af forordning om oprettelse af en europæisk
gruppe for territorielt samarbejde (EGTS)
(lov nr. 309 af 30. april 2008).

Årsregnskabsloven.
(lovbekendtgørelse nr. 323 af 11. april 2011 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 visse fødevarer virksomheder
(lov nr. 486 af 9. juni 2004 med senere ændringer).

Lov om omsætning af fast ejendom
(lovbekendtgørelse nr. 1717 af 16. december 2010 med senere ændringer).

Lov om en rejsegarantifond
(lovbekendtgørelse nr. 1192 af 8. december 2009).

Lov om fyrværkeri og andre pyrotekniske artikler
(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 med senere ændringer).

(Pr. april 2012)