

# Årsberetning

2004

## INDHOLDSFORTEGNELSE

<b>1. FORMANDSKABETS BERETNING .....</b>	<b>5</b>
<b>2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING .....</b>	<b>6</b>
<b>3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET .....</b>	<b>8</b>
3.1. Ankenævnets organisation .....	8
3.2. Ankenævnets kompetence .....	9
3.3. Indgivelse af klager .....	10
3.4. Sagens forberedelse .....	11
3.5. Sagens afgørelse .....	12
<b>4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS .....</b>	<b>14</b>
<b>4.1. Lov om banker og sparekasser og lov om udstedere af elektroniske</b>	
1) Kendelse af 7. oktober 2004. (j.nr. 03-176.255). Tiltrådt, at elektroniske penge kun kan udstedes af pengeinstitutter eller af virksomheder, der har tilladelse i henhold til lov om elektroniske penge.....	14
2) Kendelse af 18. oktober 2004. (j.nr. 03-237.271). Pengeinstitut kan ikke vægte aktiver i Arbejdsmarkedets Tillægspension med 0,2 ved opgørelsen af sin solvensprocent .....	29
3) Kendelse af 14. december 2004.(j.nr. 03-250.353). Pengeinstitut pålagt at nedskrive filialejendom til markedsværdi.....	35
<b>4.2. Lov om finansiel virksomhed</b>	
4) Kendelse af 14. oktober 2004. (j.nr. 04-201.137). Klage over afgørelse vedrørende § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed afvist, da klagen var indgivet for sent.....	46
5) Kendelse af 18. oktober 2004. (j.nr. 03-242.069). Påtænkt ændring af selskabs formålsbestemmelse ville indebære virksomheds- drift med erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse, som kun må udøves af penge- institutter og skadesforsikringselskaber, som har koncession hertil .....	50
6) Kendelse af 24. november 2004. (j.nr. 03-93.504). Forsikringselskabs videregivelse af oplysninger om privatkunder til øvrige	

selskaber i koncernen ikke lovlig.....57

#### **4.3. Lov om forsikringsvirksomhed**

7) Kendelse af 21. december 2004. (j.nr. 02-131.549 og 03-136.322).  
Selskabets fordeling af realiserede resultater mellem bonusberettigede forsikringstagere og egenkapitalen i strid med det beregningsmæssige kontributionsprincip. Det samme gjaldt de under klagesagens behandling anmeldte regler for fastlæggelse af egenkapitalens forrentning ..... 84

#### **4.4. Lov om firmapensionskasser**

8) Kendelse af 5. april 2004. (j.nr. 02-134.691).  
Rimelig grad af sandsynlighed for at der var afgivet løfte om pension, som skulle afdækkes forsikringsmæssigt. Klager dog delvist medhold.....131

9) Kendelse af 2. august 2004. (j.nr. 04-87.187).  
Tiltrådt, at aktindsigt i Finanstilsynets sag vedrørende afdækning af pensions-tilsagn blev afslået, da klager ikke var part. Aktindsigt i ankenævnets sag A ApS mod Finanstilsynet ligeledes afslået.....173

#### **4.5. Lov om værdipapirhandel mv.**

10) Kendelse af 9. september 2004 (j.nr. 02-169.019).  
Overtrædelse af værdipapirhandleres eneret.....176

#### **4.6. Lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber**

11) Kendelse af 7. oktober 2004. (j.nr. 03-141.746).  
Tiltrådt, at realkreditinstitut blev pålagt at ændre forretningsorden, da denne var i strid med aktieselskabsloven.....193

12) Kendelse af 18. august 2004. (j.nr. 03-223.014).  
Ankenævnet ikke kompetent til at behandle klage over vejledende udtalelse, uanset der var givet klagevejledning.....210

13) Kendelse af 7. september 2004. (j.nr. 03.-147.555).  
Registreringsnægtelse vedrørende kapitalnedsættelse.....214

14) Kendelse af 30. december 2004. (j.nr. 04-14.233).  
Registrering af bestyrelsesmedlems udtræden af bestyrelsen ophævet, da der ikke forelå en lovlig generalforsamlingsbeslutning herom.  
Registrering af tiltrådt bestyrelsesformand ophævet, da anmeldelsen ikke var vedlagt dokumentation for ændringens lovlige vedtagelse.....226

#### **4.7. Årsregnskabsloven**

15) Kendelse af 31. august 2004. (j.nr. 03-195.280).  
Tiltrådt, at offentliggørelse af ny årsrapport til omgørelse af offentliggjort årsrapport blev afslået.....238

16) Kendelse af 22. april 2004. (j.nr. 03-203.658). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	242
17) Kendelse af 30. august 2004. (j.nr. 03-234.859). Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.....	245
18) Kendelse af 11. november 2004. (j.nr. 03-92.124). Registreringsnægtelse af anmeldelse om omlægning af regnskabsår ophævet.....	248

#### **4.8. Lov om omsætning af fast ejendom**

19) Kendelse af 20. januar 2004. (j.nr. 03-108.811). Vejledende udtalelse vedrørende forståelsen af § 8, stk. 4 i lov om omsætning af fast ejendom afvist.....	260
--	-----

#### **4.9. Lov om fremme af privat udlejningsbyggeri**

20) Kendelse af 26. januar 2004. (j.nr. 03-110.237). Ikke hjemmel til at påklage afgørelse truffet af Erhvervs- og Boligstyrelsen i medfør af § 1, stk. 2, i lov om fremme af privat udlejningsbyggeri til Erhvervsankenævnet – uanset styrelsen havde givet klagevejledning herom....	267
---	-----

### **5. SAGSSTATISTIK..... 273**

#### **BILAG:**

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



## 1. FORMANDSKABETS BERETNING

Nævnet har i 2004 haft en tilgang på 100 klagesager og har i alt haft 140 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 99 sager. Heraf er 20 sager afsluttet ved kendelse og 79 sager på anden måde. Af de 20 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 12 sager, i 1 tilfælde heraf efter at indklagede under sagens behandling i ankenævnet har ændret den – oprindelig – påklagede afgørelse. 4 kendelser førte til ankenævnets ændring/hjemvisning af den påklagede afgørelse.

I 4 tilfælde har de indklagede myndigheder under sagsbehandlingen i nævnet ændret deres afgørelse på en sådan måde, at afsigelse af kendelse har kunnet undlades.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager afgjort ved kendelse har udgjort 14 måneder, der inkluderer den tid, som medgår til høring af en sags parter. Sagsbehandlingstiden for hver sag fremgår af de enkelte kendelser, der er optrykt i kapitel 4.

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

Jan Uffe Rasmussen  
formand

Ulla Staal  
næstformand

## 2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING

Ankenævnet består for tiden af en formand, en næstformand og 19 sagkyndige medlemmer. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for at blive udnævnt til landsdommer. Nævnets sagkyndige medlemmer udpeges blandt personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forsikringsmatematik og forbrugerforhold. Formandskabets og nævnets medlemmer beskikkes af økonomi- og erhvervsministeren.

I året 2004 har ankenævnet bestået af følgende:

### Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Ulla Staal, næstformand

### Medlemmer:

#### Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Suzanne Helsteen
Statsaut. revisor	Morten Iversen (indtil 31.5.04)
Statsaut. revisor	Lars Holtug (fra 1.9.04)
Statsaut. revisor	Poul Østergaard Mortensen
Advokat	Finn Møller Kristensen
Advokat	Eskil Trolle

#### Med kendskab til nationaløkonomi:

Professor	Ellen Andersen (indtil 31.5.04)
Professor	Christian Hjorth-Andersen (fra 1.9.04)
Lektor	Peter Erling Nielsen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Direktør	Kåre Dullum (indtil 31.5.04)
Bankdirektør	Preben Lund Hansen (fra 1.9.04)
Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen
Direktør	Kjelde Mors (indtil 31.5.04)
Underdirektør	Cato Baldvinsson (fra 1.9.04)
Professor	Christen Sørensen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Direktør	Peter Wendt
Vicedirektør	Jørgen Wohlsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:

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

Med kendskab til forbrugerforhold:

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

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatsleder	Søren Tukjær
Overassistent	Yvonne B. Kure

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet  
Kampmannsgade 1, Postboks 2000  
1780 København V.  
Tlf.: 33 30 76 22  
Telefax: 33 30 76 00  
E-post: erhvervsankenaevn@eogs.dk  
Hjemmeside: www.eogs.dk  
Ekspeditionstid: 9.00 - 16.00

### **3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET**

#### **3.1. Ankenævnets organisation.**

Det er karakteristisk for Erhvervsankenævnet - formentlig i modsætning til de fleste andre tilsvarende organer - at nævnets kompetence omfatter et betydeligt antal love (se bilag 5) og dermed et bredt sagsområde. De sager, der behandles af nævnet, er af meget forskelligt omfang og karakter, strækkende sig fra enkle sager af beskeden størrelse til meget komplicerede sager med betydelige økonomiske konsekvenser.

Bestemmelser om Erhvervsankenævnet findes i lov nr. 858 af 23. december 1987 som ændret ved lov nr. 315 af 14. maj 1997, lov nr. 1052 af 23. december 1998 og lov nr. 427 af 6. juni 2002, samt i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994. Loven, bemærkningerne til lovforslaget samt bekendtgørelsen findes som bilag 1-4 til denne årsberetning.

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

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



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

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

### **3.2. Ankenævnets kompetence.**

Efter lovens § 1, stk. 1, er Erhvervsankenævnet "klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov" samt for "afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat i lov om en rejsegarantifond". Endvidere kan økonomi- og erhvervsministeren efter lovens § 7, stk. 2, bestemme, at Erhvervsankenævnet er "klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom". Ankenævnets kompetence følger således ikke af selve loven om ankenævnet, men af de love, der regulerer de enkelte sagsområder. Normalt findes bestemmelsen om klageadgang i selve den pågældende lov, men i nogle tilfælde findes bestemmelsen i en bekendtgørelse med hjemmel i den pågældende lov. Bilag 5 indeholder en fortegnelse over love og anordninger, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Nævnets kompetence er begrænset til klager over **afgørelser**, der er truffet af vedkommende myndighed, dvs. konkrete forvaltningsakter. Også et afslag på at behandle en sag, f.eks. ud fra betragtninger om manglende hjemmel, må betragtes som en afgørelse, der kan indbringes for nævnet. Kompetencen omfatter derimod ikke styrelsens sagsbehandling, herunder sagsbehandlingstiden og serviceniveaet, medmindre sagsbehandlingen indgår som et led i bedømmelsen af en afgørelse, der er indbragt for ankenævnet. Klager over forhold, som ikke er omfattet af nævnets kompetence, hører under ressortministeriet eller den færøske ressortmyndighed.

Det forekommer i et vist omfang, at styrelserne efter anmodning afgiver vejledende udtalelser om forståelsen af en lovbestemmelse eller lignende. Det vil bero på et

konkret skøn efter forholdene i hver enkelt sag, om udtalelsen må sidestilles med en afgørelse, og således omfattet af nævnets kompetence.

Det ligger endvidere uden for ankenævnets kompetence at behandle klager over indholdet af en bekendtgørelse udstedt af ministeren eller af vedkommende styrelse med direkte lovhjemmel.

Nævnets kompetence omfatter såvel juridiske som skønsmæssige spørgsmål i de påklagede afgørelser. Dette er udtrykkeligt fremhævet i lovens motiver, hvor det (til § 2) siges, at nævnet skal foretage en juridisk og fagmæssig bedømmelse og skal behandle "såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige forhold i de berørte styrelses afgørelser".

### **3.3. Indgivelse af klager.**

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

Klagefristen er 4 uger. Fristen er ikke fastsat i loven om ankenævnet, men følger af de enkelte bestemmelser, der fastlægger ankenævnets kompetence. Efter den grønlandske aktieselskabslov og anpartsselskabslov er klagefristen 7 uger. For afgørelser efter prismærkningsloven og rejsegarantifondsloven er der ikke fastsat nogen klagefrist.

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

En klage til ankenævnet har ikke opsættende virkning, men nævnet - eller formanden på nævnets vegne - kan bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor

særlige grunde taler for det (lovens § 6, bekendtgørelsens § 9). Spørgsmålet om opsættende virkning har været rejst over for ankenævnet i flere klagesager. Nævnet har i alle tilfælde indhentet en udtalelse fra vedkommende styrelse og herefter taget stilling til, om der forelå sådanne særlige omstændigheder, der kunne begrunde, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

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

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

#### **3.4. Sagens forberedelse.**

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

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

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

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

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

### **3.5. Sagens afgørelse.**

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

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

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

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

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

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

#### 4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2004.

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

##### 4.1. Lov om banker og sparekasser m.v. og lov om udstedere af elektroniske penge

1) Kendelse af 7. oktober 2004. (j.nr. 03-176.255).

Tiltrådt, at elektroniske penge kun kan udstedes af pengeinstitutter eller af virksomheder, der har tilladelse i henhold til lov om elektroniske penge.

Lov om elektroniske penge § 8.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 4. juli 2003 har K A/S klaget over Finanstilsynets afgørelse af 6. juni 2003.

##### Sagens omstændigheder:

Finanstilsynets afgørelse af 6. juni 2003 har følgende ordlyd:

”Finanstilsynet har modtaget K’s brev af 2. juni 2003, vedrørende stillingen som udsteder i henhold til lov om udstedere af elektroniske penge § 1.

1. I K’s brev anføres, med henvisning til tilsynets brev af 30. juli 2002, at kunderne/brugerne efter den indirekte metode, hvor de elektroniske penge videreformidles af K, ikke bliver kunder i banken, uanset at A (bank) er kundens/brugerens debitor.

Finanstilsynet er af den opfattelse, at kunderne/brugerne, i forbindelse med køb af elektroniske penge, udstedt af A, bliver kunder i banken.

Bank- og sparekasseloven vil således også i disse tilfælde være gældende i forholdet mellem A og kunden/brugeren, hvilket tillige blev oplyst på mødet mellem A, K og Finanstilsynet den 19. november 2002.

Endvidere gøres opmærksom på, at Finanstilsynets brev af 30. juli 2002, alene er en stillingtagen til en række generelt formulerede spørgsmål.

Finanstilsynet har således efterfølgende i breve af 18. september 2002, 28. oktober 2002 og 21. februar 2003 taget stilling til K's konkrete virksomhed. Konklusionen på denne korrespondance er, at K driver virksomhed, der kræver tilladelse efter lov om udstedere af elektroniske penge.

**2.** K ønsker endvidere oplyst, hvorledes K kan undgå at blive omfattet af lov om udstedere af elektroniske penge, således at K blot videreformidler elektroniske penge udstedt af et pengeinstitut.

Som nævnt i Finanstilsynets brev af 6. maj 2003 forudsætter en sådan konstruktion, at dette er tilstrækkeligt afklaret i aftalen og omstændighederne i øvrigt, og at debtors navn er oplyst.

Der skal i den forbindelse gøres opmærksom på, at en sådan konstruktion ikke vil undtage det udstedende pengeinstitut fra bestemmelserne i bank- og sparekasseloven, idet kunderne/brugerne, som nævnt ovenfor, bliver kunder i dette pengeinstitut.

**3.** På baggrund af ovenstående og ovennævnte tidligere skrivelser fastholder Finanstilsynet således afgørelsen af 6. maj 2003, hvoraf fremgår, at Finanstilsynet anser K omfattet af lov om udstedere af elektroniske penge, jf. lovens § 1.

Da det endvidere er oplyst i K's brev af 2. juni 2003, at der er konti, der har indeståender på over 75 euro, jf. lovens § 1, stk. 5, skal Finanstilsynet pålægge K at indsende ansøgning om tilladelse efter lovens § 8, såfremt K ønsker at fortsætte sine aktiviteter.

Finanstilsynets afgørelse kan i henhold til § 33 i lov om udstedere af elektroniske penge indbringes for Erhvervsankenævnet..."

I klageskrivelsen af 4. juli 2003 til Erhvervsankenævnet har K A/S anført:

"Finanstilsynet har i brev af 6. juni 2003 truffet afgørelse vedr. anvendelse af bank- og sparekasseloven i forhold til en banks udstedelse af elektroniske penge. K A/S, herefter K, er ikke enig i afgørelsen, der herved påklages. ...

Det er K's opfattelse, at en bank kan "udstede elektroniske penge" overfor brugere af K's netbetalingssystem, uden at disse brugere derved bliver kunder i banken og omfattet af indberetningspligt m.v. efter bank- og

sparekasseloven, idet banken alene påtager sig at være debitor overfor brugerne/hæfte for brugernes krav på indløsning af de udstedte elektroniske penge.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at brugerne af systemet bliver kunder i banken, når banken er udsteder af de elektroniske penge med deraf følgende pligter efter bank- og sparekasseloven, idet Finanstilsynet sandsynligvis mener, at der med en bank som udsteder er tale om indskud på en bankkonto som blot administreres af K.

Der fremsendes kopi af den seneste foretagne korrespondance, idet jeg gør opmærksom på, at afgørelsen af hvem der er debitor ikke påklages.

K ønsker at fremhæve følgende:

Brugerne opretter ikke en indskudskonto cfr. bank- og sparekasselovens § 40, og det er stadig ikke klart for os, hvorfor en bruger af systemet efter Finanstilsynets opfattelse per automatik også bliver kunde i banken, blot fordi banken bliver brugerens debitor. Det fremgår ikke af Finanstilsynets brev af 1. juli 2003 eller nogen af de tidligere svar. Før den begrundelse foreligger med henvisning til relevant hjemmel, kan klagen ikke færdiggøres.

Vi har noteret, at Finanstilsynet mener, at præamblen til direktivet om elektroniske penge (2000/46/EF) ikke er relevant i forhold til bedømmelsen af, hvorvidt bank- og sparekasseloven skal anvendes. Vi er ikke enige.

Det fremgår således af præambelens nr. 8, at modtagelse af midler fra offentligheden til gengæld for elektroniske penge, der medfører ”indestående på en konto i det udstedende institut”, udgør modtagelse af indlån i henhold til bankdirektivet (2000/12/EF).

Ligesom hos de tilsvarende systemer Coinclick og Valus er der i den anvendte model netop IKKE tale om en sådan konto. Hvis man som bruger af et system med elektroniske penge, fik ”et indestående på en konto i det udstedende institut”, var der efter nr. 8 tale om indlån efter bankdirektivet og dermed regulær bankvirksomhed, og det er der jo netop ikke tale om, da disse systemer opererer i henhold til en tilladelse efter lov om elektroniske penge.

Elektroniske penge i en ”elektronisk pengepung” udgør altså ikke et ”indestående på en konto”, uanset om udstederen er en bank eller en udsteder af elektroniske penge med en tilladelse hertil, og der er ikke tale om et indlån eller en indskudskonto cfr. præambelens nr. 8 og bank- og sparekasselovens § 40.

Den ”elektroniske pung” er egentlig kun en ”registrering eller opgørelse af forbrug af udstedte elektroniske penge” og er ikke et indlån efter bankdirektivet.



Hensigten med direktivet om elektroniske penge er at sikre en sund og fornuftig drift og finansiell integritet. K's fortolkning er (også) i overensstemmelse med dette, og der er ingen forøget risiko for brugernes penge uanset om banken har en indberetningspligt eller ej. Brugernes penge er garanteret af en sikker finansiell institution.

...”

Som bilag til klageskrivelsen var vedlagt kopi af skrivelse af 19. juni 2003 fra K A/S til Finanstilsynet. Af denne skrivelse fremgår blandt andet:

”Jeg har modtaget Deres brev af 6. juni, hvortil jeg har følgende kommentarer:

1. De skriver, at Finanstilsynets brev af 30. juli 2002 er en stillingtagen til en række generelle spørgsmål. Dette er ikke korrekt. Det fremgår klart og tydeligt af brevet, at der er tale om en afgørelse, der kan påklages indenfor 4 uger til Erhvervsankenævnet.

Der er tale om svar på konkret formulerede spørgsmål, og der er forud for brevet fremsendt en redegørelse til Finanstilsynet for, hvorledes man har påtænkt sig det konkrete samarbejde med banken. Forfatteren af Finanstilsynets brev af 30. juli 2002 har ikke været i tvivl om, hvad det var man ønskede fra vores og bankens side. Det fremgår af afgørelsen, at K ikke skal have en selvstændig tilladelse, hvis man ikke er debitor overfor kunderne, og det fremgår ikke, at brugerne ved den indirekte model bliver kunder i banken - tværtimod. Diskussionen i efteråret har alene drejet sig om, hvorvidt K var (med)debitor eller ej.

Vi har indrettet vores virksomhed efter denne afgørelse, som ikke nu kan omgøres til skade for os.

Jeg går ud fra, at vi er enige i, at denne tvist nu udelukkende relaterer sig til 2 punkter. 1. Er K debitor og 2. bliver brugerne kunder i banken i bank- og sparekasselovens forstand?

Det første spørgsmål kan afklares ved en præcisering af hvem der er debitor i de betingelser, der accepteres af brugerne ved tilmelding. Dette er ændret allerede i dag jf. vedlagte udkast.

Finanstilsynet bedes bekræfte, at der med den i vedlagte udkast præcisering af bankens rolle som debitor som bestemt i Finanstilsynets brev af 6. juni 2003 ..., ikke af K skal søges en selvstændig tilladelse efter lov om elektroniske penge.

Herefter udestår alene spørgsmålet om, hvorvidt debitor, banken, skal agere efter bank- og sparekasseloven i forhold til brugerne individuelt og ikke kun i forhold til K.

I spørgsmålet om hvorvidt de enkelte e-penge brugere er kunder som er omfattet af bank- og sparekasselovens § 40, er vi uenige i, at dette er tilfældet. Det kan blandt andet udledes af Finanstilsynets brev af 30. juli 2002, idet det kun er tilfældet ved udstedelse af elektroniske penge direkte til e-penge brugere. Forud for besvarelsen af disse spørgsmål, er det som anført udførligt beskrevet, at banken udsteder de elektroniske penge til K, der herefter formidler dem videre til e-penge brugeren. Det har været en kendelig forudsætning for alle, at banken IKKE ved den indirekte model med K som formidler fik brugerne som kunder men kun som kreditorer.

Finanstilsynets svar i brev af 6. juni 2003 synes at bygge på en tese om, at den omstændighed, at banken udsteder de elektroniske penge, der formidles videre til e-penge brugeren gør, at e-penge brugeren automatisk bliver indskudskontohavere (kunder) i henhold til bank- og sparekasseloven.

Vi er uenige heri – ikke mindst på baggrund af EU-direktivets præambel nr. 9, hvoraf fremgår at forpligtelsen til at genindløse fra en udsteders side ikke nødvendigvis gør brugeren til en indlånskonto-haver efter EU-direktiv 2000/12/EF (for banker og pengeinstitutter).

En bank kan påtage sig en kontraktlig forpligtelse til at hæfte for betalinger uden at vedkommende kontraktspartner derved automatisk bliver kunde i bank- og sparekasselovens forstand.

Som eksempel kan nævnes en softwareleverandør, som overfor sine underleverandører får banken til at overtage forpligtelsen til rettidig betaling. Disse underleverandører bliver jo ikke derved kunder i banken, uanset at banken påtager sig debitorrollen.

I vores eksempel har banken som udsteder på samme måde påtaget sig at betale/være debitor for de elektroniske penge, der videreformidles af K.

I brev af 6. juni 2003 afsnit 3 anføres konkret, at ”det er Finanstilsynets opfattelse, at kunderne/brugerne i forbindelse med køb af elektroniske penge, udstedt af A bliver kunder i banken”.

Dette begrundes ikke, og Finanstilsynet bedes derfor redegøre for, hvilket konkret faktum, der i K's tilfælde gør, at bankens forpligtelse til at indestå for betaling/genindløsning, gør at man som bruger bliver kunde i bank- og sparekasselovens forstand - når det som i præambel nr. 9 forudsættes, at det ikke sker pr. automatik.

...”

Finanstilsynet besvarede denne skrivelse den 1. juli 2003. Også denne skrivelse var bilagt klagen. Af skrivelsen fremgår blandt andet:

”1. Det er kun muligt at udstede elektroniske penge, såfremt udstederen enten har tilladelse til at drive pengeinstitutvirksomhed efter bank- og sparekasseloven eller har tilladelse til at udstede elektroniske penge efter lov om udstedere af elektronisk penge.

A har tilladelse efter bank- og sparekasseloven til at drive virksomhed som pengeinstitut. Udstedelse af elektroniske penge er omfattet af begrebet pengeinstitutvirksomhed, jf. bank- og sparekasselovens 1, stk. 4.

Da A er et kreditinstitut efter definitionen i art. 1, nr. 1, litra a, i kreditinstitutdirektivet, 2000/12/EF, jf. ændringen i 2000/28/EF, er A ikke omfattet af EU-direktivet, 2000/46/EF, der vedrører udstedere af elektroniske penge, jf. dette direktivs art. 1, stk. 3, litra a, der undtager kreditinstitutter fra direktivets definition af en udsteder af elektroniske penge.

Præambel nr. 9 i 2000/46/EF, som K henviser til, har ikke betydning for vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt reglerne i bank- og sparekasseloven og lov om udstedere af elektroniske penge finder anvendelse.

Ovenstående er således baggrunden for Finanstilsynets opfattelse af, at kunderne/brugerne i forbindelse med køb af elektroniske penge, udstedt af A, bliver kunder i A.

Det er endvidere Finanstilsynets opfattelse, at tilsynets brev af 30. juli 2002 afspejler samme holdning som ovenstående. Besvarelsen af spørgsmålene i dette brev angik konkret formulerede spørgsmål, der blev fastlagt på mødet mellem K, A og Finanstilsynet den 6. maj 2002.

Der blev ikke i brevet af 30. juli 2002 taget stilling til den af K og A konkret påtænkte aktivitet, der på daværende tidspunkt ikke var fuldstændig oplyst for Finanstilsynet. Klagevejledningen i brevet retter sig således mod Finanstilsynets fortolkning af den i brevet omhandlede lovgivning.

...”

Ved skrivelse af 4. juli 2003 fremsatte K A/S sine bemærkninger til Finanstilsynets skrivelse af 1. juli 2003. Denne skrivelse var ligeledes vedlagt klagen som bilag.

Af Finanstilsynets skrivelse af 9. juli 2003, hvorved skrivelsen af 4. juli besvaredes, fremgår blandt andet, at tilsynet indledningsvist skal gøre ”opmærksom på, at kun pengeinstitutter anses for at være part i forhold til Finanstilsynet, jf. § 50 c, stk. 1, i bank- og sparekasseloven.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 5. september 2003 udtalt:

” ...

### **1. Sagens faktiske omstændigheder**

K driver et netbetalingssystem ("K-konto") og er udsteder af elektroniske penge for så vidt angår elektroniske penge, der ikke overstiger 500 kr. Såfremt en K-konto overstiger dette beløb er A udsteder af de elektroniske penge, og K således kun formidler.

Baggrunden for denne opdeling skal findes i lov om udstedere af elektroniske penge. Udgangspunktet i loven er, at der kræves tilladelse, såfremt man vil udstede elektroniske penge. K falder dog ind under lovens bagatelgrænse i § 1, stk. 5, idet udstedelse af elektroniske penge, hvor der maksimalt kan lagres en værdi svarende til 75 Euro, ikke kræver tilladelse efter loven.

Den nuværende opdeling af udstedelsen af de elektroniske penge mellem K og A er foretaget på baggrund af en længerevarende dialog mellem Finanstilsynet, K og A. Finanstilsynets afgørelse af 6. maj 2003, ... der blev gentaget i afgørelsen af 6. juni 2003, ... er således konklusionen på denne dialog.

Af afgørelsens pkt. 3 fremgår, at Finanstilsynet anser K for udsteder og dermed omfattet af lov om udstedere af elektroniske penge. K har, som nævnt, herefter indrettet sig således, at selskabet kun udsteder elektroniske penge, der ikke overstiger bagatelgrænsen i lov om udstedere af elektroniske penge § 1, stk. 5. Afgørelsens pkt. 3 er ikke påklaget af K.

På baggrund af K's brev af 2. juni 2003, ... anførte Finanstilsynet endvidere til besvarelse heraf, det i pkt. 1 nævnte i den påklagede afgørelse af 6. juni 2003. Pkt. 1 berører spørgsmålet om, hvorvidt brugerne af K's netbetalingssystem, ved køb af elektroniske penge, udstedt af A, bliver kunder i A.

K kommenterede tilsynets brev af 6. juni 2003 med brev af 19. juni 2003, ... som blev besvaret med pkt. 1 i Finanstilsynets brev af 1. juli 2003, ...

...

Det er Finanstilsynets opfattelse, at brugerne af systemet bliver kunder i banken, når banken er udsteder af de elektroniske penge med deraf følgende pligter efter bank- og sparekasseloven, idet Finanstilsynet sandsynligvis mener, at der med en bank som udsteder er tale om indskud på en bankkonto som blot administreres af K."

K har samtidig, i brev af 4. juli 2003, ... kommenteret Finanstilsynets brev af 1. juli 2003. Finanstilsynet har i den forbindelse besvaret dette med pkt. 1 i brev af 9. juli 2003, ....

## **2. Sagens retlige omstændigheder**

Lov om udstedere af elektroniske penge er en implementering af EU-direktivet 2000/46/EF (direktivet om udstedere af elektroniske penge).

Det fremgår af lov om udstedere af elektroniske penge § 2, at udstedere af elektroniske penge, sammen med pengeinstitutter, er eneberettigede til at udøve virksomhed i form af udstedelse af elektroniske penge. Der er således to muligheder for at drive virksomhed som udstedere af elektroniske penge i Danmark, jf. også ovennævnte direktivs art 1, stk. 4.

Udstedelse af elektroniske penge er omfattet pengeinstitutters tilladelse efter bank- og sparekasseloven. I tilfælde, hvor et pengeinstitut ønsker at udstede elektroniske penge, er det således ikke nødvendigt at søge særskilt tilladelse hertil, idet pengeinstitutter i forvejen har tilladelse til at udstede og administrere betalingsmidler jf. § 1, stk. 4 i bank- og sparekasseloven.

Afgørelse af, hvorvidt og i hvilket omfang et pengeinstituts udstedelse af elektroniske penge er omfattet af bestemmelserne i bank- og sparekasseloven og lov om finansiel virksomhed, er en afgørelse, der retter sig mod det pågældende pengeinstitut. Påklage heraf vil således være forbeholdt det pågældende pengeinstitut, jf. bank- og sparekasselovens § 50c, stk. 1.

Udstedelse af elektroniske penge kan også foretages af virksomheder, der har tilladelse efter § 8 i lov om udstedere af elektroniske penge. Såfremt en virksomhed ønsker tilladelse hertil, skal virksomheden opfylde visse nærmere fastsatte krav i loven, herunder krav til aktiekapitalen, der ifølge lovens § 7 skal svare til værdien af 1 mio. Euro.

Ifølge lov om udstedere af elektroniske penge § 1, stk. 5, er der dog fastsat en bagatelgrænse, indenfor hvilken, det er muligt at udstede elektroniske penge, uden krav om tilladelse og de heraf medfølgende krav til kapitalens størrelse m.v.

## **3. Finanstilsynets vurdering**

Indledningsvist skal det bemærkes, at det ikke er helt klart for Finanstilsynet, hvori K's anke består.

I brev af 6. juni 2003, jf. brevets pkt. 3, meddeler Finanstilsynet, at tilsynet anser K som udsteder af elektroniske penge, hvorfor det er nødvendigt med en tilladelse efter lov om elektroniske penge § 8. Denne afgørelse er, som nævnt, ikke anket.

Finanstilsynet går således ud fra, at K's anke vedrører det forhold, at der kun er to muligheder for at udstede elektroniske penge i Danmark, samt det forhold, at elektroniske penge udstedt af et pengeinstitut medfører, at de

pågældende købere af de elektroniske penge bliver kunder i det udstedende pengeinstitut, selvom salget af de elektroniske penge er blevet formidlet af en mellemmand, som f.eks. kunne være K. Dette spørgsmål berøres i pkt. 1 i Finanstilsynets brev af 6. juni 2003.

Til det første forhold kan anføres, at det fremgår af § 2 i lov om udstedere af elektroniske penge, at elektroniske penge kan udstedes af pengeinstitutter eller af virksomheder, der har tilladelse i henhold til lov om udstedere af elektroniske penge.

Til det andet forhold kan anføres at, hvis et pengeinstitut udsteder elektroniske penge følger det naturligt, at de personer, der erhverver de elektroniske penge, bliver kunder i pengeinstituttet.

Kunderne vil herved blive omfattet af den beskyttelse, som bank- og sparekasseloven og lov om finansiel virksomhed giver kunder. At K står som formidler af de elektroniske penge, fritager naturligvis ikke pengeinstituttet fra deres forpligtelser efter loven.

Hvordan reglerne i lovgivningen nærmere skal fortolkes, vil være en sag mellem Finanstilsynet og det pågældende pengeinstitut. Dette spørgsmål vil være K uvedkommende, jf. bank- og sparekasselovens § 50c, stk. 1.

Det skal i den forbindelse tilføjes, at ankevejledningen i Finanstilsynets afgørelse af 6. juni 2003 vedrører spørgsmålet om, hvorvidt K skal have tilladelse i henhold til § 8 i lov om udstedere af elektroniske penge. Ankevejledningen er derfor givet i henhold til § 33 i lov om udstedere af elektroniske penge.

I anken fremhæver K særligt betydningen af præambel nr. 8 til direktiv 2000/46/EF (om udstedere af elektroniske penge), idet K anfører, at Finanstilsynet ikke anser præambelen til direktivet for relevant i bedømmelsen af, hvorvidt bank- og sparekasseloven skal anvendes.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at præambel nr. 8, sammenholdt med det øvrige i præambelen anførte, alene fastslår, at det er muligt, at etablere virksomheder, der udsteder elektroniske penge, som ikke samtidig skal have tilladelse som kreditinstitut efter direktiv 2000/12/EF (kreditinstitutdirektivet).

Direktivet om udstedere af elektroniske penge indeholder derimod ingen bestemmelser, der begrænser medlemslandene i deres fortolkning af, hvad der forstås ved et indlån i kreditinstitutter.

Finanstilsynet fastholder på denne baggrund afgørelsen af 6. juni 2003.”

K A/S har ved skrivelse af 29. september 2003 yderligere bemærket:

”...

Udstedelse af elektroniske penge efter lov om elektroniske penge er IKKE indlån. Det ligger fast. Hvis der VAR tale om indlån, ville det jo være forbudt for alle andre end pengeinstitutter, som loven ikke gælder for, og det er det jo ikke, fordi lov om elektroniske penge præcist tillader lige netop dette for andre også. Det er jo hele formålet med loven. ...

Der er ingen steder i lovgivningen holdepunkter for at sige, at personers betaling for elektroniske penge, hvor det er en bank, der er anført som udsteder, udgør et indlån. Tværtimod.

Det fremgår således direkte af præambelens nr. 8, at der IKKE er tale om indlån, SÅLÆNGE DER IKKE ÅBNES EN KONTO I DET UDSTEDENDE INSTITUT.

Det gør der jo heller ikke her.

En K konto er i sig selv ikke en indlånskonto. Var den det, var der som anført tale om indlån og overtrædelse af bankdirektivet og lov om banker og sparekasser. Det samme gælder kontosystemer som CoinClick og Valus, der opererer efter en tilladelse fra Finanstilsynet til at udstede elektroniske penge. Disse selskaber er altså ikke institutter efter direktivet. Det er derimod bankerne.

Spørgsmålet er så, om det faktum, at der i NØJAGTIGT det samme system, hvor den eneste ændring er, at banken i betingelserne anføres som udsteder for konti med over 500 kr. så pludseligt ER tale om indlån – blot fordi det er en bank, der bliver udsteder?

Svaret er **NEJ**. Systemet er det samme. Banken er blot debitor for brugerne af systemet i stedet for K. En bank kan således påtage sig at udstede elektroniske penge og være debitor herfor i sin egenskab af solidt finansielt institut. Det er jo for at sikre brugernes penge, at der er regler for kapitalanbringelse for virksomheder med tilladelse, og det er samme årsag, der har medført maksimalgrænserne for virksomheder uden tilladelse. Og det er derfor banker ikke skal have en særskilt tilladelse.

Finanstilsynet anfører, at K ikke kan påklage den relevante del af afgørelsen. Dette bestrides. Finanstilsynet har i brev af 6. juni 2003 ..., uden henvisning til noget bestemt punkt i afgørelsen anført klagevejledning. Finanstilsynet har derved gjort K til part i sagen. Det er således naturligvis relevant for K som system i forhandlinger med en ny bank at vide, hvordan udsteders rolle skal fortolkes.

Under alle omstændigheder er det jo K's opfattelse, at bank- og sparekasseloven netop ikke finder anvendelse, hvor banken blot er udsteder af elektroniske penge, og derfor kan det af Finanstilsynet anførte argument jo ikke bringes i anvendelse. Har K ret i det påklagede spørgsmål, har K partsstatus. Har Finanstilsynet ret, er K ikke part. Alene af denne

problemstilling følger, at dette naturligvis ikke kan være afgørende for behandling af klagen.

Det fremgår af bankdirektivet, at KUN banker må modtage indlån. ...

Det fremgår derfor af bank- og sparekasseloven, at KUN banker må modtage indlån. ...

Det fremgår af præamblen til direktivet om elektroniske penge, at der ikke er tale om indlån, når der udstedes elektroniske penge. Det fremgår også, at et betalingssystem med elektroniske penge ikke er et "institut", idet brugernes konti derved ville udgøre indlån. Det er altså banker, der er tænkt på. Det følger direkte heraf, at KUN konti i banker udgør indlån, men at banker godt kan udstede elektroniske penge UDEN at dette er indlån.

Det fremgår af lovforslaget til lov om elektroniske penge, at kun beløb over 3.000 kr udgør indlån. Beløb efter regelsættet i lov om elektroniske penge er altså undtaget. ....

Det fremgår af lov om elektroniske penge, § 6, at udstedte elektroniske penge kan kræves indløst hos "udstederen eller **det udstedende pengeinstitut**" og at man som bruger kan forlange at få restbeløbet indløst til pålydende i mønter og sedler eller ved **overførsel til en konto i et pengeinstitut**.

Det fremgår af den nye lov om finansiel virksomhed, der træder i kraft pr. 1.1.2004, i § 311, at en "ihændeher" har krav på at få sine elektroniske penge indløst. Det er i lovens § 1, stk. 9 anført, at kapitel 19 ikke gælder for banker dog undtaget netop § 311.

Hvis en banks udstedelse af elektroniske penge var identisk med indlån, havde disse bestemmelser ingen mening overhovedet, idet en bankkunde med et indlån naturligvis har krav på sine egne penge. Der er altså helt klart ikke tale om indlån, når en bank er udsteder.

Endelig fremgår det af Bilag til den kommende lov om finansiel virksomhed, at der ER forskel på indlån og udstedelse af elektroniske penge. Se punkterne 1 og 14 henholdsvis. Var der tale om identitet som anført af Finanstilsynet, er det jo det rene nonsens at anføre disse to (modsætninger) hver for sig...

..."

Finanstilsynet har ved skrivelse af 17. oktober 2003 supplerende udtalt:

"...

Finanstilsynet fastholder, at afgørelse af, hvorvidt et pengeinstituts udstedelse af elektroniske penge udgør et indlån vedrører en fortolkning af



bank- og sparekasselovens bestemmelser, da pengeinstituttets virksomhed er reguleret af denne lov. En eventuel afgørelse heraf, er derfor en sag mellem det pågældende pengeinstitut og Finanstilsynet. Dette er en følge af det indskrænkede partsbegreb i bank- og sparekasselovens § 50c.

Finanstilsynet skal alligevel anføre følgende generelle bemærkninger til K's udtalelse ... af 29. september 2003:

1. K anfører, at udstedelse af elektroniske penge ikke er indlån, da det så ikke ville være lovligt for andre end pengeinstitutter, at udstede elektroniske penge, og fordi en række virksomheder, med tilladelse efter lov om udstedere af elektroniske penge, så ville overtræde bank- og sparekasseloven.

Formålet med lov om udstedere af elektroniske penge er, at andre end pengeinstitutter kan opnå tilladelse til at udstede elektroniske penge, uanset bank- og sparekasselovens bestemmelser. Loven sikrer således, at den af K anførte situation ikke opstår.

2. K henviser til direktivet om udstedere af elektroniske penges (2000/46/EF) præambel, særligt nr. 6- 9, som begrundelse for, at udstedelse af elektroniske penge ikke er indlån – heller ikke, når det er et pengeinstitut, der udsteder disse.

Direktivet om udstedere af elektroniske penge har til formål at gøre det muligt for virksomheder, der ikke er omfattet af kreditinstitutdirektivet (2000/12/EF), at udstede elektroniske penge. Præambelens bemærkninger er derfor rettet til udstedelse af elektroniske penge, der udstedes af virksomheder, med særskilt tilladelse hertil.

Bemærkningerne i præambelens nr. 7 om, at elektroniske penge ikke udgør virksomhed i henhold til art 3 i kreditinstitutdirektivet, understreger at virksomheder med særskilt tilladelse, ikke skal underlægges de samme skærpede krav til tilsyn m.v., som er fastlagt i kreditinstitutdirektivet, til trods for, at en virksomhed med særskilt tilladelse til at udstede elektroniske penge anses for et kreditinstitut i kreditinstitutdirektivets forstand, jf. art 1, litra b.

Præambelens nr. 8 og 9 fastslår, at det er muligt for medlemslandene, at anse udstedelse af elektroniske penge for indlån. Det er således op til det enkelte medlemsland at afgøre, i hvilket omfang udstedelse af elektroniske penge skal udgøre indlån.

Som nævnt i tilsynets brev af 5. september 2003 ..., fastsætter direktivet om udstedere af elektroniske penge ikke bestemmelser, der begrænser medlemslandene i deres fortolkning af, hvad der skal forstås ved indlån i kreditinstitutter, herunder pengeinstitutter.

3. K anfører, at det fremgår af bemærkningerne til § 3 i lov om udstedere af elektroniske penge, at beløb, der overstiger 300 Euro ikke er indlån. Dette er

baseret på en modsætningsslutning fra bemærkningerne til § 3, der anfører at "*Hvis grænsen[på 300 Euro] bliver overskredet vil beløbet blive betragtet som et indlån efter bank- og sparekasselovens § 1, stk. 5.*"

I forbindelse hermed kan Finanstilsynet oplyse, at baggrunden for denne bemærkning netop er, at det kun er pengeinstitutter, der kan udstede elektroniske penge, der overstiger et beløb på 300 Euro (ca. 2.200 kr.). Bemærkningen indebærer, at overskridelse af grænsen vil være pengeinstitutvirksomhed. Bemærkningen tager således ikke stilling til, hvordan elektroniske penge bliver betragtet.

4. Endvidere henviser K til, at lov om udstedere af elektroniske penge § 6, der vedrører genindløselighed, også gælder for pengeinstitutter, der udsteder elektroniske penge, og at der i den forbindelse anføres at indløsning kan ske til en konto i et pengeinstitut. Argumentet i den forbindelse er, at hvis der i forvejen er tale om, at elektroniske penge i et pengeinstitut er indlån, er det ikke relevant for kunden at kunne indløse pengene til en konto i et pengeinstitut, eventuelt selv samme pengeinstitut. (jf. også § 311 i lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiel virksomhed, der, pr. 1. januar 2004, er en videreførelse af bestemmelserne i lov om udstedere af elektroniske penge).

Formålet med § 6 i lov om udstedere af elektroniske penge er at fastslå, at det er muligt for en kunde, at kræve sine elektroniske penge indløst i visse tilfælde. Denne rettighed gælder også, hvis udstedelsen foretages af et pengeinstitut. Bestemmelsen angiver måden, hvorpå denne indløsning kan ske. Enten i kontanter eller til en konto i et pengeinstitut.

Der er ikke i bestemmelsen eller i bemærkningerne hertil grundlag for at foretage den af K foretagne følgeslutning.

5. K anfører endvidere, at det fremgår af bilag 1 (om pengeinstitutvirksomhed) til lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiel virksomhed, der træder i kraft d. 1. januar 2004, at der er forskel på indlån og udstedelse af elektroniske penge, idet nr. 1 anfører indlån m.v. og nr. 14 anfører udstedelse af elektroniske penge.

Bilaget er alene en opremsning af, hvilke aktiviteter et pengeinstitut kan udøve. Nr. 14 om udstedelse af elektroniske penge er alene medtaget for at præcisere, at denne aktivitet er omfattet af tilladelsen til at drive pengeinstitutvirksomhed, hvorfor et pengeinstitut ikke skal søge en særskilt tilladelse til denne aktivitet.

Det er således ikke udelukket, at en særskilt nævnt aktivitet ikke tillige kan være omfattet af de øvrige aktiviteter i bilag 1. F.eks. kan udstedelse af elektroniske penge i nr. 14 også være indeholdt i nr. 4 om udstedelse og administration af betalingsmidler.

6. Afslutningsvist skal Finanstilsynet gøre opmærksom på, at konsekvensen af, at K får medhold i sin påstand om, at pengeinstitutters udstedelse af elektroniske penge ikke udgør indlån, vil være uden praktisk betydning for

K og eventuelle pengeinstitutter, som K arbejder sammen med i forbindelse med udstedelse af elektroniske penge.

I forbindelse med at lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiel virksomhed træder i kraft d. 1. januar 2004, vil bestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 40, stk. 1, der foreskriver, at ejerens navn og adresse skal noteres ved oprettelse af en indskudskonto (indlån), blive ophævet. En tilsvarende bestemmelse vil ikke blive videreført i lov nr. 453 om finansiel virksomhed.

Det er Finanstilsynets opfattelse, jf. også K's udtalelse af 29. september 2003 til Erhvervsankenævnet, at K's påstand er begrundet i, at K ikke ønsker, at deres eventuelle samarbejdspartnere, der er pengeinstitutter, skal underlægges kravet om navnenotering i bank- og sparekasselovens § 40, stk. 1, da dette vil medføre yderligere besvær.

Uanset ophævelse af bestemmelsen i bank- og sparekasselovens § 40, stk. 1, vil kravet til pengeinstituttets indhentelse af navn, adresse og CPR-nummer ved udstedelse af elektroniske penge alligevel følge af lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af penge og finansiering af terrorisme. Ifølge denne lovs § 4, stk. 1 skal pengeinstituttet indhente disse legitimationsoplysninger på kunden, når der optages en forretningsmæssig forbindelse, herunder også, når der åbnes en konto med elektroniske penge.

Endvidere fremgår det af § 9, stk. 1, i lov om en garantifond for indskydere og investorer, at Indskydergarantifonden kun dækker navnenoterede indskud. Såfremt pengeinstituttet ikke noterer kundens legitimationsoplysninger ved udstedelse af elektroniske penge til denne, vil kundens krav ikke være dækket af Indskydergarantifonden.

Såfremt K får ret i sin påstand om, at indskudte beløb i et pengeinstitut under 300 Euro (2.200 kr.) ikke er indlån, jf. ovenfor under pkt. 3, vil dette formentlig have som konsekvens, at sådanne beløb ikke er dækket af Indskydergarantifonden, idet der ikke er nogen forskel på definitionen af indlån efter bank- og sparekasseloven og indskud, som nævnt i § 9, stk. 1, i lov om en garantifond for indskydere og investorer. Denne konsekvens har naturligvis ikke været hensigten med § 3 i lov om udstedere af elektroniske penge.

...”

K A/S er ved skrivelser dateret den 31. oktober 2003, modtaget henholdsvis den 3. november 2003 og den 21. november 2003, fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ved skrivelse af 12. november 2003 er Finanstilsynet ligeledes fremkommet med yderligere bemærkninger.

**Ankenævnet udtaler:**

Det fremgår af den påklagede afgørelse, at Finanstilsynet er af den opfattelse, at kunderne/brugerne i forbindelse med køb af elektroniske penge, udstedt af A, bliver kunder i banken, og at bank- og sparekasseloven således vil være gældende i forholdet mellem A og kunden/brugeren.

Af den påklagede afgørelse fremgår ligeledes - på forespørgsel fra K A/S om, hvorledes selskabet kan undgå at blive omfattet af lov om udstedere af elektroniske penge, idet K A/S blot videreformidler elektroniske penge udstedt af et pengeinstitut - at en sådan konstruktion forudsætter, at det er tilstrækkeligt afklaret i aftalen og omstændighederne i øvrigt, og at debtors navn er oplyst, men at en sådan konstruktion ikke vil undtage det udstedende pengeinstitut fra bestemmelserne i den dagældende bank- og sparekasselov, da kunderne/brugerne bliver kunder i dette pengeinstitut.

Indledningsvis bemærkes, at ankenævnet alene har kompetence til at behandle klager over afgørelser, jf. § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet. Ankenævnet skal således udelukkende forholde sig til den påklagede afgørelse og har derfor ikke mulighed for at tilkendegive nævnets generelle opfattelse af spørgsmålet, om i hvilket omfang et pengeinstituts udstedelse af elektroniske penge er omfattet af de dagældende bestemmelser i bank- og sparekasseloven.

Som følge heraf og under hensyn til, at K A/S ikke ses at være omfattet af partsbegrebet i § 50c, i den dagældende bank- og sparekasselov, kan denne del af afgørelsen ikke af K A/S påklages. Det forhold, at Finanstilsynet har givet klagevejledning vedrørende også den del af afgørelsen, kan ikke føre til noget andet resultat. Denne del af klagen afvises derfor.

Ved afgørelsen har Finanstilsynet endvidere pålagt K A/S, såfremt selskabet ønsker at fortsætte sine hidtidige aktiviteter, at indsende ansøgning om tilladelse til at drive virksomhed omfattet af dagældende lov om udstedere af elektroniske penge, jf. lovens § 8.

Således som ankenævnet har forstået ankeskrivelsen af 4. juli 2003 påklages dette forhold ikke. Ankenævnet skal dog alligevel bemærke, at det af § 2 i den dagældende lov om elektroniske penge fremgår, at elektroniske penge kun kan udstedes af pengeinstitutter eller af virksomheder, der har tilladelse i henhold til lov om elektroniske penge.

Da der, som oplyst ved skrivelse af 2. juni 2003 fra K A/S, er tale om, at der på dette tidspunkt var konti med indeståender på over 75 euro, kan undtagelsesbestemmelsen i lovens § 1, stk. 5, ikke finde anvendelse. Ankenævnet kan derfor tiltræde denne del af afgørelsen.

Herefter tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet ved skrivelse af 6. juni har pålagt K A/S at indsende ansøgning om tilladelse til at fortsætte sine aktiviteter, jf. § 8 i den dagældende lov om udstedere af elektroniske penge, mens klagen i øvrigt afvises.

2) Kendelse af 18. oktober 2004. (j.nr. 03-237.271).

Pengeinstitut kan ikke vægte aktiver i Arbejdsmarkedets Tillægspension med 0,2 ved opgørelsen af sin solvensprocent.

Bank- og sparekasselovens § 21 samt bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber mv. § 7 og § 12.

(Suzanne Helsteen, Niels Bolt Jørgensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 17. november 2003 har K (bank) klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 22. oktober 2003 har meddelt, at banken ved opgørelsen af sin solvensprocent ikke kan vægte aktiver i Arbejdsmarkedets Tillægspension med 0,2 efter § 12, nr. 3, litra f, i bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber mv., idet Arbejdsmarkedets Tillægspension ikke kan anses for en offentlig virksomhed efter samme bekendtgørelses § 7.

### **Sagens omstændigheder:**

I skrivelsen af 22. oktober 2003 udtalte Finanstilsynet:

”K A/S har i brev af 2. september 2003 anført, at der i henhold til bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber m.v. §§ 7 og 12 foretages et fradrag på 80 pct. vedrørende ATP.

I brev af 24. september 2003 gør Finanstilsynet opmærksom på, at der ikke kan foretages fradrag vedrørende ATP i henhold til kapitaldækningsbekendtgørelsen.

I telefonsamtale af 30. september 2003 beder banken Finanstilsynet om at uddybe, hvorfor der ikke kan foretages fradrag. Banken henviser til de specielle karakteristika, der kendetegner ATP og til de afgørelser, der er truffet omkring solvensvægtningen af en række el-selskaber.

Af kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7 fremgår, at der ved offentlige virksomheder forstås virksomheder, der er 100 % ejet af staten, danske amtskommuner, danske kommuner eller tilsvarende myndigheder i andre lande, eller som kontrolleres af ovennævnte myndigheder som følge af en koncession eller lignende. Virksomhederne skal drives uden vinding for øje. Virksomheder, der konkurrerer med andre erhvervsvirksomheder, er ikke omfattet af bekendtgørelsen.

ATP er en selvejende institution ledet af arbejdsmarkedets parter. Bestyrelse og repræsentantskab er sammensat ligeligt af repræsentanter fra lønmodtager- og arbejdsgiverorganisationer. Dermed er ATP ikke en virksomhed, der er ejet eller kontrolleret af staten, danske amtskommuner, danske kommuner eller tilsvarende myndigheder i andre lande.

Ifølge bekendtgørelse af lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension, nr. 689 af 20. august 2002, § 26, stk. 1, er bestyrelsen og direktøren forpligtet til at anbringe Arbejdsmarkedets Tillægspensions kapital på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at Arbejdsmarkedets Tillægspension til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Ved midlernes anbringelse skal der tilstræbes en opretholdelse af midlernes realværdi.

ATP kan dermed ikke siges at drive virksomhed uden vinding for øje.

Endelig skal det nævnes, at ATP er i konkurrence med andre erhvervsvirksomheder henset til ATP's rolle som aktør på det åbne marked og konkurrencen i forbindelse med at skabe et så højt afkast som muligt.

Da ATP jævnfør ovenstående ikke er at betragte som en offentlig virksomhed, kan der ikke foretages fradrag vedrørende ATP i henhold til kapitaldækningsbekendtgørelsen.

Finanstilsynets afgørelse kan i henhold til bank- og sparekasselovens § 52 b, indbringes for Erhvervsankenævnet, ...”

I klageskrivelsen af 17. november 2003 har K anført:

”Finanstilsynet har i brev af 22. oktober 2003 meddelt banken, at bankens engagement med ATP ikke er omfattet af kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7, offentlige virksomheder.

Finanstilsynet begrundet sin afgørelse med, at ATP ikke opfylder følgende krav, som fremgår af kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7.

### **1. statsejet eller –kontrolleret**

#### Finanstilsynets begrundelse

ATP er en selvejende institution ledet af arbejdsmarkedets parter. Dermed er ATP ikke en virksomhed, der er ejet eller kontrolleret af staten.

#### K's vurdering

ATP's virksomhed udføres iht. til Lov om ATP, hvori også udpegelse af ledelsen er fastsat. Den detaljerede lovregulering af ATP's virksomhed vurderer vi at kunne sidestille med en ”koncession eller lignende” jf. kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7, hvorved kravet om statskontrol efter vores vurdering er opfyldt.

Til sammenligning har Erhvervsankenævnet i afgørelse af 6. september 2001 vedr. A (elselskab) A.M.B.A. anført at dette selskab opfattes som kontrolleret af staten, da dets virksomhed er underlagt lov om elforsyning, og selskabet er underlagt tilsyn af energitilsynet.

### **2. virksomhed uden vinding for øje**

#### Finanstilsynets begrundelse

Efter lov om ATP skal ATP's ledelse anbringe ATP's midler på en for medlemmerne tjenlig måde, og det skal tilstræbes, at midlernes realværdi opretholdes.

#### K's vurdering

Afkastet af ATP's investeringer tilfalder ikke ATP selv, men derimod medlemmerne.

ATP's formål er således ikke at skabe overskud, men alene at sikre værdien og afkastet af medlemmernes indskud.

Allerede af den årsag, at ATP regnskabsmæssigt ikke opretholder en egenkapital, vurderes ATP ikke at blive drevet med vinding for øje.

### **3. konkurrence med andre erhvervsvirksomheder**

#### Finanstilsynets begrundelse

ATP er i konkurrence med andre erhvervsvirksomheder henset til ATP's rolle som aktør på det åbne marked.

### K's vurdering

ATP kan alene modtage indskud fra lønmodtagere som anført i lov om ATP.

Lønmodtagere er pligtige til at indbetale til ATP, og kan ikke vælge at placere denne opsparing hos andre virksomheder (livs- og pensionsselskaber).

ATP er efter vores vurdering dermed ikke i konkurrence med andre virksomheder (livs- og pensionsselskaber), da størrelsen af indskud og antallet af medlemmer i ATP ikke påvirkes af markedskræfter, men alene af lovgivning.

At ATP via sin handel med værdipapirer skulle være i konkurrence med andre virksomheder vil svare til, at andre offentlige virksomheders indkøb af arbejdskraft og driftsmidler også må betragtes som værende konkurrence.

Med baggrund i ovenstående bemærkninger skal vi anmode om Erhvervsankenævnets stillingtagen til spørgsmålet.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 7. januar 2004 udtalt:

”...

### **Vurdering**

I brevet af 22. oktober 2003 har tilsynet begrundet, hvorfor der efter tilsynets opfattelse ikke kan foretages fradrag for bankens engagement med ATP i henhold til kapitaldækningsbekendtgørelsen. Tilsynet henviser hertil og har følgende supplerende bemærkninger:

Som nævnt ovenfor fremgår det af § 7 i kapitaldækningsbekendtgørelsen, at "Ved offentlige virksomheder forstås i denne bekendtgørelse virksomheder, der er 100 pct. ejet af staten, danske amtskommuner, danske kommuner eller tilsvarende myndigheder i andre lande, eller som kontrolleres af ovennævnte myndigheder som følge af en koncession eller lignende".

ATP ejes ikke af staten, amtskommuner eller kommuner og er heller ikke kontrolleret af disse. ATP's repræsentantskab består af 31 medlemmer, og heraf er kun tre medlemmer udpeget af Kommunernes Landsforening, Amtsrådsforeningen i Danmark samt København og Frederiksberg Kommuner i forening. Ét medlem af repræsentantskabet er udpeget af Finansministeriet.

I ATP's bestyrelse på 11 medlemmer er ét medlem udpeget af Kommunernes Landsforening, Amtsrådsforeningen i Danmark samt København og Frederiksberg Kommuner i forening. Ét medlem er udpeget af Finansministeriet.

ATP kan således ikke siges at være kontrolleret af staten, danske amtskommuner eller danske kommuner.



Banken skriver i brevet til Erhvervsankenævnet, at "ATP's virksomhed udføres iht. Lov om ATP, hvori udpegelsen af ledelsen er fastsat. Den detaljerede lovregulering af ATP's virksomhed vurderer vi (K A/S) at kunne sidestille med "en koncession eller lignende" jf. kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7, hvorved kravet om statskontrol efter vores vurdering er opfyldt".

Banken anfører ligeledes i sit brev til Erhvervsankenævnet, at "Til sammenligning har Erhvervsankenævnet i afgørelse fra 6. september 2001 vedr. A.A.M.B.A. anført, at dette selskab opfattes som kontrolleret af staten, da dets virksomhed er underlagt lov om elforsyning, og selskabet er underlagt tilsyn af energitilsynet".

Finanstilsynet betragter ATP's risici og virksomhed som svarende til den virksomhed og de risici, forsikringsvirksomheder driver og påtager sig. Forsikringsvirksomhedernes virksomhed er detaljeret beskrevet i lov om finansiel virksomhed (tidligere lov om forsikringsvirksomhed), herunder er selskaberne ved lov underlagt Finanstilsynets tilsyn. Den detaljerede lovgivning betyder ikke, at forsikringsselskaber opfattes som offentlige virksomheder, hvorfor det forhold, at ATP er reguleret ved lov, efter Finanstilsynets opfattelse ikke i sig selv kan føre til, at ATP kan anses for en offentlig kontrolleret institution.

Endelig skal det nævnes, at det, at en finansiel virksomhed er under tilsyn af Finanstilsynet, ikke er afgørende for, hvordan virksomheden modpartsægtes i henhold til kapitaldækningsbekendtgørelsen. For eksempel har forsikringsvirksomheder, hvis virksomhed svarer til den virksomhed, der drives af ATP, modpartsvægten 1 i henhold til kapitaldækningsbekendtgørelsens § 12, mens nogle andre typer af virksomheder under Finanstilsynets tilsyn har en lavere modpartsvægt.

Af kapitaldækningsbekendtgørelsens § 7 fremgår yderligere, at "Virksomhederne skal drives uden vinding for øje".

Finanstilsynet finder, at ATP i et vist omfang drives med vinding for øje. Det følger af § 26, stk. 1, i ATP-loven, at midlerne skal placeres på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at ATP til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser.

Ved midlernes anbringelse skal der tilstræbes en opretholdelse af midlernes realværdi. Ved "tjenlig måde" må forstås, at der herudover kan skabes indtjening til medlemmerne, hvorved virksomheden kan drives med vinding for øje. At denne indtjening skal foregå med "betryggende sikkerhed" er ikke det samme som, at virksomheden ikke kan drives med vinding for øje. At selskabet ikke har en decideret egenkapital, som anført af banken, vurderes ikke at være et udtryk for, at ATP ikke drives med vinding for øje, da afkastet, der udbetales til medlemmerne, skal være bedst muligt, men dog med en forholdsvis lav risikoprofil.

ATP kan dermed ikke anses for at være en offentlig virksomhed. Dette skyldes, at ATP ikke opfylder kravet om at være en virksomhed, der er 100 pct. ejet af staten, danske amtskommuner og kommuner eller tilsvarende myndigheder i andre lande, eller som kontrolleres af en af ovennævnte myndigheder som følge af en koncession eller lignende, ligesom kravet om at være en virksomhed, der drives uden vinding for øje ikke er opfyldt.

...”

**Ankenævnet udtaler:**

Af bank- og sparekasselovens § 21, stk. 1, fremgår bl.a., at den ansvarlige kapital til enhver tid skal udgøre mindst 8 pct. af pengeinstituttets vægtede aktiver mv., og at Finanstilsynet fastsætter nærmere regler for opgørelse af solvensprocenten.

Finanstilsynet har udnyttet denne hjemmel ved bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber mv., jf. dagældende bekendtgørelse nr. 9632 af 6. december 2002.

Ifølge bekendtgørelsens § 12, nr. 3, litra f, indgår ved kapitaldækningsopgørelsen med mindst vægt 0,2 aktiver uden for handelsbeholdningen i form af tilgodehavender hos eller garanteret af offentlige virksomheder i zone A.

Om offentlige virksomheder hedder det i bekendtgørelsens § 7: ”Ved offentlige virksomheder forstås i denne bekendtgørelse virksomheder, der er 100 pct. ejet af staten, danske amtskommuner, danske kommuner eller tilsvarende myndigheder i andre lande, eller som kontrolleres af ovennævnte myndigheder som følge af en koncession eller lignende. Virksomhederne skal drives uden vinding for øje. Virksomheder, der konkurrerer med andre erhvervsvirksomheder, er ikke omfattet.”

Arbejdsmarkedets Tillægspension er ved lov oprettet som en selvstændig, selvejende institution, hvis midler tilvejebringes ved bidrag fra arbejdsmarkedets parter, som tillige repræsenterer tillægspensionsordningens øverste ledelse. Arbejdsmarkedets Tillægspension er endvidere under tilsyn af Finanstilsynet, og Arbejdsmarkedets Tillægspension findes herefter at have karakter af en virksomhed, der kontrolleres af staten som følge af en koncession eller lignende.

Efter lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension § 26, stk. 1, skal Arbejdsmarkedets Tillægspensions kapital anbringes ”på en hensigtsmæssig og for medlemmerne tjenlig måde, således at der er betryggende sikkerhed for, at Arbejdsmarkedets Tillægspension til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser. Ved midlernes anbringelse skal der tilstræbes en opretholdelse af midlernes realværdi.” I forarbejderne til den ved lov nr. 332 af 16. maj 2001 vedtagne ændrede formulering af bestemmelsen (Folketingstidende 2000/01, tillæg A, side 5096) er bl.a. anført: ”Bestyrelsen og direktøren skal – ligesom ved den tidligere § 26, stk. 1, i loven – søge at opnå det størst mulige afkast af en foretagen investering.”

Arbejdsmarkedets Tillægspension findes herefter ikke at have karakter af en virksomhed, der drives uden vinding for øje, og Arbejdsmarkedets Tillægspension findes derfor ikke at være en offentlig virksomhed efter § 7 i bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber mv.

Med denne begrundelse kan ankenævnet tiltræde, at Finanstilsynet ved skrivelse af 22. oktober 2003 har meddelt K, at banken ved opgørelsen af sin solvensprocent ikke kan vægte aktiver i Arbejdsmarkedets Tillægspension med 0,2 efter § 12, nr. 3, litra f, i bekendtgørelse om kapitaldækning for pengeinstitutter og forsikringsholdingselskaber mv.

3) Kendelse af 14. december 2004. (j.nr. 03-250.353).

Pengeinstitut pålagt at nedskrive filialejendom til markedsværdi.

Bank- og sparekasseloven og § 64 i bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse mv. for pengeinstitutter mfl.

(Preben Lund Hansen, Peter Erling Nielsen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 18. december 2003 har K (sparekasse) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 10. december 2003 har pålagt sparekassen at værdiansætte sparekassens ejendom beliggende ....., X-by, til maksimalt 4.700.000 kr. med virkning for regnskabsåret 2003.

### Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 10. december 2003 har følgende ordlyd:

”Finanstilsynet foretog undersøgelse af sparekassen i perioden 6. – 10. oktober 2003. Konklusionerne af undersøgelsen blev gennemgået på det afsluttende møde den 10. oktober 2003, og tilsynet fremsendte den 14. november 2003 en rapport indeholdende tilsynets konklusioner.

Det fremgår af rapporten, at det i forbindelse med undersøgelsen blev besluttet at lade tilsynets vurderingsinspektør besigtige sparekassens ejendom i X-by, for at vurdere værdiansættelsen af ejendommen.

Finanstilsynets vurderingsinspektør har besigtiget ejendommen den 26. november 2003 og vurderet, at ejendommen ..., X-by har en kontant handelsværdi på 4.700.000 kr. jf. vedlagte ejendomsvurdering udarbejdet af tilsynet.

Ejendommen ..., X-by er af sparekassen pr. 31. august 2003 bogført til 5.972.383 kr.

Tilsynet skal derfor med henvisning til § 64 i regnskabsbekendtgørelsen for pengeinstitutter m.v. pålægge sparekassen at værdiansætte ejendommen ..., X-by til maksimalt 4.700.000 kr. Værdiansættelsen skal have virkning for årsregnskabet 2003.

...”

I klageskrivelsen af 18. december 2003 har K anført:

#### ”Værdiansættelse af ..., X-by.

Under henvisning til vedlagte kopi af brev fra Finanstilsynet af 10. december 2003, ønsker vi at klage over værdiansættelsen, som vi anser for al for lav.

Begrundelsen for klagen er følgende:

1. Ved årsskiftet 2001 “voksede” sparekassens X-by afdeling ud af sine daværende lokaler. Der var på dette tidspunkt INGEN ledige forretningslokaler i X-by midtby. Der er fortsat INGEN ledige forretningslokaler.
2. Vi fik et tilbud fra ejendomsmæglerfirma A ... om lejede lokaler (i de lokaler, som sparekassen i dag ejer) til en husleje på kr. 1.125,- pr. m<sup>2</sup> (inkl. moms). Vi skulle herudover selv betale for ventilationsanlæg og installationer i øvrigt.
3. Sparekassens bestyrelse valgte i stedet at købe ejendommen pr. 15. februar 2003

til	kr. 5.723.633,- inkl. installation
+ ventilationsanlæg	kr. 248.750,-
<u>I alt</u>	<u>kr. 5.972.382,-</u>

hvilket betyder:

kr. 6.200,- pr./m<sup>2</sup> / kælder

kr. 11.500,- pr./m<sup>2</sup> / lokale

I sparekassens bestyrelse sidder både en tømrermester og en murer-mester.

Begge udtalte, at m<sup>2</sup>/prisen var stort set det samme som et nyt parcelhus i X-bys periferi ville koste. (Bemærk: Sparekassens ejendom ligger på absolut bedste plads i X-by midtby)

4. Diskonteringsrenten på 8 % er efter vor mening al for høj - sammenlignet med de rentesatser almindelige investorer bruger i dag på nybyggeri – med en meget god og solid lejer.

Vi kan oplyse, at vi er bekendt med en ejendomsinvestering her i år 2003 til 6,25 % p.a. i X-by midtby. På en total renoveret ejendom - nemlig ...

5. Finanstilsynet har tillige gjort følgende “fejl”:

Lokalet er på 432 m<sup>2</sup> - se vedlagte tegning, hvilket medfører en yderligere “årsleje” på kr. 1.700,-

I købesummen er yderligere indeholdt  
2 frie P-pladser til en årlige leje på kr. 7.200,-  
1 stk. cykelskur til medarbejdernes cykler  
til en årlig leje på kr. 4.800,-

“Merhusleje” pr. år i alt kr. 13.700,-

Denne “merhusleje” giver alene ved en rente på 8% en merværdi på kr. 171.250,-

6. Ejendommen er beliggende på absolut bedste plads i X-by, der er en særdeles aktiv handelsby.

7. Såfremt vi havde lejet lokalerne til kr. 1.125,- m<sup>2</sup> + selv betalte ventilationsanlæg, så ville Finanstilsynet ikke have haft nogen bemærkning til vor disposition.

Når sparekassen så køber til helt almindelige priser - så kræves en nedskrivning på kr. 1.272.000,-. Dette harmonerer ikke.

Konklusion: Hvis Finanstilsynet får ret i sin værdiansættelse, så er der ingen pengeinstitutter i Danmark, der kan bygge/købe egne lo-

kaler til helt almindelige priser, uden at Finanstilsynet vil kræve en nedskrivning.

8. Årsregnskabsloven § 40 foreskriver i øvrigt kostpris ved værdiansættelse af anlægsaktiver § 42 foreskriver, at en nedskrivning skal afspejle en konkret opstået værdiforringelse.

K's forslag:

1. Huslejen rettes op med de manglende årlige indtægter, så der i alt til forrentning af den investerede kapital bliver kr. 384.244,- og kalkulationsrenten nedsættes til 6,5 %.

eller

2. Huslejen sættes til:

lokale	kr. 900,- / m <sup>2</sup>
kælder	kr. 350,- / m <sup>2</sup>

hvilket medfører i alt til forrentning af den investerede kapital kr. 411.944,- og kalkulationsrenten sættes til 7 %.

eller

3. At beregning i det mindste rettes til med de manglende "huslejeindbetalinger" - nævnt under pkt. 5.

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 4. februar 2004 udtalt:

"...

1. Det retlige grundlag

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

...

## 2. Grundlag for Finanstilsynets værdiansættelse af ejerlejlighed beliggende ..., X-by.

A. Besigtigelse den 17. november 2003, hvor der blev udleveret følgende materiale:

- Plantegning af stueplan i mål 1:100, uden markering af samlet areal
- Plantegning af kælderetage i mål 1:100, med angivelse af et samlet areal på 122 m<sup>2</sup>
- Plantegning af udhusbygning i mål 1:50
- Samlet ejendomsforsikring for hele ejerlejlighedsbebyggelsen, som foruden K's lokaler i stue og kælderetagen også omfatter 12 udlejede beboelseslejligheder på 1. og 2. sal. Disse lejligheder ejes af B

B. På forespørgsel oplyste K,

- at der endnu ikke forelå en offentlig ejendomsvurdering og fremtidige ejendomsskatter derfor ikke var bekendt,
- at der endnu ikke var udarbejdet budget for fællesudgifter for ejerlejlighedsbebyggelsen. Det blev i den forbindelse oplyst, at det indtil videre var aftalt, at sparekassen afholdt udgifterne til rengøring af alle trapper og boligforeningen står for rengøring af udenomsarealer, herunder vintervedligeholdelse.

C. På forespørgsel fremsendte K vedtægterne for ejerforeningen, som Finanstilsynet modtog den 27. november 2003.

D. Kommuneplan for Y-by kommune gældende fra 2002 til 2013.

E. Finanstilsynets referenceliste.

Beliggenhed/centerstruktur

Ejendommen er beliggende i X-by bymidte, som angivet på vedlagte situationsplan, ...

Området er omfattet af bestemmelserne i kommuneplanens pkt. 5.C1, hvoraf det fremgår, at området er udlagt til centerområde med blanding af boliger, mindre erhverv, butikker m.v.

X-by er beliggende i den sydvestlige del af Y-by kommune, ca. 20 km. nord for Z-by.

X-by er det største bysamfund i Y-by kommune, idet der af kommunens samlede indbyggertal på ca. 15.000 er 3.230 (2001) bosat i X-by.

Y-by, som har et indbyggertal på 2.948 (2001), er udpeget som egnscenter for Y-by kommune samt den sydlige del af Æ-by kommune og den nordlige del af Ø-by kommune, idet der i Y-by er et alsidigt udbud i form af offentlig og privat service.



Y-by og X-by er i kommuneplanen udlagt som kommuncenter for henholdsvis den østlige og vestlige del af kommunen.

### Bebyggelsen

Bebyggelsen omfatter, jf. vedlagte foto ..., en nyindrettet sparekassefilial i stueetage og kælderetage i nyopført 3 etages bebyggelse. Sparekassefilialen er en selvstændig ejerlejlighed. På de øvrige etager er indrettet 12 udlejningsboliger, som ejes af B.

Sparekassefilialen består i stueetagen af – ekspeditionslokale, storkontor i åben forbindelse med ekspeditionslokale, 2 mindre kontorer, toilet, separat handicaptollet, personaleindgang, køkken i åben forbindelse med stort møderum, som kan adskilles med foldevæg. Herudover diverse depotrum samt trappenedgang til kælder.

Kælderen er indrettet med et stort lagerlokale, EDB-rum og ventilationsrum.

### Finanstilsynets værdiansættelse:

Finanstilsynets ansættelse af ejerlejlighedens markedsværdi er fastsat uden hensyn til at ejerlejligheden aktuelt anvendes som filial for K.

Markedsværdien vurderes til kr. 4.700.000 og er fremkommet således:

### Markedsleje

Stueplan	430 m <sup>2</sup> x kr. 850	=	kr. 365.500
Kælderplan	122 m <sup>2</sup> x kr. 300	=	<u>kr. 36.600</u>
			kr. 402.100

### Driftsudgifter

Årlige skatter og afgifter <sup>1</sup>	kr.	8.000	
Forsikring	kr.	4.500	
Vedligeholdelse 552 m <sup>2</sup> x kr. 20	kr.	11.040	
Administration (anslået)	kr.	6.032	
Fællesudgifter <sup>1</sup>	<u>kr.</u>	<u>5.000</u>	
	kr.	34.572	⇒ <u>kr. 34.572</u>
Nettoleje			kr. 367.528
Forrentning af depositum, 3 måneders leje forrentet med 3 % p.a.			<u>kr. 3.016</u>
Til forrentning		=	kr. 370.544
Forrentning 8 %		=	kr. 4.631.797

---

<sup>1</sup> Ved værdiansættelsen er der anvendt anslåede udgifter for ejendomsskatter, forsikring og fællesudgifter, dels fordi den offentlige værdi endnu ikke er bekendt og dels fordi der ikke er udarbejdet budget for ejerlejlighedsbebyggelsen. De anslåede driftsudgifter er af tilsynet angivet ud fra sammenlignelige ejendomme, men på et forholdsvis lavt niveau, hvorfor usikkerheden er kommet sparekassen til gode.

Forhøjet til kr. 4.700.000  
(svarende til en forrentning på 7,88 %)

K's værdiansættelse:

K har i ankeskrivelse angivet, at det er sparekassens opfattelse, at ejerlejligheden af Finanstilsynet er værdiansat for lavt. Sparekassen angiver 3 løsningsmodeller på revideret værdiansættelse.

1. model

Sparekassen angiver at tilsynet har begået en fejl, idet der er angivet 430 m<sup>2</sup> i stedet for 432 m<sup>2</sup> for stueetagen. Herudover har tilsynet ikke medtaget lejeværdi for et cykelskur og 2 frie parkeringspladser. Denne fejl giver efter K's vurdering en merleje på kr. 13.700. Det er også K's vurdering, at forrentningen skal være på 6,5 % i stedet for den af tilsynet anvendte på 8 % (7,88 %).

Denne model giver herefter en værdi på kr. 5.911.492, jf. nedenfor.

Beløb til forrentning	=	kr. 384.247
Forrentning 6,5 %		<u>kr. 5.911.492</u>

2. model

Den anden model angiver, at lejen for stueetagen sættes op fra 850 kr./m<sup>2</sup> til 900 kr./m<sup>2</sup> og kælderlejen sættes op fra 300 kr./m<sup>2</sup> til 350 kr./m<sup>2</sup>.

I denne situation er det sparekassens vurdering, at der skal anvendes en forrentning på 7 %, hvilket giver en markedsværdi på

Beløb til forrentning	=	kr. 411.944
Forrentning 7 %		<u>kr. 5.885.000</u>

3. model

Den tredje model angiver, at tilsynets vurdering skal justeres med manglende "huslejeindbetalinger" på kr. 13.700, hvilket giver en merværdi på kr. 171.250 med den af tilsynet anvendte forrentning på 8 %, hvorefter værdien er

kr. 4.631.797 + kr. 171.250	=	<u>kr. 4.803.047</u>
-----------------------------	---	----------------------

K's argumentation for at tilsynets værdiansættelse er for lav er

- at der ikke er ledige forretningslokaler i X-by midtby.
- at sparekassen tidligere af A havde fået tilbud om at leje deres nuværende lokaler for 1.125 kr./m<sup>2</sup> inkl. moms eller 900 kr./m<sup>2</sup> excl. moms.
- at sparekassen i stedet for at leje, købte ejerlejligheden for kr. 5.972.382 inkl. installationer og ventilationsanlæg, hvilket betyder, at prisen for kælder har andraget 6.200 kr./m<sup>2</sup> og for stuen 11.500 kr./m<sup>2</sup>.

- at sparekassen har såvel en tømrermester og en murermester i bestyrelsen. Disse 2 personer har begge udtalt, at prisen svarer til det samme som et nyt parcelhus i X-bys periferi ville koste.
- at diskonteringsrenten på 8 % er for høj, sammenlignet med de rentesatser almindelige investorer bruger i dag på nybyggeri. Sparekassen henviser bl.a. til en ejendomsinvestering på en total renoveret ejendom på ... i X-by. Her er ejendomsinvesteringen 6,25 % efter sparekassens vurdering.
- at Finanstilsynet har begået en fejl, idet stueetagen er beregnet til 430 m<sup>2</sup> i stedet for 432 m<sup>2</sup> og at tilsynet burde have medtaget en merleje for henholdsvis parkeringsplads og cykelskur.
- at ejendommen har den bedste beliggenhed i X-by.
- at Finanstilsynet ikke ville have haft bemærkninger til en lejeaftale, hvis sparekassen i stedet for at købe havde lejet lokalerne til 1.125 kr./m<sup>2</sup> inkl. moms.
- sluttelig konkluderer sparekassen, at der ikke er nogen pengeinstitutter i Danmark, der kan bygge/købe egne lokaler til almindelige priser, uden at Finanstilsynet vil kræve en nedskrivning.

Finanstilsynets bemærkninger til K's argumentation:

1. Først skal tilsynet beklage, at der ikke er opmålt et korrekt areal. Fejlen er opstået, fordi tilsynet ved besigtigelsen fik udleveret en fotokopieret målsat tegning uden angivelse af et samlet areal for stueetagen. Sparekassen skal naturligvis godtgøres for de manglende 2 m<sup>2</sup>.

Med hensyn til cykelparkering var det tilsynets opfattelse ved besigtigelsen, at dette var fælles med de 12 øvrige beboelseslejligheder i bebyggelsen. Sådanne fællesrum, som er en forudsætning for alle bebyggelsens brugere, kan ikke medføre lejeværdi for sparekassens ejerlejlighed.

Med hensyn til parkeringspladserne er det tilsynets opfattelse, at disse er en forudsætning for lokalernes anvendelse og derfor naturligt indgår i den angivne leje for lokalerne.

Sparekassen har angivet en ejendomsinvestering på ... i X-by. Denne sag har tilsynet kommenteret under vedlagte referenceliste. Det fremgår heraf, at tilsynet finder sparekassens konklusion forkert.

Med hensyn til de øvrige bemærkninger kan tilsynet blot oplyse, at Finanstilsynets værdiansættelse er baseret på referencer, som angivet i vedlagte kommenterede referenceliste, .... Finanstilsynet skal bemærke, at usikkerhed vedrørende lejeniveau og afkastniveau er kommet sparekassen til gode, idet:

- der på basis af referencer i vedlagte referenceliste er ansat et lejenniveau på 850 kr./m<sup>2</sup> og 300 kr./m<sup>2</sup> for henholdsvis stueetage og kælderetage, selvom Finanstilsynet ikke har referencer på så høje lejer i X-bys bymidte, og K heller ikke har suppleret med lejeniveauer af den størrelse.
  - der af Finanstilsynet er anvendt referencer i forbindelse med forrentningsprocenten for bedre beliggende kontor- og forretningsejendomme i dynamiske erhvervsområde i Z-by. Finanstilsynet har derfor ikke anvendt det seneste salg af forretningsejendom i X-bycentret, hvor forrentningsprocenten ligger i niveau 10 %, som rettesnor.
  - til den af sparekassen angivne ejendom, beliggende ... i X-by, hvor der efter sparekassens vurdering var foretaget en ejendomsinvestering på 6,25 %, har tilsynet beregnet en forrentning i niveau 8 – 8,25 %. I den forbindelse skal det oplyses, at der typisk opnås lavere forrentning ved boligudlejningsejendom end for erhvervsejendomme.
2. På baggrund af ovenstående skal Finanstilsynet fastholde den i brev af 10.12.2003 truffne afgørelse om, at ejerlejlighed beliggende ..., X-by højst kan ansættes til kr. 4.700.000. Det bemærkes herved, at tilsynet har justeret den beregnede værdi fra kr. 4.631.797 til kr. 4.652.394. Denne værdi er herefter forhøjet til kr. 4.700.000, ... ”

I skrivelse af 31. marts 2004 har K anført:

”Under henvisning til Deres brev af 2. marts 2004 meddeles herved, at vi ikke kan acceptere de af Finanstilsynet foreslåede referenceejendomme, som i øvrigt IKKE kan sammenlignes med ..., X-by.

Vi fastholder derfor, at ejendommen bør vurderes til anskaffelsessummen eller i det mindste efter vore foreslåede retningslinier.

Såfremt dette ikke kan accepteres vil vi henvise til vedlagte vurderingsforretning fra C af 24. marts 2004.”

Ifølge den vedlagte vurdering af 24. marts 2004 fra C er handelsprisen for K, X-by, vurderet til kontant 5.200.000 kr.

Finanstilsynet har i skrivelse af 30. april 2004 supplerende bemærket:

”...

Den fremsendte vurderingsforretning fra C giver ikke tilsynet anledning til at ændre Finanstilsynets værdiansættelse på kr. 4.700.000.

Tilsynet finder dog behov for at kommentere den fremsendte vurderingsforretning.

Ejendomsmæglerfirmaets værdiansættelse er angivet til kr. 5.200.000 og er fremkommet således

Markedsleje

Stueetagen	432 m <sup>2</sup>	x kr.	800 =	kr.	345.600
Kælder	120 m <sup>2</sup>	x kr.	250 =	kr.	30.000
2 p-pladser	2	x kr.	2.400 =	kr.	4.800
				kr.	<u>380.400</u>

Driftsudgifter

Årlig skatter og afgifter	kr.	7.504,69	
Forsikring (anslået)	kr.	6.000	
El (anslået)	kr.	2.000	
Administration (anslået)	kr.	5.000	
Vedligeholdelse	kr.	9.000	
Diverse	kr.	5.000	
	kr.	34.504,69	kr. <u>34.504.69</u>

Kontant driftsoverskud	kr.	345.895,31
Forrentning 6,75 %	=	kr. 5.124.375
+ kontant depositum (anslået)	kr.	187.800
- anslåede handelsomkostninger	kr.	<u>100.000</u>

Afrundet vurderingssum kr. 5.200.000

Sammenholdes Finanstilsynets værdiansættelse på kr. 4.700.000 ... og ejendomsmæglerfirmaets værdiansættelse på kr. 5.200.000, er der stort set enighed i markedslejeniveau og driftsudgifter. Det bemærkes dog, at tilsynet har fastsat en leje som er 50 kr./m<sup>2</sup> højere end ejendomsmæglerfirmaet.

Forskellen i værdiansættelserne skal derfor hovedsagelig findes i forrentningsprocenten, hvor tilsynet har angivet en forrentning på 8,0 %, hvorimod ejendomsmæglerfirmaet har angivet en forrentning på 6,75 %.

Årsagen til ejendomsmæglerfirmaets lave forrentning på 6,75 % skal findes i det forhold, at man har indlagt følgende forudsætninger:

1. At lokalerne fortsat anvendes til bankvirksomhed med de fordele og deraf følgende større brugsværdi, som lokalernes nuværende indretning frembyder for drift af denne type virksomhed.
2. At ejerlejligheden bortsælges med en lejekontrakt indgået på sædvanlige lejevilkår, med en uopsigelig for lejer på ikke mindre end 20 år fra salgstidspunktet.

Finanstilsynet skal bemærke, at de forudsætninger, som ejendomsmæglerfirmaet har lagt til grund, ikke er samfaldende med tilsynets forudsætninger, som er, at ejendommens værdi fastsættes efter en forsigtig vurdering til almindelig markedsværdi uden hensyn til, at ejendommen aktuelt anvendes som filialejendom til sparekassedrift. Dette fremgår også af Erhvervsankenævnets tidligere afgørelser i 5 tilsvarende sager om værdiansættelse af pengeinstitutters domicilejendomme.

...”

#### **Ankenævnet udtaler:**

Ifølge bank- og sparekasseloven og den af Finanstilsynet i medfør af loven udstedte bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter m.fl., at faste ejendomme er materielle aktiver, der skal værdiansættes med udgangspunkt i anskaffelsesprisen. Er værdien lavere af årsager, som ikke kan antages at være forbigående, skal ejendommene dog nedskrives til den lavere værdi. Finanstilsynet påser, at sådan nedskrivning finder sted bl.a. med henblik på at sikre, at regnskabet giver et retvisende billede af pengeinstituttets aktiver og passiver.

Efter de foreliggende oplysninger finder ankenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurderingsgrundlag eller tilsynets anvendelse heraf. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at ejendommen efter en forsigtig vurdering til almindelig markedsværdi er pålagt nedskrevet til 4.700.000 kr., på den ene side under forudsætning af, at pengeinstituttet fortsætter sin virksomhed, og på den anden side uden hensyn til, at ejendommen aktuelt har status som filialejendom.

Ankenævnet tiltræder derfor Finanstilsynets afgørelse af 10. december 2003.

#### **4.2. Lov om finansiel virksomhed**

4) Kendelse af 14. oktober 2004. (j.nr. 04-201.137).

Klage over afgørelse vedrørende § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed afvist, da klagen var indgivet for sent.

(Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 30. juli 2004 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2004 om, at nævnte selskabs navn er strid med § 7, stk. 5 i lov om finansiel virksomhed.

### **Sagens omstændigheder:**

Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2004 har følgende ordlyd:

”...

Finanstilsynet har modtaget brev af 14. maj 2004 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor sagen vedrørende K ApS oversendes til eventuel videre behandling i Finanstilsynet.

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

Da ordet “bank” indgår [i] navnet i ovennævnte selskab, skal det herved meddeles, at navnet er i strid med 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed. Selvom selskabets formål er “at drive virksomhed ved health care virksomhed og dermed forbundet produktion og anden aktivitet”, er der tale om en forvekslingsmulighed henset til selskabets navn.

I Østre Landsretsdommen UfR 1999.330 Ø (Image-bank) kan det udledes, at betegnelsen “bank” skal bruges i betydningen pengeinstitut eller der skal være tale om en forvekslingsmulighed. Er et af disse forhold tilstede, er navnet i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet finder ikke, at K anvender ordet “bank” i betydningen pengeinstitut, idet virksomhedens aktivitet består i at købe og sælge sæd. Finanstilsynet finder derimod, at der er tale om en forvekslingsmulighed henset til selskabets navn, idet der kun kan lægges begrænset vægt på selskabets vedtægtsmæssige formål, idet formålet ikke er kendt, når man henvender sig til selskabet. Finanstilsynet finder derfor, at det er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed at anvende navnet K ApS.

Det skal tilføjes, at registrering af et selskabsnavn i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens register ikke skaber en ret til at bruge navnet, hvis navnet er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Endeligt skal det bemærkes, at selvom selskabets beskæftigelse ud fra det oplyste adskiller sig fra pengeinstitut virksomhed, udelukker det

ikke, at selskabets navn er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, idet selskabets karakter over tid kan ændres.

Finanstilsynets afgørelse kan i henhold til § 372 i lov om finansiel virksomhed indbringes for Erhvervsankenævnet, Kampmannsgade 1, Postboks 2000, 1780 København V af den, som afgørelsen retter sig til. Dette skal ske senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Klagebehandling er forbundet med et gebyr.”

Ved skrivelse af 21. juni 2004 anmodede advokat A Finanstilsynet om at begrunde afgørelsen af 7. juni 2004 og anmodede samtidig om aktindsigt i ”sager truffet i henhold til § 7, stk. 5 i lov om finansiel virksomhed eller den tidligere § 2, stk. 1 i bank- og sparekasseloven”. Det fremgik endeligt af brevet, at man tillod sig ”at gå ud fra, at klagefristen for Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2004 først løber, når vi har modtaget svar på ovenstående.”

Finanstilsynet besvarede skrivelsen den 30. juni 2004. Af besvarelsen fremgår blandt andet:

”...

Vedrørende begrundelse af Finanstilsynets afgørelse henvises til brev af 7. juni 2004, hvor det fremgår, at henset til selskabets navn er der en forvekslingsmulighed, hvorfor navnet er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Vedrørende anmodning om aktindsigt er der vedlagt 3 afgørelser, der alle er offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside. Afgørelserne vedrører § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed (tidligere bank- og sparekasselovens § 2, stk. 1). Såfremt De fortsat ønsker aktindsigt efter læsning af de 3 fremsendte afgørelser, bedes De kontakte undertegnede.

Klagefristen for Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2004, jf. § 372 i lov om finansiel virksomhed, er senest 4 uger efter, at afgørelsen blev meddelt.

...”

Af klageskrivelsen af 30. juli 2004 fremgår blandt andet:

”...



### **Klagefrist og begrundelse**

Som nævnt ..., fandt Finanstilsynet, ”at der er tale om forvekslingsmulighed henset til selskabets navn”. Meddelelsen af afgørelsen indeholdt ikke yderligere begrundelse, herunder ikke hovedhensynene for det udøvede skøn, og tog ikke stilling til vores anbringender for, at selskabets navn ikke var forveksleligt. Derfor anmodede vi den 21. juni 2004 Finanstilsynet om at begrunde afgørelsen, hvilket Finanstilsynet afviste ved brev af 30. juni 2004. Den 28. juli 2004 talte jeg med kontorchef NN i Finanstilsynet, der ikke ønskede at give yderligere begrundelse, men i stedet opfordrede os til at påklage afgørelsen.

Som følge af den manglende begrundelse, er klagefristen ikke begyndt at løbe endnu.

...”

### **Ankenævnet skal udtale:**

Det følger af § 372, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til loven, kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Ved skrivelse af 30. juli 2004 er Finanstilsynets afgørelse af 7. juni 2004, hvorved tilsynet meddelte, at navnet ”K ApS” er i strid med § 7, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed, påklaget til Erhvervsankenævnet.

I afgørelsen af 7. juni 2004, som indeholder en begrundelse, er der givet korrekt ankevejledning.

Ankenævnet finder herefter, at klagen er indgivet for sent. Det bemærkes, at Erhvervsankenævnet er opmærksom på forvaltningslovens § 17 og § 20, stk. 3, men at disse bestemmelser ikke findes at have konkret betydning for afgørelsen af, om klage er indgivet rettidigt.

Som følge heraf, og da der ikke er oplyst omstændigheder, der kan begrunde, at der ses bort fra fristoverskridelsen, afvises klagen.

Afgørelsen er truffet af undertegnede formand på nævnets vegne i medfør af § 8, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.

5) Kendelse af 18. oktober 2004. (j.nr. 03-242.069).

Påtænkt ændring af selskabs formålsbestemmelse ville indebære virksomhedsdrift med erhvervmæssig sikkerhedsstillelse, som kun må udøves af pengeinstitutter og skadesforsikringsselskaber, som har koncession hertil

Aktieselskabslovens § 4 samt lov om finansiel virksomhed § 7 og § 11.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 28. november 2003 har advokat A på vegne af K ApS klaget over Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2003, hvorved tilsynet tilkendegav, at en påtænkt ændring af formålsbestemmelsen i anpartsselskabets vedtægter ville indebære virksomhed med erhvervmæssig sikkerhedsstillelse, som kun kan udøves af pengeinstitutter og skadesforsikringsselskaber, der har koncession hertil.

### **Sagens omstændigheder:**

Den påklagede afgørelse af 5. november 2003 har følgende ordlyd:

”De har i brev af den 23. oktober 2003 spurgt tilsynet om en ændret formulering af formålsparagraffen i K ApS’ vedtægter er i overensstemmelse med gældende lovgivning.

De oplyste i brev af 28. august 2003, at § 2 i vedtægterne for K ApS skulle have følgende ordlyd:

Selskabets formål er:

1. At eje og drive ejendommen ..., X-by – herunder varetage den hermed forbundne investerings- og udlejningsvirksomhed.
2. At kautionere for banklån optaget i forbindelse med låntagers overtagelse af en butik, der i forvejen er tilknyttet K A.m.b.a.

Finanstilsynet meddelte i brev af 12. september 2003, at erhvervmæssig sikkerhedsstillelse kun kan udøves af forsikringsselskaber i henhold til lov om forsikringsvirksomhed § 5, jf. bekendtgørelse om koncession til skadesforsikringsselskaber § 5, nr. 15 eller af pengeinstitutter, jf. bank- og sparekasseloven § 1, stk. 4, idet det var Finanstilsynets vurdering, at K ApS

drives i erhvervsmæssigt øjemed, og selskabets kautioner derfor ville være erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse.

I Deres brev af 23. oktober 2003 spørger De, om en ændring af formulering af vedtægterne for K ApS er i overensstemmelse med gældende lovgivning.

K ApS' nye formålsbestemmelse er herefter:

1. At eje og drive ejendommen ..., X-by – herunder varetage den hermed forbundne investerings- og udlejningsvirksomhed.
2. Om fornødent at tilføre en erhverver af en butik, der i forvejen er tilknyttet til K A.m.b.a. tilstrækkelig likvide midler til at opfylde sine forpligtelser overfor banken vedrørende lån nr. xxx, dog maximum kr. xxx.

Det er fortsat Finanstilsynets vurdering, at K ApS drives i erhvervsmæssigt øjemed. At K ApS i stedet for at kautionere, om fornødent vil tilføre en erhverver af en butik, der i forvejen er tilknyttet K A.m.b.a., tilstrækkelig likvide midler til at opfylde sine forpligtelser overfor banken vedrørende nogle bestemte lån, er efter Finanstilsynets vurdering også erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse.

Erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse kan kun udøves af forsikringselskaber i henhold til lov om forsikringsvirksomhed § 5, jf. bekendtgørelse om koncession til skadesforsikringselskaber § 5, nr. 15 eller af pengeinstitutter, jf. bank- og sparekasseloven § 1, stk. 4.

...”

I klageskrivelsen af 28. november 2003 har advokat A anført:

”...

Under anken gøres det gældende, at en formålsbestemmelse med følgende ordlyd:

1. At eje og drive ejendommen ..., X-by – herunder varetage den hermed forbundne investerings- og udlejningsvirksomhed.
2. Om fornødent at tilføre en erhverver af en butik, der i forvejen er tilknyttet K A.M.B.A. tilstrækkelige likvide midler til, at opfylde sine forpligtelser overfor banken vedrørende lån nr. xxxx, dog maximum kr. xxxxx.

ikke kræver koncession og dermed lovligt kan indføres i selskabets vedtægter.

Til støtte herfor har Højesteret ved afgørelse af 18. marts 1994 udtalt, at et selskabs støtteerklæring bl.a. med følgende ordlyd ”*at vi om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelig likvide midler til, at det til enhver tid er i stand*

*til at opfylde sine forpligtelser overfor banken*” måtte tages til udtryk for, at selskabet havde afgivet en bindende løfteerklæring, selvom det samtidig lægges til grund, at selskabet havde afvist at kautionere i forhold til banken.

Højesteret accepterer dermed sondringen mellem egentlige kautioner og støtteerklæringer og i henhold til Peter Bloks kommentarer, U 94B.436 anvendes disse støtteerklæringer i større omfang som surrogat til egentlige kautionserklæringer.

Højesterets afgørelse og Peter Bloks bemærkninger hertil må derfor tages til udtryk for, at et selskab er berettiget til at udstede en konkret hensigtserklæring overfor et selskab med en ordlyd, der ligger tæt op af undertegnede formulering.

Da K ApS således lovligt og gyldigt vil kunne udstede konkrete støtteerklæringer i forbindelse med en konkret erhvervelse af en butik, som i forvejen er tilknyttet K A.M.B.A., vil en formålsbestemmelse som beskrevet ikke kunne nægtes under henvisning til forsikringsvirksomhedslovens respektivt bank- og sparekasselovens bestemmelser.

For god ordens skyld skal det bemærkes, at den foreslåede formålsbestemmes punkt 2 efter sin ordlyd tydeligt anfører, at formålsbestemmelsen tager sigte på ejerskifte – herunder generationsskifte.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 9. januar 2004 udtalt:

”...

## 2. Retsgrundlag

Allerede med vedtagelsen af 1. skadesforsikringsdirektiv<sup>2</sup> blev der foretaget en klassifikation af risici ved hjælp af forsikringsklasser. Det fremgår af nr. 14 og 15 i vedlagte bilag til direktivet, at kreditforsikringer bl.a. omfatter almindelig insolvens, og at kautionsforsikringer omfatter såvel direkte som indirekte kaution.

Af § 5, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 554 af 2. juli 2002 om koncession til skadesforsikringsselskaber fremgår, at koncession gives særskilt for hver af de følgende forsikringsklasser:

"-----"

14) Kredit: almindelig insolvens, eksportkredit, salg på afbetaling, hypotekforsikring og landbrugsforsikring.

15) Kaution: direkte og indirekte kaution

-----"

---

<sup>2</sup> Rådets direktiv nr. 73/239/EØF, EF-Tidende nr. L 228 s. 3

Det fulgte af § 5 i lov om forsikringsvirksomhed, jf. herved lovebkendtgørelse nr. 758 af 21. august 2003, at forsikringsvirksomhed kun må udøves af selskaber, der har fået tilladelse (koncession) af Finanstilsynet. Det fremgår nu af § 11, stk. 1 i lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiel virksomhed, at virksomheder, der udøver forsikringsvirksomhed, skal have tilladelse som forsikringsselskab.

Det fulgte tilsvarende af § 6 i lov om banker og sparekasser, jf. herved lovebkendtgørelse nr. 214 af 25. marts 2003, at pengeinstitutter skal have tilladelse af Finanstilsynet til at drive pengeinstitutvirksomhed. Af samme lovs § 1, stk. 4 fremgik, at ved pengeinstitutvirksomhed forstås varetægelse af funktioner i forbindelse med omsætningen af penge, kreditmidler og værdipapirer og dermed forbundne serviceydelser. Det fremgår nu af § 7, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, at virksomheder, der udøver virksomhed, som består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales samt i at yde lån for egen regning, dog ikke på grundlag af udstedelse af realkreditobligationer, jf. lovens § 8, stk. 3, skal have tilladelse som pengeinstitut.

Et selskabs vedtægter skal ifølge aktieselskabslovens § 4, stk. 1, nr. 3, indeholde bestemmelse om selskabets formål.

### 3. Vurdering

På baggrund af de oplysninger som K ApS har indsendt til Finanstilsynet lægger tilsynet til grund, at selskabet ikke kautitionerer eller "om fornødent tilfører likvide midler" for koncernselskabers forpligtelser over for pengeinstitutter, men for forpligtelser for udefrakommende erhververe af forretninger.

Efter Finanstilsynets opfattelse fremgår det af ovennævnte regler, at alene pengeinstitutter og skadesforsikringsselskaber, der har koncession til klasse 14 (kreditforsikring) eller klasse 15 (kautionsforsikring) i erhvervsmæssigt øjemed må stille garantier for 3-mands betalingsevne eller vilje. Det forhold, at formålsparagraffen i K's vedtægter ændres, understreger, at det er en del af virksomhedens erhvervsudøvelse.

K har således heller ikke anket Finanstilsynets første afgørelse af 12. september 2003 om, at erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse kræver koncession fra Finanstilsynet.

K anmodede imidlertid i brev af 23. oktober 2003 Finanstilsynet om en vurdering af, om en ændring af selskabets formålsparagraf fra kaution til en støtteerklæring bringer selskabet uden for tilsynsregelsættene. Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2003, hvorefter det fortsat er Finanstilsynets vurdering, at K ApS udøver virksomhed med erhvervsmæssig sikkerhedsstillelse er derimod anket til Erhvervsankenævnet.

Efter Finanstilsynets opfattelse kan den ændrede formulering af formålsparagraffen indebære en omgåelse af tilsynsregelsættene. En kaution bliver

også normalt kun effektiv "om fornødent".

I K's brev af 23. oktober 2003, hvori selskabet anmodede om at få sagen revurderet på baggrund af en ændring af formålsparagraffen til en støtteerklæring, blev der ikke givet oplysning om andre ændringer i selskabets aktiviteter.

Ved stillingtagen til om et selskab er omfattet af tilsynsregelsættene må der imidlertid efter Finanstilsynets opfattelse navnlig lægges vægt på den faktiske aktivitet, som selskabet udøver, og ikke hvorledes selskabets formålsparagraf er formuleret eller omformuleret.

K ApS gør gældende, at Højesteret ved afgørelse af 18. marts 1994 accepterer sondringen mellem egentlige kautioner og støtteerklæringer. Højesterets afgørelse og Peter Bloks bemærkninger hertil tager K ApS som udtryk for, at et selskab er berettiget til at udstede en konkret hensigts-erklæring over for et selskab med en ordlyd, der ligger tæt op af den omformulerede affattelse af selskabets formålsbestemmelse.

Efter Finanstilsynets opfattelse tog Højesterets afgørelse ikke stilling til, om sondringen mellem direkte kaution og støtteerklæringer er relevant i forbindelse [med] stillingtagen til, om et selskab er omfattet af tilsynsregelsættene. Højesteretsdommen tog derimod stilling til, om den pågældende støtteerklæring var juridisk bindende. Dette fandt Højesteret var tilfældet, hvorfor man snarere må tage dommen til indtægt for, at den pågældende formulering (som ligger tæt op af selskabets ændrede formålsparagraf) bør behandles, som var der stillet direkte kaution.

Da de direktivbestemte tilsynsregelsæt imidlertid også omfatter indirekte kaution, ses sondringen mellem kautioner og juridisk bindende støtteerklæringer ikke at være særlig relevant ved afgørelsen af, om et selskabs aktiviteter er omfattet af tilsynsregelsættene, da en juridisk bindende støtteerklæring må opfattes som indirekte kaution. Hertil kommer som nævnt, at der ved stillingtagen til, om et selskab er omfattet af tilsynsregelsættene navnlig bør lægges vægt på de aktiviteter, som selskabet skal udøve.

Efter de for tilsynet forelagte oplysninger om K ApS består selskabets faktiske aktiviteter i erhvervsmæssigt øjemed at stille garanti for 3-mands betalingsevne, hvad enten dette sker i form af direkte kaution eller ved en juridisk bindende støtteerklæring. ..."

I skrivelse af 27. januar 2004 har advokat A anført:

"...

Det er min opfattelse, at Finanstilsynet i sin vurdering lægger til grund, at den i formålsbestemmelsens punkt 2 beskrevne støtteerklæring i de konkrete tilfælde vil blive afgivet overfor den bank, hvor erhververen af en butik, der i forvejen er tilknyttet K Amba, har opnået lån.

Dette er ikke tilfældet, idet det efter formålsbestemmelsen er erhververen, der anmoder K ApS om støtte i forhold til en konkret låneforpligtelse.

Det er herefter op til K ApS at vurdere om man vil tilføre erhververen de fornødne likvide midler med henblik på dennes opfyldelse af forpligtelsen overfor banken.

K ApS har valgfrihed med om selskabet vil yde et kapitalindskud – men det ligger inden for selskabets formål. Hvis selskabet vælger at yde tilskud, da erklærer det ikke herom til 3. mand (Banken), men kun til erhververen.

...”

I skrivelse af 26. februar 2004 har Finanstilsynet supplerende udtalt:

”...

Som nævnt i Finanstilsynets redegørelse af 9. januar 2004 lægger Finanstilsynet navnlig vægt på den faktiske aktivitet, som selskabet udøver, og ikke hvorledes selskabets formålsparagraf er formuleret eller omformuleret. Da K ikke tidligere har givet oplysning om, at selskabets aktiviteter var ændrede, har Finanstilsynet måtte lægge den ændrede affattelse af selskabets formålsbestemmelse til grund.

Det fremgik heraf, at selskabets formål var "om fornødent at tilføre en erhverver af en butik, der i forvejen er tilknyttet til K A.m.b.a. tilstrækkelig likvide midler til at opfylde sine forpligtelser over for banken vedrørende lån nr. xxxxxx, dog maksimum kr. xxxxxxxx."

Finanstilsynet må ud fra en naturlig forståelse af denne passus gå ud fra, at selvom "tilsagnet om fornødent at tilføre likviditet" formelt gives til erhververen af en butik, så skal tilsagnet – ligesom den tidligere passus i vedtægterne om kaution for banklån – udgøre sikkerhed for et banklån optaget af erhververen.

Efter Finanstilsynets opfattelse er den nye oplysning om, at K ApS har valgfrihed med, om selskabet vil yde et kapitaltilskud ikke af betydning for Finanstilsynets afgørelse. Et forsikringsselskab kan eksempelvis også selv vælge, om det vil stille garanti for en kunde eller ej.

...”

I skrivelse af 24. marts 2004 har advokat A på vegne af K ApS yderligere bemærket:

”...

Jeg skal indledningsvis understrege, at selskabets vedtægter endnu ikke er ændret, men ønskes ændret med henblik på at selskabet kan udføre den på-

tænkte aktivitet.

...

Det må i behandling af sagen lægges til grund, at selskabets faktiske aktivitet ligger indenfor formålsparagraffens grænser.

Det kan derfor ikke, som det anføres af Finanstilsynet i 1. afsnit på side 2 i skrivelse af 26. februar d.å. til Erhvervsankenævnet antages, at "selvom tilsagnet om fornødent at tilføre likviditet" formelt gives til erhververen af en butik, så skal tilsagnet – ligesom den tidligere passus i vedtægterne om kaution for banklån – udgøre sikkerhed for et banklån optaget af erhververen.

Det helt afgørende er, at man har besluttet sig til ikke at yde kaution, men tilføre likviditet til virksomheder.

Tilsagnet afgives ikke overfor andre end den, hvortil likviditeten føres. Derfor er der ikke tale om en kaution eller noget der minder herom. At der i forslaget til formålsbestemmelsen refereres til at midlerne skal være "tilstrækkelige likvide midler til at opfylde sine forpligtelser overfor banken vedrørende lån nr. xxx, dog max. kr. ..." kan alene tages som udtryk for, at man ønsker at sætte grænser for, i hvilke situationer og i hvilke størrelser likviditet kan tilføres.

Formuleringen kan ikke – og da slet ikke efter sin ordlyd – tages som udtryk for, at tilsagnet afgives overfor en bank.

Jeg må herefter fastholde, at forslaget til formålsbestemmelsen ikke kræver koncession."

#### **Ankenævnet udtaler:**

Med den påtænkte ændring af vedtægterne for K ApS ønskes selskabets formål fremover angivet som:

- "1. At eje og drive ejendommen ..., X-by, herunder varetage den hermed forbundne investerings- og udlejningsvirksomhed.
2. Om fornødent at tilføre en erhverver af en butik, der i forvejen er tilknyttet K A.m.b.a., tilstrækkelig likvide midler til at opfylde sine forpligtelser overfor banken vedrørende lån nr. xxx, dog maximum kr. xxx."

Selskabet har om baggrunden for nævnte punkt 2 anført, at selskabet ønsker at kunne "udstede konkrete støtteerklæringer i forbindelse med en konkret erhvervelse af en butik, som i forvejen er tilknyttet K A.M.B.A."



Ankenævnet finder, at selskabet med den påtænkte formålsbestemmelses punkt 2, som selskabet oprindeligt formulerede som ”At kautionere for banklån optaget i forbindelse med låntagers overtagelse af en butik, der i forvejen er tilknyttet K A.m.b.a.”, åbner mulighed for, at selskabet som led i sin erhvervsudøvelse til 3. mand afgiver støtteerklæringer, som er juridisk forpligtende, og som reelt kan side-stilles med kautionsforpligtelser.

Erhvervsmæssig sikkerhedsstilling for 3. mands betalingsevne må kun udøves af pengeinstitutter og skadesforsikringsselskaber, som har tilladelse hertil, jf. § 7, stk. 1, og § 11, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (tidligere lov om banker og sparekasser m.v. § 1, stk. 4, og § 6 samt lov om forsikringsvirksomhed § 5, jf. bekendtgørelse om koncession til skadesforsikringsselskaber og af pengeinstitutter § 5, stk. 1, nr. 14 og 15).

Ankenævnet tiltræder derfor Finanstilsynets afgørelse af 5. november 2003, hvorefter den påtænkte formålsbestemmelses punkt 2 ikke kan angives som selskabets formål, jf. aktieselskabslovens § 4, stk. 1, nr. 3.

6) Kendelse af 24. november 2004. (j.nr. 03-93.504).

Forsikringsselskabs videregivelse af oplysninger om privatkunder il øvrige selskaber i koncernen ikke lovlig.

Lov om finansiel virksomhed §§ 121 og 123

(Niels Bolt Jørgensen, Peter Wendt og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 7. marts 2003 har K (livsforsikringsselskab) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelser af 7. februar 2003 til henholdsvis K1, K2 og K3 har meddelt selskaberne, at kundernes samtykkeerklæring til selskabernes videregivelse af oplysninger ikke er lovlig, jf. den dagældende § 10 i lov om finansiel virksomhed, hvorfor det er i strid med den dagældende § 8, at selskaberne videregiver oplysninger til brug for markedsføring eller rådgivning til K4.

Klagen har under ankenævnets behandling af sagen været tillagt opsættende virkning.

## Sagens omstændigheder:

### A. De påklagede afgørelser af 7. februar 2003:

De påklagede afgørelser af 7. februar 2003 fra Finanstilsynet er i det væsentlige ligegyldige. Afgørelsen vedrørende K1 lyder således:

”...

K har i brev af 14. januar 2003 anført, at kunderne jf. § 8, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, i forbindelse med at kundeforholdet etableres, afgiver følgende samtykke:

”Da K er en forsikringskoncern bestående af mange forsikringsselskaber, giver jeg hermed samtykke til, at alle oplysninger om mig videregives til de øvrige forsikringsselskaber i K forsikringskoncern, så K kan rådgive mig og kontakte mig med markedsføringsmateriale.”

...

Ifølge § 8, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, må oplysninger om en privatkunde ikke videregives til brug for markedsføring eller rådgivning, medmindre kunden har givet samtykke hertil.

Ifølge § 10, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed skal samtykke til videregivelse af oplysninger afgives i skriftlig form.

...

Det er Finanstilsynets vurdering, at der ikke på baggrund af ordlyden i den fremsendte samtykkeerklæring lovligt kan videregives oplysninger i henhold til lov om finansiel virksomhed, idet samtykket ikke opfylder kravene i lovbemærkningerne til § 10 i lov om finansiel virksomhed til, hvordan samtykker skal være udformet, dvs. kravene om at samtykket skal være frivilligt, specifikt og informeret.

For så vidt angår hvilke oplysninger der kan videregives, så er angivelsen "alle" for upræcis. Det skal tydeliggøres, hvilke oplysninger kunden giver samtykke til videregivelse af.

Det fremgår af samtykket, at oplysningerne kan videregives til "de øvrige forsikringsselskaber i K forsikringskoncern". Denne angivelse er også for upræcis. Det skal af samtykket fremgå med navns nævnelse, hvilke selskaber oplysningerne kan videregives til.

På den baggrund er det Finanstilsynets opfattelse, at selskabet i strid med § 8 i lov om finansiel virksomhed videregiver oplysninger til K4, hvilket tilsynet skal påtale.

Finanstilsynet skal endvidere påbyde selskabet at bringe forholdet i overensstemmelse med lovgivningen.

...”

## **B. Klagen af 7. marts 2003 fra K:**

K anfører i klagen af 7. marts 2003 blandt andet:

”...

Det bemærkes ..., at K4 er moderselskab for K1, der selv er moderselskab både for K2 og for K3.

Der er i koncernen indgået administrationsaftaler om K4's administration af de øvrige selskabers kundeportefølje. Aftalerne indebærer, at K4 varetager al sagsbehandling incl. rådgivning og markedsføring over for koncernens kunder. K4 varetager således den sagsbehandling, der er forbundet med antagelse af forsikringer. K4 varetager endvidere den løbende kundekontakt, præmieadministration (indbetalinger, rykkerprocedurer, tilbagekøb af forsikringer), skadebehandling (modtagelse og ekspedition af skadeanmeldelser, bedømmelse, dokumentation og udbetaling). K4 tilvejebringer og opbevarer statistiske data m.v., som er påkrævet i henhold til koncessionsbestemmelser, eller som måtte blive rekvireret af myndighederne i øvrigt. Endelig varetager K4 de øvrige selskabers regnskabs- og økonomifunktioner og repræsenterer selskaberne over for Finanstilsynet, skattevæsenet og andre myndigheder.

Som følge af de indgåede administrationsaftaler er alle medarbejdere i forsikringskoncernen ansat af K4, bortset fra en ansvarshavende aktuar i hvert forsikringsselskab.

### **Problemstilling:**

....

K finder, at de indhentede samtykker er tilstrækkeligt præcise, og det er klart for kunderne, hvilke selskaber der videregives oplysninger til.

Til støtte [herfor] ... gør K gældende, at

- udtrykket ”alle oplysninger” må anses for mere fyldestgørende end udtrykket ”oplysninger”, jf. Datatilsynets sag ...

- det ikke kan udtrykkes mere præcist end ”alle oplysninger”, når det vitterligt er meningen, at samtlige de oplysninger, der behandles af K4
- der ikke findes noget reelt andet eller mere præcist udtryk, der dækker den samlede mængde af oplysninger, som behandles af K, end udtrykket ”alle oplysninger”
- K ved at opregne typer af oplysninger vil begrænse sine videregivelsesmuligheder, da det ikke er muligt helt nøjagtigt at angive samtlige oplysningstyper
- K angiver, at formålet med videregivelsen er rådgivning og markedsføring, og persondatalovens krav må derfor anses for opfyldt, jf. Datatilsynets sag ... samt den efterfølgende korrespondance mellem Datatilsynet og A
- K’s kunder på baggrund af oplysningerne i den udleverede informationsfolder ikke kan være i tvivl om, hvilke oplysninger der behandles om dem
- navnene på de selskaber, der videregives oplysninger til, er kendt af kunden, idet der nederst på side 1 i begæringen nævnes de forsikringselskaber, ..., der indgår i K-koncernen, og samtykkeerklæringen er indeholdt i begæringen om tegning af en pensionsordning i K
- det er både sagligt og sædvanligt at videregive oplysninger til K4, da alle medarbejdere er ansat i dette selskab
- den før ikrafttrædelsen af lov om forsikringsvirksomhed gældende bestemmelse om videregivelse af oplysninger i finansielle koncerner, lov om forsikringsvirksomheds § 258, samt overgangsbestemmelsen i lov om finansiell virksomheds § 82 har gjort det muligt at videregive oplysninger, og det må derfor anses for sædvanligt, at der mellem koncernforbundne selskaber underlagt lovbestemt tavshedspligt udveksles oplysninger
- Samtykkeerklæringen er væsentlig mere konkret og informeret end den samtykkeerklæring, der var forelagt for Sø- og Handelsretten i sagen med Interessebank Danmark (UfR 2002.1282 SH). Denne sag vedrørte markedsføringslovens § 6a, hvor det blot blev angivet, at der blev videregivet oplysninger til virksomheder inden for et interesseområde. I K’s samtykkeerklæring oplyses det, at der videregives oplysninger til forsikringselskaber. Endvidere oplyses det, at der ikke videregives oplysninger til et hvilket som helst forsikringselskab, men kun til forsikringselskaber i K-koncernen
- de af K indhentede samtykkeerklæringer i medfør af § 8, stk. 1 kan videregive oplysninger til K4
- K på baggrund af de indhentede samtykkeerklæringer i medfør af § 8, stk. 1 kan videregive oplysninger til K4
- Datatilsynets praksis og retspraksis støtter K’s fortolkning

**Dokumenter:**

Samtykkeerklæringen, der er aftrykt bagest i begæringen om etablering af en pensionsordning – lige over underskriftsfeltet – har følgende ordlyd:

”Da K er en forsikringskoncern bestående af mange forsikringsselskaber, giver jeg hermed samtykke til, at alle oplysninger om mig må videregives til de øvrige forsikringsselskaber i K forsikringskoncern, så K kan rådgive mig og kontakte mig med markedsføringsmateriale.”

....

Til nye kunder udleveres informationen samtidig med underskrivelsen af begæringen om tegning af en pensionsordning, hvor samtykkeerklæringen er indeholdt. Eksisterende kunder har fået informationen tilsendt.

....

Af denne information fremgår det bl.a., at

”Når du bliver kunde i K, beder vi om en række oplysninger, bl.a. dit navn, adresse og CPR-nr, og måske nogle helbredsoplysninger. Oplysningerne bruger vi typisk til administration og for at kunne tilbyde de finansielle serviceydelser, som K og A-koncernen har og i fremtiden vil få. K er en del af A-koncernen.

Hvis din pensions- og forsikringsordning betales fra din arbejdsgiver, modtager vi derigennem oplysninger om dine lønforhold.

I nogle tilfælde kan K hente oplysninger fra offentligt tilgængelige kilder og registre. Det kan f.eks. være fra CPR-kontoret, hvis du har ændret adresse.

Med dit samtykke kan vi indhente oplysninger hos læger, sygehuse, offentlige myndigheder samt hos andre forsikringsselskaber.”

### **Lov om finansiell virksomhed og praksis på området:**

Lov om finansiell virksomhed trådte i kraft 1. juli 2001. Lovens §§ 8 og 10 og de fleste øvrige bestemmelser om videregivelse af oplysninger, trådte dog først i kraft den 1. januar 2002. Indtil den 1. januar 2005 finder § 10, stk. 1 kun anvendelse på kunde-forhold etableret efter den 1. januar 2002, eller hvis kunden indgår nye aftaler med den finansielle virksomhed, jf. § 82, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed.

...

### **Fortolkning af § 10, stk. 1:**

Af bemærkningerne til lov om finansiell virksomheds § 10, stk. 1, fremgår, at

”Ved samtykke forstås en frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse fra kunden, hvor kunden indvilger i, at oplysninger om kunden videregives.

Kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven”.

I kravet om et ”specifikt samtykke ” ligger, at et samtykke skal være konkretiseret i den forstand, at det klart og utvetydigt fremgår, hvad det er, der meddeles samtykke til.

Af samtykket skal fremgå, hvilke typer af oplysninger der må videregives, hvem der kan modtage oplysningerne, samt til hvilke formål videregivelse kan ske.

Det fremgår ligeledes af bemærkningerne, at kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven.

#### **Datatilsynets praksis:**

Der henvises til j.nr. 2000-131-0003, hvor Datatilsynet til brug for Økonomiministeriets besvarelse af..., stillet af Folketingets Erhvervsudvalg, den 6. december 2000 afgav en udtalelse om, hvorvidt en af A udarbejdet samtykkeerklæring, der anvendes ved ansøgning af et American Express kort opfyldte kravene til samtykke. ...

Kundeaftalen indeholdt følgende samtykkeerklæring:

”Jeg har læst og accepteret medlemsbestemmelserne, som er vedlagt. Der kan ske en løbende kreditvurdering, der også omfatter mit engagement med andre af A koncernens selskaber. I forbindelse med kreditvurdering er jeg indforstået med, at A A/S eventuelt indhenter og videregiver oplysninger hos/til finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og/eller pengeinstitutter samt om eventuelle engagementer med A koncernens selskaber. Alle oplysninger om mine kundeforhold, herunder mit cpr.nr., kan videregives til og modtages fra øvrige selskaber i A koncernen. Til kortet kan knyttes de for de pågældende kort til enhver tid eksisterende tillægsydelse. Hos samarbejdspartnere indhenter og videregiver A oplysninger til brug for etablering og administration af tillægsydelse, der er tilknyttet kortmedlemmets kort samt i forbindelse med eventuel skadebehandling.”

Efter en gennemgang af den pågældende samtykkeerklæring udtalte Datatilsynet:

”at det på det foreliggende grundlag er Datatilsynets opfattelse, at kravene til et samtykke i persondataloven er opfyldt for så vidt angår

den del af erklæringen, der vedrører indhentning og videregivelse af oplysninger til brug for kreditvurdering.

Tilsynet har herved lagt vægt på, at det i forbindelse med udstedelse af et kreditkort må anses for sagligt løbende at foretage en kreditvurdering af den pågældende kunde, og at det i den forbindelse er sædvanligt at indhente oplysninger fra finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og pengeinstitutter.

Efter Datatilsynets opfattelse er den del af samtykkeerklæringen, der vedrører oplysninger til brug for kreditvurdering, konkretiseret tilstrækkeligt, idet den der afgiver samtykket tydeligt informeres om, hvad det er, der meddeles samtykke til.

I henhold til samtykkeerklæringen kan ”alle oplysninger om mine kundeforhold, herunder mit cpr.nr. videregives til og modtages fra de øvrige selskaber i A koncernen.

Idet det forudsættes, at denne del af samtykkeerklæringen ikke relaterer sig til kreditvurderingen, finder Datatilsynet på det foreliggende grundlag, at den anvendte formulering er for upræcis og bred, idet det ikke tydeligt fremgår, hvad det er, der meddeles samtykke til.

Det bør derfor efter Tilsynets opfattelse præciseres, hvilke oplysninger, der kan behandles på baggrund af denne del af samtykket, samt hvilke selskaber i A koncernen, der kan udveksle de pågældende oplysninger samt til hvilke formål.”

Da A blev bekendt med Datatilsynets udtalelse rettede banken ved brev af 13. marts 2001 henvendelse til Datatilsynet. ...

I denne henvendelse præciseres det, at de indhentede oplysninger alle anvendes til løbende kreditvurdering, og at samtykkeerklæringen var ændret til:

”Jeg bekræfter rigtigheden af oplysningerne i denne ansøgning. Jeg har læst og accepteret medlemsbestemmelserne på bagsiden. Jeg er indforstået med, at KortFinans foretager en kreditværdighedsundersøgelse, herunder eventuelt indhenter og videregiver oplysninger hos/til finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og/eller pengeinstitutter og om nuværende og eventuelle tidligere engagementer med A koncernens selskaber. Der kan ske en løbende kreditvurdering, der også omfatter mine eventuelle engagementer med A koncernens selskaber, hvor oplysninger om mine kundeforhold, herunder mit CPR-nr, kan videregives til og modtages fra de øvrige selskaber i A koncernen ...”

I Datatilsynets besvarelse af 16. juli 2001, ..., nævnes det, at

”Datatilsynet har noteret sig, at de af samtykkeerklæringen omfattede oplysninger alle anvendes til løbende kreditvurdering, og at A har ændret samtykkeerklæringen for at præcisere dette.”

Af den del af samtykkeerklæringen, som efter Datatilsynets opfattelse opfylder persondatalovens krav, fremgår det, at kunden samtykker i, at A i forbindelse med kreditvurdering indhenter og videregiver oplysninger hos/til finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og eller pengeinstitutter samt om engagementer med A koncernens selskaber.

I samtykkeerklæringen er det ikke nærmere angivet, hvilke oplysninger der indhentes eller videregives, ligesom det heller ikke nævnes, hvilke finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer eller pengeinstitutter der indhentes eller videregives oplysninger til.

Om denne del af erklæringen udtaler Datatilsynet, at det er konkretiseret tilstrækkeligt, og der gives tydelig information om, hvad der meddeles samtykke til.

Datatilsynet har bemærket, at der er lagt vægt på, at det må anses for sagligt og sædvanligt at indhente oplysninger fra finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og pengeinstitutter i forbindelse med kreditvurdering ved udstedelse af et kreditkort samt til brug for løbende kreditvurdering.

Den sidste del af udtalelsen er givet under forudsætning af, at denne del af samtykkeerklæringen ikke relaterer sig til kreditvurderingen. Det synes at fremgå af denne bemærkning, samt af den efterfølgende korrespondance mellem A og Datatilsynet, at blot formålet havde været angivet, ville også denne del af samtykkeerklæringen opfylde persondatalovens krav.

...

#### **Fortolkning af § 8, stk. 1:**

Af lovbemærkningerne til § 8, stk. 1 fremgår det, at

”oplysninger ikke må videregives til brug for markedsføring eller rådgivning, medmindre privatkunden har givet samtykke til videregivelsen. Et samtykke skal indhentes i overensstemmelse med reglerne i markedsføringslovens § 6a, der fastsætter regler vedrørende selve henvendelsen til kunden.”

Af lovbemærkningerne til markedsføringslovens § 6a fremgår det, at

”et samtykke skal være konkretiseret i den forstand, at det klart og utvetydigt fremgår, hvad der meddeles samtykke til. Et samtykke ... kan ... være affattet forholdsvis bredt ... et samtykke skal også være informeret. Den, der giver samtykket, skal således være klar over, hvad han meddeler samtykke til. Hvis et samtykke alene fremgår af den



erhvervsdrivendes standardvilkår, kan det kun anses for givet, hvis det har været fremhævet over for den pågældende.”

### **Retspraksis:**

Sø- og Handelsretten har i marts 2002, i den såkaldte Interessebank Danmark-sag, [UfR 2002.1282], ..., taget stilling til et samtykke indhentet af Post Danmark. Samtykket havde følgende ordlyd:

”Jeg er indforstået med, at Post Danmark til brug for Interessebank Danmark på egne og TDC Forlag A/S’ vegne indsamler, behandler, registrerer og opbevarer oplysningerne i dette skema samt videregiver oplysninger til TDC Forlag, som ligeledes behandler, registrerer og opbevarer oplysningerne.

Jeg er ligeledes indforstået med, at TDC Forlag A/S på egne og Post Danmarks vegne videregiver mit navn og min adresse til virksomheder inden for mit interesseområde til brug for disse virksomheders markedsføring over for mig. Herved får jeg mulighed for at modtage tilbud og informationer fra virksomheder om områder, der interesserer mig og min familie.”

...

Sø og Handelsretten fastslog, at

”§ 6a, stk. 3, hvorefter stk. 2 ikke gælder, hvis den pågældende fysiske person forudgående har anmodet om henvendelse fra en erhvervsdrivende, indeholder ikke bestemmelser om, over for hvem en sådan anmodning skal være fremsat. Denne bestemmelse fastsætter således ikke, at anmodningen skal være fremsat specielt over for den pågældende erhvervsdrivende.

Formuleringen udelukker ikke, at anmodningen – ligesom efter stk. 2 – kan have en generel karakter og således være fremsat over for erhvervsdrivende, der videregiver anmodninger om direkte markedsføring inden for angivne områder til andre erhvervsdrivende.”

Videre fremgår det af Sø- og Handelsrettens dom, at

”således som Interessebank Danmarks interesseskema er udformet, herunder navnlig indholdet af rubrikken til samtykke og underskrift, findes forbrugerens samtykke til videregivelse af oplysninger endvidere at være konkretiseret og informeret.”

Da K’s samtykke erklæring er væsentlig mere konkret og informeret end den samtykkeerklæring, der var forelagt Sø- og Handelsretten, må den af K valgte formulering så meget desto mere anses for at opfylde kravene i markedsføringslovens § 6a og dermed også kravene i § 8, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.”

### C. Finanstilsynets redegørelse af 10. april 2003 for sagen i anledning af klagen:

”...

#### 1. Sagsfremstilling

K angav i brev af 8. maj 2002 ..., at alle forsikringsmedarbejdere var ansat i K4, og at der således ikke var ansatte i livsforsikringsselskaberne i forsikringskoncernen. Finanstilsynet anmodede i brev af 19. juni 2002 ... K om at redegøre for, hvorledes dette harmonerede med tavshedspligtsreglerne i lov om finansielle virksomhed.

K redegjorde for forholdet i brev af 28. juni 2002 ... Heraf fremgik det, at (K4) er moderselskab for de øvrige forsikringsselskaber i koncernen, og at der i koncernen er indgået administrationsaftaler om K4's administration af de øvrige selskabers kundeportefølje. K anførte afslutningsvis, at selskabet naturligvis var opmærksom på de særlig regler, der gælder for udveksling af oplysninger til brug for rådgivning og markedsføring.

Finanstilsynet anmodede i brev af 27. august 2002 ... K om at redegøre for, hvorledes selskabet overholdt bestemmelserne i lov om finansiell virksomhed om videregivelse af fortrolige oplysninger til brug for rådgivning og markedsføring.

K meddelte i brev af 14. januar 2003 ..., at kunderne jf. § 8, stk. 1 i lov om finansiell virksomhed, i forbindelse med etablering af kundeforhold afgiver ... samtykke:

...

[og] ...at det er selskabets opfattelse, at samtykkeerklæringens udformning opfylder de krav, der stilles i lov om finansiell virksomhed og lov om personoplysninger. ...

Finanstilsynet meddelte i brev af 7. februar 2003, at tilsynet vurderede, at der ikke på baggrund af den samtykkeerklæring, som anvendes i K forsikringskoncern, lovligt kan videregives oplysninger i henhold til lov om finansiell virksomhed, idet samtykket ikke opfylder kravene i § 10 i lov om finansiell virksomhed til udformningen af et samtykke.

...

#### 2. Det retlige grundlag

Reglerne om finansielle virksomheders tavshedspligt findes i §§ 4-10 og § 82 i lov om finansiell virksomhed, der trådte i kraft den 1. januar 2002.

Det fremgår af § 8, stk. 1, at oplysninger om en privatkunde ikke må videregives til brug for markedsføring eller rådgivning, medmindre kunden har givet samtykke hertil.

Det fremgår af bemærkningerne til § 8, at hovedreglen er, at der ikke må videregives oplysninger til brug for markedsføring eller rådgivning, medmindre privatkunden har givet samtykke til videregivelsen. Samtykket skal indhentes i overensstemmelse med reglerne i markedsføringslovens § 6a, der fastsætter regler vedrørende selve henvendelsen til privatkunden. Endvidere fremgår det, at, for så vidt angår videregivelse til brug for markedsføring, skal der fortolkes i overensstemmelse med persondatalovens § 6, stk. 2.

Ifølge § 10 i lov om finansiel virksomhed skal samtykke til videregivelse af oplysninger afgives i skriftlig form. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 10, at der ved et samtykke forstås en frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse fra kunden, hvorved kunden indvilger i, at oplysninger om kunden videregives. Kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven.

Endvidere fremgår det, at kravet om, at samtykket skal være specifikt, indebærer, at det af samtykket skal fremgå, hvilke typer af oplysninger der må videregives, hvem der kan modtage oplysningerne, samt til hvilke formål videregivelsen kan ske. Kravet om, at samtykket skal være informeret, indebærer, at kunden skal være klar over, hvad det er, vedkommende meddeler samtykke til. Den finansielle virksomhed må således sikre sig, at der gives kunden tilstrækkelig information til, at den pågældende kan vurdere, hvorvidt samtykke bør meddeles.

§ 82, stk. 1 indeholder en overgangsordning, hvorefter kravet i § 10, stk. 1, om, at et samtykke skal være skriftligt, indtil den 1. januar 2005 kun finder anvendelse på kundeforhold etableret efter den 1. januar 2002 eller hvis kunden indgår nye aftaler med den finansielle virksomhed.

Ifølge § 82, stk. 2 kan der for kundeforhold etableret før den 1. januar 2002 videregives sædvanlige oplysninger om kundeforhold til koncernforbundne finansielle virksomheder indtil den 1. januar 2005, medmindre kunden indgår nye aftaler med den finansielle virksomhed, eller kunden fremsætter indsigelse herimod.

...

Det er Finanstilsynets vurdering, at videregivelse af oplysninger fra de tre livsforsikringsselskaber til Forsikringsselskabet K på baggrund af den foreliggende samtykkeerklæring til brug for rådgivning og markedsføring vil være i strid med § 8 i lov om finansiel virksomhed, idet samtykket ikke opfylder kravene i § 10 i lov om finansiel virksomhed til udformningen af et samtykke.

Finanstilsynet begrundet sin vurdering med:

at det ikke er tilstrækkeligt præcist at skrive, at alle oplysninger kan videregives. Det skal tydeliggøres, hvilke oplysninger kunden giver samtykke til videregivelse af.

at det med navns nævnelse skal fremgå af samtykket, hvilke selskaber i K forsikringskoncern oplysningerne kan videregives til.

...

K har anført nedennævnte punkter til støtte for sin påstand:

1. Det er K's opfattelse, at udtrykket "alle oplysninger" må anses for mere fyldestgørende end udtrykket "oplysninger", jf. Datatilsynets sag nr. 2000-131-0063.

Finanstilsynet skal henvise til tilsynets bemærkninger under punkt 13 nedenfor.

2. K mener ikke, at det kan udtrykkes mere præcist end "alle oplysninger", når det vitterligt er meningen, at samtlige de oplysninger, der behandles om en kunde i K, kan videregives til K4.
3. K mener ikke, at der reelt findes noget andet eller mere præcist udtryk, der dækker den samlede mængde af oplysninger, som behandles af K, end udtrykket "alle oplysninger".
4. Det er K's opfattelse, at K ved at opregne typer af oplysninger vil begrænse sine videregivelsesmuligheder, da det ikke er muligt helt nøjagtigt at angive samtlige oplysningstyper.

Finanstilsynet har noteret sig K's anbringender under punkt 2.-4., men finder ikke anledning til at kommentere dem.

5. K angiver, at formålet med videregivelsen er rådgivning og markedsføring, og persondatalovens krav må derfor anses for opfyldt, jf. Datatilsynets sag nr. 2000-131-0063 samt den efterfølgende korrespondance mellem Datatilsynet og A.

Tilsynet er enig med K i, at samtykkeerklæringen opfylder § 10 i lov om finansiel virksomhed, for så vidt angår angivelsen af formålet (rådgivning og markedsføring) med videregivelsen af oplysningerne. Finanstilsynet har således ikke i sin afgørelse af 7. februar 2003 anført, at formålet ikke fremgår tydeligt af samtykkeerklæringen. Tilsynet har alene vurderet, at angivelsen af, hvilke oplysninger der kan gives, er for upræcis, samt at selskaberne i koncernen skal angives med navns nævnelse i erklæringen.

For så vidt angår Datatilsynets sag nr. 2000-131-0063, henvises til Finanstilsynets bemærkninger under punkt 13.

6. K mener ikke, at kunderne på baggrund af oplysningerne i den udleverede informationsfolder kan være i tvivl om, hvilke oplysninger der behandles om dem.

Finanstilsynet skal bemærke, at K ikke har fremlagt informationsfolderen som led i tilsynets behandling af sagen, og at tilsynet således først nu er blevet bekendt med dens indhold. Tilsynet finder, at kunderne muligvis ud fra informationsfolderen har et indtryk af, hvilke oplysninger om dem der behandles. Det fremgår imidlertid ikke af folderen, hvilke oplysninger der konkret videregives til brug for rådgivning og markedsføring.

7. K anfører, at navnene på de selskaber, der videregives oplysninger til, er kendt af kunden, idet der nederst på side 1 i begæringen nævnes de forsikringsselskaber, der indgår i K koncernen, og samtykkeerklæringen er indeholdt i begæringen om tegning af en pensionsordning i K.

Det er Finanstilsynets vurdering, at det direkte i forbindelse med samtykkeerklæringen skal anføres, hvilke selskaber oplysningerne kan videregives til, for at kravene i § 10 i lov om finansiel virksomhed er opfyldt.

K's blanket om begæring om tegning af en pensionsordning er på 4 sider. Nederst på side 1 er nævnt de fire forsikringsselskaber, som indgår i koncernen. Nederst på side 4 er samtykkeerklæringen, hvori der alene henvises til "de øvrige forsikringsselskaber i K forsikringskoncern" uden en angivelse af, at disse er udtømmende opremset på side 1. Kunden kan således ikke umiddelbart se, hvilke selskaber det drejer sig om, ligesom der åbnes op for en udvidelse af de omfattede selskaber, hvis der sker ændringer i antallet af selskaber i koncernen.

8. Det er K's opfattelse, at det både er sagligt og sædvanligt at videregive oplysninger til Forsikringsselskabet K, da alle medarbejdere er ansat i dette selskab.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at i relation til tavshedspligtsbestemmelserne i lov om finansiel virksomhed er det uden betydning for fortolkningen af bestemmelserne, hvorvidt en konkret videregivelse af informationer er sagligt og sædvanlig.

9. K anfører, at den før ikrafttræden af lov om finansiel virksomhed gældende bestemmelse om videregivelse af oplysninger i finansielle koncerner, lov om forsikringsvirksomhed § 258, samt overgangsbestemmelsen i lov om finansiel virksomheds § 82 har gjort det muligt at videregive oplysninger, og det må derfor anses for sædvanligt, at der mellem koncernforbundne selskaber underlagt tavshedspligt udveksles oplysninger.

Finanstilsynet er enig i, at selskaberne i koncernvirksomheder i henhold til § 258 i lov om forsikringsvirksomhed kunne videregive sædvanlige oplysninger om forsikringstagernes forhold, såfremt dette var erhvervsmæssigt begrundet.

Endvidere er tilsynet enig med K i, at § 82 i lov om finansiel virksomhed er en overgangsbestemmelse, således at der i kundeforhold stiftet før 1. januar 2002 ikke kræves et samtykke, som opfylder kravene i § 10, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed, medmindre kunden indgår nye aftaler med den finansielle virksomhed, eller kunden fremsætter indsigelse mod, at der videregives oplysninger.

Finanstilsynet skal imidlertid bemærke, at § 258 i lov om forsikringsvirksomhed ikke længere finder anvendelse, idet bestemmelsen den 1. januar 2002 blev erstattet af §§ 4-10 i lov om finansiel virksomhed. Det er således bestemmelserne i lov om finansiel virksomhed, som regulerer, hvilke oplysninger der kan videregives mellem koncernforbundne selskaber.

For så vidt angår § 82 i lov om finansiel virksomhed, skal Finanstilsynet anføre, at § 82 indeholder en overgangsordning, således at der som anført i bestemmelsen skal indhentes samtykke i overensstemmelse med § 10, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed i kundeforhold, som stiftes efter 1. januar 2002.

Finanstilsynet finder på baggrund af ovennævnte ikke, at K med henvisning til § 258 i lov om forsikringsvirksomhed og § 82 i lov om finansiel virksomhed kan antage, at koncernforbundne selskaber underlagt tavshedspligt kan udveksle oplysninger om kunderne, udover hvad der i henhold til §§ 4-10 i lov om finansiel virksomhed er hjemmel til.

10. K er af den opfattelse, at samtykkeerklæringen er væsentlig mere konkret og informeret end den samtykkeerklæring, der var forelagt for Sø- og Handelsretten i sagen med Interessebank Danmark (UfR 2002.1282SH). Denne sag vedrørte markedsføringslovens § 6a, hvor det blot blev angivet, at der blev videregivet oplysninger til virksomheder inden for et interesseområde. I K's samtykkeerklæring oplyses det, at der videregives oplysninger til forsikringsselskaber. Endvidere oplyses det, at der ikke videregives oplysninger til et hvilket som helst forsikringsselskab, men kun til forsikringsselskaber i K koncernen.

Finanstilsynet skal anføre, at ovennævnte afgørelse af 15. marts 2002 fra Sø- og Handelsretten omhandler § 6a i markedsføringsloven. Den vedrører således ikke, hvorledes et samtykke i henhold til § 10 i lov om finansiel virksomhed skal udformes. Det fremgår af bemærkningerne til § 8 i lov om finansiel virksomhed, at et samtykke skal indhentes i overensstemmelse med reglerne i markedsføringslovens § 6a, der fastsætter regler vedrørende selve henvendelsen til privatkunden. Det er dermed kun selve indhentelsen af samtykket, som skal ske i overensstemmelse med markedsføringsloven.

Indholdet af samtykket er derimod reguleret af § 10 i lov om finansiel virksomhed, og kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven.

11. K er af den opfattelse, at de af K indhentede samtykkeerklæringer opfylder de krav, der stilles i § 10, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed.
12. K gør gældende, at selskaberne på baggrund af de indhentede samtykkeerklæringer i medfør af § 8, stk. 1 lovligt kan videregive oplysninger til K4.

Finanstilsynet skal anføre, at det fortsat er tilsynets vurdering, at videregivelse af oplysninger fra de tre datterselskaber til Forsikrings-selskabet K på baggrund af den foreliggende samtykkeerklæring til brug for rådgivning og markedsføring, vil være i strid med § 8 i lov om finansiel virksomhed, idet samtykket ikke opfylder kravene i § 10 i lov om finansiel virksomhed til udformningen af et samtykke. Finanstilsynet har telefonisk den 29. januar 2003 fået Datatilsynets bekræftelse af denne vurdering. ...

13. K finder, at Datatilsynets praksis og retspraksis støtter K's fortolkning. K henviser i den forbindelse til besvarelse af folketingssspørgsmål 25.

Finanstilsynet skal anføre, at det er tilsynets vurdering, at der i Datatilsynets besvarelse af folketingssspørgsmål 25 er lagt vægt på, at samtykkeerklæringen relaterer sig til videregivelse af oplysninger til brug for kreditvurdering af en person, som anmoder om udstedelse af et kreditkort.

Det fremgår af Datatilsynets besvarelse, at det i forbindelse med udstedelse af kreditkort er sagligt løbende at foretage en kreditvurdering af den pågældende kunde, og at det i den forbindelse er sædvanligt at indhente oplysninger fra finansieringsselskaber, kreditoplysnings-bureauer og pengeinstitutter.

Finanstilsynet har forstået Datatilsynets brev af 16. juli 2001 således, at Datatilsynet ikke med sit brev godkender/accepterer A's reviderede samtykkeerklæring, som banken fremsendte den 13. marts 2001. Datatilsynet noterer sig blot, at erklæringen er blevet ændret.

Finanstilsynet mener, at der er forskel på udformningen af et samtykke alt efter, om der er tale om en person, som ønsker at opnå en kredit, eller om det drejer sig om personer, som man ønsker at rådgive og markedsføre overfor.

Finanstilsynet finder, jf. Datatilsynets besvarelse af folketingssspørgsmål 25 og Datatilsynets brev af 16. juli 2001, at en endelig stillingtagen til, om en samtykkeerklæring opfylder lovgivningens krav, forudsætter en konkret

vurdering i den enkelte sag, idet de nærmere omstændigheder, hvorunder samtykket er afgivet, skal tages i betragtning.

Finanstilsynet skal sammenfattende til dette punkt anføre, at tilsynet ikke kan støtte K's vurdering, hvorefter Datatilsynets praksis og retspraksis støtter K's fortolkning.

Som anført ovenfor, er det Finanstilsynets vurdering, at Datatilsynets besvarelse af folketingsspørgsmål 25 afspejler, at det i det konkrete spørgsmål drejede sig om kreditvurdering. Finanstilsynets vurdering er den 4. april 2003 telefonisk blevet bekræftet af Datatilsynet. ... Datatilsynets besvarelse af folketingsspørgsmål 25 er således ikke Datatilsynets praksis, for så vidt angår samtykkeerklæringer i sager vedrørende videregivelse af kundeoplysninger til brug for rådgivning og markedsføring.

Finanstilsynet finder ikke, at Sø- og Handelsrettens afgørelse af 15. marts 2002 kan anses for retspraksis for så vidt angår samtykkeerklæringers udformning i henhold til § 10 i lov om finansiel virksomhed, jf. tilsynets bemærkninger til punkt 10 ovenfor.

#### **5. Finanstilsynets konklusion.**

Det er Finanstilsynets opfattelse, at videregivelse af kundeoplysninger fra K1, K2 og K3 til K4 på baggrund af den foreliggende samtykkeerklæring til brug for rådgivning og markedsføring, er i strid med § 8 i lov om finansiel virksomhed, idet samtykket ikke opfylder kravene i § 10 i lov om finansiel virksomhed til udformningen af et samtykke. Det fremgår efter tilsynets vurdering ikke tilstrækkeligt præcist af samtykkeerklæringen, hvilke oplysninger kunden giver samtykke til videregivelse af. Endvidere finder Finanstilsynet, at de selskaber, som der kan videregives oplysninger til, skal fremgå af samtykkeerklæringen med navns nævnelse."

#### **D. Datatilsynets udtalelse af 28. april 2003 vedrørende samtykkeerklæringen og besvarelse af spørgsmål nr. ... fra Folketingets Erhvervsudvalg:**

Finanstilsynet har ved skrivelse af 5. maj 2003 fremsendt Datatilsynets vurdering af en anonymiseret version af den samtykkeerklæring, som K bruger. Datatilsynets udtalelse af 28. april 2003 har følgende ordlyd:

#### **"Vedrørende vurdering af samtykkeerklæring i forsikringskoncern ...**

I brev af 14. april 2003 har Finanstilsynet anmodet om en skriftlig bekræftelse af Datatilsynets telefoniske vurdering af følgende samtykkeerklæring:

"Da xxx Pension er en forsikringskoncern bestående af mange forsikringsselskaber, giver jeg hermed samtykke til, at alle oplysninger om



mig videregives til de øvrige forsikringsselskaber i xxx Pension forsikringskoncern, så xxx kan rådgive mig og kontakte mig med markedsføringsmateriale.”

Den 29. januar 2003 tilkendegav Datatilsynet telefonisk over for Finanstilsynet, at den anvendte formulering ”alle oplysninger” i ovenstående samtykkeerklæring er for upræcis, og at det bør tydeliggøres, hvilke oplysninger der kan videregives.

Datatilsynet tilkendegav endvidere, at det af samtykkeerklæringen skal fremgå med navns nævnelse, hvilke selskaber i koncernen oplysningerne kan videregives til.

Datatilsynet skal hermed bekræfte ovennævnte telefoniske tilkendegivelser vedrørende den forelagte samtykkeerklæring.

Det bemærkes dog for god ordens skyld, at en endelig stillingtagen til, om en behandling af personoplysninger, herunder en videregivelse, ligger inden for rammerne af et indhentet samtykke, beror på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde, hvor der bl.a. skal lægges vægt på, hvilke oplysninger der ønskes videregivet, formålet med videregivelsen, hvem oplysningerne ønskes videregivet til samt de nærmere omstændigheder, hvorunder samtykket er afgivet.”

Ved skrivelsen har Datatilsynet ligeledes fremsendt bemærkninger om besvarelsen af Folketingsspørgsmål nr. ... i forbindelse med behandlingen af persondataloven. Datatilsynets besvarelse af 28. april 2003 er sålydende:

**”Vedrørende besvarelse af spørgsmål nr. ... fra Folketingets Erhvervsudvalg**

I brev af 14. april 2003 har Finanstilsynet anmodet Datatilsynet om en skriftlig bekræftelse af tilsynets telefoniske redegørelse vedrørende besvarelsen af ovenstående spørgsmål.

Datatilsynet skal i den forbindelse henvise til tilsynets besvarelse af 21. december 2000, hvoraf fremgår, at det på det foreliggende grundlag var Datatilsynets opfattelse, at kravene til et samtykke i persondataloven er opfyldt for så vidt angår den del af erklæringen, der vedrører indhentning og videregivelse af oplysninger til brug for kreditvurdering.

Tilsynet lagde herved vægt på, at det i forbindelse med udstedelse af et kreditkort må anses for sagligt løbende at foretage en kreditvurdering af den pågældende kunde, og at det i den forbindelse er sædvanligt at indhente oplysninger fra finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og pengeinstitutter.

På denne baggrund fandt Datatilsynet, at den del af samtykkeerklæringen, der vedrører udveksling af oplysninger til brug for kreditvurdering, må betragtes som tilstrækkeligt konkretiseret, idet den der afgiver samtykket tydeligt informeres om, hvad det er, der meddeles samtykke til.

Som det ligeledes fremgår af besvarelsen, understregede Datatilsynet, at en endelig stillingtagen til det rejste spørgsmål forudsætter en konkret vurdering i den enkelte sag.”

#### **E. Parternes yderligere indlæg:**

I skrivelse af 21. maj 2003 har K yderligere bemærket:

”...

I K's bemærkninger til Finanstilsynets beskrivelse af det retlige grundlag.

...

Af de generelle bemærkninger til markedsføringslovens § 6a fremgår det, at

”De personer, der ikke ønsker direkte reklamehenvendelser, bør kunne frabede sig disse på en så enkel og smidig måde som muligt, og ordningen bør være tilsvarende enkel og smidig for de erhvervsdrivende” (K's understregning).

Lovgiver har således fremhævet, at ordningen ikke blot skal være enkel og smidig for kunderne, men tillige at den skal være enkel og smidig for de erhvervsdrivende, det vil sige i dette tilfælde for K.

II K's supplerende bemærkninger til Finanstilsynets bemærkninger til vor vurdering af sagen.

... Finanstilsynet gennemgår de punkter, K har anført til støtte for sin påstand. Til denne gennemgang skal K oplyse, at vi ikke har bemærkninger til Finanstilsynets bemærkninger til punkterne 1-5.

Til punkt 6 ... Den har ikke tidligere været fremlagt, da der er tale om en pligtmæssig information til K's kunder, pålagt den dataansvarlige efter persondatalovens kap. 8.

Til punkt 7 ...

Det fremgår af bemærkningerne til § 10, at kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven. Af bemærkningerne til persondatalovens § 3, stk. 1, nr. 8, der omhandler den registreredes samtykke, fremgår det, at

”Der gælder ikke noget formkrav til et samtykke”.

Videre fremgår det af bemærkningerne til denne bestemmelse, at der skal være tale om

”...et specifikt samtykke. I kravet herom ligger, at et samtykke skal være konkretiseret i den forstand, at det klart og utvetydigt fremgår, hvad det er, der meddeles samtykke til.”

Sø- og Handelsretten har i den sag, der er omtalt i K's første indlæg, udtalt, at et samtykke, der giver tilladelse til at videregive oplysninger

”til virksomheder inden for mit interesseområde til brug for disse virksomheders markedsføring over for mig”,

er tilstrækkelig konkretiseret og informeret.

Hverken loven eller retspraksis stiller krav om, at det direkte i forbindelse med samtykkeerklæringen anføres hvilke selskaber, der videregives oplysninger til.

Om dette punkt skal det i øvrigt bemærkes, at K inden 1. juli d.å. vil informere de kunder, der har givet samtykke til videregivelse af oplysninger, i overensstemmelse med lov om finansiel virksomhed § 10, stk. 3. I denne information vil det bl.a. blive anført, at

”Vi bruger betegnelsen ”K” for K-koncernen, der består af K4, K1, K2 og K3”.

....

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 10, stk. 4 og bemærkningerne hertil, at ved væsentlige ændringer i K's forhold, herunder eksempelvis fusion, spaltning eller andre omstruktureringer, skal der gives meddelelse til kunden herom. Der skal ikke indhentes fornyet samtykke. Det er således korrekt, at der åbnes for en udvidelse af de omfattede selskaber, hvis der sker ændringer i antallet af selskaber i koncernen, men denne mulighed er allerede forudset i lov om finansiel virksomhed § 10, stk. 4.

Til punkt 8 og 9 ... Finanstilsynet har indhentet udtalelser fra Datatilsynet. Af Datatilsynets besvarelse af spørgsmål ... fra Folketingets Erhvervsudvalg, ... [anført ovenfor under D.]

Datatilsynet har således lagt vægt på, om videregivelsen er saglig og sædvanlig. Det kan derfor ikke være uden betydning, at forsikringselskaber i K-koncernen, der er og har været underlagt lovbestemt tavshedspligt, i en årrække har kunnet udveksle oplysninger med henvisning bl.a. til lov om forsikringsvirksomhed § 258 samt efter overgangsbestemmelsen i lov om finansiel virksomheds § 82. Der er således ikke noget usagligt eller usædvanligt i videregivelsen.

...

Lov om finansiel virksomhed stiller krav om, at et samtykke er specifikt og informeret. Der er efter K's opfattelse ikke forskel på om et samtykke er konkretiseret eller om samtykket er specifikt, der henvises til bemærkningerne til persondatalovens § 3, stk. 1, nr. 8 ..., hvor det fremgår, at

”et specifikt samtykke. I kravet herom ligger, at et samtykke skal være konkretiseret...”

Det bemærkes, at Sø- og Handelsretten [UfR 2002.1282] fandt samtykket tilstrækkeligt konkretiseret i den nævnte sag. Det indeholdt blot et samtykke til videregivelse af oplysninger til en ubestemt kreds af virksomheder indenfor et bestemt interesseområde. Det samtykke, der skal tages stilling til i nærværende sag, indeholder imidlertid et samtykke til videregivelse af oplysninger til forsikringselskaber i K koncernen, altså væsentligt mere konkretiseret end det for Sø- og Handelsretten forelagte.

Til det af Finanstilsynet til punkterne 11,12 og 13 anførte skal dels henvises til det ovenfor nævnte om punkt 8 og 9 og dels til, at det fortsat er vor opfattelse, at når man i K koncernen ønsker, at alle oplysninger om en kunde skal kunne videregives til øvrige forsikringselskaber i K-koncernen, kan det ikke udtrykkes mere præcist uden at lægge begrænsninger på oplysningernes karakter.

### III K's synspunkt

Finanstilsynet meget restriktive fortolkning i nærværende sag af kravene til skriftligt samtykke jfr. lov om finansiel virksomheds § 8 og § 10, stk. 1, synes ikke at være i overensstemmelse med lovgivers ønske om en – også for erhvervsvirksomhederne – enkel og smidig ordning.

Den synes ej heller at være i overensstemmelse med Finanstilsynets egen praksis, således som den fremgår af Finanstilsynets afgørelse i j.nr. 561-0014 om videregivelse af oplysninger fra et forsikringselskab til en forsikringsmægler. I denne sag konkluderede Finanstilsynet bl.a.,

”I de obligatoriske ordninger har arbejdsgiveren på vegne af samtlige sine ansatte meddelt forsikringsmægleren mæglermandat. Der er indgået en aftale mellem en arbejdsgiver og en forsikringsmægler, hvorved der er etableret et fuldmagtsforhold mellem arbejdsgiveren og forsikringsmægleren.

Det antages også i denne situation, at der berettiget kan videregives de fortrolige oplysninger fra et forsikringselskab til forsikringsmægleren, som er nødvendig. Dette antages at være tilfældet, selv om der er tale om en obligatorisk ordning, hvor den forsikrede ikke selv har valgt, at forsikringsmægleren skal involveres, da det både er i arbejdsgiverens og den forsikredes interesse, at arbejdsgiveren har

mulighed for at anvende professionel bistand fra en forsikringsmægler.”

Af afgørelsen fremgår det videre, at Finanstilsynet har overvejet kravet om skriftlighed og nået til følgende konklusion:

”Når der er etableret i (der skal formentlig stå, et) fuldmagtsforhold mellem en kunde og en forsikringsmægler vurderer Finanstilsynet, at initiativet til videregivelse af oplysninger for så vidt udgår fra kunden, hvorved hensynene bag reglerne om samtykke opvejes. Dette betyder, at der kan ses bort fra de ellers ufravigelige krav om skriftligt samtykke i §§ 8 og 10 i lov om finansiel virksomhed, idet rækkevidden af disse regler begrænses af fuldmagtsforholdet.

Finanstilsynet har ved sine vurderinger i denne sag lagt vægt på, at forsikringsmæglere i henhold til bekendtgørelse nr. 968 af 06/11/2001 om god forsikringsmægleriskik § 4 er pålagt den samme tavshedspligt, som gælder for finansielle virksomheder efter lov om finansiel virksomhed § 4, stk. 1, og at forsikringsmæglere efter lov om forsikringsformidling er underlagt Finanstilsynets tilsyn.”

Af denne afgørelse fremgår det således, at en mundtlig fuldmagt, eller slet ingen fuldmagt, i visse tilfælde er tilstrækkelig til at kunne videregive de oplysninger, blot den modtagne virksomhed er underlagt lovbestemt tavshedspligt og Finanstilsynets tilsyn. I nærværende sag videregives der alene oplysninger i henhold til det af K indhentede skriftlige samtykke til virksomheder i samme forsikringskoncern, der alle er underlagt den tavshedspligt, der er omtalt i lov om finansiel virksomhed § 4, stk. 1, og som alle er under Finanstilsynets tilsyn.

Finanstilsynets krav til indholdet af K's samtykke synes unødigt restriktivt,

1. når lovgiver fastslår, at ordningen skal være enkel og smidig også for virksomhederne,
2. når det af bemærkningerne til § 8 i lov om finansiel virksomhed alene fremgår, at ”for så vidt angår videregivelse til brug for markedsføring svarer stk. 1 til bestemmelsen i § 6. stk. 2 i persondataloven og skal fortolkes i overensstemmelse med denne bestemmelse”, og således uden præcis angivelse af, hvad der måtte gælde for så vidt angår videregivelse til brug for rådgivning, og
3. når der henses til den nævnte afgørelse vedrørende videregivelse til forsikringsmæglere.

...”

Finanstilsynet har i skrivelse af 20. juni 2003 yderligere udtalt:

”...

Finanstilsynet skal ... bemærke, at henvisningen i § 8 i lov om finansiel virksomhed til § 6a i markedsføringsloven vedrører måden, hvorpå samtykket skal indhentes og ikke selve indholdet af samtykket, som er reguleret i § 10 i lov om finansiel virksomhed. ... af bemærkningerne til § 6a i markedsføringsloven er således ikke af betydning i nærværende sag.

...

Finanstilsynet skal anføre, ... at persondataloven ikke stiller krav til formen af et samtykke afgivet i henhold til denne lov, hvorfor samtykket kan afgives såvel skriftligt som mundtligt. I modsætning hertil kræver § 10 i lov om finansiel virksomhed, at samtykket skal være skriftligt.

Som det fremgår af bemærkningerne til § 10 i lov om finansiel virksomhed, er det bestemmelsens krav om, at et samtykke skal være frivilligt, specifikt og informeret, der skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven.

Som anført under pkt. 10 i Finanstilsynets brev af 10. april 2003 til Erhvervsankenævnet omhandler ... [UfR 2002.1282] § 6a i markedsføringsloven. Sagen drejer sig om, hvorvidt det samtykke, som K har citeret et afsnit fra, er at betragte som en anmodning jf. § 6a, stk. 3 i markedsføringsloven om henvendelse fra erhvervsdrivende inden for et af forbrugeren angivet interesseområde.

Den afgjorte sag omhandler således udformningen af kundernes anmodning om, at modtage markedsføringsmateriale fra bestemte kategorier af virksomheder. Finanstilsynets afgørelse af 7. februar 2003 omhandler hvilke krav, et samtykke skal opfylde, for at selskaberne i K koncernen indbyrdes kan udveksle oplysninger om kunderne til brug for markedsføring og rådgivning.

Finanstilsynet skal meddele, at det er tilsynets vurdering jf. tilsynets afgørelse af 7. februar 2003, at samtykket for at opfylde kravene i § 10 i lov om finansiel virksomhed jf. § 3, nr. 8 i persondataloven skal indeholde en angivelse af, hvilke selskaber der kan videregives oplysninger til. Finanstilsynets vurdering støttes som nævnt i tilsynets brev af 10. april 2003 til Erhvervsankenævnet af Datatilsynet jf. Datatilsynets skriftlige bekræftelse af 28. april 2003.

Det er korrekt at § 10, stk. 4 indeholder et krav om, at kunderne skal informeres om væsentlige ændringer i den finansielle virksomheds forhold, herunder koncernforhold, men en sådan underretning er uden betydning, hvis kunden ikke allerede forinden er orienteret om, hvilke virksomheder der kan modtage oplysninger på baggrund af samtykket.

...

Finanstilsynet skal anføre, at Datatilsynets besvarelse af folketingsspørgsmål 25 baserer sig på en konkret vurdering af det

pågældende samtykkes indhold samt formålet med videregivelsen af oplysningerne.

Det er Finanstilsynets vurdering, at Datatilsynet i sin besvarelse har lagt vægt på, at det i den konkrete sag er kunden selv, som har ansøgt om at få udstedt et kreditkort, hvorfor vedkommende må tåle, at der løbende foretages en kreditvurdering, og at der til brug for en sådan vurdering indhentes oplysninger fra finansieringsselskaber, kreditoplysningsbureauer og pengeinstitutter.

Finanstilsynet skal henvise til, at Datatilsynet i forbindelse med besvarelsen af spørgsmål anførte, at under forudsætning af, at følgende del af samtykkeerklæringen, "I henhold til samtykkeerklæringen kan "alle oplysninger om mine kundeforhold herunder mit CPR-nr. videregives til og modtages fra de øvrige selskaber i A koncernen", ikke relaterede sig til kreditvurderingen, fandt Datatilsynet på det foreliggende grundlag den anvendte formulering for upræcis og bred, idet det ikke tydeligt fremgår, hvad det er der meddeles samtykke til. Det var Datatilsynets opfattelse, at det skal præciseres, hvilke oplysninger der kan behandles på baggrund af denne del af samtykke, samt hvilke selskaber i A koncernen der kan udveksle de pågældende oplysninger samt til hvilke formål.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den del af samtykkeerklæringen, som Datatilsynet fandt for upræcis og bred, i det store hele ligner den formulering, som tilsynet påtalte i sin afgørelse af 7. februar 2003.

Hvorvidt der kan videregives oplysninger i henhold til tavshedspligtsbestemmelserne i lov om finansiel virksomhed afhænger af, om kravene i disse bestemmelser er opfyldt. For så vidt angår videregivelse af oplysninger til brug for rådgivning og markedsføring skal der jf. § 8 i lov om finansiel virksomhed indhentes et samtykke fra kunden. Der er i § 8 ikke henvist til § 4, stk. 1, hvorfor der ikke er mulighed for at videregive oplysninger, såfremt en sådan videregivelse måtte kunne anses for berettiget.

...

... At Sø- og Handelsretten [UfR 2002.1282] udtaler sig om udformningen af et samtykke i henhold til § 6a i markedsføringsloven er nærværende sag uvedkommende.

Finanstilsynet skal anføre, at den sag, som Sø- og Handelsretten behandlede og nærværende sag er forskellige. Den sag, som Sø- og Handelsretten afgjorde, drejede sig om personer, som gerne ville modtage reklamemateriale fra en vis type virksomheder. I en sådan situation er det selv sagt umuligt at anføre, hvilke konkrete virksomheder oplysningerne vil blive givet videre til.

I nærværende sag er det selskaberne i K koncernen, som ønsker at kunne udveksle oplysninger om kunderne, så selskaberne kan henvende sig til kunderne med henblik på rådgivning og markedsføring.

...

Finanstilsynet skal anføre, at ... afgørelse i j.nr. 561-0014 ... er baseret på en helt konkret vurdering.

I ovennævnte sag vurderede Finanstilsynet, at der både ved indgåelse af aftale mellem en arbejdsgiver og en forsikringsmægler (obligatorisk ordning) og ved indgåelse af aftale mellem en kunde og en forsikringsmægler (frivillig ordning) stiftes et fuldmagtsforhold, som gør, at der i henhold til § 4, stk. 1 i lov om finansiel virksomhed berettiget kan videregives fortrolige oplysninger fra forsikringsselskabet til forsikringsmægleren.

Det var Finanstilsynets vurdering, at selv om etableringen af et fuldmagtsforhold i et vist omfang kan sidestilles med et samtykke, fordi fuldmagtsgiver tillader, at der videregives oplysninger, skal fuldmagtsforholdet vurderes efter regler om fuldmagt og ikke efter reglerne om samtykke i lov om finansiel virksomhed. Der stilles som udgangspunkt ikke formkrav til fuldmagter, hvorfor Finanstilsynet vurderede, at der ikke kan stilles krav om, at fuldmagtsforholdet er baseret på en skriftlig fuldmagt.

Endvidere vurderede Finanstilsynet, at der kunne ses bort fra kravene i §§ 8 og 10 i lov om finansiel virksomhed, om at der skal indhentes et skriftligt samtykke fra privatkunder, før der kan videregives oplysninger om disse til brug for rådgivning og markedsføring, når der var etableret et fuldmagtsforhold. Begrundelsen herfor var, at initiativet til videregivelse af oplysninger for så vidt udgår fra kunden, hvorved hensynene bag reglerne om skriftligt samtykke opvejes.

Det er ikke korrekt, når K anfører, at det af afgørelsen fremgår, at der i henhold til ovennævnte afgørelse kan videregives fortrolige oplysninger uanset, om der foreligger en fuldmagt eller ej.

Som det fremgår af afgørelsen, skal der foreligge en aftale enten mellem forsikringsmægleren og en arbejdsgiver eller mellem forsikringsmægleren og den enkelte kunde.

...

Finanstilsynet skal anføre, at der i bemærkningerne til § 8 i lov om finansiel virksomhed kun er henvist til § 6, stk. 2 i persondataloven for så vidt angår markedsføring, idet denne bestemmelse kun vedrører markedsføring. For så vidt angår videregivelse af oplysninger til brug for rådgivning finder § 8 i lov om finansiel virksomhed anvendelse.



...”

Ved skrivelse af 11. juli 2003 har K yderligere anført:

”...

### **Datatilsynets breve af 28. april 2003 samt Datatilsynets praksis i øvrigt**

Om Datatilsynets breve af 28. april 2003 skal bemærkes, at Datatilsynet ikke har været bekendt med, at

- Der på side 1 i begæringen om tegning af livsforsikring i K, hvori samtykkeerklæringen er indeholdt, nævnes alle forsikringsselskaber i K koncernen,
- Indholdet af den information K's kunder har fået i henhold til persondatalovens §§ 28 og 29 ....
- den af K i juni 2003 udsendte information i henhold til lov om finansiell virksomheds § 10, stk. 3, til de kunder, der har givet samtykke eller
- sagens omstændigheder i øvrigt.

Som det fremgår af sidste afsnit i Datatilsynets besvarelse, har Datatilsynet i øvrigt ikke foretaget en konkret vurdering af de indhentede samtykker. På denne baggrund kan Datatilsynets skrivelser af 28. april 2003 derfor ikke tages som udtryk for støtte til Finanstilsynets vurdering.

Endelig anfører Finanstilsynet, at det er dets vurdering, at Datatilsynet i besvarelsen af ... for Folketingets Erhvervsudvalg har lagt vægt på, at det i den konkrete sag er kunden selv, som har ansøgt om at få udstedt et kreditkort.

Det samme er tilfældet, når en af K's kunder afleverer/indsender en begæring om tegning af en forsikring.

### **Finanstilsynets praksis**

Om vores omtale af Finanstilsynets afgørelse, j.nr. 561-0014, om videregivelse af oplysninger fra et forsikringsselskab til en forsikringsmægler, har Finanstilsynet anført, at det ikke er korrekt

”at det af afgørelsen fremgår, at der i henhold til ovennævnte afgørelse kan videregives fortrolige oplysninger uanset, om der foreligger en fuldmagt eller ej”.

Det er imidlertid fortsat vores opfattelse, og den bygger på følgende:

Vor obligatoriske arbejdsgiveradministrerede pensionsordninger, hvor arbejdsgiverne har givet en forsikringsmægler et mæglermandat, har den ansatte yderst sjældent – og normalt aldrig – indflydelse på valget af

forsikringsmægler. Den ansatte har oftest ej heller kendskab til, at en sådan aftale indgås.

Når forsikringsmægleren efter opnåelse af mæglermandatet indhenter oplysninger hos forskellige forsikringsselskaber om den enkelte ansattes pensionsordninger til brug for såvel rådgivning af arbejdsgiveren som til brug for rådgivning af den ansatte, sker denne indhentelse af oplysninger således uden samtykke og uden fuldmagt – og oftest uden viden – fra den ansatte, der er den forsikrede.

Initiativet til videregivelse af oplysninger udgår i disse tilfælde ikke fra den forsikrede medarbejder (kunden), og der er ikke fra den enkelte ansatte medarbejder givet nogen form for fuldmagt til forsikringsmægleren til indhentelse af oplysninger.

...”

Finanstilsynet har heroverfor i skrivelse af 22. august 2003 blandt andet bemærket:

”...

Finanstilsynet skal henvise til, at tilsynets afgørelse j.nr. 561-0014 vedrører afgivelse af fuldmagt/mæglermandat til en forsikringsmægler i obligatoriske og frivillige pensionsordninger.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at ovennævnte afgørelse ikke er relevant i forbindelse med behandlingen af nærværende sag, idet nærværende sag ikke omhandler en lignende situation.”

#### **Ankenævnet udtaler:**

Det følger af den dagældende § 8, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (§ 121, stk. 1, i den nugældende lov om finansiel virksomhed), at oplysninger om en privatkunde ikke må videregives til brug for markedsføring eller rådgivning, medmindre kunden har givet samtykke hertil.

Ifølge den dagældende lovs § 10, stk. 1, (§ 123, stk. 1, i den nugældende lov) skal samtykke til videregivelse af oplysninger afgives i skriftlig form. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår blandt andet, at

”Ved samtykke forstås en frivillig, specifik og informeret viljeserklæring fra kunden, hvorved kunden indvilger i, at oplysninger om kunden videregives.

Kravene skal fortolkes i overensstemmelse med de tilsvarende krav i persondataloven.

Kravet om, at samtykket skal være specifikt, indebærer, at det af samtykket skal fremgå, hvilke typer af oplysninger der må videregives, hvem der kan modtage oplysningerne, samt til hvilke formål videregivelsen kan ske.

Kravet om, at samtykket skal være informeret, indebærer, at kunden skal være klar over, hvad det er, vedkommende meddeler samtykke til. Den finansielle virksomhed må således sikre sig, at der gives kunden tilstrækkelig information til, at den pågældende kan vurdere, hvorvidt samtykke bør meddeles”.

I forbindelse med etableringen af et kundeforhold i et af forsikringselskaberne i K forsikringskoncern afgiver kunderne et samtykke med følgende ordlyd:

”Da K er en forsikringskoncern bestående af mange forsikringselskaber, giver jeg hermed samtykke til, at alle oplysninger om mig videregives til de øvrige forsikringselskaber i K forsikringskoncern, så K kan rådgive mig og kontakte mig med markedsføringsmateriale”.

I lighed med det i Datatilsynets vurdering af 28. april 2003 anførte, er det ankenævnets opfattelse, at den i samtykkeerklæringen anvendte formulering ”alle oplysninger” er for upræcis, og at det skal tydeliggøres, hvilke oplysninger, der kan videregives. Det fremgår således udtrykkeligt af lovbemærkningerne, at det af samtykket skal fremgå, ”hvilke typer af oplysninger der må videregives”. Udtrykket ”alle oplysninger” angiver efter ankenævnets opfattelse ikke tilstrækkelig klart, hvilken type af oplysninger, der er tale om.

Ankenævnet er ligeledes af den opfattelse, at samtykkeerklæringen med formuleringen ”til de øvrige forsikringselskaber i K forsikringskoncern” ikke tilstrækkelig præcist angiver, til hvem oplysningerne kan videregives. Det er således ankenævnets opfattelse, at det i tilknytning til samtykkeerklæringen skal fremgå, hvilke selskaber i koncernen oplysningerne kan videregives til.

Ankenævnet kan derfor tiltræde, at det med den omtalte formulering i samtykkeerklæringen vil være i strid med den dagældende § 8, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed (og § 121, stk. 1, i den nugældende lov) at videregive

oplysninger om en privatkunde til de øvrige forsikringselskaber i K forsikringskoncern.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelser af 7. februar 2003.

#### **4.3 Lov om forsikringsvirksomhed**

7) Kendelse af 21. december 2004. (j.nr. 02-131.549 og 03-136.322)

Selskabets fordeling af realiserede resultater mellem bonusberettigede forsikringstagere og egenkapitalen i strid med det beregningsmæssige kontributionsprincip. Det samme gjaldt de under klagesagens behandling anmeldte regler for fastlæggelse af egenkapitalens forrentning.

Dagældende lov om forsikringsvirksomhed §§ 30 og 31 samt kontributionsbekendtgørelsens §§ 3 og 4.

(Mogens Andersen, Peter Wendt, Lars Holtug, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 7. juni 2002 har K (livsforsikringsaktieselskab) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002, hvorefter selskabets fordeling af realiserede resultater mellem bonusberettigede forsikringstagere og egenkapitalen er i strid med kontributionsprincippet. K har den 12. december 2002 - under den verserende klagesags behandling i ankenævnet - anmeldt regler for selskabets forrentning af egenkapitalen til Finanstilsynet. Finanstilsynet har ved skrivelse af 2. maj 2003 truffet afgørelse om, at de anmeldte regler heller ikke er i overensstemmelse med kontributionsprincippet, hvilket advokat A på vegne af K ved skrivelse af 3. juni 2003 har indbragt for ankenævnet.

Sagerne har været behandlet sammen.

#### **Sagens omstændigheder:**

##### **A. Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002:**

Den påklagede afgørelse af 14. maj 2002 har følgende ordlyd:

”Finanstilsynet har modtaget selskabets brev af 2. april 2002, hvori der redegøres for det af selskabets bestyrelse vedtagne princip af 19. marts 1997 for fordeling af gevinster og tab mellem ejere og forsikringstagere.

Selskabets brev er vedlagt indberetning af kapitalforhold (rødt og gult lys). Af denne indberetning fremgår, at i tilfældet med en stigning i livsforsikringshensættelser, og en deraf afledt stigning i selskabets solvensmargen, overføres fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen et beløb, der svarer til stigningen i solvensmargenkravet, således at kapitalkravet er overholdt. Selskabet anfører, at denne metode vil blive anvendt, såfremt de negative markedsudviklinger indtræffer.

Det følger af Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet samt præciseringen heraf, som blev udsendt til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser i brev af 26. oktober 2001, at kontributionsprincippet skal være opfyldt over en årrække, men at egenkapitalen kun kan forrentes positivt i år, hvor det realiserede resultat er positivt. Der kan være år, hvor egenkapitalen får en mindre andel af det realiserede resultat, end hvad der rimeligvis kan tilkomme den. Der kan kompenseres for dette ved, at egenkapitalen i et senere år får en højere andel af det realiserede resultat.

Finanstilsynets scenarier kan ikke udelukkes at medføre et negativt realiseret resultat, idet den forudsatte markedsudvikling i scenarierne vil påvirke det realiserede regnskabsmæssige forløb negativt. Derfor kan selskabet ikke nødvendigvis tilskrive egenkapitalen et positivt beløb, som det er tilfældet i selskabets indberetning. Egenkapitalen kan ifølge kontributionsbekendtgørelsen tildeles en rimelig andel af det realiserede resultat. Andelen skal afspejle omfanget af den risiko, som påhviler egenkapitalen i form af, at den hæfter for forpligtelserne over for forsikringsbestanden.

Finanstilsynet skal med udgangspunkt i ovenstående meddele selskabet, at den af selskabet praktiserede fordeling af det realiserede resultat efter Finanstilsynets opfattelse ikke er i overensstemmelse med kontributionsprincippet. Selskabet skal bringe dets princip for fordeling af gevinster og tab mellem ejere og forsikringstagere i overensstemmelse med kontributionsbekendtgørelsen og det nævnte brev om tilsynets fortolkning heraf.

Finanstilsynet skal endvidere påpege, at selskabet i medfør af § 30, stk. 1, nr. 3, skal anmelde selskabets principper for forre[n]tning af egenkapitalen, jf. Finanstilsynets følgebrev af 9. februar 2001 til kontributionsbekendtgørelsen.

For en god ordens skyld skal Finanstilsynet henlede selskabets opmærksomhed på, at såfremt selskabet er af den opfattelse, at der er henlagt mere til bonusudjævningshensættelserne end hvad man ville have gjort, hvis man var opmærksom på tilsynets fortolkning af kontributionsprincippet, er der mulighed for at foretage en rimelig

korrektion. Forudsætningerne og bestemmelserne for en korrektion er beskrevet i brevet af 26. oktober 2001 samt i brev af 6. februar 2002 til samtlige livsforsikringselskaber.

...”

**B. Klageskrivelsen af 7. juni 2002 over Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002 samt uddybende skrivelse af 13. august 2002**

I klageskrivelsen af 7. juni 2002 har K blandt andet anført:

”...

Finanstilsynets afgørelse er efter sit indhold baseret på Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar om kontributionsprincippet samt præciseringen heraf, som blev udsendt til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser i brev af 26. oktober 2001.

Med afgørelsen tilsidesættes den af selskabets bestyrelse i 1997 fastlagte retningslinje for egenkapitalens forrentning i selskabet, hvormed Finanstilsynet stedse har været bekendt.

For Erhvervsankenævnet påstås Finanstilsynets afgørelse ændret således, at de af selskabet anmeldte forhold godkendes som værende i overensstemmelse med de krav, der med rette kan stilles hertil.

...

Det bestrides, at den af Finanstilsynet den 14. maj 2002 truffene afgørelse over for selskabet har hjemmel i de retsakter, som Finanstilsynet har anført i afgørelsen. Finanstilsynets skrivelse af 26. oktober 2001 udgør ikke og kan ikke udgøre et hjemmelsgrundlag for en afgørelse som den foreliggende. Skrivelsens indhold er i øvrigt ikke konsistent med den af Finanstilsynet udsendte bekendtgørelse nr. 59/2001 om kontributionsprincippet. I tilfælde af, at kontributionsbekendtgørelsen skal forstås i overensstemmelse med Finanstilsynets efterfølgende fortolkningsbidrag, gøres det gældende, at kontributionsbekendtgørelsen er uden tilstrækkelig hjemmel i lovgivningen.

I tilslutning hertil gøres det i øvrigt gældende, at selskabets konkrete forhold, herunder organisation og ejerforhold, bevirker, at afgørelsen over for dette selskab er urimelig. Endelig gøres det gældende, at Finanstilsynet ikke på det foreliggende grundlag kan tilsidesætte en administrativ forskrift, som selskabet har administreret efter hidtil.

...”

I skrivelse af 13. august 2002, hvori klageskrivelsen uddybes, har advokat A på vegne af K blandt andet anført:

”...

### **SAGSFREMSTILLING:**

#### **1. Indledning**

I 1997 anmeldte klageren regler for fastlæggelse af egenkapitalens forrentning, jf. lov om forsikringsvirksomhed ("LFV") § 30, stk. 1.

De anmeldte regler var vedtaget af klagerens bestyrelse den 19. marts 1997 og havde følgende ordlyd:

*"Vurderet over en 5-årig periode (første gang ved udgangen af 2001) skal det tilstræbes, at henlæggelser til egenkapitalen ikke overstiger det beløb, der svarer til, at egenkapitalen i den betragtede periode var blevet forrentet med den til Finanstilsynet anmeldte beskattede depotrente med tillæg af 2 %-point.*

*Henlæggelse til egenkapitalen må dog altid udgøre stigningen i solvensmargen"*

Ved afgørelse af den 14. maj 2002 udtalte Finanstilsynet, at den anmeldte regel for fordeling af overskud ikke kunne accepteres:

...

Finanstilsynets afgørelse var afledt af, at klageren i begyndelsen af 2002 havde indberettet såkaldte risikoscenarier til Finanstilsynet. Disse risikoscenarier tog naturligvis udgangspunkt i den af bestyrelsen vedtagne regler for forrentning af egenkapitalen, som Finanstilsynet ikke tidligere havde reageret overfor.

Som begrundelse for afgørelsen af den 14. maj anførte Finanstilsynet følgende:

...

Finanstilsynet giver således udtryk for, at det følger af bekendtgørelse nr. 59 af 19. januar 2001 ("Bekendtgørelsen"), at foretagne bonusudjævningshensættelser under ingen omstændigheder senere kan anvendes til fordel for egenkapitalen.

Det er klagerens opfattelse, at der ikke i LFV § 31, stk. 6 er hjemmel til, at Finanstilsynet i en bekendtgørelse kan fastsætte en regel med det angivne indhold. Det er endvidere klagerens opfattelse, at en sådan regel under alle omstændigheder ikke kan udledes af Bekendtgørelsen. ...

...

## 2. K

K blev stiftet i 1919 som et gensidigt pensionsforsikringselskab.

Med virkning fra den 1. januar 1996 blev det gensidige selskab K gs omdannet til en forening, K f.m.b.a., efter at forsikringsbestanden var overført til et aktieselskab, K livsforsikringsaktieselskab.

Foreningens formål er at eje samtlige aktier i K livsforsikringsaktieselskab.

Foreningens medlemmer er forsikringstagerne i K samt forsikringstagerne i livs- og pensions-forsikringsselskaber, som direkte eller indirekte ejes af K.

Foreningens vedtægter indeholder i §§19 og 20 bestemmelser, som sikrer, at ændring af foreningens formålsbestemmelse samt fastlæggelse af principper for fordeling af foreningens formue i tilfælde af opløsning ud over at kræve tilslutning fra mindst 75% af de delegerede tillige forudsætter Finanstilsynets godkendelse.

...

K's samlede struktur er således opbygget på en sådan måde, at der hverken kan til- eller fraføres kapital uden Finanstilsynets godkendelse, og selskabet er derfor indkapslet i et lukket system, hvor det alene er forsikringstagerne/de forsikrede, som opnår økonomiske fordele af selskabets aktiviteter.

Tilsvarende er det også de forsikrede, som bærer risikoen for selskabets eksistens.

I forsikringsaftaler tegnet med ret til bonus opnår de forsikrede andel af selskabets overskud i henhold til reglerne i de til Finanstilsynet anmeldte bonusregulativer.

Aftalen med de forsikrede herom fremgår af forsikringsbetingelsernes § 11, hvoraf fremgår:

*"Forsikringen har ret til bonus. Bonus beregnes og anvendes i overensstemmelse med K's regler for tildeling af bonus, der er anmeldt til Finanstilsynet. Anvendelsen af bonus fremgår af policen. Bonusreglerne udleveres efter ønske."*

De forsikrede har ikke ret til ufordelte midler hverken ved pensionering eller ved tilbagekøb.



Det er således alene bestemmelserne i bonusregulativet, som kanaliserer overskudsmidler ud på de enkelte policer.

### **3. Udviklingen i det beregningsmæssige kontributionsprincip**

#### 3.1 Indledning og begrebsforståelse

Udtrykket "kontributionsprincip" er ikke entydigt defineret noget sted, men kan generelt beskrives som et princip, hvorefter "overskuddet fordeles blandt de berettigede parter efter de forhold, hvori de har bidraget til overskudsdannelsen", jf. lovmotiverne til ændringen af LFV i 1994.

Princippet har sin baggrund i, at der i et livsforsikringselskab under sædvanlige forhold skabes et overskud. Dette skyldes, at selskabet ved sin præmiefastsættelse skal anlægge konservative betragtninger for derved at sikre, at man kan opfylde pensionstilsagnene til sin tid. En del af dette overskud bør derfor rimeligvis tilkomme forsikringstagerne, og benævnes sædvanligvis "bonus". Det bemærkes, at forsikringstagernes ret til bonus principielt beror på en aftale herom mellem forsikringselskabet og forsikringstagerne. Langt hovedparten af danske forsikringsaftaler er dog indgået med ret til bonus, uden at denne ret dog er nærmere defineret i aftalegrundlaget.

Fordelingen af overskuddet i et livsforsikringselskab sker på to niveauer. For det første kan en andel af overskuddet tilfalde egenkapitalen, dvs. selskabets ejere og en andel tilfalde forsikringstagerne som en gruppe. Denne fordeling udtrykkes sædvanligvis som det *beregningsmæssige kontributionsprincip*. For det andet skal der mellem de enkelte forsikringstagere foretages en fordeling afhængig af, hvorledes disse har medvirket til at skabe overskuddet. Denne fordeling udtrykkes sædvanligvis som det *fordelingsmæssige kontributionsprincip*.

Det er det beregningsmæssige kontributionsprincip, der er genstand for nærværende udtalelse.

Den del af overskuddet, som forsikringselskabet tillægger forsikringstagerne, fordeles sædvanligvis ikke straks til de enkelte forsikringstagere til forhøjelse af de disses konti. Man opererer derimod med, hvad man kan kalde *bonusudjævning*. Hermed forstås, at en del af årets overskud, som selskabet tilsigter at anvende til bonus til forsikringstagerne henlægges som ufordelt bonus til sikring af efterfølgende års forventninger om bonus.

#### 3.2 Livsforsikringslovgivningen i begyndelsen af det 20. århundrede

Allerede i lov nr. 72 af 29. marts 1904 om livsforsikringsvirksomhed hed det i § 11, nr. 8 (om de bilag der skulle medfølge en ansøgning om tilladelse til at drive livsforsikringsvirksomhed):

*"Angivelse af Regler for Beregning og Fordeling af Overskud til Forsikringstagerne"*

Denne bestemmelse genfandt i livsforsikringsloven af 1914, og forblev uændret ved lovændringen i 1922.

Ved 1914-loven og 1922-loven, blev det endvidere tilføjet i § 12, stk. 2, at tilsynsmyndigheden bl.a. skulle påse, at de af selskaberne anmeldte regler for beregning og fordeling af overskud var betryggende for forsikringstagerne.

De dagældende love indeholdt ingen nærmere regler om kontributionsprincippet og bonusberegning, og det var i den forsikringsretlige litteratur antaget, at lovgivningen ikke indeholdt faste regler for beregningen, jf. således Anders Hansen: Livsforsikringsvirksomhed (1. udgave, 1945):

*"Vedtægterne indeholder for en Del af Selskabernes vedkommende visse retningslinier for Henlæggelse til Bonusfonden, men som oftest vil dog Størrelsen af det enkelte Aars Bonushenlæggelse blive fastsat af Generalforsamlingen efter Indstilling fra Kontrolkomiteen og Direktionen."*

### 3.3 Forsikringsloven af 1959

I 1959 blev lov om forsikringsvirksomhed (lov nr. 147 af 13. maj 1959) vedtaget.

I lighed med tidligere forsikringslove, skulle der anmeldes et beregningsgrundlag, som bl.a. skulle indeholde regler for beregning og fordeling af årsoverskud. Tilsvarende skulle tilsynsmyndigheden påse, at anmeldte forhold var betryggende. Ved loven indførtes imidlertid også begrebet sikkerhedsfond, hvortil halvdelen af årsoverskuddet skulle henlægges indtil sikkerhedsfonden nåede en vis størrelse, jf. § 71. I § 71, stk. 3 hed det herefter:

*"Over resten af årsoverskuddet disponerer selskabet frit ...."*

Den centrale retslitteratur i tilknytning til 1959-loven er Carl Rastings "Lov om Forsikringsvirksomhed" (1960). Rasting nævner i sin lovkommentar kontributionsprincippet, der defineres som et princip: "... hvorefter de enkelte grupper af forsikringer skal deltage i bonusfordeling i det forhold, hvori de har bidraget til de overskud, der fordeles". Rasting sigter således alene til det fordelingsmæssige kontributionsprincip.

Om bonusberegningen siger Rasting bl.a.:

*"Præmieforsikringen derimod er en erhvervsvirksomhed, hvis risiko bæres af forsikreren, hvem også eventuelt overskud kommer til gode. For øvrigt ses det jævnligt, at præmieforsikreren forpligter sig til at afgive en del af det eventuelle overskud til de sikrede (bonus)".*

Ved *præmieforsikring* sigter Rasting til forsikringer tegnet af et selskab, der ikke er ejet af de forsikrede. Rasting giver således udtryk for, at spørgsmålet om bonusberegning grundlæggende er et kontraktsretligt spørgsmål om, hvad man har forpligtet sig til.

Om tilsynsmyndigheden mulighed for at pålægge selskabet at forhøje den andel af selskabets overskud, der anvendes til bonus, siger Rasting:

*"Forsikringsrådet, der ifølge F.L. § 21, jf. § 20 skal tage stilling til et livsforsikringsselskabs regler for beregning af bonus, kan i almindelighed næppe stille krav om forhøjelse af den forsikringstagerne tillagte andel i overskud".*

Derimod antager Rasting, at tilsynsmyndigheden af hensyn til soliditeten i selskaberne kunne pålægge disse, at formindske den andel, som skulle anvendes til bonus, for at der kunne ske yderligere konsolidering:

*"Derimod kan der formentlig, hvor selskabskapitalen er af ringe størrelse, stilles krav om konsolidering ud over hvad F.L. bestemmer, på bekostning af henlæggelser til bonusfond."*

Endelig antager Rasting, at bonusfonden må betragtes som selskabets egenkapital:

*"Derimod må beløb, der er henlagt til bonusfond, men endnu ikke er forfaldne til udbetaling, formentlig betragtes som selskabets egenkapital"*

### 3.4 Lovændringer i 1980'erne

Ved ændringen af LFV i 1989, indførtes et egentligt godkendelsessystem for så vidt angår de af selskaberne anmeldte regler, herunder reglerne for beregning og fordeling af årsoverskud. Finanstilsynet skulle herved påse, at reglerne ydede *"betryggende sikkerhed"* for forsikringstagerne, jf. § 31.

I bemærkningerne til § 31 hedder det bl.a.:

*"Efter forslaget vil tilsynet i overensstemmelse med gældende praksis kunne afslå godkendelse af bonusregler, hvis reglerne er ubetryggende i den forstand, at selskabets ansøgning indebærer, at der uddeles et større beløb som bonus, end der er til rådighed. Tilsynet vil endvidere kunne afslå godkendelse, hvis reglerne indebærer en fordeling af det til rådighed værende beløb, der væsentligt afviger fra en fordeling baseret på de overskud, som de enkelte forsikringer har indtjent".*

Om det beregningsmæssige kontributionsprincip antyder bemærkningerne således - i overensstemmelse med det af Rasting antagne - at tilsynet alene kunne skride ind over for tildeling af et uforsvarligt stort beløb. Det andet led af den citerede bemærkning omhandler tydeligt det fordelingsmæssige kontributionsprincip. Retsstillingen var derfor således, at hensynet til selskabets solvens gik forud for retten til bonus.

Lovændringen i 1989 indeholdt endvidere en revision af regnskabsbestemmelserne i LFV, hvorved en række bestemmelser udgik og blev erstattet af bemyndigelser for Finanstilsynet til at udstede bekendtgørelser om regnskabsmæssige forhold, jf. LFV § 123. Med hjemmel i denne bestemmelse blev der udstedt en bekendtgørelse om livsforsikringssselskabers og tværgående pensionskassers årsregnskaber, hvori udtrykket "*bonusudjævningshensættelser*" første gang blev nævnt. Hidtil var udtrykket "*bonusreguleringsfond*" blevet anvendt. Om betydningen af denne nye terminologi indeholder lovbemærkningerne ingen oplysninger.

### 3.5 Lovændringer i 1990'erne

Ved lovændringerne i 1993 og i 1994 afskaffedes den hidtidige godkendelsesordning, LFV § 31, stk. 1 og stk. 2 endte med at få følgende ordlyd:

*"Stk. 1 De anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringerne.  
Stk. 2 De anmeldte regler for beregning og fordeling af overskud, jf. § 30, stk. 1, nr. 3, skal være præcise og klare og skal føre til en rimelig fordeling"*

Og i LFV § 31, stk. 6 hed det:

*"Finanstilsynet kan fastsætte nærmere bestemmelser om de i stk. 1-5 nævnte krav"*

I bemærkningerne til § 31 i 1993-loven, hed det bl.a.:

*"Bestemmelsen præciserer de principper, som de tekniske grundlag m.v. skal udformes efter, jf. art. 18 og 19 i 3. livsforsikringsdirektiv. Der lægges særlig vægt på, at det anmeldte tekniske grundlag mv. er betryggende, samt at selskabets overskud fordeles rimeligt. ... Herefter vedrører § 31 alene krav til indholdet af de anmeldte forhold, og der er i stk. 6 givet hjemmel til udstedelse af mere detaljerede bekendtgørelser herom.*

*Reglerne for fordeling af selskabets overskud skal, jf. stk. 2, være formuleret så det klart og præcist fremgår, hvorledes overskuddet anvendes til fordeling imellem de enkelte forsikringer, til henlæggelse til forsikringsbestanden som sådan (bonusudjævningshensættelser o.lign.) og til egenkapital m.m.*

*Fordelingen af selskabets overskud skal være rimelig i forhold til de berettigede parter. Hermed fastslås, at udgangspunktet for fordelingen af overskuddet er det såkaldte kontributionsprincip, hvorefter overskuddet fordeles blandt de berettigede parter efter de forhold, hvori de har bidraget til overskuddets dannelse. Den del af selskabets overskud, der herefter tilfalder forsikringstagerne (bonus), skal frigives på rimelig vis under forsikringsaftalens løbetid"*

Der er almindelig enighed om, at lovændringerne i 1993 og 1994 søgte at lovfæste det beregningsmæssige kontributionsprincip uden dog præcist at definere dets indhold. Dette skete med indførelsen af kravet i § 31, stk. 2 om, at fordelingen af overskud skal være "rimelig", kombineret med bemærkningernes udtrykkelige udtalelser om, at fordelingen er rettet både mod forholdet mellem de enkelte forsikringer og mod forholdet mellem egenkapital og forsikringstagere, samt bemærkningerne om at rimeligheden i fordelingen knytter sig til et kontributionsprincip.

Om administrationen af det beregningsmæssige kontributionsprincip har Finanstilsynets daværende direktør, B, i en artikel i "Advokaten" 1993, nr. 4, side 94ff bl.a. udtalt:

*"Følgende hovedprincipper vil gælde i forbindelse med anvendelse af et selskabs overskud:*

- 1. Der skal altid være tilstrækkeligt til at dække den beregnede solvensmargen.*
- 2. Livsforsikringshensættelserne skal altid tilføres tilstrækkeligt til, at forrentningen svarer til rentegarantien*
- 3. Overskud herudover skal deles mellem ejer og forsikringskapital. Tilsynets interne målsætning er foreløbigt, at der bør ske samme forrentning af begge slag[s] kapital med et lille ekstra plus til ejerkapitalen for at løbe en driftsherrerisiko. Dette påser Finanstilsynet i aktuarens beretning. Forsikringstagernes andel fordeles derefter på de enkelte forsikringer efter bonusregulativets regler og med Finanstilsynets godkendelse. Målsætningen bør opfyldes over en årrække."*

Denne udtalelse fra Finanstilsynets direktør, der bekræfter den retsstilling at hensynet til solvens må gå forud for bonustildeling, er ikke på noget tidspunkt i perioden indtil den 26. oktober 2001 (se nedenfor pkt. 3.7) blevet modsagt eller bestridt - hverken af Finanstilsynet eller andre. Forsikringsselskaberne har indrettet sig i overensstemmelse hermed, hvilket den af klageren anmeldte regel for overskudsfordeling er et eksempel på.

Ved lov nr. 1329 af 20/12/2000 blev LFV § 31, stk. 2 ændret således:

*"De anmeldte regler for beregning og fordeling af realiseret resultat, jf. § 30, stk. 1, nr. 3, skal være præcise og klare og føre til en rimelig fordeling"*

I bemærkningerne til lovforslaget anføres det, at ændringen foretaget i den hensigt, at undgå den uklarhed, der ligger i ordet "overskud". Det fremgår af bemærkningerne, at der ikke med ændringen er tilsigtet nogen realitetsændring af bestemmelsen.

### 3.6 Bekendtgørelsen om kontributionsprincippet

I 2001 udstedte Finanstilsynet Bekendtgørelsen om kontributionsprincippet i medfør af LFV §§ 31, stk.6, 260, stk.3 og 261. Bekendtgørelsen trådte i kraft 1. marts 2001.

Bekendtgørelsen er den første detailregulering af kontributionsprincippet i dansk ret, og skal i det følgende gennemgås nærmere.

#### Anvendelsesområde

Bekendtgørelsens anvendelsesområde er efter § 1 livsforsikringsvirksomhed, hvor forsikringstagerne efter forsikringsaftalen er berettigede til bonus og hvor aftalerne er indgået med livsforsikringsselskaber eller tværgående pensionskasser. Bekendtgørelsen finder således ikke anvendelse i det omfang der ikke er aftalt bonus mellem forsikringstager og forsikringsselskab.

Endvidere finder Bekendtgørelsen ikke anvendelse i det omfang, det er aftalt mellem forsikringsselskabet og forsikringstageren at det realiserede resultat skal fordeles efter en anden i aftalen nærmere angivet metode.

#### Det resultatmæssige grundlag for fordelingen efter kontributionsprincippet

Grundlaget for kontributionsprincippets fordeling er det realiserede resultat jf. LFV § 31, stk. 2. Bekendtgørelsen præciserer i § 2 at dette skal beregnes som forskellen mellem årets realiserede regnskabsmæssige forløb og årets forudsatte regnskabsmæssige forløb.

De indtægter og udgifter, der indgår i beregningen er ind- og udbetalinger efter forsikringsaftalerne, ændringer i hensættelserne som følge af forsikringsbegivenheder og som følge af ændringer i det anmeldte beregningsgrundlag, indtægter og tab i forbindelse med investeringsvirksomhed, og afholdte udgifter.

Derimod indgår indtægter og udgifter, der ikke relaterer sig til de bonusberettigede forsikringsaftaler ikke i beregningen af det realiserede resultat. På samme måde åbner bekendtgørelsen op for, at fordelingen af det realiserede resultat kan tage højde for forsikringsselskabernes og pensionskassernes konkrete opdeling af aktiver.

#### Kontributionsprincippet

Bekendtgørelsen regulerer den generelle fordeling af det realiserede resultat i § 3. Ifølge denne bestemmelse, skal der foretages en beregning af den del af det realiserede resultat, der skal tilfalde bestanden af forsikringsaftaler, og en eventuel ufordelt del heraf skal tilskrives bonusudjævningshensættelserne.

#### Det beregningsmæssige kontributionsprincip

Efter i § 3 at have fastslået, at der skal foretages en beregningsmæssig fordeling, fastslår Bekendtgørelsen i § 4 de principper, hvorefter denne fordeling mellem egenkapitalen og forsikringstagerne skal ske.

Det fremgår, at bestanden af forsikringsaftaler skal tildeles en andel af det realiserede resultat, der er "rimelig i forhold til, hvorledes bestanden har bidraget til dette resultat." Rimelighedsvurderingen skal ske efter to i bestemmelsen nærmere angivne kriterier, samt efter "andre relevante forhold". Bestemmelsen angiver således udtrykkeligt ikke at være udtømmende i sin opregning af relevante hensyn.

De to kriterier som angives i bestemmelsen er dels, at der ved beregningen *kan* tilføres egenkapitalen en *rimelig* andel af det realiserede resultat. Hvad der er rimeligt skal vurderes på baggrund af omfanget af den risiko, der påhviler egenkapitalen idet den hæfter for selskabets forpligtelser.

Det andet kriterium, der skal tillægges vægt, er den forrentning af forsikringsbestanden, som selskaberne har forpligtet sig til at overholde i deres anmeldte beregningsgrundlag. Jo højere en forrentning selskaberne har forpligtet sig til at yde, jo større risici vil der hvile på egenkapitalen og omvendt.

Et yderligere relevant hensyn er, efter klagerens opfattelse, at sikre selskabets solvens, jf. nærmere under punkt 4.3 nedenfor.

#### Kontributionsprincippet tidsmæssige udstrækning

I bestemmelsens stk. 4 er kontributionsprincippet tidsmæssige udstrækning angivet. Det anføres, at fordelingen mellem egenkapitalen og forsikringsbestanden efter kontributionsprincippet skal opfyldes over en årrække således, at beregningen i det enkelte år skal tage hensyn til de forrige års fordeling og de fremtidige års forventede fordeling.

#### Finanstilsynets følgeskrivelse til Bekendtgørelsen

I forbindelse med udstedelsen af Bekendtgørelsen offentliggjorde Finanstilsynet tillige en følgeskrivelse, dateret den 9. februar 2001.

I følgeskrivelsen gives der bl.a. udtryk for, at der ikke med Bekendtgørelsen er tiltænkt nogen ændringer i praksis for overskudsfordeling, og at Bekendtgørelsen alene skal ses som en kodificering af hidtidig praksis.

Herudover omtaler skrivelsen kort Bekendtgørelsens enkelte bestemmelser, og der gives bl.a. udtryk for, at Bekendtgørelsens beskrivelse af pengestrømmen fra forsikringstagerens andel af det realiserede resultat som gående over bonusudjævningshensættelserne alene er valgt af fremstillingsmæssige grunde, og ikke afspejler virkelighedens anvendelse af kontofremføringsteknik med løbende tilskrivning.

#### 3.7. Finanstilsynets skrivelse af den 26. oktober 2001

Den 26. oktober 2001 sendte Finanstilsynet en skrivelse til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser, hvor Finanstilsynet nærmere redegjorde for sin opfattelse af kontributionsprincippet på baggrund af Bekendtgørelsen, herunder for så vidt angår afgrænsningen mellem egenkapitalen og bonusudjævningshensættelserne.

Det anføres i skrivelsen, at betydningen af, at fordelingen efter kontributionsprincippet skal ses over en årrække bevirker, at forsikringselskaberne vil kunne tildele forholdsvis mere til egenkapitalen i visse år, hvis der i de forgående år er sket en skævdeling af det realiserede resultat til fordel for forsikringsbestanden. En skævdeling forudsætter dog, ifølge Finanstilsynet, at der i det pågældende år er et positivt realiseret resultat at henlægge til egenkapitalen. Fordelingen kan ikke ske ved at tilbageføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen. Det anføres i skrivelsen:

*"Kontributionsprincippet, dvs. princippet om den rimelige fordeling af det realiserede resultat, skal efter bekendtgørelsen være opfyldt over en årrække, og ikke nødvendigvis år for år. Der kan således være år, hvor egenkapitalen får en mindre andel af det realiserede resultat, end hvad der rimeligvis kunne tilkomme den, hvilket der så kan kompenseres for ved en højere egenkapitalforrentning sidenhen. Dette kan for eksempel være nødvendigt i et år med et ringe afkast af investeringerne for at kunne leve op til forpligtelserne eller en tilstræbt bonusrente. Det er imidlertid Finanstilsynets fortolkning, at en eventuelt højere andel til egenkapitalen forudsætter, at der er et positivt realiseret resultat at tage det fra. Det kan ikke ske ved at tilføre egenkapitalen midler, der tidligere er henlagt i bonusudjævningshensættelserne."*

I erkendelse af, at tidligere praksis har været - væsentlig - anderledes, jf. ovenfor under pkt. 3.5 om retsstillingen efter lovændringerne i 1993 og 1994, anføres det i skrivelsen videre:

*"Finanstilsynet er imidlertid af Forsikring & Pension blevet gjort opmærksom på, at nogle selskaber har forstået bestemmelsen om måling over en årrække således, at der kunne tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, når blot egenkapitalforrentningen målt over en årrække ikke derved blev urimelig høj. På baggrund af denne opfattelse har en række selskaber anført, at man i en årrække har henlagt mere i bonusudjævningshensættelserne, end man ville have gjort, såfremt man havde været opmærksom på tilsynets fortolkning vedrørende tilbageførsel."*

...

*På baggrund af den praksis, som selskaberne har ført, og den retsopfattelse som selskaberne har haft, finder tilsynet det rimeligt, at selskaberne får mulighed for at foretage rimelige korrektioner, uanset at et kontributionsprincip har været gældende gennem perioden fra 1989, hvor*



*bonusudjævningshensættelserne blev introduceret i regnskaberne. Tilsynet lægger herved vægt på, at der gennem perioden er sket en gradvis ændring og præcisering af kontributionsprincippet, og at dette også har afspejlet sig i tilsynets håndhævelse af reglen."*

Finanstilsynet gav herved konkret tilladelse til, at der som en engangsforteelse blev overført midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, såfremt dette skete under respekt af kontributionsprincippet.

Om baggrunden for Finanstilsynets fortolkning af Bekendtgørelsen på dette punkt, anførte Finanstilsynet videre:

*"Tilsynets fortolkning er begrundet dels i regnskabsmæssige forhold og dels i hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne.*

*Regnskabsmæssigt opføres bonusudjævningshensættelserne under de forsikringsmæssige hensættelser, som indeholder værdien af forpligtelserne over for forsikringstagerne - såvel forpligtelserne i forhold til de garanterede ydelser som forpligtelserne til fremtidig bonustilskrivning. Såfremt midler henlagt i bonusudjævningshensættelserne kan tilbageføres til egenkapitalen, kan midlerne ikke siges at modsvare en forpligtelse over for forsikringstagerne, og placeringen under de forsikringsmæssige hensættelser ville ikke være retvisende. Værdien af forpligtelserne skal være kendt ved aflæggelsen af regnskabet, og der skal derfor på dette tidspunkt være foretaget en endelig fordeling af det realiserede resultat.*

*Fortolkningen hænger tillige sammen med hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne. Tilsynet finder det ikke rimeligt, hvis der først foretages en fordeling af det realiserede resultat, hvorved der tages stilling til, hvilke midler der skal tilføres forsikringsbestanden henholdsvis egenkapitalen, og denne fordeling derefter senere kan omgøres ved at fraføre midler fra bonusudjævningshensættelserne og til egenkapitalen."*

Dertil bemærkes, at Finanstilsynet ikke har fundet anledning til at forklare, hvorledes en angivelig hjemmel til at udstede regler om kontribution anvendes til at varetage regnskabsmæssige hensyn og gennemsigthed. Om klagerens holdning til Finanstilsynets opfattelse, der tilkendegives i skrivelsen henvises til afsnit 4.2 nedenfor.

### 3.8 Finanstilsynets udkast til en ny kontributionsbekendtgørelse

Finanstilsynet har den 14. juni 2002 sendt et udkast til en revideret kontributionsbekendtgørelse til høring. Af udkastets § 3, stk. 2, fremgår følgende nye bestemmelse:

*"Midler, der i henhold til stk. 1, er tilført de forsikringsmæssige hensættelser som del af et positivt resultat, kan ikke senere overføres til egenkapitalen."*

Den af Finanstilsynets fortolkning anlagte fortolkning af Bekendtgørelsen, gående ud på, at kontributionsprincippet hindrer en anvendelse af

bonusudjævningshensættelser til fordel for egenkapitalen, søges således nu af Finanstilsynet udtrykkeligt angivet ved revisionen af kontributionsbekendtgørelse.

Af retstekniske årsager agter klageren ikke for nærværende at fremkomme med bemærkninger hertil.

#### **4. Anbringender til støtte for klagers påstand**

##### 4.1 Hjemmelsgrundlaget

Hjemmelen til Bekendtgørelsen er LFV § 31, stk. 6, hvorefter Finanstilsynet kan fastsætte nærmere bestemmelser om de i § 31, stk. 1 - 5 nævnte krav. For så vidt angår kontributionsprincippet har Finanstilsynet således hjemmel til at fastsætte nærmere bestemmelser om det forhold, at

*"De anmeldte regler for beregning og fordeling af realiseret resultat, jf. § 30, stk. 1, nr. 3, skal være præcise og klare og skal føre til en rimelig fordeling"*.

De i medfør af § 31, stk. 6 udstedte regler skal således for det første have til formål at sikre, at de anmeldte regler for beregning og fordeling af det realiserede resultat er *præcise* og *klare*. Der er således tale om formelle krav til de anmeldte reglers udformning, idet disse skal udformes på en måde, så de kan danne grundlag for dels vurderingen af, om reglerne er rimelige, og dels kan danne grundlag for en efterfølgende prøvelse af, om reglerne er overholdt.

For det andet skal de anmeldte regler føre til en *rimelig* fordeling af det realiserede resultat, herunder skal fordelingen mellem de forsikrede og selskabets egenkapital være rimelig, jf. lovbemærkningerne. Finanstilsynet skal således føre en rimelighedstilsyn med livsforsikringselskaberne.

Når LFV bestemmer at fordelingen af det realiserede resultat mellem forsikringstagerne og egenkapitalen skal være rimelig, har lovgiver hermed overladt Finanstilsynet et skøn over denne rimelighed. Ved overladelsen af dette skøn er der ikke givet hjemmel til at opstille generelle regler, som normerer rimelighedsvurderingen uden inddragelse af konkrete forhold. Sådanne regler ville være i strid med den forvaltningsretlige grundsætningen om forbud mod skøn under regel.

LFV § 31, stk. 6 kan derfor alene forstås som en tilsynsretlig hjemmel, der kan anvendes til at opstille sådanne formelle krav til de anmeldte regler, at Finanstilsynet konkret har mulighed for at vurdere, om reglerne fører til en rimelig fordeling af realiseret resultat.

Finanstilsynet har derfor ikke hjemmel til at fastsætte en regel om, hvorvidt bonusudjævningshensættelser kan tilbageføres til egenkapitalen. Hvorvidt en sådan tilbageførsel i visse tilfælde kan ske, skal være en konkret

vurdering af, om det (i) er rimeligt, og (ii) kan ske i overensstemmelse med kontributionsprincippet.

Der er nedenfor nærmere redegjort for, at en adgang til tilbageførsel af bonusudjævningshensættelserne ikke generelt kan antages at være i strid med kontributionsprincippet.

#### 4.2 Betydningen af bonusudjævningshensættelser

De fleste livsforsikringsvirksomheder har traditionelt opereret med en sondring mellem fordelt og ufordelt bonus. Fordelt bonus er midler, der er tilskrevet de enkelte forsikringstagere, typisk ved en forhøjelse af pensionstilslaget. Fordelt bonus er således udtryk for en endelig forpligtelse for forsikringsselskabet til at udrede et bestemt beløb til forsikringstageren ved forfaldstid.

Ufordelt bonus er derimod midler, som forsikringsselskabet har afsat med den hensigt at udlodde den i bonus og som således endnu ikke er fordelt til forsikringstagerne. Der kan herved opnås en bonus-udjævrende effekt, således at mere eller mindre tilfældige udsving i årenes afkast af forsikringsselskabets aktiver afbødes i forhold til forsikringstagerne. En sådan bonusudjævning er et udtryk for det solidaritetsprincip, som forsikring generelt er et udtryk for, idet bonusudjævning medfører en omfordeling af indtjeningen i forsikringsselskabet, som er nødvendig, da hele det forretningsmæssige grundlag hviler på et gennemsnitsrentep princip med garanterede ydelser.

Udover til sikring af fremtidig bonus, anvendes ufordelt bonus også til sikring af de garanterede ydelser, som forsikringsselskabet måtte have tilsagt forsikringstagere. Endelig anvendes ufordelt bonus til sikring af selskabets solvens, hvilken anvendelse netop er hovedgenstanden for nærværende sag.

Ufordelt bonus optages normalt regnskabsmæssigt under de forsikringsmæssige hensættelser under posten "bonusudjævningshensættelser". Om denne post hedder det i § 29 i bekendtgørelse nr. 10024 af den 20/12/1995 (som senere ændret):

*"Under passivpost 7. Bonusudjævningshensættelser opføres beløb, der er hensat til udjævning af bonusudlodninger over en flerårig periode."*

Ifølge Finanstilsynets fortolkning af kontributionsprincippet, skal de midler, der i overensstemmelse med kontributionsprincippet skal tilfalde forsikringstagerne, hensættes som en bonusudjævningshensættelse i det omfang midlerne ikke er fordelt til de enkelte forsikringstagere, jf. Bekendtgørelsens § 3.

I tiden inden Bekendtgørelsen var der forskellig praksis i forsikringsselskaberne for så vidt angår bonusudjævningshensættelser. Særligt de tværgående pensionskasser opererede typisk ikke med

bonusudjævningshensættelser, hvorfor ufordelte midler blot fremgik af egenkapitalen. Finanstilsynet måtte acceptere denne praksis, og måtte for så vidt angår tværgående pensionskasser udtrykkeligt i en skrivelse af den 18. december 2001, anføre:

*"I forlængelse heraf skal det hermed meddeles, at Finanstilsynet nu har vurderet, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan anses for fastlagt i 1996, at det beregningsmæssige kontributionsprincip var gældende for de tværgående pensionskasser. På den baggrund vil Finanstilsynet først ved regnskabsafslæggelsen for 2001 kræve for de tværgående pensionskassers vedkommende, at den del af det realiserede resultat, der i overensstemmelse med kontributionsprincippet tilfalder forsikringsbestanden, fuldt ud tilskrives de forsikringsmæssige hensættelser og ikke egenkapitalen."*

Det skal hertil bemærkes, at der i modsætning til det anførte næppe kan have hersket rimelig tvivl om, at det beregningsmæssige kontributionsprincip gjaldt for de tværgående pensionskasser fra lovændringen i 1994, idet LFV § 31 gælder ens for alle typer af forsikringsvirksomhed. Det der kan have hersket tvivl om var om kontributionsprincippet før Bekendtgørelsen fordrede, at ufordelt bonus nødvendigvis regnskabsmæssigt blev opført som en bonusudjævningshensættelse. Dette kan efter klagerens opfattelse ikke antages.

Bekendtgørelsen udtaler imidlertid nu klart, at de midler som forsikringselskaberne under overholdelse af kontributionsprincippet tilskriver forsikringstagerne skal opføres som en hensættelse. Finanstilsynet fortolker endvidere Bekendtgørelsen derhen, at én gang foretagne bonusudjævningshensættelser ikke kan tilbageføres.

En regel der foreskriver en sådan retsvirkning af en foretagen hensættelse til fremtidig bonus er uden hjemmel i LFV. LFV foreskriver alene, at fordelingen af realiseret resultat mellem forsikringstagerne og egenkapital skal være rimelig. Hvorvidt der er mulighed for at tilbageføre af en bonusudjævningshensættelse har i princippet intet at gøre med, om der sker en rimelig fordeling. Snarere tværtimod, fordi en tilbageførelsesadgang medvirker til at skabe en rimelig fordeling over en årrække. Tilbageførelsesadgang er derimod afgørende for, om selskabet har mulighed for at fastholde sin solvens og er ikke til hinder for, at der over en årrække sker en rimelig fordeling.

Klageren er bekendt med, at det er Finanstilsynets grundopfattelse, at en hensættelse regnskabsmæssigt er et udtryk for en forpligtelse, som virksomheden har på opgørelsestidspunktet. Således opfattes en bonusudjævningshensættelse, som en forpligtelse for forsikringselskabet til yde bonus til forsikringstagerne. Finanstilsynet fremhæver i forlængelse heraf, at en almindelig regnskabsopfattelse må føre til, at hensatte beløb ikke kan stå til rådighed for egenkapitalen, men kun kan anvendes til fordel for det hensatte formål. Det er derfor angiveligt misvisende, hvis bonusudjævningshensættelserne skulle kunne anvendes til fordel for egenkapitalen, jf. Finanstilsynets skrivelse af den 26. oktober 2001:

*"Såfremt midler henlagt i bonusudjævningshensættelserne kan tilbageføres til egenkapitalen, kan midlerne ikke siges at modsvare en forpligtelse over for forsikringstagerne, og placeringen under de forsikringsmæssige hensættelser ville ikke være retvisende. Værdien af forpligtelserne skal være kendt ved aflæggelsen af regnskabet, og der skal derfor på dette tidspunkt være foretaget en endelig fordeling af det realiserede resultat."*

Det citerede viser efter klagerens opfattelse, at Finanstilsynet - bevidst eller ubevidst - anvender de regnskabsmæssige begreber på en misvisende og forkeret måde. Finanstilsynets fortolkning indebærer allerede derfor, at der med skrivelsen faktisk foreskrives, at selskaberne skal udarbejde regnskaber, der ikke er retvisende, og at forsikringstagerne bibringes en fejlagtig forventning om deres økonomiske position.

Regnskabsmæssigt er en hensættelse nemlig ikke udtryk for en endelig materiel disposition, hvorefter hensættelsen *skal* anvendes til det hensatte formål. Hensættelsen er derimod et udtryk for en forventet forpligtelse, der kan vise sig at blive aktuel eller ej. En antagelse om, at foretagelsen af hensættelsen i sig selv skaber forpligtelsen er en cirkulær slutning. Forpligtelsen skyldes ydre omstændigheder, og hensættelsen er et udtryk for virksomhedens vurdering af disse ydre omstændigheders økonomiske betydning. I et notat fra Finanstilsynet til Forsikringsrådet af den 18. april 2001 anfører Finanstilsynet da også:

*"I almindelig regnskabsterminologi dækker begrebet hensættelser over forpligtelser, som virksomheden har på opgørelsestidspunktet. Hensættelser adskiller sig fra gæld derved, at der er en vis usikkerhed om forpligtelsens størrelse og/eller forfaldstidspunktet."*

Og videre udtaler Finanstilsynet om nedskrivning af forpligtelsen:

*"... hensættelserne kan kun nedbringes, hvis de anvendes til det formål (betaling af forpligtelsen), hvortil beløbet er henlagt, eller hvis forpligtelsen viser sig at være mindre end tidligere antaget."*

Terminologisk er der således intet til hinder for, at bonusudjævningshensættelser kan nedskrives til fordel for egenkapitalen, idet størrelsen af den forpligtelse, som bonusudjævningshensættelsen er et udtryk for, ikke er kendt på opgørelsestidspunktet. Med andre ord er det udtryk for en grundlæggende fejlagtig opfattelse, når Finanstilsynet i skrivelsen af den 26. oktober 2001 anfører, at

*"Værdien af forpligtelserne skal være kendt ved aflæggelsen af regnskabet, og der skal derfor på dette tidspunkt være foretaget en endelig fordeling af det realiserede resultat."*

Det virkelige spørgsmål bliver derfor at vurdere, hvornår de ydre forhold som lå til grund for hensættelsen – eller bedømmelsen af disse forhold – senere ændrer sig, således at en foretagen hensættelse kan ændres. Svaret herpå må søges i kontributionsprincippet, som netop danner grundlaget for hensættelsen.

Idet kontributionsprincippet bygger på en løbende rimelighedsvurdering (hvori indgår både historik og prognose), følger det efter klagerens opfattelse allerede heraf, at bonusudjævningshensættelserne til enhver tid kan ændres, hvis ændringen vurderes som rimelig på det givne tidspunkt. Hvornår det er rimeligt at ændre bonusudjævningshensættelserne, er en skønsmæssig og individuel afgørelse, og muligheden for at nedskrive hensættelserne kan ikke generelt udelukkes.

Størrelsen af en bonusudjævningshensættelse beror i første række på den historiske indtjening. En god indtjening vil være afspejlet i større bonusforventninger og dermed større bonushensættelser. Hvis forsikringsselskabet efterfølgende har år med vigende indtjening, forekommer det rimeligt, at bonusforventningerne bliver mindre, og at hensættelserne derfor også må formindskes. Det kan ikke heroverfor indvendes, at bonusudjævningshensættelserne allerede bliver formindsket de pågældende år ved anvendelse til tilskrivning af bonus til forsikringstagerne. I og med at bonusudjævningshensættelserne formindskes ved forbrug til bonustilskrivning bliver risikoen, der hviler på egenkapitalen, jo tilsvarende større. Konklusionen må derfor blive, at en dårlig indtjening kan have nedsat bonusforventningerne, hvorfor det forekommer rimeligt at nedsætte bonusudjævningshensættelsen.

Disse og tilsvarende situationer må under alle omstændigheder vurderes konkret med hensyn til om de rimeligvis fører til en nedsat forventning om bonus, som giver grundlag for en nedsættelse af bonusudjævningshensættelserne.

I denne forbindelse peges der også på, at i tilfælde af et livsforsikringsselskabs konkurs, vil den individuelle forsikringstager næppe kunne antages overhovedet at kunne gøre krav gældende mod konkursboet på en ideel andel af den bonusudjævningshensættelse, der måtte bestå på konkurstidspunktet. Bonusudjævningshensættelsen vil derfor på dette tidspunkt klart fremstå som en del af den egenkapital, der skal medgå til dækning af simple kreditorer i boet. Hertil kommer, at netop konkursens indtræden vil være et slående bevis på, at der ikke har været basis for den forventelige bonustilskrivning.

Kontributionsprincippet indebærer således ikke, at et livsforsikringsselskabs midler skal opdeles i en del tilhørende selskabets ejere og en del tilhørende forsikringstagerne. Kontributionsprincippet indebærer derimod alene ifølge LFV § 31, at set over tid skal en rimelig del af investeringsafkastet i livsforsikringsselskabet tilgå forsikringstagerne.

En generel regel om, at der ikke kan tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne er ikke en nødvendig følge eller en naturlig del af kontributionsprincippet, og har efter klagers opfattelse aldrig været det. Reglen bygger på den opfattelse, at midler som én gang er hensat til forsikringstagerne for altid er afskåret fra selskabets disponible formue. En sådan (usædvanlig) retsvirkning af at foretage en hensættelse vil kræve udtrykkelig lovhjemmel, således som der for eksempel gælder særregler om

anvendelsen af henlæggelser i en eventuel sikkerhedsfond, jf. den nu ophævede § 141 i LFV.

#### 4.3 Rimeligheden af Finanstilsynets fortolkning

Det vil kunne indvendes, at det ikke giver mening at foreskrive hensættelse til forsikringstagerne i overensstemmelse med et kontributionsprincip, hvis sådanne hensættelser senere frit kan tilbageføres. Det må imidlertid erindres, at en tilbageførelse ikke frit ville kunne foretages, idet den vil være underlagt et rimelighedsskøn, og i øvrigt kun forekommer i situationer, hvor det er nødvendigt af hensyn til selskabets solvens.

Det virker ganske tilfældigt og urimeligt, at i et år med et positivt realiseret resultat vil egenkapitalen i princippet kunne tillægges hele resultatet (hvis dette er rimeligt), mens egenkapitalen ikke kan forøges i et år med negativt realiseret resultat på trods af, at det er nødvendigt for at opfylde selskabets solvens.

Det må også erindres, at den "rimelighed" i fordeling mellem forsikringstagere og egenkapital, som kontributionsprincippet er et udtryk for, naturligvis gælder til fordel for både egenkapital og forsikringstagere. Det kan således betvivles, om det er rimeligt, at egenkapitalen ingensinde kan tilføres midler fra bonusudjævningshensættelserne. Resultatet er, at i en længere række af indtjeningsmæssigt dårlige år må egenkapitalen afdække tab, hvoraf forsikringstagerens andel/bidrag først på et meget senere tidspunkt – hvis overhovedet – kan blive godskrevet egenkapitalen i forbindelse med positive realiserede resultater. Den manglende ret til at overføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen er således i modstrid med princippet om, at kontributionsprincippet skal være overholdt over en årrække.

Endelig er selskabets soliditet et væsentligt og grundlæggende hensyn, som også skal inddrages i rimelighedsvurderingen. Det er ikke rimeligt - og kan derfor ikke være en følge af kontributionsprincippet - hvis selskabets soliditet bringes i fare som følge af en manglende mulighed for at nedskrive bonusudjævningshensættelserne.

Som ovenfor nævnt under punkt 3.6 indeholder Bekendtgørelsen i § 4 de principper, hvorefter fordelingen mellem egenkapital og forsikringstagerne skal ske. Fordelingen er udtrykkeligt ikke udtømmende anført, og følgelig er Bekendtgørelsen ikke som sådan til hinder for at disponere selskabets overskud således, at der til enhver tid er tilstrækkelig egenkapital til at dække den beregnede solvensmargin.

#### 4.4 Konsekvenser af Finanstilsynets fortolkning for K

Som et eksempel på situationer, hvor det kan forekomme rimeligt at overføre midler fra hensættelserne kan nævnes medlemsejede forsikringsaktieselskaber og pensionskasser, som ikke nødvendigvis har noget behov for eller ønske om at opbygge en stor egenkapital, og som således vælger at hensætte en større del af det realiserede resultat til bonus end kontributionsprincippet kræver. Det forekommer rimeligt, at sådanne forsikringselskaber gives mulighed for at

tilbageføre hensatte midler til styrkelse af egenkapitalen i dårlige år, så længe egenkapitalen ikke set over en længere årrække tildeles en urimelig andel af det realiserede resultat.

Som nævnt ovenfor er K ejet af Foreningen K f.m.b.a, og dermed ejet af forsikringstagerne. Det vil således i praksis være udelukket for K at anmode sin ejer om kapitaltilførsel i tilfælde af, at selskabet som følge af dårlig indtjening kommer i en situation, hvor det ikke længere kan opfylde kravene til basiskapital. Omvendt vil ejeren af K aldrig fjerne midler fra K, ud over hvad der er nødvendigt til at dække af administrationsomkostninger.

K kan derfor risikere at gennemgå en udvikling, hvor egenkapitalen ikke længere opfylder basiskapitalkravet, på trods af, at selskabet som følge af betydelige bonusudjævningshensættelser ikke er i reelle økonomiske problemer.

For at anskueliggøre en sådan udvikling, er der nedenfor opstillet et scenario.

K havde ved udgangen af 2001 følgende balance:

Aktiver ( mio. kr. )		Passiver ( mio. kr. )	
Investeringsaktiver	16.624	Egenkapital	500
Tilgodehavender	322	Livsforsikringshensættelser	15.180
Andre aktiver	446	Bonusudjævningshensætt.	1.720
Periodeafgrænsningsposter	207	Gæld mv.	199
Aktiver i alt	17.599	Passiver i alt	17.599

Selskabets solvensmargen udgjorde 672 mio. kr. og basiskapitalen udgjorde 691 mio. kr.

Forskellen mellem basiskapitalen og egenkapitalen udgør lovaktiv på 118 mio. kr. samt udskudt skat på 76 mio. kr. Endvidere er der fradrag for solvensmargen i datterselskaber på 3 mio. kr.

Det kan antages som eksempel, at livsforsikringshensættelserne stiger til 15.700 mio. kr. i 2002, således at solvensmargen udgør 695 mio. kr. ultimo 2002, samtidig med, at den samlede driftsregnskabsmæssige nettoeffekt (bortset fra investeringsafkastet) af udviklingen i livsforsikringshensættelserne udgør -750 mio. kr.

Hvis man yderligere forestiller sig et fald på kapitalmarkederne i 2002, således at K realiserer et investeringsresultat på -5% før skat af investeringsaktiverne ultimo 2001 svarende til -830 mio. kr. før skat, vil status ultimo 2002 før skat og inden dispositioner være følgende:

Egenkapital	500
Realiseret resultat	-1.455
Livsforsikringshensættelser	15.700



Bonusudjævningshensættelser	1.720
Solvensmargen	695

Hvis det realiserede resultat fordeles forholdsmæssigt mellem egenkapitalen og de forsikringsmæssige hensættelser, får man følgende statusopgørelse:

Egenkapital	471
Livsforsikringshensættelser	15.700
Bonusudjævningshensættelser	307
Solvensmargen	695

Basiskapitalen udgør herefter

Egenkapitalen	471
Lovaktiv	118
Udskudt skat	76
Solvensmargen i datterselskaber	-3
I alt basiskapital	662

Under de anførte forudsætninger vil selskabet i eksemplet mangle basiskapital på 33 mio. kr. ved udgangen af 2002, hvilket selskabet vil kunne løse ved at overføre yderligere 33 mio. kr. fra bonusudjævningshensættelserne.

Egenkapitalen vil i så fald udgøre 504 mio. kr., og kan således siges at være blevet forøget med 4 mio. kr. af hensyn til selskabets solvens i et år, hvor det realiserede resultat ellers var negativt.

Det er K's opfattelse, at hensynet til selskabets solvens under alle omstændigheder må respekteres i enhver fortolkning af begrebet kontribution, således at kontributionsregler ikke er hindring for K's evne til at opfylde solvenskrav. Det er ikke en rimelig følge af kontributionsprincippet, hvis K's solvens bringes i fare.

#### 4.5 Fortolkning af Bekendtgørelsen

For det tilfælde, at Erhvervsankenævnet mod forventning måtte finde, at LFV indeholder hjemmel for Finanstilsynet til at fastsætte en generel regel om, at bonusudjævningshensættelser ikke kan tilbageføres til egenkapitalen, gør klageren subsidiært gældende, at en sådan regel ikke kan udledes af Bekendtgørelsen.

Som ovenfor anført følger det ikke af kontributionsprincippet, at midler én gang hensat til bonus aldrig kan tilbageføres. Ifølge kontributionsprincippet skal det blot sikres, at forsikringstagerne målt over en årrække modtager en rimelig del af indtjeningen i et livsforsikringssselskab. Bekendtgørelsens § 3

udtaler således heller ikke andet end, at den del af det realiserede resultat som i overensstemmelse med kontributionsprincippet skal tilgå forsikringstagerne skal hensættes i det omfang det ikke samtidig tilskrives de enkelte forsikringstageres konti. Bekendtgørelsen siger intet om, at hensættelsen er definitiv.

Endvidere har det som nævnt ovenfor været praksis før Bekendtgørelsen i mange livsforsikringselskaber at have mulighed for at tilbageføre bonusudjævningshensættelserne, hvilket Finanstilsynet har accepteret, jf. f.eks. notat fra Finanstilsynet til Forsikringsrådet af den 18. april 2001:

*"Finanstilsynet har accepteret, at selskaberne anvender de nævnte overskudsprincipper uden forbehold for, at årets investeringsafkast skal kunne rumme den egenkapitalforrentning, som princippet fastlægger."*

I et brev fra Finanstilsynet af den 9. februar 2001 som ledsagede Bekendtgørelsen, fremgik det bl.a.:

*"Der er ikke med Bekendtgørelsen tilsigtet nogen ændring i praksis på området."*

Af notatet fra Finanstilsynet til Forsikringsrådet af den 18. april 2001, fremgår det endvidere:

*"Bekendtgørelsen slår imidlertid ikke udtrykkeligt fast, at midler, der en gang er tilført bonusudjævningshensættelserne ikke efterfølgende kan føres tilbage til egenkapitalen."*

Endelig skal det erindres, at Finanstilsynet i udkastet til en ny kontributionsbekendtgørelse af den 14. juni 2002 har fundet anledning til at foreslå reglen indført udtrykkeligt som en ny § 3, stk.2:

*"Stk. 2 Midler, der i henhold til stk. 1, er tilført de forsikringsmæssige hensættelser som del af et positivt realiseret resultat, kan ikke senere overføres til egenkapitalen"*

## **5. Sammenfatning**

### **ANBRINGENDER:**

Til støtte ... gøres det principalt gældende:

- at Finanstilsynet ikke i LFV § 31, stk. 6 har hjemmel til at foreskrive, at bonusudjævningshensættelserne aldrig kan nedskrives til fordel for egenkapitalen;
- at det kræver udtrykkelig lovhjemmel at foreskrive, at en hensættelse er bunden og ikke kan ophæves, hvis forholdene tilsiger en sådan ophævelse;

- at Finanstilsynet i henhold til LFV § 31, stk. 2 har pligt til at foretage et skøn over, hvorvidt en anmeldt regel om fordeling af realiseret resultat er rimelig;
- at det er i strid med forvaltningsretlige grundsætninger at normere skønnet efter LFV § 31, stk. 2 ved en generel regel om, at en foretagen bonusudjævningshensættelse ikke senere kan omgøres;
- at det følger af kontributionsprincippet, at set over tid skal forsikringstagerne tildeles en rimelig del af resultatet i et livsforsikrings-selskab, som afspejler hvorledes forsikringstagerne har bidraget til at skabe dette resultat;
- at en bonusudjævningshensættelse er et udtryk for en forventet anvendelse af midler til fordel for forsikringstagerne i overensstemmelse med kontributionsprincippet men derimod ikke en endelig tildeling af midler til forsikringstagerne;
- at at forventningen om fremtidig bonus som udtrykt i en bonusudjævningshensættelse kan ændre sig efterfølgende, hvorfor bonusudjævningshensættelsen kan nedskrives i overensstemmelse med kontributionsprincippet;
- at reglerne for fordeling af realiseret resultat skal være rimelige også over for forsikrings-selskabet, jf. LFV § 31, stk. 2;
- at det er urimeligt, hvis et forsikrings-selskab ikke kan anvende regler for fordeling af realiseret resultat, som tilsigter at sikre selskabets solvens og overlevelse;
- at en regel om, at en foretagen bonusudjævningshensættelse aldrig kan tilbageføres er i strid med LFV § 31, stk. 2 og hindrer kontributionsprincippet i at få den virkning, at der kan ske en rimelig fordeling af det realiserede resultat over tid;
- at hensynet til selskabets soliditet skal indgå i vurderingen af, om fordelingen af det realiserede resultat er rimeligt;
- at klagerens soliditet og overlevelse alene kan sikres hvis klageren gives medhold i sin påstand over for Finanstilsynet.

Subsidiært gøres det gældende:

- at Bekendtgørelsen ifølge sin ordlyd ikke udelukker, at der kan ske nedskrivning af bonusudjævningshensættelserne til fordel for egenkapitalen;
- at Bekendtgørelsens § 4, der på en ikke udtømmende måde angiver de principper, hvorefter det beregningsmæssige

kontributionsprincip skal anvendes, ikke udelukker eller forhindrer, at der ved fordelingen - både af hensyn til selskabet og af hensyn til forsikringstagernes langsigtede interesser - sker en behørig sikring af selskabets solvens og overlevelse, hvilket i øvrigt Finanstilsynet, med direktør B's udtalelse i 1993, var enig i;

- at det før udstedelsen af Bekendtgørelsen var praksis at have regler for fordeling af realiseret resultat, som kunne føre til nedskrivning af bonusudjævningshensættelserne, hvilken praksis Finanstilsynet har accepteret;
- at at Bekendtgørelsen ikke ifølge sin tilblivelseshistorie og Finanstilsynets udtalelser tilsigtede at ændre praksis.
- at Finanstilsynet under ingen omstændigheder har hjemmel til regeludstedelse ved hjælp af formløse cirkulæreskrivelser, som hvilket Finanstilsynets skrivelse af 26. oktober 2001 må betragtes.

...

### **C. Skrivelse af 23. oktober 2002 fra kammeradvokat C**

I en redegørelse af 23. oktober 2002 har kammeradvokat C på vegne af Finanstilsynet anført følgende:

”Som det fremgår af klagen har bestemmelserne i §§ 30 og 31 i lov om forsikringsvirksomhed været genstand for adskillige ændringer i de senere år. En del af disse ændringer har haft baggrund i den harmonisering af reglerne om livsforsikringsvirksomhed, der er gennemført inden for EU, og bestemmelserne skal derfor ses på baggrund af den fællesskabsretlige regulering og de øvrige bestemmelser, der er gennemført til implementering heraf. Det drejer sig i denne forbindelse særligt om bekendtgørelse nr. 609 af 14. juli 1995 om information fra forsikringsselskabet til forsikringstager ved indgåelse af en livsforsikringsaftale, der har til formål at gennemføre dele af 3. livdirektiv.

Det er et centralt krav i lovens § 31, stk. 2, at de regler for beregning og fordeling af realiseret resultat, der anmeldes til Finanstilsynet efter lovens § 30, skal være præcise og klare og føre til en rimelig fordeling.

Denne bestemmelse suppleres af informationsbekendtgørelsens § 4, nr. 6 og 7, hvorefter et forsikringsselskab, inden en livsforsikringsaftale indgås, skal give den forsikringssøgende følgende oplysninger:

"6) Angivelse af i hvilket omfang og på hvilken måde størrelsen eller reglerne for fastsættelse af størrelsen af ydelser, præmier m.v. er garanteret.

7) Generelle angivelser vedrørende de bonusregler, der gælder for forsikringsaftalen".

Efter informationsbekendtgørelsens § 5 skal forsikringsselskabet oplyse forsikringstageren om ændringer under forsikringsaftalens løbetid, når det drejer sig om de i § 4 nævnte forhold, og efter § 5, stk. 2, skal forsikringsselskabet hvert år give forsikringstageren oplysninger om størrelsen af forsikringsydelse samt om bonussituationen.

Efter § 6 skal selskabet, såfremt det forelægger den forsikringsøgende eller forsikringstageren prognoser om fremtidig bonus, klart tilkendegive, at prognoserne ikke er garanterede, og på hvilke forudsætninger prognoserne baseres.

De nævnte bestemmelser har dannet grundlag for et langvarigt og omfattende arbejde både hos Finanstilsynet og i brancheforeningen Forsikring og Pension for at tilvejebringe klarhed om forståelsen af bonusbegrebet og om beregningen og fordelingen af det realiserede resultat.

I klagerens skrivelse er henvist til en artikel af Finanstilsynets daværende direktør B i Advokaten 1993. Samme indlæg er optaget i Finanstilsynets beretning for 1992, og ....

Som det fremgår af artiklen side 24-25 er reglerne om beregning af bonus fastsat som en afvejning mellem på den ene side hensynet til at undgå, at der uddeles et større beløb som bonus, end der er til rådighed, og på den anden side ønsket om, at de enkelte forsikringer modtager en bonusandel, der i det væsentlige modsvarer det overskud, som de enkelte forsikringer har indtjent. Det fremhæves også i artiklen, at kontributionsprincippet i praksis kan være vanskeligt at opfylde, og at der i takt med den tekniske mulighed for beregning er sket en tilnærmelse til princippet.

Kontributionsprincippet blev i de efterfølgende år gjort til genstand for en udførlig behandling i Assurandørsocietetet bl.a. på grundlag af et responsum fra professor dr. jur. Erik Werlauff. Assurandørsocietetets rapport af oktober 1995 ....

Fra rapporten fremhæves særligt følgende:

- Side 7 forneden bemærkes det i tilknytning til lovændringerne i 1993 og 1994, at det enkelte selskab ikke arbitrært kan fastlægge fordelingen af en andel i det realiserede resultat som en bonus, og at der ej heller kan arbejdes med en helt fast og ufravigelig procentsats for den del af den samlede andel af overskuddet, der skal tilskrives forsikringstagerne som bonus.

- På side 10-11 refereres professor Werlauff for en opfattelse, hvorefter kontributionsprincippet indebærer, at lovgivningsmagten har overskredet de beføjelser, der tilkommer den efter livsforsikringsdirektiverne, men dette synspunkt forfølges ikke nærmere i Assurandørsocietetets redegørelse.

- Derimod fremgår det side 23 under pkt. 10, at

"I realiteten er overskudsfordelingen heller ikke symmetrisk. Selskabernes muligheder for at fordele tab på de forsikrede er både begrænset af rentegarantien og af, at én gang afsatte hensættelser til de forsikrede ikke kan reduceres. Det har i enkeltstående tilfælde været muligt at overføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, men muligheden er begrænset og må i øvrigt ske med skyldig hensyntagen til, at man ikke kommer i konflikt med skattereglerne".

Finanstilsynets fortsatte drøftelser med branchen resulterede bl.a. i en tilkendegivelse i tilsynets beretning for 1996, hvor det som anført i direktør B's indlæg fastslås, at størrelsen af egenkapitalforrentningen over en årrække højst må overstige forrentningen af de forsikringsmæssige hensættelser i form af et såkaldt driftsherretillæg til dækning af den større risiko, som egenkapitalen bærer. Tilsynet afstod fra at udarbejde strikte regler om størrelsen af driftsherretillægget, men tilkendegav at ville fortsætte det konkrete tilsyn med størrelsen af egenkapitalens forrentning målt over en årrække. ...

Bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet fastsætter både regler om det beregningsmæssige kontributionsprincip og det fordelingsmæssige kontributionsprincip. I § 4, der angår det beregningsmæssige kontributionsprincip, formaliseres de allerede gennemgåede principper, idet det fastslås, at bestanden af forsikringsaftaler skal tildeles en andel af det realiserede resultat, som er rimelig i forhold til, hvorledes bestanden har bidraget til dette resultat. I § 4, stk. 2, bestemmes, at egenkapitalen kan tillægges en rimelig andel af det realiserede resultat, hvorved det afspejles, at egenkapitalen bærer en særlig risiko, fordi den hæfter for forpligtelserne over for forsikringsbestanden. Endvidere fremgår det af § 4, stk. 4, at princippet skal være opfyldt over en årrække.

Af § 6 fremgår, at ved et negativt realiseret resultat for forsikringsbestanden kan en del af bonusudjævningshensættelserne anvendes til dækning heraf, i det omfang de omfattede forsikringsaftaler har bidraget til hensættelserne.

Det fremgår af disse bestemmelser, at bekendtgørelsen går ud fra, at egenkapitalen skal holde for til dækning af underskud, fordi det jo er derfor den får et risikotillæg, og at bonusudjævningshensættelserne kun kan anvendes til dækning af et negativt resultat for forsikringsbestanden, og kun i det omfang forsikringsaftalerne har bidraget til hensættelserne. Bonusudjævningshensættelserne kan således efter bekendtgørelsen ikke anvendes til dækning af underskud forud for egenkapitalen og ikke anvendes ud over, hvad der er rimeligt i betragtning af bonusudjævningshensættelsernes forholdsmæssige andel.

De nævnte bestemmelser er kommenteret i den skrivelse af 9. februar 2001, der blev udsendt til alle livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser sammen med bekendtgørelsen. .... Det fremgår af skrivelsen ..., at for så vidt angår tilfælde med negativt overskud, jf. § 6, var der ikke megen præcedens. Heri ligger, at både artiklen af direktør B og Finanstilsynets tilkendegivelse i beretningen for 1996 har den dengang typiske situation for øje, at der er tale om beregning og fordeling af et realiseret overskud.

Den skrivelse af 26. oktober 2001, som der henvises til i klagen ..., er affødt af, at en række forsikringselskaber - i realiteten i strid med den opfattelse, der er citeret ovenfor fra Assurandørsocietetets redegørelse fra 1995 - tilsyneladende rutinemæssigt tilbageførte midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen for at tilvejebringe en rimelig forrentning af egenkapitalen, og at selskaberne i tillid til, at dette var muligt, i en årrække havde henlagt mere i bonusudjævningshensættelserne, end man ville have gjort, såfremt man havde været opmærksom på, at Finanstilsynet ikke fandt, at der kunne tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen.

[I] Skrivelsen af 26. oktober 2001 ..., idet det fremhæves, at tilsynets fortolkning er begrundet dels i regnskabsmæssige forhold, dels i hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne. Heri ligger, at tilsynet finder det uacceptabelt, hvis forsikringselskaber i deres markedsføring kan henvise til, at de har en politik om at henlægge betydelige midler til bonusudjævningshensættelserne, hvis realiteten er, at disse midler efterfølgende kan føres tilbage til egenkapitalen, og at der således ikke sker en fordeling af hensættelserne til de enkelte forsikringer. Dette synspunkt er specifikt fremhævet i skrivelsen ...

Skrivelsen lægger op til ..., at selskaberne foretager en rimelig engangskorrektion af tidligere års praksis for fordeling af midler mellem egenkapital og bonusudjævningshensættelser tilbage til 1989, men også denne mulighed er begrænset af en række forhold, der nærmere gennemgås i skrivelsen .... Afslutningsvis er der en bemærkning om, hvad der gælder for tværgående pensionskasser, idet der henvises til Finanstilsynets beretning for 1996. .... Indklagede har noteret, at der i klageskrivelsen ... lægges afstand til dette sidste afsnit, hvilket dog er uden betydning, da klager er et forsikringselskab og ikke en tværgående pensionskasse.

Formålet med adgangen til at foretage en engangskorrektion var naturligvis, at der hermed en gang for alle var gjort op med, at selskaberne, hvis de havde haft kendskab til Finanstilsynets fortolkning, ikke havde lagt så meget af det realiserede resultat i bonusudjævningshensættelserne, men i stedet havde tillagt egenkapitalen en større andel.

Skrivelsen blev fulgt op med skrivelsen af 6. februar 2002, ..., og hvori Finanstilsynet redegør for, hvorledes korrektionen skal beregnes, samtidig med at der peges på, at det enkelte forsikringselskab i årsregnskabet for

2001 skal oplyse, at der primo 2002 foretages en engangskorrektion i forbindelse med skift af regnskabsprincip.

K indberettede i lighed med andre livsforsikringsselskaber i begyndelsen af 2002 såkaldte røde og gule risikoscenarier pr. ultimo 2001. Finanstilsynet reagerede herpå ved skrivelse af 5. marts 2002, ..., idet man anmodede K om nærmere at redegøre for, hvorledes selskabets indberetning af risikoscenarier og dermed de forudsatte tab og gevinsters fordeling mellem ejere og forsikringstagere er i overensstemmelse med bekendtgørelsen om kontributionsprincippet.

K svarede ved skrivelse af 2. april, .... I skrivelsen henviste man til, at bestyrelsen i 1997 havde vedtaget, at egenkapitalforrentningen i gennemsnit over en 5-årig periode højst må udgøre den beskattede depotrente med tillæg af 2 procentpoint, "dog som minimum et beløb svarende til, at de lovgivningsmæssige krav til basiskapitalen er opfyldt". Man oplyste endvidere, at disse retningslinier havde været bilag til aktuarens beretning til Finanstilsynet hvert år siden. K tilføjede, at det af bestyrelsen vedtagne princip for forrentning af egenkapitalen ville sikre, at egenkapitalen over en årrække ikke får større afkast end de forsikrede, "når bortses fra tillægget på de 2 procentpoint". Det fremgår endvidere, at det for selskabet ikke er afgørende, om ufordelte midler er placeret i egenkapitalen eller som bonusudjævningshensættelse.

[Af] retningslinier fra marts 1997, ... fremgår ..., at "henlæggelse til egenkapitalen må dog altid udgøre stigningen i solvensmargen", hvilket ikke nødvendigvis er det samme som bestyrelsens ovenfor citerede gengivelse, "dog som minimum et beløb svarende til, at de lovgivningsmæssige krav til basiskapital er opfyldt". Et livsforsikringsselskabs basiskapital kan være mindre end krævet i lovgivningen, uden at dette skyldes en stigning i solvensmargen.

Af de fremsendte skemaer fremgik, at i gult risikoscenarie, hvor bonusudjævningshensættelserne i udgangspunktet udgjorde 1.720 mio.kr. og basiskapitalen 691 mio.kr., ville selskabet med en renterisiko for passiver på 2.112 mio.kr. reducere bonusudjævningshensættelserne til 0 kr. og basiskapitalen til 416 mio.kr. Man kunne således konstatere, at scenariet var beskrevet således, at det altid var bonusudjævningshensættelserne, der måtte holde for først, og at egenkapitalen ikke blev reduceret, før bonusudjævningshensættelserne slap op.

Finanstilsynet meddelte herefter ved skrivelse af 14. maj 2002, ..., at den af selskabet praktiserede fordeling af det realiserede overskud efter tilsynets opfattelse ikke er i overensstemmelse med kontributionsprincippet, fordi selskabets opgørelse medførte, at selskabet ville tilskrive egenkapitalen en positiv forrentning selv i år, hvor der var realiseret et negativt resultat. Tilsynet henviste endvidere til de allerede nævnte skrivelser af 9. februar 2001, 26. oktober 2001 samt 6. februar 2002.

...



Det er denne skrivelse af 14. maj 2002, der er anledningen til nærværende klagesag.

[Fra] K's beretning og årsregnskab for 2001, [fremhæves] følgende ... :

... under overskriften "Forretningsmæssige aktiviteter i 2001" er det anført, at

"Fordeling af koncernens overskud foretages under hensyn til, at de forsikredes opsparing opnår størst mulig fordel. Med K's struktur som medlemsejet virksomhed er det ikke afgørende, om ufordelte midler er placeret i egenkapitalen eller i bonusudjævningshensættelserne. Bestyrelsen har dog vedtaget, at egenkapitalforrentningen i gennemsnit over en femårig periode højst må udgøre den beskattede depotrente med tillæg af 2 procentpoint, dog som minimum et beløb svarende til at de lovgivningsmæssige krav til basiskapitalen er opfyldt."

Som allerede nævnt er gengivelsen af bestyrelsens vedtagelse urigtig. [K's retningslinier af marts 1997] har et andet indhold.

... om bonus er bl.a. anført følgende:

"Depotrenter.

I 2001 var K's depotrenter 10,5 procent efter og 12,25 procent før afkastbeskatning. I 2000 var de tilsvarende depotrenter henholdsvis 6,0 procent og 7,5 procent.

K's depotrenter i 2001 var markedets højeste. Baggrunden for de meget høje depotrenter var flere år med finansafkast, der var markant højere end de fleste andre selskaber på pensionsmarkedet. Især var det finansafkastet fra 1999, der placerede K blandt de bedst konsoliderede pensionselskaber.

Da aktiemarkedet faldt brat efter terrorangrebet i september, valgte flere pensionselskaber at nedsætte depotrenterne for resten af året. K besluttede at fastholde sine depotrenter.

#### Konsolideringsbonus

Den 1. juli 2000 indførte K konsolideringsbonus, der har til formål yderligere at sikre de aftalte pensionsydelse på længere sigt, selv om renteniveauet forbliver lavt. Konsolideringsbonus tildeles forsikringer beregnet med en grundlagsrente på 5 procent ...

#### Policen er en helhed

I henhold til K's bonusregler bliver der beregnet bonus på baggrund af bonussatser, som er anmeldt til Finanstilsynet. Bonus beregnes for den samlede police under ét. ..."

Endelig er ... under forklaring til nøgletal bl.a. anført:

"Finanstilsynet og forsikringsbranchen har udarbejdet denne forklaring til nøgletallene, ....

Konsolideringsnøgletal

*Bonusreserven* udtrykker de ufordelte reserver målt i forhold til livforsikringshensættelserne.

*Egenkapitalreserven* viser hvor meget den korrigerede egenkapital (egenkapital med tillæg af visse merværdier og ansvarlig indskudskapital) overstiger lovgivningens mindstekrav målt i forhold til livsforsikringshensættelserne.

...

*Bonusreserven* er udtryk for værdier, som skal anvendes til fordel for de forsikrede.

..."

Indledningsvis bemærkes, at K ikke kan få medhold i sin påstand, således som denne er formuleret, allerede fordi de retningslinier fra marts 1997, som selskabet henviser til, og som er fremlagt ... ikke er anmeldt til Finanstilsynet.

I den forbindelse bemærkes, at der ikke sker en anmeldelse af retningslinjer, blot fordi de er medtaget som bilag til aktuarens beretning. Sådanne bilag er beregnet på Finanstilsynets gennemgang, mens forhold, der er omfattet af en anmeldelse, er offentligt tilgængelige, når de er registreret i Finanstilsynet, jf. § 4 i bekendtgørelse nr. 871 af 16. november 1995 om anmeldelse af det tekniske grundlag m.v. for livsforsikringsvirksomhed.

Dertil kommer, at de nævnte retningslinier hverken er klare eller præcise, og derfor ikke opfylder betingelsen i lovens § 31, stk. 2. Der er således ikke tale om regler, men om hensigtserklæringer, hvis retlige karakter i forholdet mellem selskabet og forsikringstagerne er ganske uvis.

At beslutningen er uklar fremgår til overflod af, at bestyrelsen hverken i årsrapporten, ..., eller i skrivelsen af 2. april 2002 til Finanstilsynet, ..., gengiver beslutningen korrekt. Der er således grund til at tro, at K i sin praksis faktisk ikke efterlever 1997-retningslinjerne efter deres ordlyd. Bestyrelsens gengivelse af retningslinjerne ville i sin ekstreme fortolkning medføre, at hvis basiskapitalen ikke længere opfyldte de lovgivningsmæssige krav, fordi selskabet f.eks. havde besluttet at foretage en udlodning af aktiekapital til ejerne, ville egenkapitalen kunne forøges, eventuelt ved overførsel fra bonusudjævningshensættelserne.

Endvidere har Finanstilsynet hæftet sig ved, at der er indbygget en markant selvmodsigelse i selskabets årsregnskab, idet selskabet på den ene side erklærer, at det ikke spiller nogen rolle, om ufordelte midler er placeret i egenkapitalen eller i bonusudjævningshensættelserne, og på den anden side forklarer begrebet bonusreserven med den opfattelse, der indtages af Finanstilsynet og forsikringsbranchen, og hvorefter bonusreserven er udtryk for værdier, som skal anvendes til fordel for de forsikrede.

Dette kan også udtrykkes på den måde, at K ganske vist gengiver den forklaring på begrebet bonusreserven, som Finanstilsynet kræver, men at begrebsfastlæggelsen er uden betydning for selskabets faktiske forvaltning.

Det gøres i den forbindelse gældende, at det er uden betydning, at K ejes af Foreningen K, og vedtægtens kompetence for Finanstilsynet kan ikke begrunde, at tilsynet undlader at udøve de opgaver, som tilkommer og påhviler tilsynet over for virksomheder, der er omfattet af tilsyn efter lov om forsikringsvirksomhed.

Endvidere gøres det gældende, at der er en uacceptabel uklarhed i K's regler derved, at man mener, at bonusreserven reelt er en del af egenkapitalen, og alligevel finder sig berettiget til at forrente den egentlige egenkapital med en overrente på 2% til dækning af driftsrisikoen. Selskabet udnytter altså den imødekommenhed, som Finanstilsynet har erklæret sig åben overfor siden direktør B's artikel, men accepterer ikke, at der er en forskel mellem egenkapital og aktiver, som skal dække forsikringstagernes pensionsbehov, og som ikke bør være udsat for selskabets almindelige driftsrisiko. Dette er naturligvis særlig graverende, når det af selskabets indberettede risikoscenarier fremgår, at bonusudjævningshensættelserne ikke alene betragtes som en del af egenkapitalen, men at de tænkes brugt op fuldt ud, før basiskapitalen berøres.

I den forbindelse bemærkes, at Finanstilsynet i bekendtgørelse nr. 1077 af 17. december 2001 om ændring af bekendtgørelse om kapitalgrundlag for forsikringsselskaber har tilladt, at der indføres "særlige bonushensættelser", der kan medregnes i basiskapitalen, men på sådanne vilkår, at de tildeles en løbende forrentning svarende til hvad efterstillet kapital ville kunne opnå på markedsmæssige vilkår. For Finanstilsynet er det således helt centralt, at forsikringsselskabets kunder er informeret om, hvilken risiko disse særlige bonushensættelser bærer, og at denne risiko vederlægges.

Det bestrides, at Finanstilsynets opfattelse gør det umuligt for klager at sikre selskabets solvens og overlevelse. Finanstilsynet har tilkendegivet, at man var villig til at acceptere en engangskorrektion. K har åbenbart ikke ønsket at benytte denne mulighed, men har i stedet ønsket både at kunne reklamere med høje depotrenter og samtidig reelt udhule den fremtidige bonustilskrivning ved sin autonome praksis.

Det gøres således gældende, at den praksis, K følger, dels er i strid med § 31, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed, dels i strid med informationsbekendtgørelsen.

Endvidere gøres det gældende, at K kun kan få medhold i sin påstand, såfremt klager kan dokumentere, at det er i strid med kontributionsprincippet og loven, at Finanstilsynet stiller krav om, at bonusudjævningshensættelserne ikke rutinemæssigt må reduceres til fordel for egenkapitalen. Det er således ikke tilstrækkeligt, at klager søger at argumentere for, at den af klager anvendte fremgangsmåde ikke er til skade for forsikringstagerne.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet har haft hjemmel til at udstede bekendtgørelsen om kontributionsprincippet. Bemyndigelsesbestemmelsen i lovens § 31, stk. 6, rummer utvivlsomt en beføjelse til at præcisere det grundlæggende princip i § 31, stk. 2, og det er da også udtrykkeligt forudsat i bemærkningerne til lov nr. 1329 af 20. december 2000 om ændring af bl.a. lov om forsikringsvirksomhed, at "Finanstilsynet vil fastsætte regler om beregningen og fordelingen af det realiserede resultat i en bekendtgørelse om kontributionsprincippet", jf. lovforslag L 77 i Folketinget 2000-01, alm. bemærkninger, 2. spalte.

Det gøres gældende, at bekendtgørelsens indhold er i overensstemmelse med lovens §§ 30 og 31, og at tilsynets afgørelse i øvrigt har hjemmel i både loven og bekendtgørelsen.

Det gøres endvidere gældende, at Finanstilsynet har udøvet det skøn, som er nødvendigt for at træffe den anfægtede afgørelse, og at det herved må tillægges afgørende betydning, at tilsynets afgørelse tilsigter at tilvejebringe klare, gennemskuelige og faste regler til beskyttelse af forsikringstagerne.

Det bestrides, at Finanstilsynets skrivelse af 26. oktober 2001 må betragtes som en formløs cirkulæreskrivelse. Finanstilsynet fastsætter generelle regler ved bekendtgørelser, der dog ikke alle skal kundgøres i Lovtidende. Herudover har Finanstilsynet en langvarig praksis for at orientere forsikringsselskaberne om sin retsopfattelse og fortolkning, således som denne kommer til udtryk i konkrete sager. Denne praksis er tilrettelagt i samarbejde med Forsikringsrådet og nu Det Finansielle Virksomhedsråd. Finanstilsynets orienterende generelle skrivelser har naturligvis ikke en selvstændig retsvirkning, og når der henvises til dem i konkrete afgørelser er det blot for at supplere sagsfremstillingen eller begrundelsen i den konkrete afgørelse med stof, som forsikringsselskabet er bekendt med fra tidligere udsendelser. På tilsvarende måde forekommer det også jævnligt, at Finanstilsynet henviser til afgørelser truffet af Erhvervsankenævnet eller af domstolene."

#### **D. Yderligere indlæg fra sagens parter**

I skrivelse af 17. januar 2003 har advokat A blandt andet yderligere anført:

” ...

1. *Den anmeldte regel for egenkapitalens forrentning*

Under hensyn til, at der under nærværende sag er opstået en vis tvivl, dels om den af K i 1997 vedtagne regel for egenkapitalforrentningen er formeligt anmeldt til Finanstilsynet, og dels hvorledes den vedtagne regel skal forstås, har K den 12. december 2002 foretaget anmeldelse af reglen for egenkapitalforrentning til Finanstilsynet ...

Det skal dog hertil bemærkes, at den i 1997 vedtagne regel blev udarbejdet på Finanstilsynets foranledning og blev fremsendt til Finanstilsynet. Reglen er endvidere indgået som bilag til de årlige aktuarrapporter.

Den under nærværende sag nedlagte påstand angår herefter den nu anmeldte regel for forrentning af egenkapitalen. Det gøres i denne sammenhæng gældende, at der ikke med denne anmeldelse er sket nogen substantiel ændring af selskabets fordelingsregel i forhold til det princip, som selskabet har anvendt tidligere og hvormed Finanstilsynet har været bekendt.

2. *Den anmeldte regels overensstemmelse med kontributionsprincippet*

Det fastholdes, at den af K anmeldte regel ikke er i strid med LFV § 31, stk. 2 og kontributionsbekendtgørelsen, uanset at reglen kan føre til, at foretagne bonusudjævningshensættelser i enkelte tilfælde må nedskrives til fordel for egenkapitalen.

Den anmeldte regel har ikke til formål eller følge at muliggøre en rutinemæssig overførsel af midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen og fører heller ikke til, at der henlægges mere til bonusudjævningshensættelserne end hvad K set over en årrække påtænker at anvende til fordel for de forsikrede.

Reglen er derimod en konsekvens af, at K, der ejes af forsikringstagerne, ikke opererer med muligheden for ekstern kapitaltilførsel. Reglen sikrer således selskabet mod, at der som følge af ekstraordinære forhold i enkelte år skulle opstå en situation, hvor selskabet ikke kan opfylde solvenskravene.

Skulle det i enkelt år blive nødvendigt at overføre midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, skal K naturligvis tage hensyn hertil ved fastlæggelsen af de efterfølgende års egenkapitalforrentning, således at kontributionsprincippet er opfyldt over en årrække.

Det siger endvidere sig selv, at såfremt K's manglende opfyldelse af solvenskravet skyldtes udlodninger til selskabets ejerne, ville det som udgangspunkt være i strid med kontributionsprincippet efterfølgende at forøge egenkapitalen. Dette forekommer så indlysende, at det ikke er præciseret i den anmeldte regel, hvortil kommer, at udlodning til

K's ejere er ganske utænkeligt i praksis, idet selskabet er ejet af forsikringstagerne gennem foreningen K f.m.b.a.

3. *Opgørelse i gult risikoscenarie*

Det bestrides, at K's opgørelse i gult risikoscenarie kan udlægges således, at *"det altid var bonusudjævningshensættelserne, der måtte holde for først, og at egenkapitalen ikke blev reduceret, før bonusudjævningshensættelserne slap op" ...*

Det er korrekt, at med en renterisiko på 2.112 mio. kr. vil bonusudjævningshensættelserne blive reduceret med 1.720 mio. kr. svarende til den samlede hensættelse, mens egenkapitalen ville blive reduceret med de resterende beløb på 392 mio. kr. (svarende til 275 mio. kr. efter skat). En forholdsmæssig fordeling af renterisikoen på 2.112 mio. kr. fører imidlertid til, at forsikringstagerne ville skulle bære en andel på 2.046 mio. kr. Idet bonusudjævningshensættelserne imidlertid kun udgør 1.720 mio. kr., må egenkapitalen således bære mankoen på 326 mio. kr. ud over de 66 mio. kr., som egenkapitalen egentlig skulle bære (alle tal før skatteeffekt).

Den beskrevne situation i gult risikoscenarie har således i princippet intet med den anmeldte regel for egenkapitalforrentning at gøre.

4. *Yderligere anbringender*

I tillæg til det i udtalelse af den 13. august 2002 anførte, gøres det yderligere gældende:

at den af K anmeldte regel for forrentning af egenkapitalen er klar og præcis;

at den af K anmeldte regel for forrentning af egenkapitalen ikke i sig selv er urimelig og i strid med LFV § 31, stk. 2 og kontributionsbekendtgørelsen, samt at en eventuel urimelig administration af en i øvrigt rimelig regel må påtales skønmæssigt fra Finanstilsynets side;

at K's tilkendegivelser i selskabets årsregnskab samt selskabets overholdelse af informationsbekendtgørelsen er uden betydning for afgørelsen af sagens principielle spørgsmål, som er hvorvidt det generelt og uden undtagelse er i strid med LFV § 31 og kontributionsbekendtgørelsen at nedskrive bonusudjævningshensættelser til fordel for egenkapitalen;

at reglerne i bekendtgørelse nr. 1077 af 17. december 2001 om særlige bonushensættelser er uden betydning for fortolkningen af LFV § 31; og

at Finanstilsynet ikke har udøvet det i LFV § 31 påkrævede skøn over rimeligheden af den af K anmeldte regel, idet

Finanstilsynet har baseret sin afgørelse på en fast regel om, at bonusudjævningshensættelser generelt og uden undtagelse ikke kan nedskrives til fordel for egenkapitalen, der ikke kan udledes af LFV eller af regler fastsat med hjemmel heri.

...”

I skrivelse af 6. februar 2003 har kammeradvokat C blandt andet anført følgende:

”Klageskrivelsen af 13. august 2002 indeholdt en påstand om, at Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002, ..., skulle ændres således, at de af klageren anmeldte regler for forrentning af egenkapitalen anerkendes.

I min ... redegørelse af 23. oktober 2002 nedlagde jeg en påstand om, at klagen ikke tages til følge, hvilket bl.a. blev begrundet i, at K ikke havde anmeldt nogen regel til Finanstilsynet som kunne anerkendes, idet navnlig de retningslinier fra marts 1997, som selskabet henviste til, jf. ... til min redegørelse, ikke var anmeldt.

Det fremgår af den supplerende udtalelse, at den nævnte indsigelse var velbegrundet, selv om det i den supplerende udtalelse søges bagatelliseret med en bemærkning om, at der "er opstået en vis tvivl, dels om den af K i 1997 vedtagne regel for egenkapitalforrentningen er formeligt anmeldt til Finanstilsynet, og dels hvorledes den vedtagne regel skal forstås."

Klager har i erkendelse af, at der ikke var foretaget nogen anmeldelse, selv om der er et krav herom i § 30, stk. 1, nr. 3 i lov om forsikringsvirksomhed, nu foretaget den nødvendige anmeldelse.

Det er imidlertid åbenbart, at den anmeldte regel ... har et ganske andet indhold end den regel fra 1997, som der hidtil er henvist til.

Finanstilsynet forstår bemærkningen i klagers supplerende udtalelse ... således, at klagers påstand under nærværende klagesag herefter ville kunne formuleres således

"Finanstilsynet tilpligtes at anerkende, at den regel om forrentning af egenkapitalen, som K har anmeldt den 12. december 2002, er i overensstemmelse med lov om forsikringsvirksomhed § 31, stk. 2, og contributionsbekendtgørelsen, jf. nu bekendtgørelse nr. 1221 af 17. december 2002.

Det fremgår af Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002 ... at selskabet skal anmelde sine principper for forrentning af egenkapitalen, og selskabets adfærd dokumenterer, at denne bemærkning har været fuldt ud berettiget. Klagers henvendelse til Erhvervsankenævnet kan således ikke forstås således, at Finanstilsynets nævnte afgørelse tilsidesættes som ugyldig.

Men det er ikke formålet med klageproceduren efter § 247 a i lov om forsikringsvirksomhed og loven om Erhvervsankenævnet, at Erhvervsankenævnet skal tage stilling til forhold, som ikke har foreligget til prøvelse for Finanstilsynet.

...

I den forbindelse bemærkes, at når klagen angår klagers regel om forrentning af egenkapitalen, er det misvisende, at det i den nævnte supplerende udtalelse er anført ... at det er "sagens principielle spørgsmål", hvorvidt det "generelt og uden undtagelse er i strid med LFV § 31 og kontributionsbekendtgørelsen at nedskrive bonusudjævningshensættelser til fordel for egenkapitalen".

Finanstilsynet finder ikke anledning til at gå nærmere ind på indholdet af den supplerende udtalelse, så længe det må anses som uafklaret, hvad formålet med klagen nu er.

...”

Ved skrivelse af 14. marts 2003 har advokat A blandt andet yderligere anført:

”...

Formålet med den verserende klagesag er en prøvelse af Finanstilsynets afgørelse af den 14. maj 2002. Ved denne afgørelse tog Finanstilsynet stilling til indholdet af klagers regler for forrentning af egenkapitalen, uanset at disse regler ikke var formeligt anmeldt til Finanstilsynet.

Uagtet at Finanstilsynet således har foretaget en realitetsbehandling af klagers regler for forrentning af egenkapitalen, har Finanstilsynet under denne klagesag gjort gældende, at klagers påstand ikke kan tages til følge, allerede fordi reglen ikke er anmeldt.

Hertil bemærkes, at Finanstilsynets afgørelse af den 14. maj 2002 i hovedsagen gik ud på, at de af klager praktiserede regler for fordeling af overskud ikke var i overensstemmelse med kontributionsprincippet, og Finanstilsynet påbød derfor disse ændret. Det fremgik alene af afgørelsen som en afsluttende bemærkning, at reglerne naturligvis skulle anmeldes til Finanstilsynet.

Om baggrunden for den manglende anmeldelse skal det anføres, at klagers regel for egenkapitalforrentningen blev fastsat af klagers bestyrelse i 1997 efter opfordring fra Finanstilsynet. Den fastsatte regel blev meddelt til Finanstilsynet ved vedtagelsen, og har årligt været bilagt aktuarindberetningerne til Finanstilsynet. Finanstilsynet har på intet tidspunkt inden den 14. maj 2002 over for klager påtalt den manglende anmeldelse.



Klager bestrider som bekendt Finanstilsynets afgørelse af den 14. maj 2002 og fastholder, at de praktiserede regler ikke er i strid med kontributionsprincippet. Dette spørgsmål er genstanden for nærværende klagesag.

Klager har ikke bestridt den del af Finanstilsynets afgørelse, der gik ud på, at klagers regel om egenkapitalens forrentning skulle anmeldes, og anmeldelsen af de praktiserede regler blev foretaget den 12. december 2002.

De herved anmeldte regler svarer efter klagers opfattelse til de tidligere praktiserede regler, som Finanstilsynet ved afgørelsen af den 14. maj 2002 har taget stilling til. Klagers bestyrelse har ikke fastsat nye regler, og i forbindelse med anmeldelsen foretoges alene en række sproglige præciseringer og uddybninger af de allerede vedtagne regler. Disse præciseringer er gennemført fordi både indholdet af kontributionsprincippet og terminologien har undergået visse afklaringer siden reglens vedtagelse i 1997, og denne nye viden er søgt indarbejdet i den af bestyrelsen vedtagne regel i forbindelse med anmeldelsen.

De anmeldte regler indebærer således ingen realitetsændringer i forhold til indholdet af de i 1997 vedtagne regler, og derfor heller ikke i forhold til grundlaget for Finanstilsynets afgørelse af den 14. maj 2002. Grundlaget for Finanstilsynet indsigelse mod reglerne - nemlig det forhold at reglen prioriterer hensynet til klagers solvens forud for bonus med den virkning, at bonushensættelser i særlige situationer må tilbageføres - består således uændret efter anmeldelsen af reglerne. Klager anser således med rette Finanstilsynets afgørelse af den 14. maj 2002 som en afgørelse, der angår de regler, som nu er anmeldt.

Den formelle anmeldelse er således ikke et udtryk for, at klager efterkommer Finanstilsynets afgørelse. Klager har derfor en aktuel og berettiget interesse i at få prøvet afgørelsen. Hvis klager ikke opnår denne prøvelse, kan klager lide retstab ved at disponere i overensstemmelse med regler for forrentning af egenkapitalen, som Finanstilsynet har meddelt klager er ulovlige. I tilknytning hertil bemærkes, at adgangen til at foretage den af Finanstilsynet tilladte engangskorrektion af bonusudjævningshensættelser, jf. skrivelse af den 26. oktober 2001, vil udløbe i forbindelse med klagers aflæggelse af årsregnskabet for 2003. Det er af afgørende betydning for klagers overvejelser om en eventuel engangskorrektion, at nærværende klagesag er afsluttet forinden korrektionsmuligheden bortfalder.

Erhvervsankenævnets stillingtagen til de af klager anmeldte regler indebærer således efter klagers opfattelse ikke, at Erhvervsankenævnet herved tager stilling til forhold, som ikke har foreligget til prøvelse for Finanstilsynet.

...”

Kammeradvokat C har ved skrivelse af 30. april 2003 blandt andet yderligere anført:

”... Det fastholdes således, at der ikke under denne klagesag kan tages stilling til de regler, som er anmeldt den 12. december 2002. Til klages bemærkning om, at Finanstilsynet ikke i perioden fra 1997 til 14. maj 2002 har påtalt den manglende anmeldelse, skal jeg henvise til Finanstilsynets skrivelse af 9. februar 2001, ..., hvormed tilsynet udsendte bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001. Det fremgår af skrivelsens næstsidste afsnit, at Finanstilsynet fandt anledning til at præcisere, at anmeldelser af regler for beregning og fordeling af realiseret resultat skal indeholde regler om egenkapitalforrentning og bonus. De selskaber, der endnu ikke havde indsendt fuldstændige regler herfor, blev derfor opfordret til snarest at indsende sådanne regler.

Det bestrides som urigtigt, at de nu anmeldte regler er identiske med de af klager tidligere praktiserede regler om forrentning af egenkapitalen, og det bestrides, at de anmeldte regler er dem, som Finanstilsynet tog stilling til i sin afgørelse af 14. maj 2002. Jeg kan oplyse, at Finanstilsynet fortsat behandler anmeldelsen af 12. december, og at der kan forventes en afgørelse, der naturligvis vil være underlagt de sædvanlige regler om mulighed for klage til Erhvervsankenævnet.

For så vidt angår [spørgsmålet] om, at Finanstilsynets afgørelse af 14. maj 2002 ophæves som ugyldig, gøres det gældende, at Finanstilsynets nævnte afgørelse ikke lider af retlige mangler, ligesom afgørelsen ej heller af andre grunde kan anses som ugyldig.

Finanstilsynet har noteret, at det ikke af klager er gjort gældende, at kontributionsbekendtgørelsen i sig selv skulle være ugyldig, og spørgsmålet er derfor alene, om Finanstilsynets afgørelse har haft fornøden hjemmel i kontributionsbekendtgørelsen og ikke strider mod denne.

...”

#### **E. Finanstilsynets afgørelse af 2. maj 2003**

Ved skrivelse af 2. maj 2003 har Finanstilsynet truffet afgørelse vedrørende Ks anmeldelse af 12. december 2002 til Finanstilsynet af selskabets regler for forrentning af egenkapitalen. Afgørelsen har følgende ordlyd:

”I brev af 12. december 2002 anmeldte selskabet regler for forretning af egenkapitalen. Det anføres i den forbindelse, at der er tale om en tydeliggørelse af de tidligere til Finanstilsynet fremsendte regler, som selskabets bestyrelse har vedtaget.

Finanstilsynet skal for god ordens skyld indledningsvis gøre opmærksom på, at Finanstilsynet har behandlet denne sag uafhængig af den af K indbragte sag for Erhvervsankenævnet om tilsynets afgørelse af 14. maj 2002 vedrørende de af bestyrelsen fastlagte regler for forrentning af egenkapital. Den indbragte sag er ikke tillagt opsættende virkning.

Finanstilsynet finder ikke, at de nu anmeldte regler alene indeholder en tydeliggørelse af de tidligere fremsendte regler. Det fremgår af de anmeldte regler, at den årlige forrentning af egenkapitalen udgør den til Finanstilsynet anmeldte beskattede depotrente med tillæg af 2 %-point. Af anmeldelsen fremgår imidlertid tillige, at henlæggelsen til egenkapitalen altid må svare til det beløb, Finanstilsynet måtte kræve til opfyldelse af lovens krav om solvens.

I henhold til selskabets tidligere regler for egenkapitalforrentning kunne der altid henlægges til egenkapitalen svarende til stigningen i solvensmargen. Med de af selskabet nu anmeldte regler er muligheden for henlæggelse til egenkapitalen udvidet til generelt at kunne finde sted, såfremt det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig basiskapital i selskabet.

Finanstilsynet skal dertil bemærke, at Finanstilsynets krav til basiskapital følger af bestemmelserne i lov om forsikringsvirksomhed. Finanstilsynet stiller ikke krav overfor det enkelte selskab om, hvorledes manglende basiskapital tilvejebringes. Såfremt selskabet ikke er i besiddelse af tilstrækkelig basiskapital, vil selskabet blive bedt om at udarbejde en plan for genoprettelse af dets økonomiske stilling, jf. § 249 i lov om forsikringsvirksomhed. Selskabet vil ikke i den forbindelse kunne anvende regelsæt, der strider mod indholdet af forsikringsaftalerne eller bestemmelser i lov om forsikringsvirksomhed med tilhørende bekendtgørelser.

I Finanstilsynets afgørelse af 26. oktober 2001, som blev udsendt til samtlige livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser og som blev offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside den 29. oktober 2001 fremgår:

"Kontributionsprincippet, dvs. princippet om den rimelige fordeling af det realiserede resultat, skal efter bekendtgørelsen være opfyldt over en årrække, og ikke nødvendigvis år for år. Der kan således være år, hvor egenkapitalen får en mindre andel af det realiserede resultat, end hvad der rimeligvis kunne tilkomme den, hvilket der så kan kompenseres for ved en højere egenkapitalforrentning sidenhen. Dette kan for eksempel være nødvendigt i et år med et ringe afkast af investeringerne for at kunne leve op til forpligtelserne eller en tilstræbt bonusrente. Det er imidlertid Finanstilsynets fortolkning, at en eventuelt højere andel til egenkapitalen forudsætter, at der er et positivt realiseret resultat at tage det fra. Det kan ikke ske ved at tilbageføre egenkapitalen midler, der tidligere er henlagt i bonusudjævningshensættelserne.

Finanstilsynet er imidlertid af Forsikring & Pension blevet gjort opmærksom på, at nogle selskaber har forstået bestemmelsen om måling over en årrække således, at der kunne tilbageføres midler fra bonusudjævningshensættelserne til egenkapitalen, når blot egenkapitalforrentningen målt over en årrække ikke derved blev urimelig høj. På baggrund af denne opfattelse har en række selskaber anført, at man i en årrække har henlagt mere i bonusudjævningshensættelserne, end man ville have gjort, såfremt man havde været opmærksom på tilsynets fortolkning vedrørende tilbageførelse.

Tilsynets fortolkning er begrundet dels i regnskabsmæssige forhold og dels i hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne.

Regnskabsmæssigt opføres bonusudjævningshensættelserne under de forsikringsmæssige hensættelser, som indeholder værdien af forpligtelserne over for forsikringstagerne - såvel forpligtelserne i forhold til de garanterede ydelser som forpligtelserne til fremtidig bonustilskrivning. Såfremt midler henlagt i bonusudjævningshensættelserne kan tilbageføres til egenkapitalen, kan midlerne ikke siges at modsvare en forpligtelse over for forsikringstagerne, og placeringen under de forsikringsmæssige hensættelser ville ikke være retvisende. Værdien af forpligtelserne skal være kendt ved aflæggelsen af regnskabet, og der skal derfor på dette tidspunkt være foretaget en endelig fordeling af det realiserede resultat.

Fortolkningen hænger tillige sammen med hensynet til gennemsigtige forhold for forsikringstagerne. Tilsynet finder det ikke rimeligt, hvis der først foretages en fordeling af det realiserede resultat, hvorved der tages stilling til, hvilke midler der skal tilføres forsikringsbestanden henholdsvis egenkapitalen, og denne fordeling derefter senere kan omgøres ved at fraføre midler fra bonusudjævningshensættelserne og til egenkapitalen.

På baggrund af den praksis, som selskaberne har ført, og den retsopfattelse som selskaberne har haft, finder tilsynet det rimeligt, at selskaberne får mulighed for at foretage rimelige korrektioner, uanset at et kontributionsprincip har været gældende gennem perioden fra 1989, hvor bonusudjævningshensættelserne blev introduceret i regnskaberne. Tilsynet lægger herved vægt på, at der gennem perioden er sket en gradvis ændring og præcisering af kontributionsprincippet, og at dette også har afspejlet sig i tilsynets håndhævelse af reglen.

Endvidere skal det fremhæves, at den skarpe adskillelse mellem egenkapital og kundemidler (bonusudjævningshensættelser), som fastslås ovenfor, nødvendiggør, at selskabernes ledelser i højere grad end hidtil må være opmærksomme på spørgsmål om kapitalfremskaffelse og solvens. Der er derfor behov for at få fastlagt et udgangspunkt for disse overvejelser. Da den nedenfor foreslåede accept af mulighed for en korrektion af tidligere praksis må betegnes som en fremskyndelse af fremtidig egenkapitalforrentning, lægges der vægt på, at korrektionen sker som en éngangsforetagelse, som skal foregå, senest når selskaberne overgår til aflæggelse af regnskaber på grundlag af markedsværdier på passivside. Når dette skæringspunkt fremhæves, skyldes det, at spørgsmål om forrentning af forsikringstageres midler henholdsvis egenkapitalen vil få en meget mere central rolle, jf. således arbejdet med at udarbejde regler om egenkapitalforrentningsnøgletal."

Efter Finanstilsynets opfattelse er selskabets anmeldte regler ikke i overensstemmelse med kontributionsprincippet. Selskabet skal bringe dets princip for fordeling af gevinster og tab mellem ejere og forsikringstagere i overensstemmelse med Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet og det nævnte brev om tilsynets fortolkning heraf.

Finanstilsynet skal endvidere gøre selskabet opmærksom på, at det foreskrives i § 7, i Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet, at fordelingen af det realiserede resultat mellem forsikringstagere og ejere skal foretages før beskatning, og at beskatningen efterfølgende fordeles på de relevante dele. Selskabets anmeldte regler kan derfor efter Finanstilsynets opfattelse ikke tage udgangspunkt i den anmeldte beskattede depotrente.

Finanstilsynet skal afslutningsvis henlede selskabets opmærksomhed på, at Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 71 af 30. januar 2003 om kontributionsprincippet finder anvendelse for selskabet, når selskabet overgår til

opgørelse af livsforsikringshensættelserne til markedsværdi, jf. bekendtgørelsens § 9, stk. 2.

Efter Finanstilsynets opfattelse, er selskabets anmeldelse af 12. december 2002 ikke i overensstemmelse med § 4, stk. 5, i den nye kontributionsbekendtgørelse. Det fremgår af bestemmelsen, at der ikke kan tildeles en højere andel til egenkapitalen under hensyn til den risiko, som påhviler denne, eller under hensyn til, at egenkapitalen tidligere har fået en lavere andel, end den kunne tilkomme, med mindre denne højere andel tilsammen med de beløb, der fordeles til forsikringsbestanden kan rummes i et positivt realiseret resultat for året.

...”

#### **F. Klageskrivelse af 2. juni 2003 over Finanstilsynets afgørelse af 2. maj 2003**

”...

Klagers anmeldelse den 12. december 2002 var foranlediget af, at Finanstilsynet i den for Erhvervsankenævnet under j.nr. 02-131.549 verserende klagesag - der også vedrører klagers regler for egenkapitalforrentning - havde gjort gældende, at reglerne ikke var anmeldt til Finanstilsynet.

I den verserende klagesag gjorde Finanstilsynet herefter gældende, at de anmeldte regler ikke kunne lægges til grund for klagesagens afgørelse, idet Finanstilsynet ikke havde haft lejlighed til at tage stilling hertil. Heroverfor gjorde klager gældende, at de nu anmeldte regler ikke på det for klagesagen relevante punkt indeholdt ændringer i forhold til de regler, som Finanstilsynet havde taget stilling til, samt at klager under alle omstændigheder måtte forvente, at Finanstilsynet ville underkende de anmeldte regler med samme begrundelse som tidligere.

Som forventet har Finanstilsynet nu ved afgørelse af den 2. maj 2003 med samme begrundelse meddelt klager, at de anmeldte regler efter Finanstilsynets opfattelse strider mod kontributionsprincippet.

Klager ser sig derfor nødsaget til at indbringe også denne afgørelse for Erhvervsankenævnet, og klager anmoder om, at nærværende klage behandles sammen med den under j.nr. 02-131.549 verserende klagesag, idet sagernes faktiske og retlige indhold er identisk. Til støtte for påstanden i denne sag gør klager de samme anbringender gældende som i den verserende sag, hvortil i det hele henvises. Den verserende sag opretholdes af hensyn til at kunne illustrere udviklingen i sagsforløbet.

...

Det skal hertil bemærkes, at det af Finanstilsynets anførte vedrørende kontributionsbekendtgørelsens § 7 ... tages til efterretning af klager, og

således vil kunne indgå i den regel, der kan formuleres efter endelig afgørelse i nærværende sag.

Det er klagers opfattelse, at Finanstilsynets afgørelse af den 2. maj 2003 er ugyldig, idet de af klager anmeldte regler ikke strider mod kontributionsprincippet. ...

Klagerens hovedanbringende er netop, at såfremt kontributionsbekendtgørelsen må forstås som hævdet af Finanstilsynet, savner bekendtgørelsen på dette punkt hjemmel i loven. Der henvises til klagerens udtalelse til Erhvervsankenævnet af den 13. august 2002.

... ”

### **G. Parternes yderligere indlæg**

Foranlediget af klageskrivelsen af 2. juni 2003 har kammeradvokat C ved skrivelse af 27. juni 2003 blandt andet anført følgende:

”...

I klagen anføres ..., at det er et hovedanbringende for klager, at såfremt kontributionsbekendtgørelsen må forstås som hævdet af Finanstilsynet, savner bekendtgørelsen på dette punkt hjemmel i loven. Denne bemærkning er rettet mod et punkt i [min skrivelse af 30. april 2003], hvori jeg noterer, at klager ikke gør gældende, at kontributionsbekendtgørelsen i sig selv skulle være ugyldig.

...

Det gøres således gældende, at Erhvervsankenævnet heller ikke under denne sag kan tage stilling til, om kontributionsbekendtgørelsen er i strid med lov om forsikringsvirksomhed.

I anden række nedlægges påstand om, at kontributionsbekendtgørelsen er gyldig og har hjemmel i loven.

Vedrørende den anfægtede afgørelse, ... bemærkes, at Finanstilsynet med rette har fastslået, at den af klager anmeldte regel om forrentning af egenkapital er i strid med kontributionsbekendtgørelsen. Det gøres herved gældende, at forrentningsreglens bestemmelse om, at egenkapitalen altid skal forrentes på en sådan måde, at henlæggelsen svarer til det beløb, Finanstilsynet måtte kræve til opfyldelse af lovens krav om solvens, løsriver fordelingen af årets resultat fra det, der er det centrale i kontributionsprincippet, nemlig at egenkapitalen og forsikringerne skal have en andel i årets resultat, der svarer til deres bidrag til resultatets opnåelse.

K's regel om egenkapitalens forrentning medfører, at livsforsikringerne må holde for som finansieringsgrundlag for forsikringsaktieselskabet. K er et

livsforsikringsaktieselskab, uanset sin foreningsretlige oprindelse, og aktieselskabet kan ikke påberåbe sig sin modvilje mod at rejse kapital på lånemarkedet eller på børsen som begrundelse for, at forsikringstagerne ikke får den andel i årets resultat, som deres kapital gennem den opnåede forrentning faktisk kunne berettigede til.

Meningen med kontributionsprincippet er ikke, at et aktieselskab kan bruge forsikringstagerens kapital som grundlag for forrentning af egenkapitalen uden hensyn til det fordelingsprincip, der ligger i kontributionsreglerne.”

I skrivelse af 20. august 2003 fra advokat A samt ved skrivelser af 22. september 2003 og 22. oktober 2003 fra henholdsvis kammeradvokat C og advokat A er fremsat yderligere bemærkninger til sagen.

Sagerne har været forhandlet mundtligt den 23. november 2004.

#### **Ankenævnet udtaler:**

Selskaber, som driver livsforsikringsvirksomhed, skal til Finanstilsynet anmelde selskabets regler for beregning og fordeling af realiseret resultat til forsikringstagerne og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, jf. den dagældende § 30, stk. 1, nr. 3, i lov om forsikringsvirksomhed.

De anmeldte forhold skal være betryggende og rimelige over for den enkelte forsikringstager og andre berettigede efter forsikringsaftalerne, jf. lovens dagældende § 31, stk. 1, og reglerne skal være præcise og klare og skal føre til en rimelig fordeling, jf. dagældende § 31, stk. 2.

Af bemærkningerne til dagældende § 31 i forslag til lov om ændring af blandt andet lov om forsikringsvirksomhed (L 117/1993) fremgår blandt andet:

"Bestemmelsen præciserer de principper, som de tekniske grundlag m.v. skal udformes efter, jf. art. 18 og 19 i 3. livsforsikringsdirektiv. Der lægges særlig vægt på, at det anmeldte tekniske grundlag mv. er betryggende, samt at selskabets overskud fordeles rimeligt. ... Herefter vedrører § 31 alene krav til indholdet af de anmeldte forhold, og der er i stk. 6 givet hjemmel til udstedelse af mere detaljerede bekendtgørelser herom.

Reglerne for fordeling af selskabets overskud skal, jf. stk. 2, være formuleret så det klart og præcist fremgår, hvorledes overskuddet anvendes til fordeling imellem de enkelte forsikringer, til henlæggelse til forsikringsbestanden som sådan (bonusudjævningshensættelser o.lign.) og til egenkapital m.m.

Fordelingen af selskabets overskud skal være rimelig i forhold til de berettigede parter. Hermed fastslås, at udgangspunktet for fordelingen af overskuddet er det såkaldte kontributionsprincip, hvorefter overskuddet fordeles blandt de berettigede parter efter de forhold, hvori de har bidraget til overskudsdannelsen. Den del af selskabets overskud, der herefter tilfalder forsikringstagerne (bonus), skal frigives på rimelig vis under forsikringsaftalens løbetid"

Af bemærkningerne til lov nr. 1329 af 20. december 2000 (L 77/2000), hvorved blandt andet dagældende § 31, stk. 2 i lov om forsikringsvirksomhed ændredes, fremgår:

”Beregningen og fordelingen af det pågældende overskud, der nu foreslås benævnt »realiseret resultat«, skal fortsat efter § 31, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed være rimelig. Udgangspunktet for fordelingen af overskuddet vil være det såkaldte kontributionsprincip. At kontributionsprincippet er udgangspunktet indebærer, at den beregnede og fordelte bonus ikke varigt må afvige væsentligt herfra, medmindre andet følger af forsikringsaftalernes indhold, herunder at der ikke er ret til bonus.

For så vidt angår den del af overskuddet, der fordeles mellem de efter aftalerne bonusberettigede forsikringer, vil en rimelig fordeling af det realiserede resultat efter kontributionsprincippet være, at der tilstræbes en fordeling i forhold til, hvorledes resultatet er opstået. Fordelingen skal således afspejle det forhold, hvorefter der er bidraget til overskudsdannelsen. Ved vurderingen heraf tages der i fornødent omfang hensyn til forsikringernes forskellige karakteristika med hensyn til risiko, omkostninger og forrentning.

For øvrige forsikringer vil en rimelig fordeling af det realiserede resultat afhænge af de konkrete forhold i forsikringsbestanden, herunder de kontraktmæssige forpligtelser over for de forsikrede.

Finanstilsynet vil i efteråret 2000 i medfør af § 31, stk. 6, i lov om forsikringsvirksomhed fastsætte nærmere regler om denne beregning og fordeling af det realiserede resultat (Bekendtgørelse om kontributionsprincippet).”

Af bemærkningerne til § 21 i forslag til lov om finansiel virksomhed (L 176/2002) fremgår blandt andet:



” .....

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

Finanstilsynet vil i medfør af bestemmelsens stk. 5 kunne fastsætte nærmere regler om denne beregning og fordeling af det realiserede resultat. Dette er sket i bekendtgørelse nr. 1221 af 17. december 2002 om kontributionsprincippet.

.....

Efter de gældende regnskabsregler er bonustildelingen indregnet som en driftsudgift i årsregnskabet, hvorfor det forsikringstekniske resultat, der fremstår heri, er et resultat efter bonustildeling, og det må således ikke forveksles med det realiserede resultat, der skal fordeles i form af bonus efter kontributionsprincippet. Det realiserede resultat, der skal fordeles efter kontributionsprincippet, er driftsresultatet før beslutning om bonustildeling og egenkapitalforretning. Det realiserede resultat skal beregnes og fordeles til egenkapitalen, det kollektive bonuspotentiale, særlige bonushensættelser og til de enkelte forsikringstagere i form af bonus.

Efter stk. 5 har Finanstilsynet hjemmel til at udstede mere detaljerede bekendtgørelser om, krav til indholdet af de anmeldte forhold. Finanstilsynet har allerede i medfør af den tilsvarende bestemmelse i § 31, stk. 6, i lov om forsikringsvirksomhed, udstedt bekendtgørelse om maksimal grundlagsrente og bekendtgørelse om kontributionsprincippet.

.....”

Erhvervsankenævnet finder på den baggrund, at bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001, henholdsvis bekendtgørelse nr. 71 af 30. januar 2003 om kontributionsprincippet har haft hjemmel i § 31, stk. 6 i den dagældende lov om forsikringsvirksomhed.

Af retningslinierne for fastlæggelse af egenkapitalens forrentning i K - vedtaget af selskabet den 19. marts 1997 - fremgår det blandt andet, at ”Henlæggelse til egenkapitalen må dog altid udgøre stigningen i solvensmargen”. I skrivelse af 2. april 2002 har selskabet til Finanstilsynet blandt andet oplyst, at ”Bestyrelsen har således vedtaget, at egenkapitalforrentningen i gennemsnit over en femårig periode højst må udgøre den beskattede depotrente med tillæg af 2 procentpoint, dog som minimum et beløb svarende til, at de lovgivningsmæssige krav til basiskapitalen er opfyldt”. Det fremgår af den af K den 12. december 2002 anmeldte regel om egenkapitalens forrentning blandt andet, at ”Den årlige forrentning af egenkapitalen udgør den til Finanstilsynet anmeldte beskattede depotrente med tillæg af 2 % - point. Henlæggelsen må dog altid svare til det beløb, Finanstilsynet måtte kræve til opfyldelse af lovens krav om solvens.”

Det fremgår af § 3, 1. pkt. i bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001 om kontributionsprincippet, at der på baggrund af det efter § 2, stk. 1, beregnede realiserede resultat, skal foretages en beregning af den del af det realiserede resultat, der tilfalder bestanden af forsikringsaftaler i overensstemmelse med det beregningsmæssige kontributionsprincip, jf. § 4. Af § 4, stk. 1, 2. pkt. fremgår, at der ved beregningen heraf indgår de i stk. 2 og 3 nævnte hensyn samt andre relevante forhold, som vedrører de omhandlede livsforsikringsaftaler. Det følger af § 4, stk. 4, at princippet skal være opfyldt over en årrække, idet beregningen i det enkelte år skal foretages under fornødent hensyn til de tidligere års faktiske beregning samt de kommende års tilsigtede deling af det realiserede resultat mellem forsikringsbestanden henholdsvis egenkapitalen i overensstemmelse med forsikringsselskabets eller pensionskassens overskudspolitik.

På denne baggrund finder ankenævnet efter en samlet bedømmelse, at såvel K's vedtagelse den 19. marts 1997, suppleret med skrivelsen af 2. april 2002, som anmeldelsen af 12. december 2002 er i strid med det beregningsmæssige kontributionsprincip i § 31, stk. 1 og 2 i den dagældende lov om forsikringsvirksomhed og § 4 i bekendtgørelse nr. 59 af 29. januar 2001, henholdsvis bekendtgørelse nr. 71 af 30. januar 2003. Det forhold, at K ejes af Foreningen K f.m.b.a., hvis medlemmer er forsikringstagerne i K, kan ikke bevirke nogen anden bedømmelse.

Erhvervsankenævnet finder endvidere, at Finanstilsynets fortolkning i skrivelsen af 26. oktober 2001 er en udvidelse, der ikke har baggrund i bekendtgørelsen for så vidt angår det forhold, at der ikke kan ske tilbageførsel af bonusudjævningshensættelserne, hvis særlige forhold gør sig gældende. Finanstilsynet tillod netop ved skrivelse af 6. februar 2002 blandt andet en sådan regulering. Der kan imidlertid for fremtiden for det enkelte selskab opstå en sådan situation, at det vil være rimeligt, at der kan ske tilbageførsel. Kontributionsprincippet skal være opfyldt over en årrække og nødvendigvis ikke år for år. Heraf følger, at der eventuelt fra bonusudjævningshensættelserne midlertidigt kan overføres til egenkapitalen, hvis det er nødvendigt af solvenshensyn. Der kan dog aldrig tilføres egenkapitalen mere end den driftsherregævinst med tillæg af forrentning, der er anmeldt til Finanstilsynet.

Afgørelserne af henholdsvis 14. maj 2002 og 2. maj 2003 hjemvises herefter til Finanstilsynet til fornyet behandling i overensstemmelse med ovennævnte.

Klagegebyrerne tilbagebetales.

#### **4.4. Lov om firmapensionskasser**

8) Kendelse af 5. april 2004. (j.nr. 02-134.691).

Rimelig grad af sandsynlighed for at der var afgivet løfte om pension, som skulle afdækkes forsikringsmæssigt. Klager dog delvist medhold.

Lov om tilsyn med firmapensionskasser § 1, stk. 1.

(Holger Dock, Suzanne Helsteen, Lise Høgh, Christen Sørensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 17. juni 2002 har advokat A på vegne af K1 og K2 klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 21. maj 2002 fastslog, at nogle nærmere bestemte pensionstilsagn skulle afdækkes forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Klagen har under ankenævnets behandling af sagen med Finanstilsynets tiltræden været tillagt opsættende virkning.

### **Sagens omstændigheder:**

#### **A. Den påklagede afgørelse af 21. maj 2002:**

Den påklagede afgørelse af 21. maj 2002 fra Finanstilsynet lyder således:

"Under henvisning til tidligere korrespondance, senest Deres skrivelse af 9. april 2002, vedrørende K1's eventuelle manglende afdækning af aktuelle og eventuelle udbetalinger fra K1's Tilskudsfond (K2), skal Finanstilsynet meddele følgende:

Finanstilsynet finder på baggrund af de foreliggende oplysninger, at de nuværende tilskud til alderspension og enkepension fra K2 inklusivt foretagne reguleringer heraf til tidligere funktionærer eller enker efter sådanne er omfattet af § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven (lovbekendtgørelse nr. 159 af 8. marts 2001 om tilsyn med firmapensionskasser), og at pensionstilsagnene derfor skal afdækkes i et livsforsikringselskab eller i en pensionskasse med koncession hertil.

Finanstilsynet har ved sin vurdering lagt vægt på følgende:

- Fondens formål er at yde støtte og hjælp af pensionslignende karakter til tidligere funktionærer i K1.
- Fonden ledes af en bestyrelse, der består af fem medlemmer, hvoraf to, herunder bestyrelsesformanden, er udpeget af K1.
- Fondens kapital hidrører fra indskud fra K1 samt renter heraf.
- Hensigtserklæringen fra 1986 præciserer, at fondens formål er at yde tilskud til pensionerede medarbejdere, således at pension + tilskud fra fonden udgør min. 60 % af den pågældende medarbejders gage på pensioneringstidspunktet.
- Hensigtserklæringen er i hvert fald siden vedtagelsen heraf i 1986 blevet fulgt af bestyrelsen i K2.
- De aktuelle modtagere af tilskud til alderspension eller enkepension har fået tilskud gennem en længere årrække.
- Tilskuddene fra fonden er årligt blevet reguleret i det omfang, K2s midler har tilladt det.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K1 omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn.

I forhold til pensionisterne B, C og D, der i henhold til bestyrelsesreferat af K2s bestyrelsesmøde afholdt den 6. december 2001 blev frataget deres årlige tilskud til pension med begrundelsen, at beløbene havde en ubetydelig størrelse, er det Finanstilsynets opfattelse, at denne indstilling af udbetalingen pr. 1. januar 2002 var uberettiget, og at den derved er uden virkning for de omhandlede personer, der alle siden 1995 har modtaget tilskud fra fonden. Disse personer har i lighed med de øvrige aktuelle modtagere af tilskud til pension erhvervet en ret, således at K2 må anses for forpligtet til at fortsætte udbetalingen af tilskud til disse modtagere, jf. det ovenfor anførte. Det er således Finanstilsynets opfattelse, at disse tilsagn er omfattet af § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser, og at pensionstilsagnene inklusivt foretagne reguleringer heraf til B, C og D skal afdækkes i et livsforsikringsselskab eller i en pensionskasse med koncession hertil. Finanstilsynet skal i øvrigt understrege, at de omhandlede pensionstilsagn ikke er fritaget for afdækningspligten i medfør af § 1 i Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 699 af 16. oktober 1990 om fritagelse af pensionsordninger for tilsyn, idet pensionstilsagnene er en del af en pensionsordning, hvori der indgår pensionstilsagn, der er større end bagatelgrænsen i bekendtgørelsen.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K1 omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn.

Finanstilsynet finder derudover på baggrund af de foreliggende oplysninger, at nuværende tilskud til efterløn/førtidspension inklusivt foretagne reguleringer heraf til tidligere funktionærer i K1 er omfattet af § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven, og at pensionstilsagnene derfor skal afdækkes i et livsforsikringsselskab eller i en pensionskasse, der har koncession hertil.

Finanstilsynet har ved sin vurdering lagt vægt på følgende:

- K2s bestyrelse har ved de omhandlede medarbejderes fratreden bevilget dem et tilskud til førtidspension.
- Det må anses for en klar forudsætning ved afgivelsen af disse tilsagn, at tilskuddet skal løbe frem til pensioneringstidspunktet.
- Det fremgår af hensigtserklæringen, at bestyrelsen i det omfang fondens midler tillader det tilstræber at regulere de omhandlede tilskud med samme procentsats som E regulerer sin alderspension med.

- Ingen modtager af tilskud til efterløn/førtidspension er endnu blevet frataget et bevilget tilskud fra K2, uanset at bevillingerne formelt fremstår som et-årige.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K1 omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn.

Det er i øvrigt tilsynets opfattelse, at det generelt ikke kan tillægges betydning, at det af fondens vedtægt og af hensigtserklæringen fremgår, at fonden alene kan bevilge ydelser for 1 år ad gangen, når fonden i praksis har givet tilsagnene til tidligere funktionærer fra deres fratrædelse og frem til deres død. Modtagere af tilskud til pension fra fonden har efter Finanstilsynets opfattelse på baggrund af bestyrelsens praksis erhvervet et retskrav på at modtage ydelserne frem til deres død - for førtidspensionisternes vedkommende frem til pensioneringstidspunktet - uanset at de årlige tilskud i bevillingsskrivelserne til modtagerne formelt fremstår som et-årige.

Finanstilsynet finder derudover på baggrund af de foreliggende oplysninger, at K1 over for de nuværende funktionærer, der er ansat før 1. januar 2002 har forpligtet sig til at yde tilskud til alderspension i overensstemmelse med det i hensigtserklæringen anførte, og at denne ret er omfattet af § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Disse tilsagn om tilskud til alderspension skal således afdækkes i et livsforsikringselskab eller i en pensionskasse, der har koncession hertil.

Finanstilsynet har ved vurderingen heraf lagt vægt på følgende:

- Fondens formål er efter vedtægten at yde støtte og hjælp af pensionslignende karakter til tidligere funktionærer i K1.
- Fondens formål er nærmere præciseret i hensigtserklæringen fra 1986, hvorefter fondens formål er at yde tilskud til pensionerede medarbejdere, således at pension + tilskud fra fonden udgør min. 60% af den pågældende medarbejders gage på pensioneringstidspunktet.
- Retten til pensionstilskud er alene betinget af ansættelsesperioden og af øvrige indtægtskilder efter pensionering, og princippet for hvor meget hver funktionær har ret til, er præcist angivet i hensigtserklæringen.
- Fondsbestyrelsen har i hvert fald siden vedtagelsen af hensigtserklæringen i 1986 fulgt principperne i denne.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K1 omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med

firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn.

Finanstilsynet skal understrege, at betingelserne om 20 års anciennitet og fortsat ansættelse i K1 frem til pensioneringstidspunktet for opnåelse af tilskud fra fonden i medfør af afdækningspligten i § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven er ugyldige og derved uden virkning, idet det følger af både lov om forsikringsvirksomhed, lovbekendtgørelse nr. 696 af 15. juli 2001, og af firmapensionskasseloven, at en forsikringstager eller et medlem skal have ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret. K1 og K2 kan i medfør af afdækningspligten efter § 1 i firmapensionskasseloven således efter Finanstilsynets vurdering maksimalt anvende en betingelse om 10 års ansættelse i K1 for opnåelse af ret til pension. Karensperioder på mere end 10 år strider efter tilsynets opfattelse mod retten til fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse svarende til den optjente pensionsret.

For så vidt angår afdækning af de eventuelle tilskud til pension til nuværende funktionærer, der ikke har været ansat i K1 i 10 år, kan afdækningen af disse pensionsforpligtelser foretages som en kollektiv afdækning med virkning for den enkelte funktionær ved opnåelse af 10 års anciennitet hos K1. Kollektiv afdækning medfører, at funktionærer, som fratræder forud for 10 års ansættelse hos K1, ikke nødvendigvis opnår en ret til en udtrædelsesgodtgørelse eller en fripolice svarende til den optjente pensionsret. Det skal hertil tilføjes, at Finanstilsynets afgørelse ikke omhandler allerede fratrådte, ikke pensionerede, medarbejdere, men alene nuværende ansatte funktionærer, som er ansat før 1. januar 2002.

Funktionærer ansat i K1 efter 1. januar 2002 er omfattet af vedtægten i K2 og således også af hensigtserklæringen, men disse funktionærer har efter det oplyste ikke i deres ansættelsesvilkår, herunder i personalehåndbogen, modtaget information som må antages at kunne begrunde en særlig forventning om fremtidig pensionstilskud fra fonden. Finanstilsynet kan således ikke på det foreliggende grundlag kræve forsikringsmæssig afdækning for disse funktionærer, idet der ikke foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at selskabet har pådraget sig en pensionsforpligtelse over for disse funktionærer.

Finanstilsynet finder derudover på baggrund af de foreliggende oplysninger, at K1 har forpligtet sig til at yde tilskud til enkepension for fremtidige enker efter pensionister, der har modtaget tilskud til alderspension fra fonden, og at disse pensionsforpligtelser er omfattet af § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Disse pensionstilsagn skal således afdækkes i et forsikringsselskab eller i en pensionskasse, der har koncession hertil. Afdækningen heraf er knyttet til afdækningen af pensionsforpligtelserne over for de enkelte funktionærer eller tidligere funktionærer i K1.

Finanstilsynet har ved vurderingen lagt vægt på følgende:

- Bestyrelsen har igennem en længere årrække fulgt en praksis, hvorefter enkepension automatisk er tildelt enker efter pensionister, der har modtaget tilskud fra fonden.
- Det har været tilstræbt, at enker efter tilskudsmodtagere skulle modtage en ydelse svarende til 60% af den afdøde ægtefælles ydelse.

Det skal understreges, at Finanstilsynet forudsætter, at når K1 er forpligtet til at yde pension til enker, så betyder det, at der både skal ydes pension til enker og enkemænd, idet der i erhvervstilknyttede sikringsordninger er forbud mod at gøre forskel mellem mænd og kvinder i forhold til rettigheder og pligter, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 775 af 29. august 2001 af lov om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sikringsordninger.

I forhold til størrelsen af afdækningen og omfanget af denne har Finanstilsynet følgende bemærkninger:

Bestyrelsen i K2 besluttede i 1999 at nedsætte pensionstilskuddene, således at en tilskudsmodtager maksimalt kunne opnå et tilskud på 10.000 kr. pr. måned, at tilskud til enker blev nedsat med 25%, og at tilskud til pensionister på 80 år eller mere blev nedsat med 15%. Ændringerne fra 1999 blev igen ophævet ved bestyrelsesbeslutning på bestyrelsesmøde afholdt den 6. december 2001, hvor det fremgår, at bestyrelsen besluttede at "annullere ændringerne til hensigtserklæringen vedtaget i 1999". På denne baggrund er det Finanstilsynets opfattelse, at afdækningen skal tage udgangspunkt i indholdet i hensigtserklæringen fra 1986 med de ændringer, der i forhold til tilskud til efterløn/førtidspension blev indført i 1987. De nævnte ændringer fra 1999 blev i øvrigt alene kommunikeret til de modtagere, der i forbindelse med ændringerne fik nedsat deres årlige tilskud fra K2, men ikke til andre aktuelle eller eventuelle modtagere af tilskud fra K2.

I september 2001 sendte økonomidirektør F i K1 på vegne af bestyrelsen i K2 et brev til modtagere af tilskud til alderspension og enkepension, hvoraf det fremgår, at de aktuelle modtagere blev tilbudt en fast årlig ydelse resten af deres liv i størrelsesordenen 20.000 kr. om året. Tilskudsmodtagerne fik i brevet besked om, at dette ville være en fordel sammenlignet med de gældende regler efter fundatsen, hvor modtagerne af det årlige beløb konkret hvert år blev besluttet af bestyrelsen. Modtagerne fik en frist på en uge til at acceptere tilbuddet ved at tilbagesende en erklæring, hvori de aktuelle modtagere samtidig fraskrev sig enhver rettighed til fremover at rejse noget krav i relation til K2 mod K2 og/eller dens bestyrelse og/eller K1. Af referatet af bestyrelsesmødet i K2 afholdt den 6. december 2001 sammenholdt med oversigten over tilskudsmodtagere fra fonden kan det udledes, at alle de omhandlede personer har underskrevet erklæringerne. De omhandlede tidligere funktionærer blev herefter, jf. referatet, bevilget en ydelse på 20.000 kr.



fra K2. Det kan dertil bemærkes, at de fleste af modtagerne i 2001 fik ydelser på langt over 20.000 kr., og at de gennem en længere årrække havde modtaget sådanne ydelser fra K2.

Finanstilsynet skal i forhold til fremgangsmåden udtale, at erklæringerne fra tilskudsmodtagerne efter tilsynets opfattelse er underskrevet på et mangelfuldt og ufuldstændigt grundlag, og på baggrund af en fejlagtig angivelse af modtagernes rettigheder i forhold til fonden. De omhandlede modtagere havde forud for brevets udsendelse utvivlsomt en ret til pensionstilskud fra fonden, som efter § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser skulle have været afdækket. Den lovmæssige afdækning af disse pensionstilsagn ville have haft den konsekvens, at bestyrelsen havde været afskåret fra at nedsætte afgivne pensionstilsagn til ugunst for modtagerne. På denne baggrund anser Finanstilsynet erklæringerne for ikke bindende for afgiverne og pålægger hermed K1 at afdække de pensionsforpligtelser modtagerne efter hensigtserklæringen og bestyrelsens praksis har ret til, jf. angivelserne herom ovenfor.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K1 omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn.

Finanstilsynet finder på baggrund af de foreliggende oplysninger ikke, at fonden igennem vedtægten, hensigtserklæringen eller sin praksis har forpligtet sig til at yde tilskud til efterløn/førtidspension til personer, der i fremtiden fratræder K1 forud for pensioneringstidspunktet. Det fremgår af hensigtserklæringen, at tilskud hertil alene bevilges i det omfang fondens midler tillader det, hvorfor de nuværende funktionærer ikke kan have opnået sådanne forventninger til tilskud til efterløn/førtidspension, at fonden er forpligtet til at yde dette. Disse eventuelle tilskud til efterløn/førtidspension fra fonden er således ikke omfattet af § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven. Det skal dog understreges, at såfremt fondens bestyrelse i fremtiden vælger at bevilge tilskud til efterløn/førtidspension, der løber frem til pensioneringstidspunktet, så skal disse tilsagn i henhold til § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven afdækkes i et livsforsikringselskab eller i en pensionskasse, der har koncession hertil, på tidspunktet for afgivelsen af pensionstilsagnet.

Finanstilsynet finder tilsvarende på baggrund af de foreliggende oplysninger, at fremtidig eventuel regulering af tilskud fra K2 ikke er omfattet af § 1, stk. 1, i firmapensionskasseloven, men at K2 i tilfælde af beslutning om at regulere tilskud til pension til tidligere funktionærer eller enker efter sådanne er forpligtet til at afdække disse reguleringer i et livsforsikringselskab eller en pensionskasse, der har koncession hertil.

...

Finanstilsynet anser herefter sagen for afsluttet."

## **B. Finanstilsynets redegørelse af 2. august 2002 for sagen i anledning af klagen:**

" ...

### **1. Retlige omstændigheder**

Vedrørende de retlige omstændigheder skal Finanstilsynet anføre følgende:

Sagen vedrører Finanstilsynets vurdering af, at K1 skal foretage forsikringsmæssig afdækning af pensionstilsagn afgivet til nuværende og tidligere ansatte funktionærer i K1, idet disse tilsagn er omfattet af § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser (firmapensionskasseloven). Finanstilsynet skal på denne baggrund henvise til den nævnte lovbestemmelse samt til de tilknyttede Lovbemærkninger .... Erhvervsankenævnet har tidligere taget stilling i lignende sager. Der skal specielt henvises til sag vedrørende pensioner fra Aktieselskabet Kjøbenhavns Handelsbank, ankenævnets j.nr. 89-16.872, hvor ankenævnet afgjorde, at de udbetalte ydelser var omfattet af den omtalte § 1 i firmapensionskasseloven. Ankenævnets kendelse blev siden stadfæstet af Østre Landsret (den 10. maj 1995) og Højesteret (den 26. juni 1997) i sagen Den Danske Bank A/S mod Finanstilsynet. Dommen i Handelsbank-sagen er gengivet i U 1997.1227 H ....

Finanstilsynet skal endvidere henvise til Erhvervsankenævnets kendelser af 8. november 1993 (j.nr. 91-43.753), 24. september 2001 (j.nr. 00-155.134) og 16. januar 2002 (j.nr. 00-223.588). Kendelserne vedrører alle § 1 i firmapensionskasseloven og de vil blive nærmere omtalt under afsnittet om de faktiske omstændigheder.

Finanstilsynets pålæg om forsikringsmæssig afdækning er afgivet over for K1, idet det er Finanstilsynets opfattelse, at der er identifikation mellem K1 og K2. Denne del af Finanstilsynets afgørelse er ikke påklaget til Erhvervsankenævnet af K1. Finanstilsynets udtalelse vedrører således spørgsmålet om, hvorvidt der er afgivet tilsagn om pension til nuværende og tidligere ansatte funktionærer i K1 og deres eventuelle enker, samt indholdet i disse tilsagn.

Ved K1's fusion med G A/S pr. den 1. januar 2002 med G A/S som det fortsættende selskab, overtager det fortsættende selskab afdækningspligten i forhold til de i afgørelsen omhandlede pensionstilsagn.

### **2. Faktiske omstændigheder**

Vedrørende de faktiske omstændigheder skal Finanstilsynet udtale følgende:

Finanstilsynets udtalelse vedrørende de faktiske omstændigheder opdeles i fire dele. Den første del behandler et års betingelsen i K2s vedtægt. Den anden del behandler spørgsmålet om, hvorvidt der er afgivet pensionstilsagn til tidligere og nuværende funktionærer samt deres enker. Den tredje del behandler bestyrelsens ændring og opsigelse af udbetalingen af ydelser til aktuelle modtagere, og fjerde del vedrører de særlige karensregler, som bestyrelsen i sin praksis har anvendt som kriterier for tildeling af ydelser fra fonden.

## 2.1 Et års betingelsen

K2s formål, som det oprindeligt fremgik af vedtægten... var følgende:

"Fondens formål er at opsamle midler, hvis årlige afkastning efter nærmere bestemmelse af Fondens bestyrelse skal anvendes som tilskud til aktuelle pensioner for funktionærer i K1 ..."

Vedtægten er senere ændret, og fra 1973 var fondens formål følgende ...:

"Fondens formål er efter nærmere bestemmelse af fondens bestyrelse, at yde støtte og hjælp af pensionslignende karakter til tidligere funktionærer i K1.

Fondens bestyrelse kan kun give tilsagn om tilskud for et år ad gangen."

Formålsbestemmelsen i vedtægten er ikke senere blevet ændret.

K1 oplyser, at vedtægten blev ændret i 1973 efter forhandling med Finansministeriet. Baggrunden for eller indholdet af disse forhandlinger for så vidt angår et års betingelsen fremgår ikke af redegørelsen. I et internt debatoplæg udarbejdet af H (tidligere kontorchef i K1 og medlem af bestyrelsen i K2) den 9. januar 1980 til brug for mulige ændringer af de gamle pensionsordninger i K1 ...fremgår det dog under afsnittet om K2 ..., at:

"Lovgivningen tillader dog ikke, at der til løbende pensioner gives tilsagn om tilskud for mere end et år ad gangen."

Denne gengivelse af loven er ikke korrekt, da der på daværende tidspunkt ikke i lovgivningen var noget til hinder for at afgive tilsagn om løbende pensioner for mere end et år ad gangen. Det fulgte dog af § 1, stk. 2, i den dagældende lov nr. 183 af 11. maj 1935 om tilsyn med Pensionskasser, at sådanne løfter skulle afdækkes forsikringsmæssigt. I dag er der – ligesom tidligere - heller ikke noget til hinder for, at der kan afgives pensionstilsagn, der løber over flere år, så længe disse afdækkes forsikringsmæssigt i enten et livsforsikringselskab eller i en pensionskasse, som har koncession hertil, jf. § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Et års betingelsen fremgår ligeledes af hensigtserklæringen fra 1986 ..., der nærmere præciserer formålet med K2, jf. nedenfor under afsnit 2 om K2s afgivelse af løfter om pension.

Et års betingelsen har imidlertid ikke haft noget reelt indhold, idet ingen pensionsmodtager efter det oplyste på et senere tidspunkt er blevet frataget en tildelt ydelse, og tilskud fra fonden løber således fra pensionering til pensionistens død. Det fremgår da også af ... K1s redegørelse af 14. december 2001 om K2 ..., at:

"Det altovervejende hovedprincip for K2s udbetaling af tilskud har været supplerung af pensionen for de efter bestyrelsens opfattelse berettigede funktionærer, således at pensionisternes årlige udbetaling svarede til 60 % af de pågældende personers slutgage – henholdsvis 60 % af alderspension for så vidt angår enkepension.

Det har været bestyrelsens princip at vedtage de årlige udbetalinger – under hensyntagen til K2s midler – således at pensionister og enker efter pensionerede funktionærer skulle kunne modtage tilskud frem til dødstidspunktet. For førtidspensionister, jf. hensigtserklæringen, har princippet været, at tildelinger er sket frem til pensioneringstidspunktet..."

Det har således været bestyrelsens princip at vedtage de årlige udbetalinger under hensyntagen til K2s midler således, at pensionister og enker efter pensionerede funktionærer skulle kunne modtage tilskud frem til deres død - for førtidspensionister frem til pensioneringstidspunktet. Dertil kan tilføjes, at hensigtserklæringens ... angivelse af, at der kan gives bonus til nydende tilskudsmodtagere, jf. nedenfor, ikke ville have noget indhold, hvis tilskud alene blev givet for et år ad gangen. Det giver ikke mening årligt at regulere en et årig udbetaling.

Uanset at bevillingerne i henhold til bevillingsskrivelserne kun af bestyrelsen har været givet for en periode på et år ad gangen uden tilsagn om fortsættelse, må det på baggrund af det ovenfor anførte antages, at aktuelle og eventuelle modtagere af tilskud har fået en berettiget forventning om, at tilskuddene vil blive givet til modtagernes død – for førtidspensionister frem til pensioneringstidspunktet. Der kan i denne forbindelse henvises til den ovenfor nævnte Handelsbank-sag, hvor et års kriteriet blev behandlet i forhold til en pensionskasse. I denne sag udtalte Højesteret, at:

"De etårige bevillinger er under pensionskassens afvikling givet hvert år i en meget lang årrække til alle pensionerede medlemmer af pensionskassen. Beregningen af bevillingernes størrelse er sket efter ganske ensartede principper, og således at de har kompenseret for dyrtiden. Ydelserne har udgjort en væsentlig andel af den udbetalte pension. For de erhvervsaktive medlemmer af pensionskassen er de etårige bevillinger i en meget lang årrække indgået i de årlige meddelelser om beregningen af pensioner på tilsvarende måde. Både for de pensionerede og for de erhvervsaktive medlemmer af pensionskassen må bevillingerne anses for givet i forbindelse med ansættelsesforholdet.

Uanset at bevillingerne kun har været givet for et år ad gangen uden tilsagn om fortsættelse, findes der efter det anførte at være opstået et retskrav for alle pensionskassens medlemmer på pension beregnet efter den hidtil fulgte praksis. I henhold til § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser påhviler det banken at afdække denne forpligtelse, der omfatter fremtidig pristalsregulering."

Der kan herefter efter Finanstilsynets opfattelse ses bort fra et års kriteriet, når det skal vurderes, om fonden har afgivet pensionstilsagn over for nuværende og eventuelle pensionister i K1. Det kan ikke tillægges betydning, at det af fondens vedtægt og af hensigtserklæringen fremgår, at fonden alene kan bevilge ydelser for 1 år ad gangen, når fonden i praksis har givet tilsagnene til tidligere funktionærer fra deres fratrædelse og frem til deres død – for førtidspensionister frem til pensioneringstidspunktet.

## 2.2 K2s afgivelse af løfter om pension (pensionstilsagn)

Ved vurderingen af, om fonden har forpligtet sig over for de omhandlede personer er formålsbestemmelsen i fondens vedtægt, hensigtserklæringen og bestyrelsens praksis af central betydning. Som anført i motiverne til loven og fastslået i retspraksis kan det forhold, at en arbejdsgiver i en længere periode har foretaget pensionsudbetalinger efter bestemte principper medføre en forpligtelse til fortsat at foretage pensionsudbetalinger efter de hidtil anvendte principper.

Der kan i denne forbindelse henvises til Erhvervsankenævnets kendelse af 24. september 2001 (sag 00-155.134), hvori ankenævnet gav Finanstilsynet medhold i et krav om afdækning af nogle pensionstilsagn afgivet af en arbejdsgiver. I kendelsen udtaler ankenævnet som begrundelse, at:

"Med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger løfter om pension, lægger ankenævnet vægt på, at fondens formål, at supplere de ansattes pension op til 60 % af slutlønnen, stedse har været fulgt ved udbetalinger fra fondene til de tidligere ansatte, der har været omfattet af ordningen. For så vidt angår reguleringerne af understøttelserne, har disse ligeledes over en længere årrække fulgt ensartede regler for de enkelte grupper af pensionister.

Ankenævnet tiltræder derfor, at der foreligger løfter om pension, som kan kræves afdækket forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser."

Der kan ligeledes henvises til Erhvervsankenævnets kendelse af 16. januar 2002 (sag 00-223.588), hvori Erhvervsankenævnet udtaler, at:

"Med hensyn til spørgsmålet om der foreligger løfter om pension, lægger ankenævnet vægt på, at formålet med udbetalingerne har været at supplere de ansattes pension, og at udbetalingerne, uanset årligt forbehold, har fundet sted i en længere årrække og først er ophørt ved

modtagerens død. Endvidere er tildelingen sket efter faste retningslinier. Dermed er der efter nævnets opfattelse skabt en forventning om, at udbetalingerne ville fortsætte, således at [selskabet] er blevet retligt forpligtet til at sørge for fortsatte udbetalinger. Ankenævnet finder ikke, at de reguleringer, der er sket, har et sådant omfang og en sådan karakter, at dette ændrer på denne retlige forpligtelse.

Ankenævnet tiltræder derfor, at der foreligger løfter om pension, som [selskabet] skal sørge for bliver afdækket forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser."

Hensigtserklæringen ... blev vedtaget og offentliggjort af fondens bestyrelse i 1986 og den indeholder følgende præciseringer til fondens formålsbestemmelse, der er gengivet under afsnit 1 ovenfor:

1. At yde tilskud til pensionerede medarbejdere, således at pension + tilskud fra fonden udgør min. 60 % af den pågældende medarbejders gage på pensioneringstidspunktet. Tilskud ydes for 1 år ad gangen.
2. At yde tilskud til funktionærer, der efter det fyldte 60. år ønsker at overgå til førtidspension. Tilskud ydes for 1 år ad gangen.
3. Når punkt 1 og 2 er opfyldt, da af fondens årlige afkast at henlægge til fondskapitalen jvf. § 7.
4. Hvis de årlige midler, efter opfyldelse af punkt. 1-3, tillader det, kan der derefter ydes bonus til tilskudsfondsydende personer.

Der er efterfølgende foretaget ændringer i hensigtserklæringen i 1987, 1999 og 2001. Finanstilsynet anmodede i skrivelse af 4. januar 2002 ... K1 om supplerende oplysninger om den information, der er blevet givet i forbindelse med ændringerne. Det fremgår af K1s supplerende redegørelse af 29. januar 2002 ..., at disse ændringer kun er blevet kommunikeret til aktuelle modtagere af ydelser fra fonden og ikke til eventuelle modtagere. De foretagne ændringer i hensigtserklæringen og betydningen af kommunikationen behandles nærmere under afsnit 3 om bestyrelsens ændring og opsigelse af udbetaling af pensionstilskud.

Fondens primære formål er efter punkt 1 i hensigtserklæringen at yde tilskud til fratrådte pensionerede funktionærer, således at de opnår en alderspension på minimum 60 % af den pågældendes gage på pensioneringstidspunktet. I en forklarende kommentar i hensigtserklæringen, ..., angives, at dersom fondens midler tillader det, tilstræber bestyrelsen at regulere fondens årlige tilskud med samme procentsats, som E regulerer sin alderspension med. Dette følger også af punkt 4 ovenfor. Tildeling af supplement til alderspensionen er alene betinget af pensionistens øvrige indtægter og af ansættelsestiden i K1 og ikke af fondens formue eller afkast i de enkelte år. Reguleringen er derimod efter bemærkningen i hensigtserklæringen betinget af midlerne i fonden.

I forhold til førtidspensionister anføres under punkt 2 i hensigtserklæringen, at formålet er at yde tilskud til funktionærer, der efter det fyldte 60. år ønsker at overgå til førtidspension. I en forklarende kommentar i hensigtserklæringen angives, at dersom en funktionær, der efter det fyldte 60. år er gået på efterløn ikke gennem offentlige midler og egne pensionsmidler i alt opnår en vis procentsats af gagen på fratrædelsestidspunktet, vil K2, i den udstrækning fondens midler tillader det, supplere op. Procentsatserne er i hensigtserklæringen angivet som følgende:

Hensigtserklæringen blev i forhold til førtidspensions-/efterlønstilskud suppleret i 1987, således at såfremt fondens midler tillader det, vil fonden supplere op til det for det offentlige gældende beløb for første års førtidspension frem til det fyldte 65. år.

Hensigtserklæringen blev i forhold til efterlønnen igen ændret på et bestyrelsesmøde i K2 afholdt den 14. december 1999, ..... På dette møde blev det blandt andet besluttet at ændre på procentsatserne, således at det tilstræbes at give efterlønsmodtagere, der fratræder som 60 årige et tilskud op til 70 % af gagen på fratrædelsestidspunktet. Denne ydelse ville så falde proportionalt til 60 % ved fratræden som 65 årig. Af bestyrelsesprotokollen efter angivelse af satserne fremgår følgende

År	Supplerende tilskud
60	50 %
61	52 %
62	54 %
63	56 %
64	58 %

vedrørende kriterierne for bevilling fra fonden:

“Betingelsen for at modtage tilskud fra fonden ved overgang til førtidspension/efterløn er, at bestyrelsen får oplyst hvilket beløb der udbetales i førtidspension/efterløn.”

Denne bemærkning antyder, at retten til at gå på førtidspension med tilskud fra fonden er ubetinget, dvs. ikke betinget af fondens midler. Ændringen i hensigtserklæringen er i følge K1 imidlertid ikke blevet kommunikeret til andre end de aktuelle tilskudsmodtagere. Disse vil selvsagt ikke blive berørt af denne ændring og de øvrige - dvs. de

eventuelle efterlønsmodtagere - vil som udgangspunkt kun have forventninger svarende til indholdet i hensigtserklæringen.

Punkt 3 og 4 i hensigtserklæringen fastslår, at når punkt 1 og 2 er opfyldt, så anvendes fondens afkast til først at henlægge til fondskapitalen, og hvis afkastet tillader det, kan der derefter ydes bonus til personer, der modtager tilskud fra fonden. Opfyldelsen af disse mål er betinget af, at der er tilstrækkelige midler i fonden, hvorfor medarbejdere eller pensionister ikke kan have forventning om regulering, hvis midlerne i fonden ikke slår til.

Det fremgår af redegørelsen, at 46 personer har modtaget tilskud fra fonden, og at bestyrelsen har fulgt hensigtserklæringen siden dens udstedelse. I forhold til tildelingsproceduren i K2, herunder kriterierne for beslutning og proceduren i forbindelse hermed, angiver K1 i redegørelsen af 14. december 2001 ... , at:

"K2s bestyrelse har anset sig som berettiget til at foretage et skøn over, hvem der er berettiget til at modtage udbetalinger fra K2 og i hvilket omfang, men bestyrelsen har i alle årene henset til og tilstræbt, at tilskudsmodtagerne for pensionisters vedkommende årligt skulle have et beløb til deres rådighed svarende til 60 % af deres slutgage. For modtagerne af enkepension tilstræbtes det at beløbet skulle andrage 60 % af alderspensionen. For tilskud til efterlønsmodtagere som siden 1986 har været omfattet af K2s hensigtserklæring har udbetalingerne været fastsat i forhold til de i hensigtserklæringen anførte grænser. Bestyrelsen har i sin beslutningsprocedure foretaget en samlet vurdering af de pågældende personers pensionsmidler – det vil sige såvel kapitalpension, ratepension og livrente som eventuelle udbetalinger fra andre pensionsordninger, som ikke var knyttet til ansættelsen i K1."

Det fremgår tillige af redegørelsen, at ydelserne fra fonden næsten hvert år er blevet reguleret.

### 2.2.1 Supplerende tilskud til alderspension

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K1 gennem fonden har forpligtet sig til at udrede tilskud til supplerende pension til aktuelle modtagere af alderspensionstilskud og til nuværende funktionærer i selskabet op til de i hensigtserklæringen anførte beløbsgrænser. Formålsbestemmelsen i vedtægten, hensigtserklæringens ubetingede angivelse af at yde tilskud til alderspensionen og bestyrelsens mangeårige praksis må i sammenhæng anses for tilstrækkeligt til at funktionærerne har erhvervet en ret til supplerende tilskud til alderspensionen fra fonden. Det kan ikke tillægges vægt, at tilskud fra fonden alene fremstår som et-årige, da tildelingen reelt er forudsat - og i realiteten er - givet til modtagernes død. Det er således Finanstilsynet vurdering, at K1 må anses for at have forpligtet sig til at udrede pensionstilskud til både pensionerede funktionærer og nuværende funktionærer i selskabet, og at disse tilsagn skal afdækkes forsikringsmæssigt i henhold til § 1 i firmapensionskasseloven.



I forhold til de nuværende funktionærer ansat forud for 1. januar 2002, hvor K1 fusionerede med G A/S gælder dette også, selvom de endnu ikke har fået udbetalt midler fra fonden. Disse funktionærer har ikke modtaget en kopi af hensigtserklæringen for K2 af K1, men K2 og formålet med denne har været omtalt under et særskilt afsnit i medarbejderhåndbogen .... Heraf fremgår således, at A/S K2 har til formål, efter nærmere bestemmelse af fondens bestyrelse, at yde støtte og hjælp af pensionslignende karakter til tidligere funktionærer på K1. På baggrund af bestyrelsens mangeårige praksis i forhold til tidligere funktionærer sammenholdt med medarbejderhåndbogens klare angivelse af, at nye funktionærer også er omfattet af K2, så vil disse funktionærer ligeledes have en berettiget forventning og derved et retskrav på alderspensionstilskud fra fonden i overensstemmelse med fondens praksis som angivet i hensigtserklæringen.

### 2.2.2 Enkepensionstilskud

Ret til enkepension følger ikke af vedtægten eller af hensigtserklæringen, men det har været fondsbestyrelsens mangeårige praksis at give enker til afdøde funktionærer, der modtog tilskud fra fonden, en enkepensionsydelse svarende til 60 % af den afdødes tilskud. Enkernes ydelser løber frem til deres død. Det må på denne baggrund være klart, at i hvert fald enker, som for nuværende modtager en enkepensionsydelse fra fonden har en velerhvervet ret til denne, og K1 hæfter således for opfyldelsen heraf.

I forhold til eventuelle fremtidige enker, dvs. enker efter aktuelle modtagere eller enker efter nuværende funktionærer i selskabet, skal det fremhæves, at der har været en endog meget lang praksis for, at disse også skulle modtage tilskud fra fonden. Det fremgår således allerede af notat af H fra 1979 ... under afsnittet om K2 på ..., at:

"Ydelserne fastsættes af bestyrelsen og tilstræbes at supplere ydelserne fra E op til henholdsvis 50 % pension af slutgagen på pensioneringstidspunktet og en enkepension på 60 % heraf."

Af K1s redegørelse af 14. december 2001 om K2 ... fremgår tilsvarende ....., at:

"Det altovervejende hovedprincip for K2s udbetaling af tilskud har været supplerende af pensionen for de efter bestyrelsens opfattelse berettigede funktionærer, således at pensionisternes årlige udbetaling svarede til 60 % af de pågældende personers slutgage – henholdsvis 60 % af alderspension for så vidt angår enkepension."

I skrivelse af 4. januar 2002 ... anmodede Finanstilsynet om supplerende oplysninger i forhold til, hvilke kriterier der bliver lagt vægt på, når bestyrelsen skal beslutte, om en enke efter en tidligere funktionær skal tildeles en enkepensionsydelse, og om bestyrelsen har givet afslag på enkepension. Hertil svarede K1 i supplerende redegørelse af 29. januar 2002 ..., at:

"Enkepension har været tildelt til enker efter pensionister, der har modtaget tilskud fra K2. Så vidt vides har ikke andre kriterier været lagt til grund. Udbetaling af tilskud til enker efter efterlønsmodtagere har kun fundet sted i et enkelt tilfælde. K2 har således udbetalt tilskud til enken efter ..., der begik selvmord."

Enkepensionsydelse er i dag en helt almindelig bestanddel af en pensionsordning og på baggrund af dette sammenholdt med bestyrelsens praksis igennem årene, hvorefter det har været hovedprincippet, at enkerne opnår 60 % af ydelsen udbetalt til den afdøde funktionær, har det formodningen for sig, at de fremtidige enker har et krav på enkepension mod selskabet. K1 er ikke i klagen fremkommet med supplerende oplysninger vedrørende kriterierne for tildeling af en enkepensionsydelse, som skulle kunne medføre et andet resultat.

### 2.2.3 Supplerende tilskud til førtidspension/efterløn

Tilkendegivelsen i hensigtserklæringen vedrørende førtidspension indeholder den betingelse for tildeling, at fondens midler tillader det. På baggrund heraf vil forventning om opnåelse af tilskud til førtidspension have en ringere styrke end forventningen om at opnå tilskud til alderspensionen eller enkepension, jf. ovenfor.

De nuværende ansatte funktionærer vil på denne baggrund antageligt ikke kunne kræve at få tilskud til førtidspension fra fonden, og det er derfor tilsynets opfattelse, at disse eventuelle førtidspensionsydelse ikke har en sådan bindende karakter over for de nuværende funktionærer i K1, at tilsynet kan kræve dem afdækket forsikringsmæssigt. Personer, der har fået bevilget tilskud til efterlønnen efter hensigtserklæringen, har imidlertid erhvervet en ret til at vedblive med at modtage ydelsen til pensioneringstidspunktet og disse afgivne tilsagn skal følgelig afdækkes forsikringsmæssigt. Det samme gælder fremtidige tilsagn om tilskud til førtidspension fra fonden. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at det ved beslutningen om at gå på efterløn må være en åbenbar forudsætning for en fratrædende funktionær, at tilskud fra fonden fortsætter frem til pensioneringstidspunktet.

Finanstilsynet har modtaget et brev med bilag af 8. juli 2002 ... fra tre efterlønsmodtagere fra K1, der ikke mener, at deres rettigheder bliver respekteret ved opløsning af fonden. De reklamerer over, at de – uanset at de er omfattet af fonden og opfylder kriterierne for tilskud til alderspension – ikke efter opløsningsplanen vil modtage noget tilskud, når deres tilskud til efterløn ophører ved pensioneringstidspunktet. De er af civilrettsdirektoratet blevet informeret om, at Finanstilsynet behandlede spørgsmålet om forsikringsmæssig afdækning, men på grund af Finanstilsynets tavshedspligt kunne tilsynet ikke oplyse om indholdet i Finanstilsynets afgørelse, jf. Finanstilsynets afgørelse af 24. juli 2002 over for de omhandlede personer .... Finanstilsynet oplyste dem om muligheden for, at Erhvervsankenævnet kunne tillade, at de indtræder i sagen mellem K1 og Finanstilsynet til støtte for Finanstilsynet, jf. § 5 i

lov nr. 858 af 23. december 1987 om Industriministeriets Erhvervsankenævn. Det er på baggrund af det ovenfor anførte vedrørende tilskud til alderspension til nuværende og tidligere funktionærer i K1 Finanstilsynets opfattelse, at disse personer har erhvervet en ret til tilskud til alderspension op til 60 % af deres slutløn i overensstemmelse med hensigtserklæringen og bestyrelsens praksis. K2s bestyrelse har allerede ved at bevilge dem tilskud til efterløn taget stilling til, at de er omfattede og berettigede til tilskud fra fonden.

#### 2.2.4 Regulering af tildelte ydelser

Vedrørende regulering af afgivne tilsagn om tilskud fra fonden gælder samme betragtninger som for tilskud til førtidspension. Modtagerne kan ikke have forventning om fremtidig regulering, idet det klart fremgår af hensigtserklæringen, at regulering kun foretages, såfremt fondens midler tillader det. Omvendt er bestyrelsen ikke berettiget til at fratage en allerede tildelt regulering af tilskuddene igen, og afdækningen af de ovenfor nævnte pensionstilsagn skal således omfatte den foretagne regulering af ydelserne. Eventuelle fremtidige reguleringer skal afdækkes på tidspunktet for reguleringen.

#### 2.3 Bestyrelsens ændring og opsigelse af udbetaling af pensionstilskud

Alderspensionsydelseerne svarer i henhold til hensigtserklæringen til 60 % af slutgagen, og enkepensionsydelse til 60 % af alderspensionsydelsen, mens efterlønsydelseerne afhænger af, hvilket år medarbejderen er blevet bevilget ydelsen. Disse angivelser danner udgangspunkt for afdækningen, men såfremt disse beløb er reguleret efterfølgende, skal afdækningen også omfatte denne regulering, jf. ovenfor.

Hensigtserklæringen blev imidlertid ændret i 1999, så der blev fastsat et maksimum for støtte til modtagerne på 10.000 kr. pr. måned, herunder både for alderspensionister, enker og efterlønsmodtagere, jf. [referat af ordinært møde i K2 den 14. december 1999]. Derudover blev det besluttet, at beløb til enker reduceres med 25 % og beløb til pensionister, som er mere end 80 år eller som fylder 80 år i år 2000, reduceres med 15 %, mens øvrige beløb øges med 2 %. Ændringen fra 1999 vedrørte således både aktuelle og eventuelle modtagere, men ændringen er ikke kommunikeret til de eventuelle modtagere, men alene til de aktuelle modtagere. Det fremgår af klagen ..., at ingen af de omhandlede pensionister har reklameret over disse nedreguleringer.

Bestyrelsen indførte yderligere ændringer i vilkårene for tilskud i 2001. De aktuelle modtagere fik et brev dateret den 21. september 2001 og underskrevet af økonomidirektør F i K1 på vegne af bestyrelsen i K2 ..., hvori modtagerne tilbydes at indtræde i en ny ordning i stedet for de gældende tilskud fra fonden. Tilbuddet skulle i givet fald accepteres inden udgangen af september 2001. Ordningen går i korthed ud på, at

fonden opløses og fondens midler anvendes til indskud på livrenter i E til de aktuelle modtagere fra fonden. Det vurderes i brevet, at hver enkelt modtager herved vil opnå en årlig ydelse på ca. 20.000 kr. fra E.

Brevet indledes med følgende orientering:

“Som bekendt har De i en årrække - efter indstilling fra K2 bestyrelsen - fået tildelt et årligt nærmere fastsat beløb fra Fondens midler. Modtagelsen er hvert år konkret blevet besluttet af bestyrelsen i overensstemmelse med fundatsens formål.”

Vedrørende tilbudet til de aktuelle modtagere fremgår afslutningsvist, at:

“For Dem betyder ændringen, at De sikres en fast årlig ydelse resten af Deres liv - en fordel sammenlignet med de gældende regler efter fundatsen, hvor modtagerne af det årlige beløb konkret blev hvert år blev besluttet af bestyrelsen.

Tilbuddet er imidlertid betinget af

- At alle nuværende modtagere af ydelser fra K2, der berøres af ovennævnte ændring, tiltræder den skitserede ændring eller helt giver afkald på at modtage nogen ydelse
- At Deres accept af tilbuddet foreligger inden udgangen af den september måned 2001
- At De fraskriver Dem enhver rettighed til fremover at rejse noget krav i relation til Fonden mod Fonden og/eller dens bestyrelse og/eller K1
- At de godkendende myndigheder godkender opløsning af Fonden og brugen af Fondens kapital.

Har de spørgsmål...

De kan godkende tilbuddet ved at returnere kopi af vedlagte brev i underskrevet og accepteret stand inden udgangen af september måned 2001. Der vedlægges frankeret svarkuvert."

Det fremgår af acceptskrivelserne ..., at de personer, der havde fået tilsendt brevet fra K1 af 21. september, accepterede planen. C gjorde dog i brev af 26. september 2001 indsigelse over for tilbudet om, at den årlige ydelse blev nedsat fra ca. 72.000 kr. om året til ca. 20.000 kr., .... Efter endnu et tilbud af 2. oktober 2001 ... over for hende, hvori hun blev tilbudt et engangsbeløb på 75.000 kr., accepterede hun også planen, jf. C's accept af 2. oktober 2001 ....

Af bestyrelsesprotokollen fra K2s bestyrelsesmøde den 6. december 2001 ... fremgår følgende vedrørende dagsordenens punkt 3 om bevillinger for 2002:

"F omdelte udkast til budget for 2002, som ligeledes indeholdt forslag til bevillinger for dette år. De forventede renteindtægter med fradrag af faste omkostninger var budgetteret med tkr. 510. På denne baggrund besluttede bestyrelsen,

1. annullere ændringerne til hensigtserklæringen vedtaget i 1999
2. ikke regulere tilskuddet i forhold til sidste år
3. udbetale tkr. 20 til hver af de 10 modtagere, der har underskrevet aftale herom samt ekstraordinært tkr. 75 til C (bevilliget i 2001)
4. indstille udbetaling til B, C og D p.g.a. beløbets ubetydelige størrelse..."

Herefter fastsatte bestyrelsen bevillingerne fra fonden for år 2002. 1 modtager fik 16.660 kr., 1 modtager fik 18.000 kr., 9 modtagere fik 20.000 kr., og 5 modtagere fik mellem 36.000 kr. og 76.000 kr. i tilskud fra fonden, ... Udover C, der fik 75.000 kr. i tilskud, er de øvrige modtagere, der modtager en ydelse på over 20.000 kr. fra fonden alle førtidspensionister/efterlønsmodtagere. Bestyrelsen har således ikke nedsat ydelserne til nogen af efterlønsmodtagerne, men alene reduceret ydelserne for dem, som modtager tilskud til alderspensionen. Det kan dog udledes af opløsningsplanen, at disse personer – uanset at de opfylder kriterierne for at være omfattet af og modtage tilskud fra fonden – ved opnåelse af pensioneringstidspunktet vil ophøre med at få udbetalt tilskud fra fonden.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at nedsættelserne [af] alderspensionstilskuddene er ugyldige, idet bestyrelsen ikke kan være uvidende om, at de på baggrund af et mangelfuldt og ufuldstændigt grundlag, og på baggrund af en fejlagtig angivelse af modtagernes rettigheder i forhold til fonden, har fået ydelsesmodtagerne til at underskrive en erklæring om, at de alene har ret til 20.000 kr. om året fra K1. Det er efter tilsynets opfattelse klart, at disse ydelsesmodtagere inden bestyrelsens tilbud havde erhvervet en ret til en løbende ydelse frem til deres død, og at bestyrelsen var – eller burde have været - klar over dette. På denne baggrund var bestyrelsen ikke berettiget til at give modtagerne indtryk af, at de ikke havde erhvervet en ret til pensionstilskud fra K1, og derefter fremsætte et tilbud, der stillede modtagerne ringere end de var stillet efter de oprindelige tilsagn om pensionstilskud fra fonden. Til støtte for, at bestyrelsen var klar over, at K1 havde afgivet pensionstilsagn til de omhandlede personer, kan anføres, at K1 gjorde det til en betingelse for at få de 20.000 kr. om året, at modtagerne samtidig fraskrev sig enhver ret til at anlægge sag mod fonden eller K1. Det er derudover Finanstilsynets opfattelse, at de skriftlige erklæringer er fremtvunget urimeligt hurtigt, og det kan ikke afvises, at modtagerne på baggrund af brevets indhold kan have frygtet, at hvis ikke de accepterede inden for fristen, så kunne de næste år risikere at miste tilskuddet fra fonden. Opsigelserne af pensionstilsagnene må på baggrund af det ovenfor anførte anses som ulovlige opsigelser, som ikke kan tillægges vægt over for de omhandlede personer.

K1 er på denne baggrund efter Finanstilsynets opfattelse forpligtet til at afdække de omhandlede tilsagn i overensstemmelse med indholdet i hensigtserklæringen og bestyrelsens afgivelse af tilsagn om alderspensionstilskud til pensionisterne gennem årene. Bestyrelsen kan ikke på denne måde opsiges forpligtelsen til at udbetale pensionstilskud

over for de omhandlede pensionister, når der foreligger et pensionstilsagn herom.

Det er på denne baggrund også Finanstilsynets opfattelse, at bestyrelsens beslutning om pr. 1. januar 2002 at fratage B, C og D deres tilskud fra fonden med den begrundelse, at beløbene var af ubetydelig størrelse, var uberettiget og derved ugyldig. Disse modtagere har alle modtaget et tilskud til alderspension fra fonden siden 1995 og frem til 2001. Uanset beløbenes størrelse er bestyrelsen uberettigede til ensidigt at fratage disse personer deres pensionsydelse, og det må efter tilsynets opfattelse være klart, at K1 hæfter for opfyldelsen af disse pensionsforpligtelser, og at disse pensionstilsagn følgelig skal afdækkes i henhold til § 1 i firmapensionskasseloven. Beløbene er ikke omfattet af bagatelgrænsen, idet de er en del af en pensionsordning, hvor flere tilsagn er større end denne grænse.

Af bestyrelsesreferatet fremgår i øvrigt, at bestyrelsen besluttede at annullere ændringerne til hensigtserklæringen vedtaget i 1999, jf. citatet ovenfor. Dette må forstås på den måde, at reglerne forud for 1999 nu igen finder anvendelse på både de aktuelle og de eventuelle modtagere af tilskud fra fonden. Dvs. også for de enker og pensionister over 80 år, der fra år 2000 fik nedsat deres pensionstilskud med henholdsvis 25 % og 15 %. Der synes ikke at have været tilfælde, hvor modtagere har fået reduceret deres tilskud på baggrund af 10.000 kr. grænsen, men denne må med annulleringen af 1999 ændringerne også være bortfaldet.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at afdækningen skal foretages på baggrund af indholdet i hensigtserklæringen fra 1986 med den tilføjelse vedrørende førtidspension, der blev indført i 1987, inklusivt de foretagne reguleringer af de afgivne tilsagn. Dette gælder også for de modtagere, som (midlertidigt) fik nedsat deres tilskud på baggrund af nedsættelsen af tilskuddene i 1999, idet disse nedsættelser må anses for bortfaldet (annulleret).

Det skal i denne forbindelse understreges, at formålet med pensionskasselovgivningen bl.a. er at undgå, at der opstår situationer som den foreliggende, hvor pensioner, der har været ydet gennem en årrække, og som modtagerne har indrettet sig efter, ophører, fordi arbejdsgiveren skifter mening, eller fordi virksomhedens økonomi forringes. Hvis pensionstilsagnene således havde været afdækket efter § 1 i firmapensionskasseloven, så havde bestyrelsen ikke på den beskrevne måde haft mulighed for at fremtvinge ydelsesmodtagernes accept og derved nedsætte de omhandlede pensionstilsagn.

Finanstilsynet har tidligere behandlet spørgsmål om afdækningspligt for ulovligt opsagte pensionstilsagn og der kan i denne forbindelse henvises til Erhvervsankenævnets kendelse af 8. november 1993 (sag 91-43.753). I kendelsen udtaler ankenævnet følgende:

"Efter lov om firmapensionskasser § 65 fører Finanstilsynet tilsyn med, at loven overholdes. Som led heri er tilsynet beføjet til at tage stilling til, om en given ydelse er omfattet af loven, og om den eventuelt er ophørt som følge af lovlig opsigelse...

For de fleste modtageres vedkommende foreligger der ikke oplysninger om hvilke tilsagn, der måtte være givet, da udbetalingen af ydelserne begyndte. Under hensyn til, at ydelserne efter det oplyste er givet til ansatte eller deres efterladte i anledning af fratræden eller dødsfald, og til, at de er blevet udbetalt løbende med samme – eller eventuelt opadregulerede – beløb gennem en længere årrække, må ankenævnet lægge til grund, at der foreligger retligt bindende pensionsløfter, som er omfattet af loven. For så vidt det er gjort gældende, at det mellem virksomheden og modtageren er aftalt, at ydelserne skal holdes uden for loven, bemærkes, at loven efter sin karakter af social beskyttelseslov ikke kan fraviges ved aftale. Retligt forbindende pensionsløfter, der er omfattet af loven, kan ikke ensidigt bringes til ophør fra virksomhedens side. Det forhold, at modtagerne ikke har protesteret mod opsigelserne, findes ikke at kunne tages som udtryk for, at de pågældende har givet afkald på deres ret. Efter det således anførte kan ankenævnet tiltræde, at de i sagen omhandlede udbetalinger til tidligere ansatte eller deres efterladte er at betragte som pensionsløfter, der skal afdækkes i et forsikringsselskab, og at dette også gælder de ydelser, som selskabet har opsagt."

Ifølge kendelsen er Finanstilsynet berettiget til at vurdere spørgsmål om, hvorvidt der er afgivet pensionstilsagn, og om tilsagnet eventuelt er ophørt som følge af ulovlig opsigelse. Den angiver tillige, at retligt forbindende pensionsløfter, der er omfattet af loven, ikke ensidigt kan bringes til ophør fra virksomhedens side. Det samme må efter Finanstilsynets opfattelse gælde, når arbejdsgiveren på et mangelfuldt og ufuldstændigt grundlag, og på baggrund af en fejlagtig angivelse af modtagernes rettigheder i forhold til fonden, har indhentet pensionsmodtagernes accept af, at alderspensionstilskuddene nedsættes for fremtiden. Med en lovmæssig afdækning af disse pensionstilsagn ville arbejdsgiveren ikke have kunnet nedsætte pensionstilsagnene, og formålet med afdækningspligten i firmapensionskasseloven er netop at sikre, at der er midler til opfyldelse af pensionstilsagnene, når disse forfalder.

#### 2.4 Krav om 20 års anciennitet og ansættelse i K1 frem til pensioneringstidspunktet

I K1s redegørelse af 14. december 2001 ... om K2 anføres det ..., at de grundlæggende tildelingskriterier gennem hele den periode, hvor K2 har foretaget udbetalinger – også efter vedtagelsen af hensigtserklæringen – har været:

- at den fratrædende funktionær har haft minimum 20 års anciennitet som ansat hos K1, og

- at den pågældende fratrådte sin stilling hos K1 (eller datterselskaber) for at gå på pension, herunder efterløn.

Efter Finanstilsynets opfattelse er betingelserne om 20 års anciennitet og fortsat ansættelse i K1 frem til pensioneringstidspunktet for opnåelse af tilskud fra fonden i medfør af afdækningspligten i § 1 i firmapensionskasseloven ugyldige og derved uden virkning, idet det følger af både lov om forsikringsvirksomhed<sup>3</sup> og af firmapensionskasseloven, at en forsikringstager eller et medlem skal have ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret.

Det følger af firmapensionskasseloven, at pensionstilsagn skal afdækkes og dette medfører, at det enkelte medlem af pensionsordningen har ret til en udtrædelsesgodtgørelse eller til en fripolice svarende til den optjente pensionsret. I forhold til firmapensionskasser bestemmes det i lovens § 12, nr. 3, at pensionsregulativet, som pensionskassen skal anmelde til Finanstilsynet, skal indeholde regler om medlemmernes rettigheder ved udtræden af pensionskassen. Det følger herefter af lovens § 13, nr. 6, at anmeldelsen skal indeholde en angivelse af regler for beregning af udtrædelsesgodtgørelser.

I lovbemærkningen til § 12 i firmapensionskasseloven ... angives, at:

"Pensionsregulativet skal i henhold til § 12, indeholde regler om medlemmernes rettigheder og forpligtelser, herunder regler om pensionsbeløbs- og udtrædelsesgodtgørelses størrelse, og beregningen og udbetaling.

...

Reglerne om pensionsbeløb og udtrædelsesgodtgørelses størrelse og beregning og udbetaling i nr. 2 og medlemmernes rettigheder ved udtræden af pensionskassen i nr. 3 har nær sammenhæng med det tekniske og økonomiske grundlag, der som pensionsregulativet skal godkendes i medfør af § 17.

Bestemmelserne indeholder – i modsætning til gældende lov – ingen specificerede forskrifter om, hvad reglerne nærmere skal gå ud på.

Det er navnlig den gældende lovs regler om udtrædelsesgodtgørelser, der har givet anledning til kritik. Den gældende lovs regler fastsætter, hvornår en udtrædelsesgodtgørelse kan tillades kontant udbetalt, og indeholder regler for beregning af dens størrelse.

I forbindelse med de tværgående pensionskassers inddragelse under lov om forsikringsvirksomhed fandt man for disse pensionskasser behovet for offentlig regulering af kontant udbetaling tilstrækkeligt tilgodeset ved at Finanstilsynet skal godkende de generelle regler herom. En tilsvarende regulering foreslås for firmapensionskasserne, således at spørgsmålet om, i hvilket tilfælde kontant udbetaling skal tillades, fremover alene reguleres i pensionsregulativet. Der henvises dog til bemærkningerne til § 21, nr. 4 og nr. 6 nedenfor om begrænsninger i adgangen til kontant udbetaling af udtrædelsesgodtgørelsen.

---

<sup>3</sup> Lovbekendtgørelse nr. 696 af 15. juli 2001 af lov om forsikringsvirksomhed.



Der er dog allerede gjort begrænsninger i denne retstilstand for personer, der ansættes som tjenestemænd ved EF-institutionerne. Disse er – uanset lovens og vedtægtens bestemmelser – i kraft af umiddelbart gældende fællesskabsretsbestemmelser sikret til at få opgjort deres udtrædelsesgodtgørelser, enten som den aktuarmæssige modværdi af de pensionsrettigheder, som de opgiver, eller som en sammenlægning af pensionsbidrag med rente.

Det foreslås, at pensionskassernes regler om beregning af udtrædelsesgodtgørelser gøres realistiske og svarende til værdien af den pensionsret, der gives afkald på. Udtræderen får herved principielt mulighed for at retablere sin pensionsmæssige status i en ny pensionsordning, f.eks. i et livsforsikringsselskab, såfremt samme tekniske grundlag anvendes: dog skal det ved beregningen være tilladt for pensionskassen at tage hensyn til de særlige omkostninger, f.eks. til beregning af godtgørelsen, som selve udtrædelsen belaster pensionskassen med. Tilsvarende regler gælder i forbindelse med tilbagekøb af pensionsforsikringer i forsikringsselskaber."

Det fremgår således af lovbemærkningen, at lovgiver ønsker, at et medlem skal kunne bevare sin optjente pensionsret eller genetablere denne andetsteds ved udtræden af en pensionskasse. Dette kan enten gøres ved at omskrive den optjente pensionsret til en fripolice eller ved at give det udtrædende medlem en udtrædelsesgodtgørelse svarende til de optjente pensionsrettigheder. Det er forudsat, at Finanstilsynet ved tilsynet med pensionskasserne skal sikre, at pensionskasserne – og livsforsikringsselskaberne efter lov om forsikringsvirksomhed – giver medlemmerne en ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af de optjente pensionsrettigheder. Det fremgår også af bemærkningen, at lovgiver har tilsigtet, at beskyttelsen af pensionstilsagn ved afdækningen i medfør af § 1 i firmapensionskasseloven skal have samme indhold, uanset om afdækningen af pensionstilsagnene bliver foretaget i en firmapensionskasse eller i et livsforsikringsselskab. Det skal her erindres, at arbejdsgiver har valgfrihed i forhold til, om afdækningen skal foretages i en pensionskasse eller i et livsforsikringsselskab.

Finanstilsynet har udstedt nærmere regler for beregningen af udtrædelsesgodtgørelse i en firmapensionskasse, jf. Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 700 af 16. oktober 1990 om firmapensionskassers tekniske grundlag m.v., hvori følgende fastsættes i § 11:

§ 11. Udtrædelsesgodtgørelsen for et medlem beregnes som det pågældende medlems pensionshensættelse, jf. § 7. Der kan foretages et fradrag til dækning af omkostningerne ved udtrædelsen.

Stk. 2. Hvis en del af pensionstilsagnet er afdækket i et livsforsikringsselskab, forhøjes udtrædelsesgodtgørelsen med den genkøbsværdi, der måtte blive udbetalt af forsikringsselskabet, medmindre den pågældende forsikringspolice overdrages til medlemmet."

Da § 7 i bekendtgørelsen foreskriver, hvilken beregningsmetode, der skal anvendes ved opgørelsen af pensionshensættelsen, så giver bestemmelsen

en materiel ret til en bestemt størrelse af udtrædelsesgodtgørelse til medlemmer, der udtræder af en pensionskasse.

Der kan også henvises til § 101 i Forsikringsaftaleloven, der bestemmer, at uanset at selskabet efter en i denne lov indeholdt regel eller efter aftalt vilkår er fri for ansvar, finder de i henhold til lov eller aftale gældende regler for tilbagekøb af forsikringer eller disses omskrivning til fripolicer anvendelse. Forsikringsaftalen forudsætter således også, at der i andre love findes regler om tilbagekøb (udtrædelsesgodtgørelse i pensionskasser) og om omskrivning til fripolicer ved udtræden.

På denne baggrund er det Finanstilsynets opfattelse, at aftalevilkår eller en bestyrelses praksis i forhold til afgivne pensionstilsgagn, der udelukker medarbejderne fra ved fratrædelse at få de optjente pensionsrettigheder med sig eller at få mulighed for at retablere disse rettigheder i en anden pensionskasse eller i et livsforsikringselskab, er i strid med lovgivers hensigt og ønske om, at der skal være ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret. Et krav om fortsat ansættelse frem til pensioneringstidspunktet for at komme i betragtning til et pensionstilskud udelukker muligheden for at den ansatte vil kunne nyde godt af den optjente pensionsret ved fratræden før pensionering, og et sådant vilkår eller en sådan tildelingspraksis vil efter Finanstilsynets opfattelse være ugyldigt og derved uden virkning i forhold de nuværende funktionærer.

Hertil kan tilføjes, at hvis man accepterede sådanne vilkår eller en sådan tildelingspraksis ville det kunne have den uheldige virkning, at et selskab kan opsig medarbejdere, der igennem længere tid har optjent pensionsrettigheder, og derved frigøre betydelige midler til selskabet. Dette strider fundamentalt mod formålet bag kravet om afdækning, der ifølge lovbemærkningen er at sikre, at der, når pensionsløfterne til sin tid bliver aktuelle, vil være midler tilstede til honorering af disse, jf. lovbemærkningen .... Med en sådan tildelingspraksis vil arbejdsgiveren til enhver tid kunne frigøre sig fra pensionsforpligtelserne over for de ansatte i virksomheden.

Den anden betingelse fastsætter en karenperiode på 20 år. Denne karenperiode grænser til at være et krav om livslang ansættelse hos K1, og betingelsen har i vidt omfang samme virkning som betingelsen om fortsat ansættelse frem til pensioneringstidspunktet. En betingelse om 20 års anciennitet vil efter tilsynets opfattelse stride mod reglerne i firmapensionskasseloven og lov om forsikringsvirksomhed, og der vil på denne baggrund være grundlag for at modificere betingelsen, således at betingelsen bringes i overensstemmelse med den præceptive ret til enten fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse, der følger af de nævnte love, jf. ovenfor.

Det kan hertil bemærkes, at såfremt pensionstilsgagnene havde været lovmæssigt afdækket i en pensionskasse eller et livsforsikringselskab, så ville de omhandlede personer på et meget tidligere tidspunkt end 20 år

have været sikret en ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret ved eventuel fratræden fra K1. Finanstilsynet tillader således ikke pensionsordninger i pensionskasser eller i livsforsikringsselskaber, hvor medlemmerne ikke – i hvert fald efter en vis kortere årrække – får adgang til en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse.

Den tidligere pensionskasselov, jf. lov nr. 183 af 11. maj 1935 om tilsyn med pensionskasser, indeholdt i § 9 ... en regel om karenperioder. Heri blev det fastsat, at en pensionskasse maksimalt kunne anvende en karenperiode på 10 år i forhold til at give medlemmerne ret til en udtrædelsesgodtgørelse svarende til de af arbejdsgiveren og den ansatte indbetalte bidrag. Denne karenregel er ikke ført videre over i den gældende firmapensionskasselov, men på baggrund af bemærkningerne til loven, er det Finanstilsynets opfattelse, at lovgiver ikke i forbindelse med vedtagelsen af firmapensionskasseloven i 1989 ønskede at gøre beskyttelsen af medlemmerne mindre i forhold til retten til fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse. Det er på denne baggrund Finanstilsynets opfattelse, at karenperioder på mere end 10 år i forhold til retten til fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse i hvert fald må anses for ugyldige og derved uden virkning for de omhandlede funktionærer.

I praksis har skatteretten, herunder pensionsbeskatningsloven, spillet en afgørende rolle i forhold til vilkårene i de afdækkede pensionsordninger i både pensionskasser og livsforsikringsselskaber, da visse betingelser skal være opfyldt for at få fradragsret for indbetalingerne til ordningerne. Det er således et krav, at arbejdstageren skal være forsikret og ejer af forsikringen, for at der er fradragsret. Pensionsbeskatningslovens § 17 fastsætter også en regel om karen, og det følger heraf, at det ikke har betydning for den skattemæssige behandling af pensionsordningen, om arbejdsgiveren har taget forbehold om, at værdien af forsikringen eller det indestående beløb på kontoen m.v. helt eller delvist skal tilfalde arbejdsgiveren selv i tilfælde af, at arbejdsforholdet af andre grunde end arbejdstagerens død eller erhvervsudygtighed ophører før det fyldte 30. år og før udløbet af en periode på 5 år efter forsikringens eller kontoens oprettelse. Denne karenregel har kun betydning i forhold til den skattemæssige behandling, men udtrykker dog, hvilke ordninger regeringen gerne vil fremme gennem gunstige skatteregler. Efter denne regel kan der ikke aftales karenregler i forhold til retten til fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse, når den forsikrede er fyldt 30 år eller har været ansat i 5 år, hvis der skal opnås skattefradrag af pensionsbidragene.

### 3. Sammenfatning

Finanstilsynet fastholder således afgørelsen af 21. maj 2001 over for K1.

K1 er herefter forpligtet til at afdække de afgivne tilsagn overfor tidligere og nuværende funktionærer ansat forud for 1. januar 2002, der er omfattet af formålsbestemmelsen i K2. K1 er ligeledes forpligtet til at

afdække de afgivne tilsagn over for nuværende enker efter tidligere funktionærer, samt i forbindelse med afdækningen af tilsagnene til de tidligere og nuværende funktionærer i K1 at tage hensyn til den enkedækning, K1 gennem sin mangeårige praksis og faste tildelingskriterier har påtaget sig over for eventuelle fremtidige enker efter tidligere funktionærer. Finanstilsynet finder derudover, at de nuværende tilskud til efterløn/førtidspension til tidligere funktionærer i K1 skal afdækkes, idet K1 har afgivet tilsagn til disse tidligere funktionærer om, at de vil modtage tilskud til efterløn/førtidspension frem til pensioneringstidspunktet.

Bestyrelsen i K2 besluttede i 1999 at nedsætte pensionstilskuddene, således at en tilskudsmodtager maksimalt kunne opnå et tilskud på 10.000 kr. pr. måned, at tilskud til enker blev nedsat med 25 %, og at tilskud til pensionister på 80 år eller mere blev nedsat med 15 %. Ændringerne fra 1999 blev igen ophævet ved bestyrelsesbeslutning på bestyrelsesmøde afholdt den 6. december 2001, hvor det fremgår, at bestyrelsen besluttede at "annullere ændringerne i hensigtserklæringen vedtaget i 1999". På denne baggrund er det Finanstilsynets opfattelse, at afdækningen skal tage udgangspunkt i indholdet i hensigtserklæringen fra 1986 med de ændringer, der i forhold til tilskud til efterløn/førtidspension blev indført i 1987, samt i bestyrelsen mangeårige praksis. De nævnte ændringer fra 1999 blev alene kommunikeret til de modtagere, der i forbindelse med ændringerne fik nedsat deres årlige tilskud fra K2, men ikke til andre aktuelle eller eventuelle modtagere af tilskud fra K2.

I september 2001 sendte økonomidirektør F i K1 på vegne af bestyrelsen i K2 et brev til modtagere af tilskud til alderspension og enkepension, hvoraf det fremgår, at de aktuelle modtagere blev tilbudt en fast årlig ydelse resten af deres liv i størrelsesordenen 20.000 kr. om året. Tilskudsmodtagerne fik i brevet besked om, at dette ville være en fordel sammenlignet med de gældende regler efter fundatsen, hvor det hvert år konkret blev besluttet, hvem der skulle modtage tilskud fra fonden. Modtagerne fik en frist på en uge til at acceptere tilbuddet ved at tilbagesende en erklæring, hvori de aktuelle modtagere samtidig fraskrev sig enhver rettighed til fremover at rejse noget krav i relation til K2 og/eller dens bestyrelse og/eller K1. Erklæringerne blev med en enkelt indsigelse underskrevet af modtagerne. De fleste af disse modtagere fik i 2001 ydelser på langt over 20.000 kr. og dette havde de fået gennem en længere årrække fra K2.

Finanstilsynet skal i forhold til fremgangsmåden udtale, at erklæringerne fra tilskudsmodtagerne efter Finanstilsynets opfattelse er underskrevet på et mangelfuldt og ufuldstændigt grundlag, og på baggrund af en fejlagtig angivelse af modtagernes rettigheder i forhold til fonden. De omhandlede modtagere havde forud for brevets udsendelse utvivlsomt en ret til pensionstilskud fra fonden, som efter § 1 i firmapensionskasseloven skulle have været afdækket. Den lovmæssige afdækning af disse pensionstilsagn ville have haft den konsekvens, at bestyrelsen havde

været afskåret fra at nedsætte afgivne pensionstilsagn. På denne baggrund anser Finanstilsynet erklæringerne for ikke bindende for afgiverne, og K1 er herefter forpligtet til at afdække de pensionsforpligtelser modtagerne efter hensigtserklæringen og bestyrelsens praksis har ret til, jf. angivelserne herom ovenfor.

I forhold til pensionisterne B, C og D, der i henhold til bestyrelsesreferat af K2s bestyrelsesmøde afholdt den 6. december 2001 blev frataget deres årlige tilskud til pension med begrundelsen, at beløbene havde en ubetydelig størrelse, er det Finanstilsynets opfattelse, at denne indstilling af udbetalingen pr. 1. januar 2002 var uberettiget, og at den derved er uden virkning for de omhandlede personer, der alle siden 1995 har modtaget tilskud fra fonden. Disse personer har i lighed med de øvrige aktuelle modtagere af tilskud til pension erhvervet en ret, således at K2 må anses for forpligtet til at fortsætte udbetalingen af tilskud til disse personer, jf. det ovenfor anførte. Disse tilsagn er således omfattet af § 1 i firmapensionskasseloven og pensionstilsagnene inklusivt foretagne reguleringer skal afdækkes i et livsforsikringsselskab eller i en pensionskasse, der har koncession hertil.

Finanstilsynet skal endvidere understrege, at betingelserne om 20 års anciennitet og fortsat ansættelse i K1 frem til pensioneringstidspunktet for opnåelse af tilskud fra fonden i medfør af afdækningspligten i § 1 i firmapensionskasseloven er ugyldige og derved uden virkning, i det det følger af både lov om forsikringsvirksomhed og af firmapensionskasseloven, at en forsikringstager eller et medlem skal have ret til enten en fripolice eller en udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret. K1 og K2 kan i medfør af afdækningspligten efter § 1 i firmapensionskasseloven således efter Finanstilsynets vurdering maksimalt anvende en betingelse om 10 års ansættelse i K1 for opnåelse af ret til pensionstilskud. Karensperioder på mere end 10 år strider efter Finanstilsynets opfattelse mod retten til fripolice eller udtrædelsesgodtgørelse svarende til værdien af den optjente pensionsret.

..."

**C. Klagen af 17. juni 2002 over Finanstilsynets afgørelse af 21. maj 2002 samt klagerens bemærkninger af 9. september 2002 til Finanstilsynets redegørelse af 2. august 2002.**

I klagen til ankenævnet har klagerne principalt gjort gældende, at Finanstilsynets afgørelse om afdækningspligt tilsidesættes i sin helhed. Subsidiært har klageren gjort gældende, at afgørelsen skal ændres på et eller flere punkter.

Til støtte herfor har klagerne blandt andet anført:

" ...

Til støtte for den principale påstand gør jeg gældende, at der ikke foreligger noget pensionstilsagn – hverken overfor aktuelle modtagere af udbetalinger fra K2 eller overfor funktionærer, som stadig er i ansættelse.

Til støtte herfor anfører jeg for det første, at der ikke i ansættelseskontrakter, i pensionsregulativer eller i andre almindeligt tilgængelige virksomheds-dokumenter – eller i øvrigt på anden måde – har været givet tilsagn til funktionærerne om udbetalinger fra K2. Funktionærer, der endnu ikke er gået på pension, kan således ikke have haft nogen berettiget forventning om at modtage udbetalinger fra K2 ved deres pensionering, herunder ved førtidspensionering. Den eneste skriftlige dokumentation, der findes for K2s retningslinier for beslutning om foretagelse af udbetalinger, er hensigtserklæringen ..., der kun en enkelt gang – i 1987 – er blevet offentliggjort for funktionærerne. Omtalen af K2s eksistens i den tidligere medarbejderhåndbog ... indeholder ikke omtale af retningslinier for at komme i betragtning til eller for beregning af tilskud fra K2.

For det andet anfører jeg, at det i hvert fald blandt den gruppe funktionærer, der var ansat i 1982, hvor den nye pensionsordning blev etableret, var almindelig kendt, at K2 om ikke tidligere så i hvert fald på dette tidspunkt ikke længere spillede nogen rolle for den pension, som funktionærerne kunne forvente at modtage ved deres fratræden. Dette er tydeligt dokumenteret ved de notater ... som blev udarbejdet af funktionærerne ved pensionsordningens tilblivelse, samt ved brevet fra L ...

For det tredje anfører jeg, at såvel hensigtserklæringen ... som orienteringsskrivelsen, hvorved hensigtserklæringen første og eneste gang blev offentliggjort for medarbejderne i 1987 ..., tydeligt angiver, at bidrag fra K2 alene er en mulighed, at udbetaling heraf er en hensigt, og at udbetalinger afhænger af, hvorvidt K2 har midler hertil. At der alene har været tale om en hensigt, som K2 har tilstræbt at efterkomme, fremgår ligeledes af brevet fra L ...

For det fjerde anfører jeg, at forventningerne til aktuelle eller fremtidige tilskud ikke er af en så fast karakter, at der kan antages at foreligge et løfte. Brevet fra L ... viser, at selv blandt de funktionærer, der var ansat på det tidspunkt, hvor hensigtserklæringen blev offentliggjort, ikke findes en forventning til størrelsen af K2s udbetalinger, der er overensstemmende med ordlyden af hensigtserklæringen.

For det femte anfører jeg, at der i forhold til aktuelle modtagere af tilskud altid er gjort opmærksom på, at tildelinger har været 1-årige. Dette fremgår af tildelingsskrivelserne ...

For det sjette anfører jeg, at de nedjusteringer af de årlige udbetalinger i forhold til tidligere år, der er gennemført i 1999 og 2001, har givet anledning til så begrænsede indsigelser fra tilskudsmodtagerne, at disse ændringer må betragtes som accepteret af tilskudsmodtagerne. Dette understreger efter min opfattelse, at K2s udbetalinger ikke af modtagerne er blevet opfattet som retligt forpligtende.

Det er min opfattelse, at der i den foreliggende situation ikke findes andre indikationer på eksistensen af et pensionstilsagn end K2s årlige udbetalinger af forskellige tilskud, der er fastsat på baggrund af kriterier og retningslinier, som hverken er præcist definerede eller tilkendegivne overfor kredsen af aktuelle modtagere og ansatte funktionærer. Sammenholdt med det forhold, at samtlige ansatte funktionærer i hvert fald siden 1982 har været omfattet af en generel og tidssvarende pensionsordning finder jeg ikke, at der er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der foreligger et pensionstilsagn overfor funktionærerne i overensstemmelse med de udbetalinger, som K2s bestyrelse årligt har vedtaget.

Jeg skal i den forbindelse også pege på, at de årlige beslutninger om udbetaling af tilskud alene har haft til formål at anvende K2s midler i overensstemmelse med formålsbestemmelsen og ikke på nogen måde har til formål at erstatte almindelige og tidssvarende pensionsforhold i øvrigt. Det forhold, at K2 har besluttet at fortsætte sin virksomhed med at uddele fondens formue efter sit formål ved årlige tildelinger i stedet for at opløse fonden umiddelbart ved den generelle pensionsordnings etablering, finder jeg ikke i sig selv kan konstituere et særskilt løfte om pension – og som sådan komme til at repræsentere en forpligtelse for K2 eller K1.

Det forekommer derfor ikke sagligt begrundet på det foreliggende grundlag at hævde, at der såvel i forhold til funktionærer ansat og i tjeneste pr. den 1. januar 2002 som i forhold til aktuelle modtagere af tilskud, findes en af K2 eller K1 skabt forventning om et tilskud til førtidspension, pension eller enkepension, der er så konkret, at det kan sidestilles med et løfte om fremtidige tilskud.

Til støtte for den subsidiære påstand anfører jeg følgende:

1. Nuværende tilskud til alderspension og enkepension fra K2 ...

Idet jeg først og fremmest henviser til, hvad der er gjort gældende vedrørende den principale påstand i henseende til, hvorvidt et pensionstilsagn overhovedet foreligger, anfører jeg, at de ændringer i tilskudsudbetalingerne i forhold til tidligere år, som er foretaget i 2001 i forhold til B og D ikke har givet anledning til indsigelser fra de berørte personer, hvilket må tages til udtryk for, at K2s hidtidige udbetalinger til disse ikke har været opfattet som et udtryk for en forpligtelse. I forhold til C er der grundet hendes specielle forhold, som K2s bestyrelse er blevet gjort opmærksom på, truffet en særlig aftale.

## 2. Nuværende tilskud til efterløn/førtidspension ...

Idet jeg først og fremmest henviser til, hvad der er gjort gældende vedrørende den principale påstand i henseende til, hvorvidt et pensionstilsagn overhovedet foreligger, henleder jeg opmærksomheden på, at samtlige nuværende modtagere af tilskud til førtidspension var ansat i K1 ved etableringen af den generelle pensionsordning i 1982. De har derfor været bekendt med K1s pensionsordning og de kan derfor ikke berettiget have den opfattelse, at K2 er forpligtet til at fortsætte de årlige udbetalinger, som hidtil er blevet besluttet af fondens bestyrelse en gang årligt.

Der er derfor heller ikke givet et tilsagn om ydelse af fremtidige tilskud fra K2s side, som har kunnet medvirke til at motivere de hidtidige tilskudsmodtagere til at træffe beslutning om at gå på førtidspension.

## 3. Fremtidige tilskudsmodtagere ...

Idet jeg først og fremmest henviser til, hvad der er gjort gældende vedrørende den principale påstand i henseende til, hvorvidt et pensionstilsagn overhovedet foreligger, gør jeg i øvrigt gældende, at kriteriet om 20 års anciennitet og pensionering fra ansættelse i K1 er dokumenteret ved ... [oversigt over samtlige tilskudsmodtagere og fordeling af de årlige udbetalinger til tilskudsmodtagere]. Det fremgår heraf, at der på nær et enkelt tilfælde ikke er truffet beslutning om udbetalinger til fratrædende funktionærer, der ikke har opfyldt disse kriterier. Endvidere understøttes kriteriernes eksistens af det faktum, at en funktionær, I, som gik på pension i foråret 2001, og som ikke opfyldte anciennitetskriteriet, ikke er kommet i betragtning ved K2s beslutning om tildeling af tilskud. I har klaget over denne beslutning til Finanstilsynet.

Jeg anfører endvidere, at K2 ikke er en firmapensionskasse, idet K2 mangler de helt centrale karakteristika i henhold til firmapensionskasseloven for at være en sådan pensionskasse. De særlige vilkår, der måtte gælde i medfør af lov om forsikringsvirksomhed med hensyn til en maksimal karensperiode på 10 års ansættelse for optjening af pensionsret, finder således ikke anvendelse i forhold til K2. I den forbindelse henviser jeg endvidere til Erhvervsankenævnets afgørelse i sag nr. 00-80.133, hvor der ... fremtræder følgende (min fremhævelse):

*”Som anført i motiverne til loven og fastslået i retspraksis kan det forhold, at en arbejdsgiver i en længere periode har foretaget pensionsudbetalinger efter bestemte principper medføre en forpligtelse til fortsat at foretage pensionsudbetalinger efter de hidtil anvendte principper også i tilfælde, hvor arbejdsgivere har taget forbehold i forbindelse med udbetalingerne uden at benytte sig af forbeholdet. Ifølge lovens § 65 skal Finanstilsynet påse overholdelsen af loven og bestemmelser, der udstedes i medfør af loven. Bestemmelsen kan ikke*



*antages at give Finanstilsynet hjemmel til at træffe en bindende afgørelse om, hvorvidt arbejdsgiveren har forpligtet sig overfor de eventuelt berettigede til at udbetale pensionsydelse efter de hidtil anvendte principper, idet en bindende afgørelse herom i tilfælde af uenighed mellem arbejdsgiveren og de eventuelt berettigede kun kan træffes af domstolene under et søgsmål mellem disse parter. I tilfælde, hvor der under hensyn til de retningslinier for vurderingen, som er angivet i lovens motiver, foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at arbejdsgiveren har påtaget sig en forpligtelse til at udbetale pensionsydelse efter hidtil anvendte principper, må det imidlertid antages, at arbejdsgiveren efter lovens § 1 er forpligtet til at afdække denne forpligtelse indtil der er truffet en bindende afgørelse, og at Finanstilsynet efter lovens § 65 kan give arbejdsgiveren pålæg om at foretage en sådan afdækning.”*

Jeg anfører således, at de tildelingskriterier, som hidtil har været anvendt af K2, også skal finde anvendelse for det tilfælde, at Erhvervsankenævnet måtte finde, at der foreligger et pensionstilsagn, som skal afdækkes i henhold til § 1 i firmapensionskasseloven.

...

#### 4. Tilskud til enkepension for fremtidige enker ....

Idet jeg først og fremmest henviser til, hvad der er gjort gældende vedrørende den principale påstand i henseende til, hvorvidt et pensionstilsagn overhovedet foreligger, gør jeg dernæst gældende, at enker efter modtagere af tilskud til alderspension fra K2 ikke kan have opnået en berettiget forventning om bidrag fra K2. For det første er udbetaling af bidrag til enker overhovedet ikke omfattet af K2s vedtægter, og for det andet er bidrag til enker heller ikke omfattet af hensigtserklæringen ... Jeg henviser endvidere til, at mulighed for bidrag fra K2 ikke i øvrigt er beskrevet i ansættelsesaftaler, i pensionsregulativer eller på anden måde i forhold til funktionærerne på K1.

#### 5. Størrelsen af afdækningsforpligtelsen ...

Idet jeg i øvrigt henviser til sagsfremstillingen, skal jeg anføre, at de ændringer i hensigtserklæringen og følgelig ændringer i tildeling af udbetalinger, som fandt sted i 1999, ikke har givet anledning til indsigelser fra de berørte betalingsmodtagere, således at indsigelser heroverfor er bortfaldet ved passivitet.

I henseende til K2s bestyrelses meddelelse til aktuelle tilskudsmodtagere i september 2001 om opløsning af K2 og etablering af en forsikringsafdækket udbetalingsordning anfører jeg, at bestyrelsen ud fra sin vurdering af K2s situation har handlet korrekt og har informeret i overensstemmelse hermed. Videre anfører jeg, at oplægget fra K2s bestyrelse giver den enkelte tilskudsmodtager vetoret i forhold til

etablering af livrenteordning, og der har således ikke været tale om, at tilskudsmodtagere har været tvunget til at acceptere bestyrelsens oplæg.”

Klagerne har endvidere ved skrivelse af 9. september 2002 kommenteret tilsynets redegørelse således:

### **"1. Identifikation.**

... i Finanstilsynets indlæg anføres det, at den del af Finanstilsynets afgørelse, hvorefter der statueres identifikation mellem K1 og K2, ikke er påklaget til Erhvervsankenævnet.

Hertil anfører jeg på klagerens vegne, at Finanstilsynets afgørelse er påklaget til Erhvervsankenævnet i sin helhed, herunder også spørgsmålet om identifikation.

Finanstilsynet har ikke i sin afgørelse anført argumenter til støtte for, at identifikation foreligger. Til støtte for at identifikation ikke foreligger anfører jeg, at fondens flertal udgøres af repræsentanter for funktionærerne i K1. Forelå identitet, ville det i realiteten betyde, at gruppen af funktionærer - på K1s regning - ville være i stand til at træffe beslutning om forbedrede pensionsvilkår – både for nuværende tilskudsmodtagere og for stadigt erhvervsaktive funktionærer – uden at arbejdsgiveren kunne gøre noget her imod. Jeg henviser også til, at det er 20 år siden, at K1 sidst betalte et bidrag til K2 (i forbindelse med indførelsen af den generelle og obligatoriske pensionsordning hos E), samt til at der ikke er sket faste årlige indbetalinger til K2 siden 1975. Endelig henviser jeg til, at K2s formue ikke repræsenterer den grundlæggende pensionsordningen for funktionærer i K1, idet der i alle år, hvor K2 har eksisteret, har været sideløbende pensionsordninger, og siden 1982 har der været en generel og obligatorisk pensionsordning for alle funktionærer.

### **2. Et års betingelsen.**

... i Finanstilsynets indlæg anføres, at 1-års-betingelsen ikke har haft noget reelt indhold, idet ingen pensionsmodtager på et senere tidspunkt er blevet frataget en tildelt ydelse.

På klagerens vegne bestrider jeg, at dette er korrekt.

Ganske vist har ingen modtagere af tilskud til alderspension eller enkepension før 2001 oplevet at tilskuddet helt bortfaldt, men som det fremgår af klagen til Erhvervsankenævnet ... blev der i 1999 gennemført visse reguleringer af udbetalingerne til såvel modtagere af tilskud til alderspension som til modtagere af enkepension. Disse reguleringer er nærmere omtalt i ... [referat af ordinært møde den 14. december 1999 i K2] og er yderligere dokumenteret i .... [oversigt over fordeling af de

årlige udbetalinger til tilskudsmodtagere]. De pågældende ændringer havde umiddelbart virkning for 8 tilskudsmodtagere. Som anført i klageskrivelsen har de pågældende reguleringer ikke medført egentlige indsigelser fra tilskudsmodtagerne.

... i Finanstilsynets indlæg anføres det, at

*"..hensigtserklæringens ... angivelse af at der kan gives bonus til nydende tilskudsmodtagere, jf. nedenfor, ikke ville have noget indhold, hvis tilskud alene blev givet for 1 år ad gangen. Det giver ikke mening årligt at regulere en 1-årig udbetaling."*

På klagerens vegne anfører jeg, at den anvendte formulering i hensigtserklæringen ikke bør tillægges afgørende vægt. Betegnelsen "bonus" er et almindeligt anvendt udtryk, blandt andet i pensionsammenhænge for at der gives en ekstraydelse, og i henseende til formuleringen af hensigtserklæringen er det klagerens opfattelse, at betegnelsen er anvendt for at give udtryk for, at eventuelle højere tilskud end dem, som fremkommer ved at beregne tilskuddene efter retningslinjerne i hensigtserklæringen, ville kunne komme på tale, hvis K2s formue rakte hertil. Det skal i den forbindelse erindres, at afkastet af K2s formue under de dagældende forhold - i modsætning til i dag - fuldt ud rakte til at dække årlige udbetalinger som beregnet efter hensigtserklæringen.

... i Finanstilsynets indlæg henvises der til Handelsbank-sagen (U1997.1227H). Der henvises til sagen vedrørende 1-års-kriteriet.

På klagerens vegne skal jeg fremføre, at Handelsbank-sagen ikke umiddelbart kan anvendes i den her foreliggende sag.

I Handelsbank-sagen var der således tale om udbetalinger fra en egentlig pensionskasse, hvorfra hele firmapensionen til de omfattede medarbejdere blev udbetalt. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvor K2 ikke har karakter af at være en pensionskasse som defineret i firmapensionskasseloven, ligesom der heller ikke er tale om, at medarbejderne får hele deres firmapension udbetalt fra K2. Endvidere var der i Handelsbank-sagen tale om (jfr. landsrettens præmisser, der er stadfæstet af Højesteret), at pensionskassen årligt udsendte pensionsoversigter til såvel pensionister som til pensionskassemedlemmer, som endnu ikke var gået på pension. Af disse pensionsoversigter fremgik det særlige pensionstillæg, som sagen omhandlede. Heller ikke noget sådant foreligger i nærværende sag, og kombineret med de øvrige forhold, som viser, at K2 har haft en langt mere udefineret og perifer tilknytning til K1-funktionærernes ansættelsesforhold, end den pensionskasse og de pensionsudbetalinger, som repræsenterede den faktuelle baggrund i Handelsbank-sagen, er det min opfattelse, at Handelsbank-sagen ikke kan støtte Finanstilsynets synspunkter som fremført.

### 3. K2s afgivelse af løfte om pension.

... i Finanstilsynets indlæg henvises der til Erhvervsankenævnets kendelser i sagerne 00-155.134 og 00-223.588. Der henvises til disse to afgørelser til støtte for, at der ved K2s udbetalingspraksis er opstået en forpligtelse til at fortsætte med at foretage sådanne udbetalinger til kredsen af begunstigede funktionærer i henhold til K2s formål.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at forholdene i de to omtalte afgørelser er så forskellige fra den foreliggende sag, at afgørelserne ikke umiddelbart kan finde analog anvendelse på den foreliggende sag.

I sag 00-155.134 var der således tale om (således som sagen foreligger oplyst i den offentliggjorte kendelse), at de pågældende fonde - ligesom i Handelsbank-sagen - repræsenterede pensionsordningen for funktionærerne i de tilknyttede virksomheder. I den refererede sag gik man i 1985 bort fra at opspare funktionærernes pensioner i de pågældende fonde og indførte i stedet en generel obligatorisk pensionsordning for alle medarbejdere under 60 år (med få undtagelser). Endelig forelå der tilsagn fra den virksomhed, hvis pensionerede medarbejdere modtog tilskud fra fonden, om at tilskuddene ville blive fortsat, dersom fonden ikke af egne midler ville være i stand til at udrede pensioner til den omfattede personkreds. Den refererede sag angik i øvrigt alene, hvorvidt der skulle foretages forsikringsmæssig afdækning af pensionsudbetalinger til de medarbejdere, som ikke blev omfattet af den generelle pensionsordning.

I den foreliggende sag er der ikke tale om, at K2 har repræsenteret den grundlæggende firmapensionsordningen for de funktionærer, som i dag er ansat på K1. Der har parallelt med K2s eksistens været andre pensionsordninger og derudover er der i 1982 indført en generel obligatorisk pensionsordning for samtlige funktionærer. Videre findes der i den foreliggende sag et utvetydigt afslag fra K1 på at foretage yderligere indbetalinger til K2 efter indførelsen af denne pensionsordning - ... På den baggrund er det min opfattelse, at den refererede sag er forskellig på så væsentlige punkter i forhold til den foreliggende sag, at afgørelsen ikke umiddelbart kan støtte det synspunkt, som Finanstilsynet har gjort gældende.

Med hensyn til afgørelsen i sag nr. 00-223.588 gør jeg gældende, at også denne sag på væsentlige punkter adskiller sig så væsentligt fra den foreliggende, at afgørelsen ikke umiddelbart kan tjene til støtte for Finanstilsynets synspunkt.

I den refererede sag var der således ikke tale om, at understøttelsesfonden, der foretog udbetalingerne - hverken i sin formålsbestemmelse eller i sine tildelingsskrivelser - tog forbehold om, at udbetalinger var 1-årige. Dette er som anført tilfældet i nærværende sag.

Endvidere var der i den refererede sag tale om, at understøttelsesfonden på pensioneringstidspunktet udsendte et brev til den enkelte pensionsmodtager med et indhold, som nærmest må opfattes som en tilsagnsskrivelse. Noget sådant er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Som i den ovenfor refererede sag nr. 00-155.134 var der i sag nr. 00-223.558 ligeledes alene tale om, at afgørelsen angik udbetalinger til aktuelle tilskudsmodtagere og det bemærkes, at Finanstilsynet i begge de omtalte sager var enig i, at de pågældende understøttelsesfonde var berettiget til at undlade at påbegynde udbetalinger til nye pensionister, hvorfor afgørelserne ikke angik udbetalinger til fremtidige pensionister. Finanstilsynet har ikke i den foreliggende sag peget på forhold, der kan begrunde, at ikke også K2 skulle være berettiget til at undlade at udbetale tilskud til funktionærer, der fremtidigt måtte gå på pension fra K1.

... i Finanstilsynets indlæg redegøres der for betydningen af formuleringen af Hensigtserklæringen i forhold til, hvilke kriterier, der har været anvendt af K2s bestyrelse, som grundlag for beslutning om at tildele tilskud.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at der ikke er grundlag for at fortolke hensigtserklæringens ordlyd således, at udbetalinger af tilskud til alderspension inden for de angivne rammer (tilskud til pensionen op til 60% af slutgagen) er en ubetinget ret for funktionærerne, og at de anførte kriterier i det hele taget er de eneste, der skal opfyldes, for at funktionærerne har et retskrav på udbetalinger fra K2.

Hensigtserklæringen er forfattet på et tidspunkt, hvor afkastet af K2 formue var tilstrækkelig til at dække de udbetalinger, der er beskrevet i hensigtserklæringen, og man har alene hermed tilsigtet at angive nogle overordnede retningslinier for beregning af tilskud, samt en prioritetsrækkefølge for udbetalinger. Man har videre under hensyntagen til den generelle og obligatoriske pensionsordning samt de historiske pensionsforhold i K1 ikke fundet, at K2 var forpligtet til at foretage udbetalinger til funktionærerne. Man har derfor ikke fundet anledning til at foretage en nærmere beskrivelse af de øvrige kriterier, som bestyrelsen almindeligvis lagde til grund ved bedømmelse af, om en kommende pensionist/ efterlønsmodtager ville være omfattet af kredsen af relevante tilskudsmodtagere.

Klagerens synspunkt støttes endvidere af den korrespondance, der er fremlagt af Finanstilsynet ..., og hvor de citerede breve er formuleret af tidligere og nu pensionerede K1-funktionærer, alle med en anciennitet på mere end 20 år ved deres fratræden.

Om anciennitetskriteriet hedder således (min fremhævning):

Brev af den 29. december 2001, side 1:

*"...Det kan oplyses, at K2 blev oprettet af daværende direktør J, hvis tanke det var, at kunne hjælpe pensionister, der havde haft et langt*

*ansættelsesforhold, specielt i de år før K oprettede en kollektiv aftale med E, idet de, der var ansat før E-aftalen, jo ikke havde haft så mange år til "optjening" i E og dermed ville få mindre pension end de ansatte, der hele deres ansættelsestid havde været med i E-ordningen."*

Brev af den 14. februar 2002, side 2:

*"..Men hvad med de 6 efterlønsmodtagere, der i 2001 har modtaget tilskud fra Fonden. Det er kolleger, der fuldt ud opfylder kravet med hensyn til anciennitet (25-42 år)....."*

Brev af den 20. marts 2002, side 1:

*"..Fonden har i alle årene ydet individuelt tilskud til pensionisterne, men der har aldrig været ydet tilskud til pensionister med så lav anciennitet som 10 år....."*

Om kriteriet om pensionering fra ansættelse i K1 hedder det (min fremhævning):

Brev af den 20. januar 2002, side 2:

*"...Jeg forstår ikke, at denne gruppe, der til fulde lever op til K2s vedtægter ikke er tilgodeset, når K2s bestyrelse vil tilgodese ikke pensionerede funktionærer. Disse vil jo aldrig blive pensioneret fra K1, da deres ansættelse er overført til G. Ej heller ved man, om disse finder en ny arbejdsgiver, eller på anden måde forlader K..."*

Brev af den 14. februar 2002, side 2:

*"..Det undrer os, at I tilgodeser endnu ikke pensionerede funktionærer. Disse vil jo aldrig blive pensioneret fra K1, da deres ansættelse er overført til G....."*

Det fremtræder i øvrigt såvel af den påklagede afgørelse ... som af Finanstilsynets indlæg af den 2. august, at Finanstilsynet lægger betydelige vægt på indholdet af hensigtserklæringen, samt på den konkrete formulering heraf. Det er fremført i klageskrivelsen ..., at hensigtserklæringen kun er offentliggjort for funktionærerne en enkelt gang (i januar 1987) i forbindelse med fondsbestyrelsens vedtagelse heraf. Siden har hensigtserklæringen ikke være udleveret til funktionærerne, og den har heller aldrig været anvendt som et bilag til ansættelsesaftaler eller til K1s pensionsregulativ, eller på anden måde været et dokument, som var almindeligt tilgængeligt i virksomheden. Som anført i klagen er det klagerens principale synspunkt, at ingen af de erhvervsaktive funktionærer kan støtte ret på hensigtserklæringen. Subsidiært hertil gør klageren gældende, at hensigtserklæringen ikke kan skabe nogen forventning om fremtidige udbetalinger af tilskud hos funktionærer, der ikke har fået udleveret hensigtserklæringen. Det er derfor klagerens subsidiære synspunkt, at det alene er de funktionærer, der var ansat i K1 på det pågældende tidspunkt, hvor hensigtserklæringen blev offentliggjort (januar 1987), der eventuelt måtte kunne støtte ret herpå. Som ... vedlægges en oversigt over funktionærer ansat pr. den 1.

januar 2002 med angivelse af bla. anciennitet. Det følger heraf, at alene 13 af de nuværende 45 funktionærer var ansat i K1 i januar 1987.

... i Finanstilsynets indlæg refereres der fra K1's redegørelse af den 14 december 2001, idet der blandt andet citeres:

*"...at tilskudsmodtagerne for pensionisters vedkommende årligt skulle have et beløb til deres rådighed svarende til 60% af deres slutgage."*

Jeg skal påpege, at den citerede passage er ændret i klageskrivelsen af den 17. juni 2002, således at %-satsen nu angives til 50 – 60. Denne ændring skyldes, at en gennemgang af den foreliggende dokumentation, herunder i særdeleshed ... [Intern debatoplæg udarbejdet af H] samt [Ls brev af 12. februar 2002 til K2], understøtter, at tilskudsgrænsen ikke har været helt fast.

#### **4. Klage fra tidligere funktionærer.**

... i Finanstilsynets indlæg gøres det med henvisning til korrespondancen ... gældende, at fire navngivne pensionister har ret til tilskud til alderspension fra K2.

På klagerens vegne gør jeg for det første gældende, at K2s bestyrelse helt principielt er berettiget til at afvise anmodninger om udbetalinger af tilskud til pension uagtet, at ansøgeren opfylder de kriterier, som K2s bestyrelse hidtil har lagt til grund ved beslutning om tildeling af tilskud. At bestyrelsen har en sådan ret støttes af afgørelserne i de to ovenfor nævnte sager 00-155.134 og 00-223.588, og det bemærkes, at Finanstilsynet i disse sager var enig heri, endskønt der som påpeget ovenfor var tale om faktiske omstændigheder, hvor de pågældende pensionsfonde og tilknyttede virksomheder havde optrådt mere forpligtende i deres praksis end tilfældet er i den foreliggende sag.

For det andet gør jeg gældende, at de fire pensionister slet ikke er kvalificerede til at opnå tilskud til alderspension fra K2 bedømt efter de kriterier, som fondens bestyrelse hidtil har anvendt. M modtog i perioden 1987 – 1991 tilskud til efterløn og har ikke modtaget tilskud fra K2 siden, hvilket han heller ikke har gjort indsigelser imod. N modtog tilskud til efterløn i perioden 1994 – 1995 og har ikke modtaget tilskud fra K2 siden, hvilket han heller ikke har gjort indsigelser imod. O har aldrig modtaget tilskud fra K2. P modtog tilskud til efterløn i perioden 1998 – 2001 og har ikke modtaget tilskud fra K2 siden, hvilket han heller ikke har gjort indsigelser imod.

Endelig gør jeg gældende, at ingen af de omtalte pensionister i den ... fremlagte korrespondance har klaget over, at være blevet ukorrekt behandlet i anledning af deres pensionering, men alene har klaget over, at de ved den planlagte uddeling af K2 formue ikke bliver yderligere tilgodeset.

## 5. Ændring af pensionstilskud.

... i Finanstilsynets indlæg anføres det, at K2s bestyrelsesbeslutning på mødet i december 2001 ... om at ophæve ændringerne til hensigtserklæringen, der blev vedtaget i 1999, betyder, at de tidligere gældende tildelingskriterier (fra 1986) igen skulle være gældende.

På klagerens vegne gør jeg gældende, at dette udsagn er ganske uden støtte i sagens øvrige omstændigheder, idet fondsbestyrelsen på det pågældende møde netop vedtog – grundet fondens anstrengte økonomi – at reducere udbetalingerne til tilskudsmodtagerne yderligere. Det bemærkes endvidere, at L, ... har fået reduceret sit tilskud efter 10.000 kr. grænsen, der blev indført i 1999.

... i Finanstilsynets indlæg henvises der til Erhvervsankenævnets afgørelse i sag nr. 91-43.753 om afdækningspligt af ulovligt opsagte pensionstilsagn.

Hertil bemærker jeg for det første, at det i den foreliggende sag er det helt grundlæggende spørgsmål, hvorvidt der under de givne omstændigheder overhovedet eksisterer et tilsagn om pension. I den henseende giver den refererede sag ikke nogen vejledning. For det andet anfører jeg, at Erhvervsankenævnet i sag 00-80.133 (...) kom frem til det modsatte resultat – således at manglende reaktion overfor afbrydelse af en tidligere reguleringspraksis havde den virkning, at der ikke var hjemmel til at kræve forsikringsmæssig afdækning af reguleringerne i henhold til § 1 i firmapensionskasseloven.

## 6. Anciennitetskrav, m.v.

... i Finanstilsynets indlæg anføres en række forskellige argumenter til støtte for, at K2s tildelingskriterier i henseende til anciennitet (20 års ansættelse hos K1) og overgang til pension (fra ansættelse i K1) er ulovlige.

I forhold hertil henviser jeg først og fremmest til klageskrivelsen af den 17. juni 2002 i hvilken forbindelse jeg finder anledning til at gentage, at K2 ikke er en pensionskasse i firmapensionskasselovens forstand, og følgelig heller ikke er underlagt regelsættet herfor herunder forsikringsaftaleloven, samt at Erhvervsankenævnet i den ovenfor anførte kendelse (00-80.133) har slået fast, at det alene er tildelingerne efter hidtil anvendt praksis, der eventuel skal afdækkes forsikringsmæssigt.

Finanstilsynet har ikke påvist forhold, der kan give anledning til at tvivle på, at K2 i praksis har anvendt de omtalte kriterier, og jeg henleder i den forbindelse opmærksomheden på, at korrespondancen ... [brev af 8. juli 2002 fra M mfl. til Finanstilsynet] i betydeligt omfang støtter, at sådanne kriterier har været anvendt, jfr. de anførte citater ... ovenfor.



For det andet anfører jeg, at konsekvensen af Finanstilsynets synspunkt forekommer at være, at funktionærer med blot 10 års anciennitet har krav på et tilskud til alderspension som anført i hensigtserklæringen. Dette synes ikke rimeligt, da det efter klagerens opfattelse vil være et ganske usædvanligt – og for modtagerne yderst fordelagtigt – pensionsvilkår, som ikke i øvrigt kendes fra pensionsordninger på tilsagnsvilkår.

Endelig skal jeg påpege, at Finanstilsynet helt synes at se bort fra, at der i for funktionærerne i K1 findes en helt almindelig og tidssvarende pensionsordning, der dækker såvel samtlige funktionærer som samtlige pensionister. Der er således ikke noget socialt beskyttelseshensyn at tage til funktionærerne – og pensionisterne - idet de allerede ved denne pensionsordning er dækket på sædvanlig og tilstrækkelig måde i pensionsmæssig henseende. Hvis de pågældende nuværende og tidligere funktionærer ikke har eller vil opnå en pension, der svarer til 50-60% af deres slutgage, således som den obligatoriske pensionsordning fra 1982 gjorde mulig, skyldes det alene funktionærernes egen udnyttelse af den valgfrihed, der er indlagt i moderne pensionsordninger, for at regulere indskud og for at foretage fordeling mellem forsikring og opsparing.

---000---

Afslutningsvis vil jeg fremhæve, at korrespondance fremlagt af Finanstilsynet [se ovenfor] ... i betydeligt omfang støtter klagerens synspunkt om, at udbetalinger fra K2 ikke har været opfattet af funktionærerne som en ret, men derimod har været opfattet som et gode, som de eventuelt kunne få del i. Jeg henleder særligt opmærksomheden på brevet af den 20. Marts 2002, som er forfattet af blandt andre P, der selv er tidligere modtager af tilskud til førtidspension og tillige tidligere medlem af K2s bestyrelse i perioden 1977 til 1996.

På side 2 i brevet anføres følgende:

*"..I sidste afsnit af jeres brev påpeger I igen, at vi ikke er blandt de personer, der vil blive berørt af K2s opløsning – det er ikke rigtigt – vi bliver netop berørt af K2s opløsning, sammen med de øvrige i gruppen af pensionister, der ikke fik tilskud i 2001. I fratager jo netop denne gruppe af pensionister muligheden for på et senere tidspunkt, eventuelt, at modtage tilskud.."*

Det er klagerens opfattelse, at det citerede understreger, at udbetalinger fra K2 ikke har været opfattet af funktionærerne som en præcist defineret ret, men at K2 har repræsenteret en understøttelsesmulighed, hvor bestyrelsen inden for grænserne af formålet har haft mulighed for at tildele pensionerede funktionærer bidrag af forskellig art. Det bemærkes særligt i den forbindelse, at de skrivende pensionister - hverken i det citerede brev eller i den øvrige korrespondance, ... - henviser til hensigtserklæringen. Dette tager klageren som udtryk for, at hensigtserklæringen ikke har været opfattet af funktionærerne som et egentligt retligt grundlag, men kun som en generel vejledning om,

hvordan K2s bestyrelsen vil foretage udbetalinger under forudsætning af tilstedeværelse af tilstrækkelige midler i fondens formue."

#### **D. Finanstilsynets og klageres yderligere indlæg m.v.**

Finanstilsynet har kommenteret klageres indlæg ved skrivelse af 30. september 2002, særligt med hensyn til spørgsmålet om identifikation mellem klagerne.

Klagerne er yderligere fremkommet med indlæg af 4. og 19. november 2002. Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt funktionærer ansat efter januar 1987, hvor hensigtserklæringen blev offentliggjort, har klagerne henvist til en Højesteretsdom af 2. maj 2002 i sag II 574/1999 (UfR. 2002, side 1690).

Ankenævnet har endvidere modtaget henvendelser fra enkelte tidligere ansatte hos K1.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme klageres anmodning om mundtlig forhandling.

#### **Ankenævnet udtaler:**

Da K2 er oprettet af K1 A/S (nu G A/S) med det formål at supplere pensionen for tidligere funktionærer i K1, da midlerne i det væsentligste hidrører fra midler indskudt af selskabet, og da selskabets ledelse er repræsenteret i fondens bestyrelse, må ydelserne fra fonden i relation til lov om tilsyn med firmapensionskasser anses at hidrøre fra selskabet som arbejdsgiver. Et eventuelt pensionsløfte må derfor anses for afgivet af selskabet.

Efter § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser skal ethvert løfte om pension i forbindelse med et ansættelsesforhold afdækkes forsikringsmæssigt. Som anført i motiverne til loven og fastslået i retspraksis kan det forhold, at en arbejdsgiver i en længere periode har foretaget pensionsudbetalinger efter bestemte principper, medføre en forpligtelse til fortsat at foretage

pensionsudbetalinger efter de hidtil anvendte principper, også i tilfælde hvor arbejdsgiveren har taget forbehold i forbindelse med udbetalingerne uden at benytte sig af forbeholdet.

Efter § 65 i lov om tilsyn med firmapensionskasser påser tilsynet lovens overholdelse, herunder at løfter om pension afdækkes forsikringsmæssigt, jf. lovens § 1, stk. 1. Bestemmelsen kan ikke antages at give tilsynet hjemmel til at træffe bindende afgørelse om, hvorvidt der er afgivet løfte om pension i de tilfælde, hvor der er uenighed mellem arbejdsgiveren og de evt. berettigede, idet afgørelse herom i så fald kun kan træffes af domstolene under et søgsmål mellem disse parter. I tilfælde, hvor der foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at arbejdsgiveren har afgivet et pensionsløfte, må det imidlertid antages, at tilsynet kan kræve, at løftet afdækkes forsikringsmæssigt, indtil der er truffet bindende afgørelse af domstolene.

#### **Modtagere af tilskud til pension, efterløn og enkepension:**

Det fremgår af sagen, at selskabet stedse, uanset forbehold, gennem en længere årrække har udbetalt tilskud til nærmere bestemte pensionister og til enker efter pensionister, der har modtaget tilskud. Det fremgår endvidere af sagen, at tilskudsmodtagerne var ansat som funktionærer på tidspunktet for offentliggørelsen af den af K2s bestyrelse vedtagne hensigtserklæring fra 1986, som blev offentliggjort i januar 1987, eller var enker efter sådanne funktionærer. Derved foreligger der efter ankenævnets opfattelse en rimelig grad af sandsynlighed for, at der er afgivet løfte om pension, og det skal derfor afdækkes forsikringsmæssigt.

Tilsvarende er der efter ankenævnets opfattelse afgivet løfte om efterløn til nærmere bestemte efterlønsmodtagere frem til pensioneringstidspunktet, som derfor også skal afdækkes forsikringsmæssigt.

Et løfte om pension kan ikke med bindende virkning ændres til ugunst for modtageren, selvom modtageren accepterer ændringen, f.eks. fordi modtageren fejlagtigt tror eller af arbejdsgiveren er forledt til at tro, at ændringen kan gennemføres med bindende virkning. De ændringer, der har fundet sted i 1999 og

2001 til ugunst for modtagerne, herunder bortfald på grund af beløbenes påståede ubetydelige størrelse for modtageren, er derfor ikke bindende for modtagerne.

Selskabet har derfor pligt til at genoptage udbetaling af tilskud efter hidtil anvendte principper og foretage forsikringsmæssig afdækning heraf, medmindre de pågældende modtagere nu med viden om deres krav, alligevel ikke ønsker at gøre kravet gældende.

### **Ikke modtagere af tilskud:**

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der over for nuværende og tidligere ansatte, der ikke modtager tilskud, og disses efterladte, er afgivet løfte om pension, efterløn og enkepension, der skal afdækkes forsikringsmæssigt, bemærkes:

Den af K2s bestyrelse vedtagne hensigtserklæring fra 1986 blev offentliggjort for funktionærerne i januar 1987. I forhold til nuværende funktionærer, der var ansat på dette tidspunkt, og disses efterladte, foreligger der efter ankenævnets opfattelse således en rimelig grad af sandsynlighed for, at der er afgivet løfte om pension, efterløn og enkepension, og der skal derfor afdækkes forsikringsmæssigt.

Således som sagen foreligger oplyst for ankenævnet, er muligheden for tilskud, og de nærmere betingelser herfor, ikke indgået som en så tilstrækkelig integreret del af de enkelte funktionærers ansættelsesforhold, at der for funktionærer ansat senere end offentliggørelsen af hensigtserklæringen i januar 1987 foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at der over for disse er afgivet løfte om pension. Finanstilsynet burde efter ankenævnets opfattelse derfor have afventet, at spørgsmålet, om hvorvidt selskabet har afgivet løfte om pension, eventuelt afgøres bindende af domstolene i forbindelse med en sag med de evt. berettigede og selskabet som parter, og tilsynet kunne således ikke stille krav om forsikringsmæssig afdækning.

Finanstilsynets afgørelse af 21. maj 2002 ændres derfor i overensstemmelse med det ovenfor anførte.

9) Kendelse af 2. august 2004. (j.nr. 04-87.187).

Tiltrådt, at aktindsigt i Finanstilsynets sag vedrørende afdækning af pensionstilsagn blev afslået, da klager ikke var part. Aktindsigt i ankenævnets sag A ApS mod Finanstilsynet ligeledes afslået.

Firmapensionskasselovens § 66 b.

(Niels Bolt Jørgensen, Suzanne Helsteen og Ulla Staal)

I skrivelse af 29. januar 2004 har K klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 13. januar 2004 har afslået hans anmodning om aktindsigt i en sag vedrørende spørgsmål om afdækning af pensionstilsagn afgivet af hans arbejdsgiver A ApS. K har samtidig anmodet om aktindsigt i Erhvervsankenævnets sag vedrørende A ApS's klage over Finanstilsynets afgørelse i sagen.

#### **Sagens omstændigheder:**

Ved skrivelse af 31. december 2003 til Finanstilsynet fremsatte K følgende anmodning om aktindsigt:

”Vedr. Pensionstilsagn afgivet af A ApS ....

I forlængelse af behagelig telefonsamtale med ...[medarbejder i Finanstilsynet] den 22. december skal jeg med henvisning til Forvaltningsloven anmode om aktindsigt og udbeder mig kopi af alle dokumenter, der vedrører ovennævnte sag.

...

Som dokumentation for, at jeg er part i sagen vedlægges endvidere kopi af det til mig afgivne pensionstilsagn.”

Ved skrivelse af 13. januar 2004 afslog Finanstilsynet anmodningen om aktindsigt med følgende begrundelse:

”...

Ifølge § 9 i forvaltningsloven og § 66 b i lov om tilsyn med firmapensionskasser anses De ikke som part i sagen mellem A ApS og Finanstilsynet. Finanstilsynets ansatte er derfor efter § 66 a i lov om tilsyn med firmapensionskasser forpligtede til at hemmeligholde, hvad de gennem

deres virksomhed bliver vidende om. Finanstilsynet kan således ikke imødekomme Deres anmodning om aktindsigt i sagen.

...”

I klageskrivelsen af 29. januar 2004 til Erhvervsankenævnet har K bl.a. anført:

”A ApS overtog i 1999 netværksaktiviteterne fra B inklusive ca. 60 medarbejdere, hvoraf 18 var medlemmer af B’s Pensionsfond. Der blev etableret bidragspensioner hos C for alle medarbejdere, og for de 18 tidligere medlemmer var det hensigten at etablere en bidragspension svarende til B’s pensionstilsagn, dog med en årlig regulering på 1,5% og et løbende bidrag på 10,8% af lønnen. De 18 medarbejdere fik på møde hos C 3. november 1999 udleveret pensionstilbud af C tillige med et tilsagnsbrev fra A ApS ...

I efteråret 2002 konstaterede jeg i A ApS 2001 årsregnskab, at ovennævnte tilsagnsbrev ikke er i overensstemmelse med dansk lovgivning, og at A ApS’ havde hensat 10 mill.kr. samt taget kontakt til Finanstilsynet for at aftale, hvordan afdækning kunne ske. ...

...

I denne situation har jeg valgt at ansøge Finanstilsynet om aktindsigt for at kunne konstatere, om min arbejdsgiver har fremstillet situationen på en fuldstændig måde, der også belyser medarbejdernes interesser. ...

Jeg vil hermed gerne anke Finanstilsynets afgørelse, idet jeg har direkte og væsentlig interesse i alle detaljer som forberedelse til en forhandling om pensionskravet med min arbejdsgiver. Yderligere vil jeg anmode Erhvervsankenævnet om aktindsigt i den ankesag, A ApS har rejst af Finanstilsynets afgørelse.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 2. marts 2004 bl.a. udtalt:

”...

## **2. Det retlige grundlag**

...

Finanstilsynet fastholder afgørelsen. K kan, jf. § 66 b i Lov om tilsyn med firmapensionskasser ikke anses som værende part i sagen mellem Finanstilsynet og A. § 66 b angiver positivt, hvem der kan anses som part, og som det fremgår af nedenstående, er medarbejdere ikke omfattet.

Ifølge § 66b anses som part i forholdet til Finanstilsynet alene den pensionskasse, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet vedrører, jf. dog stk. 2 og 3.

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

*1) Den, der overtræder lovens påbud om, at løfter om pensionstilsagn skal afdækkes enten i et forsikringsselskab eller en pensionskasse,*

*2) Den, der uanset bestemmelsen i § 9 mener at have et krav, der er grundet i pensionsløftet. § 9 taler om forældelse af krav.*

*3) En virksomhed, som ansøger om koncession til at drive pensionskassevirksomhed.*

*4) En aktuar, som Finanstilsynet nægter at godkende som aktuar i pensionskassen.*

*5) Revisor i en pensionskasse, når Finanstilsynet afskediger eller pålægger denne at give oplysninger om pensionskassens forhold, samt i sager vedrørende forbudet mod, at en revisor har lån m.v. i den pensionskasse, som revisor reviderer, samt i sager, hvor de valgte revisorer eller aktuaren ikke har opfyldt deres oplysningsforpligtelse over for Finanstilsynet.*

*Stk. 3. Som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem, en revisor, en direktør, en aktuar, en likvidator eller andre ledende medarbejdere i en pensionskasse, hvis Finanstilsynets påtale eller pålæg i medfør af loven eller dennes forskrifter er rettet direkte mod pågældende. "*

Finanstilsynet kan i øvrigt henvise til Erhvervsankenævnets kendelse af 8. marts 2001, sag 00-177-318, hvorefter der ikke var grundlag for at lade en klager (pensionist) indtræde i en verserende sag, der vedrørte hans pensionsforhold. Det blev i denne sag fastslået, at tilsynet kun kan give aktindsigt, i det omfang partsbestemmelserne i firmapensionskasselovens § 66 b giver mulighed herfor. Finanstilsynet fortolkede bestemmelsen om partsbegreb i firmapensionskasseloven som udtømmende i forhold til, hvem der kan opnå partsstatus i sager efter loven. Ankenævnet udtalte, at "*da klageren efter de nævnte bestemmelser ikke var part i Finanstilsynets sag, tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet afslog klagerens anmodning om aktindsigt*".

En medarbejder kan i denne sammenhæng ikke anses som part. Finanstilsynet skal hermed fastholde det meddelte afslag på aktindsigt."

#### **Ankenævnet udtaler:**

Efter § 66 a, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser er Finanstilsynets ansatte forpligtede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om. Tilsynet kan derfor kun give aktindsigt i sager i det omfang, partsbestemmelserne i samme lovs § 66 b giver mulighed herfor.

Den af tilsynet behandlede sag vedrørende K's arbejdsgiver A ApS angik spørgsmål om afdækning af pensionstilsagn efter lovens § 1, stk. 1. Efter lovens § 66 b anses i en sådan sag alene arbejdsgiveren for part i forholdet til Finanstilsynet, jf. § 66 b, stk. 2, nr. 1. Såfremt der er spørgsmål om, hvorvidt et i øvrigt afdækningspligtigt pensionstilsagn er bortfaldet ved forældelse, anses dog også den pensionsberettigede som part, jf. § 66 b, stk. 2, nr. 2.

Da K efter de nævnte bestemmelser ikke var part i Finanstilsynets sag, tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet afslog hans anmodning om aktindsigt.

Erhvervsankenævnet har samme tavshedspligt som Finanstilsynet i sager omfattet af lov om tilsyn med firmapensionskasser, jf. lovens § 66 a, stk. 6, jf. stk. 5, nr. 4. Ankenævnet kan derfor ikke imødekomme K's anmodning om aktindsigt i ankenævnets sag A ApS mod Finanstilsynet.

#### **4.5. Lov om værdipapirhandel mv.**

10) Kendelse af 9. september 2004 (j.nr. 02-169.019).

Overtrædelse af værdipapirhandleres eneret.

Dagældende § 4, stk. 1, i lov om værdipapirhandel mv. og § 1, stk. 2, nr. 3, i lov om finansiel virksomhed.

(Jørgen Wohnsen, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 12. juli 2002 samt uddybende klageskrivelse af 15. oktober 2002 har advokat A på vegne af K1 ApS og K2 A/S [Fondsmæglerselskab] klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelser af 24. juni 2002 har meddelt, at selskaberne har overtrådt henholdsvis medvirket til overtrædelse af værdipapirhandleres eneret efter værdipapirhandelslovens § 4, stk. 1.

#### **Sagens omstændigheder:**

I skrivelse af 24. juni 2002 til K1 ApS meddelte Finanstilsynet, at K1 ApS efter tilsynets vurdering har overtrådt værdipapirhandleres eneret, jf.



værdipapirhandelslovens § 4, stk. 1. Finanstilsynet anførte, at det ved afgørelsen havde lagt vægt på:

- at K1 ApS ved sit informationsbrev og sin hjemmeside havde rettet henvendelse til offentligheden,
- at K1 ApS havde formidlet kontakt mellem investorer og K2 A/S med henblik på, at investorerne kunne få udført værdipapirtransaktioner,
- at K2 A/S var den eneste værdipapirhandler, som K1 ApS henviste til på sin hjemmeside,
- at K1 ApS, der på sin hjemmeside fremtrådte som en uvildig investeringsrådgiver, ikke har oplyst kunder og potentielle kunder om den aftale, som selskabet havde indgået med K2 A/S,
- at K1 ApS efter direktør B's oplysninger "tog en dialog" med kunden, når denne havde fået nyhedsbrevet, og at fondsmæglerselskabet eller K1 ApS ringede kunden op, hvis kunden var interesseret,
- at K1 ApS ifølge aftalen har modtaget en provision for denne formidling og provision for de transaktioner, som investor har fået udført samt
- at K1 ApS, hvis aftalen med K2 A/S var blevet opsagt, skulle have provision for transaktioner udført indtil et år efter, at aftalen er blevet opsagt.

Finanstilsynet meddelte samtidigt, at da K1 ApS efter det oplyste var ophørt med formidling af køb og salg af K2 A/S' produkter og de øvrige aktiviteter, og da selskabet ville ophøre med at være komplementar ved udgangen af 2002 for C P/S, der er et investeringsselskab, hvis formål er investering for egen regning, ville Finanstilsynet ikke foretage sig videre i anledning af, at selskabet efter Finanstilsynets vurdering har overtrådt værdipapirhandelslovens bestemmelser om værdipapirhandlernes eneret.

Den 24. juni 2002 skrev Finanstilsynet ligeledes til K2 A/S. Af skrivelsen fremgår:

”Finanstilsynet fremsender vedlagt genpart af sin afgørelse af i dag til K1 ApS vedrørende anpartsselskabets formidling af kontakt mellem potentielle investorer og K2 A/S på grundlag af selskabernes aftale af 6. juni 2001.

Idet Finanstilsynet henviser til sagsfremstillingen, lovgrundlaget, afgørelsen og begrundelsen herfor i afgørelsen til K1 ApS skal Finanstilsynet påtale, at K2 A/S den 6. juni 2000 umiddelbart efter, at fondsmæglerselskabet havde nedlagt filialen, indgik aftale med K1 ApS om, at selskabet skulle være ”introducing broker” uden samtidig at sikre sig, at K1 ApS havde tilladelse som fondsmæglerselskab. Herved har fondsmæglerselskabet medvirket til, at K1 ApS efter Finanstilsynets vurdering har overtrådt § 4, stk. 1 i lov om værdipapirhandel m.v.

Finanstilsynet har herved – udover det i afgørelsen til K1 ApS anførte – lagt vægt på,

- at Finanstilsynet på det afsluttende møde efter Finanstilsynets undersøgelse i marts 2000 og igen i sit brev af 21. juni 2000 indskærpede, at K2 A/S skulle rette henvendelse til Finanstilsynet inden selskabet påbegynder agent- eller lignende virksomhed i andre lande, hvis den pågældende agent ikke allerede er under tilsyn,
- at K2 A/S i brev af 15. august 2000 under pkt. 8 meddelte, at "Filialen i X-by er nedlagt 31. maj 2000",
- at Finanstilsynet i brev af 3. januar 2001 fulgte op på selskabets brev af 15. august 2001 og konstaterede, at K2 A/S havde meddelt, at selskabets filial i X-by var nedlagt pr. 31. maj 2001,
- at Finanstilsynet i brevet af 3. januar 2001 meddelte, at det af selskabets blanket "Fortrolige kundeoplysninger" pkt. 2 fremgik, at selskabet havde "afdelinger", ligesom tilsynet meddelte, at tilsynet medio oktober 2000 havde konstateret, at filialens skilt i X-by ikke var nedtaget, og
- at Finanstilsynet i brevet anmodede om en nærmere redegørelse for, hvad selskabet mente med "afdelinger" i selskabets blanket "Fortrolige kundeoplysninger", samt hvorvidt selskabets filial i X-by på daværende tidspunkt var endeligt afviklet.

Endvidere lagde Finanstilsynet vægt på, at K2 A/S i brev af 31. januar 2001 underskrevet af bestyrelsen og direktionen under pkt. 7 meddelte, at da selskabet udfærdigede skemaet "Fortrolige kundeoplysninger" havde det stadigvæk filialen i X-by. På det til Finanstilsynet sendte eksemplar var "afdelinger" ikke slettet, hvilket selskabet beklagede. Fejlen var rettet og et nyt eksemplar var vedlagt .... Samtidig bekræfter "vi hermed, at D A/S har afviklet filialen i X-by, og at skiltet blev taget ned i november 2000."

Det er Finanstilsynets vurdering, at K2 A/S skulle have oplyst Finanstilsynet om samarbejdet med K1 ApS. Selvom Finanstilsynets oplysninger på det afsluttende møde og i brevet af 21. juni 2000 drejede sig om agenter i udlandet, burde K2 A/S have indset, at en tilsvarende virksomhed i Danmark også kræver tilladelse.

På Finanstilsynets forespørgsel på mødet den 26. marts 2002, om fondsmæglerselskabet havde andre agenter, oplyste direktør B, at K2 A/S benyttede E i Sverige, som er forsikringsmæglere/agenter under tilsyn i Sverige, og at Finanstilsynet tidligere har modtaget en kopi af selskabets licens.

Finanstilsynet blev den 18. april 2002 kontaktet af F, F ApS, der ringede for at høre om tilladelseskravene til fondsmæglerselskaber. Han oplyste, at han indtil for kort tid siden havde arbejdet som "introducing broker" for K2 A/S, hvor han mod betaling fra fondsmæglerselskabet, opsøgte kunder og henviste disse til fondsmæglerselskabet. K2 A/S havde dog opsagt kontrakten med ham under henvisning til, at tilsynet havde oplyst, at den pågældende virksomhed var omfattet af tilladelseskravet.

...”

Advokat A har den 12. juli 2002 på vegne af K1 ApS og K2 A/S klaget over Finanstilsynets afgørelser af 24. juni 2002. Ved skrivelse af 15. oktober 2002 har klager uddybet klagen med følgende udtalelse:

”....

#### **PÅSTAND:**

##### Principalt:

Finanstilsynets afgørelse af 24. juni 2002 ophæves.

##### Subsidiært :

Finanstilsynets afgørelse af 24. juni 2002 står ved magt, dog således at Finanstilsynet tilpligtes at anerkende, at D A/S [binavn for K2 A/S] skal være berettiget til at indgå aftale med henvisende agenter på nærmere bestemte vilkår.

#### **SAGSFREMSTILLING:**

D A/S har med Finanstilsynets tilladelse af 29. oktober 1997 siden den nævnte dato drevet fondsmæglervirksomhed.

K1 ApS blev etableret 1. juni 2000 med det formål dels -\_sammen med øvrige partnere – at være deltager i investeringsselskaber med 2 til 6 partnere og dels at udgive et finansielt nyhedsbrev til erhvervslivet.

Fra etableringen af K1 ApS og frem til begyndelsen af 2001 markedsførte K1 ApS sig til virksomheder med henblik på, at disse virksomheder skulle tegne et prøveabonnement på selskabets månedlige nyhedsbrev ”...”. Dette lykkedes kun i et begrænset omfang, og K1 ApS ændrede derfor i begyndelsen af 2001 strategi derhen, at K1 ApS skabte og markedsførte et reklamefinansieret internetbaseret nyhedsbrev. Forretningsidéen for K1 ApS

lå deri at tilknytte så mange læsere til nyhedsbrevet, at finansielle virksomheder ville ønske at tegne annonceplads på nyhedsbrevet.

D A/S drev i en periode frem til 31. maj 2000 fondsmæglervirksomhed fra selskabets hjemstedsadresse ..., Y-by samt fra selskabets filial i X-by på adressen ..., X-by. D A/S nedlagde med virkning fra 31. maj 2000 filialen i X-by, da denne ikke var rentabel for selskabet.

Ved nedlæggelsen af filialen blev filialens lokaler overdraget til K1 ApS.

Den 6. juni 2000 indgik K1 ApS og D A/S ... vedlagte ”Introducing Broker Commission Agreement”. Af den aftale fremgår bl.a.:

”1.0

*In the event that ... (K1 ApS, min note) refers a client to D A/S ...D A/S will pay to K1 a referral commission under the terms outlined in this agreement...*

3.0

*If the referred client establishes a client relation with D A/S with a sufficient deposit to trade, a referral commission is due to K1 ApS...*

4.0

*K1 ApS will hereafter receive a referral commission on services brokered by D A/S on behalf of the referred client.*

... ”

I tiden herefter henviste K1 ApS i perioden september 2001 til februar 2002 i alt 17 kunder til D A/S.

I forbindelse med samarbejdet indføjede K1 ApS på selskabets hjemmeside et link til D A/S’ hjemmeside som et af fire. Øvrige links var til .... Der henvises til ... udskrift af K1 ApS’ hjemmeside.

Dersom K1 ApS kom i kontakt med en kunde, som viste interesse for D A/S’ produkter, henviste K1 ApS den pågældende kunde til D A/S. K1 ApS oplyste i den forbindelse alene den pågældende kunde om muligheden for at kontakte D A/S. K1 ApS påtog sig aldrig at yde rådgivning om investering endsige at formidle værdipapirer.

Med skrivelse af 18. september 2002 fremsendte D A/S med henblik på Finanstilsynets godkendelse af udkast til en ”henvisende agent aftale”.... Af udkastet fremgår bl.a.:

”§2

*HA (henvisende agent, min note) skal udelukkende agere som henvisende agent. Dette betyder, at HA under ingen omstændigheder må tilbyde investeringsrådgivning, investeringsformidling til klienter...*

*HA er ikke, og skal ikke lade sig opfatte som, repræsenteret eller ansat hos D A/S. Ydermere er HA ikke bemyndiget til at repræsentere, kontakte eller samtykke til klientaftale, variationer eller lignende på D A/S's vegne...*

*HA må under ingen omstændigheder i sine aktiviteter som HA modtage penge, obligationer, aktier eller anden ejendom fra klienter på D A/S' vegne.*

§4

*HA må imidlertid under ingen omstændigheder omdele skrevet eller mundtligt råd, modtaget fra D A/S i overensstemmelse med aftale mellem de to parter. Ligeledes må HA ikke omdele analytisk eller forsikringsmateriale indeholdende meninger, udarbejdet af D A/S.*

§5

*HA skal sikre sig, at alle aktiviteter foretaget af ham er i overensstemmelse med de love og regulerende regler, som henvender sig til disse aktiviteter i det land, hvor han fungerer. Disse inkluderer, men er ikke begrænset til, værdipapirhandelsloven, regler mod pengevidvaskning... ”*

#### **ANBRINGENDER:**

Til støtte for den principale påstand gøres det gældende

- at** K1 ApS og D A/S ikke har overtrådt §4 eller §5 eller andre bestemmelser i Lov om Værdipapirhandel,
- idet** K1 ApS på intet tidspunkt har rettet henvendelse til offentligheden som køber, sælger eller formidler af værdipapirer,
- idet** hverken K1 ApS eller D A/S dermed har tilsidesat bestemmelserne i Lov om Værdipapirhandel.

For det tilfælde, at K1 ApS og D A/S ikke skulle få medhold i den principale påstand, gøres til støtte for den subsidiære påstand gældende

- at** ... udkast til ”henvisende agent aftale” pålægger den til enhver tid henvisende agent til at handle på en sådan måde, at den henvisende agents virksomhed ikke vil være omfattet af Lov om værdipapirhandel, og
- at** der derfor intet er til hinder for, at D A/S indgår aftale med henvisende agenter på de i bilag .. angivne eller tilsvarende vilkår.

....”

”K2 A/S har i brev af 18. september 2002 anmodet Finanstilsynet om tilsynets besigtigelse og godkendelse af et udkast til en aftale med en henvisende agent HA.

Det fremgår blandt andet af aftalens

- § 1, at aftalen gælder forholdet mellem K2 A/S og HA, hvor HA henviser HA klientemner til K2 A/S.
- § 2, at HA udelukkende skal agere som henvisende agent. Det betyder at HA, under ingen omstændigheder må tilbyde investeringsrådgivning, investeringsformidling eller lignende service til klienter henvist til K2 A/S.
- § 3, at HA gennem materiale som han finder passende skal præsentere K2 A/S og firmaets produkter til personer og selskaber, som efter hans mening, er klientemne for K2 A/S.
- § 5, at HA skal sikre sig, at alle aktiviteter foretaget af ham i overensstemmelse med de love og regulerende regler som henvender sig til disse aktiviteter i det land, hvor han fungerer. Disse inkluderer, men er ikke begrænsede til værdipapirhandelsloven, regler mod pengehvidvaskning, dørsalgsloven med hensyn til retten til at kontakte klientemner ved at besøge dem uanmeldt eller ved at ringe til dem uanmodet.
- § 7, at HA er ekskluderet fra at have lignende aftaler med andre banker eller børsrådgivere, som kan anses for at være konkurrenter til K2 A/S, mens aftalen er i effekt.
- § 10, at K2 A/S skal betale HA for klienter henvist til K2 A/S i den periode, de er aktive K2 A/S klienter.

...

I denne anledning skal Finanstilsynet meddele, at det fortsat er tilsynets vurdering, at en henvisende agent, skal have tilladelse som fondsmæglerselskab på baggrund af § 4, stk. 1 i værdipapirhandelsloven og bemærkningerne til lovens § 1, stk. 2, nr. 3, hvori det er præciseret, at værdipapirhandelsloven gælder, selvom formidlingen ikke indebærer, at der handles for tredjemands regning, men alene at den pågældende for en tredjemand søger at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemands værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand.

Da Finanstilsynets afgørelse imidlertid er blevet indbragt for Erhvervsankenævnet er det Finanstilsynets opfattelse, at det er bedst stemmende med god forvaltningsskik, at Finanstilsynet afventer Erhvervsankenævnets afgørelse, førend Finanstilsynet træffer afgørelse i den foreliggende sag.

...

Finanstilsynets afgørelse kan i henhold til § 88 i lov om værdipapirhandel, indbringes for Erhvervsankenævnet...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 13. november 2002, hvori afgørelserne fastholdes, blandt andet udtalt:

”...

#### **Afgørelse vedrørende K1 ApS**

I afgørelsen af 24. juni 2002 meddelte Finanstilsynet, at det efter en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger er Finanstilsynets vurdering, at K1 ApS har overtrådt værdipapirhandlernes eneret, jf. værdipapirhandelslovens § 4, stk. 1 og bemærkningerne til lovens § 1, nr. 3, hvori det er præciseret, at værdipapirhandelsloven gælder, selvom formidlingen ikke indebærer, at der handles for tredjemands regning, men alene at den pågældende for en tredjemand søger at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemands værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand.

#### **Afgørelse vedrørende K2 A/S**

I afgørelsen af 24. juni 2002 henviste Finanstilsynet til sagsfremstillingen, lovgrundlaget, afgørelsen og begrundelsen herfor i afgørelsen af samme dato til K1 ApS og påtalte, at K2 A/S den 6. juni 2000 umiddelbart efter, at fondsmæglerselskabet havde nedlagt sin filial i X-by, indgik aftale med K1 ApS om, at selskabet skulle være "introducing broker" uden samtidig at sikre sig, at K1 ApS havde tilladelse som fondsmæglerselskab. Herved har fondsmæglerselskabet efter Finanstilsynets vurdering medvirket til, at K1 ApS har overtrådt § 4, stk. 1 i lov om værdipapirhandel m.v.

#### **Indledning**

Sagen drejer sig om en aftale mellem K2 A/S og K1 ApS, hvorefter anpartsselskabet var såkaldt "introducing broker" for fondsmæglerselskabet. Ifølge aftalen skulle K1 ApS henvise kunder til fondsmæglerselskabet mod en henvisningsprovision for hver transaktion, som kunden gennemførte. Hvis en af parterne opsagde aftalen, skulle K2 A/S betale en henvisningsprovision til K1 ApS i op til et år efter, at aftalen blev sagt op.

Det er Finanstilsynets vurdering, at den, der er "introducing broker" eller agent skal have en tilladelse som fondsmæglerselskab. Finanstilsynet har ved flere lejligheder blandt andet i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i 2000 gjort K2 A/S opmærksom på, at sådanne agenter skal have tilladelse.

De ansatte i K1 ApS var indtil den 31. maj 2000 ansat i K2 A/S filial i X-by. Da Anpartsselskabet ophørte med at drive virksomhed, blev de ansatte igen ansat i K2 A/S med virkning fra den 1. april 2002.

Det tilføjes for god ordens skyld, at selskabets navn er K2 A/S, men at det benyttet binavnet D A/S.

### **Sagsfremstilling**

Sagens nærmere omstændigheder, der fremgår af Finanstilsynets afgørelse af 24. juni 2002 til K1 ApS, er følgende:

#### *Formanden, H's, telefoniske oplysninger den 15. marts 2002*

Formanden for K2 A/S, H, meddelte den 15. marts 2002 telefonisk, at Finanstilsynet ville modtage en anmeldelse af, at selskabet havde fået en ny direktør, I.

Endvidere oplyste H, at I havde været leder af "kontoret i X-by" (K1 ApS), hvor størstedelen af virksomheden foregik, og at det var tanken, at K2 A/S skulle have kontor i Y-by, men drives fra X-by. Det var planen, at B ikke skulle være administrerende direktør for K2 A/S fremover.

På forespørgsel oplyste H, at forbindelsen til "kontoret i X-by" har fungeret på samme måde, som det foregår i Sverige, hvor fondsmæglerselskabet har agenter.

#### *Møde i Finanstilsynet den 26. marts 2002*

Det blev aftalt at holde et møde den 26. marts 2002 med henblik på, at Finanstilsynet kunne høre nærmere om den nye struktur m.v. I mødet deltog H og direktør B.

H indledte mødet med at oplyse, at bestyrelsen havde truffet beslutning om at flytte administrationen til X-by, hvor fondsmæglerselskabet havde fået kunder fra en "forhandler". K2 A/S betalte en fast "fee" til K1 ApS for henvisning af kunder på samme måde, som K2 A/S betaler sine svenske samarbejdspartnere.

H oplyste endvidere, at K1 ApS primært beskæftigede sig med:

1. Udarbejdelse af et analysebrev, hvori selskabet anbefalede alternative investeringsmuligheder/produkter. Kunderne abonnerede på nyhedsbrevet.
2. Henvisning af kunder, der gennem analysebrevet havde fået interesse for selskabets produkter, til K2 A/S,
3. Et investeringskommanditselskab.

B oplyste supplerende, at han ikke havde kendskab til K1 ApS markedsføringsmetoder, men at markedsføringen sandsynligvis foregik via internettet. Selskabets hjemmeside var ... . Selskabet i X-by "tager en dialog" med kunden, når denne havde fået nyhedsbrevet, og hvis kunden var interesseret, ringede fondsmæglerselskabet eller K1 ApS kunden op. K2 A/S sendte en åbningsformular direkte til kunden. K1 ApS havde kontakt til kunden, når kunden var begyndt at handle, idet selskabet drøftede resultatet med kunderne.



Endvidere oplyste B, at K1 ApS fik 40 % af den kurtage, som kunderne betaler.

K2 A/S har haft forretningsforbindelse med de ansatte i K1 ApS i 4-5 åren enten som ansatte i filialen eller som mæglere. Da fondsmæglerselskabet lukkede filialen, var der ingen tidsmæssig forskydning, førend det indgik forretningsforbindelse med K1 ApS. Filialen blev lukket for at ændre omkostningsstrukturen til ren kurtage. (Finanstilsynet har forstået dette således, at K1 ApS i modsætning til filialen selv skulle afholde de faste omkostninger.)

Det blev aftalt, at K2 A/S skulle sende en skriftlig redegørelse.

*Finanstilsynets brev af 2. april 2002 til direktør I, K1 ApS*

I brev af 2. april 2002 til I meddelte Finanstilsynet, at K2 A/S havde oplyst, at K1 ApS fra den 31. maj 2000, hvor K2 A/S filial i X-by blev nedlagt, havde udført de tjenesteydelser for fondsmæglerselskabet, som tidligere blev udført af filialen.

*Advokat og bestyrelsesmedlem J's brev af 9. april 2002*

Advokat J, der er medlem af bestyrelsen for K2 A/S har i brev af 9. april 2002 underskrevet af bestyrelsen og direktionen, indledningsvis anført, at det må bero på en misforståelse, at Finanstilsynet i brevet til I har oplyst, at K2 A/S til Finanstilsynet har oplyst, at K1 ApS fra 31. maj 2000 havde udført de tjenesteydelser for K2 A/S, som forud for 31. maj 2000 blev udført i K2 A/S filial i X-by. Noget sådant er ikke blevet oplyst, og en sådan oplysning er ikke korrekt.

Endvidere har advokat J om samarbejdet oplyst, at K1 ApS har været kunde hos K2 A/S. I denne egenskab har K1 ApS fra K2 A/S modtaget rådgivning som enhver anden kunde i overensstemmelse med selskabets forretningsgang.

Videre oplyste han, at der har bestået en henvisningsaftale gennem K2 A/S og K1 ApS. Aftalen gik ud på, at K1 henviste investorer, som var interesserede i de af D A/S udbudte instrumenter.

Såfremt en henvist investor etablerede et kundeforhold til fondsmæglerselskabet, skete dette på grundlag af aftale indgået direkte mellem K2 A/S og den pågældende investor. Ved kontrahering blev der ikke gjort forskel på den henviste investor og en hvilken som helst anden investor hos K2 A/S. Der har således ikke været tale om, at K2 A/S overlod nogen del af den rådgivning, der efter selskabets forretningsgang påhvilede selskabet, til K1 ApS.

Identifikation af investor, information i forbindelse med kundeforholdets etablering og indgåelse af aftale skete direkte mellem K2 A/S og den enkelte investor. Såfremt en fra K1 ApS henvist investor etablerede et forhold til K2 A/S berettigede dette K1 ApS til en provision. At et fondsmæglerselskab kan udbetale provision i anledning af henvisning fremgår af flere afgørelser

fra Finanstilsynet. Advokat J bekendt blev dette fastslået allerede ved Finanstilsynets afgørelse af 24. juli 1998.

K2 A/S bekendt har K1 ApS ikke tilbudt sig som formidler af de instrumenter, som udbydes af K2 A/S. K1 ApS kom i kontakt med potentielle investorer gennem udgivelse af et finansielt nyhedsbrev. Udgivelsen af et sådant nyhedsbrev betragter K2 A/S ikke som en tjenesteydelse, der kræver tilladelse efter lov om fondsmæglerselskaber. Udgivelsen af et nyhedsbrev kan efter advokat J's opfattelse heller ikke betragtes som en henvendelse til offentligheden, hvorved udgiveren tilbyder sig som formidler af værdipapirer. Udgivelse af finansielle nyhedsbreve kan ikke betragtes som erhvervsmæssig henvendelse til offentligheden som sælger eller formidler af værdipapirer, jf. lov om værdipapirhandel. Udgivelsen af finansielle nyhedsbreve står således åben for andre end pengeinstitutter, fondsmæglerselskaber og realkreditinstitutter.

*I, K1 ApS brev af 10. april 2002*

I har på vegne af K1 ApS i brev af 4. april, modtaget i Finanstilsynet den 10. april 2002 oplyst, at selskabet blev etableret den 1. juni 2000 med henblik på at udgive et finansielt nyhedsbrev til erhvervslivet samt med henblik på at kunne deltage i investeringsselskaber med 2 til 6 partnere. I har afvist, at selskabet har udført tjenesteydelser, som tidligere blev udført af K2 A/S filial i X-by.

Endvidere har han oplyst, at C P/S er et investeringsselskab, hvis formål er investering for egen regning, og at Finanstilsynet blev orienteret om selskabet, jf. Finanstilsynets brev af 30. marts 2001.

K1 ApS er komplementarselskab for C P/S og udgiver nyhedsbrevet ..., der er reklamefinansieret. Selskabet formidler ikke værdipapirer eller rådgiver herom, hvorfor I oplyste, at han ikke kan redegøre nærmere for dette.

Da K2 A/S filial i X-by blev nedlagt den 31. maj 2000, indgik fondsmæglerselskabet en henvisningsaftale med K1 ApS. Aftalen var baseret på, at K1 ApS kunne introducere potentielle investorer til K2 A/S, såfremt investorerne ønskede rådgivning eller havde interesse i futureshandel. Det introducerende arbejde var udelukkende baseret på, at den pågældende kunde etablerede et direkte kundeforhold til fondsmæglerselskabet. Såfremt K2 A/S etablerede et nyt kundeforhold, blev K1 ApS honoreret for sin introduktion af K2 A/S med en månedlig kommission.

Det fremgår af den vedlagte aftale "Introducing Broker Commission Agreement" af 6. juni 2000, der er affattet på engelsk, at

- hvis K1 ApS henviser en kunde til K2 A/S, og kunden ikke er registreret som kunde allerede på henvisningstidspunktet, skal fondsmæglerselskabet betale en henvisningsprovision, jf. pkt. 1.0,
- hvis den henviste kunde etablerer kunderelationer til K2 A/S med et tilstrækkeligt beløb til at handle, er K1 ApS berettigede til

henvisningsprovision. Hver gang en henvisning har fundet sted, ville K2 A/S bekræfte henvisningen, jf. pkt. 3.0,

- K1 ApS herefter vil modtage henvisningsprovision for hver transaktion, "all services brokered", udført af K2 A/S på vegne af den henviste kunde, jf. pkt. 4.0,
- fondsmæglerselskabet hver måned vil beregne den totale henvisningsprovision, der er påløbet den seneste måned og derefter afregne det omhandlede beløb med K1 ApS, jf. pkt. 6.0, og at
- begge parter kan opsige aftalen med 1 måneds forudgående skriftligt varsel. I så fald skal K2 A/S betale K1 ApS en henvisningsprovision i op til et år efter, at aftalen blev sagt op, indtil udgangen af handelsmåneden, jf. pkt. 10.0.

Herudover har I oplyst, at K1 ApS fra september 2001 til udgangen af februar 2002 har henvist 17 investorer.

Endelig har I henvist til, at der mellem K2 A/S og K1 ApS er indgået aftale om, at K2 A/S pr. 1. april 2002 overtog K1 ApS nyhedsbrev samt tilhørende kontor.

K1 ApS blev afviklet som planlagt. Senest ved udgangen af 2002 udtræder K1 ApS som komplementar for C P/S. Alle øvrige aktiviteter i K1 ApS er planmæssigt indstillet og afviklet pr. 1. april 2002.

#### *K1 ApS hjemmeside og nyhedsbrev*

Det fremgår af K1 ApS hjemmeside, at selskabet tilbyder det omtalte nyhedsbrev samt deltagelse i partnerskaber, hvor anpartsselskabet er medinvestor.

Endelig var der på hjemmesiden blandt andet links til D A/S som den eneste værdipapirhandler.

Nyhedsbrevet for marts 2002, der var på 3 sider, indeholdt på de første 2 sider en generel artikel om "Udsigterne for de finansielle markeder", herunder en spalte med overskriften: "The Federal Reserve: Allan Greenspan har ordet:" og en halv spalte om aktiemarkedet samt en helsidesartikel af I under overskriften "Investeringstips!", hvor futuresmarkedet og K2 A/S og dets produkter samt afkastet af disse blev beskrevet. Endvidere fremgår det, at K1 ApS selv handlede futures for egen regning og risiko hos fondsmæglerselskabet. Havde læserne spørgsmål til nyhedsbrevet, kunne de kontakte K1 ApS telefonisk.

#### *Finanstilsynets brev af 30. marts 2001 til C P/S*

Det fremgår af Finanstilsynets sag, at direktør K, C P/S i brev af 6. marts 2001 anmodede om Finanstilsynets vurdering af, om C P/S var omfattet af lov om fondsmæglerselskaber. Finanstilsynet besvarede henvendelsen i brev af 30. marts 2001, hvori Finanstilsynet alene tog stilling til det, som C P/S spurgte om. Finanstilsynet tog ikke stilling til, om komplementaren, K1

ApS, samtidig kunne være komplementar for andre kommanditaktieselskaber, deltage i f.eks. et "day trading selskab" og handle for alle selskaberne samt rette henvendelse til offentligheden med henblik på at skaffe investorer, aktiviteter, som K1 ApS udførte, men som ikke var nævnt i C P/S forespørgsel.

**Lovgrundlag:**

Ifølge § 1, stk. 1 i lov om værdipapirhandel m.v. finder loven anvendelse på værdipapirhandel, som i medfør af stk. 2, nr. 3) blandt andet omfatter "formidling af køb og salg af værdipapirer".

Det fremgår af bemærkningerne til § 1, stk. 2, nr. 3, at "Ved selvstændigt at medtage formidling af køb og salg af værdipapirer er det præciseret, at værdipapirhandelsloven gælder, selvom formidlingen ikke indebærer, at der handles for tredjemands regning, men alene at den pågældende for en tredjemand søger at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemands værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand."

Det fremgår af § 2, stk. 1, nr. 6), at lovens bestemmelser om værdipapirer også finder anvendelse på finansielle futures og tilsvarende instrumenter.

Ifølge § 4, stk. 1, har

- 1) pengeinstitutter
- 2) fondsmæglerselskaber
- 3) realkreditinstitutter
- 4) Danmarks Nationalbank og
- 5) Finansstyrelsen

eneret til erhvervsmæssigt at rette henvendelse til offentligheden og tilbyde sig som køber, sælger eller formidler af værdipapirer som nævnt i § 2, stk. 1, nr. 1 – 10 og 12.

Ifølge § 4, stk. 3, forstås ved værdipapirhandler i loven en virksomhed som nævnt i stk. 1, nr. 1 – 3.

Ifølge § 5 i lov om fondsmæglerselskaber kræver det tilladelse at drive fondsmæglervirksomhed.

...

**Finanstilsynets bemærkninger til klagen m.v.**

Efter en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger er det som nævnt i Finanstilsynets afgørelser af 24. juni 2002 Finanstilsynets vurdering, at K1 ApS har overtrådt værdipapirhandlernes eneret, ... Det forhold, at henvendelsen til offentligheden er foregået ved hjælp af anpartsselskabets hjemmeside suppleret med telefonsamtaler gør efter Finanstilsynets opfattelse ingen forskel.

Finanstilsynet kan i øvrigt henvise til, at K2 A/Ss formand den 15. marts 2002 oplyste, at hovedparten af fondsmæglerselskabets virksomhed foregik i "kontoret i X-by", som formanden ved mødet i Finanstilsynet den 26.

marts 2002 omtalte som "en forhandler i X-by". Hertil kommer, at fondsmæglerselskabet ifølge de forretningsgange, som selskabet skulle indsende til Finanstilsynet som opfølgning på undersøgelsen i marts 2000 omtalte afdelinger.

Finanstilsynet finder anledning til at bemærke, at K2 A/S efter Finanstilsynets vurdering burde have indset, at en sådan agentaftale var eller kunne være i strid med værdipapirhandlernes eneret, idet Finanstilsynet som nævnt flere gange netop har drøftet spørgsmålet om agenter, og at agenter skal have tilladelse med selskabet blandt andet for at undgå, at selskabet overtrådte eller medvirkede til at overtræde lovgivningen i andre lande, hvor det tilbyder tjenesteydelser.

Finanstilsynet kan, for så vidt angår den af advokat J i brev af 9. april 2002 nævnte afgørelse, meddele, at det formentlig drejer sig om sag, hvor Finanstilsynet ved gennemgangen af et revisionsprotokollat blev opmærksom på, at et fondsmæglerselskab havde udbetalt 500 tkr. til en person med henblik på, at den pågældende skulle skaffe selskabet en porteføljelejeaftale.

Finanstilsynet meddelte, at selskabet ikke havde tilladelse til at udføre porteføljeleje for kunder, hvorfor selskabet allerede af den grund ikke havde kunnet udbetale formidlingsprovision. Endvidere meddelte Finanstilsynet, at forudbetaling af provisionen var et udlån, såfremt formidlingen ikke blev til noget, og at fondsmæglerselskabet ikke må yde lån. Forholdet blev påtalt. Finanstilsynet har ikke hermed godkendt – som anført af advokat J - at der kan udbetales henvisningsprovision.

For så vidt angår det udkast til en aftale med en henvisende agent, som K2 A/S har indsendt til Finanstilsynet med brev af 18. september 2002, har Finanstilsynet i brev af 31. oktober 2002 meddelt, at det fortsat er Finanstilsynets vurdering, at en henvisende agent skal have tilladelse som fondsmæglerselskab. Da den foreliggende afgørelse imidlertid er blevet indbragt for Erhvervsankenævnet, meddelte Finanstilsynet, at det efter Finanstilsynets opfattelse er bedst stemmende med god forvaltningsskik, at Finanstilsynet afventer Erhvervsankenævnets afgørelse, førend Finanstilsynet træffer afgørelse i sagen.

...”

Foranlediget af Finanstilsynets udtalelse har klager i skrivelse af 10. december 2002 bemærket følgende:

”...

## **LOVGRUNDLAG OG BEGRUNDELSE**

Overordnet gøres fremdeles gældende, at K1 ApS alene har formidlet kontakt mellem investorer og en fondsmægler med tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed.

Til det i Finanstilsynets redegørelse anførte bemærkes specifikt:

I Finanstilsynets redegørelse ... er citeret fra bemærkningerne til værdipapirhandelslovens § 1, stk. 2, nr. 3. Af lovbemærkningerne fremgår ganske rigtigt, at:

*”værdipapirhandelsloven gælder for formidling af køb og salg af værdipapirer, uagtet at formidlingen ikke indebærer, at der handles for tredjemands regning, men at alene den pågældende for en tredjemand søger at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemand værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand”. (min fremhævelse).*

Af Finanstilsynets udtalelse ... har Finanstilsynet anført, at Finanstilsynet ved afgørelsen om, at K1 ApS havde overtrådt værdipapirhandlernes eneret, havde de lagt vægt på:

*”at K1 ApS havde formidlet kontakt mellem investorer og K2 A/S med henblik på, at investorerne kunne få udført værdipapirtransaktioner”. (min fremhævelse).*

Finanstilsynet har i sin retsanvendelse således udstrakt ordlyden i lovbemærkningerne:

*”søge at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemands værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand”.*

til at gælde den situation, at K1 ApS formidlede kontakt mellem investorer og K2 A/S. Der er ikke belæg for en sådan udvidende fortolkning.

Det er endvidere uden betydning, **hvorvidt** K1 ApS har rettet henvendelse til offentligheden, hvorvidt K1 ApS har henvist til øvrige værdipapirhandlere eller ej, **hvorvidt** K1 ApS har oplyst kunder om aftalen med K2 A/S, **hvorvidt** K1 ApS har været i dialog med kunder, **hvorvidt** K1 ApS har modtaget provision for sin virksomhed eller ej og **hvorvidt** denne provision skulle ophøre ved aftalens ophør eller senere.

Afgørende er, at K1 ApS ikke har søgt at formidle kontakt mellem købere og sælgere af værdipapirer. Dette har K1 ApS overladt til K2 A/S.

Det præciseres, at K2 A/S ikke køber tredjemands værdipapirer eller sælger værdipapirer til tredjemand. K2 A/S formidler kontakt mellem sådanne købere og sælgere af værdipapirer.

Finanstilsynet anfører i sin udtalelse ..., at

*”det efter en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger er Finanstilsynets vurdering, at K1 ApS har overtrådt værdipapirhandlernes eneret.”*

Det bestrides, at der er hjemmel til at anlægge en sådan samlet vurdering.

Afgørende er, hvorvidt K1 ApS efter en konkret vurdering af selskabets adfærd har overtrådt værdipapirhandelslovens § 1, jf. § 4. Dette er ikke tilfældet.”

### **Ankenævnet udtaler:**

Det følger af den dagældende § 4, stk. 1, i lov om værdipapirhandel m.v., jf. nu lov om finansiel virksomhed, at de i bestemmelsen opregnede institutioner m.v., herunder fondsmæglerselskaber, jf. den dagældende nr. 2, har eneret til erhvervsmæssigt at rette henvendelse til offentligheden og tilbyde sig som køber, sælger eller formidler af værdipapirer, som nævnt i § 2, stk. 1, nr. 1-10 og 12.

Efter § 1, stk. 2, nr. 3, i lov om værdipapirhandel m.v. forstås ved værdipapirhandel blandt andet formidling af køb og salg af værdipapirer.

Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår blandt andet:

”...

§ 1, stk. 2, nr. 3 om formidling af køb og salg af værdipapirer og nr. 4 om erhvervsmæssig rådgivning udgør to selvstændige aktiviteter. Formidling og rådgivning er derfor omfattet af værdipapirhandelsloven, selvom aktiviteten ikke udøves som accessorium til offentlig udbud efter nr. 1 eller køb eller salg af værdipapirer efter nr. 2.

Ved selvstændigt at medtage formidling af køb og salg af værdipapirer er det præciseret, at værdipapirhandelsloven gælder, selvom formidlingen ikke indebærer, at der handles for tredjemands regning, men alene at den pågældende for en tredjemand søger at formidle kontakt til en person, som ønsker at købe tredjemands værdipapirer eller sælge værdipapirer til tredjemand.

...”

På denne baggrund finder Erhvervsankenævnet efter en samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder, herunder særligt det af Finanstilsynet fremhævede, at den af K1 ApS udøvede aktivitet er omfattet af den dagældende § 4, stk. 1 i lov om værdi papirhandel, jf. nu lov om finansiel virksomhed, jf. § 1, stk. 2, nr. 3 i lov om værdipapirhandel m.v.

K1 ApS skulle følgelig have haft Finanstilsynets tilladelse til at drive fondsmæglervirksomhed for lovligt at kunne udøve den anførte aktivitet, jf. § 5, stk. 1, i den dagældende lov om fondsmæglerselskaber, jf. nu lov om finansiel virksomhed. Ankenævnet har ingen bemærkninger til, at Finanstilsynet ikke har foretaget sig yderligere i den anledning.

Som fastslået ovenfor har K1 ApS overtrådt den dagældende § 4, stk. 1 i den dagældende lov om værdipapirhandel m.v. Ankenævnet finder efter en samlet vurdering af de foreliggende omstændigheder, herunder særligt det af Finanstilsynet fremhævede, at K2 A/S ved uden at sikre sig, at K1 ApS havde tilladelse som fondsmæglerselskab, at indgå aftale om, at dette selskab skulle være introducing broker, har medvirket til, at K1 ApS overtrådte den pågældende bestemmelse.

Efter klagers subsidiære påstand skal Finanstilsynets afgørelse af 24. juni 2002 stå ved magt, dog således at Finanstilsynet skal anerkende, at K2 A/S skal være berettiget til at indgå aftale med henvisende agenter på nærmere bestemte vilkår.

Indledningsvis bemærkes, at ankenævnet alene har kompetence til at træffe afgørelse i klagesager over administrative afgørelser i det omfang, det er fastsat ved lov eller i henhold til lov, jf. § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet. Ankenævnet har således ikke kompetence til at tilpligte Finanstilsynet i udøvelsen af dets virksomhed.

Finanstilsynet har i skrivelse af 31. oktober 2002 meddelt klageren, at det er tilsynets vurdering, at en henvisende agent skal have tilladelse som fondsmæglerselskab, men da Finanstilsynets afgørelser af 24. juni 2002 er indbragt for Erhvervsankenævnet,



afventer tilsynet ankenævnets afgørelse vedrørende disse klager, før der træffes afgørelse om dette spørgsmål.

Under hensyn hertil, og til at Finanstilsynet i skrivelser af 31. oktober 2002 og 13. november 2002 har tilkendegivet at ville træffe afgørelse om dette spørgsmål, finder ankenævnet, uanset at Finanstilsynet i skrivelsen af 31. oktober 2002 har givet klagevejledning, at den subsidiære påstand ikke kan tages under påkendelse under nærværende sag.

Herefter stadfæstes Finanstilsynets afgørelser af 24. juni 2002.

#### **4.6. Lov om aktieselskaber og lov om anpartsselskaber**

11) Kendelse af 7. oktober 2004. (j.nr. 03-141.746).

Tiltrådt, at realkreditinstitut blev pålagt at ændre forretningsorden, da denne var i strid med aktieselskabsloven.

Aktieselskabslovens § 54 og lov om finansiel virksomhed.

(Lise Høgh, Peter Wendt og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. juni 2003 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 22. maj 2003 har pålagt selskabet at ændre § 8, stk. 5 i bestyrelsens forretningsorden samt pålagt formandskabet af bestyrelsen at ophøre med at deltage i forberedelsen af lånesager, der skal forelægges bestyrelsen.

Finanstilsynet har i skrivelse af 27. august 2003 til Erhvervsankenævnet oplyst, at tilsynet snarest vil meddele ”K [A/S], at pålægget vedrørende formandskabets deltagelse i forberedelsen af lånesager er trukket tilbage”.

#### **Sagens omstændigheder:**

§ 8, stk. 5, i bestyrelsens forretningsorden har følgende ordlyd:

”Formandskabet kan i presserende tilfælde, hvor den samlede bestyrelses godkendelse ikke kan indhentes, træffe beslutninger på bestyrelsens vegne, såfremt dette undtagelsesvis er nødvendigt. Sådanne beslutninger kan kun træffes, såfremt der er enighed om beslutningen mellem formandskabet og direktionen.”

#### **A. Den påklagede afgørelse af 22. maj 2003:**

Af Finanstilsynets skrivelse af 22. maj 2003 fremgår blandt andet:

”Finanstilsynet foretog i dagene 25.-28. februar 2003 en undersøgelse af K’s største lånesager og største nedskrivninger.

...

Tilsynets konklusioner og instituttets kommentarer hertil fremgår nedenfor.

...

#### **Bestyrelsens forretningsorden**

##### Forretningsordenens § 8, stk. 5.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 18. oktober 2002 under henvisning til aktieselskabslovens § 57, stk. 1, 2. pkt., at bevilling af lån, der overstiger direktionens bevillingskompetence, ikke kan videregives til et udvalg bestående af dele af bestyrelsen. Baggrunden herfor var, at § 8, stk. 5, i bestyrelsens forretningsorden gav formandskabet mulighed for i presserende tilfælde at træffe beslutning på bestyrelsens vegne.

I forbindelse med nærværende undersøgelse oplyste K [A/S], at bestyrelsen ikke efterfølgende havde ændret forretningsordenens § 8, stk. 5. Det blev oplyst, at bestyrelsen fandt, at den omtalte bestemmelse i forretningsordenen ikke stred mod aktieselskabslovens § 57, stk. 1, 2. pkt., idet bestemmelsen efter bestyrelsens opfattelse var et udtryk for en konkretisering af dansk rets almindelige regler om uanmodet forretningsførelse (negotiorum gestio), svarende til hvad der er gældende for direktionen efter aktieselskabslovens § 54, stk. 2, 3. pkt.

Finanstilsynet bemærkede hertil ved den skriftlige høring af bestyrelsen og direktionen ved brev af 3. april 2003, at det følger af aktieselskabslovens § 57, stk. 1, 2. pkt., at beslutninger ikke må træffes, uden at så vidt muligt samtlige bestyrelsesmedlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling. Efter aktieselskabslovens § 54, stk. 2, varetager direktionen den daglige ledelse. Dette omfatter ikke dispositioner, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning. Direktionen har dog mulighed for at træffe beslutning om sådanne dispositioner i tilfælde, hvor

bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed.

Finanstilsynet henviste endvidere til, at det i vejledningen for pengeinstitutter i henhold til lov om finansiel virksomhed § 15, stk. 1, nr. 1-3, fremgår af punkt 1.3.1., at bestyrelsen ikke kan etablere et forretningsudvalg med besluttende myndighed på området, hvor alene bestyrelsen kan træffe afgørelse. Det præciseres i vejledningens pkt. 1.4.1.2., at bevilling af kreditter, der overstiger direktionens bevillingskompetence, ikke kan videregives til et udvalg bestående af dele af bestyrelsen. Uagtet, at vejledningen gælder for pengeinstitutter, var det Finanstilsynets opfattelse, at det nævnte princip endvidere finder anvendelse på realkreditinstitutter.

Finanstilsynet henviste endelig til, at direktionens adgang til at træffe afgørelser, der ligger uden for den daglige ledelse i aktieselskabslovens § 54, stk. 2, alene omfatter direktionen og relaterer sig til arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion. Bestemmelsen kunne efter Finanstilsynets opfattelse ikke udstrækkes til ligeledes at gælde forretningsudvalg nedsat af bestyrelsen. Endvidere bemærkede Finanstilsynet, at negotiorum gestio omhandler tilfælde, hvor en truende skade skal afværges. Finanstilsynet fandt ikke, at dette begreb kunne udstrækkes, således at det kunne begrunde et permanent nedsat formandskab i en finansiel virksomhed.

På den baggrund fastholdt Finanstilsynet, at den omhandlede bestemmelse i bestyrelsens forretningsorden ikke er i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 57, stk. 1.

K's bestyrelsesformand har ved brev af 9. maj 2003 på bestyrelsens vegne kommenteret Finanstilsynets brev af 3. april 2003.

Bestyrelsen anfører, at valget af formand og næstformand, der i forretningsordenen under ét betegnes som bestyrelsens formandskab, sker i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 56, stk. 1, § 8, stk. 2, i selskabets vedtægter og med de beføjelser, som følger af lovgivningen og af den almindelige selskabsret. Der er efter bestyrelsens opfattelse ikke tale om, at formanden og næstformanden virker som et forretningsudvalg med besluttende myndighed på områder, hvor afgørelsen skulle og kunne være truffet af bestyrelsen. Det er efter bestyrelsens opfattelse alene et terminologisk spørgsmål, om der i særlige tilfælde kan siges at være tale om uanmodet forretningsførelse (negotiorum gestio).

Endvidere anfører bestyrelsen, at bestemmelsen i forretningsordenens § 8, stk. 5, kun kan bringes i anvendelse i presserende tilfælde, hvor bestyrelsen på den ene side er afskåret fra at træffe beslutningen, men en beslutning på den anden side er nødvendig. Om aktieselskabslovens § 54, stk. 2, anføres det, at bestemmelsen i forretningsordenen måske teoretisk kan anskues som en begrænsning af direktionens kompetence i henhold til aktieselskabslovens § 54, men at bestyrelsen har fundet det ønskeligt og betryggende, at direktionen træffer sådanne beslutninger sammen med

formandskabet. Dette kan efter bestyrelsens opfattelse ikke betragtes som stridende mod aktieselskabsloven, og der er under alle omstændigheder ikke tale om nogen tilsidesættelse af bestyrelsen. Bestyrelsen anser det i øvrigt for udelukket, at en direktion vil ønske at disponere i de omhandlede tilfælde uden at inddrage formandskabet.

Bestyrelsen lægger vægt på at beholde bestemmelsen i forretningsordenen, men er åben over for forslag til ændrede formuleringer eller præciseringer.

Finanstilsynet skal meddele, at tilsynet fastholder sin opfattelse af, at forretningsordens § 8, stk. 5, strider mod aktieselskabsloven. Bestyrelsen pålægges derfor i medfør af § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed at ændre forretningsordenen. Finanstilsynet har ikke mulighed for at bistå med den konkrete udformning af forretningsordenen.

...”

## **B. Parternes indlæg:**

I skrivelse af 16. juli 2003, hvori klageskrivelsen af 19. juni 2003 uddybes, har advokat A blandt andet anført:

”...

Bestemmelserne i forretningsordenens § 8, stk. 5, har upåtaget og med uændret formulering været gældende, siden forretningsordenen blev vedtaget den 18. juni 1991 og samtidig indsendt til Finanstilsynet, d.v.s. i 12 år, men er sjældent anvendt, i alt vel næppe mere end en halv snes gange. Formandskabets – begrænsede – deltagelse i forberedelsen af lånesager har været praktiseret fast og upåtaget i nogenlunde samme periode. Pålæggene er således udtryk for en skærpet praksis og et forsøg fra Finanstilsynets side på mere nærgående detailregulering af forretningsgangene og tilrettelæggelsen af arbejdet i K's bestyrelse.

Efter min opfattelse er der dernæst tale om indgreb fra Finanstilsynets side på områder, som ligger uden for tilsynets resort. Finanstilsynet har som hjemmel for pålæggene henvist til § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, der har følgende ordlyd:

*"Finanstilsynet påser overholdelsen af denne lov og de regler, der er udstedt i medfør af loven, undtagen § 19, stk. 1 og 2."*

Medens Finanstilsynet således skal påse overholdelsen af lov om finansiel virksomhed, ligger det uden for tilsynets kompetence at håndhæve overholdelsen af aktieselskabsloven og den almindelige selskabsret. I øvrigt er begrundelserne for pålæggene baseret på misforståelser og fejlfortolkning af aktieselskabslovens § 57. Endelig er det min opfattelse, at ingen af de

bestemmelser i lov om finansiel virksomhed, hvorefter Finanstilsynet kan meddele pålæg, kan bringes i anvendelse i den foreliggende sag.

Finanstilsynet betragter tilsyneladende K's formandskab som et forretningsudvalg med besluttende myndighed. Det er ikke rigtigt.

Aktieselskabslovens § 56, stk. 1, foreskriver, at der i alle aktieselskaber skal vælges en formand for bestyrelsen. De fleste – og i hvert fald i alle større - aktieselskaber har almindeligvis forskrifter i vedtægter eller forretningsordenen, hvorefter der af hensyn til kontinuiteten i bestyrelsens arbejde tillige skal vælges en næstformand, der i formandens fravær træder i formandens sted. Når næstformanden skal være forberedt til at kunne træde ind i formandens fravær, er det hensigtsmæssigt, at han så vidt muligt løbende følger med i de spørgsmål, der forelægges for bestyrelsesformanden, hvilket jeg formoder også er praksis i de fleste andre aktieselskaber.

Formanden og næstformanden for K's bestyrelse er således udpeget i overensstemmelse med § 56, stk. 1, i aktieselskabsloven og § 8, stk. 2, i selskabets vedtægter og med de beføjelser, som følger af lovgivningen og den almindelige selskabsret. Selv om formanden og næstformanden under ét for nemheds skyld i bestyrelsens forretningsorden (§ 8, stk. 1) omtales som "bestyrelsens formandskab", er der ikke tale om, at formanden og næstformanden virker som et forretningsudvalg med besluttende myndighed på områder, hvor afgørelsen kunne være truffet af bestyrelsen. Formandskabets opgaver varetages i det hele inden for selskabsrettens almindelige rammer.

§ 8, stk. 5, i bestyrelsens forretningsorden har følgende ordlyd:

...

I de anførte særlige tilfælde er der således ikke tale om, at formandskabet tiltager sig beføjelser på bestyrelsens bekostning. Bestemmelserne kan kun bringes i anvendelse i presserende tilfælde, hvor bestyrelsen på den ene side - typisk af tidsmæssige grunde - er afskåret fra at træffe beslutning, men en beslutning på den anden side er nødvendig. Finanstilsynets opfattelse er tilsyneladende, at beslutninger i disse tilfælde lovligt kun kan træffes af direktionen, og at det er i strid med aktieselskabsloven, hvis direktionen så vidt muligt inddrager formandskabet. Det er vanskeligt at se, hvad der kan vindes ved tilsynets fortolkning.

Bestemmelsen i forretningsordenens § 8, stk. 5, bør sammenholdes med aktieselskabslovens § 54, stk. 2, hvorefter direktionen undtagelsesvis kan træffe visse beslutninger, som ellers ligger inden for bestyrelsens kompetenceområder, såfremt "bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed". K's bestyrelse har fundet det betryggende og ønskeligt, at beslutning i disse tilfælde ikke træffes af direktionen på egen hånd, men så vidt muligt af direktionen og formandskabet i enighed. Selv om forretningsordenens § 8, stk. 5, teoretisk

måske kan anskues som en begrænsning af direktionens kompetence i henhold til aktieselskabslovens § 54, kan det efter K's opfattelse ikke betragtes som stridende mod aktieselskabsloven (§ 54, stk. 2), og under alle omstændigheder vil der ikke være tale om nogen tilsidesættelse af bestyrelsen, der jo netop i den pågældende situation er afskåret fra at træffe beslutning. Hvor det ikke er muligt at inddrage formandskabet, må direktøren disponere på egen hånd efter § 54, stk. 2. Det kræver ikke særskilt hjemmel i forretningsordenen.

Selv uden en udtrykkelig regel herom må det antages, at direktionen i det omfang, det er muligt, vil være forpligtet til at indhente formandskabets – eller i hvert fald formandens - samtykke, inden den handler i et anliggende, der henhører under bestyrelsens kompetence. Jeg anser det da også for udelukket, at en direktion i disse særlige tilfælde, hvor kompetencen som udgangspunkt tilkommer bestyrelsen, vil ønske at disponere uden at inddrage formandskabet, når dette er muligt, og jeg har vanskeligt ved at se formålet med en ændring af forretningsordenen, der vil afskære direktionen herfra. K lægger derfor vægt på at fastholde den gældende ordning.

...

På baggrund af Finanstilsynets begrundelse for de indbragte pålæg finder jeg anledning til at gøre enkelte supplerende bemærkninger om, hvad der efter den almindelige selskabsret gælder vedrørende bestyrelsens adgang til at nedsætte udvalg til behandling af særlige spørgsmål. I Aktieselskaber og anpartsselskaber (4. udgave, 2000), side 217 f anfører Gomard bl.a. følgende

*“Det kan bestemmes i selskabets vedtægter eller i bestyrelsens forretningsorden, at bestyrelsen kan eller skal nedsætte et forretningsudvalg eller andre udvalg, hvori nogle, men ikke alle, bestyrelsens medlemmer får sæde, f.eks. et regnskabs- og revisionsudvalg (en audit committee), et byggeudvalg eller ad hoc-udvalg til, når der er behov derfor, at fremkomme med forslag til ny direktør eller om aflønning af direktionen, til at følge eller forestå en bestemt beslutning eller arrangement, f.eks. gennemførelsen af en fusion, udflytningen til nye lokaler eller et jubilæum. Bestyrelsen kan give sådanne udvalg myndighed til at følge særlige dele af virksomheden eller til at forberede bestyrelsens behandling af vidt rækkende eller komplicerede spørgsmål. Bestyrelsen kan bemyndige et udvalg med en begrænset medlemskreds til at træffe afgørelse i enkelte sager eller i bestemte typer af løbende sager af ensartet karakter, f.eks. direktionens aflønning, eller i selskaber, hvor overdragelse af aktierne kræver godkendelse, at træffe afgørelse om ansøgninger herom. En omfattende bemyndigelse til at træffe endelige beslutninger på bestyrelsens vegne er derimod ikke gyldig. En vidtgående generel delegation af kompetence er uforenelig med bestyrelshvervets karakter og med bestemmelsen i ASL § 57, stk. 1, 2. pkt.”*

I Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), side 513 f anfører Thorbjørn Sofsrud på linje med Gomard bl.a. følgende:

*“Funktionsdelingen mellem bestyrelse og direktion beror ikke på entydige kriterier, men vil i vidt omfang være resultatet af bestyrelsens beslutning herom ... I det omfang beslutningen kan delegeres til den daglige ledelse, må dette også kunne ske til et bestyrelsesudvalg. Der kan dog ikke ske en fuldstændig delegation af bestyrelsens beslutningskompetence til et udvalg ... Dette ville være uforeneligt med ASL’s forudsætning om, at selskabet har en bestyrelse, der består af bestemte medlemmer, herunder personer valgt på generalforsamlingen, jfr. ASL § 49 ...*

*Bestutning om at nedsætte et bestyrelsesudvalg kræver ikke hjemmel i selskabets vedtægter, men kan træffes af bestyrelsen ved simpelt flertal som led i tilrettelæggelsen af en forsvarlig beslutningsproces. Dette gælder også udvalg, der er tillagt (endelig) beslutningskompetence ... Ligesom bestyrelsen til enhver tid selv kan ændre forretningsordenen, må den også kunne træffe konkrete beslutninger om anvendelse af udvalg, uden at dette forudsætter supplerende bestemmelser i forretningsordenen. Afgørende er, at der formuleres en instruks for udvalgets kompetence og beslutningsproces.”*

Jeg skal ikke i den foreliggende sag gå i yderligere enkeltheder med dette, allerede fordi K’s bestyrelse ikke har nedsat udvalg som de omtalte, men blot på linje med Gomard og Sofsrud tilslutte mig, at nedsættelse af bestyrelsesudvalg ikke kan anses for stridende mod aktieselskabsloven og den almindelige selskabsret under forudsætning af, at der ikke derved sker noget indgreb i selskabsbestyrelsens almindelige kompetence.

Finanstilsynet har endvidere henvist til ”Finanstilsynets vejledning for pengeinstitutter i henhold til lov om finansiel virksomhed, § 15, stk. 1, nr. 1-3” hvorefter (1.3.1.) bestyrelsen ikke kan etablere et forretningsudvalg med besluttende myndighed på områder, hvor alene bestyrelsen kan træffe afgørelse. Finanstilsynet henviser endvidere til, at det i vejledningens pkt. 1.4.1.2 præciseres, at “bevilling af kreditter m.v., der overstiger direktionens bevillingskompetence, ikke kan videregives til et udvalg bestående af dele af bestyrelsen”. Finanstilsynet anfører som sin opfattelse, at det nævnte princip tillige finder anvendelse på realkreditinstitutter til trods for, at vejledningen udtrykkelig gælder for pengeinstitutter. Tilsyneladende overser tilsynet dernæst, at bestyrelsens bevillingskompetence i K ikke er videregivet til formandskabet.

Finanstilsynets vejledning for pengeinstitutter er i øvrigt udstedt med hjemmel i lov om finansiel virksomhed, § 15, stk. 2. § 15 skal læses i sammenhæng med lovens § 14 ...

...

Finanstilsynets pålæg i nærværende sag er uden støtte i bemærkningerne til forslag til §§ 14 og 15 i lov om finansiel virksomhed. Af bemærkningerne til § 14 fremgår bl.a. følgende:

*“Retningslinjerne skal for alle finansielle virksomheder omfatte markedsrisici. Endvidere skal retningslinjerne indeholde bestemmelser vedrørende andre områder afhængigt af den finansielle virksomheds aktivitetsområde(r). For fondsmægler-selskaberne skal retningslinjerne eksempelvis indeholde bestemmelser om placering af egenkapitalen. For forsikringsselskaber vil f.eks. også virksomhedens acceptpolitik i forbindelse med risikopåtagelse i ind- og udland og virksomhedens politik for reassuranceafdækning skulle omfattes af retningslinjerne. Kreditgivende, finansielle virksomheder skal have retningslinjer, der omfatter kreditrisiciene. Det kan ikke udtømmende opremses hvilke retningslinjer, der skal foreligge i den enkelte virksomhed.*

*Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med aktieselskabslovens § 54 om bestyrelsens og direktionens indbyrdes forhold. Fordelingen af opgaver mellem bestyrelse og direktion er overladt til bestyrelsens afgørelse, hvilket er i overensstemmelse med almindelige selskabsretlige regler om bestyrelsens pligter.”*

Af bemærkningerne til § 15, stk. 2, fremgår, at

*“Retningslinjerne skal kun vedrøre overordnede områder, og der vil ikke kunne ske detailregulering af enkeltområder i disse.”*

Lov om finansiel virksomhed må i øvrigt antages udtømmende at gøre op med de tilfælde, hvor Finanstilsynet kan meddele en finansiel virksomhed pålæg.

Af lovens § 12, stk. 1, fremgår, at “såfremt kapitalejere, der er i besiddelse af en af de i § 11, stk. 1, omhandlede andele i en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed, modvirker en forsvarlig drift af virksomheden, kan Finanstilsynet ophæve den stemmeret, der er knyttet til de pågældende ejeres kapitalandele, og påbyde virksomheden at følge bestemte retningslinjer”. Endvidere kan Finanstilsynet efter § 44, stk. 1, under visse betingelser pålægge en modervirksomhed, der ejer kapitalandele i finansielle virksomheder, at udskille de finansielle virksomheder og finansieringsinstitutter i en delkoncern under en finansiel holdingvirksomhed. Af § 45 fremgår, at Finanstilsynet i visse tilfælde kan forlange, at en finansiel holdingvirksomhed afhænder kapitalandele i en finansiel virksomhed.

Af § 68, 3. punktum, følger det, at Finanstilsynet kan give påbud om berigtigelse af forhold, der er i strid med § 3, stk. 1, og §§ 3 a og 3 b. Efter §



69, stk. 1, 1. punktum, kan Finanstilsynet påbyde en finansiel virksomheds ledelse at lade udarbejde en redegørelse for virksomhedens økonomiske stilling og fremtidsudsigter. Endelig fremgår det af § 70, stk. 1, at Finanstilsynet kan påbyde en finansiel virksomhed inden for en af tilsynet fastsat frist at foretage de nødvendige foranstaltninger, såfremt virksomhedens økonomiske stilling er således forringet, at indskydernes, de forsikredes, obligationsejernes eller øvrige investorers interesser er udsat for fare.

Overtrædelse af lovens § 14 og § 15, stk. 1, straffes med bøde, jfr. lovens § 77, stk. 1, men Finanstilsynet har ikke hjemmel til at udstede påbud om berigtigelse af forhold, som efter tilsynets vurdering er i strid med bestemmelserne.

Ingen af de anførte bestemmelser i lov om finansiel virksomhed giver efter min opfattelse Finanstilsynet hjemmel til at kræve forretningsordenens § 8, stk. 5, ændret eller til at meddele formandskabet pålæg med hensyn til forberedelsen af de sager, der forelægges til beslutning i bestyrelsen.

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 27. august 2003 blandt andet udtalt:

”...

### **Sagsfremstilling**

Den **10.-13. september 2002** gennemførte Finanstilsynet en undersøgelse i K [A/S] af instituttets udlån til ejerboliger. I den forbindelse blev Finanstilsynet opmærksom på, at det af § 8, stk. 5, i forretningsordenen for bestyrelsen i K fremgik, at bestyrelsesformanden og næstformanden (formandskabet) i presserende tilfælde, hvor den samlede bestyrelses godkendelse ikke kunne indhentes, kunne træffe beslutning på bestyrelsens vegne, såfremt dette undtagelsesvis var nødvendigt, og der var enighed om beslutningen mellem formandskabet og direktionen.

Ved brev af **18. oktober 2002** fremsendte Finanstilsynet en rapport om undersøgelsen til bestyrelsen og direktionen for K. Tilsynet anførte heri, at det af aktieselskabslovens § 57, stk. 1, 2. pkt., fulgte, at bestyrelsen ikke må træffe beslutning, uden at så vidt muligt samtlige bestyrelsesmedlemmer havde haft mulighed for at deltage i sagens behandling. Bestyrelsen kunne derfor efter tilsynets opfattelse ikke etablere forretningsudvalg med besluttende myndighed på områder, hvor alene bestyrelsen kunne træffe afgørelse. Tilsynet fandt derfor, at bevilling af lån, der oversteg direktionens bevillingskompetence, ikke kunne videregives til et udvalg bestående af dele af bestyrelsen. Tilsynet noterede sig, at bestemmelsen kun anvendtes meget sjældent.

Efterfølgende foretog Finanstilsynet i dagene **25.-28. februar 2003** en undersøgelse af K's største lånesager og største nedskrivninger. I forbindelse med denne undersøgelse oplyste K, at bestyrelsen ikke havde ønsket at ændre forretningsordenens § 8, stk. 5, da bestyrelsen ikke fandt bestemmelsen stridende mod aktieselskabslovens § 57, stk. 1, 2. pkt., idet bestemmelsen efter bestyrelsens opfattelse var et udtryk for en konkretisering af dansk rets almindelige regler om uanmodet forretningsførelse (negotiorum gestio), svarende til hvad der var gældende for direktionen efter aktieselskabslovens § 54, stk. 2, 3. pkt.

...

### **Afgørelsens retlige grundlag**

#### **A. Hjemmelsgrundlag**

Ifølge lov om finansiel virksomhed § 15, stk. 1, nr. 1, skal finansielle virksomheder have en god administrativ og regnskabsmæssig praksis. Et realkreditinstitut er efter lovens § 2, stk. 1, nr. 1, litra d, en finansiel virksomhed.

Efter Finanstilsynets praksis indebærer en god administrativ praksis bl.a., at finansielle virksomheder, der er aktieselskaber, skal overholde aktieselskabsloven. Dette har fundet udtryk i vejledning for pengeinstitutter i henhold til lov om finansiel virksomheds § 15, stk. 1, nr. 1-3, mens der endnu ikke er udstedt en tilsvarende vejledning for realkreditinstitutter.

Erhvervsankenævnet har tidligere slået fast, at Finanstilsynet har en selvstændig pligt til at tage stilling til, om aktieselskabslovens regler er overholdt og konsekvenserne heraf. Tilsynet skal her henvise til ankenævnets afgørelse i sag nr. 97-106.684, hvor ankenævnet udtalte, at afgørelsen af, hvorvidt der forelå inhabilitet efter aktieselskabslovens § 58 i bestyrelsen og den endelige afgørelse af spørgsmålet om konsekvenserne heraf henhørte under Finanstilsynet.

I denne sag har Finanstilsynet vurderet, at aktieselskabslovens § 57, stk. 1, og dermed lov om finansiel virksomhed § 15, stk. 1, nr. 1, ikke var overholdt, og har derfor bl.a. pålagt K's bestyrelse at ændre forretningsordenens indhold.

Finanstilsynet påser overholdelsen af lov om finansiel virksomhed, jf. lovens § 64, stk. 1. Uden at det udtrykkeligt fremgår af bestemmelsens ordlyd, antages det, at den indeholder en hjemmel til at påbyde berigtigelse af forhold, der strider mod loven.

Dette svarer bl.a. til tilsynets praksis på pengeinstitutområdet, hvor tilsynet har praksis for at meddele pålæg, selvom bank- og sparekasseloven ikke indeholder en eksplicit hjemmel hertil, jf. bl.a. ankenævnets afgørelse i sag nr. 98-89.155, hvor ankenævnet bemærkede, at Finanstilsynet klart havde

adgang til at meddele et pengeinstitut et pålæg efter bank- og sparekasselovens § 49 ("Finanstilsynet påser overholdelse af denne lov...").

#### B. Fortolkning af aktieselskabsloven

Efter aktieselskabslovens § 57, stk. 1, er bestyrelsen beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer er til stede, medmindre der efter vedtægterne stilles større krav. Beslutning må ikke tages uden så vidt muligt samtlige bestyrelsesmedlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling.

Som anført af Ks bestyrelse er aktieselskabslovens § 57, stk. 1, ikke til hinder for, at en bestyrelse i et aktieselskab kan nedsætte et udvalg til afgørelse af særlige spørgsmål. En bestyrelse i et aktieselskab kan således bl.a. bemyndige et udvalg med en begrænset medlemskreds til at træffe afgørelse i enkelte sager eller i bestemte typer af løbende sager af ensartet karakter, f.eks. direktionens aflønning eller i selskaber, hvor overdragelse af aktierne kræver godkendelse, at træffe afgørelse om ansøgninger herom. En omfattende bemyndigelse til at træffe endelige beslutninger på bestyrelsens vegne er derimod ikke gyldig, jf. Gomard, s. 217 f., Aktieselskaber og anpartsselskaber (4. udgave, 2000).

På pengeinstitutområdet har Finanstilsynet i en årrække fortolket aktieselskabslovens § 57, stk. 1, således, at bestyrelsen i et pengeinstitut ikke kan bemyndige et udvalg bestående af dele af bestyrelsen til at bevilge kreditter, jf. punkt 1.4.1.2 i tilsynets vejledning for pengeinstitutter i henhold til lov om finansiel virksomhed § 15, stk. 1, nr. 1-3.

Baggrunden for tilsynets fortolkning har været, at bevilling af kreditter i pengeinstitutter ikke kan bevilges af et udvalg bestående af dele af bestyrelsen hverken i enkeltstående tilfælde eller som en type af sager med ensartet karakter, idet bevillingen som minimum forudsætter en individuel vurdering af pantets sikkerhed og debtors forhold.

Finanstilsynet finder, at bevilling af kreditter i realkreditinstitutter ligesom bevilling af kreditter i pengeinstitutter forudsætter en individuel vurdering af pantets sikkerhed og debtors forhold. Det er derfor tilsynets vurdering, at bevilling af kreditter ikke kan videredelegeres til et udvalg af dele af bestyrelsen.

Tilsvarende finder tilsynet, at afslag om bevilling af kreditter heller ikke kan gives af et udvalg bestående af dele af bestyrelsen, idet en sådan fremgangsmåde vil give bestyrelsesudvalget kompetence til at hindre bestyrelsen i at træffe beslutning i sager, som hører under bestyrelsens kompetenceområde. Afslag om bevilling af kreditter kan dog gives af instituttets direktion, uanset at bevillingen overstiger direktionens bemyndigelsesgrænse, men hvis man vælger, at inddrage bestyrelsen skal det ske i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 57, stk. 1.

Tilsynets fortolkning af aktieselskabslovens § 57, stk. 1, skal ses i sammenhæng med lov om finansiel virksomhed § 14, hvorefter bestyrelsen for en finansiel virksomhed skal udfærdige skriftlige retningslinier for den finansielle virksomheds væsentligste aktivitetsområder, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen fastlægges. Som eksempel på sådanne skriftlige retningslinier nævnes i bemærkningerne til bestemmelsen, jf. L 165, fremsat den 8. februar 2001 af økonomiministeren, at kreditgivende finansielle virksomheder skal have retningslinier, der omfatter kreditrisiciene.

Efter tilsynets opfattelse forudsætter lov om finansiel virksomhed § 14, at ledelsen i en finansiel virksomhed for så vidt angår de væsentligste aktivitetsområder deles mellem bestyrelsen og direktionen. Der er efter tilsynets opfattelse ikke hjemmel til at oprette andre organer med besluttende myndighed på de væsentligste aktivitetsområder.

Det bemærkes, at ovennævnte fortolkning ikke udelukker, at enkelte kreditter drøftes eller forberedes af et udvalg af bestyrelsen i et pengeinstitut eller et realkreditinstitut. Det er dog alene den samlede bestyrelse, som har besluttende myndighed i sådanne sager.

Ks bestyrelse har i sagen påberåbt sig aktieselskabslovens § 54, stk. 2. Ifølge bestemmelsen varetager aktieselskabets direktion den daglige ledelse, hvilket ikke omfatter dispositioner, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning. Sådanne dispositioner kan direktionen kun foretage efter særlig bemyndigelse fra bestyrelsen, medmindre bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed.

Det er fortsat Finanstilsynets opfattelse, at bestemmelsen alene relaterer sig til arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion. Bestemmelsen muliggør derfor alene, at direktionen i presserende tilfælde kan bevilge kreditter, der overstiger direktionens bemyndigelsesgrænse, mens bevilling af kreditter – selv i presserende tilfælde – ikke kan foretages af et bestyrelsesudvalg. Direktionen kan naturligvis vælge at inddrage aktieselskabets bestyrelse eller enkelte medlemmer heraf ved afgørelsen. Det er dog direktionen, der træffer afgørelsen om, hvorvidt en sådan kredit i presserende tilfælde skal bevilges.

Det bemærkes, at bestyrelsen i presserende tilfælde kan bevilge kreditter ved brug af skriftlige bevillingsprocedurer eller ved afholdelse af telefonmøder. Bevilling af sådanne kreditter behøver derfor ikke at afvente et bestyrelsesmøde, hvor bestyrelsen er samlet. Beslutning om bevilling af kreditter kan dog kun træffes, når minimum mere end halvdelen af bestyrelsen er for dette, jf. aktieselskabslovens § 57, stk. 1.

...

### **Finanstilsynets bemærkninger til sagen i øvrigt**

K's bestyrelse har anført, at bestemmelserne i forretningsordenens § 8, stk. 5, ikke indebærer, at der er tale om et formandskab med besluttende myndighed.

Finanstilsynet skal fastholde, at der er tale om et formandskab med besluttende myndighed, idet bestyrelsen ved forretningsordenens § 8, stk. 5, har givet formandskabet bemyndigelse til at træffe afgørelse i de nævnte sager.

Bestyrelsen i K har anført, at pålæggene fra Finanstilsynet er udtryk for en skærpet praksis og et forsøg fra Finanstilsynets side på mere nærgående detailregulering af forretningsgangene og tilrettelæggelsen af arbejdet i Ks bestyrelse.

Finanstilsynet er ikke enige i denne påstand. Ens forhold skal behandles ens i finansielle virksomheder. En tidligere manglende påtale over for bestyrelsens forretningsorden i K berettiger efter tilsynets opfattelse ikke manglende overholdelse af de samme standarder, som efter praksis på området er gældende for andre finansielle virksomheder. Ud over at stride mod den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning ville dette efter tilsynets opfattelse også stride mod den hensigt, der har været med at samordne de finansielle love i lov om finansiell virksomhed, hvorved bl.a. ledelsesreglerne delvis harmoniseredes.

K's bestyrelse har anført, at Finanstilsynet med sit svar af 22. maj 2003 lukkede for en meningsfuld dialog om problemstillingen.

Det er Finanstilsynets generelle politik, at tilsynet ikke bistår de finansielle virksomheder med rådgivning om, hvorledes forretningsgange og lignende konkret bør indrettes. Finanstilsynet giver retningslinjer for overholdelsen af den finansielle lovgivning, hvorefter det er op til de finansielle virksomheders ledelse, hvorledes dette konkret skal udmøntes, herunder i forretningsgange.

...”

Ved skrivelse af 29. september 2003 har advokat A supplerende anført:

”...

Bestyrelsen bestrider ikke, at K som finansiell virksomhed skal have en god administrativ og regnskabsmæssig praksis, og heller ikke at bestyrelsen skal overholde aktieselskabslovens regler. Derimod er det fortsat min opfattelse, at det foreliggende spørgsmål om overholdelsen af aktieselskabsloven og den almindelige selskabsret ligger uden for Finanstilsynets ressort.

Ankenævnets afgørelse i sag nr. 97-106.684, som påberåbes af Finanstilsynet, illustrerer dette. Finanstilsynet citeres bl.a. for følgende udtalelse:

*"For så vidt angår sagens retlige omstændigheder, skal det oplyses, at Finanstilsynets afgørelse er truffet på baggrund af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalelser, idet styrelsen varetager fortolkning af aktieselskabslovens bestemmelser."*

Endvidere anfører Ankenævnet i sin afgørelse bl.a. følgende:

*"Erhvervsankenævnet er enig med klager i, at spørgsmålet om eventuel inhabilitet i bankens bestyrelse ikke ses behandlet og afgjort af Finanstilsynet, men alene er lagt til grund i forbindelse med og med henvisning til referatet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens almindelige selskabsretlige udtalelse om forskydning til generalforsamlingen."*

*Men afgørelsen af hvorvidt der foreligger inhabilitet i bestyrelsen og eventuelt den endelige afgørelse af spørgsmålet om konsekvenserne heraf henhører ikke under Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, men under Finanstilsynet. Baggrunden herfor er, at aktieselskabslovens § 58 alene udtrykker et almindeligt gældende princip vedrørende selskabsretlig inhabilitet, der i hvert enkelt tilfælde skal udmøntes efter forholdene. Derfor må princippet rækkevidde i det foreliggende tilfælde ses i sammenhæng med det regelsæt i bank- og sparekasseloven, herunder særlig § 27 (§ 1, stk. 6, § 6, stk. 6, § 7b, § 7c og kap. 12), der overfor ejerinteresser grundlæggende bl.a. skal sikre den væsentlige samfundsmæssige betydning, der knytter sig til pengeinstitutvirksomhed og hensynet til indskyderne."*

Det fremgår således, at det er de specielle regler i dagældende bank- og sparekasselov, der henhører under Finanstilsynet, særligt forbudet i § 27 mod engagementer med virksomheder eller personer, som gennem aktiebesiddelse eller på anden måde direkte eller indirekte har en afgørende indflydelse på pengeinstitutts dispositioner, eller som er domineret af virksomheder eller personer med sådan indflydelse. Finanstilsynet måtte selvsagt fortolke de almindelige regler om selskabsretlig inhabilitet i aktieselskabslovens § 58 under hensyntagen til dagældende bank- og sparekasselovs særlige bestemmelser. Hjemvisningen til fornyet behandling i Finanstilsynet bekræfter dette.

I den foreliggende sag er der imidlertid ikke tilsvarende specialbestemmelser i lov om finansiel virksomhed, som er afgørende for fortolkningen af aktieselskabslovens § 57.

Jeg skal ikke her gå i enkeltheder med Finanstilsynets vejledning for pengeinstitutter, men blot fremhæve, at pkt. 1.4.1.2 angår pengeinstitutters mulighed for generelt at overlade beslutningskompetencen til et stående

udvalg. § 8, stk. 5, i K's forretningsorden har et mere begrænset sigte, nemlig at sikre, at beslutninger inden for bestyrelses kompetenceområde træffes i enighed mellem direktion og formandskab, når bestyrelses godkendelse ikke kan indhentes. I øvrigt er K ikke omfattet af vejledningen for pengeinstitutter.

Når Finanstilsynet ... henviser til, "at bevilling af kreditter i realkreditinstitutter ligesom bevilling af kreditter i pengeinstitutter forudsætter en individuel vurdering af pantets sikkerhed og debtors forhold", bemærkes, at der ikke synes at være noget, der taler for, at den individuelle vurdering af pantets sikkerhed og debtors forhold skulle blive bedre eller sikrere, hvis beslutningen træffes af direktionen på egen hånd, end når den træffes i enighed mellem formandskab og direktion i medfør af § 8, stk. 5, i bestyrelses forretningsorden.

Det tilføjes, at § 8, stk. 5, i forretningsordenen alene er anvendt - og alene kan anvendes - i presserende tilfælde, hvor bestyrelsen er afskåret fra at træffe beslutning enten i et samlet møde, ved afholdelse af telefonmøder eller ved brug af skriftlige bevillingsprocedurer.

I redegørelsen ... tilslutter Finanstilsynet sig, at direktionen i tilfælde, hvor bestyrelses beslutning ikke kan afventes - "naturligvis" - kan inddrage enkelte medlemmer af bestyrelsen ved afgørelsen. Så vidt ses fortolker Finanstilsynet imidlertid aktieselskabsloven på den måde, at det er direktionen på egen hånd, der til syvende og sidst kan træffe afgørelse om, hvorvidt den pågældende kredit skal bevilges, og om hvorvidt formandskabet skal inddrages. Herved sættes sagen på spidsen. Det ligger fast - og fremgår direkte af § 8, stk. 5, i forretningsordenen - at formandskabet ikke kan træffe nogen beslutning eller bevilge nogen kredit uden direktionens tilslutning, heller ikke i presserende tilfælde, hvor den samlede bestyrelses godkendelse ikke kan indhentes. Uenigheden drejer sig således alene om, hvorvidt bestyrelsen i forretningsordenen kan foreskrive, at direktionen ikke kan bevilge kreditten på egen hånd uden tilslutning fra formandskabet.

For det første er det vanskeligt at se, hvorledes Finanstilsynets fortolkning skulle føre til en bedre administrativ praksis, jfr. § 15, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed eller øget beskyttelse mod uholdbar vurdering af pantsikkerhed eller debtors forhold eller mod finansielle risici i øvrigt.

For det andet må det som noget afgørende tages i betragtning, at direktionen efter aktieselskabslovens § 54 i alle forhold skal følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Dette gælder også, når direktionen handler, fordi bestyrelses konkrete beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed.

Sammenfattende - og som det for K's bestyrelse afgørende - gør jeg således gældende, at bestyrelsen efter aktieselskabslovens § 54 har været berettiget til i forretningsordenen at foreskrive, at direktionen, når den handler i bestyrelses sted, alene kan træffe beslutning i enighed med formandskabet.

Forretningsordenen tager ikke stilling til, hvad der gælder i tilfælde, hvor heller ikke formandskabets beslutning kan afventes. Jeg anser det for nærliggende, at man i så fald må falde tilbage på den almindelige regel i aktieselskabslovens § 54, stk. 2, således at direktionen i disse helt ekstraordinære tilfælde kan disponere på egen hånd, men i så fald snarest muligt skal underrette bestyrelsen, herunder formandskabet, om den trufne disposition.

...”

I skrivelse af 7. oktober 2003 har Finanstilsynet supplerende udtalt:

”...

Finanstilsynet er enig i, at den almindelige selskabsret ligger uden for tilsynets ressort. Tilsynet skal derimod fastholde, at tilsynet er både berettiget og forpligtet til at tage hensyn til aktieselskabslovens regler, når tilsynet vurderer, om en finansiel virksomhed overholder den særlige bestemmelse i § 15, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed, som stiller kravet om en god administrativ praksis i finansielle virksomheder. Hvis ikke aktieselskabslovens regler blev inddraget i denne vurdering, ville bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed delvis blive frataget sit indhold. Dette ville desuden være i strid med den mangeårige praksis efter de forskellige finansielle love, som lov om finansiel virksomhed har afløst.

...”

Ved skrivelse af 4. november 2003 er advokat A fremkommet med sine afsluttende bemærkninger:

”...

Jeg noterer for det første, at Finanstilsynet erklærer sig enig i, at den almindelige selskabsret ligger uden for tilsynets ressort. Den påklagede afgørelse hviler imidlertid i det hele på tilsynets egen fortolkning af aktieselskabslovens § 57, stk. 1 (om bestyrelsens beslutningsdygtighed), og aktieselskabslovens § 54 (om direktionens daglige ledelse og pligt til at følge retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet).

Henvisningen til lov om finansiel virksomhed, § 15, nr. 1 (om god administrativ og regnskabsmæssig praksis) føjer ikke nyt til sagen. Det henstår således fortsat ubesvaret, hvorfor K's administrative praksis skulle blive dårlig eller blot mindre god på grund af bestemmelserne i § 8, stk. 5 i bestyrelsens forretningsorden.



Det beror på en misforståelse, når tilsynet anfører, at direktionen ikke vil "kunne modtage instrukser fra et udvalg bestående af en del af bestyrelsen", men alene kan "følge anvisninger fra den samlede bestyrelse". Det fremgår af forretningsordenens § 8, stk. 5, at beslutninger i de særlige tilfælde, hvor bestyrelsens godkendelse ikke kan indhentes, kun kan træffes, "såfremt der er enighed om beslutningen mellem formandskabet og direktionen". Hverken direktionen eller formandskabet kan disponere på egen hånd, og navnlig kan formandskabet ikke tilsidesætte kravet om enighed gennem instrukser til direktionen.

Derimod skal jeg fastholde, at bestyrelsen efter aktieselskabslovens § 54 har været berettiget til i forretningsordenen at foreskrive, at direktionen, når den handler i bestyrelsens sted, alene kan træffe beslutning i enighed med formandskabet.

...”

#### **Ankenævnet udtaler:**

Indledningsvis bemærkes, at ankenævnet efter Finanstilsynets oplysning i skrivelse af 27. august 2003 til nævnet om, at pålægget vedrørende formandskabets deltagelse i forberedelsen af lånesager trækkes tilbage, ikke har behandlet denne del af klagen.

Det følger af den dagældende § 2, stk. 1, nr. 1, litra d, sammenholdt med den dagældende § 15, stk. 1, nr. 1, i dagældende lov om finansiel virksomhed, at et realkreditinstitut skal have en god administrativ praksis. Selskabets ledelse er ansvarlig for overholdelsen heraf og udstikker retningslinierne herfor. Kompetencedelingen mellem selskabets ledelsesorganer, som reguleres nærmere i aktieselskabslovens § 54, indgår som en integreret del af god administrativ praksis.

Efter den dagældende § 64, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed påser Finanstilsynet – med en enkelt undtagelse – overholdelsen af denne lov og af de regler, der er udstedt i medfør af denne lov. Der er efter denne bestemmelse klart adgang til at, Finanstilsynet træffer afgørelse om § 8, stk. 5 i bestyrelsens forretningsorden er i overensstemmelse hermed.

Den indbyrdes arbejdsfordeling mellem bestyrelse og direktion er fastlagt i aktieselskabslovens § 54, stk. 2 og 3, jf. stk. 1. Af § 54, stk. 2, følger, at direktionen

varetager den daglige ledelse af selskabet, og at direktionen tillige foretager dispositioner, der er af usædvanlig eller stor betydning - såfremt bestyrelsens særlige bemyndigelse hertil foreligger, eller bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed.

I tilfælde af bestyrelsens beslutning ikke kan afventes, har direktionen således kompetencen til at disponere. Bestemmelsen hjemler efter ankenævnets opfattelse ikke mulighed for, at direktionens kompetence indskrænkes ved at stille krav om, at sådanne dispositioner skal foretages i enighed med formandskabet.

På den baggrund er det ankenævnets opfattelse, at § 8, stk. 5, i bestyrelsens forretningsorden strider mod aktieselskabsloven.

Ankenævnet kan derfor tiltræde, at Finanstilsynet har pålagt bestyrelsen at ændre forretningsordenen.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 22. maj 2003 således som den er ændret ved tilsynets skrivelse af 27. august 2003.

12) Kendelse af 18. august 2004. (j.nr. 03-223.014).

Ankenævnet ikke kompetent til at behandle klage over vejledende udtalelse, uanset der var givet klagevejledning.

§ 8, stk. 1, bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet, bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om erhvervsankenævnet.

(Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 3. oktober 2003 har advokat K på vegne af et unavngivet aktieselskab klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 2. september 2003, hvori styrelsen vedrørende forståelsen af aktieselskabslovens § 126 blandt andet anfører, at et selskab for at kunne vedtage at hæve en frivillig likvidation og lade selskabet træde i virksomhed på ny skal sikre ikke blot, at aktie-kapitalen er i behold, men tillige at egenkapitalen mindst svarer til aktiekapitalen.

### **Sagens omstændigheder:**

Advokat K har ved e-mail af 31. juli 2003 henvendt sig til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med anmodning om styrelsens stillingtagen til, om en påtænkt anmeldelse - fra et ikke nærmere identificeret selskab, som benævnes "Selskab X", og for hvilket nogle nærmere angivne forhold antages - vil blive registreret i styrelsen, og hvis ikke, hvad der med hjemmel i aktieselskabslovens § 126 yderligere vil skulle opfyldes.

Ved Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 2. september 2003, hvori henvendelsen besvares, anfører styrelsen blandt andet:

"...

De ønsker en udtalelse om hvilke krav styrelsen vil stille for at registrere, at selskabet [et unavngivet ikke nærmere identificeret aktieselskab] ikke længere er under likvidation.

...

#### **Styrelsens synspunkt**

...

Hvis et selskab er trådt i likvidation, er det styrelsens opfattelse, at selskabet skal opløses.

Hvis generalforsamlingen ønsker at hæve likvidationen, fremgår det af § 126, stk. 1, at "Aktiekapitalen skal nedskrives til det beløb, der er i behold. Er den beholdne aktiekapital mindre end 500.000 kr., skal den bringes op til mindst dette beløb".

Dette betyder efter styrelsens opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt, at der er dækning for kreditorernes krav, men at det tillige er et krav, at der er dækning for aktiekapitalen, der mindst skal være på 500.000 kr.

Som dokumentation for, at dette krav er opfyldt, kræver styrelsen, at der sammen med anmeldelsen til styrelsen om likvidationens ophævelse indsendes en af revisor underskrevet erklæring om at kapitalen er i behold.

Herudover er det i aktieselskabslovens § 126, stk. 3, udtrykkeligt anført, at der gælder de samme betingelse med hensyn til kapitalens tilstedeværelse m.v. for selskaber der er under tvangsopløsning og under frivillig likvidation.

De krav der gælder ved genoptagelse af selskaber under tvangsopløsning er bl.a. at der til styrelsen skal indsendes en erklæring om, at egenkapitalen mindst svarer til aktiekapitalen.

Dette krav gælder efter styrelsens opfattelse også for at kunne registrere en anmeldelse om ophævelse af en frivillig likvidation.

....

Afgørelsen kan ... indbringes for Erhvervsankenævnet,..."

I anledning af klagen har Erhvervsankenævnet anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om en udtalelse i sagen, herunder om der efter styrelsens opfattelse foreligger en afgørelse af en sådan karakter, at den kan påklages til ankenævnet. I skrivelse af 9. december 2003, hvori styrelsen besvarer anmodningen, anføres det blandt andet:

”....

#### **Kan udtalelsen påklages til ankenævnet**

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.

Spørgsmålet, som styrelsen har besvaret, blev stillet af klageren i e-mail af 31. juli 2003 og besvaret ved styrelsens skrivelse den 2. september 2003.

Da en beslutning om likvidations ophævelse skal registreres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og da en anmeldelse herom, efter styrelsens opfattelse, ikke ville kunne registreres, hvis den blev indsendt uden dokumentation for aktiekapitalens tilstedeværelse, havde styrelsen den opfattelse, at skrivelsen var en afgørelse, der var omfattet af Ankenævnets kompetence og gav derfor i skrivelsen af 2. september 2003 vejledning om anke skønt den var formuleret generelt og spørgsmålet er stillet i anonymiseret form.

Af Erhvervsankenævnets afgørelse af 3. november 2003, j.nr. 03-95.165, fremgår det, at udtalelser af generel vejledende art, afgivet som et led i den oplysningsvirksomhed, som er forbundet med styrelsens administration af selskabslovgivningen, ikke er omfattet af ankenævnets kompetence og derfor ikke kan påklages.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er derfor, efter på ny at have overvejet spørgsmålet, af den opfattelse, at styrelsens brev af 2. september 2003 er en vejledende udtalelse der ikke kan behandles af Erhvervsankenævnet, og at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene.

...”

Advokat K har i skrivelse af 16. februar 2004 anført:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev ved sagens start gjort bekendt med, at der var tale om en konkret sag, hvor styrelsens afgørelse ville være afgørende for selskabets dispositioner.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev da heller ikke anmodet om at komme med en vejledende udtalelse, men om at komme med en afgørelse i en konkret sag.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen betinger da heller ikke sin afgørelse af, at der blev indsendt anmeldelse for det konkrete selskab.

Der er heller intet i forvaltningsloven som betinger en forvaltningsretlig afgørelse af, at særlige anmeldelseskrav skal være opfyldt, og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning er da også anført som en afgørelse med ankevejledning, således som dette er foreskrevet i forvaltningsloven.

Det afvises derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse, efter styrelsens fornyede overvejelser af spørgsmålet, skulle kunne ændre karakter til en vejledende udtalelse for derved at unddrage afgørelsen Erhvervsankenævnets kompetence.”

#### **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. Ankenævnet har således ikke det almindelige administrative tilsyn med de myndigheder, hvis afgørelser kan påklages til ankenævnet. Endvidere kan vejledende udtalelser ikke påklages til ankenævnet, medmindre udtalelserne reelt indeholder en afgørelse vedrørende et spørgsmål, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 2. september 2003, hvori styrelsen - på baggrund af en henvendelse, hvori nogle nærmere angivne forhold i et unavngivet aktieselskab antages at foreligge - udtaler sig generelt om styrelsens forståelse af aktieselskabslovens § 126, herunder hvilke krav styrelsen stiller for at registrere en

anmeldelse om en likvidations ophævelse og om selskabets genoptagelse af virksomheden, udgør ikke en afgørelse i forhold til en konkret virksomhed vedrørende spørgsmål omfattet af ankenævnets kompetence.

Det forhold, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har givet klagevejledning, medfører ikke, at ankenævnet bliver kompetent til at behandle klagen.

Ankenævnet afviser derfor klagen.

Afgørelsen er i medfør af bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet § 8, stk. 1, truffet af ankenævnets formand.

13) Kendelse af 7. september 2004. (j.nr. 03.-147.555).

Registreringsnægtelse vedrørende kapitalnedsættelse.

Aktieselskabslovens § 44, stk. 1 og § 17, 1. pkt.

(Mads Bryde Andersen, Suzanne Helsteen, Niels Bolt Jørgensen, Lise Høgh og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 27. juni 2003 har advokat A på vegne af K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 24. juni 2003 har nægtet at registrere en anmeldt beslutning om kapitalnedsættelse.

### **Sagens omstændigheder:**

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. juni 2003 hedder det:

”...

#### Styrelsens afgørelse:

Det er i selskabets vedtægter fastsat, at ingen aktionær er pligtig til at lade sine aktier indløse helt eller delvis. På baggrund af det indsendte materiale må det lægges til grund, at indløsning efter aktieselskabslovens § 20 b ikke er relevant.

Efter aktieselskabslovens § 44, stk. 1, skal beslutningen om kapitalnedsættelse vedtages med den stemmeflerhed, der kræves til vedtægtsændring. For at det er majoritetskravet i § 78, som finder anvendelse, er det dog en forud-

sætning, at ingen aktionærer ved nedskrivningen får en ringere retsstilling end hidtil i forhold til de øvrige aktionærer, jf. § 17, stk. 1, 1. pkt. Er dette ikke tilfældet, indebærer lighedsgrundsætningen et krav om tiltrædelse fra samtlige aktionærer, hvis retsstilling forrykkes.

Denne betydning af lighedsgrundsætningen er anført i 3. afsnit af bemærkningerne til § 1, nr. 75, i L 1060 af 23. november 1992, jf. tillige A/S'loven med kommentarer af Ida Rosenberg, Lone Sneholt og Niels Thomsen, 6. reviderede udgave 1999, note 5 til § 44.

I den konkrete sag indebærer dette, at beslutning om kapitalnedsættelse, som alene omfatter B's aktier, efter aktieselskabsloven kræver hans tiltrædelse.

Det fremgår af det indsendte generalforsamlingsprotokollat, at forslaget blev vedtaget enstemmigt med alle stemmer bortset fra B's. Aktieselskabslovens krav kan derfor ikke anses opfyldt.

Styrelsen kan således ikke registrere den anmeldte kapitalnedsættelse.

Styrelsen har ikke i denne afgørelse taget stilling til den omtalte aktionæroverenskomst, da den alene er en aftale mellem aktionærene og ikke er bindende over for selskabet. Spørgsmål om aktionærers forpligtelser i henhold til aktionæroverenskomst henhører under domstolene.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. august 2003 udtalt:

”...

#### **Sagens faktiske omstændigheder:**

Den 9. april 2003 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen brev fra advokat C, som på vegne af aktionær B anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at nægte at registrere anmeldelse af kapitalnedsættelse for selskabet K A/S ....

K A/S havde den 4. april d.å. afholdt ordinær generalforsamling, hvor der bl.a. blev stillet forslag om, at nedsætte aktiekapitalen med kr. 72.000,00 med tillæg af overkurs til udbetaling til aktionæren B til annullation af dennes aktiebesiddelse. Ved afstemningen, stemte samtlige aktionærer for forslaget, bortset fra B, hvilket er indført i protokollen. Dirigenten, advokat A, erklærede, at det fremlagte forslag var vedtaget.

Den 14. april d.å. modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmeldelse fra advokat A, som på vegne af K A/S foretog anmeldelse af kapitalnedsættelse, omdannelse med vedtægtsændringer samt ledelsesændringer. Som

dokumentation for kapitalnedsættelsens vedtagelse blev alene indsendt generalforsamlingsprotokollat. Samtidig udbad advokat A sig en kopi af advokat C's brev af 8. april vedr. anmodningen om registreringsnægtelsen.

Styrelsen fremsendte den 24. april d.å. kopi af brevet og udbad sig ved samme lejlighed advokat A's kommentarer til advokat C's anmodning samt kommentarer til lovligheden af den besluttede kapitalnedsættelse. Samme dag modtog styrelsen brev fra advokat A, som gjorde opmærksom på, at han efter anmodning havde modtaget advokat C's brev af 8. april d.å. Brevet var til orientering vedlagt kopier af korrespondance mellem advokat C og advokat A samt advokat C's brev til selskabets bestyrelse.

A afgav den 29. april d.å. svar på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens brev af 24. april d.å og fastholdt de anmeldelser, som han på vegne af K A/S, havde sendt til styrelsen den 14. april d.å.

I brev af 24. juni 2003 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat A, at styrelsen havde truffet afgørelse om at registreringsnægte den anmeldte kapitalnedsættelse. Afgørelsen blev begrundet med, at aktionæren B, i strid med aktieselskabslovens § 17, 1. pkt., ved den foreslåede nedsættelse af aktiekapitalen ville blive stillet ringere end de øvrige aktionærer, hvorfor majoritetskravet i aktieselskabslovens § 78 ikke udgjorde et tilstrækkeligt grundlag for at erklære forslaget for vedtaget.

#### **Sagens retlige omstændigheder:**

B besidder 14 % af aktiekapitalen i selskabet og kan allerede derfor ikke blive indløst i medfør af aktieselskabslovens § 20 b. Endvidere er det i § 3 i selskabets vedtægter fastsat, at *"ingen aktionær er forpligtet til at lade sine aktier indløse helt eller delvis"*. Af aktieselskabslovens § 4, stk. 2, nr. 1, fremgår, at bestemmelser om indløsning skal optages i vedtægterne.

Det foreliggende spørgsmål drejer sig imidlertid ikke om indløsning, men om en kapitalnedsættelse rettet mod én aktionær.

Som udgangspunkt kræver en beslutning om nedsættelse af aktiekapitalen samme majoritet, som kræves ved vedtægtsændring, jf. aktieselskabslovens § 44, stk. 1. Dog er det ved § 44 forudsat, at kapitalnedsættelsen rammer aktionærene ligeligt, dvs. proportionalt i forhold til deres aktiebesiddelse. Såfremt dette ikke er tilfældet, følger det af lighedsgrundsætningen i § 17, 1. pkt., at de aktionærer, hvis retsstilling forringes i forhold til de øvrige aktionærers, skal tiltræde beslutningen, jf. 3. afsnit af bemærkningerne til § 1, nr. 75, i L 1060 af 23. november 1992.

Det forslag, som blev stillet på K A/S' generalforsamling d. 4. april 2003 om at nedsætte aktiekapitalen ved indløsning af B's aktier, indebar en sådan væsentlig forringelse af dennes retsstilling i forhold til selskabets øvrige aktionærer. Lighedsgrundsætningen i § 17, 1. pkt. tilsiger derfor, at den aktionær, som stilles ringere, B, skal tiltræde forslaget, for at dette gyldigt kan vedtages.



Lighedsgrundsætningen er en beskyttelse af mindretalsaktionærer, som udgør en fundamental del af selskabsretten. En mindretalsaktionær kan ikke gyldigt frasige sig denne ret generelt, men må tiltræde de konkrete beslutninger.

Der er enighed om, at aktionæren B stemte imod forslaget på generalforsamlingen, som det også fremgår af det indsendte generalforsamlingsprotokolat.

I følge advokat A havde B forud for generalforsamlingens afholdelse samtykket i kapitalnedsættelsen ved at underskrive en aktionæroverenskomst af 7. juni 1999 mellem samtlige aktionærer i selskabet. Advokat A har til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyst, at aktionæroverenskomsten hjemler de øvrige aktionærer en indløsningsret, når en aktionær fratræder sin ansættelse i selskabet og en dertil svarende afståelsepligt for den fratrædende aktionær.

En aktionærs aftaleretlige forpligtelse over for de øvrige aktionærer til at handle på en given måde i nærmere beskrevne situationer afskærer imidlertid ikke pågældende fra, som enhver anden aktionær, at udøve sin stemmeret på generalforsamlingen, jf. aktieselskabslovens § 65. Det selskabsretligt afgørende faktum er, at B stemte imod den rettede kapitalnedsættelse på generalforsamlingen.

Hvorvidt B over for selskabets øvrige aktionærer er bundet af den omtalte aktionæroverenskomst, eller der kan gøres aftaleretlige indsigelser, og hvorvidt han efter overenskomstens indhold er forpligtet til at tiltræde en rettet kapitalnedsættelse under de foreliggende omstændigheder, er spørgsmål, som henhører under domstolene.

Advokat A anfører i sin klage, at aktionæraftalen uden problemer har fundet anvendelse på aktionærernes indbyrdes forhold i en lang årerække, herunder i forbindelse med andre selskabsdeltageres udtræden af selskabet. Hertil kan anføres, at en rettet kapitalnedsættelse naturligvis kan besluttes med samtykke fra den pågældende aktionær. Derimod har aftalen ikke selskabsretlig virkning, når aktionæren stemmer imod. Ønskede man at kunne opnå samme resultat, uanset den pågældende aktionærs stemmeafgivelse på generalforsamlingen, ville det kræve en indløsningsbestemmelse i vedtægterne.

Det må fastholdes, at det selskabsretligt er generalforsamlingens afstemning, som i det foreliggende tilfælde er afgørende. En aktionæroverenskomst kan ikke træde i stedet for aktieselskabsloven. Det er således ikke muligt at aftale at fravige lovens præceptive regelsæt.

For så vidt angår de mulige aftaleretlige virkninger af B's stemmeafgivelse, herunder misligholdelsesbeføjelser og erstatningskrav, kan disse ikke afgøres af registreringsmyndigheden, men må behandles ved domstolene."

I klageskrivelsen af 27. juni 2003 har advokat A anført:

” ...

Ved sin afgørelse har Styrelsen valgt at bortse fra den mellem samtlige selskabets aktionærer indgåede aktionæraftale med henvisning til, at ”den alene er en aftale mellem aktionærene og ikke er bindende overfor selskabet”, og med tilføjelse om, at ”spørgsmålet om aktionærers forpligtelser i henhold til aktionæroverenskomst henhører under domstolene”.

Der er mellem Styrelsen og mig enighed om, at der i tilfælde af en rettet kapitalnedsættelse/indløsning udover majoritet efter aktieselskabslovens § 78 tillige kræves samtykke fra den aktionær, hvis aktier indløses, jf. aktieselskabslovens § 17.

Styrelsen har lagt til grund, at den indløste aktionær – B – ikke har givet samtykke. Herudover har jeg gjort gældende, at fornødent samtykke er givet i den indgåede aktionæraftale.

...”

I anledning af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 26. august 2003 har advokat A i skrivelse af 5. oktober 2003 anført:

” ...

Styrelsen tillægger – i lighed med B og dennes advokat – indholdet af selskabets vedtægt afgørende betydning ... således følger det af styrelsens argumentation, at indløsningen ikke kunne registreres, udelukkende fordi bestemmelse herom ikke var optaget i vedtægten.

Styrelsens standpunkt er urigtigt.

Det er i den selskabsretlige litteratur og praksis fast antaget, at aftaler om bl.a. indløsning og indskrænkning i omsættelighed har bindende virkning inter partes, også uden vedtægtsbestemmelse herom. Dette fremgår bl.a. af Rosenberg m.fl. i A/S-loven med kommentarer, 6. udgave side 92 note 21, hvor det udtrykkeligt anføres, at vedtægtsbestemmelser om sådanne forhold (alene) er relevante i forhold til godtroende omsætnings erhververe.

I det foreliggende tilfælde har imidlertid alle aktionærene kendt og været omfattet af overenskomstens meget detaljerede bestemmelser samt været med til tidligere at udøve disse i forhold til andre udtrædende aktionærer.

Selskabet som sådant – ved dettes til enhver tid værende bestyrelse og direktion – har til stadighed været bekendt med og derfor forpligtet til at efterleve overenskomsten.

Det er derfor konkret uden betydning, at der i vedtægten er og til stadighed har været anført, at en aktionær ikke er forpligtet til at lade sine aktier indløse. Der er tale om en standardvedtægt, som viger for den udtrykkelige og utvetydige aftale mellem aktionærerne i overenskomsten, som har bestået og været gældende til stadighed.

Styrelsen lægger endvidere til grund for sin afgørelse som et bærende led ... at en aktionær ikke gyldigt kan frasige sig sin ret generelt i henhold til lighedsgrundsætningen i ASL § 17, men at aktionæren konkret skal tiltræde beslutningen på generalforsamlingen, for at beslutning gyldigt kan træffes. I den forbindelse anfører styrelsen, at aktionærer ikke ved aftale kan "fravige lovens præceptive regelsæt".

Styrelsens standpunkter er urigtige.

Det er i den selskabsretlige litteratur og praksis fast antaget, at aktionærerne også med selskabsretlig bindende virkning kan aftale fravigelser af lovens grundsætninger, herunder ASL § 17.

Dette fremgår bl.a. af Werlauff i Selskabsret, 5. udgave side 388 øverst, hvor det fremhæves, at en aktionæraftale, som omfatter alle selskabets aktionærer, *"kan tillægges ... virkning på det selskabsretlige plan. Dispositioner foretaget af selskabet kan således, når de anskues i lyset af aktionæroverenskomsten, blive betragtet som retmæssige, uanset at dette ville være tvivlsomt, hvis dispositionen skulle betragtes uafhængigt af overenskomsten"*. Tilsvarende argumentation fremføres af Schans Christensen i Kapitalselskaber - aktie- og anpartsselskabsret, 2003 side 179.

Disse argumenter gælder i hvert fald uindskrænket i et tilfælde som det foreliggende, hvor samtlige aktionærer er omfattet af overenskomsten, hvor overenskomsten er selskabet bekendt, og hvor overenskomsten meget detaljeret regulerer de nærmere vilkår for aktionærernes respektive rettigheder og forpligtelser.

Jeg henviser i den forbindelse til overenskomstens § 2, der som det fremgår udgør hovedparten af overenskomsten, samt til den af selskabets revisor i nøje overensstemmelse med overenskomstens bestemmelser herom udarbejdede beregning af aktiernes indre værdi pr. 31. december 2001, som senest blev udsendt sammen med generalforsamlingsindkaldelsen. ...

Lighedsgrundsætningen i ASL § 17 er således ikke præceptiv. Antog man i øvrigt styrelsens synspunkt som værende rigtigt, ville man samtidig underkende gyldigheden af langt hovedparten af de aktionæraftaler, som er indgået vedrørende danske selskaber.

Jeg præciserer i den forbindelse, at indsigelsen fra B alene støttes på, at indløsningsbestemmelsen ikke var optaget i selskabets vedtægter.

Baseret på det ovenfor anførte fastholder jeg, at styrelsen ikke har været berettiget til at afvise registreringen af generalforsamlingsbeslutningen den 4.

april 2003. Indløsningen, som gennemførtes qua den rettede kapitalnedsættelse i overensstemmelse med overenskomsten, blev i overensstemmelse med forskrifterne i ASL § 78 om vedtægtsændringer vedtaget med fornødent flertal og på basis af den tiltrædelse, som hver enkelt aktionær, herunder B, på forhånd havde givet til indløsning mv. i en situation som den foreliggende.

B fratrådte med virkning pr. 31. december 2001 faktisk sin stilling i selskabet. Det er de tilbageværende aktionærers opfattelse, at B's og hans advokats ageren i forbindelse med generalforsamlingsbeslutningen er af chikanøs karakter og udelukkende tjener det formål at søge at gennemtvinge en højere pris på aktieposten end berettiget efter overenskomsten.

...”

Advokat A's ovennævnte skrivelse var vedlagt en kopi af den af aktionærerne i D A/S (nu K A/S) den 7. juni 1999 indgåede aktionæroverenskomst, hvoraf bl.a. fremgår:

” § 2

#### **Ansættelse og aktiebesiddelse:**

Der er mellem aktionærerne enighed om, at aktiebesiddelse kræver ansættelse i selskabet.

#### **Fratræden af ansættelse:**

...

Ved en aktionærs fratræden af ansættelse i selskabet – uanset årsag og uanset om den pågældende bevarer freelance-tilknytning til selskabet, ... – har aktionæreren pligt til at tilbyde de øvrige aktionærer aktieposten forholdsmæssigt efter deres aktiebesiddelse i selskabet og til en kurs, udregnet på basis af den indre værdi, der beregnes efter følgende

#### **Retningslinjer for kursberegning:**

1. Selskabets samlede egenkapital, således som den fremgår af årsregnskabet for det regnskabsår, hvis udløbsdato ligger nærmest datoen for aktionærens udtræden.
2. Good-will beregnet som gennemsnittet af de seneste tre års resultat efter skat, således som disse fremgår af de af generalforsamlingen godkendte årsregnskaber. Gennemsnitsbeløbet multipliceres med 1½ (én en halv), og dette good-willbeløb indgår i beregningen.

3. Det forudsættes, at afskrivningerne i årsregnskaberne beregnes efter driftsøkonomiske principper, og at der afsættes skatter med de gældende skatteprocenter, p.t. 32%.
4. Småinventar, der er udgiftsført i de enkelte anskaffelsesår, medtages ikke i vurderingen.
5. Åbenbare merværdier af inventar og driftsmidler medtages.
6. Eventuel merværdi, såfremt selskabet ejer fast ejendom, medtages.

I mangel af enighed om eventuel merværdi af fast ejendom, som selskabet måtte eje, fastsættes værdien af selskabets revisor. Hvis parterne ikke kan tiltræde revisors vurdering, fastsættes merværdien af to vurderingsmænd, hvoraf parterne hver udpeger én. Vurderingsmændene, der skal være medlemmer af Dansk Ejendomsmæglerforening, fastsætter købesummen, således at den svarer til, hvad der på købstidspunktet er almindeligt gældende for tilsvarende ejendomme, opdelt i ejerlejligheder eller ej, og under hensyn til alle relevante omstændigheder, herunder beliggenhed, art størrelse, likviditet, udstyr og vedligeholdelsestilstand.

Hvis lejen ligger under markedsniveau, skal dog en til markedslejen svarende leje indgå i vurderingen.

Hvis vurderingsmændene ikke kan enes om merværdiens størrelse, fastsættes den af en af Advokatrådet udpeget opmand, der skal have særlig indsigt i fast ejendom.

...

#### **Frafald af forkøbsret til fordel for selskabet:**

Hvis de forkøbsberettigede aktionærer er enige derom, kan de vælge at give afkald på deres forkøbsret til fordel for selskabet, således at dette afkøber den sælgende aktionær dennes aktier under iagttagelse af reglerne i aktieselskabsloven om kapitalnedsættelse. De ovenfor aftalte regler om kursberegning, good-will, konkurrenceklausul, tilbud, betalingsfrist og forrentning m.v. finder tilsvarende anvendelse, ...

...

#### **Voldgift:**

Dersom der skulle opstå tvist om gennemførelsen af denne aktionæroverenskomst, er parterne enige om, at en sådan tvist ikke skal forelægges domstolene, men afgøres ved voldgift.

Voldgift nedsættes i overensstemmelse med reglerne i lov nr. 181 af 24. maj 1972 om frivillig voldgift, ... ”

Med Erhvervsankenævnets tilladelse er advokat C v/advokatfuldmægtig E på vegne af B indtrådt i sagen til støtte for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I skrivelse af 28. oktober 2003 har advokaten i anledning af advokat A's skrivelse af 5. oktober 2003 bemærket følgende:

”...

Advokat A bekræfter, at han er af den opfattelse, at indløsningen af min klients aktier kræver samtykke fra min klient. Det er åbenbart advokat A's opfattelse, at dette samtykke er givet ved min klients tiltrædelse af den bilagte aktionæroverenskomst.

Som argument for, at aktionæroverenskomsten skulle hjemle indløsningsret for selskabet af min klients aktieandel nævner advokat A, at selskabet ved tidligere lejligheder har indløst aktier for fratrædende aktionærer, nemlig i de tilfælde, hvor F og G fratrådte selskabet. Det fremgår imidlertid ikke af advokat A's brev, hvorvidt de fratrædende aktionærer har stemt imod kapitalnedsættelsen og den deraf følgende indløsning af aktierne. Disse tidligere situationer kan derfor ingenlunde danne præcedens for nærværende sag.

Til støtte for sin argumentation henviser advokat A til Aktieselskabsloven med kommentarer, 6. udgave, side 92, note 21. Advokat A's fortolkning af det heri anførte er ikke korrekt. Det anførte omhandler alene forholdet til aktieerhververe, og hvorvidt disse er bundet af en aktionæroverenskomst eller ej. Der står tillige udtrykkeligt i note 21, at det anførte alene gælder: ”... uden at tilsvarende bestemmelser er optaget i selskabets vedtægter og aktiebreve ...”. Det nævnte er således uden relevans for nærværende sag, idet det udtrykkeligt står i selskabets vedtægter, at en aktionær ikke kan indløses. Advokat A nævner ligeledes, at selskabets vedtægter er en ”standardvedtægt”, som i sin egenskab heraf skal vige for aktionæroverenskomsten. Jeg skal i den forbindelse henvise til samme litteratur, side 139, note 1, hvor følgende står anført vedrørende lighedsgrundsætningen i Aktieselskabslovens § 17: ”*Kravet om optagelse i vedtægterne udlukker ikke, at der ved aktionæroverenskomst kan træffes aftale om aktionærernes indbyrdes stilling, men en sådan aftale er efter hidtidig opfattelse kun bindende for parterne, disses kreditorer og arvinger, samt ondtroende erhververe af aktierne. Selskabet som sådan antages herefter hverken at have ret eller pligt til at lægge sådanne aktionæroverenskomster til grund i forhold, der aktieretligt vedrører selskabet*”. Der henvises herefter til ”en handelsministeriel skrivelse af 22. januar 1974 til Folketingets Ombudsmand”.

...

Advokat A nævner ligeledes i sit brev, at min klient fratrådte sin stilling i K A/S pr. 31. december 2001. I den forbindelse skal det bemærkes, at det er undertegnede opfattelse, at aktionæroverenskomsten de facto ophørte med

at eksistere pr. 31. december 2001, idet hele arkitektvirksomheden i selskabet D A/S (nu K A/S) blev overdraget til et nyt selskab, hvorefter der ikke var nogen arkitektvirksomhed tilbage i K A/S. Som følge heraf må alle ansatte i selskabet de facto være fratrukket og aktionæroverenskomsten derfor være ophørt. Jeg vedlægger til nævnets orientering udkast til mit klageskrift med påstand om aktionærernes anerkendelse af ovennævnte og skal derfor undlade at gentage mine anbringender herfor og i det hele henviser til klageskriftet.

Det fastholdes således, at beslutningen om kapitalnedsættelse i K A/S på generalforsamlingen den 4. april d.å. er ugyldig og skal nægtes registrering.

...”

Advokat C v/advokatfuldmægtig E har i ovennævnte udkast til ”klageskrift” bl.a. anført:

”Ved virksomhedsoverdragelsesaftale af 28. januar 2002 ... blev hele arkitektvirksomheden i selskabet D A/S, ..., bortset fra en royalty rettighed, pr. 1. januar 2002 overdraget til A/S H, ... Der var tale om en aktivoverdragelse, hvorfor det sælgende selskab fortsatte med at bestå. Den bestående royalty rettighed knyttede sig til rettighederne til ... der var udviklet af selskabet tidligere.

Ved ekstraordinær generalforsamling af 28. februar 2002 ... blev det vedtaget at ændre det sælgende selskabs navn til K A/S for at kunne videreføre arkitektvirksomheden i det købende selskab under navnet D A/S. Det købende selskab blev ved ekstraordinær generalforsamling af 4. marts 2003 navneændret til D A/S.

Aktionærerne i det købende selskab bestod på overdragelsestidspunktet af indklageren og de indklagede, hvor alle sidstnævnte (?) tillige var aktionærer i det sælgende selskab. Ved virksomhedsoverdragelsen ophørte således enhver aktiv drift af arkitektvirksomheden i K A/S og samtlige medarbejdere, herunder de arbejdende aktionærer, ophørte de facto med at være ansat i K A/S.

Det fremgår af ”Vurderingsberetning i henhold til Aktieselskabslovens § 6c samt overtagelsesbalance pr. 1. januar 2002” ... at de aktiver der bliver overdraget til det købende selskab udgør hele arkitektvirksomheden, herunder indretning af lejede lokaler, ejendommen, hvori den største del af virksomheden hører hjemme, kontorskib, der tillige huser en del af virksomheden, alt inventar samt ikke mindst samtlige omsætningeaktiver.”

I skrivelse af 3. november 2003 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen supplerende udtalt:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholder sin udtalelse om den anmeldte kapitalnedsættelses selskabsretlige ugyldighed. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hverken kan eller skal foretage en realitetsbedømmelse af en påberåbt aktionæroverenskomst, men alene vurdere det anmeldtes overensstemmelse med aktieselskabsloven.

Styrelsen bemærker i denne forbindelse, at der i den juridiske litteratur er overvejende enighed om, at ved en rettet kapitalnedsættelse må ligeretsgrundsætningen i aktieselskabslovens § 17 føre til, at de aktionærer, hvis retsstilling forringes ved kapitalnedsættelsen, skal tiltræde denne, jf. senest Kapitalselskaber af Jan Schans Christensen, 1. udgave 2003, Forlaget Thomsen, på side 312 øverst.

Styrelsen bemærker endvidere, at en fortolkning, hvorefter aktionæroverenskomster kan have forrang for enten vedtægtsbestemmelser eller stemmeafgivelse på generalforsamlingen som beskrevet i generalforsamlingsprotokollatet ved anmeldelse af selskabsretlige forhold over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, vil indebære, at styrelsen må tage stilling til aktionæroverenskomsternes aftaleretlige gyldighed for at kunne påse anmeldelsernes rigtighed inden afgørelse om registrering. En sådan stillingtagen kan imidlertid kræve en nærmere bevisførelse, som må ske ved domstolene eller, hvor der er indgået aftale derom, ved voldgiftsretter.

Styrelsen kan i den forbindelse henlede nævnets opmærksomhed på aktionæroverenskomstens § 8, hvoraf fremgår, at tvist om gennemførelsen af aktieoverenskomsten skal afgøres ved voldgift.

...”

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

#### **Ankenævnet udtaler:**

Beslutning om nedsættelse af aktiekapitalen bortset fra kapitalnedsættelse ved amortisation efter § 47 træffes af generalforsamlingen med den stemmeflerhed, der kræves til vedtægtsændring, jf. aktieselskabslovens § 44, stk. 1. Såfremt kapitalnedsættelsen ikke rammer alle aktionærer forholdsmæssigt, regnet efter nominelle beløb, skal der indhentes tiltrædelse fra de aktionærer, der forholdsmæssigt nedsættes mere end de andre, jf. lighedsgroundsætningen i aktieselskabslovens § 17, 1. pkt.



Ifølge vedtægterne for K A/S er ingen aktionær forpligtet til at lade sine aktier indløse helt eller delvist. På generalforsamlingen den 4. april 2003 i K A/S blev bestyrelsens forslag om nedsættelse af aktiekapitalen med 72.000 kr. med tillæg af overkurs, i alt 1.398.960 kr., sat til afstemning med henblik på indløsning af B's aktier, da B var fratrukket sin ansættelse i selskabet. Samtlige aktionærer stemte for forslaget bortset fra B, som med forslaget ville få en forholdsmæssig ringere retsstilling end de øvrige aktionærer, og som stemte imod. Dirigenten erklærede imidlertid forslaget for vedtaget under henvisning til, at B i henhold til gældende aktionæroverenskomst var forpligtet til at afstå sine aktier til den anførte pris.

Af aktionæroverenskomsten, som omfatter samtlige selskabets aktionærer, fremgår bl.a., at en aktionær, som fratrukker sin ansættelse i selskabet, har pligt til at afhænde sine aktier til de øvrige aktionærer eller til selskabet under iagttagelse af reglerne om kapitalnedsættelse. Afhændelsen skal ske til en kurs udregnet på basis af selskabets indre værdi og efter nærmere angivne retningslinjer til dels indeholdende skønmæssige vurderinger og under iagttagelse af nærmere beskrevne procedurer herunder om afgørelse af tvister ved voldgift.

Ankenævnet finder ikke, at det på forhånd kan udelukkes, at en aktionærs tiltrædelse i en aktionæroverenskomst til en fremtidig kapitalnedsættelse kan få virkning over for et selskab, såfremt aktionæroverenskomsten, der som i dette tilfælde omfatter samtlige selskabets aktionærer, er entydig i sine forskrifter med hensyn til det indhold, som parterne har forpligtet sig til. Ankenævnet finder imidlertid ikke, at selskabet har godtgjort, at B, som gør gældende, at aktionæroverenskomsten er bortfaldet ved selskabets overdragelse af dets arkitektvirksomhed, og som er uenig i selskabets værdiansættelse af hans aktier, med den fornødne klarhed var forpligtet til på generalforsamlingen at stemme for det fremsatte forslag om kapitalnedsættelse med henblik på indløsning af hans aktier til den anførte pris. Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet at registrere den anmeldte beslutning om kapitalnedsættelse, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 1.

Med denne begrundelse stadfæster ankenævnet således Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 24. juni 2003.

14) Kendelse af 30. december 2004. (j.nr. 04-14.233).

Registrering af bestyrelsesmedlems udtræden af bestyrelsen ophævet, da der ikke forelå en lovlige generalforsamlingsbeslutning herom. Registrering af tiltrådt bestyrelsesformand ophævet, da anmeldelsen ikke var vedlagt dokumentation for ændringens lovlige vedtagelse.

Aktieselskabslovens § 157.

(Niels Bolt Jørgensen, Suzanne Helsteen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 5. januar 2004 har advokat A på vegne af K som minoritetsaktionær i B A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 9. december 2003 har afslået at berigtige en den 13. november 2003 foretagne registrering af C som udtrådt af selskabets bestyrelse og af D som tiltrådt bestyrelsesformand for selskabet.

#### **Sagens omstændigheder:**

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens påklagede afgørelse af 9. december 2003 hedder det:

”Vedr.: B A/S,...

I brev af 24. november 2003 anmoder De Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at berigtige den under den 13. november 2003 skete registrering af D's tiltræden som formand for bestyrelsen, og C's fratræden som bestyrelsesmedlem.

I den anledning kan styrelsen oplyse, at ovennævnte registrering er sket på baggrund af anmeldelse fra advokat E af 12. november 2003. Anmeldelsesblanketten er bilagt generalforsamlingsprotokollat af 26. marts 2003. Det fremgår af protokollatet, at det på generalforsamlingen, hvor hele aktiekapitalen var repræsenteret, blev besluttet at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003.

De anfører, at spørgsmålet om hvorvidt generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 er gyldig eller ej, skal afgøres ved søgsmål i henhold til aktieselskabslovens § 81. De oplyser, at en sådan sag ikke er blevet anlagt.

Det bemærkes, at styrelsen alene er registreringsmyndighed og ikke tilsynsmyndighed. Anmelder indestår i henhold til styrelsens anmeldelsesbe-

kendtgørelse for anmeldelsens rigtighed. Da der ikke i sagen er rejst tvivl om ejerskabet til aktierne i selskabet, har styrelsen registeret den beslutning, der blev vedtaget af flertallet på generalforsamlingen den 26. marts 2003 – tilsidesættelse af beslutningen om at vælge C til bestyrelsesmedlem, således at bestyrelsen er sammensat på samme måde, som var tilfældet før generalforsamlingen den 28. februar 2003. For så vidt angår anmeldelse vedrørende bestyrelsesformand, er dokumentation for bestyrelsens valg ikke en forudsætning for registrering af hvervet som formand. Der foreligger således ikke bestyrelsesmødereferat eller andet til dokumentation for valget. På tilsvarende måde foreligger der heller ikke nogen dokumentation i forbindelse med afmelding af samme bestyrelsesformand, anmeldt den 30. oktober 2003 af K.

Da det fremgår af den vedlagte korrespondance mellem Dem og majoritetsaktionærens advokat, at der er uenighed om hvilke beslutninger der lovligt blev truffet på de respektive generalforsamlinger, skal styrelsen meddele, at ønsket om at foretage berigtigelse af den skete registrering af 13. november 2003 ikke kan imødekommes.

Anmeldelser om ændring i ledelsen vil herefter alene blive registreret på baggrund af et generalforsamlingsreferat, hvoraf fremgår, at der er enighed om eventuelle ændringer i bestyrelsens sammensætning, eller hvis sagen er afgjort i henhold til aktieselskabslovens § 81.

...”

I klageskrivelsen af 5. januar 2004 til Erhvervsankenævnet har advokat A anført:

”...

Ved en ordinær generalforsamling i selskabet den 28. februar 2003 foretoges valg af bestyrelse, hvorunder den hidtidige bestyrelse blev genvalgt og C tiltrådte som nyt bestyrelsesmedlem.

En flertalsaktionær, der ikke havde deltaget i den ordinære generalforsamling, ønskede at gøre indsigelse mod gyldigheden heraf, og under en ekstraordinær generalforsamling den 26. marts 2003 blev der af denne flertalsaktionær - og altså af generalforsamlingens flertal - truffet beslutning om at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 (uagtet dette punkt ikke var på dagsordenen).

Det er min opfattelse, at tilsidesættelse af gyldigheden af beslutninger truffet på en generalforsamling alene kan ske i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 81 gennem anlæggelse af søgsmål, hvilket flertalsaktionæren såvel på generalforsamlingen den 26. marts 2003 som efterfølgende gentagne gange er blevet opfordret til.

Da sag herom imidlertid ikke blev anlagt, blev valget af C som bestyrelsesmedlem af selskabets tegningsberettigede direktør anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og i overensstemmelse hermed blev C registreret som bestyrelsesmedlem den 30. oktober 2003.

Ved skrivelse af 12. november 2003 gøres af flertalsaktionæren indsigelse mod registreringen af C som bestyrelsesmedlem under henvisning til, at der ikke er anlagt søgsmål efter aktieselskabslovens § 81 vedrørende gyldigheden af beslutningen på generalforsamlingen den 26. marts 2003, og på dette grundlag foretager Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter en registrering den 13. november 2003, hvorefter C er fratrukket som bestyrelsesmedlem.

I skrivelse af 24. november 2003 anmoder jeg Erhvervs- og Selskabsstyrelsen berigtige dette, da jeg finder det uacceptabelt, at der foretages registreringer baseret på en generalforsamlingsbeslutning den 26. marts 2003, der er klart i strid med og en omgåelse af reglerne i aktieselskabslovens § 81.

Ved skrivelse af 9. december 2003 meddeler Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke desto mindre, at styrelsen fastholder sin registrering af ”den beslutning, der blev vedtaget af flertallet på generalforsamlingen den 26. marts 2003 - tilsidesættelse af beslutningen om at vælge C til bestyrelsesmedlem, således at bestyrelsen er sammensat på samme måde, som var tilfældet før generalforsamlingen den 28. februar 2003. Det skal hertil bemærkes, at beslutningen på generalforsamlingen den 26. marts 2003 ikke konkret tog stilling til valget af C som bestyrelsesmedlem, men i det hele blot var en beslutning om uden videre at erklære generalforsamlingen den 28. februar 2003 for ugyldig.

Det må således påhvile Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at påse, at anmeldelser om registreringsændringer, der åbenbart og alene hviler på angivelser om ugyldighed af registrerede beslutninger på en tidligere afholdt generalforsamling - således som det klart fremgik af advokat A's anmeldelse med skrivelse af 12. november 2003 - alene efterkommes, såfremt der foreligger en afgørelse efter aktieselskabslovens § 81, sml. også Erhvervsankenævnets kendelse af 25. november 1998, anført i min skrivelse af 24. november 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. I modsat fald vil aktieselskabslovens § 81 fremtidigt kun have reel betydning for mindretalsaktionærer, hvilket ikke har været intentionen.

Erhvervsankenævnet anmodes således om at tage stilling til sagen og træffe beslutning om at berigtige registreringsforholdene, således at C rettelig registreres som bestyrelsesmedlem. Tilsvarende anmodes Erhvervsankenævnet tages stilling til den ønskede afmelding af D som bestyrelsesformand.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 26. februar 2004 anført:

”...

**Udtalelse:**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er af den opfattelse, at generalforsamlingen af 26. marts 2003 er at betragte som en ny generalforsamling, hvor hovedaktionæren i kraft af sin majoritet i realiteten valgte C ud af bestyrelsen med virkning fra denne dato, i henhold til aktieselskabslovens §§ 50 og 77. Styrelsen har ikke i den forbindelse taget stilling til, hvorvidt generalforsamlingen af 28. februar 2003 er lovligt indkaldt og afholdt.

**Sagens faktiske omstændigheder:**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registrerede, på baggrund af generalforsamlingsprotokollat af 28. februar 2003 samt anmeldelsesblanket, den 30. oktober 2003 C som indtrådt i bestyrelsen. Af protokollatet fremgik, at der mellem aktionærene har været uenighed om indkaldelsens lovlighed. Til stede på generalforsamlingen var 49 % af aktiekapitalen. Hovedaktionæren med 51 % af aktiekapitalen var ikke til stede.

Den 28. oktober 2003 blev D anmeldt som fratrædt som formand for bestyrelsen. Anmeldelsen blev registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 31. oktober 2003 uden, at der i den forbindelse forelå særlig dokumentation for beslutningen. Dette er i overensstemmelse med sædvanlig praksis.

Ved skrivelse af 12. november 2003 bad hovedaktionærens advokat, E, styrelsen om, på baggrund af generalforsamlingsprotokollat af 26. marts 2003, at registrere C ud af bestyrelsen samt indtræde D som formand for bestyrelsen. Styrelsen registrerede det anmeldte den 13. november 2003, således, at C er fratrædt på generalforsamlingsdatoen af 26. marts 2003. D er registreret indtrådt som formand for bestyrelsen pr. anmeldelsesdatoen af 12. november 2003.

Af protokollatet af 26. marts 2003 fremgår, at hele aktiekapitalen var repræsenteret. Det fremgår videre, at ”uanset at indkaldelsen ikke var foretaget efter de i vedtægterne foreskrevne regler, accepterede samtlige aktionærer indkaldelsens lovlighed. Dirigenten konstaterede herefter, at generalforsamlingen lovligt kunne afholdes.”

Dirigenten forespurgte forsamlingen, hvorvidt man anså generalforsamlingen af 28. februar 2003 som lovligt indkaldt og afholdt. Klager protesterede mod, at dette spørgsmål blev sat til afstemning. Dirigenten fastholdt. Hovedaktionæren stemte imod at anerkende lovligheden af generalforsamlingen af 28. februar 2003, mens minoritetsaktionæren var af modsat opfattelse.

Det fremgår videre af protokollatet, at dirigenten herefter gennemgik den udsendte dagsorden, hvis indhold var de punkter der traditionelt behandles på den ordinære generalforsamling. Punkterne er identiske med flere af de punkter, som blev behandlet på generalforsamlingen den 28. februar, herunder valg af bestyrelse.

I forlængelse af den foretagne registrering anmodede klager ved skrivelse af 24. november 2003 styrelsen om at berigtige registreringen foretaget den 13. november 2003 med den begrundelse, at den beroede på en fejlagtig anmeldelse.

I nævnte brev skriver klager, at det i forbindelse med den afholdte ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003 forelagte spørgsmål om gyldigheden af generalforsamlingen den 28. februar 2003 er i strid med aktieselskabslovens § 74, idet dette punkt ikke var på dagsordenen, jf. også dirigentens angivelse heraf. Klageren protesterede på generalforsamlingen imod dette punkt. Klager fremfører videre, at forelæggelse af et sådant spørgsmål for generalforsamlingen vil være i strid med og omgåelse af aktieselskabslovens § 81, hvorefter spørgsmål om generalforsamlingsbeslutninger skal afgøres ved søgsmål.

Klageren fremfører desuden, at det ligeledes fremgår af dirigentens referat fra den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003, at der ikke på denne blev truffet beslutning om valg af bestyrelsesmedlem eller konstituering af en formand for bestyrelsen.

Ved brev af 9. december 2003 afslog styrelsen at registrere den ønskede ændring. Styrelsen skriver bl.a., ”at styrelsen alene er registreringsmyndighed og ikke tilsynsmyndighed. Anmelder indestår i henhold til styrelsens anmeldelsesbekendtgørelse for anmeldelsens rigtighed. Da der ikke i sagen er rejst tvivl om ejerskabet til aktierne i selskabet, har styrelsen registreret den beslutning, der blev vedtaget af flertallet på generalforsamlingen den 26. marts 2003 – tilsidesættelse af beslutningen om at vælge C til bestyrelsesmedlem, således at bestyrelsen er sammensat på samme måde, som var tilfældet før generalforsamlingen den 28. februar 2003.”

Styrelsen har, for at afværge flere rodede og modsatrettede anmeldelser, gjort opmærksom på, at såfremt der ønskes registeret ændringer i bestyrelsen, vil det alene kunne ske på baggrund af et generalforsamlingsreferat, hvoraf fremgår, at der er enighed om eventuelle ændringer i bestyrelsens sammensætning, eller hvis sagen er afgjort i henhold til aktieselskabslovens § 81.

#### **Sagens retlige omstændigheder:**

Det fremgår af protokollatet af 26. marts 2003, at ”uanset at indkaldelsen ikke var foretaget efter de i vedtægterne foreskrevne regler, accepterede samtlige aktionærer indkaldelsens lovlighed. Dirigenten konstaterede herefter, at generalforsamlingen lovligt kunne afholdes.” I henhold til styrelsens anmeldelsesbekendtgørelse § 5 indestår anmelder over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for, at anmeldelsen er lovligt foretaget. På den baggrund registrerede styrelsen C som udtrådt af bestyrelsen med virkning fra generalforsamlingsdatoen den 26. marts 2003. Til grund for registreringen ligger desuden anmeldelsesblanket underskrevet af hovedaktionærens advokat, hvoraf fremgår at C er udtrådt og D er tiltrådt som formand for bestyrelsen.

Det er korrekt, som klager fremfører i klagen af 5. januar 2004, at beslutningen på generalforsamlingen den 26. marts 2003 ikke konkret tog stilling til valget af C som bestyrelsesmedlem men, at beslutningen gik på at erklære generalforsamlingen af 28. februar 2003 for ugyldig. Styrelsen har imidlertid betragtet det som en ny generalforsamling. Generalforsamlingen burde under punktet "valg af bestyrelse" have stemt om C's udtræden. I stedet stemte generalforsamlingen om, hvorvidt generalforsamlingen af 28. februar 2003 er lovligt indkaldt og afholdt. Hovedaktionæren stemte imod at anerkende lovligheden af denne generalforsamling. Styrelsen har konkret vurderet, at generalforsamlingsbeslutningen om at erklære den foregående generalforsamling for ugyldig svarer til at afsætte C. Det skal understreges, at styrelsen herved ikke har taget stilling til gyldighedsspørgsmålet. Styrelsen har således også registreret C som udtrådt med virkning fra generalforsamlingsdatoen den 26. marts 2003. Havde styrelsen taget stilling til, at generalforsamlingen den 28. februar 2003 var ugyldig, ville udtrædelsen skulle ske med virkning fra den 28. februar 2003. Styrelsen er i sager som denne registreringsmyndighed og har ikke mulighed for at afgøre uoverensstemmelser mellem to aktionærer. Sådanne spørgsmål henhører under domstolene.

Ifølge aktieselskabslovens § 49 vælges bestyrelsen i et aktieselskab af generalforsamlingen. Det fremgår endvidere af lovens § 50, stk. 1, 3. pkt., at et bestyrelsesmedlem til enhver tid kan afsættes af den, som har valgt den pågældende. Afsættelsen sker ved simpelt flertal, hvis denne lov eller vedtægterne ikke bestemmer andet, jf. aktieselskabslovens § 77. Da der ikke i denne sag er rejst tvivl om ejerskabet til selskabets aktier, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen således i den konkrete sag lagt til grund for sine registreringer, at C blev valgt til bestyrelsen på generalforsamlingen den 28. februar 2003 og, at samme generalforsamling afsatte ham den 26. marts 2003 i kraft af hovedaktionærens majoritet.

Klager finder, at der er tale om en omgåelse af aktieselskabslovens § 81. Da styrelsen betragter generalforsamlingen af 26. marts 2003 som en ny generalforsamling, er der efter styrelsens opfattelse ikke tale om omgåelse af § 81. Hovedaktionæren har i kraft af sin majoritet udtrådt C. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal i den forbindelse bemærke, at aktieselskabslovens § 81 næppe skal forstås således, at en mindretalsaktionær kan afholde en generalforsamling, hvor denne træffer beslutning om et givet emne, og hovedaktionæren ikke efterfølgende ved ny generalforsamling kan træffe en modsat rettet beslutning uden at skulle via domstolene.

På denne baggrund fastholder styrelsen sin afgørelse af 9. december 2003.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal dog afslutningsvis bemærke, at styrelsens afslag på berigtigelse af registrering foretaget den 13. november 2003 måske ikke er helt klart begrundet i overensstemmelse med de forvaltningsretlige regler. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skulle have gjort det tydeligere, at den foretagne registrering er sket ud fra den betragtning, at der er

tale om en ny generalforsamling, hvor majoriteten eksempelvis kan fratræde et bestyrelsesmedlem i henhold til aktieselskabslovens § 50, jf. § 77.

...”

I skrivelse af 8. marts 2004 har advokat A blandt andet anført:

”Det fremgår ikke af generalforsamlingsprotokollat af 28. februar 2003 ”at der mellem aktionærene har været uenighed om indkaldelsens lovlighed”. Der henvises til min skrivelse af 16. april 2003 til advokat G. Spørgsmålet om stillingtagen til generalforsamlingens lovlighed opstod først på den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003, da dirigenten bragte dette spørgsmål op, uanset det ikke var et punkt på dagsordenen, ligesom det af min skrivelse af 24. november 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremgår, at advokat E, der repræsenterede den aktionær, der gjorde indsigelse imod gyldigheden, ved skrivelser af 16. april og 22. maj 2003 herfra blev orienteret om, at beslutningerne på generalforsamlingen den 28. februar 2003 ville blive betragtet som gyldige, såfremt der ikke var anlagt søgsmål i overensstemmelse med aktieselskabslovens § 81 inden den 28. maj 2003.

Ved den ordinære generalforsamling den 28. februar 2003 blev truffet beslutning om at vælge D, K, F og C til bestyrelsen, hvoraf der for de første tre medlemmers vedkommende var tale om genvalg. Valget skete i henhold til vedtægterne for en 2-årig periode. Ligeledes blev selskabets revisor genvalgt som selskabets revisor for følgende regnskabsår. Årsregnskab blev ligeledes godkendt, ligesom generalforsamling i overensstemmelse med vedtægternes § 14 godkendte en mindre aktieoverdragelse.

Idet der ikke blev anlagt sag i henhold til aktieselskabslovens § 81 vedrørende lovligheden af generalforsamling den 28. februar 2003 blev C herefter anmeldt som bestyrelsesmedlem, ligesom D blev anmeldt som fratrådt som formand for bestyrelsen, idet det endnu ikke var lykkedes at konstituere bestyrelsen efter bestyrelsesvalget.

Det er korrekt, at enkelte af punkterne på den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003 er identiske med punkter på dagsordenen for den ordinære generalforsamling den 28. februar 2003, men der er i den sammenhæng afgørende forskel på, om der på en generalforsamling drøftes og tages stilling til de konkrete dagsordenspunkter på dagsordenen og på, om beslutninger på en tidligere generalforsamling er ulovlige, og dette allerede fordi de retlige konsekvenser og reaktionsmuligheder er vidt forskellige.

På den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003 valgte hovedaktionæren på dirigentens opfordring, idet dirigenten tillige repræsenterede hovedaktionæren, i strid med aktieselskabslovens § 81 at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003, hvorefter di-



rigenten indledte behandlingen af de enkelte punkter på dagsordenen for den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003.

Den ekstraordinære generalforsamling blev imidlertid afsluttet allerede under behandlingen af et dagsordenspunkt vedrørende fornyet forelæggelse af selskabets årsregnskab, medens der ikke på denne generalforsamling blev taget fornyet stilling til valg af bestyrelsesmedlemmer og revisor mv. Det skal i den forbindelse særligt bemærkes, at det var og er selskabets forventning, at der næste gang, der af aktionærerne skal tages stilling til valg af bestyrelse, vil ske et valg i overensstemmelse med den mellem aktionærerne indgåede aktionæroverenskomst, således som det skete på den ordinære generalforsamling den 28. februar 2003. I modsat fald må forventes et søgsmål desangående, der i givet fald imidlertid ikke er et søgsmål efter aktieselskabslovens § 81, men et søgsmål om fortolkning og anerkendelse af en aktionæroverenskomst.

Der blev imidlertid ikke på den ekstraordinære generalforsamling den 26. marts 2003 taget stilling til valg af bestyrelse, men om lovligheden af generalforsamlingen den 28. februar 2003. En retsafgørelse efter aktieselskabslovens § 81, der gav denne aktionær medhold, ville indebære, at ingen af beslutningerne truffet på generalforsamlingen den 28. februar 2003 ville være lovlige, medens en retsafgørelse, der ikke gav aktionæren medhold, ville indebære, at samtlige beslutninger på den ordinære generalforsamling den 28. februar 2003 var lovlige, herunder også valget af bestyrelsen. Ændring af denne ville herefter forudsætte en ny bestyrelsesbeslutning herom baseret på indkaldelse af en ny generalforsamling, hvorunder dette punkt var på dagsordenen og blev behandlet.

Der er intet i referatet fra generalforsamlingen den 26. marts 2003, der beskriver, at beslutningen om at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 særskilt skal fortolkes i retning af afsættelse af bestyrelsesmedlemmet C. Tværtimod viser behandlingen af dagsordenspunktet vedrørende årsregnskabet en respekt for behandlingen af dagsordenspunkterne i overensstemmelse med aktieselskabslovens regler, herunder aktieselskabslovens § 74. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens indstilling synes at indebære, at en majoritetsaktionærs stillingtagen til beslutninger på en tidligere generalforsamling, der indebærer ændringer af eksisterende forhold blot kan ske ved en beslutning om at underkende lovligheden af generalforsamlingen, således at dette i sig selv skal fortolkes som en ny beslutning om tilsidesættelse af disse ændringer.

Konkret ville Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning indebære, at et søgsmål vedrørende tilsidesættelse af en gældende aktionæroverenskomst vedrørende valg af bestyrelsesmedlemmer herefter skulle baseres på, at en beslutning om at underkende lovligheden af en generalforsamling den 28. februar 2003 særskilt kan fortolkes som en beslutning om at udtræde C af bestyrelsen, uanset dette slet ikke er anført i protokollatet. Hverken selskabet eller direktør K har imidlertid kunne tage nævnte gyldighedsbeslutning som udtryk for en beslutning om en udtræden af C. End ikke majoritetsaktionæren synes at have denne opfattelse, hvorom jeg

henviser til advokat E's skrivelse af 12. november 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der i forbindelse med anmeldelsen alene refererer til den truffe beslutning om at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003. Erhvervs- og Selskabsstyrelsens fortolkning i retning af C's fratreden den 26. marts 2003 er end ikke i overensstemmelse med den foretagne anmeldelse, hvori advokat E anfører C som fratrædt på anmeldelsestidspunktet den 12. november 2003.

Der er således ingen holdepunkter - hverken i de indsendte generalforsamlingsreferater eller de indsendte anmeldelser - for den foretagne fortolkning, der endvidere i det hele strider mod aktieselskabslovens generelle krav til overholdelse af formalia. Sådanne fortolkninger bør henhøre under domstolene. Det er i den forbindelse selvsagt ikke gjort gældende, at § 81 hindrer nye beslutninger på fremtidige generalforsamlinger, men øvrige aktionærs retlige interesse i og muligheder for at handle retligt korrekt og rettidigt, og domstolenes mulighed for en korrekt retlig behandling afhænger af hvilke spørgsmål og hvilke forhold, der tages stilling til på generalforsamlinger. Netop derfor er der i aktieselskabslovgivningen fastsat nøje regler bl.a. vedrørende fremgangsmåde ved spørgsmål om tidligere generalforsamlings gyldighed og om optagelse og behandling af spørgsmål på generalforsamlings dagsorden. En retstilstand, der ser bort fra disse formelle vilkår, ville indebære en uacceptabel usikkerhed omkring selskabslovgivningen.

Endelig skal det tilsvarende bemærkes, at der således heller ikke er retligt grundlag for anmeldelse af D som genindtrædt som formand for bestyrelsen den 12. november 2003.

Erhvervsankenævnet anmodes derfor træffe beslutning om at berigtige registreringsforholdene, således at C fortsat registreres som bestyrelsesmedlem tiltrædt 28. februar 2003, indtil der måtte foreligge anden generalforsamlingsbeslutning med konkret stillingtagen til anden sammensætning af bestyrelsen, eller der måtte foreligge en afgørelse efter aktieselskabslovens § 81 vedrørende lovligheden af generalforsamlingen den 28. februar 2003, og sådan retsafgørelse måtte tilsidesætte de derunder truffe beslutninger.

Tilsvarende anmodes Erhvervsankenævnet berigtige registreringen vedrørende D som bestyrelsesformand, således at den foretagne anmeldelse af D som tiltrædt som bestyrelsesformand 12. november 2003 endeligt nægtes registrering under henvisning til, at der ikke foreligger et bestyrelsesmødereferat, der har truffet beslutning om sådan konstituering efter valget af bestyrelsen den 28. februar 2003."

I advokat E's skrivelse af 12. november 2003 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der var vedlagt anmeldelsen om D's tiltræden som formand for bestyrelsen i B A/S samt om C's udtræden af selskabets bestyrelse, har advokaten anført:

”Under henvisning til vores telefoniske drøftelse de sidste par dage overbringer jeg kopi af generalforsamlingsprotokollat af 26. marts 2003 i B A/S samt på din anmodning en anmeldelse om, at C udtræder af selskabets bestyrelse, og at D registreres som formand for bestyrelsen.

Som nævnt er der opstået en tvist mellem aktionærene K (49%) og I (selskab) (51%), som senest har medført, at F efter det oplyste den 30. og 31. oktober 2003 anmeldte ændringer i bestyrelsen i selskabet på baggrund af et referat fra en ordinær generalforsamling i selskabet afholdt den 28. februar 2003.

Som oplyst telefonisk gjorde hovedaktionæren imidlertid indsigelse mod gyldigheden af de beslutninger, der blev truffet på den ordinære generalforsamling den 28. februar 2003, idet hovedaktionæren ikke mener at være retsmæssigt indkaldt til denne generalforsamling.

Som følge af hovedaktionærens indsigelse blev der afholdt en ny generalforsamling i selskabet den 26. marts 2003, hvor begge aktionærer var repræsenteret. På denne generalforsamling blev det besluttet at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003, jf. det vedlagte generalforsamlingsprotokollat. Mindretalsaktionæren, K, har efterfølgende protesteret mod denne beslutning, men der er ikke anlagt retssag herom, jf. aktieselskabslovens § 81, hvorfor beslutningen om at underkende lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 står ved magt.

Jeg skal venligst anmode om, at de ændringer som fremgår af vedhæftede anmeldelse, registreres hurtigst muligt, og at jeg kontaktes, såfremt Erhvervs- og selskabsstyrelsen modtager yderligere anmeldelser om selskabsændringer fra andre end undertegnede. Du bedes venligst blokere selskabet for registreringer via Webreg.”

Af protokollat vedrørende generalforsamlingen den 26. marts 2003, som var vedlagt anmeldelsen af 12. november 2003, fremgår:

”Den 26. marts 2003 afholdtes ordinær generalforsamling i B A/S på selskabets adresse ....

Til stede var aktionæren K, (49%) og I (51%). I var repræsenteret af J, ...

...

Herefter konstaterede dirigenten, at generalforsamlingen var indkaldt af advokat A ved skrivelse af 11. marts. Uanset at indkaldelsen ikke var foretaget efter de i vedtægterne foreskrevne regler, accepterede samtlige aktionærer indkaldelsens lovlighed. Dirigenten konstaterede herefter, at generalforsamlingen lovligt kunne afholdes.

Dirigenten konstaterede indledningsvis, at indkaldelsen til generalforsamlingen indeholdt følgende bemærkninger, som var et citat fra generalforsamlingsreferatet af 28. februar 2003:

“On the basis of the above mentioned the chairman recommended that a call for a general meeting would be initiated to enable the shareholders (understregning foretaget af G) to decide on the issues on this general assembly and the objections raised against the continuation hereof.”

Dirigenten kunne konstatere, at der i relation til generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 ikke var taget stilling til generalforsamlingens lovlighed. Advokat A bekræftede på forespørgsel fra dirigenten, at der ikke var taget stilling hertil og at beslutning herom var udskudt til den efterfølgende generalforsamling.

På baggrund heraf konstaterede dirigenten, at der den 28. februar 2003 var truffet beslutning om at overlade det til aktionærene på en efterfølgende generalforsamling at træffe beslutning om, hvorvidt generalforsamlingen af 28. februar 2003 var lovlig. Dirigenten forespurgte derfor forsamlingen, hvorvidt man anså generalforsamlingen af 28. februar 2003 som lovligt indkaldt og afholdt.

Advokat A protesterede mod, at dette spørgsmål blev sat til afstemning. Dirigenten fastholdt, at der allerede på den foregående generalforsamling var truffet beslutning om at overlade beslutningen herom til aktionærene og at dirigenten i øvrigt anså det for nødvendigt at få dette afgjort blandt andet som følge af, at der på nærværende generalforsamling skulle behandles de dagsordenspunkter, der traditionelt behandles på den ordinære generalforsamling, dvs. punkter, som er identiske med flere af de punkter, der blev behandlet på generalforsamlingen den 28. februar 2003.

I tilkendegav, at man anså generalforsamlingen af 28. februar 2003 som ulovligt indkaldt og afholdt. Denne aktionær stemte derfor imod at anerkende lovligheden af generalforsamlingen af 28. februar 2003. F var af den modsatte opfattelse og stemte for at anerkende lovligheden af generalforsamlingen af 28. februar 2003.

Dirigenten konkluderede herefter, at generalforsamlingens flertal underkendte lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003.

Dirigenten gennemgik herefter den udsendte dagsorden, der var således:

1. A report regarding the company's activity.
2. Presentation of the accounts for approval.
3. Decision on the result of the company.
4. Election of board members.
5. Election of accountant.
6. The company's liquidity and capital, increase of capital and payment of the debt to the managing director concerning his wages.

7. Unsettled business relationship between I and L including the board members D and F's potential violation of the confidentiality obligations of the board of directors and thereby related personal responsibility.
8. Other issues raised in I's letters of 18. February 2003 and 7. March 2003.
9. Any other business.

Ad 1 - A report regarding the company's activity (beretning om selskabets virksomhed for det forløbne år):

Administrerende direktør K henviste til referatet fra "generalforsamlingen" af 28. februar 2003.

Ad 2 - Presentation of the accounts for approval (forelæggelse af årsregnskab til godkendelse):

Regnskabet blev ikke gennemgået, idet K henviste til referatet fra "generalforsamlingen" af 28. februar 2003.

Dirigenten konstaterede, at regnskabet ikke var underskrevet af bestyrelsesmedlemmerne D og F. På forespørgsel oplyste Mr F, at han på det foreliggende grundlag ikke vil kunne indstille regnskabet til generalforsamlingens godkendelse.

I tilkendegav, at man ikke vil kunne godkende regnskabet, da man ikke var sikker på, om regnskabet giver et retvisende billede af selskabets virksomhed. I stillede samtidigt forslag om, at generalforsamlingen på denne baggrund blev udsat.

K tilkendegav, at han anså regnskabet for godkendt på generalforsamlingen den 28. februar 2003.

På baggrund af tilkendegivelserne fra aktionærerne konstaterede dirigenten, at regnskabet ikke kunne godkendes i den foreliggende form. Dirigenten konstaterede endvidere, at der var flertal for at udsætte generalforsamlingen med henblik på eventuel efterfølgende godkendelse af regnskabet.

Dirigenten forespurgte, om aktionærerne kunne blive enige om en dato for en ny generalforsamling. K ønskede ikke at drøfte en sådan dato. Dirigenten overlod det herefter til bestyrelsen at indkalde til en ny generalforsamling.

Herefter hævdede dirigenten generalforsamlingen."

**Ankenævnet udtaler:**

Spørgsmål om lovligheden af generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 var ikke på dagsordenen for generalforsamlingen den 26. marts 2003, og da ikke alle ak-

tionærer samtykkede i, at dette emne blev behandlet på sidstnævnte generalforsamling, havde generalforsamlingens flertal den 26. marts 2003 ikke kompetence til at beslutte, at generalforsamlingen afholdt den 28. februar 2003 var ulovlig, jf. aktieselskabslovens § 74, 1. pkt. Da der ifølge protokollatet for generalforsamlingen den 26. marts 2003, som var vedlagt anmeldelsen af 12. november 2003 om C's udtræden af selskabets bestyrelse, endvidere ikke blev truffet beslutning om ændringer i bestyrelsen, jf. aktieselskabslovens § 49, stk. 2, burde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen have registreringsnægtet anmeldelsen om C's udtræden af selskabets bestyrelse, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 1.

Anmeldelse om ændring af anmeldte forhold skal ifølge anmeldelsesbekendtgørelsens § 9 (bekendtgørelse nr. 72 af 11. februar 2002) ledsages af bevis for ændringens lovlige vedtagelse, og da anmeldelsen den 12. november 2003 om D's tiltræden som bestyrelsesformand ikke var vedlagt sådan dokumentation, jf. aktieselskabslovens § 56, stk. 1 og 3, og § 57, stk. 1, burde Erhvervs- og Selskabsstyrelsen have registreringsnægtet anmeldelsen eller fastsat en frist for forholdets berigtigelse, jf. aktieselskabslovens § 157, stk. 1 og 2.

Ankenævnet ændrer derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 9. december 2003, således at registreringen den 13. november 2003 af C som udtrådt af selskabets bestyrelse og af D's som tiltrådt bestyrelsesformand for selskabet ophæves.

#### **4.7. Årsregnskabsloven**

15) Kendelse af 31. august 2004. (j.nr. 03-195.280).

Tiltrådt at offentliggørelse af ny årsrapport til omgørelse af offentliggjort årsrapport blev afslået.

Årsregnskabslovens § 138, stk. 6 og indsendelsesbekendtgørelsens § 12, stk. 1.

(Lise Høgh, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 2. september 2003 har K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 1. september 2003 har afslået at offentliggøre en ny årsrapport for 2002, hvori der i forhold til den oprindelig indsendte og tidligere offentliggjorte årsrapport for perioden var foretaget sammendrag til bruttofortjeneste

i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 32 samt udeladt enkelte oplysninger fra den i ledelsesberetningen indeholdte oversigt over hoved- og nøgletal.

### **Sagens omstændigheder:**

Årsrapport for 2002 for K A/S blev modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 30. maj 2003 og offentliggjort den 2. juni 2003. Den 6. juni 2003 modtog styrelsen en ny årsrapport for 2002 fra selskabet. I forhold til den oprindeligt indsendte årsrapport var posterne ”nettoomsætning”, ”vareforbrug” og ”andre eksterne udgifter” sammendraget til ”bruttofortjeneste” i resultatopgørelsen, og oplysninger om nettoomsætning og bruttoresultat samt visse hertil relaterede nøgletal var udeladt af den i ledelsesberetningen indeholdte oversigt over hoved- og nøgletal.

I skrivelse af 1. september 2003 meddelte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen K A/S, at der ikke kan ske omgørelse af den oprindeligt indsendte og offentliggjorte årsrapport, da der med de foretagne ændringer i den nye årsrapport ikke er tale om rettelser af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold.

I klagen har selskabet anført blandt andet:

”...

Vi har med en fejltagelse indsendt årsrapport, hvor omsætning fremgår. Af konkurrencemæssig hensyn ønsker vi ikke omsætningen være til offentlig analyse, hvorfor vi beder om offentliggørelse af Årsrapport indsendt efterfølgende, hvor sammendrag til bruttofortjeneste i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 32 er foretaget.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 16. oktober 2003 blandt andet udtalt:

”....

### **Sagens retlige omstændigheder**

Omgørelse af en offentliggjort årsrapport, som styrelsen har offentliggjort jf. årsregnskabslovens § 154 kan i henhold til årsregnskabslovens § 138, stk. 6 alene ske, såfremt styrelsen tillader dette. Begrundelsen for, at en offentliggjort årsrapport ikke skal kunne omgøres er, at regnskabsbrugerne som udgangspunkt ikke skal kunne risikere, at der offentliggøres nye udgaver af årsrapporten efter, at regnskabsbrugeren har truffet beslutning på grundlag af en tidligere offentliggjort årsrapport.

Omgørelse kan i henhold til lovbemærkninger til § 138, stk. 6 alene ske, såfremt omgørelse anses for at være i regnskabsbrugernes interesse som følge af rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som ved berigtigelse af ulovlige forhold.

I henhold til årsregnskabslovens § 32, stk. 1 kan virksomheder sammendrage følgende poster og i stedet indføre en post benævnt "Bruttofortjeneste" eller "Bruttotab":

1. Nettoomsætning
2. Ændring i lagre af færdigvarer, varer under fremstilling og handelsvarer
3. Arbejde udført for egen regning og opført under aktiver
4. Andre driftsindtægter
5. Andre eksterne omkostninger
  - a. Omkostninger til råvarer og hjælpematerialer
  - b. Andre eksterne omkostninger

Den foretagne ændring i den i styrelsen senest modtagne årsrapport er således i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 32, stk. 1.

Sammendrag af nettoomsætning, vareforbrug og andre eksterne omkostninger anses ikke for at være rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller berigtigelse af ulovlige forhold. Sammendrag til bruttofortjeneste er i stedet en lempelsesmulighed i årsregnskabsloven, såfremt særlige konkurrencemæssige hensyn tilgodeses. Inden sammendrag til bruttofortjeneste kan foretages skal det konkluderes, at oplysning om nettoomsætning vil være til væsentlig skade for virksomhedens afsætningsmuligheder og indtjening. Virksomheden skal kunne påvise denne mulige væsentlige skade for virksomheden, hvilket fremgår af lovbemærkninger til årsregnskabslovens § 32, stk. 1. Desuden er det i lovbemærkningerne fremhævet, at oplysning om nettoomsætning anses for at være af væsentlig betydning for regnskabsbrugerne.

Offentliggørelse af årsrapporter sker i henhold til årsregnskabslovens § 154. Det fremgår at lovbemærkninger til denne bestemmelse, at offentliggjorte årsrapporter er af central betydning for investorer og kreditorer. Derudover skal en årsrapport i henhold til årsregnskabslovens § 12 støtte regnskabsbrugerne i deres økonomiske beslutninger. Da sammendrag til bruttofortjeneste er en lempelsesmulighed i årsregnskabsloven i forhold til lovens hovedregel om oplysning af nettoomsætning, vil sammendrag til bruttofortjeneste forringe regnskabsbrugers muligheder for vurdering af



selskabets forhold. En omgørelse af en årsrapport, som medfører en forringelse af regnskabsbrugernes mulighed for at vurdere ledelsens placering af brugernes ressourcer og ledelsens forvaltning af virksomhedens ressourcer anses ikke for at være i regnskabsbrugernes interesse.

Derudover har ledelsen jf. årsregnskabslovens § 9 i ledelsespåtegningen givet udtryk for, at den oprindeligt indsendte årsrapport giver et retvisende billede af selskabets aktiver og passiver, finansielle stilling samt resultatet, hvilket revisor ligeledes giver udtryk for i sin revisionspåtegning.

I øvrigt kan det oplyses, at en omgjort årsrapport i henhold til indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2 tillige med den oprindeligt offentliggjorte årsrapport vil være offentligt tilgængelig, da der ikke er tale om væsentlige fejl ved den oprindeligt offentliggjorte årsrapport.

### **Styrelsens udtalelse**

En ændring, som medfører sammendrag til bruttofortjeneste og den følgende udeladelse af oplysning om nettoomsætning i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 32 kan ikke anses for at være rettelser af væsentlige fejl eller af ulovlige forhold, og kan derudover ikke anses for at være i regnskabsbrugernes interesse, hvilket selskabets ledelse og revisor bekræfter i ledelsespåtegning og revisionspåtegning på den oprindeligt indsendte og offentliggjorte årsrapport. Som følge af disse betragtninger fastholder styrelsen afgørelsen om, at selskabets årsrapport for 2002 modtaget den 30. maj 2003 ikke kan omgøres med årsrapport modtaget i styrelsen den 6. juni 2003.

...”

### **Ankenævnet udtaler:**

Det følger af årsregnskabslovens § 138, stk. 6, at en offentliggjort årsrapport ikke kan omgøres ved en ny årsrapport, medmindre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tillader dette.

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår:

”De indsendte årsrapporter offentliggøres efter § 154. Så snart offentliggørelse har fundet sted, kan årsrapporten ikke omgøres ved indsendelse af en ny årsrapport, medmindre styrelsen undtagelsesvist tillader dette, jf. forslagetets stk. 6. Hovedreglen indeholder således et forbud imod omgørelse, da regnskabsbrugeren som udgangspunkt ikke skal kunne

risikere, at der offentliggøres nye udgaver af årsrapporten efter, at regnskabsbrugeren har truffet beslutning på grundlag af en tidligere offentliggjort årsrapport. Der kan dog forekomme tilfælde, hvor omgørelse af årsrapporten må anses for at være i regnskabsbrugernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold. Styrelsen fastsætter nærmere regler herom ved bekendtgørelse, jf. § 155, stk. 3.”

Da sammendrag i resultatopgørelsen af posterne ”nettoomsætning”, ”vareforbrug” og ”andre eksterne udgifter” til ”bruttofortjeneste”, jf. nærmere årsregnskabslovens § 32, samt udeladelse af oplysninger om nettoomsætning, bruttoresultat og visse hertil relaterede nøgletal i den i ledelsesberetningen indeholdte oversigt over hoved- og nøgletal, ikke kan anses som rettelser af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold, jf. herved § 12, stk. 1, i bekendtgørelse nr. 1076 af 17. december 2001 om indsendelse og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (indsendelsesbekendtgørelsen) tiltræder ankenævnet, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afslået at offentliggøre den nye årsrapport.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 1. september 2003.

16) Kendelse af 22. april 2004. (j.nr. 03-203.658).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens §§ 151 og 152.

(Morten Iversen, Kjelde Mors og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 27. september 2003 har registreret revisor A på vegne af ledelsesmedlemmerne i K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 19. september 2003 har pålagt de pågældende ledelsesmedlemmer afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

**Sagens omstændigheder:**

K ApS har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2002 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 165, stk. 4, fastsatte frist på 6 måneder efter regnskabsårets afslutning, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 8. juli 2003 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 18. juli 2003. Samtidig meddelte styrelsen bl.a., at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152.

Ved brev af 4. august 2003 anmodede selskabets direktør K 1 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om udsættelse af indsendelsesfristen grundet sygdom hos selskabets bogholder K 2. I brevet anførtes blandt andet:

”K 2 har gennem de sidste mange år stået for udarbejdelse af det daglige bogholderi samt betaling af kreditorer m.m.

I forbindelse med indlæggelse på hospitalet gennemgår jeg et stykke tid efter, nogle af de papirer, som ligger på kontoret. Blandt disse finder jeg Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 08. juli 2003, hvoraf det fremgår at virksomhedens årsregnskab endnu ikke er fremsendt.

Jeg kontakter derfor strakt vores revisor A. Hun oplyser mig, at hun endnu ikke har modtaget det endelige materiale. Hun var derfor overbevist om, at vi havde fundet en anden revisor til opgaven.

Vi mødes derfor straks, og vi konstaterer på det tidspunkt, at der ikke er bogført i 5 måneder. Der er dog løbende blevet betalt kreditorer, men hele bogføringen mangler.

K 2 har ikke kontaktet vores revisor for hjælp, da han åbenbart ikke har været i stand til at løfte opgaven grundet begyndende sygdom. Han er p.t. indlagt på X-by Sygehus med kræft og er meget svækket. Vi kan derfor ikke få nogen form for assistance hos ham. Kopi af erklæring fra X-by Sygehus er vedlagt.

Vi skal derfor anmode Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om udsættelse af indsendelse af årsregnskabet 1 måned frem, da der, som skrevet tidligere, mangler bogføring af ca. 5 måneder bilag, som udgør en bilagsmasse på omkring 500 bilag.

Vi skal oplyse, at revisoren er gået i gang med opgaven, men har selvfølgelig også andre opgaver der skal løses, da denne opgave ikke er planlagt.”

Ved brev af 13. august 2003 til registreret revisor A, som på selskabets vegne havde rykket Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for svar på brevet af 4. august 2003, meddelte styrelsen, at styrelsen ikke havde mulighed for at dispensere fra fristen. Styrelsen bemærkede dog samtidig, at den var indstillet på at udsætte anvendelsen af tvangsmidler til den 12. september 2003, men at dette ikke i sig selv begrundede fritagelse for afgift for overskridelse af årsregnskabslovens indsendelsesfrister.

Den 16. september 2003 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen selskabets årsrapport for 2002, og ved skrivelser af 19. september 2003 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, selskabets enkelte ledelsesmedlemmer en afgift for ikke rettidig indsendelse af årsrapporten.

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 3. november 2003 udtalt:

”...

Styrelsen kan under ganske særlige omstændigheder fritage et ledelsesmedlem for den pålagte afgift, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 1. Det er en forudsætning herfor, at den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges ham eller hende til last. Det fremgår af lovens forarbejder, at ”dette gælder navnlig alvorlig sygdom, som medfører dokumenteret længevarende uarbejdsdygtighed i perioden op til indsendelsesfristens udløb hos en person, som er af afgørende betydning for regnskabsaflæggelsen”. 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”.

I den aktuelle sag er der imidlertid efter styrelsens opfattelse ikke grundlag for at fritage for de pålagte afgifter. Det fremgår af brevet af 4. august 2003 til styrelsen fra selskabets direktør, at denne øjensynlig er overrasket over, at årsregnskabet ikke er indsendt og at bogføringen er fem måneder bagud. På denne baggrund er det styrelsens opfattelse, at selskabets ledelse ikke har sikret sig en forsvarlig organisering af bogholderi og regnskabsudarbejdelse, idet den øjensynligt har overladt ansvaret til selskabets bogholder uden at følge op på, om opgaverne blev løst. Det er i denne forbindelse uden betydning, at denne tillige er medlem af selskabets bestyrelse.

Det er derfor efter styrelsens vurdering ikke en pludselig opstået begivenhed som bogholderens sygdom, der er skyld i den forsinkede indsendelse af årsregnskabet, men i stedet, at selskabets ledelse – således som sagen forelig-

ger oplyst - ikke har levet op til sit ansvar og sikret en forsvarlig organisering af bogholderi og regnskabsaflæggelse. Dermed er det efter styrelsens vurdering ikke godtgjort, at ”forsinkelsen ikke kan lægges den pågældende til last”, jf. årsregnskabslovens § 152, stk. 2.

Det skal i den forbindelse påpeges, at selskabets årsregnskab for 2001 heller ikke var indsendt rettidigt. Her anmodede selskabets ledelse i brev af 1. oktober 2002 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om fritagelse for de i den anledning pålagte afgifter. Det blev heri anført, at ”vi har i god tro regnet med, at vores revisor ... havde styr på tidsfristerne, hun har været vores regnskabsassistance igennem mange år”. Dette synes at underbygge, at selskabets ledelse ikke selv har sikret sig, at reglerne for regnskabsudarbejdelse og –indsendelse overholdes.

Det er på baggrund af denne gennemgang styrelsens opfattelse, at betingelserne for at fritage for de pålagte afgifter ikke er opfyldt.

...”

#### **Ankenævnet udtaler:**

Ledelsens efterfølgende konstatering af, at selskabets årsrapport ikke var indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden udløbet af fristen herfor, og at der ikke var foretaget bogføring i selskabet i 5 måneder, findes ikke at udgøre en sådan ganske særlig omstændighed, som efter årsregnskabslovens § 152 kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved afgørelserne af 19. september 2003 har pålagt ledelsesmedlemmerne i K ApS afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2002.

17) Kendelse af 30. august 2004. (j.nr. 03-234.859).

Afgift som følge af for sent indsendt årsrapport ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens § 151 og § 152

(Lise Høgh, Suzanne Helsteen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 10. november 2003 har K1 på egne og K2's vegne klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelser af 24. oktober 2003 har pålagt dem som

bestyrelsesmedlemmer i A A/S, afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport.

**Sagens omstændigheder:**

A A/S har kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabets årsrapport for 2002 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 165, stk. 4, fastsatte frist på 6 måneder efter regnskabsårets afslutning, sendte styrelsen i henhold til lovens § 150 den 8. juli 2003 brev til selskabets ledelse på selskabets registrerede adresse med påkrav om at modtage årsrapporten senest den 18. juli 2003. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabets øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskridelse af indsendelsesfristen i medfør af årsregnskabslovens §§ 150-152, ligesom skifteretten ville blive anmodet om at tvangsopløse selskabet, såfremt årsrapporten ikke var modtaget senest den 5. august 2003.

Ved skrivelse af 1. september 2003 anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skifteretten i X-by om at tvangsopløse selskabet, og ved skrivelse af samme dato orienterede styrelsen selskabets ledelse herom. Årsrapporten blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 25. september 2003, og ved skrivelser af 24. oktober 2003 pålagde styrelsen herefter under henvisning til årsregnskabslovens § 151, stk. 3, K 1 og K 2 hver en afgift på 3.000 kr.

I klageskrivelsen af 10. november 2003 har K 1 anført:

”...

Til orientering skal oplyses, at undertegnede har stået for al poståbning på adressen ...i juli måned, medens vor virksomhed har haft ferielukket.

Den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremsendte rykker af 8/7 2003 er aldrig kommet til min kundskab, hvilke[t] jeg helt naturlig qua min profession ville have reageret på.

Straks efter, at der fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen blev fremsendt orientering om, at A A/S var blevet sendt til opløsning i Skifteretten i X-by, hvilke[t] jo så er første gang vi bliver orienteret om at regnskabet pr. 31. december 2002 ikke er modtaget, bliver det straks foranlediget fremsendt til

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvor det endnu engang tilsyneladende ikke når frem til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. jf. den løbende korrespondance nærværende sag har afstedkommet mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og min partner B.

Det lykkedes undertegne[de], at undertrykke mediernes offentliggørelse i første omgang, men **ikke** i anden omgang, hvilke[t] jeg synes har påført os ”straf” nok.

Jeg skal derfor på vegne min hustru og jeg endnu engang anmode om fritagelse, subsidiært en markant reduktion af den pålagte afgift, idet jeg mener der er gjort alt for at fremme indsendelse af årsregnskabet for A A/S, straks efter det er kommet til vor kundskab, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke mente at have modtaget regnskabet i juni måned 2003.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 14. januar 2004 udtalt:

”...

#### Sagens retlige omstændigheder

...

Styrelsen skal indledningsvis anføre, at det er selskabets øverste ledelse, der har ansvaret for, at årsrapporten udarbejdes og indsendes, så den kan modtages rettidigt i styrelsen. Når styrelsen modtager en årsrapport fremsendes en kvittering for modtagelsen til afsender. En sådan kvittering er også sendt til selskabet i forbindelse med tidligere års modtagelse af årsregnskab.

Klager anfører, at påkravet af 8. juli 2003 aldrig er kommet til hans kundskab. Styrelsen skal hertil anføre, at brevet af 8. juli 2003 ikke er modtaget retur fra postvæsenet, og styrelsen er ikke gjort bekendt med problemer vedrørende posten i denne periode.

Selskabet reagerer ikke på den manglende modtagelse af kvittering for styrelsens modtagelse af årsrapporten for 2002, ligesom det må lægges til grund, at styrelsens påkrav af 8. juli 2003 er kommet frem til modtager.

Der foreligger således ikke sådanne ganske særlige omstændigheder, som nævnt i årsregnskabslovens § 152, som kan begrunde en fritagelse eller nedsættelse af de pålagte afgifter.

Styrelsen fastholder derfor de pålagte afgifter.”

**Ankenævnet udtaler:**

Ankenævnet finder det ikke sandsynliggjort, at selskabets ledelse ultimo juni 2003 fremsendte selskabets årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, eller at styrelsens påkrav af 8. juli 2003 om indsendelse af selskabets årsrapport ikke kom frem til ledelsen. Ankenævnet finder det yderligere ikke sandsynliggjort, at ledelsen på ny fremsendte selskabets årsrapport til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, umiddelbart efter at ledelsen ved styrelsens skrivelse af 1. september 2003 var orienteret om, at skifteretten samme dag var anmodet om at tvangsopløse selskabet.

Ankenævnet finder herefter ikke, at der foreligger sådanne ganske særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 152 kan begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgifter for ikke rettidig indsendelse af selskabets årsrapport for 2002.

Ankenævnet tiltræder derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelser af 24. oktober 2003.

18) Kendelse af 11. november 2004. (j.nr. 03-92.124).

Registreringsnægtelse af anmeldelse om omlægning af regnskabsår ophævet.

Aktieselskabslovens (dagældende § 136, stk. 2, jf. dagældende § 134 e, stk. 4, 2. pkt.).

(Eskil Trolle, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 6. marts 2003 har advokat A på vegne af K1 A/S og K2 A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 7. februar 2003 har nægtet at registrere anmeldelser om omlægning af selskabernes første regnskabsår med virkning fra 1. januar 2002.

#### **Sagens omstændigheder:**

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 4. juni 2003 blandt andet udtalt:



” ...

Advokat A har som advokat for ovennævnte selskaber klaget over, at styrelsen i brev af 7. februar 2003 har nægtet at registrere anmeldelser modtaget den 19. december 2002 om omlægning af 1. regnskabsår for K1 A/S og K2 A/S, således at 1. regnskabsperiode løber fra 1. januar 2002 til 31. december 2002.

Om baggrunden herfor kan oplyses, at styrelsen har fastholdt, at selskabernes 1. regnskabsperiode løber fra stiftelsestidspunktet for selskaberne, som er den 4. februar 2002, idet selskaberne blev stiftet ved kontant indbetaling og uden overtagelse af virksomhed.

Til støtte herfor kan bl.a. henvises til, at Erhvervsankenævnet i kendelse af 3. december 2002 tiltrådte Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse om, at et selskabs 1. regnskabsår løber fra stiftelsen, hvis et selskab stiftes ved kontant indbetaling, uden at der i forbindelse med stiftelsen overtages en bestående virksomhed med tilbagevirkende kraft.

I konsekvens heraf fastholdes afgørelsen i brev herfra af 7. februar 2003, uanset at spaltningen af andre grunde burde være sket til enten to nye selskaber eller til to selskaber, der var stiftet senest den 1. januar 2002.

#### **Sagens faktiske omstændigheder**

Den 6. februar 2002 modtog styrelsen anmeldelse om stiftelse af selskaberne B A/S og C A/S. Selskaberne blev stiftet af D ApS ved et den 4. februar 2002 underskrevet stiftelsesdokument og med stifterens samtidige tegning af hele aktiekapitalen, som blev indbetalt kontant. Selskaberne overtog således ikke en bestående virksomhed. Registrering skete den 14. februar 2002.

Den 19. juli 2002 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen spaltningsplan og vurderingsmandserklæringer i henhold til aktieselskabslovens § 136, stk. 2, jf. § 134c, stk. 4.

Den 25. juli 2002 modtog styrelsen fælles regnskabsopstilling pr. 1. januar 2002 samt spaltningsredegørelse.

Den 31. juli 2002 offentliggjorde styrelsen modtagelsen af spaltningsplanen og vurderingsmandserklæringerne i styrelsens informationssystem, hvilket blev meddelt advokat A i brev af samme dato.

Den 26. november 2002 modtog styrelsen efter telefonisk aftale til ”forhåndsgodkendelse” bl.a. udkast til generalforsamlingsprotokollater samt ajourførte vedtægter for ovennævnte selskaber.

Primo december 2002 orienteredes advokat E fra advokatfirmaet F om, at det fremsendte materiale ikke gav anledning til nogen bemærkninger.

Den 16. december 2002 modtog styrelsen anmeldelse om spaltningens gennemførelse, som følge af beslutning herom på generalforsamlinger afholdt i ovennævnte selskaber den 13. december 2002.

Med anmeldelserne fulgte dokumentation for beslutningens lovlige vedtagelse (protokoludskrifter), vurderingsmands-erklæring i henhold til aktieselskabslovens § 136, stk. 2, jf. aktieselskabslovens § 134 c, stk. 3, vurderingsberetninger i henhold til aktieselskabslovens § 136, stk. 2, jf. aktieselskabslovens §§6 a-6c samt nye vedtægter for selskaberne B A/S og C A/S, som ændrede navn til K1 A/S og K2 A/S.

Af vedtægterne fremgik, at selskabernes 1. regnskabsår løb fra stiftelsen den 4. februar 2002 til 31. december 2002.

Den 17. december 2003 blev sagsbehandleren opmærksom på, at de nye selskabers 1. regnskabsår løb fra stiftelsen den 4. februar 2002 og ikke fra den dato spaltningen har virkning fra, dvs. 1. januar 2002.

Advokat E fra advokatfirmaet F orienteredes telefonisk samme dag herom, samt om at ovennævnte selskabers første regnskabsår ikke efterfølgende ville kunne omlægges til at løbe fra 1. januar 2002.

Da anmeldelserne om spaltningens gennemførelse for de 3 selskaber, på trods heraf fra advokatens side ønskedes registreret, skete dette den 17. december 2002.

På trods heraf modtog styrelsen den 19. december 2003 anmeldelse om omlægning af 1. regnskabsår til at omfatte perioden 1. januar 2002 til 31. december 2002.

Medio januar 2003 orienteredes advokat A om telefonsamtalen den 17. december 2002 med advokat E.

Den 7. februar 2003 nægtede styrelsen at registrere de under den 19. december 2002 indgivne anmeldelser.

Den 6. marts 2003 modtog styrelsen faxkopi af advokat A's brev af 6. marts 2003 til Erhvervsankenævnet samt brev dateret samme dag, hvoraf fremgår, at der ønskedes et møde, hvori styrelsens afgørelse forklares og begrundes.

Den 7. marts 2003 blev sagen drøftet telefonisk.

Den 10. marts 2003 modtog styrelsen faxbrev fra advokat A, hvor det fremføres, at styrelsens afgørelse om, at selskabernes 1. regnskabsperiode skal løbe fra stiftelsestidspunktet betyder, at der hverken regnskabsmæssigt eller skatteretligt aflægges årsrapport for perioden 1. januar 2002 til stiftelsestidspunktet den 4. februar 2002.

A argumenterer tillige for, at der findes en pragmatisk løsning på problemet, som betyder, at selskabets første regnskabsår fortsat løber fra stiftelsen, men at ”styrelsen skal se gennem fingre med,” at årsrapporten omfatter en resultatopgørelse for hele kalenderåret 2002.

I tilknytning hertil fremsendtes udkast til årsregnskab for K1 A/S, hvoraf fremgår, at resultatopgørelsen omfatter perioden 1. januar 2002 til 31. december 2002.

Med udgangspunkt i A's brev med tilhørende udkast til årsrapport har der fundet en telefonisk drøftelse af sagen sted mellem advokat A og chefkonsulent i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen G.

G har oplyst, at A blev orienteret om, at det ikke regnskabsmæssigt er muligt at få offentliggjort en årsrapport i styrelsen, hvoraf fremgår, at der er uoverensstemmelse mellem den registrerede regnskabsperiode for selskaberne og de indsendte årsrapporters periode for resultatopgørelsen.

### **Sagens retlige omstændigheder**

Efter årsregnskabslovens § 15, stk. 2, jf. lov nr. 448 af 7. juni 2001, kan et aktieselskabs første regnskabsperiode omfatte et kortere eller længere tidsrum end tolv måneder. Tidsrummet kan dog maksimalt være 18 måneder.

Der er imidlertid ikke i årsregnskab[s]loven eller aktieselskabslovens fastsat regler om første regnskabsperiode i forhold til stiftelsestidspunktet.

Selskabsretligt antages det, jf. f.eks. Erhvervsankenævnets kendelse af 3. december 2003 (j.nr. 02-119.347), at et selskabs første regnskabsperiode som udgangspunkt skal begynde pr. datoen for stiftelsesdokumentets underskrivelse, det vil sige fra stiftelsestidspunktet. Dette skyldes, at selskabet som selvstændig juridisk person først kommer til eksistens med virkning fra stiftelsesdokumentets underskrivelse. Selskabsretligt kan selskabet således ikke komme til eksistens som juridisk person forud for dette tidspunkt.

Hvis selskabet i forbindelse med stiftelsen imidlertid overtager en allerede bestående virksomhed, accepterer styrelsen efter fast administrativ praksis, at stiftelsen kan gennemføres med tilbagevirkende kraft fra overtagelsestidspunktet. Efter styrelsens praksis kan dette overtagelsestidspunkt være op til 18. måneder forud for stiftelsen, jf. årsregnskabslovens § 15, stk. 2.

Da de modtagende selskaber B A/S (K1 A/S) og C A/S (K2 A/S) blev stiftet med kontant indbetaling den 4. februar 2002, uden at der i forbindelse med stiftelsen blev overtaget en bestående virksomhed, ses der ikke at være noget grundlag for at tilsidesætte de selskabsretlige og regnskabsretlige grundsætninger om første regnskabsårs begyndelse.

Til støtte herfor kan som ovenfor anført henvises til, at Erhvervsankenævnet i ovenfor nævnte kendelse tiltrådte styrelsens afgørelse om, at et selskabs 1. regnskabsår løber fra stiftelsen, hvis et selskab stiftes med kontant indbetaling, uden at der i forbindelse med stiftelsen overtages en bestående virksomhed med tilbagevirkende kraft.

Uanset at spaltningen er sket med virkning fra 1. januar 2002 fastholder styrelsen derfor, således som selskabernes advokat, da også var blevet orienteret om, at ovennævnte selskabers første regnskabsår ikke kan ændres, jf. styrelsens brev af 7. februar 2003.

I konsekvens heraf må selskabernes første regnskabsår fortsat løbe fra stiftelsen den 4. februar 2002 til 31. december 2002, hvilket er i overensstemmelse med de registrerede oplysninger for selskaberne.

...”

Advokat A har i skrivelse af 11. august 2003 udtalt:

”...

#### 1. SAGSFREMSTILLING

Til sagsfremstillingen [i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 4. juni 2003] skal det blot bemærkes, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udlægning af den telefoniske drøftelse, der fandt sted den 17. december 2002, ikke kan tiltrædes.

Under den anførte telefonsamtale oplyste H, at det efter hans opfattelse kunne blive problematisk for selskaberne at aflægge årsregnskab omfattende hele 2002, uden at det i øvrigt blev tilkendegivet, at selskabernes første regnskabsår ikke efterfølgende ville kunne omlægges til at løbe fra den 1. januar 2002. Dette spørgsmål blev således ikke drøftet under telefonsamtalen.

I øvrigt blev der fra F's side givet udtryk for, at man ikke så noget problem i, at selskaberne kunne aflægge et regnskab omfattende hele 2002, men spørgsmålet forblev uløst under samtalen.

Der var med anmeldelsen den 19. december 2002 ikke tilsigtet nogen materiel ændring i selskabets vedtægtsforhold i forhold til det, der allerede var en konsekvens af spaltningen. Den supplerende anmeldelse skete således alene for at konsekvensændre selskabets vedtægter, for herved at opnå, at vedtægterne afspejlede det forhold, at spaltningen var gennemført med regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2002.

#### 2. VURDERING

Det er klagers overordnede synspunkt, at vedtægtsændringen er en nødvendig følge af den stedfundne spaltning.

Det er ubestrideligt, at der selskabsretligt er anmeldt og registreret en spaltning, der har regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2002. Punkt 4.1 i spaltningsplanen bestemmer således i overensstemmelse med ASL § 136, stk. 2, jf. § 134 a, stk. 1 nr. 8, at det ophørende selskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skulle anses for overgået til de modtagende selskaber den 1. januar 2002. I henhold til den anmeldte og registrerede spaltning, er spaltningsdatoen således 1. januar 2002, og den fælles regnskabsopstilling og vurderingsberetninger er således i overensstemmelse hermed.

Det følger derfor direkte af ASL § 134 a, stk. 1, nr. 8, at de modtagende selskaber har modtaget bestående virksomheder med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, og de modtagende selskaber må nødvendigvis have regnskabsmæssig virkning fra dette tidspunkt, uanset at stiftelsen af selskaberne først skete den 4. februar 2002. Indtægter og udgifter i de overdragne virksomheder skulle således fra og med 1. januar 2002 bogføres og registreres inden for rammerne af de modtagende selskaber.

Såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er uenig i, at rettigheder og forpligtelser er overgået til de modtagende selskaber med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, anmodes Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at beskrive de retlige og regnskabsmæssige konsekvenser af ASL § 134 b, stk. 1, nr. 8, i den konkrete sag.

Allerede det forhold, at spaltningen er gennemført og registreret med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, medfører derfor, at selskabets vedtægter må konsekvensændres i overensstemmelse hermed.

En konsekvensændring af selskabets vedtægter, således at selskabets første regnskabsår i overensstemmelse med det, der følger af spaltningen, løber fra spaltningsdatoen, det vil sige 1. januar 2002, vil efter klagers opfattelse hverken være i strid med den eksisterende lovgivning eller bestående praksis, men derimod i god overensstemmelse hermed. I den forbindelse skal det særskilt fremhæves:

## 2.1

At der er enighed om, at hverken årsregnskabsloven eller aktieselskabsloven fastsætter regler for begyndelsestidspunktet for første regnskabsperiode. Der er således ikke i den eksisterende lovgivning noget til hinder for, at et selskabs første regnskabsperiode kan løbe fra et tidspunkt før stiftelsestidspunktet, hvilket da også er accepteret i administrativ praksis.

For så vidt særligt angår fusion og spaltning, er det klagers synspunkt, at den udtrykkelige lovhjemmel, der findes i ASL § 134 b, stk. 2, til at såvel fusioner som spaltninger kan gennemføres med op til seks måneders regnskabsmæssig tilbagevirkende kraft, finder anvendelse, uanset om der er

tale om spaltning til et eksisterende selskab, eller et selskab, der kommer til eksistens i forbindelse med fusionen/spaltningen.

I den situation, hvor spaltningen sker til ikke eksisterende selskaber, bemærkes, at spaltningsdatoen og dermed selskabets første regnskabsår løber forud for stiftelsestidspunktet. Det kan derfor ikke være et særskilt argument, at der ikke kan gennemføres spaltninger til eksisterende selskaber, såfremt spaltningen sker med en spaltningsdato, der ligger forud for selskabets stiftelsesdato.

## 2.2

At fastholdelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis i en situation som den foreliggende, hvor der i ASL § 134 b er udtrykkelig hjemmel til at gennemføre fusioner og spaltninger med op til seks måneders regnskabsmæssig tilbagevirkende kraft, vil medføre en usaglig forskelsbehandling mellem den situation, hvor en spaltning gennemføres til selskaber, der opstår som led i spaltningen, og til selskaber, der er registreret efter spaltningsdatoen, men før spaltningsplanens underskrivelse.

## 2.3

At administrativ praksis ikke ses at være til hinder for, at de modtagende selskabers vedtægter konsekvensændres, således at vedtægterne bringes i overensstemmelse med den registrerede spaltning, idet den foreliggende praksis alene ses at vedrøre den situation, hvor selskabet i forbindelse med stiftelsen overtager en allerede bestående virksomhed.

Den foreliggende praksis ses imidlertid ikke at vedrøre den situation, hvor der gennemføres fusion/spaltning med op til seks måneders regnskabsmæssig tilbagevirkende kraft i overensstemmelse med ASL § 134 b, og hvor det eller de modtagende selskaber modtager en allerede bestående virksomhed som led i fusionen/spaltningen.

Særligt fremhæves, at praksis fra sædvanlig stiftelse af selskaber ikke kan overføres til spaltningssituationen, hverken i den situation, hvor spaltning sker til nyetablerede selskaber eller til eksisterende selskaber. Forskellen består bl.a. i, at når der sker spaltning til nyetablerede selskaber, opstår disse selskaber i kraft af selve spaltningen, og dette uden at der gennemføres en sædvanlig stiftelsesprocedure, hvilket klart illustrerer, at der ikke kan drages en parallel fra de særlige spaltningsregler til andre situationer, hvor nystiftede eller eksisterende selskaber overtager en eksisterende virksomhed.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har anført, at det selskabsretligt antages, at selskabets første regnskabsperiode skal begynde pr. datoen for stiftelsesdokumentets underskrivelse, det vil sige fra stiftelsestidspunktet, fordi selskabet som selvstændig juridisk person først kommer til eksistens med virkning fra stiftelsesdokumentets underskrivelse. Dette er dog ikke et ufravigeligt udgangspunkt, idet det i administrativ praksis antages, at første regnskabsår kan løbe forud for stiftelsestidspunktet, såfremt selskabet i forbindelse med stiftelsen overtager en allerede bestående virksomhed.

Imidlertid kan denne administrative praksis efter klagers opfattelse ikke finde anvendelse på en situation som den foreliggende, hvor der med udtrykkelig hjemmel i aktieselskabsloven er gennemført en spaltning med regnskabsmæssig tilbagevirkende kraft.

Herudover følger det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis, at der kan ske efterfølgende ændringer af første regnskabsår, såfremt et skuffeselskab overtager en bestående virksomhed som led i en skattefri virksomhedsomdannelse.

Nærværende sag er derfor ej heller sammenlignelig med den sag, der forelå i Erhvervsankenævnets kendelse af 3. december 2002 (j. nr. 02-119.347). Nærværende sag adskiller sig fra denne sag ved, at der i nærværende sag selskabsretligt er registreret en spaltning med regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2002.

#### 2.4

At en konsekvens af stadfæstelse af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse vil i øvrigt være, at det årsregnskab, der aflægges for 2002, ikke vil være retvisende og dermed i strid med årsregnskabsloven.

Dette skyldes, at årsregnskabet de facto må indeholde en resultatopgørelse med virkning fra spaltningsdatoen, det vil sige 1. januar 2002, uagtet at årsregnskabet udadtil angiver at omfatte en kortere periode. Det ”ikke retvisende” består i, at der under Erhvervs- og Selskabsstyrelsens forudsætninger aflægges et regnskab, der på den ene side omfatter 12 måneder, men på den anden side i regnskabet angives alene at omfatte en kortere periode (fra stiftelsestidspunktet og til regnskabsperiodens udløb) med den virkning, at regnskabslæseren kan forledes til at omregne omsætning, resultat m.v. til en 12 måneders periode trods det forhold, at de i regnskabet anførte tal allerede omfatter en 12 måneders periode.

Ligeledes vil sammenligningstal til sidste regnskabsperiode komme til at fremstå som ”ikke retvisende”.

#### 2.5

At Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse ultimativt vil medføre, at der i yderste konsekvens slet ikke aflægges regnskab for perioden 1. januar 2002 og indtil stiftelsen af de modtagende selskaber (4. februar 2002), idet det spaltede selskab ophørte som led i spaltningen, og derfor for sit vedkommende ikke kan aflægge regnskab for perioden 1. januar 2002 til 4. februar 2002. Dette ville i øvrigt også være i strid med det forhold, at spaltningen blev gennemført med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis er derfor også i strid med det kontinuitetsprincip, som en spaltning bygger på, hvor der ikke kan opstå ”mellempåreder”.

#### 2.6

At den opståede problemstilling skyldes et ”regelsammenstød” i regi af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Dette regelsammenstød består i, at de ansvarlige for modtagelse af regnskaber indtager det standpunkt, at der kun kan offentliggøres regnskaber, hvor den anførte regnskabsperiode svarer til den registrerede (men ikke har bemærkninger til, at selskabets regnskabsår måtte blive registreret med virkning fra 1. januar 2002 med den virkning, at regnskabsperioden i årsregnskabet angives at omfatte hele kalenderåret), mens de ansvarlige for registrering af omstruktureringer indtager det standpunkt, som er påklaget (men ikke har bemærkninger til, om regnskabsperioden i årsregnskabet angives at omfatte de 12 måneder, som der rent faktisk aflægges regnskab for).

Dette regelsammenstød må løses til fordel for de specialregler, der gælder på spaltningområdet, herunder konkret at der selskabsretligt er gennemført og registreret en spaltning med regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2002.

--o0o--

Sammenfattende er det således klagers opfattelse, at der i nærværende sag består en regelkonflikt mellem forskellige regelsystemer, der imidlertid i en situation, hvor der selskabsretligt er registreret en spaltning med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, må føre til, at de modtagende selskabers vedtægter kan konsekvensændres således, at vedtægterne også afspejler spaltningens konsekvenser, nemlig at de modtagende selskaber uanset stiftelsestidspunktet notorisk har regnskabsmæssig virkning fra 1. januar 2002.”

Ved skrivelse af 17. september 2003 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen supplerende udtalt:

”...

Til sagsfremstillingen oplyser advokat A, at det ikke, som anført i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 4. juni 2003, under telefonsamtalen den 17. december 2002 blev tilkendegivet, at selskabernes første regnskabsår ikke efterfølgende ville kunne omlægges til at løbe fra den 1. januar 2002.

Af telefonnotat den 17. december 2002 fremgår imidlertid, at advokat E fra F, samme dag af H blev orienteret om, at ovennævnte selskabers første regnskabsår ikke ville kunne ændres til 1. januar 2002, da selskaberne er stiftet den 4. februar 2002 samt at spaltningen burde være sket til to nye selskaber, således at første regnskabsår kunne løbe fra 1. januar 2002.



Af telefonnotatet fremgår tillige, at advokat E tog dette til efterretning og ønskede spaltningen registreret så hurtigt som muligt på grund af virksomhedsovertagelse.

Advokat A har til støtte for, at ovennævnte selskabers vedtægter skal konsekvensændres, anført, at der selskabsretligt er gennemført og registreret en spaltning, der har regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002.

I tilknytning hertil anføres, hvilket styrelsen kan tilslutte sig, at der hverken i årsregnskabsloven eller aktieselskabsloven er fastsat regler om begyndelsestidspunktet for første regnskabsperiode og at den udtrykkelige lovhjemmel, der findes i aktieselskabslovens § 134 b, stk.2, til at såvel fusioner som spaltninger kan gennemføres med tilbagevirkende kraft med op til 6 måneder, finder anvendelse, uanset om der er tale om spaltning til et eksisterende selskab, eller et selskab der kommer til eksistens i forbindelse med fusionen/spaltningen.

I den anledning kan henvises til styrelsens udtalelse af 4. juni 2003, hvoraf bl.a. fremgår, at spaltningen burde være sket til enten to nye selskaber eller til to selskaber der var stiftet senest den 1. januar 2002.

Af advokat A's udtalelse fremgår tillige, at det følger af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens praksis, at der kan ske efterfølgende ændringer af et "skuffeselskabs" første regnskabsperiode, såfremt selskabet overtager en bestående virksomhed som led i en skattefri virksomhedsomdannelse.

Styrelsen kan ikke tilslutte sig dette, da et sådant selskab i forbindelse med en kapitalforhøjelse, hvor selskabet overtager en bestående virksomhed, ikke beslutter og heller ikke kan beslutte, at selskabets registrerede første regnskabsperiode ændres, således at regnskabsperiodens begyndelse ændres til at løbe forud for det registrerede stiftelsestidspunkt. Samme forhold gør sig gældende i en situation, hvor et "skuffeselskab" overtager en virksomhed med tilbagevirkende kraft, jf. aktieselskabslovens § 6 c.

Det først aflagte årsregnskabs resultatopgørelse må på trods heraf afspejle omsætning, resultat m.v. som er sket i perioden fra overtagelsen er sket indtil stiftelsestidspunktet.

Som hovedregel vil stifterne af et selskab, som overtager en bestående virksomhed, typisk vælge at stifte selskabet med tilbagevirkende kraft fra overtagelsen af virksomheden. I konsekvens heraf vil selskabets første regnskabsperiode da også blive registreret med virkning fra dette tidspunkt. I den foreliggende sag har stifterne imidlertid valgt en anden - og på trods af advarsler - uegnet fremgangsmåde.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt styrelsen skulle være uenig i, at rettigheder og forpligtelser er overgået til de modtagende selskaber pr. 1. januar 2002, kan oplyses, at dette ikke er tilfældet, da styrelsen den 31. juli 2002 offentliggjorde modtagelsen af spaltningsplanen, som indeholdt

oplysninger om ovennævnte tidspunkt for den regnskabsmæssige virkning af spaltningen. Registreringen af gennemførelsen af spaltningen skete i overensstemmelse med spaltningsplanen.

På denne baggrund ses der ikke at være grundlag for at tilsidesætte de selskabsretlige og regnskabsretlige grundsætninger om første regnskabsårs begyndelse, uanset at spaltningen af I A/S burde være sket enten til to nye selskaber eller til to selskaber, som var stiftet senest den 1. januar 2002.

I konsekvens heraf må Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholde den under 7. februar 2003 skete registreringsnægtelse af anmeldelse om ændring af ovennævnte selskabers første regnskabsår til at løbe fra 1. januar 2002 til 31. december 2002 i stedet for, som registreret, fra ovennævnte selskabers stiftelsestidspunkt den 4. februar 2003 [2002] til 31. december 2002.

...”

Ved skrivelse af 6. oktober 2003 har advokat A bemærket:

”...

Da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har valgt at fremlægge indhold af telefonsamtale den 17. december 2002 med min kollega, E, skal jeg derfor også blot supplerende oplyse, at følgende fremgår af E's notat fra samme telefonsamtale:

*”Blev ringet op af H, der var af den opfattelse, at spaltningen efter hans opfattelse ikke kunne registreres.*

*Jeg meddelte, at dette mildest talt kom overraskende, da spaltningsplanen var offentliggjort, ligesom dokumenterne var forhåndsgodkendt.*

*Herudover oplyste jeg, at der efter min opfattelse ikke var nogen bestemmelser i aktieselskabsloven, der var til hinder for, at en spaltning blev gennemført med tilbagevirkende kraft til før stiftelsestidspunktet. Det er nærmest forudsat.*

*H meddelte, at han ville registrere spaltningen, men at han ikke kunne se, hvordan selskabet kunne aflægge første regnskabsår.*

*Jeg sagde, at det så jeg ikke noget problem i, da spaltningen skete med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, men at dette problem i givet fald måtte løses senere.”*

Det centrale i sagen er således, at der er gennemført en spaltning med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002 sammenholdt med, at der mellem Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og selskabet er enighed om, at der ikke er bestemmelser hverken i aktieselskabsloven eller årsregnskabsloven, der er til hinder for at registrere et regnskabsår med virkning fra det

tidspunkt, hvor selskabet ubestridt skal aflægge regnskab fra, nemlig 1. januar 2002.

...”

**Ankenævnet udtaler:**

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentliggjorde den 31. juli 2002 en spaltningsplan, hvoraf fremgik, at I A/S med regnskabsmæssig virkning fra den 1. januar 2002 skulle udspaltes til to modtagende selskaber, B A/S og C A/S (nu K1 A/S og K2 A/S). Såvel K1 A/S som K2 A/S var stiftet ved kontant indskud den 4. februar 2002 og med en registreret første regnskabsperiode fra 4. februar 2002 til 31. december 2002. Af fælles regnskabsopstilling pr. 1. januar 2002 i forbindelse med spaltning af selskabet I A/S samt udkast til åbningsbalancer pr. 1. januar 2002 for B A/S og C A/S som de fortsættende selskaber, som er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 25. juli 2002, fremgår ligeledes, at spaltningen skulle have regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002.

Spaltningen og regnskabsomlægningerne blev herefter vedtaget på ekstraordinære generalforsamlinger i de to selskaber den 13. december 2002. Spaltningen blev registreret, mens regnskabsomlægningerne nægtedes registrering.

Henset til, at spaltningsplanen blev offentliggjort af styrelsen til trods for, at de for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foreliggende oplysninger om første regnskabsperiode i B A/S og C A/S (nu K1 A/S og K2 A/S) efter gældende praksis umuliggjorde en senere vedtagelse af spaltningen, jf. aktieselskabslovens dagældende § 136, stk. 2, jf. dagældende § 134 e, stk. 4, 2. punktum og under hensyntagen til, at spaltningen allerede er gennemført med regnskabsmæssig virkning pr. 1. januar 2002, finder ankenævnet, der i den konkrete situation kan ske fravigelse af den faste praksis, hvorefter omlægning af første regnskabsperiode til en periode forud for stiftelsestidspunktet ikke anerkendes. Ankenævnet har herved ligeledes lagt vægt på, at der i modsat fald ikke vil blive aflagt regnskab fra spaltningsdatoen den 1. januar 2002, hvor I A/S ophørte, og frem til stiftelsestidspunktet for B A/S og C A/S (nu K1 A/S og K2 A/S), samt at der ikke foreligger udtrykkelige lovbestemmelser om

begyndelsestidspunktet for selskabers første regnskabsperiode, som er til hinder herfor, jf. nærmere årsregnskabslovens § 15.

Ankenævnet ophæver derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 7. februar 2003 og hjemviser sagen til fornyet behandling i overensstemmelse med ovennævnte.

#### **4.8. Lov om omsætning af fast ejendom**

19) Kendelse af 20. januar 2004. (j.nr. 03-108.811).

Vejledende udtalelse vedrørende forståelsen af § 8, stk. 4 i lov om omsætning af fast ejendom afvist.

Lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4.

(Suzanne Helsteen, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 14. april 2003 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 2. februar 2003 på forespørgsel fra B bl.a. har udtalt, at det efter styrelsens opfattelse ikke er lovligt for en ejendomsformidlingsvirksomhed at anvende navn eller varemærke på en person eller virksomhed, som ikke kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed efter lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 1.

#### **Sagens omstændigheder:**

Ved skrivelse af 13. august 2002 anmodede B Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om en udtalelse vedrørende lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4, og anførte i den forbindelse:

” ...

I henhold til lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4, må kun de personer og virksomheder, der lovligt kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed, være leverandør af navn og forskrifter for forretningsgange til ejendomsformidlingsvirksomheder.

Bestemmelsen har givet anledning til tvivl i en konkret sag, hvor en ejendomsformidlingsvirksomhed drives af en ejendomsmægler under et navn og under anvendelse af et varemærke, der tilhører en fysisk person/selskab, der ikke lovligt kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed. Ejendomsformidlingsvirksomheden bruger navnet/varemærket efter aftale med rettighedshaveren uden, at rettighedshaveren i øvrigt har ejerinteresser i eller på anden måde indflydelse på ejendomsformidlingsvirksomhed udover den indflydelse, der kan ligge i at have retten til virksomhedens navn/-varemærke. Det fremgår af brevpapir m.v., at virksomheden ejes af ejendomsmægler nn ("virksomhedsnavn" v/ejd.mgl. nn).

Ejendomsformidlingsvirksomheders brug af navn i relation til bestemmelsen i lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4 er kort omtalt af advokat Marianne Kjær Stolt i dennes kommentarer til lov om omsætning af fast ejendom, men herudover ses spørgsmålet ikke behandlet i litteraturen, ligesom der ikke ses at foreligge retsafgørelser.

Foreningen skal venligst anmode Erhvervs- & Selskabsstyrelsen om at fremkomme med udtalelse om bestemmelsen, herunder om bestemmelsen efter styrelsens opfattelse hindrer, at ejendomsformidlingsvirksomheder drives;

- 1) under navnet på en fysisk person, der ikke er registreret i styrelsens ejendomsmæglerregister
- 2) under anvendelse af et varemærke/navn der tilhører en virksomhed, der ikke lovligt kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed."

Ved skrivelse af 21. oktober 2002 besvarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henvendelsen som følger:

"I brev af 13. august 2002 har De stillet nogle spørgsmål i relation til § 8, stk. 4, i lov om omsætning af fast ejendom i anledning af en konkret sag i B.

I den anledning skal man oplyse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som registreringsmyndighed, jfr. lovens § 30 og bemærkningerne hertil i lovforslag L 225 af 17. marts 1993, ikke afgiver responsa om eller udtaler sig om, hvorvidt bestemmelser, der er belagt med straf, jf. lovens § 32, evt. kan anses for overtrådt.

Hvis De mener, at den pågældende bestemmelse i loven er overtrådt, kan forholdet anmeldes til politiet."

Ved skrivelse af 29. oktober 2002 rettede Dansk Ejendomsmæglerforening følgende fornyede henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen:

"...

Foreningens henvendelse drejer sig ikke om en udtalelse i den konkrete sag, men vedrører en generel forståelse af lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4, og foreningen skal derfor venligst anmode Erhvervs- & Selskabsstyrelsen om at fremkomme med en udtalelse, herunder besvare de af foreningen anførte spørgsmål.”

Ved skrivelse af 7. november 2002 til B besvarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen henvendelsen som følger:

”...

De har herefter ved den nu fremkomne skrivelse af 29. oktober 2002 oplyst, at Deres henvendelse ikke drejer sig om en udtalelse i den konkrete sag, men vedrører en generel forståelse af bestemmelsen.

I den anledning skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen meddele, at man fastholder sin afgørelse af 21. oktober 2002.

Baggrunden herfor er, at en udtalelse og en besvarelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side af de stillede spørgsmål vil kunne kædes sammen med den konkrete sag, der har givet anledning til Deres spørgsmål. Derved vil en besvarelse og en udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsens side komme til at fremstå som en konkret afgørelse i sagen – i øvrigt uden mulighed for den pågældende ejendomsmægler til at udtale sig. Og da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke, jf. lovens § 30 (se nedenfor) har hjemmel til at udtale sig om eller træffe afgørelser i konkrete sager/tvister, hvor der evt. kan være tale om overtrædelse af strafbelagte regler, har styrelsen ikke kunnet udtale sig over for Dem.

Om lovens § 30, der fastlægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kompetence efter loven, fremgår det af de tilhørende bemærkninger, at ”Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administration ... består dels i at føre et Ejendomsmæglerregister, jf. § 25, dels i at være regeludstedende myndighed, hvor dette er hjemlet ...”.

Afgørelsen, om at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har afvist at udtale sig over for Dem, kan indbringes for Erhvervsankenævnet, ...

...”

I skrivelse af 2. februar 2003 til B anførte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter:

**”Vedr.: Lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 4.**

I brev af 13. august 2002 har B på baggrund af en konkret sag anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at komme med en udtalelse om, hvem der må være leverandør af navn og forskrifter for forretningsgange til

ejendomsformidlingsvirksomheder i henhold til ejendomsomsætningslovens § 8, stk. 4. Styrelsen skal i den forbindelse udtale følgende:

Styrelsen har ikke kendskab til den konkrete sags omstændigheder, men kan generelt om ejendomsomsætningslovens § 8, stk. 4 udtale, at bestemmelsen blandt andet har til formål at sikre, at kun de i ejendomsomsætningslovens § 8, stk. 1 nævnte personer og virksomheder kan optræde som franchisegivere i forbindelse med ejendomsformidlingsvirksomhed.

Det følger af lovens § 8, stk. 4, at kun de i § 8, stk. 1 nævnte personer og virksomheder, må være leverandør af navn og forskrifter for forretningsgange til ejendomsformidlingsvirksomheder. Denne ret er dermed forbeholdt de personer og virksomheder, som i henhold til loven må drive virksomhed som ejendomsformidler.

Styrelsen skal på den baggrund udtale, at det efter styrelsens opfattelse ikke er lovligt for en ejendomsformidlingsvirksomhed at anvende navnet på en fysisk person, når denne person ikke kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed i henhold til § 8, stk. 1. Tilsvarende er det heller ikke lovligt for en ejendomsformidlingsvirksomhed at anvende et varemærke eller navn, der tilhører en virksomhed, som ikke efter loven kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed.

Styrelsen skal henlede opmærksomheden på, at udtalelsen kun er vejledende og at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene.”

Ved skrivelse af 14. april 2003 til Erhvervsankenævnet har advokat A på vegne af K ApS klaget over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 2. februar 2003 til B og har i den forbindelse bl.a. anført:

”...

Selvom styrelsen i sidste afsnit gør opmærksom på, at udtalelsen kun er vejledende, og at spørgsmålets endelige afgørelse henhører under domstolene, er det min opfattelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har truffet en egentlig afgørelse, som forpligter min klient i sin handlemåde, og som derfor kan påklages særskilt. Hvis denne udtalelse henstår upåanket, har min klient ikke andre muligheder end at rette sig ind og følge udtalelsen. Derfor er det i forhold til min klient en afgørelse og ikke kun en vejledende udtalelse. Styrelsen har tidligere udtalt sig på linie hermed. ...

At det også er det virkelige billede bekræftes af, at B rent faktisk bruger afgørelsen konkret til at påbyde min klient at ændre sit navn under trussel om strafferetlige sanktioner. ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens redegørelse er behæftet med væsentlige formelle mangler, som hver især og, så meget desto mere samlet, gør afgørelsen ugyldig.

Hvis man kigger i forarbejderne til loven om omsætning af fast ejendom, må man konstatere, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke er tillagt hjemmel til at fremkomme med vejledende udtalelser. Styrelsens kompetence er at være registreringsmyndighed og at være regeludstedende.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen angiver i sin nævnte skrivelse ..., at styrelsen ikke har kendskab til den konkrete sags omstændigheder. **Det er beklageligvis ikke sandt.** Jeg er vidende om, at den medarbejder i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som på et tidligere tidspunkt har behandlet sagen, og som har fastholdt, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke vil kunne udtale sig, ..., den 28.01.2003 efter telefonsamtale med undertegnede har orienteret kontorchef ... om den konkrete sag, og at min klient var part i sagen. ...

Da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som ovenfor nævnt har truffet en egentlig afgørelse, og da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forud har været bekendt med sagens konkrete omstændigheder og parternes identitet, er det en formel fejl, at der ikke har været foretaget partshøring af min klient forud for afgørelsen.

Det er endvidere en formel fejl, at der ikke er givet klagevejledning.

Det oven for anførte medfører, at den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen afgivne udtalelse, som er en reel afgørelse, er ugyldig og må tilbagekaldes som værende en nullitet.

Dertil kommer, at udtalelsen tillige er materielt forkert. ...

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 23. juni 2003 bl.a. udtalt:

”...

### **Sagens faktiske omstændigheder**

Den 13. august 2002 anmodede B på baggrund af en konkret sag Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at fremkomme med en udtalelse om § 8, stk. 4, herunder om bestemmelsen efter styrelsens opfattelse hindrer, at ejendomsformidlingsvirksomheder drives a) under navnet på en fysisk person, der ikke er registreret i styrelsens ejendomsmæglerregister, eller b) under anvendelse af et varemærke/navn, der tilhører en virksomhed, der ikke lovligt kan drive ejendomsformidlingsvirksomhed.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen besvarede ved styrelsens brev af 2. februar 2003 foreningens spørgsmål.



I mellemtiden havde styrelsen ved brev af 21. oktober 2002 afvist at fremkomme med en udtalelse om, hvorvidt bestemmelser, der er strafbelagt, i en konkret sag anses for overtrådt.

Den 29. oktober 2002 konkretiserede B, at henvendelsen ikke drejede sig om en udtalelse i en konkret sag, men vedrørte en generel forståelse af § 8, stk. 4, i lov om omsætning af fast ejendom.

Styrelsen fastholdt i brev af 7. november 2003 sin afgørelse af 21. oktober 2002. Efterfølgende nåede styrelsen til den erkendelse, at de to afvisninger af at afgive en generel udtalelse i sagen var fejlagtige. Derefter afgav styrelsen sin udtalelse af 2. februar 2003, som klager nu har indbragt for Erhvervsankenævnet.

### **Sagens retlige omstændigheder**

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at styrelsens udtalelse af 2. februar 2003 ikke kan anses for en afgørelse, som kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

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 denne sag er der alene tale om en vejledende udtalelse afgivet som et led i den oplysningsvirksomhed, som er forbundet med styrelsens administration af ejendomsomsætningsloven.

Det fremgår desuden udtrykkeligt af § 3 i bekendtgørelse nr. 381 [371] af 3. juni 1997 om henlæggelse af visse beføjelser til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt om klageadgang over visse afgørelser, der er udstedt i medfør af § 31 i lov om omsætning af fast ejendom, at udelukkende *afgørelser* truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller forskrifter udstedt i medfør af loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens besvarelse af klagerens henvendelse har således alene karakter af en vejledende udtalelse fra styrelsens side, idet der ikke er tale om en bindende afgørelse om en konkret virksomhed. Besvarelsen har udelukkende karakter af styrelsens fortolkning af loven. Det skal i den forbindelse nævnes, at det fremgår direkte af styrelsens brev til Dansk Ejendomsmæglerforening, at svaret udelukkende er en vejledende udtalelse, og at sagens endelige afgørelse derfor henhører under domstolene.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har kompetence til at afgive vejledende udtalelser om fortolkning af loven. Som anført af klager fremgår det af forarbejderne til ejendomsomsætningsloven, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administration af lovforslaget består dels i at føre Ejendomsmæglerregistret, dels i at være regeludstedende myndighed, hvor dette er hjemlet i lovforslaget. Herudover fremgår det af forarbejderne, at lovgivningen omkring ejendomsformidlers virksomhed før forslaget til lov om omsætning af fast ejendom blev administreret af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, hvilket ikke blev foreslået ændret. Det er styrelsens opfattelse, at det ud fra almindelige

forvaltningsretlige principper er en del af en myndigheds administration af en lov, at myndigheden afgiver vejledende udtalelser om forståelsen af de retsregler, der følger af loven.

Klager fremhæver, at udtalelsen i forhold til klager er en afgørelse, da udtalelsen forpligter klager i sin handlemåde. Klager begrundet dette med, at B rent faktisk anvender afgørelsen konkret til at påbyde klager at ændre sit navn under trussel om strafferetlige sanktioner, ... Dansk Ejendomsmæglerforening benytter alene styrelsens udtalelse som et fortolkningsbidrag, og det anførte afvises derfor.

Ifølge teorien er det karakteristiske for en afgørelse (forvaltningsakt)<sup>[...]</sup>, at ”den ligesom anordningen er ensidig og rettet udadtil mod eksterne adressater. Forskellen fra anordningen ligger navnlig i, at forvaltningsakten er rettet til en bestemt fysisk eller juridisk person, eller en bestemt flerhed af sådanne. Desuden adskiller den sig afgørende fra anordningen ved at være konkret i den forstand, at den efter sit indhold angår et allerede eksisterende eller hypotetisk fuldt karakteriseret enkelttilfælde (det aktuelle enkelttilfælde).”

Selv om styrelsen var bekendt med den konkrete sag, er de nævnte karakteristika ikke til stede i den omhandlede henvendelse. Styrelsens udtalelse er således ikke en afgørelse, men er alene en udtalelse af generel karakter. Der er med andre ord efter styrelsens opfattelse ikke tale om en forvaltningsakt, der er rettet til en bestemt person, eller som omhandler *et fuldt karakteriseret enkelttilfælde*. Det forhold, at B's forespørgsel sker på baggrund af en konkret situation, og at styrelsen er bekendt med, at der ligger en konkret situation bag henvendelsen, gør efter styrelsens opfattelse ikke udtalelsen til en afgørelse, så længe forespørgslen og udtalelsen formuleres i generelle vendinger. Hertil bemærkes, at alle fortolkningssspørgsmål i praksis som hovedregel vil være udsprunget af en konkret situation. Dette forhindrer normalt ikke forvaltningsmyndigheder i generelt at komme med fortolkningsbidrag.

...”

### **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. Ankenævnet har således ikke det almindelige administrative tilsyn med de myndigheder, hvis afgørelser kan påklages til ankenævnet. Endvidere kan vejledende udtalelser ikke påklages til ankenævnet, medmindre udtalelserne reelt indeholder en afgørelse vedrørende et spørgsmål, som er omfattet af ankenævnets kompetence.

Ankenævnet kan tiltræde, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 2. februar 2003 er en vejledende udtalelse af generel karakter om forståelsen af § 8, stk. 4, jf. stk. 1, i lov om omsætning af fast ejendom. Da udtalelsen endvidere ikke findes reelt at indeholde en afgørelse vedrørende et spørgsmål, som er omfattet af ankenævnets kompetence, jf. § 30 i lov om omsætning af fast ejendom, jf. § 3 i bekendtgørelse nr. 371 af 3. juni 1997 (nu nr. 747 af 21. august 2003) om henlæggelse af visse beføjelser til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen samt om klageadgang over visse afgørelser, afvises klagen.

#### **4.9. Lov om fremme af privat udlejningsbyggeri**

20) Kendelse af 26. januar 2004. (j.nr. 03-110.237).

Ikke hjemmel til at påklage afgørelse truffet af Erhvervs- og Boligstyrelsen i medfør af § 1, stk. 2, i lov om fremme af privat udlejningsbyggeri til Erhvervsankenævnet – uanset styrelsen havde givet klagevejledning herom.

Lov om fremme af privat udlejningsbyggeri.

(Suzanne Helsteen, Eskil Trolle og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 16. april 2003 har advokat A på vegne af K ApS klaget over, at Erhvervs- og Boligstyrelsen i skrivelse af 24. marts 2003 har afslået en ansøgning fra K ApS om tilsagn om andel i investeringsramme til fremme af privat udlejningsbyggeri efter lov nr. 1090 af 17. december 2002 om fremme af privat udlejningsbyggeri.

#### **Sagens omstændigheder:**

Den 5. marts 2003 indgav K ApS til Erhvervs- og Boligstyrelsen på et dertil udarbejdet skema en ansøgning om andel i investeringsramme til fremme af privat udlejningsbyggeri. Ved skrivelse af 24. marts 2003 afslog Erhvervs- og Boligstyrelsen ansøgningen med følgende begrundelse og klagevejledning:

”...

Investeringsrammen i hver af de 2 puljer udgør 250 mio. kr.

...

I henhold til bekendtgørelsens [nr. 65 af 29. januar 2003] § 7, stk. 2 beregnes tilsagnet som den maksimale investering, der kan beregnes efter § 1, stk. 2, i lov om fremme af privat udlejningsbyggeri.

Det skal under henvisning hertil meddeles, at Deres ansøgning ikke er kommet i betragtning, da det ikke inden for investeringsrammen er muligt at finansiere Deres projekt, der på baggrund af de i lovens § 1, stk. 2, fastsatte anskaffelsessummer er beregnet til maksimalt 257.040.000 kr.

Erhvervs- og Boligstyrelsens afgørelse kan senest 4 uger efter selskabets modtagelse af dette brev indbringes for Erhvervsankenævnet, ...”

I klageskrivelsen af 16. april 2003 har advokat A anført:

”...

Min klient indgav den 5. marts 2003 ansøgning om andel i investeringsramme til privat udlejningsbyggeri. ...

Det fremgår ..., at der skal opføres tre typer lejligheder på

dels 105 m <sup>2</sup> x 72 ejerlejligheder, eller	7.560 m <sup>2</sup>
dels 65 m <sup>2</sup> x 72 ejerlejligheder, eller	4.680 m <sup>2</sup>
dels 40 m <sup>2</sup> x 72 ejerlejligheder, eller	<u>2.880 m<sup>2</sup></u>

I alt	<u>15.120 m<sup>2</sup></u>
-------	-----------------------------

Skemaet har ingen rubrikker, som omhandler den samlede anskaffelsessum for det pågældende byggeri og således ej heller i denne forbindelse, hvilken etage-m<sup>2</sup>-pris det af skemaet omfattede projekt vil blive opført til.

Rent faktisk har min klient budgetteret med en samlet anskaffelsessum på kr. 16.500,00 pr. etage-m<sup>2</sup>, eller i alt kr. 249 mill.

Det fremgår af skrivelsen af 24. marts 2003 fra Erhvervs- og Boligstyrelsen, at baggrunden for afslaget er, at Erhvervs- og Boligstyrelsen beregner den samlede anskaffelsessum til kr. 257.040.000,00, hvilket overstiger den afsatte ramme, som er kr. 250 mill. Ansøgningsskemaet lægger som ovenfor anført ikke op til et samlet budget, herunder angivelse af etage-m<sup>2</sup>-prisen. Erhvervs- og Boligstyrelsen har således afvist ansøgningen på baggrund af en ingen steder begrundet hypotese om, at min klient skulle bygge til maksimumbeløbet.

Tværtimod fremgår det af bekendtgørelse 2003-01-29 nr. 65 om fremme af privat udlejningsbyggeri § 5, stk. 4, at i tilfælde af at ansøgninger er indkommet samtidig (første ansøgningsdag var 5. marts 2003), og i tilfælde af at projekterne har et lige stort antal beboelseslejligheder, er det de projekter,

som har størst kvadratmeterbruttoetageareal, der først kommer i betragtning ved meddelelse af tilsagn. Heri ligger, at bruttoetagearealet er en variabel og dermed også, at etage-m<sup>2</sup>-prisen kan være en variabel. Lovgivningen lægger således selv op til at fremme de ansøgninger, der har flest etage-m<sup>2</sup> og dermed alt andet lige en lavere etage-m<sup>2</sup>-pris end øvrige konkurrerende ansøgninger. Et af hovedformålene med lovgivningen var i øvrigt at fremme udlejningsbyggeri til etage-m<sup>2</sup>-priser, som gjorde det muligt også for den bredere del af befolkningen at bo til leje i nybyggeri. Der skulle således netop ikke være tale om meget dyre pensionskassebyggerier.

Det er derfor i åbenbart strid både med ordlyden i lovgivningen og intentionerne omkring denne og de oplysninger, der kan udledes af de skemaer, som Erhvervs- og Boligstyrelsen har udarbejdet, at lægge en hypotese til grund om, at min klient bygger til det maksimale beløb kr. 17.000,00 pr. etage-m<sup>2</sup>,

Da min klient i øvrigt opfylder de i lovgivningen anførte udvælgelseskriterier, nemlig:

- først i tid
- antal lejligheder (medmindre der er nogen, der har indgivet ansøgning om mere end 216 lejligheder, hvilket næppe er tænkeligt)
- antal bruttoetage-m<sup>2</sup> (medmindre der er nogen der har indgivet ansøgning om lige så mange lejligheder som ovenfor anført og flere etage-m<sup>2</sup> end anført, hvilket næppe er sandsynligt).

Det skal pointeres, at min klient ikke er blevet kontaktet af Erhvervs- og Boligstyrelsen med henblik på at få af- eller bekræftet størrelsen af den gennemsnitlige etage-m<sup>2</sup>-pris.

På baggrund af det ovenfor anførte gøres det således gældende,

- at** Erhvervs- og Boligstyrelsens afgørelse er ukorrekt, idet den bygger på en af Erhvervs- og Boligstyrelsen uhjemlet og ikke i øvrigt nærmere begrundet forkert hypotese i relation til etage-m<sup>2</sup>-prisen,
- at** min klient har udfyldt det pågældende ansøgningskema i overensstemmelse med Erhvervs- og Boligstyrelsens instrukser og således på ingen måde kan lastes Erhvervs- og Boligstyrelsens fejlagtige hypotese angående anskaffessummen,
- at** en så afgørende forudsætning for afvisningen burde have været nærmere undersøgt ved kontakt til min klient,
- at** min klient i øvrigt ud fra de lovfæstede udvælgelseskriterier ville have opnået tilsagn under investeringsrammen, hvis ikke Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde lagt en fejlagtig etage-m<sup>2</sup>-pris til grund, og

**at** eventuelle uklarheder i skemaet ikke kan komme min klient til skade, idet det pågældende skema er udarbejdet af Erhvervs- og Boligstyrelsen.

På denne baggrund nedlægger min klient følgende påstand:

**Principalt:** Den af Erhvervs- og Boligstyrelsen den 24. marts 2003 over for K ApS fremsendte afvisning erklæres ugyldig, og tildelingen i 1. pulje for så vidt angår København annulleres med henblik på korrekt tildeling i henhold til lovgivningens kriterier.

**Subsidiært:** Den af Erhvervs- og Boligstyrelsen den 24. marts 2003 over for K ApS fremsendte afvisning ophæves på grund af manglende hjemmel.

...”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Boligstyrelsen i skrivelse af 28. maj 2003 udtalt:

”...

Tilsagn om andel i investeringsramme til fremme af privat udlejningsbyggeri administreres i henhold til lov nr. 1090 af 17. december 2002 om fremme af privat udlejningsbyggeri og bekendtgørelse nr. 65 af 29. januar 2003 om fremme af privat udlejningsbyggeri. Herudover foreligger der vejledning om fremme af privat udlejningsbyggeri af februar 2003. Ansøgningsskema samt vejledning vedlægges.

I henhold til lovens § 1, stk. 7, fordeles investeringsrammen i årets første pulje i 2 lige store kvoter til projekter i henholdsvis kommuner med mindst 90.000 indbyggere og andre kommuner. I hver kvote var der således i 1. ansøgningsrunde 250 mill.kr. til rådighed til fordeling.

Efter lovens § 1, stk. 7. nr. 1 meddeles tilsagn om andel i investeringsrammen i den rækkefølge ansøgninger modtages.

Efter § 5, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 65 af 29. januar 2003 anses ansøgninger, der kommer frem til Erhvervs- og Boligstyrelsen samme dag, for at være modtaget samtidig. Blandt sådanne ansøgninger kommer efter § 5, stk. 3, ansøgninger til projekter med det største antal lejligheder, der på det pågældende tidspunkt er mulighed for at meddele tilsagn om andel i investeringsrammen, først i betragtning ved meddelelse af tilsagn.

I bekendtgørelsens kapitel 3 er angivet, hvilke regler der gælder for tilsagn om andel i investeringsrammen. Af § 7 fremgår, at Erhvervs- og Boligstyrelsen giver tilsagn på grundlag af de afgivne oplysninger i ansøgningsskemaet om, hvilken kommune byggeriet skal opføres i, hvor stort bruttoetage-

arealet af de enkelte lejligheder og det samlede byggeri er, og hvor mange lejligheder byggeriet omfatter.

Af § 7, stk. 2, fremgår, at tilsagnet beregnes som den maksimale investering, der kan beregnes efter lovens § 1, stk. 2. Dette svarer til, hvad der i lovforslaget til lov om fremme af privat udlejningsbyggeri (L 57) var angivet i bemærkningerne til § 1, stk. 10, om hvad der ville blive fastsat vedrørende administrationen af loven, for så vidt angår beregningen af tilsagnets størrelse.

Bestemmelserne i §§ 5 og 7 fører således til, at der ikke i 1. ansøgningsrunde har kunnet gives tilsagn til ansøgninger om projekter, hvortil det maksimale tilsagn, der har kunnet beregnes ud fra ansøgers egne oplysninger, oversteg 250 mill.kr.

Erhvervs- og Boligstyrelsen finder, at ansøger må bære risikoen for, at tilsagnet til et projekt ikke kan holdes inden for den maksimale investeringsramme for de enkelte kvoter. Styrelsen finder endvidere ikke, at det har været styrelsens opgave forud for tilsagnsgivningen at tage kontakt til de ansøgere, hvis ansøgninger ikke kunne imødekommes, fordi det beregnede maksimale tilsagn oversteg den samlede investeringsramme i kvoten.

Under henvisning hertil finder Erhvervs- og Boligstyrelsen, at ansøgningen er behandlet i overensstemmelse med regelsættet.”

I skrivelse af 26. juni 2003 er advokat A fremkommet med yderligere bemærkninger til sagen.

Ved skrivelse af 27. november 2003 anmodede Erhvervsankenævnet Erhvervs- og Boligstyrelsen om en nærmere redegørelse om baggrunden for styrelsens opfattelse af, at ankenævnet kunne behandle nærværende klage.

I skrivelse af 10. december 2003 har Erhvervs- og Boligstyrelsen bl.a. anført:

”Erhvervs- og Boligstyrelsen er enig med Erhvervsankenævnet i, at klageadgangen efter lov om fremme af privat udlejningsbyggeri ikke omfatter afgørelser, der er truffet i medfør af samme lovs § 1, stk. 2, og at klagevejledningen i det konkrete tilfælde derfor har været fejlagtig.”

**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.

Af lov nr. 1090 af 17. december 2002 om fremme af privat udlejningsbyggeri fremgår bl.a.:

”§ 1. ...

...

*Stk. 10.* Økonomi- og erhvervsministeren fastsætter nærmere regler om administrationen af ordningen. ...

*Stk. 11.* Henlægger økonomi- og erhvervsministeren sine beføjelser efter denne lov til Erhvervs- og Boligstyrelsen, kan ministeren fastsætte regler om klageadgang, herunder at klagen ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed, jf. dog stk. 12.

*Stk. 12.* Henlægger ministeren sine beføjelser efter § 1, stk. 1, 3, 5 og 8, til Erhvervs- og Boligstyrelsen, kan Erhvervs- og Boligstyrelsens afgørelser efter disse regler indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. ...”

Erhvervs- og Boligstyrelsens afgørelse i nærværende sag er truffet i medfør af lovens § 1, stk. 2, jf. bekendtgørelse nr. 65 af 29. januar 2003 om fremme af privat udlejningsbyggeri § 7, stk. 2, og således ikke omfattet af bestemmelsen om klageadgang efter lovens § 1, stk. 12.

Økonomi- og erhvervsministeren har bl.a. i medfør af lovens § 1, stk. 11, udstedt bekendtgørelse nr. 811 af 29. september 2003 om henlæggelse af visse beføjelser på boligområdet til Erhvervs- og Boligstyrelsen samt om afskæring af klageadgang (tidligere bekendtgørelse nr. 920 af 18. november 2002, som ændret ved bekendtgørelse nr. 29 af 16. januar 2003 og nr. 633 af 3. juli 2003). Bekendtgørelsen indeholder ikke bestemmelser om klageadgang til Erhvervsankenævnet.

Da der således hverken ved lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til ankenævnet vedrørende afgørelser truffet af Erhvervs- og Boligstyrelsen i medfør af § 1, stk. 2, i lov om fremme af privat udlejningsbyggeri, jf. bekendtgørelse nr. 65 af 29. januar 2003 om fremme af privat udlejningsbyggeri, afvises klagen.



## 5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2004 modtaget 100 klagesager. Hertil kommer 40 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse ialt 140 sager er der afsagt kendelse i 20 sager. 79 sager er afsluttet på anden måde, heraf 4 ved at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under sagens behandling i ankenævnet. 41 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 20 kendelser, der blev afsagt i 2004, var der i 11 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 1 kendelse tiltrådte ankenævnet den påklagede afgørelse, således som afgørelsen var ændret af indklagede under behandlingen af sagen i ankenævnet. I 4 kendelser ændrede/hjemviste ankenævnet den påklagede afgørelse, og endelig blev 4 sager afvist ved kendelse.

### Sagsstatistik 2004:

Uafsluttede sager pr. 1. januar 2004:	40
<u>Indkommet i året:</u>	<u>100</u>
<i>Til behandling ialt:</i>	<u>140</u>
Heraf:	
Afvist på grund af manglende gebyr:	57
Afvist af andre grunde:	2
Oversendt til anden myndighed:	1
Omgjort af indklagede	4
<u>Tilbagekaldt af klager:</u>	<u>15</u>
Afsluttet uden kendelse i alt:	79
<u>Afgjort ved kendelse:</u>	<u>20</u>
<i>Afsluttet ialt:</i>	<u>99</u>
<i>Uafsluttede sager pr. 31. december 2004:</i>	<u>41</u>

Kendelsesstatistik 2004:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

<b>Sagsområde</b>	<b>Stadfæstet</b>	<b>Ændret/hjemvist</b>	<b>Afvist</b>	<b>I alt</b>
Pengeinstitutter	2	0	1	3
Anden finansiel virksomhed	2	0	0	2
Forsikring	1	1	0	2
Firmapension	1	1	0	2
Værdipapirhandel	1	0	0	1
Realkredit	1	0	0	1
Aktie- og anpartsloven	1	1	1	3
Årsrapport	3	1	0	4
Ejendomsomsætning	0	0	1	1
Privat udlejningsbyggeri	0	0	1	1
I alt	12	4	4	20