

ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING

2002

INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2002.

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

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

Juni 2003

Jan Uffe Rasmussen
formand

Ulla Staal
næstformand

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. FORMANDSKABETS BERETNING	7
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING	8
3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET	10
3.1. Ankenævnets organisation	10
3.2. Ankenævnets kompetence	11
3.3. Indgivelse af klager	12
3.4. Sagens forberedelse	13
3.5. Sagens afgørelse	14
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS	16
4.1. Lov om banker og sparekasser	16
1) Kendelse af 11. marts 2002. 00-220.974. Dansk pengeinstituts overdragelse af filialer beliggende i udlandet krævede ikke tilladelse fra Finanstilsynet	16
2) Kendelse af 20. august 2002. 01-168.042. En udtalelse fra Finanstilsynet om, at medlemmer af et pengeinstituts ledelse m.v. havde aflagt et ikke retvisende årsregnskab ophævet, idet tilsynet ikke ved en gennemgang af pengeinstituttets aktiver m.v. selv havde konstateret dette	17
3) Kendelse af 16. december 2002. 02-102.885. Banks kurstab ved nyudstedelse af medarbejderaktier til favørkurs skulle omkostningsføres i resultatopgørelsen som lønudgift	28
4.2. Lov om forsikringselskaber	35
4) Kendelse af 17. juni 2002. 01-166.533. Udstedelse af 0-kupon obligationer ansås som led i almindelig formue- forvaltning	35
5) 01-217.929. Kendelse af 1. oktober 2002. Selskab nægtet tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed, idet moder- selskabets ejer ikke kunne godkendes som kapitalejer	45

4.3. Lov om finansiel virksomhed	55
6) Kendelse af 8. januar 2002. 01-163.552. Bankdirektørs medlemskab af bestyrelse for selskab inden for turisme i strid med forbudet i § 24, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed mod at deltage i ledelsen af anden virksomhed.....	55
4.4. Lov om værdipapirhandel	61
7) Kendelse af 8. januar 2002. 01-106.821. Aktieprospekt skulle have været godkendt af Finanstilsynet.....	61
8) Kendelse af 18. december 2002. 02-119.393. Finanstilsynet havde ikke haft hjemmel til at træffe afgørelse vedrørende spørgsmål om videregivelse af intern viden over for en ikke part. Afgørelsen ophævet.....	70
9) Kendelse af 10. juli 2002. 01-221.835 Ikke krav på aktindsigt.	76
4.5. Lov om forsikringsmæglervirksomhed	81
10) Kendelse af 20. september 2002. 01-134.435 Klageren, der var privatassurandør og som havde drevet selv- stændig forsikringsmæglervirksomhed siden 1996, skulle alene gennemgå et kursus i forsikringsmæglerjura for at kunne fortsætte sine hidtidige aktiviteter efter overgangsordningens udløb.....	81
11) Kendelse af 20. september 2002. 01-234.862 Klageren, der ikke havde nogen forsikringsteoretisk uddannelse, skulle gennemføre den teoretisk uddannelse til forsikringsmægler for at kunne drive forsikringsmæglervirksomhed efter overgangsordningens udløb.....	95
4.6. Lov om tilsyn med firmapensionskasser	103
12) Kendelse af 2. sept. 2002. 00-81.697. Da der ikke forelå en rimelig grad af sandsynlighed for, at en arbejds- giver havde afgivet løfte om pension, havde Finanstilsynet ikke haft hjemmel til over for en arbejdsgiver at kræve forsikringsmæssig afdækning heraf.....	103
13) Kendelse af 4. februar 2002. 01-101.621. Ikke tilladelse til udbetaling af beløb til selskab fra selskabets pensionskasse.....	124
14) Kendelse af 16. januar 2002. 00-223.588. Der forelå pensionstilsagn, som skulle afdækkes forsikringsmæssigt.....	128
15) Kendelse af 21. februar 2002. 00-203.421. Dyrtidsreguleringer af pensioner skulle afdækkes forsikringsmæssigt.....	135

4.7. Lov om aktie- og anpartsselskaber..... 148

16) Kendelse af 21. januar 2002. 01-165.985.
Direktion for selskab under stiftelse kunne underskrive fusionsplan.....148

17) Kendelse af 13. maj 2002. 01-176.403.
Værdiforringelser af aktiver i perioden fra spaltningdagen til datoen
for den besluttende generalforsamling ikke til hinder for registrering af
spaltning 152

18) Kendelse af 10. sept. 2002. 02-23.196.
Ikke hjemmel til at afregistrere selskab i likvidation så længe selskabet
var part i retssag 152

19) Kendelse af 10. december 2002. 02-176.381.
Selskab under stiftelse kunne ikke deltage i stiftelsen af et andet selskab..... 164

4.8. Lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v. 170

20) Kendelse af 17. januar 2002. 01-80.169.
Afgørelse om afgift ved for sen indsendelse af årsregnskab ophævet..... 170

21) Kendelse af 1. maj 2002. 01-213.792.
Afgift i forbindelse med for sent indsendt årsregnskab ikke eftergivet..... 176

22) Kendelse af 2. maj 2002. 01-183.637.
Afgift i forbindelse med for sent indsendt årsregnskab ikke eftergivet..... 180

23) Kendelse af 2. maj 2002. 01-209.523.
Selskab havde pligt til at oplyse om nettoomsætning og sammen-
ligningstal i sit årsregnskab 183

24) Kendelse af 3. december 2002. 02-119.347.
Når et selskab stiftes ved kontant indbetaling af anpartskapitalen, kan
selskabets 1. regnskabsår ikke begynde før stiftelsestidspunktet..... 186

4.9. Lov om hjemmeservice..... 192

25) Kendelse af 28. august 2002. 01-217.919.
En skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der angav at være
en afgørelse, anset for at være en partshøringsskrivelse.
Klagefrist overholdt. Hjemmeservice-tilskud udbetalt i forbindelse
med arbejde udført af anden virksomhed skulle tilbagebetales..... 192

4.10. Lov om omsætning af fast ejendom..... 200

26) Kendelse af 12. april 2002. 01-172.159.

Klageren opfyldte kravene til praktisk kunnen for ejendomsmæglere.

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 7 og bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1.....200

4.11. Offentlighedsloven/forvaltningsloven..... 205

27) Kendelse af 2. januar 2002. 01-166.540..... 205

Aktindsigt nægtet.

5. STATISTIK. 228

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 2002 haft en tilgang på 122 klagesager og har i alt haft 154 sager til behandling. Der er i årets løb afsluttet 118 sager. Heraf er 27 sager afsluttet ved kendelse og 91 sager på anden måde. Af de 27 sager afgjort ved kendelse blev afgørelsen stadfæstet i 17 sager, mens 10 kendelser førte til ændring af den påklagede afgørelse. Ændringsprocenten for sager afgjort ved kendelse har således været på 37 %. Endvidere har de indklagede myndigheder i 9 tilfælde ændret afgørelsen under sagsbehandlingen i nævnet, således at afsigelse af kendelse har kunnet undlades.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager afgjort ved kendelse har udgjort 9 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 kap. 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 18 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 erhvervsministeren.

I året 2002 har ankenævnet bestået af følgende:

Formandskab:

Landsdommer	Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer	Ulla Staal

Medlemmer:

Med kendskab til erhvervsforhold:

Professor	Mads Bryde Andersen
Advokat	Lise Høgh
Advokat	Suzanne Helsteen
Statsaut. revisor	Morten Iversen
Advokat	Finn Møller Kristensen
Advokat	Eskil Trolle

Med kendskab til nationaløkonomi:

Professor	Ellen Andersen
Lektor	Peter Erling Nielsen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:

Direktør	Kåre Dullum
Vicedirektør	Niels Bolt Jørgensen
Direktør	Kjelde Mors
Professor	Christen Sørensen

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold, herunder realkreditforhold:

Sekretariatschef	Susanne Nielsen
Direktør	Peter Wendt
Vicedirektør	Jørgen Wohnsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:

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

Med kendskab til forbrugerforhold:

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

Sekretariatet har bestået af:

Sekretariatschef	Palle Mose-Nielsen
Overassistent	Yvonne B. Kure

Ankenævnets adresse:

Erhvervsankenævnet

Kampmannsgade 1, Postboks 2000

1780 København V.

Tlf.: 33 30 76 22

Telefax: 33 36 39 96

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 omfattes 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 skønmæssige 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 skønmæssige 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. 3.

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2002. Hvor intet andet er anført, gengives kendelserne med deres fulde ordlyd, som regel dog i anonymiseret stand.

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

4. 1. Lov om banker og sparekasser m.v.

1) Kendelse af 11. marts 2002. 00-220.974.

Dansk pengeinstituts overdragelse af filialer beliggende i udlandet krævede ikke tilladelse fra Finanstilsynet.

Bank- og sparekasselovens § 48.

(Lise Høgh, Suzanne Helsteen, Kjelde Mors, Peter Erling Nielsen og Jan Uffe Rasmussen)

(Sagen gengives ikke i sin fulde ordlyd)

Et dansk pengeinstitut havde klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 28. november 2000 havde påtalt, at instituttet ikke i henhold bank- og sparekasselovens § 48 havde sørget for tilladelse til overdragelse af nogle af instituttets filialer beliggende udlandet.

Ved sagens afgørelse udtalte Erhvervsankenævnet:

Af bank- og sparekasselovens § 48 fremgår; at et pengeinstitut ikke uden økonomiministerens tilladelse må overtage et pengeinstitut eller en

forretningsafdeling af et sådan. Efter lovens § 54 straffes overtrædelse af § 48 med bøde eller fængsel for så vidt højere straf ikke er forskyldt efter borgerlig straffelov.

Således som § 48 er formuleret, er det det overtagende pengeinstitut, der har ansvaret for at indhente den fornødne tilladelse til overtagelsen, og som kan ifalde straf, såfremt tilladelse ikke indhentes forinden overtagelsen. Påtale om bestemmelsens overtrædelse har derfor ikke kunnet rettes til ... (instituttet).

Af forarbejderne til § 48 fremgår at:

Bestemmelsen, som er overensstemmende med BL § 4 stk. 1, og Spkl. § 3, omfatter enhver form for overtagelse eller sammenslutning med et af forslaget omfattet pengeinstitut. Den finder således også anvendelse på en udenlandsk banks eller sparekasses overtagelse af en dansk bank, sparekasse eller forretningsafdeling af sådanne."

Ankenævnet kan tiltræde, at bestemmelsen har til formål at sikre indskydernes forhold ved overtagelse. Efter ankenævnets opfattelse kan det derimod ikke, når henses til bestemmelsens forarbejder, antages, at bestemmelsen har til formål at sikre indskydere i udlandet eller udenlandske indskyderes forhold i forbindelse med et udenlandsk pengeinstituts overtagelse af en forretningsafdeling beliggende i udlandet.

Som følge af det anførte ophæver ankenævnet derfor Finanstilsynets afgørelse af 28. november 2000.

2) Kendelse af 20. august 2002. 01-168.042.

En udtalelse fra Finanstilsynet om, at medlemmer af et pengeinstituts ledelse m.v. havde aflagt et ikke retvisende årsregnskab ophævet, idet tilsynet ikke ved en gennemgang af pengeinstituttets aktiver m.v. selv havde konstateret dette.

Bank- og sparekasselovens 31.

(Morten Iversen, Niels Bolt Jørgensen, Kjeld Mors, Peter Erling Nielsen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat NN har ved skrivelse af 25. juli 2001 på vegne af de enkelte medlemmer af B Banks bestyrelse, direktion, ekstern revision og den interne revisionschef klaget over, at Finanstilsynet i skrivelser af 28. juni 2001 har påtalt, at de har aflagt/påtegnet et årsregnskab for 2000, der ikke er retvisende, jf. lov om banker og sparekasser § 31, stk. 2.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder udtalt i skrivelse af 14. september 2001:

"Sagsforløb:

I forbindelse med Finanstilsynets gennemgang af åbningsbalance pr. 1. januar 2001 for det fortsættende selskab, C Bank A/S, i fusionen mellem B Bank A/S og C Bank A/S ..., konstaterede Finanstilsynet, at banken havde foretaget en negativ regulering af egenkapitalen på 9.709 tkr., jf. åbningsbalancens side 6.

Det var anført i en note til åbningsbalancen, jf. åbningsbalancens side 7, at der var tale om "effekt af fuld tilpasning til C Banks kreditpolitik". I et vedlagt notat i samme dokument anførtes, at "reguleringen på tkr. 9.709 er en følge af tilpasning af hensættelsesprincipper i B Bank A/S i overensstemmelse med C Banks kreditpolitik".

Finanstilsynet anmodede den 10. april 2001 telefonisk bestyrelsesformanden for B Bank A/S, D, og skriftligt direktionen for B Bank om en uddybning af den foretagne regulering ...

I telefax af 10. april 2001 ... modtog Finanstilsynet herefter kopi af brev af 15. februar 2001 fra C Bank A/S til bankens eksterne revisorer vedr. den foretagne regulering. Af brevet fremgår, at C Bank A/S "... har til hensigt at foretage en yderligere reservation af tab på udlån og garantier på privatkunde- og landbrugsområdet på i alt 9.709 tkr." Senere i brevet står der: "Med baggrund i disse reservationer er det vor opfattelse, at hensættelsesniveauet i B Bank A/S er bragt på C niveau". Brevet var underskrevet af direktør D og kreditchef E, begge C Bank A/S, der tillige var henholdsvis bestyrelsesformand og bestyrelsesmedlem for B Banks bestyrelse.

Finanstilsynet giver herefter en betinget accept af åbningsbalance pr. 1. januar 2001 ...

På trods af erklæringerne vedr. åbningsbalancen fra de nævnte personer i C Banks ledelse og revisorerne underskrev ledelsen i B Bank A/S 12 dage senere et årsregnskab, hvor værdien af udlån og garantidebitorer er 9,7 mio. kr. højere.

Det fremgår af § 72, stk. 1, i bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter, at:

Der skal foretages en nøje gennemgang af samtlige udestående fordringer og en individuel bedømmelse af den risiko, som de enkelte engagementer måtte rumme. Herefter foretages sådanne tabsafskrivninger og hensættelser til tab på disse fordringer, som instituttets ledelse skønner nødvendig.

Finanstilsynet fandt ikke, at der kunne være tale om forskellige regnskabsprincipper, da såvel C Bank A/S som B Bank A/S aflægger regnskab efter de samme regler, jf. regnskabsbekendtgørelsens § 72 om "værdiansættelse af debitorer m.v." med tilhørende vejledning. Der kunne derfor efter Finanstilsynets opfattelse alene være tale om forskellige skøn af forskellige ledelser.

Ændringer i regnskabsmæssige skøn skal efter almindelige regnskabsprincipper, jf. FSR's regnskabsvejledning nr. 3, afsnit 34 ... medtages i resultatopgørelsen i det år, hvor ændringen finder sted.

Da der imidlertid var tale om personsammenfald mellem de to bankers ledelser og revisorer, fandt Finanstilsynet ikke, at det var retvisende, at ledelserne nåede frem til forskellige skøn på samme tid, og at revisorerne ikke havde bemærkninger til dette, jf. brev fra (revisionsfirma) og (revisionsfirma) af 11. april ... På den baggrund påtalte Finanstilsynet efter forudgående partshøring ... i brev af 28. juni 2001 over for bestyrelsens medlemmer, direktøren, den interne revisionschef og de eksterne revisorer for B Bank A/S, at årsregnskabet vedr. B Bank A/S ikke var retvisende, jf. breve af 28. juni 2001 ..."

Den skrivelse af 15. februar 2001, som Finanstilsynet refererer til ovenfor lyder således:

"B Bank.

I fortsættelse af gårsdagens telefonsamtale skal vi hermed oplyse, at vi har til hensigt at foretage en yderligere reservation til imødegåelse af tab på udlån og garantidebitorer på privatkunde- og landbrugsområdet på i alt tkr. 9.709.

Dette beløb er beregnet således:

(Realkreditinstitut):

C Bank har valgt at hensætte 1,5% af saldoen til imødegåelse af tab. B Bank har stillet (Realkreditinstitut)garantier for i alt tkr. ... ultimo 2000.

Hensættelsesprincippet medfører en forhøjelse af hensættelserne på tkr. 2.722.

Blokhensættelsen:

C Bank har valgt at fastsætte hensættelserne på engagementer op til kr. 100.000,- på et statistisk grundlag, svarende til 5 års tab.

B Bank hensætter statistisk på engagementer op til tkr. 75 og alene til 3 års tab.

En statistisk beregning med baggrund i C Bank's principper betyder en samlet blokhensættelse i B Bank på tkr..... Der er i B Bank hensat tkr...

Der er således behov for en yderligere hensættelse på tkr. ... på dette område.

Landbrugskunderne:

C Bank har en samlet A-hensættelsesprocent på landbrugsengagementerne på 5,3%

Den tilsvarende A-hensættelsesprocent udgør i B Bank 2,1%

En ændring af hensættelsesprincipperne i B Bank, således at banken kommer på C-niveau, vil kræve yderligere A-hensættelser på landbrugsengagementerne på tkr. ...

Med baggrund i disse reservationer er det vor opfattelse, at hensættelsesniveauet i B Bank er bragt på C-niveau."

I skrivelsen af 25. juli 2001 er det til støtte for klageren anført:

"...

at B Banks ledelse ikke har skønnet en anden værdi af de omtvistede hensættelser end den, der er angivet i årsregnskabet for 2000,

at en anden skønsmæssig værdiansættelse af de omtvistede hensættelser ikke skal foretages som følge af den forventede fusion med C Bank, og

at B Bank ikke skal lægge Cs vurdering af de omtvistede hensættelser til grund for en vurdering af, om årsregnskabet udviser et retvisende billede.

De af B Bank i årsregnskabet for 2000 foretagne hensættelser er foretaget i overensstemmelse med de principper for hensættelser på sådanne engagementer, som B Bank har anvendt i tidligere år. B Bank har på ingen vis givet udtryk for, at disse principper skulle ændres, eller at de ikke var udtryk for rimelige værdier. Særligt fremhæver jeg, at brevet af 15. februar 2001 fra C Bank til revisor ... på ingen vis er udtryk for B Banks værdiansættelse af de omtvistede hensættelser. Brevet er netop skrevet på C Banks brevpapir og vedrører præcist åbningsbalancen og de korrektioner, der skal foretages i forbindelse hermed.

B Bank har således ikke ønsket at ændre sine principper for opgørelse af hensættelser, og hensynet til kontinuitet indebærer, at regnskabet er retvisende, med mindre B Bank ved, at disse principper ikke fører til retvisende hensættelser. Konkret er der anledning til at overveje, om den foreliggende fusion (1) eller B Banks kendskab til C Banks vurdering (2) fører til, at B Bank skal ændre skønprincip. Det er ikke tilfældet, som jeg skal redegøre for nedenfor.

(1)

Det forhold, at C Bank i åbningsbalancen for det fusionerede selskab medtager B Banks debitorer til en lavere værdi end B Banks principper for opgørelse af hensættelser, indebærer ikke, at B Bank i sit årsregnskab regnskabsteknisk skal anvende disse værdier.

Som det fremgår af Werlauff's kommenterede Aktieselskabslov § 134 b ..., indebærer en fusion en overdragelse, hvor overdragelsen kan ske til andre værdier end de i årsregnskabet anførte. Sådan anden værdi vil normalt være begrundet i en opgørelse af det ophørende selskabs aktiver og forpligtelser, herunder hensættelser til aktuel handelsværdi eller være begrundet i tilpasning af værdiansættelsen til de af det fortsættende selskab anvendte principper. Sådan regulering foretages i åbningsbalancen og influerer ikke på de fusionerede selskabers balance ifølge de seneste årsregnskaber og dermed ej heller på disse regnskabers årsresultat. Det er, hvad der er sket her. Det forhold, at C Bank i åbningsbalancen vil anvende en ændret værdi i forhold til B Bank, berører således ikke B Banks årsregnskab.

Det kan supplerende anføres, at det for B Bank som sælger af sin virksomhed er irrelevant, hvad C Bank som køber af denne virksomhed anser, at enkeltdele heraf er værd. Fusionen er konkret - og har hele tiden været planlagt som - gennemført på baggrund af en værdiansættelse af B banks aktier på samme vis som i efteråret 2000. Det forhold, at fusionen er gennemført med samme værdiansættelse af B Bank som i efteråret 2000, viser, at C Bank ved ombytningen ikke har ladet de andre aktionærer i B Bank bære de af C Bank foretagne værdireduktioner.

Konklusionen er derfor, at den foreliggende fusion ikke tilsiger, at B Bank skal ændre skønprincip for opgørelse af de omtvistede hensættelser i årsregnskabet.

(2)

Der er ej heller tale om, at hensættelserne objektivt må siges at have den af C Bank ansatte værdi, således at B Bank skulle have anvendt denne værdi i sit årsregnskab.

Den skønsmæssige ansættelse af aktiver, her debitorer, kan godt være forskellig, hvis to personer foretager denne værdiansættelse på samme tid. Det er sådan set det, der ligger i, at værdiansættelsen netop er skønsmæssig. Det er i den forbindelse centralt, at såvel B Bank som C Bank vurderer de foreliggende hensættelser på baggrund af deres hidtidige principper, og hvor

Finanstilsynet i efteråret 2000 gennemgik B Bank uden at kræve, at B Banks principper skulle ændres.

Det kan i tilknytning hertil anføres, at der ikke er noget regnskabskrav om, at datterselskaber skal anvende de samme principper i forbindelse med skønsmæssige ansættelser som dets moderselskab. Finanstilsynet har da heller ikke anført et sådant argument.

Det forhold, at C Bank vurderer hensættelserne anderledes end B Bank, tilsiger derfor ikke, at B Bank skal ændre sit skønprincip for at sikre et retvisende regnskab.

Endelig er det relevant, at Finanstilsynets krav om, at B Bank i 2000 regnskabet skulle anvende C Banks skønprincipper, reelt indebærer, at Finanstilsynet pålægger B Bank at ændre værdiansættelsen. Et pålæg som strider mod de grundlæggende forhold, at der er tale om to selvstændige virksomheder med selvstændige ledelser, selvstændige interne og eksterne revisorer, selvstændig tavshedspligt og med hver sit selvstændige krav om regnskabsmæssig kontinuitet i forbindelse med udarbejdelsen af årsregnskabet.

Redegørelsen viser, at B Banks regnskab 2000 for de omtvistede hensættelser er retvisende, og den meddelte påtale skal derfor ophæves."

I den ovenfor nævnte skrivelse af 14. september 2001 er Finanstilsynet fremkommet med følgende bemærkninger til klagen:

"1. Finanstilsynet skal indledningsvis kommentere, at det ophørende selskabs aktiver skal medtages i åbningsbalancen for det fortsættende selskab efter værdiansættelsesprincipperne i det modtagende selskab.

Værdiansættelsesprincippet for så vidt angår debitorer fremgår af regnskabsbekendtgørelsens § 72. Af § 72, stk. 1 og 2, fremgår således:

Stk. 1. Der skal foretages en nøje gennemgang af samtlige udestående fordringer og en individuel bedømmelse af den risiko, som de enkelte engagementer måtte rumme. Herefter foretages sådanne tabsafskrivninger eller hensættelser til tab på disse fordringer, som instituttets ledelse skønner nødvendig.

Stk. 2. Uanset reglerne i stk. 1 kan der foretages hensættelser på grupper af ensartede mindre lån på basis af statistiske beregninger over debitorrisiko, såfremt det kan dokumenteres, at de foretagne hensættelser opfylder kravet om, at de er nødvendige og tilstrækkelige til at dække den på engagementerne hvilende risiko.

Værdiansættelsesprincippet er således et skøn for, hvor stor en hensættelse, som er nødvendig og tilstrækkelig. Hvis der er tale om mindre ensartede lån, kan der anvendes en statistisk metode til at basere skønnet på for denne portefølje af lån, men der er stadig tale om en værdiansættelse, som beror på et skøn.

Den statistiske metode, som kan anvendes, er ikke et værdiansættelsesprincip. Finanstilsynet finder derfor ikke, at der kan være tale om et ændret værdiansættelsesprincip, men om et andet regnskabsmæssigt skøn.

Ændringer i regnskabsmæssige skøn skal i henhold til FSR's regnskabsvejledning nr. 3, afsnit 34, medtages i resultatopgørelsen i det år, hvor ændringen finder sted.

Finanstilsynet har som sådan ikke indvendinger imod værdien af udlånsporteføljen, herunder størrelsen af det regnskabsmæssige skøn for de nødvendige hensættelser, i den reviderede åbningsbalance for C Bank A/S. Finanstilsynets afgørelse afspejler, at tilsynet ikke finder, at B Banks årsregnskab kan være retvisende, når flere af bestyrelsesmedlemmerne i B Banks bestyrelse, der tillige er medlemmer af direktionen samt kreditchef i C Bank A/S, har godkendt den reviderede åbningsbalance, der indeholdt et andet skøn over hensættelsesbehovet end det skøn, der indgik i B Banks årsregnskab.

2. Derudover anføres, at B Banks ledelse ikke har skønnet en anden værdi af de omtvistede hensættelser end den, der er angivet i årsregnskabet for 2000.

I henhold til B Banks årsregnskabsmeddelelse af 27. februar 2001, har der på foranledning af C Bank A/S været afholdt ekstraordinær generalforsamling i B Bank A/S den 22. januar 2001, hvor der blev valgt nyt repræsentantskab. Det nyvalgte repræsentantskab valgte med virkning fra 22. januar 2001 4 nye bestyrelsesmedlemmer.

- Direktør ...
- Direktør ...
- Kreditchef ...
- Kommunikationschef ...

alle C Bank A/S. Efter bestyrelsesmedlemmet ... udtræden af bestyrelsen den 26. februar 2001 bestod bestyrelsen herefter af 7 medlemmer, hvor de tre øvrige er to medarbejdervalgte repræsentanter og et offentligt udnævnt medlem.

I henhold til meddelelsen godkendte og underskrev den nye bestyrelse årsregnskabet for B Bank A/S den 27. februar 2001. Årsregnskabet blev tillige underskrevet af:

- Revisionschef ...
- Statsautoriseret revisor ...
- Statsautoriseret revisor ...

Den 2. marts 2001 indsendte C Bank A/S udkast til åbningsbalance, hvor udlån og garantier var reguleret med 9.709 tkr. Åbningsbalancen for det fortsættende selskab, C Bank A/S, blev godkendt og underskrevet den 7. marts 2001 af D, formand for bestyrelsen i B Bank A/S, samt de øvrige bestyrelsesmedlemmer i B Bank A/S, dvs. ... samt de tre øvrige medlemmer af bestyrelsen. Heraf er bestyrelsesmedlemmerne D og ... også direktionsmedlemmer i C Bank A/S. Åbningsbalancen for C Bank A/S blev tillige underskrevet af statsautoriseret revisor ... og statsautoriseret revisor ...

Der er således ikke kun et tidsmæssigt tæt sammenfald mellem de to regnskabsmæssige skøn, men også et tæt sammenfald mellem de personer, der har været ansvarlige for udarbejdelse henholdsvis revision af årsregnskab for B Bank A/S og åbningsbalance for det fortsættende selskab i fusionen mellem B Bank A/S og C Bank A/S.

Der er således tale om, at det reelt er de samme personer, der har haft to forskellige vurderinger af, hvilket hensættelsesniveau, der er det nødvendige og tilstrækkelige med kun 3 dages mellemrum.

Finanstilsynet finder derfor, at ledelsen for B Bank A/S reelt har skønnet en anden værdi for de nævnte hensættelser, da mindst 2 medlemmer af B Banks bestyrelse, direktør D (formand) og direktør ..., der tillige er medlemmer af C Banks direktion blot 3 dage senere godkender en anden værdi for hensættelserne. Det fremgår endvidere af det oplyste, at hele ledelsen for B Bank A/S (direktion og bestyrelse) kendte til den ændring i hensættelsesniveauet, som ville afspejle sig i åbningsbalancen 3 dage senere, på det tidspunkt, den 27. februar 2001, hvor de underskrev årsregnskabet for B Bank A/S.

3. Det anføres endvidere, at Finanstilsynet har været bekendt med begge bankers principper uden at kræve, at B Banks principper for hensættelser blev krævet ændret.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at der dels ikke er tale om principper, men om regnskabsmæssige skøn af forskellige ledelser for behovet for hensættelser på de respektive bankers udlånsporteføljer. Der var således tillige tale om forskellige porteføljer af mindre ensartede lån. Når der er tale om forskellige porteføljer, vil der også kunne være forskellige regnskabsmæssige skøn for de nødvendige og tilstrækkelige hensættelser. Der kan også anvendes forskellige statistiske metoder til at basere skønnet for hensættelsesbehovet på.

Det skal endvidere bemærkes, at tilsynet gennemførte undersøgelsen af B Bank A/S i perioden 21. - 27. august 2000. Tilsynet havde ved denne undersøgelse ikke kendskab til den statistiske metode, som blev anvendt af C, da tilsynet først påbegyndte undersøgelsen i C Bank A/S den 2. oktober 2000.

Endvidere var bestyrelsen i B Bank fra advokat F nedlagde sit mandat i august 2000 frem til den ekstraordinære generalforsamling i december 2000 "uafhængig" af C Bank. Den i B Bank frem til december 2000 siddende

bestyrelse havde således intet kendskab til den statistiske metode, C Bank A/S anvendte.

4.-5. Det anføres derudover dels, at en anden skønmæssig værdiansættelse af de omtvistede hensættelser ikke skal foretages som følge af den forventede fusion med C Bank A/S dels, at B Bank A/S ikke skal lægge C Banks vurdering af de omtvistede hensættelser til grund for en vurdering af, om årsregnskabet udviser et retvisende billede.

Hvis der i forbindelse med en planlagt fusion mellem to banker er tilgået bestyrelsen for den ophørende bank information om, at den fortsættende bank har et andet regnskabsmæssigt skøn for så vidt angår den ophørende banks hensættelser, er det korrekt, at en forventet fusion ikke nødvendigvis skal føre til en ændring af den ophørende banks regnskabsmæssige skøn over hensættelserne. En sådan viden må formodes at føre til, at ledelsen revurderer hensættelsesbehovet. Bestyrelsen kan dog ved en revurdering vælge at fastholde sit eget skøn.

I dette tilfælde er dog tale om, at C Banks regnskabsmæssige skøn for de omtvistede hensættelser er godkendt af de samme personer, som var ansvarlige for B Banks regnskabsmæssige skøn.

I brev af 15. februar 2001 til Revisionsfirmaet ... Att.: statsautoriseret revisor ..., fremgår således:

"I fortsættelse af gårsdagens telefonsamtale skal vi hermed oplyse, at vi har til hensigt at foretage yderligere reservation til imødegåelse af tab på udlån og garantidebitorer på privatkunde- og landbrugsområdet på i alt tkr. 9.709."

Og senere:

"Med baggrund i disse reservationer er det vor opfattelse, at hensættelsesniveauet i B Bank A/S er bragt på C-niveau."

Brevet er underskrevet af kreditchef E og direktør D. Der er på baggrund heraf ikke nogen tvivl om, hvilken værdi af B Banks udlån og garantidebitorer, som C Banks ledelse mener, er den rigtige, nemlig den værdi, der indgår i åbningsbalancen for den fortsættende bank.

Finanstilsynet finder som tidligere nævnt ikke, at det er retvisende, at de samme personer på samme tid har to forskellige vurderinger af hensættelsesbehovet for de samme lån.

Ligeledes erklærer de valgte revisorer, at de har forsynet den fælles regnskabsopstilling og udkast til åbningsbalance med revisionspåtegning uden forbehold og uden supplerende oplysninger, jf. telefax af 11. april ... På trods af at de den 27. februar 2001 havde godkendt årsregnskabet for B Bank A/S ligeledes uden forbehold.

Da ledelsen for C Bank A/S og de valgte revisorer finder, at skønnet i åbningsbalancen er det rigtige, finder Finanstilsynet ikke, at det aflagte årsregnskab for B Bank A/S er retvisende. Personsammenfaldet mellem de to bankers ledelser burde således have ført til en ændring af hensættelserne i B Banks årsregnskab.

6. Det anføres, at der konkret er anledning til at overveje, om den foreliggende fusion (1) eller B Banks kendskab til C Banks vurdering (2) fører til, at B Bank A/S skal ændre skønsprincip.

Der skal, som tidligere nævnt, skelnes mellem et skøn og et princip. Principperne for værdiansættelse af udlån fremgår således af regnskabsbekendtgørelsens § 72. Der kan derfor ikke være tale om at ændre et princip, men om at ændre et skøn. I øvrigt henvises til bemærkningerne under punkt 4. og 5.

7. Det anføres derudover, at det forhold, at C Bank A/S vurderer hensættelserne anderledes end B Bank A/S, ikke tilsiger, at B Bank A/S skal ændre sit regnskabsmæssige skøn for at sikre et retvisende regnskab.

Det er ikke det forhold, at C Bank A/S vurderer hensættelserne anderledes end B Bank A/S, der tilsiger, at B Bank A/S nødvendigvis skal ændre sit regnskabsmæssige skøn. Det er det forhold, at bestyrelsesformanden for B Bank A/S, D, samt bestyrelsesmedlem ... via deres stilling som direktionsmedlemmer i C Bank A/S samt kreditchef E, jf. brev af 15. februar 2001, på tidspunktet for godkendelse af årsregnskabet for B Bank A/S har været af den opfattelse, at hensættelsesbehovet i B Bank A/S var større end angivet i årsregnskabet 2000 for B Bank A/S."

Klagerne har herefter ved skrivelse af 10. oktober 2001 kommenteret Finanstilsynet standpunkt. Klageren har blandt andet peget på, at

"selv hvis det er sådan, at de tre anførte C ansatte som følge af den skønsudøvelse, de ville udøve som C's ledelse vedrørende de omstridte hensættelser, er tvunget til at skønne tilsvarende som B Banks bestyrelse, så gælder der ikke nogen sådan binding for de øvrige tiltalte. Finanstilsynets argumentation fører derfor til, at over for disse tiltalte skal deres påtale ophæves allerede af den grund."

Til dette har Finanstilsynet i et supplerende indlæg af 8. november 2001 bemærket:

"Finanstilsynet finder, at de tre C ansatte, jf. ovenstående, er nødt til at udøve ét skøn over den omstridte udlånsportefølje, og at revisorerne ikke kan sige god for to forskellige skøn på samme tid.

Da det fremgår af skrivelsen af 10. april 2001, at det er værdiansættelsen i C Bank A/S, der er den rigtige, så kan regnskabet for B Bank A/S ikke samtidig være retvisende.

De personer ud over de tre nævnte og revisorerne, som også har fået påtale af Finanstilsynet, var ... bekendt med de tre nævnte personers andet skøn af de omtvistede hensættelser i åbningsbalancen, hvorfor disse også har fået en påtale af Finanstilsynet."

Klageren, der er gjort bekendt med Finanstilsynets supplerende indlæg, har ved skrivelse af 29. november 2001 meddelt ikke at have yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme klagerens anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge de påklagede afgørelser har de enkelte medlemmer af B Banks bestyrelse, direktion, eksternt revision og intern revisionschef aflagt/påtegnet et ikke retvisende årsregnskab for 2000, jf. bank- og sparekasselovens § 31, stk. 2.

Overtrædelse af den nævnte bestemmelse i bank- og sparekasselovens § 31, stk. 2, straffes i henhold til lovens § 54, stk. 1, med bøde eller fængsel, for så vidt højere straf ikke er forskyldt efter borgerlig straffelov.

Til grund for de påklagede afgørelser, har Finanstilsynet lagt afgørende vægt på indholdet af den ovenfor nævnte skrivelse af 15. februar 2001.

Efter Erhvervsankenævnets opfattelse må en udtalelse fra Finanstilsynet om, at en banks årsregnskab ikke giver et retvisende billede, jf. lovens § 31, stk. 2, forudsætte, at Finanstilsynet forinden - efter en gennemgang af bankens aktiver m.v. - selv har konstateret dette, og ikke alene baserer sig på, at værdiansættelserne i åbningsbalancen for den fusionerede bank, på grund af personsammenfaldet i bestyrelserne, er rigtige.

Da Finanstilsynet således ikke selv har konstateret, at regnskabet ikke giver et retvisende billede, ophæves Finanstilsynets afgørelser af 28. juni 2001 allerede af den grund.

3) Kendelse af 16. december 2002. 02-102.885.

Banks kurstab ved nyudstedelse af medarbejderaktier til favørkurs skulle omkostningsføres i resultatopgørelsen som lønudgift.

Regnskabsbekendtgørelsen § 50.

(Ellen Andersen, Peter Erling Nielsen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 10. april 2002 har K Bank A/S klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 13. marts 2002 har bestemt, at bankens kurstab ved nyudstedelse af medarbejderaktier til favørkurs skal omkostningsføres i resultatopgørelsen som lønudgift.

Sagens omstændigheder:

Finanstilsynets afgørelse af 13. marts 2002 har følgende ordlyd:

"K Bank A/S har ved brev af 28. februar 2002 fremsendt den eksterne revisions vurdering af den regnskabsmæssige behandling af et medarbejderaktieprogram med henvisning til tidligere telefonisk drøftelse herom mellem banken og Finanstilsynet.

Banken vedlægger et brev af 27. februar 2002 fra B (revisionsfirma), hvori revisorerne redegør for deres vurdering af den regnskabsmæssige behandling af en medarbejderaktieordning. Af brevet fra B fremgår det, at K Bank p.t. har en aktieordning omfattet af Ligningslovens § 7a, stk. 1, nr. 2 (Ligningslovens § 7a, stk. 1, nr. 2, omhandler skattefritagelse for "værdien af udbytteandele eller lignende, som et selskab udlodder til de ansatte i form af aktier").

Af brevet af 27. februar 2002 fra B fremgår det endvidere, at banken overvejer at tilbyde medarbejderne en aktieordning omfattet af Ligningslovens § 7a, stk. 1, nr. 1 (Ligningslovens § 7a, stk. 1, nr. 1, omhandler skattefritagelse for "værdien af den ret, som et selskab giver de ansatte til at købe eller tegne aktier eller andelsbeviser i selskabet").

B oplyser endvidere, at efter det eksisterende medarbejderaktieprogram tages aktierne fra beholdningen af egne aktier, og kursværdien af de uddelte aktier omkostningsføres under løn til medarbejdere i overensstemmelse med

bekendtgørelse om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter § 50 og vejledningen til denne. Mens aktierne således efter det eksisterende medarbejderaktieprogram tages fra egenbeholdningen, vil aktierne efter det påtænkte medarbejderaktieprogram tilvejebringes via nyttegning.

Revisorerne anfører i den forbindelse, at de ikke umiddelbart er enige med Finanstilsynet i, at alle fordele ved udstedelse af medarbejderaktier til favørkurs skal behandles som omkostninger i regnskabet. Revisorerne finder således, at der skal sondres mellem situationen, hvor aktierne tages fra egenbeholdningen og situationen, hvor der sker en nyttegning. I situationen, hvor aktierne tages fra egenbeholdningen finder revisorerne, at favørelementet skal omkostningsføres i resultatopgørelsen i overensstemmelse med regnskabsbekendtgørelsens § 50 og vejledningen til denne. I situationen, hvor der sker en nyttegning, finder revisorerne derimod, at favørelementet skal føres direkte på egenkapitalen.

Denne forskel i regnskabspraksis begrundes af revisorerne med:

"..., at en udstedelse af aktier til medarbejderne, der er afhængig af generalforsamlingens godkendelse, og som dermed ikke alene er en ledelsesmæssig aflønningsform, besluttet af ledelsen for banken, ikke kan sidestilles med gratisordningen, al den stund der er tale om en nyttegning."

Finanstilsynet finder ikke, at argumentationen fra revisorerne indeholder nogen egentlig begrundelse for, hvorfor der skal ske en uens regnskabsmæssig behandling i de to situationer.

Ved bankens eksisterende medarbejderaktieprogram påtager banken sig en formel forpligtelse til at opkøbe egne aktier til markedskurs i det omfang egenbeholdningen ikke indeholder det tilstrækkelige antal aktier.

Imidlertid kan banken i det eksisterende medarbejderaktieprogram vælge at udstede nye aktier og bruge provenuet herfra til at købe de aktier, banken har forpligtet sig til at levere. Herved skabes der en høj grad af analogi mellem den økonomiske realitet af det eksisterende medarbejderprogram og den økonomiske realitet af det påtænkte medarbejderaktieprogram.

For så vidt angår den regnskabsmæssige behandling af de to medarbejderaktieprogrammer er det Finanstilsynets opfattelse, at der i begge tilfælde er tale om et lønsubstitut, der skal behandles som sådant dvs. omkostningsføres som lønudgifter.

Finanstilsynet skal derfor fastholde, at bankens kurstab ved udstedelse af medarbejderaktier til favørkurs i begge ovennævnte situationer skal omkostningsføres som lønudgifter, jf. regnskabsbekendtgørelsens § 50 og vejledningen til denne.

Finanstilsynet skal vedrørende den regnskabsmæssige postering af et kurstab hidrørende fra nyttegning af medarbejderaktier til favørkurs henlede opmærksomheden på Foreningen af Statsautoriserede Revisorers diskussionsoplæg af

april 2000 om regnskabsmæssig behandling af aktiebaseret aflønning, hvor der under afsnit 3.1.1. Nytegning er anvist følgende fremgangsmåde:

"Ved nytegning af medarbejderaktier tilgår provenuet af de tegnede aktier egenkapitalen som henholdsvis aktiekapital og overkursfond. Forskellen mellem markedsværdien på tildelingstidspunktet og tegningskursen tilgår frie reserver og omkostningsføres som en personaleudgift, som ved resultatdisponeringen fragår frie reserver".

Finanstilsynet kan endvidere til orientering oplyse, at tilsynet i en konkret sag om et pengeinstituts regnskabsmæssige behandling af et medarbejderaktieoptionsprogram har afgjort, at værdien af aktieoptionerne på tildelingstidspunktet skal udgiftsføres som en personaleudgift, og at efterfølgende ændringer i værdien af aktieoptionerne skal posteres under kursreguleringer. Afgørelsen er tilgængelig under principielle afgørelser på tilsynets hjemmeside (virksomhedstype: pengeinstitutter).

..."

I klageskrivelsen af 10. april 2002 har K Bank A/S bl.a. anført:

"Banken accepterer at Finanstilsynet har den nødvendige kompetence til at træffe beslutning om den regnskabsmæssige behandling. Det er imidlertid efter bankens opfattelse uheldigt, at Finanstilsynet med afgørelsen pålægger banken at følge en regnskabspraksis som fortsat er til såvel national som international debat, og som derfor endnu ikke er afklaret end sige implementeret. Den banken pålagte regnskabspraksis vil derfor hverken være gældende hos danske børsnoterede virksomheder, der aflægger årsrapport efter henholdsvis den danske årsregnskabslov eller efter de internationale regler fastlagt i IAS, eller hos bankens internationale konkurrenter.

Den af Finanstilsynet foretagne henvisning til det af Foreningen af Statsautoriserede Revisorer udarbejdede diskussionsoplæg finder banken problematisk, som kilde for den fremtidige regnskabsmæssige behandling af den foreslåede kapitaludvidelse, idet oplægget alene er et diskussionsoplæg udstedt netop med det formål, at igangsætte drøftelserne om hvorledes den fremtidige regnskabsmæssige behandling af aktiebaseret aflønning skal fastlægges. Dette understøttes af, at FSR netop i disse dage udsender et høringsudkast til regnskabsvejledning (U28) som alene omhandler afgivelse af oplysninger om aktiebase- ret vederlæggelse..

Banken er ikke uenig i, at den regnskabsmæssige udvikling formentlig ad åre vil medføre, at incitamentsprogrammer og medarbejderaktieprogrammer mv. medfører resultatførsel af de af medarbejderne opnåede målbare økonomiske fordele. Imidlertid finder banken det ikke rimeligt, at banken ved den trufne afgørelse pålægges, at gå forrest i en sådan udvikling og i at anvende en praksis der hverken nationalt eller internationalt endnu har fundet sin endelige form, og derfor må forventes de kommende år at undergå ikke ubetydelige forandringer.

Anvendelse af den pålagte praksis vil, udover den rent resultatmæssige effekt denne medfører, påvirke en række af bankens nøgletal, hvilket kan stille banken ringere end andre danske eller internationale virksomheder der konkurrerer om tiltrækningen af risikovillig kapital eller likviditet enten via fondsbørsen eller via de internationale kapitalmarkeder.

Det er derfor bankens opfattelse, at en praksis som den af Finanstilsynet pålagte, bør afvente udfaldet af de pågående nationale og internationale drøftelser samt udarbejdelsen af en dansk regnskabsvejledning på området gældende for samtlige børsnoterede virksomheder herunder de børsnoterede finansielle institutter underlagt tilsyn."

I en udtalelse af 22. maj 2002 til Erhvervsankenævnet har Finanstilsynet fastholdt sin afgørelse og om sagens retlige omstændigheder anført:

"Det følger af § 50 i bekendtgørelse af 23. december [oktober] 2001 om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter vedrørende resultatopgørelsens post 8. Udgifter til personale og administration, at:

"Posten omfatter lønninger og vederlag m.v. til personale og ledelse samt administrationsudgifter, herunder husleje af lejede lokaler inklusive beregnet husleje af lokaler i egne ejendomme, honorarer til valgte revisorer, bidrag til indskydergarantifonden samt afgifter til organisationer og Finanstilsynet."

Det følger af vejledningen til § 50 i bekendtgørelse af 23. december [oktober] 2001 om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter, at

"Som lønninger omfattes foruden den egentlige løn tillige feriepenge, jubilæumsgratiale, instituttets kurstab ved uddeling af medarbejderaktier og lignende samt løn til rådgivende organer, f.eks. lokalråd m.v."

....

Finanstilsynet skal med henvisning til § 50 i bekendtgørelse af 23. december [oktober] 2001 om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter og vejledningen til denne meddele, at man fastholder afgørelsen af 13. marts 2002. Dvs. såvel i situationen, hvor aktierne til aktieprogrammet tages fra egenbeholdningen som i situationen, hvor aktierne tilvejebringes via nytægning, skal favørelementet omkostningsføres under løn til medarbejdere, jf. at der efter Finanstilsynets opfattelse er tale om et lønsubstitut i begge situationer."

Finansrådet, der af K Bank A/S er gjort bekendt med nærværende sag, har den 5. juli 2002 afgivet et indlæg i sagen til støtte for banken. Om den retlige vurdering har rådet anført:

"... at vejledningen til § 50 i Finanstilsynets regnskabsbekendtgørelse for pengeinstitutter mv., der ligger til grund for tilsynets afgørelse, fastslår, at instituttets kurstab ved uddeling af medarbejderaktier og lignende omfattes af resultatopgørelsens post 8.

Denne formulering er i overensstemmelse med nuværende almindelig regnskabspraksis og litteratur, hvor det tillægges vægt, om den fordel, som medarbejderne opnår ved en incitamentsordning, "betales" af selskabet eller af aktionærerne.

Banken har intet kurstab ved, at aktionærer nytegner til favørkurs. For banken betyder dette blot, at kapitaltilførslen bliver mindre end ved tegning til markedskurs. Ved nytegning til favørkurs ligger tabet derimod hos de øvrige aktionærer, hvis værdi "udvandes".

Regnskabsbekendtgørelsens § 50 med vejledning til denne vedrører aktier, der tages fra bankens egenbeholdning. Ved medarbejdernes tegning til favørkurs har aktierne på intet tidspunkt været i bankens egenbeholdning.

Finanstilsynets afgørelse af 12. december 2001 om aktieoptioner vedrører netop situationer, hvor selskabet påtager sig en forpligtelse til at levere aktier fra egenbeholdningen og ikke gennem nyudstedelse. Der er således i dette tilfælde ingen tvivl om, at det er banken og ikke aktionærerne, som er forpligtet i et sådant aktieoptionsprogram.

Finansrådet bestrider således, at Finanstilsynets afgørelse har tilstrækkelig hjemmel i regnskabsbekendtgørelsens § 50, vejledningen til denne og afgørelsen af 12. december 2001."

I et supplerende indlæg af 8. juli 2002 har K Bank A/S yderligere anført:

"...

Banken har noteret sig, at Tilsynets argumentation for at føre kurstabet, ved nyudstedelsen af medarbejderaktier over resultatopgørelsen, netop baserer sig på anbefalinger fra dette diskussionsoplæg fra FSR april 2000.

Banken finder det derfor formålstjenligt at oplyse, at Regnskabsteknisk Udvalg (FSR) - på baggrund af de indkomne høringssvar fra dette diskussionsoplæg - ikke fandt det hensigtsmæssigt at udarbejde en vejledning om indregning og måling af aktiebaseret vederlæggelse. I stedet har FSR Regnskabstekniske Udvalg i marts 2002 sendt et udkast (benævnt U28) til en regnskabsvejledning om emnet. Dette udkast omhandler alene, at der skal afgives oplysning/note om aktiebaseret vederlæggelse med egne aktier. Udkastet er udsendt i marts 2002 til medlemmerne, og der er en kommenteringsfrist, der udløber 31. juli 2002.

Vi tillader os at citere følgende afsnit fra dette udkast, der i øvrigt vedlægges nærværende skrivelse. I forordet til indledning hedder det:

"FSR udsendte i april 2000 et diskussionsoplæg vedr. den regnskabsmæssige behandling af aktiebaseret aflønning. Regnskabsteknisk Udvalg har på baggrund af de indkomne høringssvar ikke fundet det hensigtsmæssigt på nuværende tidspunkt at udarbejde en vejledning om indregning og måling i årsregnskabet af aktiebaseret vederlæggelse, da der endnu ikke foreligger en IAS (International accounting standards) om dette. Når IASB har udarbejdet en regnskabsstandard om aktiebaseret vederlæggelse, vil Regnskabsteknisk Udvalg overveje udsendelse af en dansk vejledning om indregning og måling".

Endvidere hedder det under afsnit 4 - definitioner:

"Aktiebaserede vederlæggelse er vederlag i form af aktier, aktieoptioner, tegningsoptioner eller tilsvarende egenkapitalinstrumenter til medarbejdere..."

I afsnit 5-12, punkt 6 hedder det:

"Der eksisterer i dag ikke internationale ensartede retningslinier for indregning og måling af aktiebaseret vederlæggelse. I appendiks IV er introduceret en række af de problemstillinger, som diskuteres omkring indregning og måling af aktiebaseret vederlæggelse."

Og i appendiks IV oplystes en række problemstillinger, som der endnu ikke er fuld enighed om, herunder

"Såfremt aktiebaseret vederlæggelse er anvendelse af et egenkapitalinstrument, bør betalinger indregnes på egenkapitalen. Men bør værdien af instrumentet (eller alternativt ydelsen) ikke samtidig indregnes i resultatopgørelsen? Er der tale om et indbyrdes forhold mellem aktionærerne eller er det et forhold, som vedkommer virksomhedens økonomiske situation?"

En sammenfatning af ovenstående bemærkninger og kommentarer tydeliggør efter bankens opfattelse, at det endnu er for tidligt at fastsætte eksakte regler for, hvorledes aktiebaseret aflønning regnskabsmæssigt skal behandles i årsregnskabet.

Banken må derfor fastholde, at det fortsat virker konkurrenceforvridende for banken som pengeinstitut - at skulle være underkastet en regnskabspraksis, der endnu ikke gælder - endsige er foreslået - for øvrige børsnoterede selskaber og udenlandske pengeinstitutter.

..."

Finanstilsynet har herefter i skrivelse af 14. august 2002 supplerende anført:

"Finansrådets udtalelse af 5. juli 2002 og Finanstilsynets bemærkninger hertil:

...

Finanstilsynet er ikke enig i Finansrådets snævre fortolkning vedrørende rækkevidden af regnskabsbekendtgørelsens § 50 og vejledningen til denne. Finanstilsynet skal henviser til ordlyden af vejledning til regnskabsbekendtgørelsens § 50, hvoraf det fremgår, at som lønninger omfattes instituttets kurstab ved uddeling af medarbejderaktier "og lignende". Denne formulering af den pågældende passus i vejledningen til regnskabsbekendtgørelsens § 50 rækker efter Finanstilsynets opfattelse videre end blot uddeling af medarbejderaktier fra egenbeholdningen. Afgørende er således ikke, om aktierne tilvejebringes på den ene eller anden måde. Afgørende er, at såvel i situationen, hvor aktierne tages fra egenbeholdningen, som i situationen, hvor aktierne tilvejebringes via nytægning, er der tale om et lønsubstitut, som skal behandles som sådant, dvs. omkostningsføres under løn til medarbejdere.

K Banks udtalelse af 8. juli 2002 samt Finanstilsynets bemærkninger hertil:

...

Finanstilsynets argumentation baserer sig ikke på anbefalinger fra FSR's diskussionsoplæg om aktiebaseret aflønning fra april 2000. Finanstilsynet skal henviser til tilsynets afgørelse af 13. marts 2002

Henvisningen til FSR's diskussionsoplæg er tænkt som en vejledning i, hvordan den regnskabsmæssige postering gribes an, idet FSR i diskussionsoplægget præciserer den regnskabsmæssige postering af en sådan aflønningsform.

... Banken finder alene, at det: "*virker konkurrenceforvridende for banken som pengeinstitut - at skulle være underkastet en regnskabspraksis, der endnu ikke gælder - endsiges foreslået - for øvrige børsnoterede selskaber og udenlandske pengeinstitutter*", jf. bankens brev af 8. juli 2002. Finanstilsynet finder ikke, at dette synspunkt er af betydning for sagens afgørelse."

Ankenævnet udtaler:

Af Finanstilsynets bekendtgørelse af 23. oktober 2001 om regnskabsaflæggelse m.v. for pengeinstitutter, sparevirksomheder og visse kreditinstitutter § 50 fremgår, at resultatopgørelsens post 8, udgifter til personale og administration, bl.a. omfatter lønninger og vederlag m.v. til personale og ledelse. I Finanstilsynets vejledning af 28. december 2001 til nævnte bekendtgørelse er til § 50 bl.a. anført: "Som lønninger omfattes foruden den egentlige løn tillige feriepenge, jubilæumsgratiale, instituttets kurstab ved uddeling af medarbejderaktier og lignende ...".

Ankenævnet finder, at aktiebaserede aflønninger er en del af den samlede vederlæggelse af medarbejderne, og at aktiebaserede aflønningsformer, herunder i form af tilbud om køb af nytegnede medarbejderaktier til favørkurs, derfor bør afspejles i resultatopgørelsen i form af en personaleudgift svarende til værdien på tildelingstidspunktet for medarbejderen. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at forskellen mellem markedsværdien af et pengeinstituts aktier på tildelingstidspunktet og tegningskursen omkostningsføres i resultatopgørelsen som personaleudgift, jf. ovennævnte regnskabsbekendtgørelse § 50.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 13. marts 2002.

4.2. Lov om forsikringsvirksomhed

4) Kendelse af 17. juni 2002. 01-166.533.

Udstedelse af 0-kupon obligationer ansås som led i almindelig formueforvaltning

Lov om forsikringsvirksomhed § 6.

(Holger Dock, Suzanne Helsteen, Lise Høgh, Kjelde Mors og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 16. juli 2001 har K G/S klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 25. juni 2001 har meddelt forsikringsselskabet, at en påtænkt udstedelse af 4-årige 0-kupon obligationer med anbringelse af provenuet i statsobligationer og realkreditobligationer vil være i strid med bestemmelsen i lov om forsikringsvirksomhed § 6 om forbud mod at drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse af 25. juni 2001 har følgende ordlyd:

"Med skrivelse af 7. maj 2001 sender K G/S med henvisning til drøftelser, der fandt sted ved Finanstilsynets undersøgelse af selskabet i april måned en redegørelse for selskabets planlagte udstedelse af en 0-kupon obligation.

Det fremgår af selskabets redegørelse, at selskabet i forbindelse med decemberstormene i 1999 realiserede et underskud på 43,8 mio. kr. i 1999-regnskabet. For at udnytte dette underskud bedst muligt - over en længere årrække - planlægger man at udstede erhvervsobligationer med en løbetid på ca. 4 år, der ikke forrentes i denne periode. For det provenu, der kommer ved salget af obligationerne, ca. 50 mio.kr., vil selskabet indkøbe statsobligationer med en tilsvarende varighed, således at renterisikoen elimineres mest muligt. Selskabets revisor har udarbejdet et notat om de regnskabsmæssige og skattemæssige konsekvenser ved udbydelsen af 0-kupon obligationer.

Efter at Finanstilsynet har haft lejlighed til at vurdere sagen og sammenholde det foreslåede med tidligere, lignende sager, skal man meddele følgende:

Den påtænkte udstedelse af erhvervsobligationer er efter Finanstilsynets opfattelse en låneoptagelse, som findes at være i strid med forbudet mod at drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 6. Optagelse af lån antages kun at være tilladt, såfremt der er tale om lån til hjælp i forsikringsvirksomheden eller anden virksomhed, som forsikringsvirksomheden har tilladelse til, og denne lånevirksomhed har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden m.v. Som eksempel herpå kan nævnes en almindelig kassekredit til udjævning af udsving i likviditeten.

K G/S skal derfor efter Finanstilsynets opfattelse afstå fra at udstede de påtænkte 0-kupon obligationer.

..."

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse af 21. august 2001 bl.a. udtalt:

"...

3. Juridiske regler og retsgrundlag.

Det fremgår af lov om forsikringsvirksomhed (LFV) § 6, at et forsikrings-selskab ikke må drive anden virksomhed end den forsikringsvirksomhed, der angives i koncessionen, med mindre andet følger af § 6a. Af sidstnævnte følger, at selskabet endvidere må drive agenturvirksomhed, fast ejendomsforvaltning, accessorisk virksomhed og virksomhed, der er underlagt Finanstilsynets tilsyn.

...

Formålet med afgrænsningen af forsikringsvirksomhedens omfang i LFV §§ 6 og 6a er at forhindre en risiko for tab af forsikrings-selskabets midler ved sammenblanding af forsikringsvirksomhed og anden virksomhed.

Af de almindelige bemærkninger til lovforslag 139 (fremsat den 14. december 1988) fremgår, at "forsikrings-selskabers virksomhed består i efter aftale med forsikringstager at påtage sig at afdække en risiko. Herfor betaler forsikringstager en præmie, som forudsættes investeret af forsikrings-selskabet på for-

svarlig måde inden for de lovmæssige rammer og med henblik på at opnå størst muligt afkast."

4. Tilsynets praksis.

Tilsynet har i et par tilfælde tidligere behandlet konkrete spørgsmål om lovligheden af et forsikringsselskabs optagelse af lån med henblik på køb af værdipapirer i relation til LFV § 6. Forsikringsrådet ... har i et tilfælde erklæret sig enig i tilsynets opfattelse af, at transaktioner af denne type kun var lovmedholdelige, hvis låneoptagelsen skete med sikkerhed i indtægter, som selskabet havde erhvervet, men som endnu ikke var indbetalt.

I et andet tilfælde var Forsikringsrådet enig med tilsynet i, at investering i pantebreve for lånte midler var i strid med bestemmelserne i LFV §§ 6 og 6a. Dette indebar, at et forsikringsselskab ikke af sine frie midler frit kunne optage lån til udvidelse af investeringer, men er begrænset til låneoptagelse til hjælp i forsikringsforretningen eller anden virksomhed, som forsikringsselskabet har tilladelse til.

Finanstilsynet har i en sag accepteret, at et forsikringsselskab har optaget et lån i form af en variabelt forrentet kassekredit med henblik på investeringer i obligationer. En betingelse for, at dette lånearrangement faldt uden for, hvad der måtte karakteriseres som spekulation var, at det aktuelle træk på kassekrediten ikke overskred udsvingene i selskabets likviditet fra driften.

5. Vurdering.

Spørgsmålet i den konkrete sag er, om udstedelsen af O-kupon obligationer, der reelt er en låneoptagelse, og den efterfølgende investering i statsobligationer er i strid med bestemmelserne i LFV §§ 6 og 6a, dvs. om et forsikringsselskab frit kan optage lån til udvidelse af sine investeringer (og i den konkrete sag udnytte et skattefrit underskud) eller kun kan optage lån til hjælp i forsikringsvirksomheden eller anden virksomhed, som forsikringsselskabet har tilladelse til.

Som anført under pkt. 3 ... er formålet med afgrænsningen af et forsikringsselskabs lovlige aktiviteter efter LFV § 6, jf. § 6a, at forhindre risiko for tab ved sammenblanding af selskabets forsikringsvirksomhed med anden virksomhed. En sådan "anden virksomhed" må foreligge, hvis "låne"-virksomheden ikke har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden m.v.

Som eksempler på tilfælde, hvor en naturlig sammenhæng må antages at foreligge, kan nævnes, at et forsikringsselskab lovligt må kunne optage en almindelig kassekredit eller lignende til udsving i likviditeten eller til anvendelse i tilfælde af storskader. Et forsikringsselskab må endvidere kunne optage realkreditlån, jf. LFV § 6a, stk. 1, nr. 2), hvorefter et forsikringsselskab må opføre, eje og drive fast ejendom som varig anbringelse af midler. Desuden kan et forsikringsselskab optage lån til investering i andre virksomheder under tilsyn med henblik på koncerndannelse, da en sådan investering medfører fradrag i

moderselskabets basiskapital, jf. Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 638 af 6. juli 1994 om kapitalgrundlag for skadesforsikringsvirksomhed for forsikrings-selskaber med vedtægtsmæssigt hjemsted her i landet.

K G/S's påtænkte virksomhed ses dog ikke at opfylde betingelserne for at have en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden af følgende grunde:

1. Finanstilsynets konklusion i den først nævnte sag, forelagt for Forsikringsrådet. Dette selskabs transaktion blev kun betragtet som lovmedholdelig, fordi der var tale om optagelse af kortfristede lån med sikkerhed i indtægter, som selskabet havde erhvervet, men som blot endnu ikke var indbetalt til selskabet.
2. LFV indeholder ikke specifikke regler, der regulerer størrelsen af eller formålet med låneoptagelser. LFV §§ 6 og 6a må dog implicit forhindre en vilkårlig låneoptagelse, som kunne medføre, at hensynene bag risikobegrænsningsreglerne LFV kapitel 14a og LFV § 87 ville blive tilsidesat. Dette skyldes, at med en ubegrænset adgang til låneoptagelse ville selskabets aktivsammensætning ikke længere være bundet til egenkapitalen og hensættelserne.

Den påtænkte virksomhed kan ikke anses for omfattet af begrebet accessorisk virksomhed, da den ikke opfylder de karakteristika, som kendetegner accessorisk virksomhed, jf. § 6a, stk. 1, nr. 3) og bilag ...

Konklusion:

Under hensyntagen til de synspunkter, som er anført oven for, er det Finanstilsynets vurdering, at K G/S' påtænkte udstedelse af 0-kupon obligationer ikke kan anses for lovlig i medfør af LFV § 6, jf. § 6a, således som anført i Finanstilsynets afgørelse af 25. juni 2001.

... "

I skrivelse af 26. september 2001 har K G/S uddybet klagen:

" ...

Påklager kan indledningsvis tilslutte sig pkt. 1 og 2 i Finanstilsynets udtalelse, idet der dog, ud over investering i statsobligationer, forudsættes mulighed for tillige at investere i sikre Danske Realkreditobligationer. Derudover bemærkes for god ordens skyld, at det rent faktisk var på påklagers eget initiativ, at spørgsmålet om 0-kupon obligationen blev rejst overfor Finanstilsynet, ligesom det nedenfor bliver søgt påvist, at renterisikoen ikke blot elimineres mest muligt, men faktisk kan fikseres til en fast - og dermed på forhånd stort set kendt - udgift.

Med hensyn til Finanstilsynets pkt. 3 i udtalelsen er der enighed om, at det - såfremt det må være muligt at rubricere dispositionen - er LFV § 6, jfr. § 6 a, der kan og bør drøftes i forbindelse med den påtænkte disposition.

Påklager er naturligvis enig med Finanstilsynet i, at ethvert forsikringsselskab har som formål at forvalte forsikringstagernes indskudte midler på bedste vis, således at der til enhver tid er sikkerhed for, at et forsikringsselskab er i stand til at opfylde de forpligtelser, det har påtaget sig overfor forsikringstagerne. Der er også enighed om, at formålet med §§ 6 og 6 a i LFV er at forhindre risiko for tab af forsikringsselskabets midler ved sammenblanding af forsikringsvirksomhed og anden virksomhed.

Endelig er der også enighed om, at forsikringsselskabet forudsættes at investere midlerne på forsvarlig måde indenfor de lovmæssige rammer – alt med henblik på at opnå størst muligt afkast.

Med hensyn til det sidstnævnte skal det herefter forstås således, at der heri også må indgå det tilladelige element at indføre skattemæssige betragtninger og sikre et selskab mulighed for at søge det tabte genvundet ved lovlig investeringsvirksomhed, hvorunder det må betragtes som værende helt legalt at søge et i forbindelse med forsikringsdriften opstået underskud udnyttet bedst muligt med de til rådighed stående midler – alt naturligvis med hensyntagen til, at selskabet ikke skal påtage sig en ukendt risiko, som bringer formålet med drift af forsikringsvirksomheden i fare.

Det er naturligvis helt og aldeles ønskeligt, at der udøves et tilsyn med finansielle virksomheder og herunder også forsikringsselskaber – men ved en nærlæsning af LFV § 6, og i særdeleshed § 6, stk. 2, forekommer det endog særdeles vanskeligt at kategorisere nærværende transaktion som i strid med bestemmelsens ordlyd, endsige muligt at bringe dispositionen i overensstemmelse med de faktuelle eksempler loven, jfr. § 6 a, giver anvisning på. Der er således enighed med Finanstilsynet om, at dispositionen ikke ses at opfylde de karakteristika, der beskriver de accessoriske forretninger, som nævnes i § 6 a, stk. 1, nr. 3 – men det skyldes altså nu engang den betragtning, at der ved dispositionen slet ikke er tale om en disposition, som kan kategoriseres under LFV § 6 eller § 6 a.

Synspunktet er således det, at der slet ikke er tale om anden virksomhed end forsikringsvirksomhed – men blot en på grund af de indtrufne omstændigheder nødvendiggjort disposition i forbindelse og sammenhæng med den i forsikringsselskabets regi værende investeringsvirksomhed.

Såfremt det alligevel må lægges til grund, at Finanstilsynet – eventuelt med en anden begrundelse end henvisningen til LFV § 6 og § 6 a – har en godkendelsesbeføjelse vedrørende den påtænkte disposition om udstedelse af 0-kupon obligationer, må det indledningsvis bemærkes, at en låneoptagelse (som dispositionen ganske rigtigt er et udtryk for) vanskeligt kan defineres som en ”virksomhed” – hvorimod synspunktet naturligvis er det modsatte, såfremt der er tale om et udlån. I den forbindelse er det værd at bemærke sig, at udlån faktisk er en legal virksomhed, som et forsikringsselskab kan benytte sig af, jfr. f.eks.

note 28 i Karnov i tilknytning til kommentarer til LFV § 6 og 6 a, hvor der omtales et forsikringsselskabs mulighed for at indtræde i en samlet "boligløsning" med blandt andet produktet udlån på "hylderne".

LFV § 6 a, stk. 3 muliggør, jfr. note 30 i Karnov under bestemmelsen, at et forsikringsselskab via et datterselskab kan blive ejer af en bank under iagttagelse af kriterierne herfor i LFV i øvrigt – og hvor går så grænserne for den virksomhed, som "forsikringskoncernen" herefter kan udøve?

Med hensyn til det i Finanstilsynets udtalelse pkt. 4 nævnte omkring praksis synes det umiddelbart vanskeligt at se, hvorledes eksempel nr. 3 ... skulle være et mere sikkert projekt end den påtænkte disposition fra K G/S' side. I eksemplet var der tale om en variabel forrentet kassekredit, tilsyneladende alene etableret med henblik på investeringer i obligationer, hvor så engagementet blev accepteret, henset til at det aktuelle træk ikke overskred udsvingene i selskabets likviditet fra driften – altså synspunktet om at kreditfaciliteten var afstemt med virksomhedens drift i øvrigt.

Som det fremgår af nedennævnte kan også udstedelse af 0-kupon obligationen betragtes som værende afstemt med behovet i virksomheden, hvortil kommer, at der ikke er nogen ukendt faktor i form af en variabel kassekreditrente, hvorfor eksemplet nærmest kan tages til indtægt for, at en "konkret ansøgt" udstedelse af 0-kupon obligation må accepteres.

Som det fremgår af Finanstilsynets udtalelse under pkt. 5, er der enighed om, at der kan optages lån til hjælp i forsikringsvirksomheden, når blot lånet har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden som sådan – herunder optagelse af kreditforeningslån, hvor det vel sagtens så må være tilladt at finansiere fast ejendom med en 0-kupon obligation!

Det er fra påklagers side synspunktet, at dispositionen bestemt foretages til hjælp i forsikringsvirksomheden, og at dispositionen har en naturlig sammenhæng – ja ligefrem en nødvendiggjort sammenhæng – med forsikringsvirksomheden.

Det må i ovennævnte sammenhæng være en bestyrelses opgave i videst mulig omfang, og med de legale "hjælpemidler" der er til stede, at søge den af forsikringstagerne opsparede kapital sikret bedst muligt – og ved tab, da inden for lovens rammer at søge det tabte genvundet og dermed hjælpe forsikringsselskabet med at skabe grobund for en retablering af den tabte egenkapital – i det konkrete tilfælde i form af en udvidelse af den tidsperiode, hvor det konstaterede underskud kan søges udnyttet, hvilket der henset til, at der erfaringsmæssigt p.t. ikke realiseres større årlige overskud på den primære forsikringsdrift og heller ikke i investeringsvirksomheden, hvorfor det kan være af væsentlig betydning, at "underskudsperioden" bliver så lang som mulig.

Dispositionen er således til hjælp for forsikringsvirksomheden som sådan, hvortil kommer, at lånevirksomheden har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden i øvrigt, idet det skattemæssige underskud netop opstod i

forbindelse med en aktuel forsikringsbegivenhed, nemlig den voldsomme storm den 3. december 1999.

Nu kan det måske hævdes, at netop udstedelse af obligationer ikke er sædvanligt i forsikringsselskaber – men i så fald må opmærksomheden henledes på LFV § 240 a, stk. 4 og dennes henvisning til Aktieselskabslovens § 43 om muligheden for selskabers optagelse af lån mod obligationer.

Det fremgår af den Kommenterede lov om forsikringsvirksomhed side 730, at § 240 a, stk. 4's forbud om optagelse af lån i medfør af Aktieselskabslovens § 43 uden forudgående godkendelse af Finanstilsynet alene gælder for livsforsikringsselskaber, hvorimod andre forsikringsaktieselskaber godt kan optage disse obligationslån uden Finanstilsynets godkendelse. Dispositionen er således ikke et fremmed element indenfor forsikringsretten, og at LFV § 72, for så vidt angår gensidige forsikringsselskaber, ikke eksakt henviser til Aktieselskabslovens § 43, indebærer næppe en tilsigtet forskel mellem et forsikringsaktieselskab og et gensidigt forsikringsselskab, hvorfor dispositionen i form af udstedelse af obligationer også må kunne foretages af K G/S.

Såfremt Erhvervsankenævnet til trods for de ovennævnte synspunkter finder, at udstedelse af 0-kupon obligationer er en disposition, som skal godkendes af Finanstilsynet, er der enighed med Finanstilsynet om, at godkendelseskriterierne er, hvorvidt der er nogen risiko – nogen vilkårlighed – der indebærer fare for, at formålet i form af hindring af risiko for tab ved sammenblanding af forsikringsvirksomhed med anden virksomhed er til stede eller ej. I denne sammenhæng må LFV § 6 og § 6 a forstås således, at bestemmelserne skal hindre vilkårlig fri låneoptagelse, som kunne medføre, at hensyn til risikobegrænsningsreglerne ellers ville blive tilsidesat.

Der rejses herefter det spørgsmål, om der overhovedet er nogen i nævnte forbindelse økonomisk risiko forbundet ved dispositionen?

Som det fremgår af nedennævnte, er det synspunktet, at der ikke er forbundet nogen risiko med dispositionen, endstige at der foreligger relevante vilkårlige eller ukendte faktorer, som spiller ind.

Der fremlægges en eksemplificeret konsekvensberegning ved udstedelse af 0-kupon obligationer ..., hvor det aktuelle er alternativ 2.

Alternativ 2 indebærer – i det konkrete eksempel - at der udstedes en eller flere 0-kupon obligationer med en samlet nominel værdi på kr. 75 mio., som – henset til den manglende forrentning – udbetales til en aftalt kurs, her kurs 80,264, således at "låneprovenuet" udgør kr. 60.198.000,00. For provenuet købes der udelukkende statsobligationer og sikre Danske Realkreditobligationer til en fast rente på 5,25%, hvilket indebærer en renteindtægt kumuleret over de 4 år på kr. 13.672.405,00, hvilket indebærer, at selskabet efter år 4 står med kr. 73.870.405,00 i "hånden", idet det forudsættes, at de årlige udbetalte renter genplaceres til 5,25%. Men der skal bruges kr. 75 mio. til indløsning af obligationsporteføljen, hvilket indebærer et "tab" på kr. 1.129.595,00.

Henset til at der for provenuet alene købes statsobligationer og Danske Real-kreditobligationer, som ingen vel sagtens vil påstå indebærer nogen risikofaktor, men tværtimod må antages at have fuldgod 100% sikkerhed, må det således konkluderes, at der er en eksakt udgift på – i eksemplet – kr. 1.129.595,00. Hverken mere – hverken mindre.

Den eneste ukendte faktor er således, hvorvidt genplaceringsrenten er nøjagtig 5,25% - den kan selvfølgelig svinge lidt både til den ene og til den anden side, men at renteudsvinget skulle kunne indebære nogen form for projektet relevant risiko, vil ingen vel sagtens med rette kunne påstå.

Der er således ikke nogen egentlig vilkårlighed over projektet, som blot i nævneværdig grad skulle kunne forrykke det økonomiske resultat ved dispositionen. Der er til gengæld en faktisk udgift forbundet med dispositionen – men denne er altså som nævnt så godt som fuldt ud kendt på forhånd. Man kan faktisk anføre, at forsikrings-selskabet, for en fast ”præmie” på kr. 1.129.595,00, erhverver en mulighed for over en længere årrække at kunne udnytte det skattemæssige underskud, der opstod i forbindelse med udøvelse af forsikringsvirksomheden. Hvis selskabet er dygtig til at tjene penge nok til at udnytte underskuddet indenfor de første 5 år fra underskuddets konstatering – ja så er alt jo godt, og blot har ”præmien” på kr. 1.129.595,00 været afholdt for en sikkerheds skyld. Tjenes der imidlertid ikke penge nok til at udnytte underskuddet indenfor de første 5 år – ja så har selskabet for blot kr. 1.129.595,00 købt en mulighed for også i tiden der efter at udnytte det opståede underskud!

Kursen i eksemplet kan naturligvis variere i forhold til den aktuelle disposition – men den aktuelle kurs vil jo også være kendt på forhånd, og således altså inden dispositionen iværksættes.

Beslutter bestyrelsen sig for denne ”præmie”, fristes man faktisk til at sige, at i så fald har selskabet virkeligt varetaget forsikringstagernes interesser på bedste vis – og Finanstilsynets hindringer heri, under henvisning til ukendte risici og vilkårlig låneoptagelse og manglende sammenhæng med forsikringsvirksomheden, synes i denne her sammenhæng ikke at kunne forsvares.

K G/S har et i forhold til forsikringsdriften som sådan afstemt behov for udstedelse af en 0-kupon obligation på nominel kr. 75 mio.. Det er derfor fuldt tilstrækkeligt, at der gives tilladelse til denne enkeltstående disposition, idet selskabet ikke har noget behov for frit at kunne optage lån til udvidelse af investeringer, hvilket sidstnævnte kriterium netop i Finanstilsynets udtalelse opstilles som modpol til det, at selskabet optager lån til hjælp i forsikringsvirksomheden.

Ved at ansøgningen om ret til udstedelse af 0-kupon obligationen begrænses til nominelt kr. 75 mio., må dispositionen således kunne accepteres af Finanstilsynet, når dispositionen dels er af enkeltstående karakter og således ikke udtryk for en fri ret til lån til udvidelse af investeringer, og dels når dispositionen er afstemt med virksomhedens behov opstået i forbindelse med drift af forsikringsvirksomheden og til hjælp i samme – hvortil kommer, at dispositionen i sammenligning med Finanstilsynets eksempel nr. 3, jfr. ovenfor, ligeledes er af

en sådan karakter, at dispositionen må kunne godkendes, idet der som ovenfor nævnt i den påtænkte disposition fra K G/S' side end ikke er et variabelt element i form af en kassekreditrente.

...

Anbringender:

Det gøres gældende,

- at den påtænkte disposition primært ikke er et udtryk for udøvelse af anden virksomhed i LFV § 6 og § 6 a's forstand,
- at der er tale om en legal disposition, som påklager kan iværksætte, idet den bagved udstedelse af 0-kupon obligationen værende låneoptagelse er en disposition, som er acceptabel og anvendelig i den finansielle virksomhed, som et forsikringsselskab er,
- at dispositionen kan ses som værende til hjælp i forsikringsvirksomheden, og
- at dispositionen har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomhedens drift,
- at der under alle omstændigheder ved dispositionen ikke er noget element af vilkårlighed, endsige nogen risiko, der kan bringe formålet med drift af forsikringsvirksomhed i fare."

Ved skrivelse af 5. november 2001 har Finanstilsynet fastholdt det i sin skrivelse af 21. august 2001 og yderligere bemærket:

"...

Finanstilsynet skal dog tilføje for så vidt angår skadesforsikringsselskabers adgang til at optage lån uden Finanstilsynets forudgående tilladelse, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 240a, stk. 4, hvortil henvises i selskabets udtalelse..., at en sådan låneoptagelse forudsætter, at det i øvrigt er lovligt for selskabet at optage lån. Optagelse af lån kan efter Finanstilsynets opfattelse ske, når der er tale om lån til hjælp i forsikringsforretningen, eller anden virksomhed, som forsikringsselskabet har tilladelse til og denne lånevirksomhed har en naturlig sammenhæng med forsikringsvirksomheden m.v., f.eks. i forbindelse med likviditetsfremskaffelse til skadesudbetalinger ved naturkatastrofer."

I anledning af Finanstilsynets ovennævnte skrivelse har K G/S i skrivelse af 4. december 2001 bl.a. anført:

"...

Dog bemærkes med hensyn til det i nævnte skrivelse anførte vedrørende Lov om Forsikringsvirksomhed § 240 a, stk. 4, at nævnte bestemmelse efter forsikringsselskabets opfattelse netop kan tages til indtægt for, at den påtænkte disposition i form af låneoptagelse via udstedelse af 0-kupon obligationer - i skadeforsikringsselskaber - ikke kan betragtes som værende anden virksomhed i Lov om Forsikringsvirksomhed i § 6's forstand.

Dertil kommer, at den påtænkte disposition er en væsentlig økonomisk mere sikker konstruktion end de, som Finanstilsynet ellers tilsyneladende er sindet at give tilladelse til, jfr. herunder også det anførte i Finanstilsynets skrivelse af 5. 11.2001.

Når hertil kommer dispositionens naturlige sammenhæng med forsikringsvirksomhedsdriften og den dokumenterede mangel på faktisk risiko ved projektet, bør dispositionen - i det omfang tilladelse er fornøden - kunne accepteres og tilladelse hertil kunne opnås."

Ankenævnet udtaler:

Indledningsvis bemærkes, at lov om forsikringsvirksomhed ikke indeholder bestemmelser, som regulerer forsikringsselskabers adgang til at optage lån, bortset fra bestemmelsen i lovens § 240a, stk. 4, om Finanstilsynets godkendelse af livsforsikringsselskabers optagelse af lån i medfør af aktieselskabslovens § 43. Lovgivningen indeholder således ikke specifikke bestemmelser, hvorefter forsikringsselskabers adgang til at optage lån er begrænset til nærmere angivne formål eller beløbsstørrelser.

Lovligheden af den påtænkte disposition om optagelse af lån i form af udstedelse af 0-kupon obligationer og anbringelse af provenuet i stats- og realkreditobligationer beror således på en konkret vurdering af, hvorvidt dispositionen i sin helhed må anses for at have karakter af anden virksomhed end forsikringsvirksomhed og dermed i strid med lov om forsikringsvirksomhed § 6, stk. 1. Denne vurdering må foretages bl.a. under hensyn til baggrunden for dispositionen samt dispositionens formål og karakter.

Dispositionen er efter det oplyste af enkeltstående karakter og foranlediget af en større forsikringsbegivenhed, der medførte et ekstraordinært stort underskud, som på grund af lav indtjening i forsikringsvirksomheden forventes ikke at kunne udnyttes

inden for 5 år. Dispositionens formål er under iagttagelse af skattelovgivningens regler at forlænge perioden for underskuddets skattemæssige udnyttelse i yderligere 5 år for herved at varetage forsikringsvirksomheden og dermed forsikringstagernes interesser bedst muligt. Den isolerede udgift ved den påtænkte disposition kan forholdsvis nøje beregnes.

Under disse særlige omstændigheder finder ankenævnet, at den påtænkte disposition kan anses for at være et led i K G/S' almindelige formueforvaltning.

Ankenævnet ændrer derfor Finanstilsynets afgørelse af 25. juni 2001, således at K G/S' påtænkte udstedelse af 0-kupon obligationer med anbringelse af provenuet i stats- og realkreditobligationer ikke findes at være i strid med lov om forsikringsvirksomhed § 6.

5) 01-217.929. Kendelse af 1. oktober 2002.

Selskab nægtet tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed, idet moderselskabets ejer ikke kunne godkendes som kapitalejer.

§ 9 a, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed..

(Ellen Andersen, Mogens Andersen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 7. november 2001 på vegne af ... (forsikringsselskab under stiftelse) og K klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 11. oktober 2001 har nægtet at give selskabet tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed med henvisning til, at moderselskabets ejer, K ikke kan godkendes som kapitalejer af moderselskabet, jf. § 9 a, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed og § 11, stk. 1 og 2 i lov om finansiel virksomhed.

Sagens omstændigheder:

Den påklagede afgørelse lyder således:

"Indledning:

De har som advokat for ... ved K i en række skrivelser, senest skrivelse af 28. august 2001, ... anmodet om, at K af Finanstilsynet godkendes som ejer af en kvalificeret andel af kapitalandelene i B A/S, der ejer kapitalen i ... (forsikringsselskab), jf. herved bestemmelsen i lov om finansiel virksomhed § 11, stk.2.

1. Afgørelse:

Finanstilsynet kan ikke godkende K som ejer af en kvalificeret andel af kapitalandele - reelt ene-ejer - i B A/S, som er moderselskab for ... jf. lov om forsikringsvirksomhed (LFV) § 9a, stk. 2 og lov om finansiel virksomhed (FIL) § 11, stk. 1 og 2.

Finanstilsynet må på denne baggrund afslå at give ... (forsikringsselskab) til at udøve forsikringsvirksomhed.

Finanstilsynet anser ikke K for egnet som direktør for forsikringsselskabet, idet han i sit tidligere job som direktør for C (forsikringsselskab) skønnes at have udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at han ikke vil varetage et nyt direktørjob på forsvarlig måde, jf. herved bestemmelsen i LFV § 9a, stk. 1, nr. 3). Af samme årsag har Finanstilsynet ikke tilstrækkelig tillid til, at K ikke vil modvirke en forsvarlig drift af forsikringsselskabet, hvorfor K ikke kan accepteres som ejer af en kvalificeret andel af kapitalandelene i det selskab, som ejer forsikringsselskabet, jf. LFV § 9a, stk. 2, og FIL § 11, stk. 1 og 2.

Sagen har været behandlet af Det Finansielle Virksomhedsråd.

2. Sagsfremstilling:

Med brev af 26. april 2001 indsendte K en ansøgning om tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed med speciale i ejerskifteforsikringer ved køb af ejerlejligheder. I den anledning blev der den 31. maj 2001 afholdt et møde i Finanstilsynet, hvori K, De og statsautoriseret revisor D deltog. På mødet blev forsikringsselskabets driftsplan, konceptet for forsikringsforretningen og kapitalgrundlag gennemgået.

Som et led i sagsbehandlingen af de dokumenter, der efter mødet blev indsendt til Finanstilsynet, blev det indsendte Oplysningsskema A gennemgået med henblik på en vurdering af ledelsens hæderlighed og egnethed (fit and proper), herunder Ks egnethed som direktør. På baggrund af Finanstilsynets kendskab til Ks tidligere virke som direktør i C G/S, sendte Finanstilsynet den 12. juli 2001 et brev til Dem. Med henvisning til bemærkningerne til lov om forsikringsformidlings tilsvarende bestemmelse, sammenholdt med en række begivenheder i Ks tid som forsikringsdirektør, anmodede tilsynet om eventuelle bemærkninger, forinden Finanstilsynet traf beslutning om, hvorvidt K opfyldte betingelserne for at kunne lede det nye forsikringsselskab som direktør, jf. LFV § 9a, stk.1, nr. 3).

De svarede i skrivelse af 23. juli 2001, at De fandt Finanstilsynets redegørelse ufuldstændig, og at de af tilsynet anførte forhold ikke kunne begrunde, at K ikke kunne fungere som direktør i selskabet.

Med skrivelse af 2. august 2001 indsendte De et nyt Oplysningsskema A for E, der den 2. august var anmeldt som direktør for forsikringsselskabet til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Med skrivelse af 7. august 2001 bekræftede De, at ... (forsikringsselskabet) var 100% ejet af B A/S, som K ejede 100%.

De har med skrivelse af 14. august 2001 anmodet om aktindsigt i de dokumenter, der vedrører Ks relationer til C G/S' forsikringsaftale med F A/S. K har som part i sagen fået en række dokumenter i kopi, herunder af Finanstilsynets interne notater.

De har i skrivelse af 28. august 2001 kommenteret de udleverede dokumenter. Det er Deres opfattelse, at K har et retskrav på at få en tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed.

3. Retligt grundlag:

3.1. Regler om kapitalejere, jf. LFV § 9a, stk.2 og FIL § 11, stk. 1:

LFV § 9a, stk. 2: "Tilladelse kan desuden nægtes, hvis de i kapitel 3a nævnte kapitalejere skønnes at ville modvirke en forsvarlig drift af forsikringsselskabet."

Fra bemærkningerne til bestemmelsen i lov om forsikringsmæglervirksomhed, nu lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001, § 5, stk. 2, som svarer til LFV § 9a, stk. 2, skal fremhæves:

"Ved forsvarlig drift forstås drift på det økonomiske område. Såfremt der ikke foreligger holdepunkter for, at kapitalejerne vil modvirke en forsvarlig drift, skal tilladelsen gives. Hvis den pågældende eksempelvis tidligere i forbindelse med ejerskab eller deltagelse i ledelsen af andre virksomheder, har vist sig uegnet til at drive virksomhed økonomisk forsvarligt, hvilket eksempelvis vil være tilfældet, hvis den pågældende er dømt for økonomisk kriminalitet, skal tilladelse nægtes. Tilsvarende regler er gældende for forsikringsselskaber efter lov om forsikringsvirksomhed § 9a, stk. 2."

FIL § 11, stk.1: "Finanstilsynet skal på forhånd underrettes om og godkende enhver fysisk eller juridisk persons direkte eller indirekte erhvervelse af en kvalificeret andel i en finansiel virksomhed eller finansiel holdingvirksomhed samt sådanne forøgelse af den kvalificerede andel, der medfører, at denne udgør eller overstiger en grænse på henholdsvis 20 pct., 33 pct. og 50 pct. af stemmerettighederne henholdsvis selskabskapitalen, eller medfører, at den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed bliver en dattervirksomhed."

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at bestemmelsen, som stammer fra EF-direktiver, skal ses på baggrund af, at "ejer kredsen bag en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed øver væsentlig indflydelse på virksomhedens drift. Fysiske eller juridiske personer, som myndighederne ikke har tilstrækkelig tillid til, skal forhindres i at eje en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed, fordi der kan være risiko for, at de ikke vil medvirke til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden."

3.2. Fit and proper-bestemmelsen, jf. LFV § 9a, stk. 1

Af de ovenfor under pkt. 3.1. citerede retsregler fremgår, at et centralt begreb er "forsvarlig drift".

Ved forståelse af dette begreb er det nærliggende at se på kravet til ledelsens hæderlighed og egnethed (fit and proper), jf. LFV § 9a, stk. 1, særligt § 9a, stk. 1, nr. 3, om den tidligere udviste adfærd. Finanstilsynet skal i forbindelse med behandlingen af ansøgningen om tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed vurdere, om forsikrings selskabets bestyrelse og direktion opfylder betingelserne i LFV § 9a, stk. 1, hvorefter:

"Finanstilsynet kan nægte et forsikrings selskab koncession, hvis et medlem af forsikrings selskabets direktion eller bestyrelse

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

Af bemærkningerne til den tilsvarende bestemmelse i § 5 lov om forsikringsmæglervirksomhed, nu lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001, fremgår:

"Efter stk. 1, nr. 3) kræves ikke, at der skal være afsagt dom, for at Finanstilsynet kan nægte tilladelse. Imidlertid vil det forudsætte, at Finanstilsynet har en viden om, at den pågældende i sin tidligere virksomhed har opført sig på en sådan måde, at der er risiko for at hvervet som bestyrelsesmedlem eller direktør ikke vil blive udført på betryggende måde. Der tænkes f.eks. på situationer, hvor det er åbenbart, at ledelsesmæssigt svigt, manglende overholdelse af pålæg eller påbud fra en offentlig myndighed eller grovere misbrugssituationer, har været årsag til problemer i virksomheder, den pågældende tidligere har deltaget i som direktør eller bestyrelsesmedlem. Endvidere kan viden om, at den pågældende i gentagne gange tilfælde har været en del af ledelsen i virksomheder, der er gået konkurs, uden at der er afsagt dom for overtrædelse af straffeloven, begrunde, at Finanstilsynet nægter den pågældende at deltage i ledelsen af forsikringsmæglervirksomheden."

4. Finanstilsynets vurdering:

Finanstilsynet har ved vurderingen af spørgsmålet, om K kan accepteres som ejer af en kvalificeret kapitalandel i B A/S, som ejer(forsikringsselskabet) under stiftelse, lagt vægt på Ks fortid, hvor han var direktør i C G/S i perioden 1. oktober 1988 -5. april 1993.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at specielt Ks ledelsesstil, hvor han uden at informere bestyrelsen på forsvarlig måde indgik et engagement på forsikringsselskabets vegne med F A/S, var medvirkende til selskabets økonomiske problemer. Endvidere har Finanstilsynet lagt vægt på Ks deltagelse i forsikringsmæglerselskabet G.

C G/S blev på grund af sine økonomiske problemer likvideret i 1994, omdannet til aktieselskab og solgt til forsikringsselskabet H G/S og indgår nu som et datterselskab af denne koncern.

4.1 Vurdering af Ks egnethed og hæderlighed (fit and proper), jf. LFV § 9a, stk. 1, nr. 3:

Først i 1993 modtog Finanstilsynet en række telefonopringninger fra delegerede og bestyrelsesmedlemmer i C Forsikring G/S, der følte sig misinformerede af K. Tilsynet valgte på denne baggrund at afholde et møde med bestyrelsen og K den 2. april 1993. På dette møde blev en række kritisable forhold i direktørens administration vedrørende kommunikationen til enkelte delegeretmedlemmer og bestyrelsesmedlemmer drøftet. Ligeledes drøftedes direktørens firing af en ansat i modstrid med bestyrelsens ønske. Endvidere drøftedes Ks deltagelse i G-koncernen. Dette møde afdækkede, at direktøren havde søgt at udvide selskabets forretningsomfang på uforsvarlig vis, ligesom bestyrelsen ikke i tilstrækkeligt omfang var orienteret om selskabets daglige forretninger, herunder engagementet med G A/S og F A/S. Tilsynets besøg medførte, at der den 5. april 1993 blev afholdt en ekstraordinær generalforsamling, hvor der blev valgt ny bestyrelse, og hvor K straks efter nyvalget af bestyrelsen blev afskediget. Tilsynet foretog derefter en inspektion af selskabet den 26.-27. maj 1993.

G A/S blev erklæret konkurs i juni 1993.

G - koncernen bestod af:

1. Moderselskabet: G holding ApS. Dette selskab, der var stiftet i september 1991, havde "finansierings-, formidlings- og konsulentvirksomhed samt hermed beslægtet virksomhed" som formål.
2. Det 100% ejede datterselskab G A/S, hvis formål var at forestå aktiviteter inden for forsikrings- og økonomimæglervirksomhed, og
3. G Formidling A/S, 100% ejet datterselskab af aktieselskabet, G A/S.

K var medlem af bestyrelsen i G A/S fra selskabets start 27. maj 1991, og af G Holding ApS bestyrelse fra 27. maj 1991 til den 4. oktober 1991.

K havde anparter for et beløb af 19.950 kr. i G Holding ApS, svarende til 25% af selskabets samlede anpartsbeløb, registreret i tidsrummet 27. maj 1991 til den 5. september 1991.

På et bestyrelsesmøde i C G/S den 21. maj 1991 havde bestyrelsen godkendt dels en samarbejdsaftale med G A/S dels, at C skulle stille sikkerhed for mæglervirksomhedens lån på 500.000 kr. i I (sparekasse). Bestyrelsen blev ved denne lejlighed ikke orienteret om Ks bestyrelsesposter i G - koncernen endsige om, at K var medindehaver af koncernens moderselskab.

Sikkerhedsstillelsen blev af C G/S stillet i form af en håndpant sætning af et kontantdepot den 11. juni 1991, og lånet blev effektueret den følgende dag.

Til brug for udarbejdelsen af forsikringssselskabets årsregnskab for 1991/92 i sommeren 1992 havde selskabets revisor fået K til at underskrive en ledelseserklæring, dateret den 6. august 1992. Heraf fremgår bl.a., "- at undertegnede ikke ejer eller har ejet aktier i G A/S eller anparter i G Holding ApS, samt at der i øvrigt ikke har været foretaget sikkerhedsstillelse over for G holding ApS i strid med lov om forsikringsvirksomhed § 142".

K erkendte sin rolle i G - koncernen på mødet den 2. april 1993.

Det er i sagen oplyst, at K dengang havde oplyst revisorerne om, at han havde ejet en minoritets-post af anparter i G, og at disse efterfølgende var afhændet uden avance, og at revisorerne under hele sagsforløbet var af den opfattelse, at bestyrelsesformanden i C G/S var orienteret om den fortidige anpartsbesiddelse m.v.

Det fremgår endvidere af sagen, at den daværende bestyrelse i C G/S opfattede sig som fuldt ud orienteret om forholdet.

Det er imidlertid senere erkendt af revisoren, at det ikke var i overensstemmelse med de faktiske forhold at lade K underskrive ledelseserklæringen med det beskrevne indhold.

Ved den undersøgelse, Finanstilsynet den 26.-27. maj 1993 foretog i C G/S og den senere opfølgning herpå, var det indtryk tilsynet fik, at bestyrelsen ikke var blevet tilstrækkelig orienteret om væsentlige forhold i selskabet.

Tilsynet fandt det ikke fuldt klarlagt, om direktøren har haft anparter eller eventuelt andre interesser i G på et tidspunkt, hvor han samtidig havde forelagt forslag for bestyrelsen om, at selskabet garanterede for et lån på en 500.000 kr. til denne mæglervirksomhed, uden at direktørens personlige interesse i mæglervirksomheden samtidig forelå oplyst for bestyrelsen.

Når det af et medlem af den tidligere bestyrelse anføres i et bilag til Deres skrivelse af 14. august 2001, at han ikke som bestyrelsesmedlem har følt sig

vildledt af direktøren, kan dette udsagn være korrekt, men dække over, at bestyrelsen ikke har fået relevant og tilstrækkelig orientering om alle væsentlige forhold i selskabet.

Det er derfor Finanstilsynets opfattelse, at der med Ks beskrevne engagement med G - koncernen forelå en overtrædelse af dagældende §§ 90, stk. 4 og 101, stk. 3 i lov om forsikringsvirksomhed (manglende godkendelse fra bestyrelsen og manglende indberetning til Finanstilsynet).

----- O -----

På et særskilt møde med repræsentanterne fra Finanstilsynet og K den 2. april 1993 drøftedes bl.a. C G/S' økonomiske situation. Som opfølgning på dette møde afholdt Finanstilsynet et møde med den daværende ledelse i C G/S, hvor selskabets forsikringsaftale med F A/S blev gennemgået. Denne forsikringsaftale var indgået i 1990 og gik oprindeligt ud på, at C G/S ydede forsikringsdækning i 5 år for produkter solgt af F. Efter at K havde konstateret, at F tilsyneladende ydede dækning i et omfang, der gik ud over hvad dækningsgarantiens ordlyd gik ud på, blev aftalen ændret i 1992, så F for fremtiden dækkede alle skader selv ved at beholde den samlede præmieindtægt. C G/S skulle herefter modtage en årlig præmie på 200.000 kr. for, at F i sine policer måtte bruge C G/S' navn som bekræftelse af dækning på forsikringsmæssig basis. Aftalen mellem C G/S og F havde således efter 1992 karakter af en kautionsforsikring over for Fs eventuelle insolvens. Fra dette tidspunkt i 1992 udøvede F således forsikringsdrift uden at have tilladelse hertil, hvilket senere skriftligt blev påtalt af Finanstilsynet.

C G/S havde i sin koncession ikke tilladelse til at yde kautionsforsikring (forsikringsklasse 15).

Der var tilsyneladende i marts 1992 indgået en håndskrevet reassurancekontrakt med J Forsikring, der 100 % skulle dække C G/S' forpligtelser over for F-policerne. Da J i marts 1993 anmodede om kopi af den oprindelige reassurancekontrakt med C G/S, svarede K ved at sende tillægsaftalen til den oprindelige aftale med F og opsagde samtidig i et håndskrevet brev af 19. marts 1993 reassuranceaftalen med J. Dette skete uden at bestyrelsen blev orienteret herom.

Engagementet med F omtales af Dem i skrivelsen af 28. august 2001. Der henvises heri bl.a. til C G/S' årsregnskab 1992/93, hvoraf fremgik, at der blev hensat et beløb på 1 mio. kr. til at dække den maksimale forpligtelse, C G/S kunne blive pålagt i anledning af F-engagementet.

Dette sammenholdes af Dem med, at resultatet af bruttoforretningen det pågældende regnskabsår var et underskud på godt 15 mio. kr. Forholdet vedrørende F udgjorde ifølge Dem således et marginalt beløb

Efter Finanstilsynets opfattelse giver det ikke mening at sammenligne disse to tal.

At der efter selskabets størrelse blev afsat et så stort beløb som 1 mio. kr. til dækning af eventuelle tab på F-engagementet, var en følge af en undersøgelse, Finanstilsynet iværksatte efter undersøgelsen af forsikringsselskabet i 1993. Undersøgelsen afslørede, dels at det havde været K alene, der behandlede F-engagementet, og ingen andre i selskabet var involveret, dels at det efter Ks fratræden var uhyre vanskeligt at danne sig et skøn over selskabets samlede forpligtelser i denne sag, idet heller ikke ledelsen i F havde et sådant overblik på dette tidspunkt. Hensættelsesbeløbet på 1 mio. kr. nåede man frem til efter en gennemgang af de ikraftværende garantier.

Med dette engagement påtog selskabet sig en efter Finanstilsynets opfattelse økonomisk risiko, der blev en væsentlig medvirkende årsag til de økonomiske problemer, der førte til at selskabet blev likvideret i 1994, omdannet til et aktieselskab og solgt til H-koncernen.

Det er Finanstilsynets opfattelse, at K på grund af sin fortid som direktør i C G/S har udvist ledelsesmæssigt svigt, at Finanstilsynet ikke kan godkende ham som direktør for Forsikringsselskabet af 2001 A/S under stiftelse i medfør af § 9a, stk. 1, nr. 3, i LFV.

4.2 Vurdering af spørgsmålet om godkendelse af K som ejer af en kvalificeret andel af B A/S, jf. LFV § 9a, stk. 2 og FiL § 11, stk. og 2:

Det er Finanstilsynets vurdering, at når en person tidligere har udvist en adfærd, som gør, at personen ikke kan opfylde kravet om "fit and proper", jf. § 9a, stk. 1 nr. 3, indebærer dette tillige en begrundet risiko for, at den pågældende vil modvirke en forsvarlig drift af den finansielle virksomhed, der ejes af dette selskab - især her, hvor der er tale om en ejer af en kvalificeret andel (her: 100%) med den deraf følgende øgede indflydelse på forsikringsselskabets drift.

De anfører i skrivelse af 28. august 2001, at ordlyden i bestemmelsen i LFV § 9a, stk. 2, tilsiger, at denne bestemmelse har et væsentligt snævrere anvendelsesområde end bestemmelsen i LFV § 9a, stk. 1. Denne antagelse bygger på bemærkningerne til stk. 2. i lov om forsikringsformidling, jf. oven for. De finder det præciseret, at der ved udtrykket "forsvarlig drift" forstås drift på det økonomiske område. Deres konklusion er, at der ved vurderingen af, om K skal godkendes som ejer af en kvalificeret andel, hvilket er forudsætningen for, at der kan gives tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed i Forsikringsselskabet af 2001 A/S, alene skal vurderes, hvorvidt K som kapitalejer må antages at ville modvirke en forsvarlig økonomisk drift af forsikringsselskabet, og at der ikke heri indgår overvejelser om Ks fortid svarende til en "fit and proper"-vurdering, jf. LFV § 9a, stk. 1, nr. 3.

Til dette skal Finanstilsynet bemærke, at det på den ene side er korrekt, at LFV § 9a, stk. 1, nr. 3, FiL § 11, stk. 1 og 2 anvender begrebet "forsvarlig drift", og at den "drift", der sigtes til, er den økonomiske. På den anden side må der i vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt en kapitalejer vil modvirke forsvarlig drift, indgå alle kendte forhold vedrørende den pågældende, herunder også en evt. fortid i den finansielle sektor. I den foreliggende sag er der tale om en

fortid, der efter Finanstilsynets opfattelse indebærer, at der i medfør af LFV § 9a, stk. 1, nr.3) indikeres en ikke uvæsentlig risiko for, at kapitalejeren ikke vil medvirke til virksomhedens forsvarlige drift, særligt når der er tale om en eneaktionær. Til støtte for synspunkter om, at fortiden og en "fit and proper"-vurdering kan inddrages i Finanstilsynets skøn, kan henvises til Professor, dr. jur. Erik Werlauff's artikel "Indgrebsmuligheder over for betydende kapitalejere i finansielle virksomheder", offentliggjort i Finanstilsynets Årsberetning fra 1998.

5. Konklusion:

Finanstilsynet kan således ikke godkende K som ejer af en kvalificeret andel af kapitalandelene i B A/S, som er moderselskab for Forsikringsselskabet 2001 A/S under stiftelse, jf. LFV § 9a, stk. 2 og FIL § 11, stk. 1 og 2.

Finanstilsynet må på denne baggrund ligeledes afslå at give K tilladelse til at drive forsikringsvirksomhed, jf. LFV § 9a, stk.1, nr.3).

..."

I klageskrivelsen, der er suppleret ved skrivelse af 21. december 2001, har klageren gjort gældende, at de næsten 10 år gamle forhold, som Finanstilsynet har peget på, ikke kan føre til at antage, at vil K vil modvirke en forsvarlig økonomisk drift af forsikringsselskabet. Det er der ikke konkrete holdepunkter for. Det ene af de forhold Finanstilsynet har peget på, at Cs G/S engagement med F A/S var en væsentlig medvirkende årsag til, at selskabet blev likvideret, er ikke dokumenteret af Finanstilsynet. Forholdet vedrørende G kan heller ikke føre til nægtelse, idet dette forhold ikke relaterer sig til spørgsmålet om, hvorvidt K må antages at ville modvirke en forsvarlig drift. At C G/S ikke havde tilladelse til garantiforsikring, var naturligvis en fejl, men denne fejl berettiger heller ikke Finanstilsynet til at antage, at K vil modvirke en forsvarlig drift. Ifølge klageren er Finanstilsynets afgørelse reelt udtryk for et erhvervsforbud, der kræver klar hjemmel. En sådan klar hjemmel findes ifølge klageren ikke.

Finanstilsynet har i anledning af klagen udtalt sig ved skrivelse af 10. december 2001, hvor tilsynet i det væsentlige har gentaget hvad der fremgår af den påklagede afgørelse.

Ankenævnet udtaler:

Reglerne om koncession til at drive forsikringsvirksomhed findes i § 9 og § 9 a i lov om forsikringsvirksomhed, lovbekendtgørelse nr. 696 af 15. juli 2001. Efter § 9 a, stk. 2, kan Finanstilsynet nægte et selskab koncession, "hvis de i kapitel 3 a nævnte kapitalejere skønnes at ville modvirke en forsvarlig drift af forsikringsselskabet".

Bestemmelserne i kapitel 3 a blev ophævet den 1. juli 2001 ved § 87 b, nr. 1 i lov nr. 501 af 7. juni 2001, lov om finansiel virksomhed, jf. denne lovs § 79, stk. 1, men der blev samtidig i kapitel 3 i lov om finansiel virksomhed medtaget bestemmelser om ejerforhold.

Henvisningen i § 9 a, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed til kapitel 3 a, må derfor, efter overflyttelsen til kapitel 3 i lov om finansiel virksomhed, forstås som en henvisning hertil.

Af lovbemærkningerne til lov nr. 363 af 18. marts 1994, hvor bl.a. § 9 a blev indsat i lov om forsikringsvirksomhed, fremgår bl.a.:

"...

Den foreslåede bestemmelse i stk. 1 gennemfører bestemmelsen i art. 6 i 3. skadesforsikringsdirektiv og art. 5 i 3. livsforsikringsdirektiv, hvorefter der stilles krav om, at et selskab, der ansøger om koncession til forsikringsvirksomhed, faktisk skal ledes af personer, der opfylder de foreskrevne krav til hæderlighed, kvalifikationer, og erhvervs erfaring.

Tilsvarende regler er gældende på pengeinstitut- og realkreditområdet, og den foreslåede bestemmelse svarer derfor til § 6, stk. 6, i lov om banker og sparekasser mv. samt § 9, stk. 2, i realkreditloven.

Den foreslåede bestemmelse i stk. 2 gennemfører bestemmelsen i art. 8, stk. 2, i 3. skadesforsikringsdirektiv og art. 7, stk. 2, i 3. livsforsikringsdirektiv, hvorefter koncession kan nægtes af hjemlandets kompetente tilsynsmyndighed, hvis denne under hensyn til nødvendigheden af at sikre en sund og forsigtig forvaltning af forsikringsselskabet ikke er overbevist om aktionærernes eller selskabsdeltagernes egnethed.

De pågældende kan f.eks. i forbindelse med ejerskab eller deltagelse i ledelsen af andre finansielle virksomheder have vist sig uegnede til at drive virksomhed forsvarligt.

Tilsvarende regler er gældende på pengeinstitut og realkreditområdet, og den foreslåede bestemmelse svarer derfor til § 6, stk. 7, i lov om banker og sparekasser m.v. samt § 9, stk. 3, i realkreditloven."

§ 9 a, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed er, jf. ovenfor, en gennemførelse af art.8, stk. 2, i 3. skadesdirektiv, hvorefter

"Hjemlandets kompetente myndigheder meddeler ikke et selskab tilladelse til at påbegynde forsikringsvirksomhed, før de har fået meddelelse om alle aktionærs eller selskabsdeltageres identitet, det være sig fysiske eller juridiske personer, der direkte eller indirekte besidder en kvalificeret deltagelse i selskabet, og om størrelsen af deres kapitalandel.

Samme myndigheder nægter at meddele tilladelse, hvis de under hensyn til nødvendigheden af at sikre en sund og forsigtig forvaltning af forsikringsselskabet ikke er overbevist om aktionærernes eller selskabsdeltageres egnethed"

Ankenævnet kan tiltræde, at de forhold, som Finanstilsynet har anført i sin afgørelse, er af en sådan karakter, at heller ikke Erhvervsankenævnet er overbevist om Ks egnethed til at sikre selskabet en sund og forsigtig drift, jf. art. 8, stk. 2 i 3. skadesdirektiv, som gennemført ved § 9 a, stk. 2, i lov om forsikringsvirksomhed.

Ankenævnet finder derfor ikke, heller ikke efter det af klageren anførte, at der er grundlag for at tilsidesætte det skøn, som tilsynet har udøvet ved sin afgørelse.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 11. oktober 2001.

4.3. Lov om finansiel virksomhed

6) Kendelse af 8. januar 2002. 01-163.552.

Bankdirektørs medlemskab af bestyrelse for selskab inden for turisme i strid med forbudet i § 24, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed mod at deltage i ledelsen af anden virksomhed.

(Christen Sørensen, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

A bank har ved skrivelse af 3. juli 2001 klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 27. juni 2001 (j.nr. 6223-0023) har fastholdt en afgørelse af 12. juni 2001, hvorved tilsynet i henhold til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, pålagde bankens direktør NN at ophøre med sit hverv i bestyrelsen for X-by Turisme s.m.b.a.

Sagens omstændigheder:

I perioden 23. - 26. april 2001 foretog Finanstilsynet en ordinær undersøgelse af A bank. Af den af tilsynet udarbejdede tilsynsrapport af 12. juni 2001 fremgår blandt andet:

”2.2. Bestyrelsesformandsposten i X-by Turisme s.m.b.a.

Direktøren er bestyrelsesformand for X-by Turisme s.m.b.a. Tilsynet fik ved undersøgelsen udleveret vedtægter og årsregnskab for selskabet.

Ved det afsluttende møde blev bestyrelsen oplyst om, at tilsynet ikke havde konkluderet endeligt, om direktørens bestyrelsespost er i strid med bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1.

Tilsynet har efterfølgende gennemgået sagen og konkluderer således:

Det følger af bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, at en direktør ikke som bestyrelsesmedlem eller på anden måde må deltage i ledelsen eller driften af anden erhvervsvirksomhed end pengeinstituttet. Endvidere følger det af samme lovs stk. 2, at forbudet i stk. 1 ikke gælder for hverv i foreninger, institutioner, råd, nævn og lignende, der ikke har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift.

Afgrænsningen i forhold til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, bygger på det kriterium, som også anvendes i lov om erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1, hvor erhvervsdrift defineres som virksomhed, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser. Efter samme lovs § 8, stk. 1 skal virksomheder med begrænset ansvar anmeldes til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har til tilsynet oplyst, at X-by Turisme s.m.b.a. er registreret som erhvervsdrivende virksomhed i henhold til lov om erhvervsdrivende virksomheder § 8.

Endvidere følger det af bemærkningerne til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, samt den kommenterede bank- og sparekasselov side 169, at erhvervsvirksomhed fortolkes meget vidt. Et selskab anses således for erhvervsdrivende, såfremt det driver eller efter målet i dets vedtægter kan drive virksomhed med henblik på at opnå økonomisk udbytte.

Af § 2 i vedtægterne for X-by Turisme s.m.b.a. fremgår, at selskabets formål er efter almindelige forretningsmæssige principper gennem målrettet turistopsøgning at tilføre, udvikle og fastholde den bedst mulige udvikling for turisterhvervet i X-by og dermed styrke lokalområdet økonomiske vækst.

Det fremgår endvidere, at selskabet således mod betaling skal samarbejde med områdets hoteller, restauranter, forlystelsessteder, museer, detailhandlen, sommerhusejere m.fl. om etablering af aftaler, aktiviteter og tiltag, der kan medvirke til fremme af formålet. Selskabet skal yde almindelig og bred rådgivning til indgående/udgående turister, og i forbindelse hermed yde almindelig turistservice, men også forestå bestillinger, reservationer m.v. mod betaling.

Af selskabets regnskab fremgår, at selskabet driver turistopsøgende virksomhed og rejsebureau virksomhed, herudover har selskabet brugsretten til et vandrehjem, som bortforpagtes. Selskabet havde i 2000 en omsætning på 2.800.815 kr.

På baggrund af selskabets registrering som erhvervsdrivende virksomhed, selskabets formål i henhold til vedtægterne samt oplysningerne i årsregnskabet anser Finanstilsynet, at X-by Turisme s.m.b.a. driver virksomhed med henblik på at opnå økonomisk udbytte. Direktør NN vil således ikke kunne deltage i bestyrelsen for selskabet i henhold til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1. Tilsynet skal derfor pålægge, at direktøren ophører med sit hverv i bestyrelsen for X-by Turisme s.m.b.a.”.

Ved den påklagede afgørelse af 27. juni 2001 fastholdt Finanstilsynet sin ovennævnte afgørelse af 12. juni 2001.

I klageskrivelsen af 3. juli 2001 har A bank anført:

”Vi skal hermed indbringe sagen for Erhvervsankenævnet, idet afgørelsen efter vor opfattelse strider mod både teksten og intentionerne med bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1.

.....

Om baggrunden for at drive turisme i et selskab i stedet for i en forening, som er mest almindeligt i Danmark, kan det oplyses, at selskabsformen er valgt af flere grunde. Det har bl.a. været et krav fra X-by for at medvirke, at kapitalgrundlag skulle tilvejebringes ud fra forudsætningen for at give 1 kr. for hver kr., der kunne skaffes fra X-bys borgere. Dette resulterede i stiftelsen af s.m.b.a., for ca. 250 firmaer og privatpersoner har indskudt ca. kr. 500.000,- i kapital. Dette beløb er herefter fordoblet af X-by. S.m.b.a. er valgt som

selskabsform, fordi det er muligt løbende at modtage nye kapitalindskud fra en større kreds af borgere.

X-by Turisme beskæftiger sig ikke med andre typer forretninger end en hvilken som helst turistforening i Danmark gør. Selskabets helt væsentligste indtægtskilde er et tilskud fra X-by på godt kr. 1. mill.

I henhold til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2 nævnes selskabet med kunstnerisk, kulturel, oplysende, religiøst, politisk, socialt eller videnskabeligt formål, såsom idrætsklubber, fagforeninger, miljøorganisationer, erhvervsråd, sociale institutioner, humanitære organisationer, brancheforeninger, partiforeninger, forsamlingshuse, kunst- og teaterforeninger m.v. Sådanne foreninger falder uden for forbudet, selvom de driver erhverv til opfyldelse af et ideelt formål, fordi deltageres økonomiske interesser ikke fremmes gennem erhvervsaktiviteten.

Formålet med X-by Turisme fremgår af vedtægternes § 2, som siger:

”Selskabets formål er efter almindelige forretningsmæssige principper gennem målrettet turistopfølgning at tilføre, udvikle og fastholde den bedst mulige udvikling for turisterhvervet i X-by og dermed styrke lokalområdets økonomiske vækst”.

Det er netop disse formål, der er henvist til i lovteksten, hvor direktører skulle have mulighed for at deltage i foreninger, råd og lignende bl.a. til udvikling af turisme og styrkelse af erhvervsudviklingen.

Det gøres derfor gældende, at selskabets vedtægtsmæssige formålsbestemmelse ikke er at fremme deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdriften.

Det gøres endvidere gældende, at selskabets indtægter skal bruges til formålet og at overskuddet ikke udloddes til deltagerne.

Af § 5 fremgår det således om en deltagers udtræden at ”Ingen selskabsdeltager kan dog få udbetalt et større beløb, end han har indskudt”.

Og § 17 siger: ”Ved selskabets opløsning udbetales et overskudsprovenu til selskabsdeltagerne. Ingen selskabsdeltager kan dog modtage et større provenu end svarende til den indskudte kapital. Et eventuelt overskud efter tilbagebetalingen af indskud anvendes i overensstemmelse med formålet i § 2”.

Det følger af ovennævnte om intentionerne, samt den faktiske regnskabsaflæggelse, at ingen selskabsdeltager kan få økonomisk gevinst. Indtægterne skal bruges til formålet og ligge indenfor rammerne af den til enhver tid gældende lovgivning om virksomheder med kommunal og amtskommunal deltagelse.

Dog er vi blevet opmærksom på, at der eksisterer en teoretisk mulighed for at kunne vedtage et udbytte på en generalforsamling.

Vi vil derfor foranledige selskabets vedtægter ændret ved først kommende generalforsamling, således at det klart fremgår, at overskuddet altid kan tillægges formuen”.

I anledning af klagen har Finanstilsynet i skrivelse 27. august 2001 nærmere udtalt sig om det retlige grundlag for afgørelsen:

"Det følger af bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, at direktører, vicedirektører, underdirektører og dermed ligestillede, interne revisions- og vicerevisionschefer samt filialbestyrere ikke må eje eller drive selvstændig erhvervsvirksomhed, eller som bestyrelsesmedlem, funktionær eller på anden måde deltage i ledelsen eller driften af anden virksomhed end pengeinstituttet, jf. dog §§ 19 d-h.

Finanstilsynet har ikke mulighed for at dispensere fra bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1.

Forbudet i bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, gælder ifølge stk. 2 ikke for hverv i foreninger, institutioner, råd, nævn og lignende, der ikke har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesse gennem erhvervsdrift.

Bestemmelserne er indført ved lov nr. 475 af 10. juni 1997.

Af bemærkningerne til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2 fremgår, at bestemmelsen præciserer, at forbudet mod hverv i erhvervsvirksomheder ikke finder anvendelse på foreninger, institutioner, råd, nævn og lignende, der ikke har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift. Hverv i sådanne tilfælde tjener ikke til fremme af økonomiske interesser, men til almennyttige og ideelle formål.

Afgrænsningen i forhold til bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1, bygger på det kriterium, som også anvendes i lov om erhvervsdrivende virksomheder, hvor erhvervsdrift defineres som virksomhed, der har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser, jf. lov om erhvervsdrivende virksomheder § 1, stk. 1.

Undtagelsen i bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2 vedrører hverv i foreninger, råd, nævn og lignende. Selskaber med begrænset ansvar er efter bestemmelsens ordlyd ikke omfattet. Det er Finanstilsynet opfattelse, at selskaber med begrænset ansvar ikke kan sidestilles for foreninger, råd og nævn.

Idet X-by Turisme s.m.b.a. er registreret som erhvervsdrivende virksomhed, at selskaber med begrænset ansvar ikke er omfattet af ordlyden i bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2, og henset til selskabets formål i henhold til vedtægterne samt oplysninger i årsregnskabet, finder Finanstilsynet, at bestyrelshverv i X-by Turisme s.m.b.a. er omfattet af forbudet i bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1.

Finanstilsynet fastholder derfor tilsynets afgørelser af 12. og 27. juni 2001.”

Klageren, der er gjort bekendt med udtalelsen, har ikke fremsat yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter lov om finansiel virksomhed § 24, stk. 1 (tidligere bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1) må direktører i en finansiel virksomhed (tidligere pengeinstitut) ikke som bestyrelsesmedlem deltage i ledelsen af en anden virksomhed end den finansielle virksomhed (tidligere pengeinstitut), jf. dog §§ 27-35 vedrørende anden finansiel virksomhed (tidligere bank- og sparekasselovens §§ 19 d - 19 h). Efter samme lovs § 24, stk. 2, gælder forbudet i stk. 1 dog ikke for hverv i foreninger, institutioner, råd, nævn og lignende, der ikke har til formål at fremme deltagernes økonomiske interesser gennem erhvervsdrift (tidligere bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2). I bemærkningerne til § 19 c, stk. 2, i forslag til lov vedrørende forsikringsvirksomhed, banker og sparekasser m.v. (Folketingstidende 1996-1997, tillæg A, side 4631) er herom bl.a. anført: ”Hverv i sådanne tilfælde tjener ikke til fremme af økonomiske interesser men til almennyttige og ideelle formål.”.

Ifølge vedtægterne for X-by Turisme s.m.b.a. § 2, stk. 1, er selskabets formål blandt andet ”efter almindelige forretningsmæssige principper at tilføre, udvikle og fastholde den bedst mulige udvikling for turisterhvervet i X-by og dermed styrke lokalområdets økonomiske vækst.” Ifølge vedtægternes § 2, stk. 2, skal selskabet ”således mod betaling samarbejde med områdets hoteller, restauranter, forlystelsessteder, museer, detailhandlen, sommerhusejere m.fl. om etablering af aftaler, aktiviteter og tiltag, der kan medvirke til fremme af formålet.” Efter vedtægternes § 3 kan selskabets deltagerkreds ”bl.a. bestå af personer, virksomheder og foreninger samt X-by”.

Ifølge årsregnskabet for 2000 driver selskabet ”turistopsøgende virksomhed samt rejsebureau virksomhed”, ligesom selskabet ”har brugsretten til X-by ...

Vandrerhjem for X-by. Vandrehjemmet er bortforpagtet". Selskabets omsætning i 2000 var ifølge årsregnskabet 2.800.815 kr.

X-by Turisme s.m.b.a. er i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registreret som erhvervsdrivende virksomhed i henhold til § 8 i lov om erhvervsdrivende virksomheder, en lov som finder anvendelse på virksomheder, der har til formål at fremme virksomhedens deltageres økonomiske interesser gennem erhvervsdrift, jf. lovens § 1.

Efter det anførte om X-by Turisme s.m.b.a. findes bestyrelseshverv i dette selskab ikke at kunne anses for omfattet af undtagelsesbestemmelsen i lov om finansiel virksomhed § 24, stk. 2 (tidligere bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 2) . Ankenævnet tiltræder derfor, at bestyrelseshverv i X-by Turisme s.m.b.a. er omfattet af forbudet i samme lovs § 24, stk. 1 (tidligere bank- og sparekasselovens § 19 c, stk. 1).

Ankenævnet stadfæster således Finanstilsynets afgørelse af 12. juni 2001 som fastholdt ved afgørelse af 27. juni 2001.

4.4. Lov om værdipapirhandel

7) Kendelse af 8. januar 2002. 01-106.821.

Aktieprospekt skulle have været godkendt af Finanstilsynet.

Lov om værdipapirhandel § 44. Udbudsprospektbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2.

Art. 2, nr. 1, litra b i direktiv 89/298/EØF.

(Kjelde Mors, Finn Møller Kristensen og Ulla Staal)

A, B A/S, har ved skrivelse af 1. maj 2001 på vegne af C A/S klaget over, at Fondsrådet ved skrivelse af 10. april 2001 har truffet afgørelse om, at selskabet i forbindelse med kapitalforhøjelsen den 27. maj 1998 har overtrådt bestemmelserne i værdipapirhandelslovens kapitel 12 ved at have udbudt aktier i C A/S til offentligheden, uden at prospektet forinden var godkendt af Fondsrådet og registreret i og offentliggjort af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Sagens omstændigheder:

C A/S blev stiftet den 24. februar 1998 med en aktiekapital på 900.000 kr., som blev tegnet af 5 private investorer (stifterne). Den 27. maj 1998 blev aktiekapitalen forhøjet med 2.200.000 kr. Om forhøjelsen oplyste klageren ved skrivelse af 30. januar 2001 til Fondsrådet blandt andet:

" Det var helt præcist 22 nye investorer, som tegnede aktiekapital i forbindelse med denne forhøjelse, og disse udgjorde 19 privatpersoner (direkte eller gennem deres "personlige" ApS'er) og 3 pengeinstitutter, nemlig D-bank, H-bank og E-bank.

Samtlige de tegnende - incl. pengeinstitutterne - tegnede efter personlig henvendelse fra en af initiativtagerne, til hvis kreds af bekendte eller forretningsforbindelser, den pågældende hørte. Det siger sig selv, at der naturligvis også er enkelte, der har sagt nej tak til at tegne efter at have modtaget en henvendelse.

Der er ikke rettet nogen generel, skriftlig henvendelse til de potentielle aktionærer, men enkelte af initiativtagerne har måske til "sine" forbindelser rettet individuel skriftlig henvendelse. Dette kan ikke udelukkes."

Ved den påklagede afgørelse af 10. april 2001 udtalte Finanstilsynet:

"...

På det foreliggende grundlag finder Fondsrådet, at udbuddet af aktier i forbindelse med kapitalforhøjelsen den 27. maj 1998 er omfattet af udbudsreglerne i værdipapirhandelslovens kapitel 12 (lovbekendtgørelse nr. 725 af 25. juli 2000) om pligt til at udarbejde prospekt m.v. idet

- der er tale om udbud til offentligheden, jf. værdipapirhandelslovens § 43, stk. 1, og
- kapitalforhøjelsen den 27. maj 1998 blev udbudt til minimum 22 investorer, og tegnet af 22 investorer, kan der ikke være tale om udbud til en mindre kreds, der har personlig eller økonomisk tilknytning til udbyder eller udsteder, jf. § 2, stk. 1, nr. 2 i bekendtgørelse nr. 1207 af 15. december 2000 om prospekter ved første offentlige udbud af visse værdipapirer.

Fondsrådet finder således, at der foreligger en overtrædelse af pligten til udarbejdelse af prospekt i henhold til værdipapirhandelslovens kapitel 12 ved til offentligheden at have udbudt aktier, uden at der var udarbejdet prospekt, som forinden offentliggørelsen var godkendt af Fondsrådet og registreret i og offentliggjort af Erhvervs- Selskabsstyrelsen.

Fondbrådet har anmodet Politimesteren i X-by om at indlede politimæssig efterforskning af, om der foreligger overtrædelse af værdipapirhandelslovens § 44, stk. 1 samt prospektbekendtgørelsens §§ 16 og 17 i forbindelse med, at C A/S ved kapitalforhøjelsen den 27. maj 1998 har udbudt aktier til offentligheden uden, at prospektet forinden var godkendt af Fondbrådet og registreret i og offentliggjort af Erhvervs- Selskabsstyrelsen”.

I anledning af klagen har Fondbrådet i skrivelse af 31. maj 2001 nærmere udtalt sig om det retlige grundlag for afgørelsen:

”Af lov om værdipapirhandel m.v. fremgår det af § 44, at der ved udbud af værdipapirer skal offentliggøres et prospekt. Det fremgår endvidere af § 45, stk. 1, at prospekter som nævnt i § 44 skal indsendes til Fondbrådet.

Overtrædelse af bestemmelserne i § 44, stk. 1, og § 45, stk. 1, straffes i henhold til § 93, stk. 1, med bøde.

Fondbrådet påser i henhold til § 45, stk. 2, at prospekter som nævnt i § 44 opfylder forskrifterne i kapitlet og i bestemmelser fastsat i medfør heraf. Fondbrådet er endvidere i kapitel 12 tillagt kompetence til at fastsætte regler om prospekters indhold m.v.

Dette er sket i bekendtgørelse nr. 1207 af 15. december 2000 om prospekter ved første offentlige udbud af visse værdipapirer.

De situationer, hvor udsteder er undtaget fra pligten til at udarbejde prospekt i forbindelse med første udbud til offentligheden af værdipapirer, som ikke ønskes optaget til officiel notering på en fondsbørs, er nærmere reguleret i denne bekendtgørelses § 2.

Af § 2, stk. 1, nr. 2, i bekendtgørelsen fremgår, at reglerne ikke omfatter udbud af værdipapirer til en mindre kreds af fysiske eller juridiske personer, som har en økonomisk eller personlig tilknytning til udbyderen eller udstederen.

”En mindre kreds af fysiske eller juridiske personer, som har en økonomisk eller personlig tilknytning til udbyderen eller udstederen” er ikke defineret i lovgivningen.

Bestemmelsen er en implementering af artikel 2, stk. 1, litra b, i direktiv 89/298/EØF om udbudsprospekter m.v., hvor der tales om ”udbydelse af værdipapirer til en snæver kreds af personer”.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har tilkendegivet, at den ved administrationen af den tidligere gældende udbudsprospektbekendtgørelse (nr. 272 af 3. maj 1991) som tommelfingerregel har defineret ”en mindre kreds” som 10-15 personer.

En tilsvarende definition kendes fra skattelovgivningen, hvor man i forbindelse med det såkaldte anpartsindgreb (lov nr. 388 af 7. juni 1989) bl.a. fastslog, at kapitalindkomst i relation til personskattelovens § 4, stk. 1, nr. 10 omfatter det samlede nettobeløb af indkomst ved selvstændig erhvervsvirksomhed, *når antallet af ejere er større end 10, og den skattepligtige kun deltager i virksomhedens drift i uvæsentlig omfang.*

I denne bestemmelse er der, som udbudsprospektbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2, en definition af den kreds, der omfattes af bestemmelsen, der knytter sig til antal/omfang af personer og graden af tilknytning.

Af lovbemærkningerne til § 1 i lov nr. 388 af 7. juni 1989 fremgår bl.a.:

”Ved at sætte ejerantallet til 10 personer kommer forslaget til at omfatte de ”masseanpartsobjekter”, som gennem annoncering udbydes til et stort publikum af investorer”.

Revisionsfirmaet F har i en vejledning fra juni 1992 om prospekter ved første offentlige udbud af visse værdipapirer anført følgende i relation til udbudsprospektbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2:

”Begrebet ”mindre kreds af personer” er ikke defineret. Hvorvidt der er tale om en mindre kreds afhænger af den konkrete situation. Udbyder et selskab eksempelvis aktier til en lukket kreds på 10 investorer (rettet emission), vil der formentlig være tale om en ”mindre kreds”.

”Økonomisk eller personlig tilknytning” kan f.eks. være ejerskab eller ansættelse i et selskab”.

Erhvervsankenævnet har i en kendelse i en sag med samme problemstilling som i nærværende statueret, at:

”Ifølge klagerens oplysninger har aktierne været udbudt til en blandet kreds bestående af tidligere ejere, bestyrelsesmedlemmer, sponsorer, ansatte og medlemmer af en tilknyttet erhvervsklub.

Ankenævnet tiltræder, at der for en sådan kreds, hvori ikke alle har en særligt kvalificeret/snæver tilknytning til udbyderen eller det selskab, hvori aktierne udbydes, må gælde en kvantitativ begrænsning på 10 – 15 fysiske og /eller juridiske personer.

Ankenævnet stadfæster derfor Fondsrådets afgørelse af ...”.

For så vidt angår undtagelsesbestemmelsen i bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 1 har Fondsrådet tidligere (se Fondsrådets årsberetning 1998, side 25) på forespørgsel oplyst følgende om bestemmelsens anvendelsesområde:

”Bekendtgørelsens § 2 indeholder en række undtagelser fra pligten til at offentliggøre et prospekt. Således fremgår det af § 2, stk. 1, nr. 1, at

prospektpligten ikke omfatter udbud af værdipapirer til fysiske eller juridiske personer som led i deres erhvervmæssige virksomhed.

Denne undtagelsesbestemmelse finder anvendelse på fysiske og juridiske personer, der er under finansielt tilsyn samt virksomheder, der ikke er under tilsyn, men som har investeringer som et ordinært/naturligt led i deres virksomhed. Sidstnævnte gruppe af virksomheder omfatter f.eks. større virksomheder med en investering- eller fondsafdeling, hvor virksomhedens fondsbeholdning plejes”.

Såfremt udbudet ikke omfattes af en af undtagelsesbestemmelserne i udbudsprospektbekendtgørelsens § 2, og der derfor foreligger prospektpligt, skal prospektet i henhold til værdipapirhandelslovens § 45, stk. 1 og 2, og bekendtgørelsens § 16, stk. 1, indsendes til Fondsrådet i 2 eksemplarer.

Fondsrådet påser i henhold til bekendtgørelsens § 16, stk. 2, at prospektet opfylder lovens foreskrifter og bestemmelserne i bekendtgørelsen.

Fondsrådet har tidligere behandlet lignende sager om manglende overholdelse af prospektpligten ...

Desuden henvises til Erhvervsankenævnets kendelse af 22. august 2000, nævnets journalnr. 99-200.300, hvor nævnet bl.a. udtaler ”Udbudsbekendtgørelsens § 2, nr. 2 må fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i art 2, nr. 1, litra b, i direktiv 89/298/EØF om udbudsprospekter, hvorefter undtagelsen omfatter ”en snæver kreds af personer” (i den engelske udgave: ”A restricted circle of persons”). I den foreliggende sag har aktietegnerne en forskellig tilknytning til udbyderen, som henholdsvis bestyrelsesmedlem, repræsentantskabsmedlem, medlem af en tilknyttet erhvervsklub og som personlig ven af bestyrelsesmedlemmer. Under disse omstændigheder finder ankenævnet ikke, at et udbud til en kreds på 25 fysiske og juridiske personer kan anses for udbud til en snæver kreds”.

...

Det er Fondsrådets opfattelse, at selskabet allerede ved kapitalforhøjelsen den 27. maj 1998 ... har foretaget første udbud til offentligheden. Begrundelsen derfor er, at selskabet har udbudt aktier til en personkreds på minimum 22 personer.

Det faktum, at tegningen er sket efter individuel kontakt til hver enkelt udvalgt investor, er ikke et forhold, der kan undtage fra prospektpligten.

...

Fondsrådet har på baggrund af ovennævnte og på baggrund af selskabets redegørelse og sagens omstændigheder i øvrigt og i overensstemmelse med Fondsrådets hidtidige praksis fundet, at hverken størrelse af kredsen af investorer eller investorernes tilknytningsforhold til C A/S er af en sådan karakter, at de ville kunne være omfattet af undtagelsesbestemmelserne i

bekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2, idet antallet af investorer er højere end det af Erhvervsankenævnet tidligere statuerede, og idet kredsen af investorer ikke kan afgrænses klart og entydigt”.

Foranlediget af Finanstilsynets udtalelse har klageren i skrivelse af 27. juni 2001 blandt andet anført:

”Det gøres helt grundlæggende gældende overfor Fondsrådets indstilling, at selskabet ikke ved emissionen i maj 1998 har foretaget et udbud til offentligheden.

Som det er anført tidligere, er der blevet rettet henvendelse til en nøje udvalgt gruppe af personer om, hvorvidt disse ønskede at tegne aktier i selskabet. Selv de henvendelser, der førte til tegning ved pengeinstitutter, er sket som følge af personlige kontakter til ledende personer i de respektive pengeinstitutter indenfor et netværk.

En tilfældig person, som havde hørt om selskabets dannelse f.eks. via lokale rygter, ville ikke have kunnet komme ind og tegne aktier i selskabet.

Da der således stedse under dette udbud har været tale om en lukket kreds af personer, har selskabet konkluderet, at der ikke foreligger noget udbud til offentligheden, og at man allerede derfor ikke er omfattet af prospektpligten.

Det retskildemæssige grundlag for Fondsrådets afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger udbud til offentligheden eller ikke, er således ganske uklart.

I forbindelse med behandling af undtagelsesreglen i prospektbekendtgørelsens § 2, stk. 1, nr. 2 omtaler Fondsrådet bl.a. skattereglerne i forbindelse med anpartsindgrebet, som udtrykkeligt fastsætter en grænse på 10 i de dér gældende kriterier.

Det er indlysende, at hvis loven eller bekendtgørelsen havde indeholdt en bestemmelse om, at alle udbud af aktier uanset udbudsmåde, som medfører tegning ved mere end 10 aktionærer, er at anse som offentlige udbud, ja, så var bekendtgørelsens regler overtrådt ved C A/S' aktiemission i maj 1998. Dette var ikke tilfældet, og derfor må det modsætningsvis konkluderes, at det ikke er mængden af investorer, der afgør hvornår udbudet er offentligt, eller hvornår det ikke er offentligt, men tværtimod er det den måde, udbudet finder sted på, der må være det afgørende kriterium.

I den henseende foreligger det fra Fondsrådets side ubestridt, at tegningen er sket ved henvendelsen til en kreds af nøje udvalgte personer.

Jeg skal fremhæve en parallel situation, hvor det tillige er udbudsmåden og ikke antallet af bydere, der er det afgørende kriterium.

Det drejer sig om den nu netop afskaffede licitationslovs § 2, stk. 2, der er sålydende:

”Ved offentlig licitation rettes opfordring til at byde ved bekendtgørelsen i dagspressen eller på lignende måde til en ubestemt kreds. Ved bunden (ikke offentlig) licitation, rettes opfordringen til at byde direkte og alene til dem, fra hvem bud ønskes”.

I henseende til prospektbekendtgørelsens definition af begrebet offentligt udbud kan man vel næppe tale om en analogislutning fra licitationsloven, men man kan i hvert fald tale om en parallel – dvs. en udbudssituation.

Tilsvarende gælder, for så vidt angår udbud, som er underlagt EU's regler for udbud indenfor offentlige myndigheders varekøb, indkøb af bygningsentrepriser eller indkøb af tjenesteydelser.

Her opererer man også med offentligt udbud og såkaldt begrænset udbud, som i hovedprincipperne svarer til den danske licitationslovs to typer udbud.

Jeg kan oplyse, at i EU direktiverne om offentlige indkøb i den engelske udgave benævnes det, der på dansk hedder ”det begrænsede udbud” som ”restricted procedure”, jf. nærmere herom senere.

Med baggrund i det ovenfor anførte gøres det således gældende, at der ikke overhovedet er sket noget offentligt udbud i maj 1998, hvorfor selskabets handlemåde har været korrekt.

Subsidiært gøres det gældende, at såfremt det måtte findes, at der foreligger et offentligt udbud, er retsgrundlaget for en sådan konklusion så uklar, at tvivlen må komme selskabet i sin egenskab af borger til gode.

Endelig gøres det subsidiært gældende, at dersom der foreligger et offentligt udbud, er selskabets emission i maj 1998 omfattet af bekendtgørelsens undtagelsesregel i § 2, stk. 1, nr. 2.

...

I forbindelse med den retlige behandling af undtagelsesreglen fremhæves to gange afgørelsen af 22. august 2000...

Det skal i den forbindelse indledningsvis fremhæves, at de begivenheder, der behandles i kendelsen, fandt sted i 1999, dvs. et år efter C A/S emission, ligesom C A/S ej heller kunne kende denne kendelse al den stund, at den først forelå i løbet af år 2000.

Fondbrådet fremhæver bl.a. følgende afsnit:

”Ankenævnet tiltræder, at der for en sådan kreds, hvori ikke alle har en særlig kvalificeret/snæver tilknytning til udbyderen ... må gælde en begrænsning på 10-15 fysiske og/eller juridiske personer”.

Ankenævnet fremhæver her ganske korrekt, at en eventuel kvantitativ begrænsning alene gælder tilfælde, hvor der ikke foreligger tilknytning etc.

Fondbestyrelsen har ikke ført noget bevis for, at dette kriterium – som var det, der afgjorde selskabets beslutning tilbage i 1998 – ikke skulle være opfyldt ved den udbudsmåde, man brugte i maj 1998.

I behandlingen af samme afgørelse ... i Fondbestyrelsens skrivelse anføres det, at bekendtgørelsens § 2, nr. 2 må fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i art. 2, nr. 1, litra b, i direktiv 89/298/EØF om udbudsprospekter.

Det anføres her videre, at i det omtalte direktiv nævnes undtagelsen som omfattende en ”snæver kreds af personer”, hvilket i den engelske udgave tydeliggøres som ”A restricted circle of persons”.

Det gøres gældende, at fortolkningen af både direktivet og bekendtgørelsen – som ifølge ankenævnets udsagn skal være den samme – går på måden, hvorpå personer har ret til at komme til at give bud på aktier og ikke på det antal, der udvælges eller det antal, der vælger at sige ja tak til tilbudet efter udvælgelsen.

Der findes fuld belæg for at fortolke ord ”restricted” i overensstemmelse med den måde, som det i henhold til det ovenfor anførte gøres i EU direktiverne vedrørende offentlige udbud.

Dette betyder, at det således er det forhold, at kun en bestemt kreds af personer, der har adgang til at give, er afgørende, idet modsætningen – et offentligt udbud – kun foreligger, når det er en ubestemt kreds, der har adgang til budet.

En ren kvantitativ håndtering af undtagelsesbestemmelsen savner derfor ikke alene hjemmel, men er direkte i strid med i hvert fald den engelske version af direktivets tekst og med den fortolkning, man vil kunne udlede af tilsvarende direktiver i EU indenfor offentlige indkøb samt sågar vil kunne udlede af den danske licitationslov.

Det gøres derfor gældende, at bekendtgørelsen og direktivets kriterier for at kunne sætte en kvantitativ begrænsning på 10-15 ikke er til stede i nærværende sag.

...

Fondbestyrelsen anfører ... at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som en tommelfingerregel har anvendt et kriterium på 10-15 personer.

Det anføres ikke, hvor dette er offentliggjort og således har kunnet [danne] grundlag for en kvalificeret beslutning for C A/S pr. maj 1998.

Fondbestyrelsen anfører endvidere 10 personers grænsen i anpartsindgrebet som et fortolkningsparameter.

En regel fra skatteretten er ganske irrelevant som parallel i nærværende sammenhæng, og eksemplet illustrerer da også kun ganske tydeligt, at det er nødvendigt med faste og forståelige grænser, såfremt man ønsker at gøre disse gældende mod borgeren.

Den modsætning til små, private projekter under 10 personer, som fremhæves, jf. lovbemærkningerne til § 1 i lov nr. 388 af 7. juni 1989 siger netop, at man ønsker at skabe en klar afgrænsning overfor projekter, som udbydes til offentligheden gennem annoncering m.v. (masseanpartsprojekter).

Endelig henviser man til en vejledning fra Revisionsfirmaet F. Til dette skal jeg blot anføre, at man vel ikke alvorligt kan mene, at vejledninger fra tilfældige revisionsfirmaer skal bruges som retskilde i en sag, hvor man ønsker at give et selskab en påtale efter bekendtgørelsen og anmelde dette til politiet.

Det gøres derfor i det hele gældende, at indgreb overfor C A/S i anledning af emissionen i maj 1998 savner hjemmel.

Det gøres endvidere gældende, at måtte der findes at være en delvis hjemmel, som også var i kraft og kundgjort pr. maj 1998, er denne hjemmel så uklar, at denne uklarhed må komme selskabet som borger til gode, både i relation til afgørelsen om en påtale og i relation til afgørelsen om indgivelse af politianmeldelse".

Finanstilsynet har fremsat yderligere bemærkninger til sagen ved skrivelse af 19. juli 2001 og klageren ved skrivelse af 24. august 2001.

Ankenævnet udtaler:

Ifølge klageren blev aktierne forud for aktietegningen den 27. maj 1998 udbudt til en kreds af mindst 22 nye potentielle aktietegnere bestående af banker, selskaber og privatpersoner, der alle havde forretningsforbindelse eller var bekendte til en af de 5 stiftere af selskabet. Ankenævnet tiltræder, at der herved skete udbud til offentligheden af værdipapirer som omhandlet i bekendtgørelse nr. 229 af 20. april 1998 (nu nr. 1207 af 15. december 2000) om prospekter ved første offentlige udbud af visse værdipapirer (udbudsbekendtgørelsen) § 1.

Udbudsbekendtgørelsens § 2, nr. 2, om undtagelse fra pligten i § 1 til at offentliggøre et prospekt ved første udbud af værdipapirer, når dette sker til en mindre kreds af fysiske og/eller juridiske personer, som har en økonomisk eller personlig tilknytning til udbyderen eller udstederen, må fortolkes i overensstemmelse med art. 2, nr. 1, litra b, i direktiv 89/298/EØF om udbudsprospekter, hvorefter undtagelsen omfatter "en snæver kreds af personer" (i den engelske udgave: "A restricted circle of persons"). I den foreliggende sag har aktietegnerne en forskellig tilknytning til udbyderen som henholdsvis forretningsforbindelse eller bekendt til en af stifterne af det udbydende selskab. Under disse omstændigheder finder ankenævnet ikke, at et udbud til en kreds på mindst 22 fysiske og juridiske personer kan anses for udbud til en snæver kreds.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 10. april 2001, idet bemærkes, at beslutningen om at indgive politianmeldelse ikke er undergivet ankenavnets kompetence.

8) Kendelse af 18. december 2002. 02-119.393.

Finanstilsynet havde ikke haft hjemmel til at træffe afgørelse vedrørende spørgsmål om videregivelse af intern viden over for en ikke part. Afgørelsen ophævet.

Lov om værdipapirhandel § 84 b.

(Lise Høgh, Suzanne Helsteen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 3. maj 2002 har K klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 10. april 2002 har udtalt, at der ikke er grundlag for at antage, at der er sket videregivelse af intern viden til nærmere angivne aktionærer i A (realkreditinstitut) A/S i strid med § 36 i lov om værdipapirhandel m.v.

Sagens omstændigheder:

K solgte en post aktier i A A/S umiddelbart forud for offentliggørelsen den 2. oktober 2000 af meddelelsen om fusionen mellem A A/S og B (bank) A/S. Herved fik han ikke del i den kursstigning, som nævnte offentliggørelse medførte.

Ved skrivelse af 10. april 2002 meddelte Fondsrådet og Finanstilsynet K følgende:

"Ved brev af 28. august 2001 har De indbragt Københavns Fondsbørs A/S' afgørelse af 23. august 2001 for Fondsrådet. Ved afgørelsen lagde Københavns Fondsbørs A/S til grund, at forløbet i forbindelse med offentliggørelsen af A Bank A/S' overtagelse af A A/S var i overensstemmelse med § 27 i lov om værdipapirhandel m.v.

I Deres anke af Københavns Fondsbørs A/S' afgørelse har De gjort gældende, at den manglende offentliggørelse af forhandlingerne vedrørende B Bank A/S' overtagelse af A A/S er i strid med oplysningspligten i § 27 i lov om værdipapirhandel m.v., idet der er tale om væsentlige forhold, der har betydning for kursdannelsen på aktierne.

De har subsidiært anført, at offentliggørelse af forhandlingerne i hvert fald burde være sket på det tidspunkt, hvor visse af A A/S' hhv. B Bank A/S' aktionærer fik oplysning om forhandlingerne, idet alle aktionærer samtidigt burde have haft adgang til oplysningerne. De anfører, at videregivelsen af oplysningerne alene til visse aktionærer er i strid med § 36 i lov om værdipapirhandel m.v. om videregivelse af intern viden.

Deres anke har været forelagt Københavns Fondsbørs A/S samt B Bank til udtalelse. B Banks svar i sagen har endvidere været forelagt Dem til udtalelse.

Deres anke rejser to spørgsmål. For det første om der er sket tilsidesættelse af oplysningspligten i § 27 i lov om værdipapirhandel m.v., hvilket henhører under Fondsrådets kompetence, og dernæst om der er sket uberettiget videregivelse af intern viden, hvilket spørgsmål hører under Finanstilsynets kompetence.

Fondsrådet skal vedrørende spørgsmålet om overholdelsen af oplysningspligten meddele følgende:

Fondsrådet finder ud fra det af B Bank A/S oplyste, at der ikke er ført bevis for, at endelig beslutning om B Banks A/S' overtagelse af A A/S var truffet på et tidligere tidspunkt end 1. oktober 2000. Det bemærkes, at det forhold, at overtagelsen måtte have været planlagt til offentliggørelse til den 2. oktober 2000 ikke er ensbetydende med, at parterne har været fuldstændig sikre på, at transaktionen også ville blive gennemført til dette tidspunkt, idet et væsentligt forhold - fastsættelsen af bytteforholdet mellem parterne - efter det oplyste udestod frem til dette tidspunkt.

Under henvisning hertil, og idet offentliggørelse af beslutningen skete umiddelbart herefter, finder Fondsrådet, at offentliggørelse af forløbet vedrørende B Bank A/S' overtagelse af A er sket i overensstemmelse med oplysningspligten i § 27 i lov om værdipapirhandel m. v.

Fondsrådets afgørelse kan ved sagsanlæg indbringes for domstolene senest 8 uger efter modtagelsen af afgørelsen, jf. § 88, stk. 2, i lov om værdipapirhandel m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 168 af 14. marts 2001.

Finanstilsynet skal vedrørende spørgsmålet om videregivelsen af intern viden bemærke:

Det er Finanstilsynets vurdering, at et selskab kan videregive intern viden til enkelte aktionærer om en påtænkt transaktion i det omfang videregivelsen i relation til den enkelte aktionær er konkret begrundet og videregivelsen af oplysningerne findes at være af væsentlig betydning for transaktionens gennemførelse.

På baggrund af det af B Bank A/S oplyste finder Finanstilsynet i den konkrete sag, at der ikke er grundlag for at antage, at der er sket videregivelse af intern viden til aktionærene i strid med § 36 i lov om værdipapirhandel m.v. Det er Finanstilsynets vurdering, at videregivelsen af oplysningerne om de igangværende forhandlinger til henholdsvis aktionærene Foreningen A, C Aktiefonden samt D A/S har været konkret begrundet, og at forelæggelsen skønnes at have været af væsentlig betydning for, at overtagelsen kunne gennemføres.

Finanstilsynets afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet, ..

Ved skrivelse af 3. maj 2002 til Erhvervsankenævnet klagede K over Finanstilsynets afgørelse. I skrivelsen samt i efterfølgende skrivelser af 27. maj, 1. august og 10. september 2002 anførte klageren bl.a., at det ikke er godtgjort, at videregivelsen af interne oplysninger til de i afgørelsen nævnte aktionærer var af væsentlig betydning for fusionens gennemførelse, og at videregivelsen af oplysningerne derfor var i strid med § 36 i lov om værdipapirhandel m.v.

Ved skrivelse af 11. juli 2002 fastholdt Finanstilsynet sin afgørelse og udtalte bl.a.:

"Som det fremgår ovenfor, er det i den børsretlige litteratur den fremherskende opfattelse vedrørende spørgsmålet, om der foreligger uberettiget videregivelse af intern viden, jf. § 36 i lov om værdipapirhandel m.v., at der under visse kriterier kan ske selektiv videregivelse af intern viden til bl.a. investorer.

Finanstilsynet er enig i denne vurdering. Det er Finanstilsynets opfattelse, at et selskab kan videregive intern viden til enkelte aktionærer i det omfang videregivelsen er konkret begrundet i form af, at forelæggelsen af oplysningerne er af væsentlig betydning for en påtænkt transaktions gennemførelse.

I den konkrete sag har to af aktionærene - Foreningen A og C Aktiefonden - efter det oplyste været orienteret qua deres medlemskab af A A/S' bestyrelse. Der er således ikke sket en bevidst orientering af disse som aktionærer. Videregivelsen er alene sket som følge af aktionærernes placering i selskabets ledelse.

Herudover er der sket en orientering af en af de mindre aktionærer, D A/S, idet D havde en strategisk samarbejdsaftale med A A/S, som bl.a. indebar gensidige aktiebesiddelser, og hvilken aftale skulle ophøre ved overtagelsen. Endvidere var det efter det oplyste en del af overtagelsesaftalen, at C Bank A/S tilbagekøbte selskabet C Pension fra D A/S.

Investorernes involvering synes således i alle tilfældene at have været konkret begrundet enten som led i deres virke som bestyrelsesmedlemmer eller for at sikre, at en central investor var enig i overtagelsestilbudet og de transaktioner, der måtte følge heraf.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at der på baggrund af ovenstående ikke er grundlag for at antage, at der er sket uberettiget videregivelse af intern viden efter § 36 i lov om værdipapirhandel m.v., og Finanstilsynet har derfor ikke foretaget sig videre i sagen, f.eks. i form af en politianmeldelse.

Det skal samtidig bemærkes, at de aktionærer, der er kommet i besiddelse af intern viden, under alle omstændigheder er omfattet af forbuddet mod insiderhandel i lov om værdipapirhandel m.v. § 35, som også anført af Københavns Fondsbørs A/S og B Bank A/S."

Den 6. august 2002 anmodede Erhvervsankenævnet Finanstilsynet om en supplerende udtalelse og herunder om, hvorvidt K kunne anses som part i relation til spørgsmålet om uberettiget videregivelse af intern viden, jf. § 84 b i lov om værdipapirhandel m.v.

I skrivelse af 2. september 2002 udtalte Finanstilsynet herefter bl.a.:

"Bestemmelsen i § 84 b omhandler partsbegrebet i lov om værdipapirhandel m.v. Bestemmelsen blev indsat ved Lov nr. 250 af 27. april 1999 (lovforslag L 150) og var en nydannelse, idet der i tidligere love havde været en henvisning til bank- og sparekasselovens partsregler.

§ 84 b, stk. 1 og 2, nr. 7 og 8, er sålydende, idet resten af bestemmelsen er irrelevant for nærværende sag:

"§ 84 b. Som part i forhold til Finanstilsynet eller Fondsrådet anses alene aktieselskaber omfattet af § 7, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet eller Fondsrådet retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 tillige som part i Finanstilsynets eller Fondsrådets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

...
...
...

7) Den, mod hvem Fondsrådet indleder undersøgelse for overtrædelse af § 29 om indberetning af aktiebesiddelser, eller den, mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af kapitel 10.

8) Den, der for Fondsrådet indbringer en af en fondsbørs, en autoriseret markedsplads, en clearingcentral eller en værdipapircentral truffet beslutning i sager af vidtrækkende eller principiel betydning, jf. § 88, stk. 3, og som Fondsrådet anser for part i sagen."

I de finansielle tilsynslove har man i længere tid opereret med et snævrere partsbegreb end i forvaltningsloven, henset til de opgaver, som Finanstilsynet udfører. Op gennem 1990'erne gav partsbegrebet anledning til fortolkningsmæssige problemer og medførte i visse henseender nogle konsekvenser, som ikke var tilsigtede. Bl.a. på den baggrund foretog dr. jur. Jan Schans Christensen i 1996 en eneudredning om tavshedspligt og partsbegreb i den finansielle tilsynslovgivning.

Den nuværende § 84 b er udformet med udgangspunkt i konklusionerne i eneudredningen og anfører, hvilke fysiske og juridiske personer, der kan tillægges partstatus i forhold til Finanstilsynet og Fondsrådet. Ud fra forarbejderne til bestemmelsen ses der ikke at være mulighed for at tillægge andre personer end de i bestemmelsen nævnte partstatus, hvorfor bestemmelsen må anses for udtømmende.

I relation til bestemmelsen i § 36 fremgår det af § 84 b, stk. 2, nr. 7, at den, som Finanstilsynet indleder en undersøgelse mod for overtrædelse af kapitel 10 (§§ 34-39), tillægges partstatus.

Andre personer, fysiske som juridiske, kan ikke tillægges partstatus vedrørende afgørelser om disse bestemmelser.

K har derfor ikke kunnet tillægges partstatus vedrørende den del af sagen, da kriteriet herfor ikke er opfyldt.

Med hensyn til påklagelse af afgørelser er det efter det forvaltningsretlige udgangspunkt kun parter, der ved administrativ rekurs kan påklage en forvaltningsmyndigheds afgørelser.

Det fremgår også af bemærkningerne til § 84 b ved dennes tilblivelse i Lov nr. 250 af 27. april 1999, at "Partstatus indebærer bl.a. adgang til at få fortrolige oplysninger i den sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets og Fondsrådets afgørelser for Erhvervsankenævnet." (L 150 side 13, højre spalte).

K har i den del af afgørelsen af 10. april 2002, der vedrører § 36 i lov om værdipapirhandel m.v. fået klagevejledning til Erhvervsankenævnet.

Ud fra ovennævnte er det dog kun parter, der kan påklage en forvaltningsmyndigheds afgørelser og dermed er klageberettiget. Idet K ikke er part i sagen, jf. ovenfor, er han således heller ikke klageberettiget.

Finanstilsynet har derfor givet klagevejledning i en situation, hvor der ikke har været en klageadgang, hvilket tilsynet skal beklage."

Efter at være gjort bekendt med Finanstilsynets skrivelse af 2. september 2002 har K i skrivelse af 10. september 2002 om partsspørgsmålet bl.a. anført:

"I forbindelse med Ankenævnets vurdering heraf vil jeg bede Ankenævnet tage stilling til det urimelige i:

- at jeg, som privatperson, ikke skulle kunne stole på oplysningerne fra Finanstilsynet om, at jeg har klageadgang til Erhvervsankenævnet, ikke mindst set i lyset af, at Finanstilsynet har haft min klage til behandling i meget lang tid, og at Finanstilsynet jo har realitetsbehandlet klagen, og ad den vej de facto tillagt mig partsstatus.
- at Finanstilsynet tilbagekalder en allerede fremsat klagevejledning i en særdeles principiel sag, hvor domspraksis, iht. Tilsynets egen kommentar om sagen (se side 5 i Tilsynets brev til Ankenævnet af 11. juli 2002) er meget sparsom, nemlig om videregivelse af intern viden efter § 36 med hensyn til børsnoterede virksomheders drøftelse af forhold med udvalgte investorer, og hvor Finanstilsynet i svaret indirekte har givet udtryk for et ønske om, at få denne sag afprøvet, og endelig fordi der er forløbet så lang tid, så jeg kunne få en mistanke om, at jeg har ret i, at A/B Bank faktisk **har** overtrådt § 36

Derudover ønsker jeg overfor Ankenævnet at fremhæve:

- at Tilsynet selv i tidligere korrespondance i sagen klart har givet udtryk for, at det i denne sag er svært at adskille i forhold til § 27 fra forhold i henhold til § 36, hvorfor det må være rimeligt at kunne henholdsvis anlægge sag ved domstolene i relation til første paragraf, hvilket allerede er sket, ligesom det må være rimeligt at give klageadgang i relation til den anden paragraf "

Ankenævnet udtaler:

Det tiltrædes af de grunde, der er anført i Finanstilsynets skrivelse af 2. september 2002, at Finanstilsynet ikke har haft hjemmel til at træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet om videregivelse af intern viden i strid med § 36 i lov om værdipapirhandel m.v. med K som part.

Erhvervsankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 10. april 2002.

Det til ankenævnet indbetalte klagegebyr tilbagebetales K.

9) Kendelse af 10. juli 2002. 01-221.835

Ikke krav på aktindsigt.

Lov om værdipapirhandel § 84a og 84 b.

(Ellen Andersen, Peter Erling Nielsen, Ulla Staal)

Ved skrivelse af 14. november 2001 har K klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 15. oktober 2001 har afslået at meddele ham aktindsigt i "X-sagen".

Sagens omstændigheder:

I en udtalelse af 20. december 2001 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

"Klageren anmodede i brev af 4. september 2001 Finanstilsynet om aktindsigt i "X-sagen", jf. ... Klageren gør i skrivelsen opmærksom på, at han ønsker aktindsigt i samtlige akter i sagen.

Klagerens forbindelse med X-sagen er som følger:

Finanstilsynet blev i skrivelse af 22. januar 1997 anmodet af Københavns Fondsbørs A/S om at undersøge en mulig overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation (§ 34, stk. 3 i værdipapirhandelsloven). Sagen drejede sig om, at en ansat i A Bank A/S på sidste børsdag i 1996 foretog handler til kurser, der afveg fra markedsniveauet. Handlerne foregik på den måde, at den ansatte i A Bank A/S udbød en mængde aktier, og derpå ringede til henholdsvis B og C- Bank og bad disse om at købe aktierne til en kurs højere end markedskursen.

Af skrivelsen fremgår, at det var Københavns Fondsbørs opfattelse, at B ikke havde medvirket til forsøg på at påvirke kursen på X's aktie med uhæderlige midler. Klageren var på det pågældende tidspunkt ansat i B.

Finanstilsynet indledte en efterforskning af sagen, der ikke omhandlede klageren men derimod to ansatte fra henholdsvis A og C-bank. I forbindelse med efterforskningen fandt tilsynet det relevant at aflytte Bs båndoptagelser vedrørende handler i X aktien den dag, den mulige overtrædelse fandt sted. Det blev i denne forbindelse Finanstilsynet bekendt, at B havde afgivet forkerte oplysninger i forbindelse med den redegørelse, banken afgav til Fondsbørsen. I redegørelsen oplyste banken, at der kun fandtes én samtale med kunden omkring handlen. Af Finanstilsynets gennemlytning af båndoptagelserne fremgår, at der findes mere end én samtale, og banken anmodedes derfor om

kommentarer til dette forhold. Det fremgår dog af en intern meddelelse i Finanstilsynet, at de samtaler tilsynet har fået kendskab til, ikke giver anledning til at foretage sig skridt overfor banken eller bankens medarbejder. Klagerens forbindelse med båndoptagelserne er, at han er den ene af to personer, der deltager i samtalerne.

Finanstilsynet meddelte i brev af 29. september 1997 Statsadvokaturet for Særlig Økonomisk Kriminalitet (SØK) at på trods af, at man havde fundet flere samtaler, end banken har oplyst, gav det ikke anledning til at anmode SØK om at indlede en undersøgelse af B's medarbejder (klageren) for overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation.

Det skal afslutningsvis bemærkes, at Finanstilsynet i juni 1997 anmodede SØK om at indlede en efterforskning af de to ansatte i A Bank og C Bank for mulig kursmanipulation. Disse personer blev efterfølgende sigtet, og den 16. november 1998 blev der afsagt dom mod begge for overtrædelse af forbuddet mod kursmanipulation."

Den påklagede afgørelse af 15. oktober 2001 har følgende ordlyd:

"...

Finanstilsynet har på følgende baggrund truffet afgørelse om at afslå Deres anmodning om aktindsigt efter forvaltningsloven:

I medfør af lov om værdipapirhandel m.v. anses alene aktieselskaber omfattet af § 7, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet eller Fondsrådet retter sig imod, som part i forhold til Finanstilsynet eller Fondsrådet, jf. § 84 b, stk. 1, i lovbekendtgørelse nr. 168 af 14. marts 2001.

Partsstatus efter § 84 b, stk. 2 og 3, finder i medfør af § 84 b, stk. 5, kun anvendelse på afgørelser truffet efter den 17. december 1998.

For at De kan anses som part i "X-sagen", skal der således være truffet en afgørelse imod Dem. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Da De således ikke er part i sagen, finder forvaltningslovens regler om aktindsigt ikke anvendelse.

I medfør af offentlighedslovens § 4, stk. 1, kan enhver, herunder ikke-parter, med de undtagelser, der fremgår af lovens §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Af offentlighedslovens § 14 fremgår imidlertid, at pligten til at give aktindsigt er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. Det betyder, at De i medfør af offentlighedsloven kun kan få aktindsigt i doku-

menter, der ikke er omfattet af tilsynets særlige tavshedspligt, jf. lov om værdipapirhandel m.v. § 84 a.

På denne baggrund fremsendes følgende dokumenter fra "X-sagen":

- pressemeddelelse af 7. oktober 1997 fra Københavns Fondsbørs

Finanstilsynets afgørelse kan i henhold til lov om værdipapirhandel m.v. § 88, stk. 1, indbringes for Erhvervsankenævnet ..."

I klageskrivelsen af 14. november 2001 har K anført:

"Undertegnede, K, indbringer herved Finanstilsynets afgørelse af 15. oktober 2001 om afslag på min anmodning om aktindsigt i "X-sagen" ...

Det er min påstand for Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynets afgørelse ændres således, at min anmodning om aktindsigt følges.

Til støtte for min klage gøres det gældende, at jeg har partsstatus i sagen i medfør af Værdipapirhandelslovens paragraf 84b, stk. 1, og at Værdipapirhandelslovens paragraf 84b, stk. 5 ikke er til hinder for at jeg har partsstatus.

Det ville stride mod formålet med bestemmelsen i Værdipapirhandelslovens paragraf 84b, stk. 2, nr. 7, som netop sikrer partsbeføjelser for personer som er omfattet af en undersøgelse, såfremt der for opnåelse af partsstatus krævedes, at der skal være truffet en afgørelse mod den pågældende.

På baggrund heraf er det min opfattelse, at Finanstilsynets fortolkning af bestemmelsen i Værdipapirhandelslovens paragraf 84b, stk. 5 er forkert.

Klageren forbeholder sig at fremkomme med yderligere anbringender til støtte for klagen.

..."

I Finanstilsynets ovennævnte udtalelse af 20. december 2001 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder yderligere udtalt:

"...

Finanstilsynet har truffet afgørelse om, at klageren ikke er at betragte som part i forhold til § 84 b, stk. 1, med følgende begrundelse:

Der er ikke truffet afgørelse af Finanstilsynet eller Fondsrådet mod klageren i "X-sagen". Tilsynet har besluttet, at der ikke er anledning til at anmode SØK om at indlede en undersøgelse af klageren i forbindelse med overtrædelse af værdipapirhandelsloven. Denne beslutning er af processuel karakter, hvorfor der ikke er tale om en afgørelse, der medfører partsstatus i sagen.

Klageren anfører ligeledes i skrivelsen til Erhvervsankenævnet, at § 84 b, stk. 5, ikke er til hinder for, at klageren opnår partsstatus. Som nævnt ovenfor findes der undtagelser fra § 84 b, stk. 1, i § 84 b, stk. 2-4. I henhold til lov om værdipapirhandel mv. § 84 b, stk. 5, er partsstatus og partsbeføjelser efter stk. 2-4 begrænset til forhold, hvor Finanstilsynets eller Fondsrådets afgørelser træffes efter den 17. december 1998. Sagen blev afsluttet med domfældelsen den 16. november 1998, hvilket er før den 17. december 1998. Dermed finder § 84 b, stk. 5, ikke anvendelse."

Ankenævnet udtaler:

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

Ks anmodning om aktindsigt vedrører en sag omfattet af lov om værdipapirhandel m.v. Denne lovs § 84 b fastlægger nærmere kredsen af parter i forhold til afgørelser truffet af Finanstilsynet eller Fondsrådet:

”§ 84 b. Som part i forhold til Finanstilsynet eller Fondsrådet anses alene aktieselskaber omfattet af § 7, værdipapirhandleren, det kontoførende institut eller udstederen af værdipapirer, som en afgørelse truffet af Finanstilsynet eller Fondsrådet retter sig mod, jf. dog stk. 2 og 3.

Stk. 2. I nedennævnte tilfælde anses en anden end en virksomhed omfattet af stk. 1 tillige som part i Finanstilsynets eller Fondsrådets afgørelse, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende:

...

7) Den mod hvem Finanstilsynet indleder undersøgelse for overtrædelse af § 29 om indberetning af aktiebesiddelser eller kapitel 10 om misbrug af intern viden og kursmanipulation.

...

Stk. 5. Partsstatus og partsbeføjelser efter stk. 2-4 er begrænset til forhold, hvor tilsynets eller rådets afgørelser træffes efter den 17. december 1998.”

Værdipapirhandlere er ifølge lov om værdipapirhandel m.v. alene pengeinstitutter, fondsmæglerselskaber og realkreditinstitutter, jf. lovens § 4, stk. 3, jf. stk. 1, og det tiltrædes derfor, at K ikke er part efter lovens § 84 b, stk. 1. Herefter og da Finanstilsynet efter det oplyste på intet tidspunkt har indledt en undersøgelse mod K i forbindelse undersøgelsen af "X-sagen", tiltrædes det endvidere, at K ikke er part efter § 84 b, stk. 2, nr. 7.

Ankenævnet tiltræder således, at K ikke efter forvaltningsloven har ret til aktindsigt i "X-sagen".

Efter offentlighedslovens § 4, stk. 1, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i lovens §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Efter undtagelsesbestemmelsen i lovens § 14, er pligten til at meddele oplysninger begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Efter lov om værdipapirhandel m.v. § 84 a, stk. 1, er Finanstilsynets ansatte forpligtede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver vidende om. I lovens § 84 a, stk. 3-5, er opregnet situationer, i hvilke det er tilladt for tilsynet at udlevere fortrolige oplysninger, men da K ikke er omfattet heraf, tiltræder ankenævnet, at K ikke har krav på aktindsigt efter offentlighedsloven.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 15. oktober 2001.

4.5. Lov om forsikringsmæglervirksomhed.

10) Kendelse af 20. september 2002. 01-134.435

Klageren, der var privatassurandør og som havde drevet selvstændig forsikringsmæglervirksomhed siden 1996, skulle alene gennemgå et kursus i forsikringsmæglerjura for at kunne fortsætte sine hidtidige aktiviteter efter overgangsordningens udløb.

Lov om forsikringsmæglervirksomhed § 34, stk. 2.

(Mogens Andersen, Christen Sørensen og Jan Uffe Rasmussen)

K, der driver forsikringsmæglervirksomhed i personlig drevet virksomhedsform, har ved skrivelse af 26. juni 2001 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 28. maj 2001 har bestemt, at han skal gennemføre en supplerende teoretisk uddannelse for at kunne fortsætte med at drive forsikringsmæglervirksomhed efter 1. april 2005, jf. § 34, stk. 2, i lov om forsikringsformidling.

Sagens omstændigheder:

Om sagens faktiske omstændigheder har Finanstilsynet den 22. august 2001 oplyst:

”...

Af K's personlige ansøgning fremgår, at K har været ansat i A (forsikringsselskab) i perioden fra den 1. august 1991 til den 1. januar 1996. Det fremgår endvidere, at K siden den 1. september 1996 har udøvet livs- og skadesforsikringsmægling i enkeltmandsvirksomhed.

Med K's personlige ansøgning var vedlagt kopi af bevis for bestået privatassurandøreksamen i personforsikring og bevis for at have gennemført og bestået modul 4.13: forsikringsjura fra Forsikringshøjskolen ...

Finanstilsynet meddelte i brev af 15. marts 2001 ..., at han som følge af at have drevet forsikringsmæglervirksomhed siden den 1. september 1996 er omfattet af overgangsordningen i § 34 i lov om forsikringsformidling. Herefter skal Finanstilsynet meddele en person tilladelse, såfremt den pågældende ved lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 udøver forsikringsmæglervirksomhed og har indgivet ansøgning til Finanstilsynet senest den 1. april 2000. Dette gælder uanset om den pågældende ikke opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, der er fastsat i medfør af § 3, stk. 4 i lov om forsikringsformidling.

Finanstilsynet meddelte samtidig, at tilsynet i øvrigt som vilkår for en tilladelse kan fastsætte, at den pågældende inden den 1. april 2005 indsender bevis for at opfylde kravene til den teoretiske uddannelse.

Med henblik på en vurdering af hvorvidt ansøgers kompetencebeviser opfylder de krav til teoretisk viden om forsikringsmæglervirksomhed, der er fastsat i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelsen), anmodede Finanstilsynet i samme brev om ansøgers skriftlige samtykke til, at kompetencebeviserne blev sendt til Forsikringshøjskolen med henblik på en bedømmelse af ansøgers teoretiske uddannelse i relation til uddannelsesbekendtgørelsens krav.

Forsikringshøjskolen meddelte i brev af 17. maj 2001, ... at det er Forsikringshøjskolens vurdering, at ansøger i forhold til uddannelsesbekendtgørelsen mangler følgende teoretiske kompetencer:

Jura – fagplan 1

Delkompetence ”jura specielt for forsikringsmægleren”, jf. § 6, stk. 1, nr. 2 i uddannelsesbekendtgørelsen, og

Forsikringsteknik – fagplan 2

Hele fagplan 2 i såvel livs- og skadesforsikringsteknik, jf. § 6, stk. 2 og 3 i uddannelsesbekendtgørelsen.

På baggrund af Finanstilsynets samlede vurdering af ansøgers teoretiske viden og praktiske kunnen om forsikringsmægling, herunder Forsikringshøjskolens vejledende udtalelse meddelte Finanstilsynet i brev af 28. maj 2001 ..., ansøgeren tilladelse til at udøve livs- og skadesforsikringsmægling i enkeltmandsvirksomhed i medfør af § 3, stk. 1, jf. § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling. Tilladelsen blev givet på vilkår om supplerende uddannelse i overensstemmelse med § 6, stk. 1 – 3 i uddannelsesbekendtgørelsen.

...”

I klageskrivelsen og i supplerende skrivelse af 19. september 2001 og 18. januar 2002, har klageren anført, at han med sine 10 års praktiske erfaring, 5 år som assurandør og 5 år som selvstændig forsikringsmægler, og med sin teoretiske uddannelse fra forsikringshøjskolen i 1999 som privatassurandør opfylder kravene i overgangsordningen i § 34 i lov om forsikringsmæglervirksomhed til at udøve forsikringsmæglervirksomhed. Det kan ifølge klageren ikke være rigtigt, som det fremgår af Finanstilsynets udtalelse af 22. august 2001 (se nedenfor), at man for at få tilladelse efter overgangsordningen, skal have aflagt eksamen som erhvervsassurandør, idet han primært beskæftiger sig med privatmarkedet. Meningen

med overgangsordningen kan ikke have været at lukke allerede igangværende forsikringsmæglervirksomheder. Meningen må have været at give de eksisterende virksomheder muligheder for at fortsætte på lempelige vilkår, men det er der ifølge klageren ikke tale om her, idet Finanstilsynet ikke tager hensyn til allerede eksisterende virksomheder. Hvis han skal opfylde de krav, Finanstilsynet har stillet, vil det medføre omkostninger for ham i størrelsesordenen 100 t.kr. og et meget stort tidsforbrug.

Om sagens retlige omstændigheder har Finanstilsynet udtalt den 22. august 2001:

”Den 1. januar 2000 trådte lov nr. 238 af 21. april 1999 om forsikringsmæglervirksomhed i kraft. Lovens titel er i medfør af § 5 i lov nr. 503 af 7. juni 2001 ændret til lov om forsikringsformidling, jf. lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001 ...

Med loven blev etableret en tilladelsesprocedure for forsikringsmæglere. Det fremgår af lovens § 3, stk. 1, at både personer og selskaber, der ønsker at drive forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse hertil af Finanstilsynet. Alene forsikringsmæglere, der lever op til de stillede krav i loven hvad angår uddannelse, hæderlighed og uafhængighed af forsikrings-selskabsinteresser vil kunne få tilladelse fra Finanstilsynet.

I medfør af § 4, stk. 1, nr. 4 og § 4, stk. 2, nr. 10 i loven kan et selskab/en forsikringsmægler få tilladelse til at udøve formidling af enten skadesforsikringsprodukter- og/eller livsforsikringsprodukter. Det er en forudsætning at forsikringsmægleren opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, som Finanstilsynet bemyndiges til at fastsætte i medfør af § 3, stk. 4.

Finanstilsynet har med hjemmel i ovennævnte § 3, stk. 4, fastsat nærmere regler om kravene til en forsikringsmæglers praktiske kunnen og teoretiske uddannelse i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelsen) Det fremgår af § 2 i uddannelsesbekendtgørelsen, at forsikringsmægleruddannelsen er en erhvervsrettet deltidsuddannelse, der varetages af forsikringshøjskolen eller anden uddannelsesinstitution, hvis uddannelse er godkendt af Finanstilsynet. (Det er alene Forsikringshøjskolen, der i dag er godkendt til at forestå uddannelsen). For så vidt angår den teoretiske uddannelse kræves det, at ansøger kan præstere et eksamensbevis, der dokumenterer, at den pågældende har gennemgået en uddannelse inden for skades- og/eller livsforsikringsmægling som foreskrevet i uddannelsesbekendtgørelsen, og som går ud på, at en person skal erhverve kompetence inden for jura (fagplan 1), forsikringsteknik (fagplan 2) og arbejdsmetode (fagplan 3). Begge forsikringsmægleruddannelser afsluttes med en eksamen.

I lov om forsikringsformidling er der fastsat overgangsregler for at give hidtidige udøvere af forsikringsmæglerhvervet mulighed for at fortsætte virksomheden, såfremt forsikringsmæglervirksomhed er udøvet inden lovens ikrafttræden den 1. januar 2000, og ansøgning om tilladelse er indgivet til Finanstilsynet inden den 1. april 2000, jf. § 34, stk. 1.

Af bemærkningerne til § 34, stk. 1, fremgår det ikke, hvor længe en forsikringsmægler skal have udøvet mæglervirksomhed for at være omfattet af overgangsordningen. Det forudsættes dog, at den pågældende kan dokumentere forud for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 at have udøvet forsikringsmæglervirksomhed. Dokumentationen kan for virksomheder bestå i forelæggelse af årsregnskab, provisionsafregninger, tro- og loveerklæring eller lignende for en vis periode forud for den 1. januar 2000, eller for en ansat forsikringsmægler ved forelæggelse af en udførlig arbejdsgivererklæring, hvori der redegøres for de arbejdsopgaver, den pågældende varetager og har været taget i den periode den pågældende har været ansat.

Finanstilsynet skal i medfør af § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling meddele en person tilladelse, uanset at den pågældende ikke ved lovens skriftlige fremsættelse den 25. november 1998 opfylder de nærmere krav til teoretisk og praktisk kunnen, der er fastsat i medfør af lovens § 3, stk. 4.

Finanstilsynet kan dog i medfør af § 34, stk. 2 i forsikringsformidlingsloven stille som vilkår for en tilladelse, at den pågældende person inden den 1. januar 2005 indsender bevis for at have gennemført den fornødne teoretiske uddannelse. Ifølge bemærkningerne til § 34, stk. 2 giver den fastsatte tidsfrist den pågældende rimelig mulighed for at gennemføre den nødvendige uddannelse.

Finanstilsynets administration af § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling.

Den 1. april 2000 havde Finanstilsynet modtaget 850 ansøgninger, hvoraf de 626 var ansøgninger fra ansatte. For den personkreds, der har søgt om tilladelse til at virke som forsikringsmægler under overgangsordningen er det karakteristiske, at de fleste forud for beskæftigelse som forsikringsmægler har haft ansættelse i forsikringsbranchen. Det har været en tradition, at Forsikringshøjskolen, der er ejet af forsikringserhvervet, har forestået at uddanne og efteruddanne salgskorpset i forsikringsselskaberne, og at uddannelsen finansieres af branchen selv.

Finanstilsynet valgte inden man påbegyndte behandlingen af de konkrete sager i relation til overgangsordningen i § 34, stk. 2, at fastlægge nogle objektive generelle retningslinier for, hvorledes tilsynet skulle gruppere og vurdere ansøgernes teoretiske baggrund i forhold til de krav om uddannelse, der efter lovens ikrafttræden ville blive stillet til nye mæglere.

Finanstilsynet har ved fastsættelsen af retningslinierne foretaget en afvejning af på den ene side lovgivers intention om at højne forsikringsmæglernes teoretiske fundering og på den anden side hensynet til at de pågældende

ansøgere har virket som forsikringsmæglere inden for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000. Det er indgået i afvejningen, at kravene om supplerende med visse teoretiske kurser ikke forekommer byrdefulde eller begrænsende i personkredsens fortsatte erhvervsudøvelse, ligesom forudsætningen for at bestå de teoretiske kurser vil være til stede, da personkredsen p.t. ernærer sig ved at drive forsikringsmæglervirksomhed.

Retningslinierne har forinden været forelagt for Det rådgivende udvalg vedrørende forsikringsmæglervirksomhed, jf. § 21, stk. 4 i loven.

Finanstilsynet tager udgangspunkt i disse retningslinier, men foretager herudover en konkret afvejning af den enkelte ansøgning.

Finanstilsynet har foretaget følgende gruppering af ansøgernes teoretiske baggrund:

Overgangsordningen

Ansøgers teoretiske baggrund	Ansøger om livs- <u>eller</u> skadesforsikringsmægling		Ansøger om <u>både</u> livs- og skadesforsikringsmægling	
	Selvstændig	Ansæt:	Selvstændig	Ansæt:
Erhvervsassurandør-eksamen eller FX1 og FX2	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring
FS eller FA eller Akademisk uddannelse	Selvstændig	Ansæt:	Selvstændig	Ansæt:
	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring
			<i>Supplering med kurser i forsikrings-teknik vedrørende enten liv eller skade eller 4</i>	
Anden forsikringsfaglig uddannelse f.eks. privat-assurandøreksamen	Selvstændig	Ansæt:	Selvstændig	Ansæt:
	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring	Tro og love erklæring	Arbejdsgiver-erklæring
	Supplering med kurser i jura og forsikringsteknik vedrørende enten liv eller skade.		<i>Supplering med kurser i jura og forsikringsteknik vedrørende liv og skade</i>	

erhvervelse af kompetence indenfor fagplan 3 (forsikringsmæglermetode), da ansøgerne ved at have fungeret som forsikringsmæglere inden lovens ikrafttræden forudsættes at have erhvervet disse kundskaber i praksis.

Finanstilsynet kan oplyse, at man pr. 17. august 2001 har givet 420 tilladelser til ansatte mæglere, heraf 79 med vilkår om supplerende uddannelse. Dette svarer til 18,8% af de givne tilladelser.

Beskrivelse af assurandøruddannelserne og mægleruddannelsen.

I dette afsnit søges beskrevet, hvilke kundskaber der erhverves ved gennemførelsen af en uddannelse som henholdsvis eksamineret erhvervsassurandør og privatassurandør samt hvilke krav, der stilles til forsikringsmægleruddannelsen.

Forsikringshøjskolens Eksaminerede erhvervsassurandører

Forsikringshøjskolens assurandøruddannelse er en eksamensuddannelse på niveau 4, som forudsætter at færdigheder opnås ved praktisk erfaring, og hvor eksamen skal aflægges og bestås inden udløbet af det 4. år efter ansættelsen. Uddannelsen på forsikringshøjskolen varer ca. 400 timer og forudsætter, at man har bestået niveau 3. Uddannelse afsluttes med en eksamen, hvor eksaminanden skal dokumentere at have opnået en sådan færdighed i problemløsning, at alle typiske problemer selvstændigt kan løses og argumentation for løsningen gennemføres. Eksaminanden skal kunne uddrage nødvendig information i en konkret problemstilling, kunne formulere mål, forudsætninger og begrænsninger for et konkret problems løsning og evne at gennemføre en systematisk konsekvensanalyse af flere mulige løsninger på et konkret problem. Endelig skal eksaminanden kunne arbejde frit indenfor emneområderne og kunne løse opgaver under tidspres.

Finanstilsynet har ved behandlingen af ansøgninger fra personer, der forud for forsikringsformidlingslovens ikrafttræden den 1. januar 2000 har virket som forsikringsmæglere, og som har dokumenteret at have bestået forsikringshøjskolens erhvervsassurandøruddannelse som udgangspunkt lagt til grund at ansøgerne har den fornødne brede teoretiske viden til at kunne ækvivalere hele den teoretiske uddannelse, der er fastsat i uddannelsesbekendtgørelsen.

Dersom ansøger har dokumenteret at have udøvet forsikringsmæglervirksomhed forud for den 1. januar 2000 har den pågældende – såfremt vedkommende har ansøgt herom – fået tilladelse til at udøve både livs- og skadesforsikringsmægling uden vilkår om supplerende uddannelse.

...

Forsikringshøjskolens Privatassurandøruddannelse

Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse er en uddannelse på niveau 3, hvor der ikke stilles krav til ansøgers forudgående uddannelse, og hvor timeforbruget er ca. 300 timer. Alle kan således uden særlige forudsætninger deltage i undervisningen. Uddannelsen giver deltageren indsigt i og viden, så typiske problemstillinger kan identificeres og beskrives. Deltageren bliver i stand til at give eksempler på virkemåde og værdi for kunden af standardløsninger. Deltageren bliver tillige i stand til at søge og finde konkret nødvendig information og kende og anvende supplerende kildemateriale ...

Finanstilsynet har ved behandlingen af ansøgninger fra personer, der forud for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 har virket som forsikringsmægler, og som har gennemført forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse – taget

udgangspunkt i hvilke kompetencer, ansøgerne kan fremvise sammenholdt med længden af ansøgernes praktiske virke som forsikringsmægler.

Udgangspunktet for Finanstilsynets behandling af ansøgninger fra eksaminerede privatassurandører – niveau 3 uddannelse er, at ansøgerne ikke har den fornødne teoretiske viden vedrørende fagplan 1 – jura og fagplan 2 – forsikringsteknik inden for livs- og skadesforsikringsmægling.

Manglende teoretiske færdigheder indenfor livs- og/eller skadesforsikringsmægling skal opvejes ved at tage supplerende teoretiske kurser indenfor fagplan 1 – jura og fagplan 2 – forsikringsteknik.

Forsikringsmægleruddannelsen

Ved fastlæggelsen af niveauet for krav til teoretisk viden og praktiske færdigheder har Finanstilsynet i uddannelsesbekendtgørelsen taget udgangspunkt i forsikringshøjskolens uddannelse som eksamineret erhvervsassurandør på niveau 4. Hertil er føjet moduler specielt målrettet hvervet som forsikringsmægler, det vil sige delkompetencen jura specielt for forsikringsmægleren og delkompetencen forsikringsmæglermetode.

Ifølge Forsikringshøjskolens uddannelsesbeskrivelse for forsikringsmeglere sætter delkompetencen forsikringsmæglerjura deltageren i stand til at fungere som forsikringsmægler i overensstemmelse med de specielle fuldmagts- og ansvarsforhold, der er forbundet med mæglerrollen, og sætter deltageren i stand til at tilrettelægge forsikringsmæglingen på den mest hensigtsmæssige måde.

Kompetencen forsikringsteknik inden for livsforsikringsmægling sætter deltageren i stand til at vejlede såvel erhvervs- som privatkunder om typiske forhold for erhvervsforsikringer og individuelle personforsikringer ved tegning, i forsikringstiden og ved udløb.

Kompetencen forsikringsteknik indenfor skadesforsikringsmægling sætter deltageren i stand til at analysere diverse risici, give vejledning om sikring og tilbud om den rigtige forsikringsdækning/løsning.

En forsikringsmæglers manglende opfyldelse af vilkår om supplerende uddannelse inden tidsfristens udløb den 1. april 2005 vil som hovedregel medføre, at forsikringsmæglerens tilladelse til at drive forsikringsmæglervirksomhed tilbagekaldes i medfør af lovens § 34, stk. 2. Dersom manglende opfyldelse af supplerende uddannelse beror på ansøgeren utilregnelige omstændigheder, således at de manglende kompetencer ikke nås inden fristens udløb, må Finanstilsynet ud fra en konkret vurdering forlænge fristen for opfyldelse af de stillede krav.

Den konkrete sag

Vurdering

K angiver i sin ansøgning at have drevet selvstændig livs- og skadesforsikringsmæglervirksomhed siden den 1. september 1996 under navnet Forsikrings- og pensionsrådgivningsfirmaet K og siden den 1. maj 1997 under navnet B. K vedlægger til dokumentation for sin teoretiske viden om forsikringsmæglervirksomhed bevis for at have aflagt og bestået Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse i personforsikring niveau 3 og bevis for at have gennemført og bestået modul 4.13 forsikringsjura. K oplyser endvidere at han i perioden fra den 1. august 1991 til den 1. januar 1996 har været ansat som assurandør (liv/privat/erhverv) i A forsikring, hvor han har gennemgået den interne A uddannelse.

K er som følge af, at han har drevet forsikringsmæglervirksomhed siden den 1. september 1996 omfattet af overgangsordningen i § 34 i lov om forsikringsformidling.

Finanstilsynet har i medfør af § 3, stk. 1, jf. § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling givet K tilladelse til at udøve livs- og skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse i overensstemmelse med § 6, stk. 1-3 i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelsen).

Finanstilsynet har ved afgørelsen lagt vægt på, at K ikke er i stand til at fremlægge et bevis for en bestået eksamen på niveau 4.

Finanstilsynet har endvidere lagt vægt på, at K ikke som privatassurandør i personforsikring har den fornødne teoretiske viden ifølge uddannelsesbekendtgørelsen vedrørende fagplan 1 – delkompetencen jura knyttet til forsikringsmæglererhvervet og fagplan 2 – forsikringsteknik indenfor liv- og skadesforsikringsmægling. Finanstilsynet lægger specielt vægt på, at Ks uddannelse er på niveau 3, mens eksaminerede erhvervsassurandørers uddannelse er på niveau 4 svarende til det niveau, der forudsættes bestået i uddannelsesbekendtgørelsen inden for forsikringsteknik.

Selvom K siden den 1. september 1996 har udøvet livs- og skadesforsikringsmægling, er det Finanstilsynets vurdering at Ks praktiske virke ikke kan ækvivalere uddannelsesbekendtgørelsens krav til teoretiske viden om forsikringsmæglerjura og forsikringsteknik inden for livs- og skadesforsikringsmægling.

Det er tillige Finanstilsynets vurdering, at K ikke gennem sin ansættelse som assurandør i A forsikring i perioden den 1. august 1991 til den 1. januar 1996 har erhvervet sådanne teoretiske færdigheder om forsikringsmægling, at K kan undtages fra kravet om supplerende uddannelse.

En forsikringsmægler skal ifølge loven have kontakt med mange forsikringselskaber for derigennem at varetage kundens interesse bedst muligt.

Når man er ansat i et forsikringsselskab, er det inden for selskabets produkttilbud, der skal findes løsninger. Det er netop forskellig fra

forsikringsmæglerens opgave og derfor findes K's ansættelse i A forsikring ikke at kunne ækvivalere den teoretiske uddannelse inden for forsikringsmæglerjura og forsikringsteknik, som er fastsat i uddannelsesbekendtgørelsen.

..."

Ved skrivelse af 19. november 2001 anmodede ankenævnet Finanstilsynet om at oplyse, hvor mange ansøgninger Finanstilsynet havde modtaget fra selvstændige erhvervsdrivende, der havde søgt om optagelse efter overgangsordningen, og hvis teoretiske baggrund som klagerens, var "Anden forsikringsfaglig uddannelse f.eks. privatassurandøreksamen". Endvidere anmodede ankenævnet om oplysning om, hvor mange af disse ansøgere, der var blevet godkendt uden krav om supplerende uddannelse og om den nærmere baggrund herfor.

Som svar på ankenævnets forespørgsel udtalte Finanstilsynet den 18. december 2001:

"I. Modtagne ansøgninger under overgangsordningen

Finanstilsynet har i alt modtaget 850 ansøgninger om tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling under overgangsordningen, heraf vedrører 4 stk. underretninger fra forsikringsmæglere og forsikringsmægler-selskaber om påbegyndelse af grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed her i landet. Antallet af ansøgninger, som er behandlet i henhold til overgangsordningen i § 34, stk. 2 i lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001 om forsikringsformidling ... udgør herefter 846 stk.

Ansøgningerne kan rubriceres som følger:

- a) Ansøgninger fra aktieselskaber i alt 43 stk.
- b) Ansøgninger fra anpartsselskaber i alt..... 39 stk.
- c) Ansøgninger fra interessentskaber i alt..... 12 stk.
- d) Ansøgninger fra indehavere af enkeltmandsvirksomheder i alt .. 126 stk.
- e) Ansøgninger fra ansatte i alt..... 626 stk.

Ansøgninger eksklusiv underretning om grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed i alt..... 846 stk.

Antallet af underretninger om grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed medgår i opgørelsen over det samlede antal ansøgninger under over-

gangsordningen. Underretning om grænseoverskridende tjenesteydelsesvirksomhed skal imidlertid ikke medregnes til det antal sager, som er omfattet af overgangsordningen i § 34, stk. 2 lov om forsikringsformidling, idet notifikation af EU-tjenesteydelsesvirksomhed her i landet meddeles i henhold til lovens § 2, stk. 2, jf. § 8, stk. 2.

... I følge § 4, stk. 1-3, i lov om forsikringsformidling skal både virksomheden - hvad enten den drives som aktie-, anpartsselskab eller i interessentskab - samt de i virksomheden tilknyttede ansatte have en tilladelse. For enkeltmandsvirksomheder har Finanstilsynet både givet enkeltmandsvirksomheden og virksomhedsejeren hver en særskilt tilladelse. Det har været nødvendigt, fordi der i enkeltmandsvirksomheden kan være flere ansatte forsikringsmæglere. Finanstilsynets ansøgninger er med andre ord inddelt således, at en ansøger der udøver enkeltmandsvirksomhed har 2 ansøgninger: én personlig ansøgning samt én virksomhedsansøgning, således at ansøger opfattes som ansat i sin egen virksomhed.

De 224 ansøgninger [850-626] fordeler sig derfor på såvel juridiske personer, herunder aktie- og anpartsselskaber som på personer, der er deltagere i interessentskaber eller indehavere af enkeltmandsvirksomheder. Hvad angår antallet på 626 ansøgninger fra ansatte indgår i dette tal tillige ansøgninger fra ansatte forsikringsmæglere, som udøver forsikringsmægling i enkeltmandsvirksomhed. Antallet af ansøgninger fra ansatte forsikringsmæglere (626 stk.) er således inklusive antallet af ansøgninger fra indehavere af enkeltmandsvirksomheder (126 stk.).

Der er ikke forskel i lovgivningen på de uddannelsesmæssige krav til at udøve forsikringsmæglervirksomhed i enkeltmandsvirksomhed eller som ansat i et aktie-, anpartsselskab eller i et interessentskab ...

II. Finanstilsynets administration af overgangsordningen i § 34, stk. 2

...

Finanstilsynet kan meddele, at man i relation til anvendelsen af overgangsordningen i § 34 har anlagt en lempelig fortolkning, og har medtaget alle, der har kunnet dokumentere at have udøvet forsikringsmæglervirksomhed inden 1. januar 2000. Finanstilsynet har derimod ikke tillagt det betydning, om ansøger udøvede forsikringsmæglervirksomhed på tidspunktet for lovens fremsættelse den 25. november 1998.

Af det samlede antal ansatte forsikringsmæglere har i alt 98 livs- og/eller skadeforsikringsmæglere indtil videre fået meddelt tilladelse til at udøve forsikringsmægling med vilkår inden 1. april 2005 om supplerende uddannelse i jura specielt for forsikringsmæglere - fagplan I og/eller forsikringsteknik inden for livs- og/eller skadeforsikringsmægling - fagplan II ...

III. Tilladelser med vilkår

Antallet af tilladelser med vilkår om supplerende uddannelse fordelt på anden uddannelse end Forsikringshøjskolens Erhvervsassurandøreksamen ... kan rubriceres således:

- Forsikringshøjskolens Privatassurandøruddannelse,
- Ansøgere der har gennemgået enkelte moduler på niveau 4,
- Ansøgere, som ikke har en forsikringsteknisk uddannelse, og
- Tilladelser uden vilkår om supplerende uddannelse.

Ad forsikringshøjskolens Privatassurandøruddannelse

Tilladelse med vilkår om supplerende uddannelse er i alt meddelt 2 ansøgere inklusive klageren, K, som har gennemgået og bestået Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse. Ansøgerne søger henholdsvis om tilladelse til at udøve livs- og skadesforsikringsmægling, henholdsvis tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling.

Klager har som tidligere meddelt fået tilladelse til at udøve livs- og skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse i forsikringsmæglerjura og forsikringsteknik inden for livs- og skadesforsikringsmægling. Den anden ansøger har fået tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse i forsikringsjura - fagplan 1. Finanstilsynet har ved afgørelsen lagt vægt på, at denne ansøger kun har søgt om tilladelse til at udøve skadesforsikringsmægling. Herudover har ansøger gennemgået og bestået følgende moduler på niveau 3: 3.13, 3.22, og 3.84. Ansøger har tillige gennemgået og bestået følgende modul 4-kurser: 4.22, 4.23, 4.34 og 4.43.

...

Herudover er der i denne kategori 4 ansøgere, som har gennemgået og bestået enkelte moduler på niveau 3, dog uden at have bestået privatassurandøreksamen. Disse ansøgere har ligesom klager fået tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse i fagplan 1 - jura og fagplan 2 - forsikringsteknik.

Som anført i Finanstilsynets redegørelse af 22. august 2001 ..., om Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse - niveau 3 - har Finanstilsynet ved behandlingen af ansøgninger fra personer, der forud for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 har virket som forsikringsmæglere og som har gennemført Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse taget udgangspunkt i hvilke kompetencer ansøger kan fremvise sammenholdt med længden af ansøgerens praktiske virke.

Som anført har Finanstilsynets udgangspunkt for behandlingen af ansøgninger fra eksaminerede privatassurandører været, at ansøgerne ikke har den fornødne teoretiske viden vedrørende fagplan 1 - jura og fagplan 2 - forsikringsteknik inden for livs- og/eller skadesforsikringsmægling. På dette grundlag har

Finanstilsynet meddelt ansøgerne tilladelse med vilkår om supplerende uddannelse.

Ad ansøgere der har gennemgået enkelte moduler på niveau 4

Tilladelse med vilkår om supplerende uddannelse er i alt meddelt 27 ansøgere, som har gennemgået og bestået enkelte moduler på Forsikringshøjskolens Erhvervsassurandøruddannelse (niveau 4). Ansøgerne har søgt om tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling.

Det er karakteristisk for denne gruppe ansøgere er, at ansøgerne i hovedsagen har gennemgået og bestået modul 4.13, forsikringsjura og modul 4.34, virksomhedens typiske forsikringsbehov.

Finanstilsynet har ved behandlingen af denne gruppe ansøgninger lagt vægt på, at ansøgerne ikke har den tilstrækkelige brede teoretiske viden til at kunne ækvivalere hele den teoretiske uddannelse, der er fastsat i uddannelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet har endvidere lagt vægt på, at ansøgerne i sådanne tilfælde ikke har været til afsluttende eksamen som eksamineret assurandør. Denne eksamen dokumenterer, at ansøgerne har opnået en sådan færdighed i problemløsning, at alle problemer selvstændigt kan løses, og der selvstændigt kan argumenteres for relevante løsninger, jf. Finanstilsynets redegørelse af 22. august [2001].

Ad ansøgere, som ikke har en forsikringsteknisk uddannelse

Tilladelse med vilkår om supplerende uddannelse er i alt meddelt 59 ansøgere, som ikke har en forsikringsteknisk uddannelse. Ansøgerne har søgt om tilladelse til at udøve henholdsvis livs- og/eller skadesforsikringsmægling.

Ansøgerne i denne kategori har for størstedelens vedkommende en kortere uddannelse, herunder har flere gennemgået ét eller flere kurser på merkonomuddannelsen, bankskolens første- og/eller anden del, første- og/eller [anden del] af markedsøkonomuddannelsen, kontoruddannelsen o.lign. En række ansøgere har ingen eller kun i ringe udstrækning en uddannelse.

Finanstilsynet har ved behandlingen af disse ansøgninger lagt til grund, at ansøgerne ikke har erhvervet nogen form for teoretisk viden på det forsikringstekniske område.

Ansøgere i denne kategori har fået tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse svarende til krav, der er stillet til K.

Ad tilladelser uden vilkår om supplerende uddannelse

Finanstilsynet har i 6 tilfælde meddelt ansøgere tilladelse til i henholdsvis 3 tilfælde at udøve livs- og skadesforsikringsmægling og i 3 tilfælde at udøve skadesforsikringsmægling uden vilkår om supplerende uddannelse.

Finanstilsynet har ved behandlingen af de nævnte ansøgninger foretaget en konkret vurdering af ansøgernes praktiske viden og erfaring, herunder varigheden af ansøgernes ansættelsesforhold i henholdsvis forsikringselskaber og forsikringsmæglervirksomheder, herunder varigheden af selvstændig livs- og/eller skadesforsikringsmæglervirksomhed. Finanstilsynet har således i 5 tilfælde meddelt ansøgere tilladelse uden vilkår om supplerende uddannelse under henvisning, dels til ansøgernes praktiske viden erhvervet ved ansættelse i et eller flere forsikringselskaber, dels under henvisning til at de pågældende ansøgere siden primo 1980'erne har udøvet selvstændig - forsikringsmæglervirksomhed. Finanstilsynet har i ét tilfælde meddelt en ansøger tilladelse til at udøve livs- og skadesforsikringsmægling under henvisning til at den pågældende siden 1957 har været ansat som forsikringsmægler i et forsikringsmæglerselskab.

Det bemærkes, at der ud af det samlede antal ansøgninger under overgangsordningen fortsat er 136 verserende ansøgninger fra ansatte livs- og/eller skadesforsikringsmæglere. Det vil sige ansøgninger, som er taget op til behandling, men endnu ikke afsluttet ved meddelelse til ansøger om tilladelse eller afslag.

Finanstilsynet vil afgøre disse sager i overensstemmelse med ovennævnte retningslinier, ..."

Ankenævnet udtaler:

Efter § 34, stk. 1, i lov om forsikringsformidling kan selskaber og personer, der ved lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 udøver forsikringsmæglervirksomhed fortsætte med at udøve denne virksomhed uden tilladelse, hvis selskabet eller personen senest den 1. april 2000 har indgivet ansøgning om tilladelse. Efter § 34, stk. 2, 1. pkt. skal tilsynet meddele tilladelse til en person, der er omfattet af § 34, stk. 1, selvom den pågældende ikke den 25. november 1998 (datoen for fremsættelse af lovforslaget, L 105) opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, der er fastsat i medfør af lovens § 3, stk. 4.

Da klageren indgav ansøgning om tilladelse den 10. februar 2000, og da klageren har drevet forsikringsmæglervirksomhed som enkeltmandsvirksomhed siden 1. september 1996, kan ankenævnet tiltræde, at klageren er omfattet af overgangsbestemmelsen i lovens § 34.

Efter lovens § 34, stk. 2, 2. pkt. kan Finanstilsynet som vilkår for tilladelse til personer fastsætte, at den pågældende inden den 1. april 2005 indsender bevis for, at

opfylde kravene til teoretisk uddannelse. Det fremgår ikke nærmere af loven eller lovbemærkningerne (L 105 af 25. september 1998), i hvilke tilfælde tilsynet kan stille det nævnte vilkår, ligesom der ikke er anført noget nærmere om indholdet af uddannelsen. Af lovbemærkningerne fremgår herom alene, at tilsynet som vilkår for tilladelse kan stille krav om gennemførelse af den "fornødne" teoretiske uddannelse.

Den teoretiske uddannelse til forsikringsmægler for personer, der ikke er omfattet af overgangsbestemmelsen i § 34, er beskrevet i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999. Ifølge § 5 skal der erhverves kompetence inden for jura, forsikringsteknik og arbejdsmetode. Indholdet af fagene fremgår af bilag 1 til bekendtgørelsen.

Ved den påklagede afgørelse har Finanstilsynet stillet krav om, at klageren skal gennemføre den teoretiske uddannelse inden for både fagområdet skadesforsikringsmægling og livsforsikringsmægling, dog med undtagelse af faget almen jura og arbejdsmetode, jf. bekendtgørelsens § 6, stk. 1, nr. 1 og § 6, stk. 4 og 5. Tilsynet har således stillet krav om, at klageren for at fortsætte med at drive den virksomhed, som han drev ved lovens ikrafttræden, skal uddanne sig inden for et område, erhvervsvirksomheders forsikringsforhold, som hans virksomhed kun sekundært beskæftiger sig med.

Efter en samlet bedømmelse af klagerens forhold, herunder klagerens forsikringsmæssige uddannelse og tidligere beskæftigelse, navnlig at klageren har drevet forsikringsmæglervirksomhed som enkeltmandsvirksomhed siden 1. september 1996, finder ankenævnet, at det er tilstrækkeligt, at klageren gennemfører "jura specielt for forsikringsmægleren", jf. § 6, stk. 1, nr. 2, i uddannelsesbekendtgørelsen, for at han kan fortsætte sine hidtidige virksomhedsaktiviteter.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 28. maj 2001 og hjemviser sagen til fornyet behandling i overensstemmelse med ovennævnte.

11) Kendelse af 20. september 2002. 01-234.862

Klageren, der ikke havde nogen forsikringsteoretisk uddannelse, skulle gennemføre den teoretisk uddannelse til forsikringsmægler for at kunne drive forsikringsmæglervirksomhed efter overgangsordningen udløb.

Lov om forsikringsmæglervirksomhed, § 34, stk. 2.

(Mogens Andersen, Christen Sørensen og Jan Uffe Rasmussen)

K har ved skrivelse af 20. december 2001 og 15. januar 2002 klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 28. november 2001 har bestemt, at hun for at kunne fortsætte med at drive forsikringsmæglervirksomhed efter 1. april 2005 skal indsende bevis for at have gennemført en supplerende teoretisk uddannelse, jf. § 34, stk. 2, i lov om forsikringsmæglervirksomhed.

Sagens omstændigheder:

I skrivelse af 22. februar 2002 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

"Finanstilsynet modtog den 14. marts 2000 personlig ansøgning fra K om tilladelse til som ansat i A A/S - Forsikringsmæglerselskab - at udøve livsforsikringsmægling i medfør af § 3, stk. 1, jf. § 4, stk. 2 og 3 i lov om forsikringsformidling [tidligere lov om forsikringsmæglervirksomhed], jf. lovbekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001.

Af K's ansøgning fremgår, at ansøger har været ansat i B (livsforsikringselskab) i perioden fra 1973 til 1978, og at K i perioden fra 1978 til dags dato har været ansat hos sin nuværende arbejdsgiver A – Forsikringsmæglerselskab.

Med K's ansøgning var vedlagt kopi af brev fra den 31. januar 2001 fra A - Forsikringsmæglerselskab, hvoraf fremgår, at K har været ansat i virksomheden i ovennævnte periode, og at ansøger dels gennem tidligere uddannelse dels gennem arbejde som forsikringsmægler i selskabet har erhvervet praktisk viden om forsikringsmægling. På Finanstilsynets opfordring sendte K med brev af 10. maj 2001 kopi af udtalelse fra, hvoraf fremgår, at K blev ansat som assistent i B den 18. juni 1973 med løn i henhold til statens overenskomst med HK, og at hun fratrådte sin stilling efter eget ønske i september 1978...

K har ikke i sin ansøgning dokumenteret at have bestået eksaminer eller prøver vedrørende teoretisk viden om forsikringsmægling.

Finanstilsynet meddelte i brev 10. maj 2001 ... ansøgeren, at hun som følge af at have udøvet forsikringsmægling som ansat inden lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 er omfattet af overgangsordningen i § 34 i lov om forsikringsformidling.

Finanstilsynet meddelte samtidig, at tilsynet i øvrigt som vilkår for en tilladelse kan fastsætte, at den pågældende inden den 1. april 2005 indsender bevis for at opfylde kravene til den teoretiske uddannelse.

På baggrund af Finanstilsynets samlede vurdering af ansøgers teoretiske viden og praktiske kunnen om forsikringsmægling meddelte Finanstilsynet i brev af 28. november 2001 ... ansøgeren tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling som ansat i medfør af § 3, stk. 1, jf. § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling. Tilladelsen blev givet på vilkår om supplerende uddannelse i overensstemmelse med de krav, der er fastsat i Finanstilsynets bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelsen).

Tilladelsen blev givet med vilkår om supplerende uddannelse i:

Jura - fagplan 1

Kompetencen jura - fagplan 1, jf. § 6, stk. 1, i uddannelsesbekendtgørelsen.

Forsikringsteknik - fagplan 2

Kompetencen forsikringsteknik inden for livsforsikringsmægling - fagplan 2, jf. § 6, stk. 2 i uddannelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet orienterede i samme brev ansøgeren om, at den krævede supplerende uddannelse udbydes af Forsikringshøjskolen, hvortil Finanstilsynet opfordrede ansøgeren til at henvende sig med henblik på tilrettelæggelse af et kursusforløb til supplerende af ansøgerens allerede erhvervede kompetencer."

Overfor ankenævnet har klageren anført:

"... skal jeg herved uddybe min klage af 19. december 2001 vedrørende Finanstilsynets ovennævnte afgørelse.

Inden jeg i 1973 blev ansat som assistent i B, havde jeg efter realeksamen i 1970 gennemført en almen kontoruddannelse hos C (revisor). Under min elevtid gennemførte jeg - udover Handelsskoleeksamen - Højere Fagprøve i regnskabslære.

I B arbejdede jeg derfor i de første år primært med beregningstekniske opgaver i relation til livsforsikringer, da man her kunne bruge mine teoretiske og praktiske færdigheder fra min tid i revisionsbranchen. Efterfølgende arbejdede jeg i Pensionsforsikringskontoret, hvorunder jeg erhvervede kendskab til Pensionsbeskatningsloven, arveloven m.v.

Den 01.10.1978 blev jeg ansat i A. Efter nogle års ansættelse blev jeg i 1982 tegningsberettiget assurandør hos A og her var mine opgaver, - ligesom i dag -, koncentreret omkring indtegnings og servicering af pensionsordninger for

hovedsagelig erhvervskunder/organisationer, herunder udarbejdelse og implementering af pensionspolitikker m.v.

I den forgangne periode har vi internt prioriteret uddannelse og undervisning meget højt. Min chef D, som tidligere har undervist på Forsikringshøjskolen, anså både dengang og nu den faglige kompetence i bred forstand som det bærende element i vor virksomhed.

Undervisning i blandt andet forsikringsjura og forsikringsteknik, tilbudsanalyse og pensionsimplementering er i årenes løb således forestået af A's egen jurist og økonom. Dette interne uddannelsesforløb er ikke blevet mindre efter ansættelsen i 1998 af cand. jur. E, som i parentes bemærket underviser på Forsikringshøjskolen i forsikringsjura på modulerne 5.13 og 4.14.

Ved samtaler med kolleger/konkurrenter fra andre mæglerhuse, er det min opfattelse, at det faglige niveau, som jeg har opnået ved praktisk erfaring og teoretisk videreuddannelse hos A - trods den manglende formelle uddannelse fra Forsikringshøjskolen - er fuldt på højde med deres.

Jeg håber derfor, at min ovennævnte løbende teoretiske uddannelse kan sidestilles med de krav, som stilles til en forsikringsmæglers teoretiske viden om forsikringsmæglervirksomhed og således, - sammen med min næsten 30 års praktiske erfaring med livsforsikring inden for alle områder - kan danne grundlag for tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling som ansat livsforsikringsmægler i medfør af § 3, stk. 1 i lov om forsikringsformidling.

... "

I den ovenfor nævnte skrivelse af 22. februar 2002 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder oplyst:

"Den 1. januar 2000 trådte lov nr. 238 af 21. april 1999 om forsikringsmæglervirksomhed i kraft. Lovens titel er i medfør af § 5 i lov nr. 503 af 7. juni 2001 ændret til lov om forsikringsformidling, jf. lovebekendtgørelse nr. 672 af 9. juli 2001

Med loven blev etableret en tilladelsesprocedure for forsikringsmæglere. Det fremgår af lovens § 3, stk. 1, at både personer og selskaber, der ønsker at drive forsikringsmæglervirksomhed, skal have tilladelse hertil af Finanstilsynet. Alene forsikringsmæglere, der lever op til de stillede krav i loven hvad angår uddannelse, hæderlighed og uafhængighed af forsikringssselskabsinteresser vil kunne få tilladelse fra Finanstilsynet.

I medfør af § 4, stk. 2, nr. 10 i loven kan en forsikringsmægler få tilladelse til at udøve formidling af enten livsforsikringsprodukter- og/eller skadesforsikringsprodukter. Det er en forudsætning, at forsikringsmægleren opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, som Finanstilsynet bemyndiges til at fastsætte i medfør af lovens § 3, stk. 4.

Finanstilsynet har med hjemmel i lovens § 3, stk. 4, fastsat nærmere regler om kravene til en forsikringsmæglers praktiske kunnen og teoretiske uddannelse i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelse),

Det fremgår af § 2 i uddannelsesbekendtgørelsen, at forsikringsmægleruddannelsen er en erhvervsrettet deltidsuddannelse, der varetages af Forsikringshøjskolen eller anden uddannelsesinstitution, hvis uddannelse er godkendt af Finanstilsynet. (Det er alene Forsikringshøjskolen, der i dag er godkendt til at forestå uddannelsen). Hvad angår den teoretiske uddannelse kræves det, at ansøger kan præstere et eksamensbevis, der dokumenterer, at den pågældende har gennemført en uddannelse inden for livs- og/eller skadesforsikringsmægling som foreskrevet i uddannelsesbekendtgørelsen, og som går ud på, at en person skal erhverve kompetence inden for jura (fagplan 1), forsikringsteknik (fagplan 2) og forsikringsmæglermetode (fagplan 3). Begge forsikringsmægleruddannelser afsluttes med en eksamen.

I lov om forsikringsformidling er der fastsat overgangsregler for at give hidtidige udøvere af forsikringsmæglererhvervet mulighed for at fortsætte virksomheden, såfremt forsikringsmæglervirksomhed er udøvet inden lovens ikrafttræden den 1. januar 2000, og ansøgning om tilladelse er indgivet til Finanstilsynet inden den 1. april 2000, jf. lovens § 34, stk. 1.

Af bemærkningerne til § 34, stk. 1, fremgår det ikke, hvor længe en forsikringsmægler skal have udøvet virksomhed som ansat forsikringsmægler for at være omfattet af overgangsordningen. Det forudsættes dog, at den pågældende kan dokumentere forud for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 at have udøvet virksomhed som ansat forsikringsmægler. Dokumentation for en ansat forsikringsmægler kan bestå i forelæggelse af en udførlig arbejdsgivererklæring, hvori der redegøres for de arbejdsopgaver, den pågældende varetager og har varetaget i den periode den pågældende har været ansat.

Finanstilsynet skal i medfør af § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling meddele en person tilladelse, uanset at den pågældende ikke ved lovens skriftlig fremsættelse den 25. november 1998 opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, der er fastsat i medfør af lovens § 3, stk. 4.

Finanstilsynet kan dog i medfør af § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling stille som vilkår for en tilladelse, at den pågældende person inden den 1. april 2005 indsender bevis for at have gennemført den fornødne teoretiske uddannelse. Ifølge bemærkningerne til § 34, stk. 2 giver den fastsatte tidsfrist den pågældende mulighed for at gennemføre den nødvendige uddannelse.

Finanstilsynets administration af § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling

Den 1. april 2000 havde Finanstilsynet modtaget 850 ansøgninger, hvoraf 626 var ansøgninger fra ansatte.

Finanstilsynet valgte inden man påbegyndte behandlingen af de konkrete sager i relation til overgangsordningen i § 34, stk. 2, at fastlægge nogle objektive generelle retningslinier for, hvorledes tilsynet skulle gruppere og vurdere ansøgernes teoretiske baggrund i forhold til de krav om uddannelse, der efter lovens ikrafttræden ville blive stillet til nye mæglere.

Finanstilsynet har ved fastsættelsen af retningslinierne foretaget en afvejning af på den ene side lovgivers intention om at højne forsikringsmæglernes teoretiske fundering og på den anden side hensynet til at de pågældende ansøgere har virket som forsikringsmæglere inden lovens ikrafttræden den 1. januar 2000. Det er indgået i afvejningen, at kravene om supplerende med visse teoretiske kurser ikke forekommer byrdefulde eller begrænsende i personkredsens fortsatte erhvervsudøvelse, ligesom forudsætningen for at bestå de teoretiske kurser vil være til stede, da personkredsen p.t. ernærer sig ved at drive forsikringsmæglervirksomhed.

Retningslinierne har forinden været forelagt Det rådgivende udvalg vedrørende forsikringsmæglervirksomhed, jf. lovens § 21, stk. 4.

Rådet har været enig i de fastlagte retningslinier og har herved især lagt vægt på ønsket om at få højnet uddannelsesniveaet.

Finanstilsynet tager udgangspunkt i disse retningslinier, men foretager herudover en konkret afvejning/vurdering af den enkelte ansøgning.

Tilladelser med vilkår om supplerende uddannelse

Ved fastlæggelsen af niveauet for krav til teoretisk viden og praktiske færdigheder har Finanstilsynet i uddannelsesbekendtgørelsen taget udgangspunkt i Forsikringshøjskolens uddannelse som eksamineret erhvervsassurandør på niveau 4. Hertil er føjet moduler specielt målrettet hvervet som forsikringsmægler, det vil sige delkompetencen jura specielt for forsikringsmægleren og delkompetencen forsikringsmæglermetode inden for henholdsvis livs og/eller skadesforsikringsmægling.

Indledningsvis bemærkes, at alle ansøgere, som har gennemført og bestået Forsikringshøjskolens

- 1) Erhvervsassurandøreksamen,
- 2) FX 1 og FX 2 uddannelsen,
- 3) FS eller FA uddannelse, eller
- 4) i øvrigt har gennemført og bestået en akademisk uddannelse

har fået tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling uden vilkår om supplerende uddannelse. Finanstilsynet har ved behandlingen af disse ansøgninger som udgangspunkt lagt til grund, at ansøgerne i kraft af deres uddannelse har den fornødne brede teoretiske viden til at kunne ækvivalere hele den teoretiske uddannelse, der er fastsat i uddannelsesbekendtgørelsen.

Derimod har udgangspunktet været, at alle ansøgere, som alene har gennemgået

- a) Forsikringshøjskolens privatassurandøruddannelse,

- b) Ansøgere, der har gennemgået enkelte moduler på niveau 4,
- c) Ansøgere, der har gennemgået arbejdsgivertilrettelagte interne undervisningsprogrammer, og
- d) Ansøgere, som ikke har en forsikringsteknisk uddannelse.

ikke har den fornødne teoretiske viden vedrørende fagplan 1 - jura og fagplan 2 - forsikringsteknik indenfor livs- og/eller skadesforsikringsmægling, med mindre ansøgeren har kunnet dokumentere, at der foreligger nogle specielle forhold.

Ansøgere har derfor fået tilladelse med vilkår om supplerende uddannelse i fagplan 1 - jura og fagplan 2 – forsikringsteknik for de moduler, som ansøgeren mangler inden for jura og/eller forsikringsteknik

Ansøgere i kategori c) og d) har fået tilladelse til at udøve livs- og/eller skadesforsikringsmægling med vilkår om supplerende uddannelse svarende til de krav, der er stillet til K.

Det bemærkes, at ansøgere i ovennævnte kategori a)-d), som har udført forsikringsmægling forud for lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 ikke er blevet mødt med krav om erhvervelse af supplerende kompetence indenfor fagplan 3 - forsikringsmæglermetode, da ansøgerne ved at have fungeret som forsikringsmæglere forud for lovens ikrafttræden forudsættes at have erhvervet disse forudsætninger i praksis.

Det kan oplyses, at Finanstilsynet til dato har givet 106 personer vilkår om supplerende uddannelse.

Finanstilsynet har (under overgangsordningen) i 6 tilfælde - selvom ansøgerne i disse tilfælde ikke opfyldte kravene til teoretisk uddannelse i henhold til uddannelsesbekendtgørelsen - meddelt tilladelse til i henholdsvis 3 tilfælde at udøve livs- og skadesforsikringsmægling og i 3 tilfælde at udøve skadesforsikringsmægling uden vilkår om supplerende uddannelse. Der har foreligget nogle helt specielle forhold.

Den konkrete sag

Vurdering

K angiver i sin ansøgning, at hun efter realeksamen i 1970 gennemførte en almen kontoruddannelse hos C (revisor). Under elevtiden gennemførte klageren Handelsskoleeksamen og Højere Fagprøve i regnskabslære. Klageren var i perioden fra 1973 til ultimo 1978 ansat i B som assistent.

Klageren har siden den 1. oktober 1978 været ansat hos sin nuværende arbejdsgiver A A/S – Forsikringsmæglerselskab, hvor hun har været beskæftiget sig med indtegning og servicering af pensionsordninger for hovedsagelig erhvervskunder/organisationer, herunder udarbejdelse og implementering af pensionspolitikker m.v.

Klageren har oplyst, at den nuværende arbejdsgiver internt har prioriteret uddannelse og undervisning højt. Det er oplyst, at firmaets egen jurist og økonom, der begge har eller har haft tilknytning som undervisere på Forsikringshøjskolen, har forestået den interne undervisning i blandt andet forsikringsjura og forsikringsteknik, tilbudsanalyse og pensionsimplementering.

Det er Finanstilsynets praksis, at interne undervisningsprogrammer ikke har kunnet ækvivalere det uddannelsesprogram, der er fastlagt i uddannelsesbekendtgørelsen, da det ikke har været muligt for Finanstilsynet at vurdere niveauet for disse interne undervisningsprogrammer. I vurderingen er tillige indgået, at Finanstilsynet under overgangsordningen har behandlet et meget stort antal ansøgninger. Finanstilsynet har derfor fundet det nødvendigt at udarbejde nogle generelle retningslinier for at kunne give ansøgergruppen en så fair og ensartet behandling som muligt. Finanstilsynet kunne have valgt som et af de væsentligste kriterier for sin behandling af personer under overgangsordningen at have set på varigheden af ansættelsesperioden i et forsikringsmæglerforetagende. Dette har Finanstilsynet afstået fra, men har i stedet valgt at lægge vægt på ansøgernes dokumenterede teoretiske færdigheder ud fra lovgivers intention om at højne forsikringsmæglernes teoretiske fundering, ligesom det har indgået, at kravene om supplerende teoretiske kurser ikke forekommer byrdefulde eller begrænsende i personkredsens fortsatte erhvervsudøvelse.

Ud fra ovennævnte grunde har Finanstilsynet i medfør af § 3, stk. 1, jf. § 34, stk. 2 i lov om forsikringsformidling givet klageren tilladelse til at udøve livsforsikringsmægling som ansat med vilkår om supplerende uddannelse i overensstemmelse med § 6, stk. 1-2 i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999 om den praktiske og teoretiske uddannelse til forsikringsmægler (uddannelsesbekendtgørelsen).

Det er på denne baggrund tilsynets opfattelse, at afgørelse af 28. november 2001 skal fastholdes, idet Finanstilsynets afgørelse er truffet i overensstemmelse med de fastlagte retningslinier herfor, og at der fra klagers side ikke er fremkommet konkrete forhold, som kan begrunde en fravigelse af disse."

Klageren, der er gjort bekendt med Finanstilsynets udtalelse, har ved skrivelse af 21. marts 2002 indsendt en erklæring fra sin arbejdsgiver, D. Af erklæringen fremgår, at klageren efter D's opfattelse til fulde lever op til de krav, der er beskrevet i den teoretiske uddannelse, som Finanstilsynet har stillet krav om.

Ved skrivelse af 8. april 2002 har Finanstilsynet meddelt ankenævnet ikke at have yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 34, stk. 1, i lov om forsikringsformidling kan selskaber og personer, der ved lovens ikrafttræden den 1. januar 2000 udøver forsikringsmæglervirksomhed fortsætte med at udøve denne virksomhed uden tilladelse, hvis selskabet eller personen senest den 1. april 2000 har indgivet ansøgning om tilladelse. Efter § 34, stk. 2, 1. pkt. skal tilsynet meddele tilladelse til en person, der er omfattet af § 34, stk. 1, selvom den pågældende ikke den 25. november 1998 (datoen for fremsættelse af lovforslaget, L 205) opfylder de nærmere krav til teoretisk uddannelse og praktisk kunnen, der er fastsat i medfør af lovens § 3, stk. 4.

Da klageren indgav ansøgning om tilladelse til at drive forsikringsmæglervirksomhed den 14. marts 2000, og da klageren ifølge det oplyste som ansat hos A har været beskæftiget med forsikringsformidling før lovens ikrafttræden, kan ankenævnet tiltræde, at klageren er omfattet af overgangsbestemmelsen i lovens § 34.

Efter lovens § 34, stk. 2, 2. pkt. kan Finanstilsynet som vilkår for tilladelse til personer fastsætte, at den pågældende inden den 1. april 2005 indsender bevis for, at opfylde kravene til teoretisk uddannelse. Det fremgår ikke nærmere af loven eller lovbemærkningerne (L 105 af 25. september 1998), i hvilke tilfælde tilsynet kan stille det nævnte vilkår, ligesom der ikke er anført noget nærmere om indholdet af uddannelsen. Af lovbemærkningerne fremgår alene herom, at tilsynet som vilkår for tilladelse kan stille krav om gennemførelse af den "fornødne" teoretiske uddannelse.

Den teoretiske uddannelse til forsikringsmægler for personer, der ikke er omfattet af overgangsbestemmelsen i § 34, er beskrevet i bekendtgørelse nr. 909 af 1. december 1999. Ifølge § 5 skal der erhverves kompetence inden for jura, forsikringsteknik og arbejdsmetode. Indholdet af fagene fremgår af bekendtgørelsens § 6 og bilag 1 til bekendtgørelsen.

I den påklagede afgørelse har Finanstilsynet stillet krav om, at klageren skal gennemføre fagområdet livsforsikringsmægling, dog med undtagelse af faget arbejdsmetode.

Efter en samlet bedømmelse af klagerens forhold, herunder især at klageren ikke har bestået nogen forsikringsteoretisk uddannelse, tiltrædes Finanstilsynets afgørelse af 28. november 2001.

4.6. Lov om tilsyn med firmapensionskasser

12) Kendelse af 2. sept. 2002. 00-81.697.

Da der ikke forelå en rimelig grad af sandsynlighed for, at en arbejdsgiver havde afgivet løfte om pension, havde Finanstilsynet ikke haft hjemmel til over for en arbejdsgiver at kræve forsikringsmæssig afdækning heraf.

Lov om tilsyn med firmapensionskasser § 1, stk. 1 og § 65, stk. 1.

(Holger Dock, Lise Høgh, Suzanne Helsteen, Christen Sørensen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 30. marts 2000 på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 3. marts 2000 har bestemt, at udtrædelsesgodtgørelse i henhold til aftale af 23. oktober 1996 om konvertering af tilsagnsordninger til præmiebaseret ordning er løfte om pension, der skal afdækkes forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

1. Sagens omstændigheder:

Funktionærer, der blev ansat i K før 1. april 1991, blev som en del af ansættelsesvilkårene omfattet af en pensionsordning, hvorefter den enkelte funktionær fik tilsagn om ved pensionering at få udbetalt en livsvarig ydelse, der var fastsat til at være en procentdel af den pensionsgivende løn ved opnået pensionsalder på 65 år. Funktionærerne betalte selv 2-5 % af lønnen til pensionen, mens K betalte resten. Præmien blev beregnet af K's pensionsforsikringsselskab B og indbetalt dertil. Præmien for en given medarbejder baserede sig på den historiske opsparring, der var foretaget for medarbejderen, den aktuelle pensionsgivende løn og pensionstilsagnet. En lønstigning i årene før pensionering medførte en væsentlig stigning i præmien. For medarbejdere med en relativ jævn lønudvikling udgjorde præmien typisk ca. 10% af lønnen for medarbejdere under 35 år og mellem 60 og 85

% for medarbejdere mellem 60 og 65 år. Den 1. april 1991 blev ordningen lukket for tilgang og nye medarbejdere blev omfattet af en præmiebaseret ordning.

Den 23. oktober 1996 blev der mellem K og funktionærforeningerne i K indgået en aftale om at konvertere tilsagnsordningen til en præmiebaseret ordning, således at der for fremtiden skulle indbetales et pensionsbidrag på 15 % af lønnen. Derudover skulle der yderligere løbende indbetales et beløb, beregnet individuelt for den enkelte funktionær.

Aftalen herom var formuleret således i aftalens Kapitel B, punkt 7.2.:

”For hver medarbejder fastsættes et opsparingsforløb til erstatning for tilsagnsordningens hidtidige opsparingsforløb. Den fremtidige indbetaling fastsættes på grundlag af et pensionsbidrag på 15 %, tillagt en individuel beregnet x-%, beregnet ud fra den formel, der fremgår af bilag A, side 1-8.”

Det blev yderligere aftalt, at såfremt en funktionær uanset årsag fratrådte sin stilling i K inden pensionering, skulle K til den pågældendes pensionsdepot indbetale den resterende kapitaliserede værdi af x-%.

Aftalen herom var formuleret således i aftalens Kapitel B, punkt 8.1.:

”Såfremt en medarbejder fratræder sin stilling i K i Danmark inden opnåelse af ordinær pensionsalder, indbetales en udtrædelsesgodtgørelse på vedkommendes pensionsdepot, beregnet i henhold til bilag A, side 2, formel 1.”

2. Sagens behandling i Finanstilsynet

Efter at Finanstilsynet var blevet opmærksom på ændringen af pensionsordningen, herunder om indbetaling til den enkelte funktionærs pensionsdepot ved fratræden før pensionering, skrev tilsynet til K den 2. juni 1998, at K ved at have forpligtet sig til denne indbetaling efter tilsynets opfattelse dermed havde afgivet et pensionsløfte, der i henhold til § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser skulle afdækkes forsikringsmæssigt. Tilsynet udbad sig samtidigt K's bemærkninger hertil.

Der blev herefter afholdt et møde mellem K og Finanstilsynet den 8. december 1998.

Den 5. marts 1999 fremsendte K til Finanstilsynet en redegørelse vedrørende ændring af K's tilsagnsordning for funktionærer til en præmiebaseret ordning. Redegørelsen, som er udarbejdet af B og advokat A og er dateret den 23. februar 1999, er vedhæftet ankenævnets kendelse som bilag.

Herefter traf Finanstilsynet den påklagede afgørelse af 3. marts 2000, der lyder således:

"Under henvisning til tidligere korrespondance, samt K' skrivelse af 5. marts 1999 om en pensionsaftale for visse af K' funktionærer skal Finanstilsynet herved meddele følgende:

I Ugeskrift for Retsvæsen, 1997, side 1227-1237, højesterets dom af 26. juni 1997 i sagen C-bank mod Finanstilsynet, er det fastslået, at når der i forbindelse med et ansættelsesforhold gives tilsagn om betaling af beløb, hvis størrelse beregnes efter ensartede principper, er der tale om et pensionstilsagn, der er omfattet af § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser (lovbekendtgørelse nr. 486 af 17. juni 1999 med senere ændringer). Sådanne tilsagn skal afdækkes enten i et livsforsikringsselskab eller i en af loven omfattet pensionskasse.

I dette tilfælde er der i afsnit 8 i den fremsendte aftale af 23. oktober 1996, samt aftalens bilag A, opstillet præcise formler for beregning af udtrædelsesgodtgørelser. Herefter finder Finanstilsynet, at aftalen er omfattet af den ovenfor givne beskrivelse og derfor skal afdækkes som anført. Det er i denne forbindelse uden betydning, at udtrædelsesgodtgørelse ikke er nævnt blandt de ydelser, der er nævnt i § 2 i bekendtgørelse nr. 700 af 16. oktober 1990 om firmapensionskassers tekniske grundlag, idet det i bekendtgørelsen §§ 10-14 er forudsat, at firmapensionskasser yder udtrædelsesgodtgørelser.

Ud fra disse betragtninger pålægger tilsynet herved K at afdække de nævnte tilsagn i et forsikringsselskab eller en pensionskasse, der har koncession efter lov om forsikringsvirksomhed eller lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Finanstilsynet beklager, at K' skrivelse af 5. marts 1999 på grund af ekspeditionsfejl først nu er blevet besvaret."

Ved skrivelse 30. marts 2000 henvendte klagerens advokat, advokat A, sig til Finanstilsynet, hvor hun oplyste, at hun samme dag havde indbragt afgørelsen for Erhvervsankenævnet. Samtidig gav hun udtryk for undren over, at tilsynet "på

nuværende stadi af sagen" havde truffet afgørelse, og hun anmodede derfor om et nyt møde til afklaring af, dels begrundelsen for afgørelsen, dels indholdet af afgørelsen.

Der blev herefter afholdt et møde den 13. april 2000. Efter mødet skrev Finanstilsynet til klageren den 17. april 2000:

" Som aftalt ... fremsendes herved en uddybende redegørelse for ... [afgørelsen].

...

Det beløb, der tilfalder en fratrædende medarbejder, kaldes i det følgende "værdien". Den kan tænkes anvendt enten til overførsel til en anden pensionsordning, til oprettelse af en fripolice i B Pension eller til kontant udbetaling af en genkøbsværdi, idet anvendelsen dog er uden betydning for det følgende:

Værdien beregnes under brug af B Pensions tekniske grundlag ud fra livsforsikringshensættelsen. Da præmierne i slutningen af ansættelsestiden som ovenfor omtalt bliver mindre ved overgang til den præmiebaserede ordning, vokser livsforsikringshensættelsen og dermed værdien langsommere. Alt andet lige er værdien på et tidspunkt efter overgangen derfor mindre, end den ville have været under tilsagnsordningen.

Til kompensation herfor har K forpligtet sig til i tilfælde af fratræden at indbetale et beløb til B Pension til forøgelse af værdien. Dette beløb er i aftalens punkt 8.0 og bilag A benævnt henholdsvis "udtrædelsesgodtgørelse" og "særlig udtrædelsesgodtgørelse", hvilket ikke er helt korrekt, da der ikke er tale om udtrædelse af en pensionskasse og heller ikke nødvendigvis om udtrædelse af pensionsordningen i B Pension.

Den særlige udtrædelsesgodtgørelse beregnes efter en ganske bestemt formel, (Ved fratrædelse på grund af egen opsigelse eller bortvisning gælder der indtil 31. marts 2001 en anden formel). Den er således på forhånd fastsat til en kendt størrelse, så hver ansat præcist ved, hvad vedkommende har krav på ved fratrædelse en bestemt dato.

Da den særlige udtrædelsesgodtgørelse endvidere som ovenfor beskrevet er affødt af interne forhold i K' pensionsordning, må den anses for en integrerende del af denne. Derfor anser Finanstilsynet den for et pensionstilsagn omfattet af afdækningspligten i firmapensionskasselovens § 1, stk. 1.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorledes den afdækning i praksis kan ske kan der tages udgangspunkt i vejledning af 26. oktober 1990 om firmapensionskassers tekniske grundlag m.v. Vejledningens udgangspunkt er, at udtrædelsesgodtgørelser og førtidspensioner beregnes under brug af

ækvivalensprincippet ud fra pensionshensættelsen; men vejledningens punkt 12 åbner mulighed for at yde større førtidspension (såkaldt "gunstig førtidspension"). Ganske vist findes ingen tilsvarende regler om gunstige udtrædelsesgodtgørelser; men en analogi må kunne føre til, at der i så fald kan ske en forøgelse af de samlede hensættelser. Med andre ord skal der ikke nødvendigvis ske en forøgelse af den enkelte ansattes livsforsikringshensættelse; der kan oprettes en speciel post i B Pensions livsforsikringshensættelse til dette.

En sådan hensættelse skal svare til den maksimale ekstraforpligtelse, som K til enhver tid har. Efterhånden, som behovet for den svinder ind i takt med, at der bliver færre ansatte omfattet af overgangsordningen, vil hensættelsen kunne føres tilbage til K.

..."

Herefter drøftedes mellem parterne, hvorledes afdækning evt. kunne ske. Finanstilsynet kunne imidlertid ikke tage stilling til et forslag, uden at det først havde været forelagt Forsikringsrådet.

Ved skrivelse af 5. oktober 2000 meddelte klageren Finanstilsynet, at man havde overvejet den foreliggende situation og nået til den konklusion, "at en forelæggelse for Forsikringsrådet og en accept af en afdækningsmodel nødvendigvis tillige vil indebære en accept af Finanstilsynets afgørelse, hvorefter fratrædelsesgodtgørelserne til K-medarbejderne anses for pensionstilsagn". Da K fortsat var uenig i, at der var tale om pensionstilsagn, havde K derfor besluttet at få klagesagen behandlet i Erhvervsankenævnet.

3. Sagens behandling i Erhvervsankenævnet

Klagen til Erhvervsankenævnet af 30. marts 2000 har efter anmodning fra klageren og med Finanstilsynets accept været tillagt opsættende virkning under ankenævnets behandling af klagen. Endvidere har klagesagen efter anmodning fra klageren og Finanstilsynet været stillet i bero på en eventuel løsning af sagen uden Erhvervsankenævnets medvirken.

3.1. Klagerens indlæg i sagen

Den 14. december 2000 anmodede klagerens advokat Erhvervsankenævnet om, at klagesagen blev genoptaget, idet hun samtidigt fremsendte et uddybende klageskrift. Klageren er yderligere fremkommet med indlæg af 13. marts 2001, 31. august 2001, 3. oktober 2001 og 22. februar 2002.

Klageren har principalt nedlagt påstand om, at den påklagede afgørelse er ugyldig, og subsidiært at K ikke har afgivet løfte om pension.

Spørgsmålet om ugyldighed

Til støtte for at afgørelsen er ugyldig, har klageren anført i indlægget af 14. december 2000:

" ...

Anskues dette sagsforløb først forvaltningsretligt, skal det indledningsvis bemærkes, at Finanstilsynet i brevet af 2. juni 1998 ... udelukkende udbad sig K's bemærkninger til konverteringen af pensionsordningen. Finanstilsynet oplyste således ikke i brevet, hvorvidt der verserede en sag, hvori K var part, vedrørende dette spørgsmål.

Forinden K var fremkommet med bemærkninger, afholdes den 7. juli 1998 et møde med deltagelse af Finanstilsynet, K og B. På dette møde blev der ... truffet aftale om, at K og B herefter skulle udarbejde en redegørelse over forløbet af og indholdet af konverteringen af den tidligere tilsagnspensionsordning til en præmiebaseret pensionsordning. Det blev endvidere i forlængelse heraf aftalt, at der baseret på denne redegørelse skulle gennemføres en fortsat dialog mellem Tilsynet og K/B.

På baggrund af ovenstående var det K og Bs klare opfattelse, at Finanstilsynet hermed havde givet tilsagn om, at Tilsynet ikke ville foretage afgørende skridt i sagen, forinden K og B havde haft lejlighed til - udover redegørelsen - at være i dialog med Tilsynet.

Forvaltningslovens § 21 bestemmer, at en part på ethvert tidspunkt af en sags behandling kan forlange, at sagens afgørelse udsættes, indtil parten har afgivet en udtalelse til sagen. Det fremgår af bestemmelsen, at myndigheden - med de få undtagelser, der er nævnt i § 21, stk. 2, - er forpligtet til at efterkomme en sådan begæring. Myndigheden har mulighed for at fastsætte en frist for afgivelse af udtalelsen, jævnfør § 21, stk. 1 in fine.

Når det klart i en situation som den foreliggende fremgår, at en af sagens parter ønsker, at sagens afgørelse skal udsættes, indtil parten har fået lejlighed til at

fremkomme med en udtalelse, er det ikke fornødent at parten samtidigt hermed udtrykkeligt angiver, at udsættelse ønskes.

Efter K og B og Finanstilsynets aftale om at gå i yderligere dialog om sagen var Finanstilsynet således ikke alene i kraft af aftalen, men også i kraft af forvaltningslovens § 21 forpligtet til at lade K fremkomme med yderligere bemærkninger, ud over redegørelsen.

Hvis Finanstilsynet var af den opfattelse, at yderligere dialog ikke var nødvendig for at Tilsynet kunne træffe afgørelse, alternativt foretage andre skridt af væsentlig betydning i sagen, skulle Tilsynet på baggrund af aftalen mellem Tilsynet og K og B havde meddelt ikke at ville give K lejlighed til at fremsætte yderligere bemærkninger.

Det skal ydermere hertil bemærkes, at hvis Finanstilsynet havde fundet, at man af hensyn til sagens behandling ikke kunne afvente yderligere dialog - hvilket Finanstilsynet imidlertid ikke gjorde gældende - burde Tilsynet have udnyttet adgangen til at fastsætte en frist for, hvornår denne yderligere dialog skulle være afsluttet, jævnfør § 21, stk. 1 in fine.

Finanstilsynet har ifølge officialmaksimen en pligt til at sikre fornøden oplysning af en sag - eventuelt ved hjælp af oplysninger fra sagens parter - forinden der træffes afgørelse i den pågældende sag.

I et tilfælde som det foreliggende, hvor myndigheden aftaler med parten, at der gennemføres en dialog om sagen, må parten således med rette kunne gå ud fra, at myndigheden har vurderet, at sagen ikke alene af myndigheden kan oplyses tilstrækkeligt, men at partens medvirken er nødvendig forinden sagens behandling kan afsluttes.

Finanstilsynet har således givet K fuldt grundlag for at antage, at man ikke ville kunne træffe en afgørelse før de pågældende oplysninger var fremkommet fra K og B.

I forlængelse af det ovenfor anførte skal bemærkes, at § 19 i forvaltningsloven bestemmer, at en forvaltningsmyndighed - forinden denne træffer afgørelse i en sag - skal gøre parten i sagen bekendt med oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, der er af væsentlig betydning for sagen, som er til ugunst for parten, og som parten ikke kan antages at være bekendt med indgår i den pågældende sag.

En partshøringsskrivelse skal således indeholde oplysninger om, at vedkommende adressat nu er part i en sag, hvilke oplysninger der indgår i sagen til ugunst for denne, ligesom høringsskrivelsen skal indeholde opfordring til at parten varetager sine interesser, herunder kommenterer og eventuelt korrigerer beslutningsgrundlaget, som det foreligger. Det skal endvidere bemærkes, at en partshøringsskrivelse skal tilkendegive sin karakter heraf.

I Finanstilsynets brev af 2. juni 1998 blev K udelukkende bedt om bemærkninger til Finanstilsynets opfattelse. Finanstilsynets brev tilkendegav

således ikke at være et partshøringsbrev. Brevet gjorde endvidere ikke K bekendt med til eksempel Tilsynets fortolkning af højesteretsdommen optrykt i UfR 1997 side 227 H, og herunder ikke Tilsynets opfattelse af, at der faktisk var parallelitet mellem højesteretsdommen og det i nærværende sag indeholdte faktum. Da nævnte dom efterfølgende har vist sig at indgå med betydelig vægt i Finanstilsynets sag og til ugunst for K, og dermed at dommen af Tilsynet er tillagt væsentlig og afgørende betydning for sagen, burde Tilsynet have anmodet om K's bemærkninger til dommen forinden afgørelse blev truffet.

Tilsynets brev opfylder således ganske åbenbart ikke forvaltningslovens krav til partshøring, og kan derfor ikke tillægges retsvirkning som sådan.

Ved Finanstilsynets afgørelse af 3. marts 2000 pålagdes K at afdække de pågældende tilsagn i et forsikringselskab eller en pensionskasse med koncession i henhold til lov om forsikringsvirksomhed eller lov om tilsyn med firmapensionskasser. ... Som det fremgår heraf, var begrundelsen for Finanstilsynets afgørelse, at der i konverteringsaftalen var opstillet præcise formler for beregning af udtrædelsesgodtgørelse, hvorfor Tilsynet fandt, at aftalen var omfattet af den i UfR 1997, side 1227 H anførte beskrivelse og derfor skulle afdækkes som anført i afgørelsen.

Som det fremgår, er begrundelsen særdeles sporadisk formuleret.

Hertil kommer, at en udtrædelsesgodtgørelse, hvor der i forbindelse med fratræden skal udbetales yderligere (reservespring), ikke er omtalt som en af de ydelser inden for rammerne af alderspension, invalidepension, ægtefællepension mv., jævnfør § 2 i Bekendtgørelse om firmapensionskassers tekniske grundlag af 18. september 1997.

I fortsættelse heraf ses den nævnte form for udtrædelsesgodtgørelse ej heller omfattet blandt de ydelser, der er beskrevet i Finanstilsynets vejledning om firmapensionskassers tekniske grundlag m.v. af 26. oktober 1990, og endelig er udtrædelsesgodtgørelse heller ikke en ydelse, som livsselskaber normalt har koncession og beregningsgrundlag til at tegne.

På baggrund af Finanstilsynets afgørelse afholdtes der ... den 13. april 2000 på ny et møde med deltagelse af repræsentanter for Finanstilsynet, K og B.

Som K og B tilkendegav under mødet, fremgår der ikke nogen forståelig begrundelse af Finanstilsynets afgørelse af 3. marts 2000, ligesom det - som også K og B tilkendegav - i det hele taget er særdeles vanskeligt at se begrundelsen for afgørelsen, herunder hvorfor tilsynet opfattede udtrædelses- eller fratrædelsesgodtgørelserne som pensionstilsagn.

Henset til, at afgørelsen er yderst bebyrdende for K, forekommer den manglende begrundelse at være en særdeles væsentlig fejl fra Finanstilsynets side.

Finanstilsynet tilkendegav under mødet den 13. april 2000, at den trufne afgørelse efter Finanstilsynets opfattelse var yderst klar og beroede på en

omfattende praksis, som Finanstilsynet havde etableret vedrørende sådanne sager. Finanstilsynet henviste endvidere til, at der i sagen forelå en af Tilsynet udarbejdet grundig redegørelse samt begrundelse for, hvorfor fratrædelsesgodtgørelserne/udtrædelsesgodtgørelserne var at anse for pensionstilsagn.

Det fremgår af forvaltningslovens § 22, at en skriftligt meddelt afgørelse, der ikke giver parten fuldt ud medhold, skal indeholde en begrundelse.

Forvaltningslovens § 24 fastsætter i forlængelse heraf, at en begrundelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet, ligesom afgørelsen, i det omfang denne beror på et administrativt skøn, skal angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen. Begrundelsen skal endvidere om fornødent indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen, jævnfør § 24, stk. 2.

En begrundelse skal endvidere tillige tage stilling til (relevante) partsanbringender. Dette gælder i et tilfælde, hvor partens anbringender angår kriterier, som myndigheden selv har inddraget i afgørelsen, men også i tilfælde hvor en parts anbringender ikke umiddelbart kan afvises som uvæsentlige eller irrelevante for afgørelsen. I et tilfælde, hvor myndigheden anser et partsanbringende for værende af uvæsentlig eller irrelevant karakter, men hvor parten selv over for myndigheden har tilkendegivet at lægge stor vægt herpå, bør myndigheden således i begrundelsen for afgørelsen fremkomme med bemærkninger hertil, således at det gøres klart for parten, at myndigheden har været opmærksom på dette anbringende.

Såfremt den trufne afgørelse beror på en fast praksis, bør begrundelsen tillige indeholde en henvisning hertil samt en redegørelse for denne praksis. Sidstnævnte kan alene undtages, såfremt en redegørelse for denne praksis må anses for offentlig tilgængelig, eller hvis den foreliggende praksis kan antages at være alment kendt.

Hvor udførligt en myndighed skal udforme begrundelsen, afhænger blandt andet af, hvor aktivt den pågældende part har medvirket i den forudgående sagsbehandling, samt af sagens karakter i øvrigt.

På baggrund af den omfattende og udførlige redegørelse K fremsendte efter første møde i Finanstilsynet og som Tilsynet ikke på noget tidspunkt under sagen har kommenteret, burde begrundelsen have været særlig udførlig. Det må allerede på denne baggrund konkluderes, at Finanstilsynets sporadiske og særdeles kortfattede begrundelse ikke opfylder de forvaltningsretlige krav til en begrundelse.

Finanstilsynets afgørelse indeholder ikke henvisninger til K's redegørelse af 23. februar 1999, og som en naturlig følge heraf indeholder afgørelsen tilsvarende ikke nogen form for kommentarer til eller tilbagevisning af de af K i redegørelsen anførte standpunkter. Ligeledes indeholder afgørelsen ikke en henvisning endsige en beskrivelse af den omfattende praksis, som

Finanstilsynet under mødet den 13. april 2000 angav som værende grundlag for afgørelsen.

I den forbindelse skal det særligt bemærkes, at det er af væsentlig betydning for K's vurdering af selskabets retsstilling at modtage oplysninger om den praksis, som Finanstilsynet under mødet oplyste at være i besiddelse af, og som ikke er offentlig tilgængelig.

Det er på baggrund af det ovenfor beskrevne K's opfattelse, at den i afgørelsen indeholdte begrundelse er særdeles mangelfuld.

I lyset af ovenstående er det K's opfattelse, at Finanstilsynet uretmæssigt har tilsidesat partsbeføjelsen i § 21 i forvaltningsloven, ved ikke at have afventet dialog med K, forinden afgørelse blev truffet.

Hertil kommer, at Finanstilsynet - ved i strid med aftalen med K at have truffet afgørelse på det foreliggende grundlag uden at have meddelt K, at sagen efter Tilsynets vurdering var klar til afgørelse - har afskåret K fra at benytte de partsbeføjelser, som forvaltningsloven hjemler. Det er endvidere, K's opfattelse at Finanstilsynet ikke har overholdt forvaltningslovens bestemmelser om partshøring.

Endelig er det K's opfattelse, at Finanstilsynets afgørelse af 3. marts 2000 ikke opfylder lovgivningens krav til en afgørelses begrundelse.

Det er således på baggrund heraf samlet K's standpunkt, at Finanstilsynets tilsidesættelse af samtlige disse sagsbehandlingsregler har medført, at Tilsynet ikke har været i besiddelse af et tilstrækkeligt oplyst grundlag til at kunne træffe den korrekte afgørelse i sagen og dertil, at væsentlige retsgarantier for afgørelsens rigtighed er tilsidesat ved Finanstilsynets behandling af sagen.

Det er fast antaget, at bestemmelserne i forvaltningslovens §§ 19, 21 og 22 jævnfør § 24 er såkaldte garantiforskrifter, der har til hensigt at skabe garanti for, at afgørelsen træffes på et grundigt og fyldestgørende grundlag.

Ligeledes er det fast antaget, at væsentlige sagsbehandlingsfejl medfører, at afgørelsen som udgangspunkt anses for ugyldig. Baggrunden herfor er, at tilsidesættelse af disse garantiforskrifter medfører væsentlig tvivl om afgørelsens rigtighed.

K skal i den forbindelse særligt fremhæve, at Finanstilsynet - efter at have truffet afgørelse uden iagttagelse af garantiforskrifterne i form af forvaltningslovens bestemmelser om en parts udtaleret, samt uden at foretage partshøring, som forvaltningsloven ligeledes foreskriver, afsluttede sagen med en afgørelse, der på ingen måde satte K i stand til - som det er begrundelsesreglernes formål - at forstå indholdet af afgørelsen. Afgørelsens begrundelse gav således ikke - som det også er begrundelsesreglernes ubestridte formål - K mulighed for at overveje, om der var grundlag for klage til Erhvervsankenævnet.

I tilfælde, hvor underinstansens afgørelse lider af alvorlige mangler, har en rekursmyndighed adgang til at hjemvise sagen til fornyet behandling ved underinstansen, med mindre særlige forhold taler herimod.

I det foreliggende tilfælde lider Finanstilsynets sagsbehandling som ovenfor dokumenteret af så alvorlige sagsbehandlingsfejl, at det ikke uden videre kan lægges til grund, at sagen til brug for Finanstilsynets afgørelse har været tilstrækkeligt oplyst, ligesom det forekommer tvivlsomt, om Tilsynet har foretaget en adækvat retlig vurdering af sagens faktum. Det må således på denne baggrund - samt henset til de alvorlige tilsidesættelser af sagsbehandlingsreglerne - siges at være skabt begrundet tvivl om, hvorvidt Finanstilsynet har truffet afgørelse i sagen.

Dette er baggrunden for den nedlagte principale påstand om hjemvisning af sagen til fornyet behandling i Finanstilsynet, så Tilsynet kan få lejlighed til på ny at træffe afgørelse i sagen, denne gang under iagttagelse af samtlige sagsbehandlingsregler samt med kendskab til de oplysninger som må anses for havende betydning for afgørelsens udfald.

I praksis er det fast antaget, at der i højere grad end ellers bør være adgang til hjemvisning i et tilfælde, hvor klageinstansen er et ankenævn. Baggrunden herfor skal findes i ankenævnets sammensætning - som blandt andet på grund af deltagelse af sagkyndige - adskiller sig væsentlig fra sammensætningen af førsteinstansen.

Erhvervsankenævnet består - jævnfør § 2 i Lov om Erhvervsankenævnet (Lov nr. 858 af 23. december 1987 med senere ændringer) - blandt andet af et antal sagkyndige medlemmer. Denne - i forhold til Finanstilsynet - anderledes sammensætning taler i medfør af ovenstående for, at Erhvervsankenævnet ikke blot selv bør behandle sagen og søge at redressere fejlene, men i stedet bør hjemvise til fornyet behandling i Finanstilsynet, således at sagen kan blive behandlet på et tilstrækkeligt oplyst grundlag samt under iagttagelse af forvaltningslovens regler i det forum, som lovgivningen har oprettet til brug herfor.

Dette vil endvidere føre til, at K - såfremt K måtte være uenig i Finanstilsynets fornyede afgørelse - kan indbringe denne for Erhvervsankenævnet og hermed opnå en reel sagsbehandling og prøvelse i to instanser som også forudsat i lovgivningen."

Klageren har yderligere behandlet spørgsmålet om ugyldighed i sine senere indlæg, men indlæggene indeholder ikke afgørende nyt om spørgsmålet.

Spørgsmålet om pensionsløfte

Til støtte for at klageren ikke har afgivet løfte om pension har klagerens advokat sammenfattende anført i indlægget af 3. oktober 2001:

Sagens materielle hovedproblem er, om den i konverteringsaftalen af 23. oktober 1996 hjemlede udtrædelsesgodtgørelse er et pensionstilsagn, der i henhold til § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser skal afdækkes i et livsforsikringselskab eller i en pensionskasse.

Finanstilsynet har som hovedargument for at kvalificere udtrædelsesgodtgørelsen som et pensionstilsagn anført

- Udtrædelsesgodtgørelsen opfylder kriterierne for et pensionstilsagn, således som disse er beskrevet i højesteretsdommen trykt i UfR 1997 side 1227 til 1237 ved at være et tilsagn givet i forbindelse med et ansættelsesforhold om betaling af et beløb – et beløb hvis størrelse beregnes efter ensartede principper. I sidstnævnte relation henviser Finanstilsynet til afsnit 8 i konverteringsaftalen af 23. oktober 1996, samt til de i bilag A til konverteringsaftalen opstillede formler for beregning af udtrædelsesgodtgørelse.

Argumentationen uddybes i Finanstilsynets efterfølgende redegørelse af 17. april 2000 ... med bemærkning om:

- At udtrædelsesgodtgørelsen skulle være en overgangsordning med det formål at undgå skævheder for de medarbejdere, der har været omfattet af tilsagnsordningen, og som er blevet overført til den præmiebaserede ordning.

Heroverfor skal det fremhæves, at med dette udgangspunkt vil mange varierende tilsagn om betaling af beløb i forbindelse med ansættelsesforhold opfylde de opstillede kriterier, og det kan næppe være Finanstilsynets opfattelse, at til eksempel fratrædelsesgodtgørelser, der typisk beregnes baseret på et antal månedslønninger, er at betragte som pensionstilsagn – end ikke i den situation, hvor det til eksempel er aftalt, at en fratrædelsesgodtgørelse skal anvendes til pensionsformål, hvilket er et ikke sjældent set ansættelsesvilkår typisk aftalt af skattemæssige årsager.

Dertil kommer, at det beror på en fejlagtig opfattelse, at der er tale om en overgangsordning med det formål at undgå skævheder.

Hvis medarbejderen forbliver i sin stilling til pensionssituationen indtræder, forfalder udtrædelsesgodtgørelsen aldrig til betaling, men vil være indbetalt løbende under ansættelsesforholdet i form af den såkaldte x-procent på lige fod med det faste arbejdsgiverbidrag på 11 % og det faste medarbejderbidrag på 4 %.

Kun hvis fratræden finder sted, uden at medarbejderen er berettiget til aktuel pension, forfalder udtrædelsesgodtgørelsen.

Det gøres således gældende,

- at** det ikke i sig selv er tilstrækkeligt for at karakterisere en godtgørelse som et pensionstilsagn, at beløbet er aftalt i et ansættelsesforhold og størrelsesmæssigt beregnes efter ensartede principper og videre,
- at** der ingenlunde er tale om en overgangsordning med det formål at undgå skævheder for medarbejdere, der accepterede at konvertere tilsagnsordningen til en præmiebaseret ordning.

Under de langstrakte konverteringsforhandlinger var det K' udgangspunkt, at der skulle aftales en 4 % + 11 %-ordning, og i tillæg hertil skulle erlægges en x-procent beregnet konkret for den enkelte medarbejder, men ingen udtrædelsesgodtgørelse eller anden godtgørelse.

Finanstilsynet har stedse hævdet, at udtrædelsesgodtgørelsen må anses for en integreret del af pensionsordningen, og at godtgørelsen skulle være affødt af interne forhold i selve pensionsordningen. Det er ikke korrekt.

Baggrunden for den aftalte godtgørelse er, at medarbejderorganisationerne i K havde den opfattelse, at K ved afskedigelsen medtog som parameter for, hvem der skulle afskediges for eksempel ved nedskæringer, om den pågældende medarbejder i pensionsmæssig henseende var en økonomisk byrdefuld medarbejder. Derfor stillede medarbejderne krav om, at der skulle etableres et værn mod, at K overhovedet med fordel kunne inddrage pensionsudgiften i overvejelser om, hvem der skulle afskediges. Dette krav blev K tvunget til at imødekomme for at opnå en aftale om overgang til en præmiebaseret pensionsordning.

Det forhold, at den del af pensionsbidraget, der kaldes x-procenten, derfor i fratrædelsessituationen kapitaliseres for restperioden frem til pensioneringstidspunktet, er således et afskedigelsesværn og har intet at gøre med pensionsordningen som sådan.

Tilsvarende har det ikke indgået, som hævdet af Finanstilsynet, at udtrædelsesgodtgørelsen sammen med et årligt 15 % bidrag ville kunne honorere det oprindelige pensionstilsagn til den pågældende medarbejder.

Med konverteringsaftalen forlod K netop en pensionsordning, der indeholdt tilsagn om en bestemt forudsat størrelse på pensionen, og overgik til en ordning, hvor der alene gives tilsagn om en bestemt præmieindbetaling.

Havde pensionsvilkår i K, i lighed med øvrige ansættelsesvilkår, været et kollektivt aftalt ansættelsesvilkår – i modsætning til et individuelt aftalt vilkår – havde det mest sandsynlige henset til historikken bag godtgørelsesvilkåret da også været, at udtrædelsesgodtgørelsen havde været hjemlet i en kollektiv tryghedsaftale eller blot i den kollektive overenskomst.

For fuldstændighedens skyld skal det endelig præciseres, at ingen af parterne i konverteringsaftalen – og for den sags skyld ej heller rådgivere i processen – på noget tidspunkt har opfattet den godtgørelse, der udløses ved fratræden, som et pensionstilsagn.

Samlet gøres det vedrørende tilblivelsen af udtrædelsesgodtgørelsen gældende,

- at** udtrædelsesgodtgørelsen ikke er en integreret del af K' pensionsordning, men derimod,
- at** udtrædelsesgodtgørelsen efter sin natur er en fratrædelsesgodtgørelse, der skal fungere som afskedigelsesværn / tryghedselement,
- at** udtrædelsesgodtgørelsen ej heller har til formål at indfri forventningerne til en pension af en bestemt størrelse, allerede fordi der ikke længere i pensionsordningen gives sådant tilsagn, men kun tilsagn om en bestemt præmieindbetaling,
- at** havde parterne som alternativ til at kapitalisere den del af pensionsbidraget, der udgør x-procenten, aftalt, at x-procenten skulle indbetales frem til pensioneringstidspunktet, uanset om medarbejderen var fratruddt inden dette tidspunkt, havde der ej heller været rejst usikkerhed om, hvorvidt der forelå pensionstilsagn og i givet fald krav om afdækning.

Som et yderligere aspekt skal behandles, hvilke faktorer der sædvanligvis udløser krav på pension, og hvilke forhold pensionsydelsen normalt skal dække, idet også denne indfaldsvinkel taler imod at kvalificere udtrædelsesgodtgørelsen som en pensionsydelse.

De helt sædvanlige udløsende faktorer for pensionsydelse er opnåelse af den i ordningen fastlagte pensionsalder eller pensionssituationens indtræden som følge af død eller sygdom. Med andre ord knytter et pensionstilsagn an til den forsikrede persons overlevelse, sygdom eller død.

Den omtvistede udtrædelsesgodtgørelse udløses ikke på grund af disse faktorer indtræden, men alene på grund af fratræden – et forhold der indebærer, at udtrædelsesgodtgørelsen snarere må relateres til forhold inden for arbejdsledelsesforsikring end til forhold inden for pensionsforsikring.

Fokuseres på formålet med ydelsen, er der ej heller støtte at hente for at betragte ydelsen som pension.

Det sædvanlige formål med pension er at dække leveomkostninger som erstatning for lønindtægt, og visse pensioner reguleres derudover årligt med det formål at kompensere inflation eller sagt anderledes opretholde pensionens købekraft. På ny adskiller den omtvistede godtgørelse sig herfra. Udtrædelsesgodtgørelsens formål er at beskytte mod, at medarbejdere, der er

økonomisk byrdefulde i pensionsmæssig henseende afskediges med dette faktum som parameter i beslutningsgrundlaget.

Det gøres i fortsættelse heraf gældende,

at det taler mod at betragte udtrædelsesgodtgørelsen som et pensionstilsagn, at den udløsende faktor er fratræden uden ret til aktuel pension, og dermed at den udløsende faktor falder uden for rammerne af alderspension, invalidepension, ægtefællepension med videre, jævnfør § 2 i bekendtgørelse om firmapensionskassers tekniske grundlag.

I den forbindelse skal for den gode ordens skyld præciseres, at den af nærværende sag omhandlede udtrædelsesgodtgørelse ikke er identisk med den udtrædelsesgodtgørelse, der reguleres i henholdsvis lov om tilsyn med firmapensionskasser, henholdsvis bekendtgørelsen.

Det forhold, at udtrædelsesgodtgørelsen knytter an til ansættelsesforholdets ophør i en situation, der ikke berettiger til aktuel pension, indebærer tillige, at ydelsen i udgangspunktet ikke er en ydelse, som livselskaber normalt har koncession og beregningsgrundlag til at dække fuldt ud.

Ej heller tværgående pensionskasser har mulighed for at påtage sig sådanne forpligtelser.

Dette dokumenteres blandt andet ved, at de pensionsordninger, der indeholder såkaldte utilregnelighedsklausuler, ikke er afdækket fuldt ud i de pågældende tværgående pensionskasser.

Finanstilsynet bekræfter i [udtalelsen] af 22. januar 2001, at Finanstilsynet først i sådanne ordninger kræver afdækning på det tidspunkt, hvor arbejdsgiveren afskediger en medarbejder, og denne afskedigelse sker på baggrund af en medarbejderen utilregnelig årsag. I fortsættelse heraf anfører Finanstilsynet,

”Baggrunden for, at Tilsynet opfatter sådanne ordninger anderledes end klagerens, er, at ved sådanne pensionsordninger afgør arbejdsgiveren ensidigt, om sådan afsked skal ske. Det er Finanstilsynets opfattelse, at tilsagn om utilregnelighedspension først omfattes af afdækningskravet i firmapensionskasselovens § 1 på tidspunktet for en eventuel afskedigelse, og denne er sket af en medarbejderen utilregnelig årsag. Ved klagerens pensionsordning udbetales den omhandlede godtgørelse derimod uanset, hvem der tager initiativet til fratrædelsen”.

Efter klagers opfattelse kan Finanstilsynets her gengivne argumentation – selv hvis den lægges til grund uantastet – i det højeste føre til et afdækningskrav i relation til klagers ordning for så vidt angår de godtgørelsesbeløb, der udløses som følge af medarbejderens egen opsigelse. Den opsigelse, der afgives af klager som arbejdsgiver, må karakteriseres som lige så ”ensidig” som den opsigelse, der afgives af en arbejdsgiver, der i ansættelsesvilkårene har påtaget sig det såkaldte utilregnelighedstilsagn.

Herudover bestrider klager, at den i klagers ansættelsesvilkår hjemlede godtgørelse skulle være af en anden retlig natur end tilsagn om utilregnelighedspension, og på denne baggrund gøres det gældende,

- at** den i konverteringsaftalen hjemlede godtgørelse i hvert fald for så vidt angår den opsigelse, der udløses af arbejdsgiveren, må sidestilles med tilsagn om pension ved afskedigelse meddelt af arbejdsgiveren og begrundet i årsager, der ikke kan tilregnes medarbejderen, alt i relation til medarbejdere, der som et led i deres ansættelsesvilkår har tilsagn om utilregnelighedspension,
- at** når Finanstilsynet ikke betragter utilregnelighedspensionstilsagnet som et pensionstilsagn, der kræver afdækning før afskedigelse meddeles, må det samme gøre sig gældende i relation til klagers godtgørelsesordning, der således ej heller, når afskedigelse meddeles af klager som arbejdsgiver, kan betragtes som et pensionstilsagn, der kræver afdækning før afskedigelsen effektueres,
- at** det i øvrigt forekommer kunstigt, at den retlige karakter af samme godtgørelse skulle være forskellig, alt efter hvem af parterne i aftalen, der udløser godtgørelsen.

Samlet gøres det således gældende,

- at** den i konverteringsaftalen af 23. oktober 1996 hjemlede udtrædelsesgodtgørelse ikke juridisk kan karakteriseres som et pensionstilsagn,
- at** Finanstilsynet allerede af denne årsag ikke har hjemmel til at kræve denne form for udtrædelsesgodtgørelse afdækket."

3.2. Finanstilsynets indlæg i sagen

Finanstilsynet har afgivet en udtalelse om sagen den 22. januar 2001. Endvidere er Finanstilsynet ved Kammeradvokaten fremkommet med indlæg af 9. maj 2001 og 7. december 2001.

Finanstilsynet har fastholdt den påklagede afgørelse.

Spørgsmålet om ugyldighed

Vedrørende spørgsmålet om ugyldighed har Kammeradvokaten bl.a. anført i indlægget af 9. maj 2001:

”...

Det er ... [af klageren] fastholdt, at K ikke kunne vide, at man var part i en sag, og at tilsynet havde iværksat en proces, der kunne føre frem til en forvaltningsakt. ...er det uddybende oplyst, at K' redegørelse, der blev fremsendt den 5. marts 1999, ikke kan betragtes "som andet og mere end et beredvilligt svar på de yderligere spørgsmål, Finanstilsynet havde rejst, og redegørelsen er hverken udarbejdet som eller kan i øvrigt betragtes som havende status af et høringssvar."

Hertil bemærkes, at Finanstilsynet som tilsynsmyndighed kan rejse sager af egen drift eller efter klage fra eventuelt berørte, og at tilsynet har beføjelse til at pålægge en arbejdsgiver at foretage en afdækning af en pensionsforpligtelse, når der foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at arbejdsgiveren faktisk har pådraget sig en sådan forpligtelse til at udbetale pensionsydelse, der er afdækningsforpligtet efter § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Finanstilsynet har i skrivelsen af 2. juni 1998 gjort det umisforståeligt klart, at K måtte anses for at have afgivet et løfte om pension, der skulle afdækkes i overensstemmelse med § 1, ved at have indgået en aftale med funktionærorganisationerne om, at der, såfremt en af aftalen omfattet medarbejder fratræder sin stilling før det fyldte 60. år, skal udbetales en særlig ydelse.

Det fremgår da også, at både K, advokat A og B og advokat D under mødet den 7. juni 1998 var fuldt ud klar over, hvad formålet med mødet var, nemlig at give K mulighed for at fremkomme med et bidrag til Finanstilsynets beslutningsproces, som muligt kunne få Finanstilsynet til at ændre opfattelse.

Argumentationen ... om, at der blot var tale om beredvillige oplysninger med henblik på at højne Finanstilsynets generelle informationsniveau, er derfor urigtig.

K er part i en sag for tilsynsmyndigheden, uanset om der er en konkret modpart eller ej. Her er det imidlertid uden videre klart, at Finanstilsynet i forbindelse med sin tilsynsopgave må påse, at de medarbejdere, over for hvem der måtte have været afgivet et pensionsløfte, ikke er i risiko for at lide tab. Der er derfor ikke tale om, at klager frit kan bestemme, hvornår tilsynsmyndigheden må konkludere på de foretagne undersøgelser og overvejelser ved at træffe en afgørelse, jf. herved forvaltningslovens § 21, stk. 2, nr. 2.

... en opfordring til Finanstilsynet om at uddybe, hvad der menes med sætningen "hvilke dele af pensionsaftalen, som var til ugunst for klageren". I betragtning af, at det i skrivelsen af 2. juni 1998 er gjort utvetydigt klart, at det er afsnit 8 i aftalen af 23. oktober 1996 mellem K og nogle funktionærorganisationer, som tilsynets henvendelse drejer sig om, forekommer opfordringen mindre velbegrunderet.

Til indsigelsen over for begrundelsen i tilsynets skrivelse af 3. marts 2000 bemærkes, at Finanstilsynet fastholder, at begrundelsen er fyldestgørende.

Henvisningen til Højesteretsdom i UfR 1997, side 1227, tjener til at minde klager om, at når lov om tilsyn med firmapensionskasser i § 1 bestemmer, at "ethvert løfte om pension (pensionstilsagn) i forbindelse med et ansættelsesforhold skal afdækkes enten i et forsikringselskab eller en pensionskasse ...", skal udtrykket ethvert forstås bogstaveligt.

Forud for Højesterets dom var den væsentligste fortolkningskilde bemærkningerne til lovforslaget, jf. Folketingstidende 1988-89, Tillæg A, spalte 3419-3420. Det er herved af betydning, at lovgivningsmagten har ønsket at fremhæve, at efter vedtagelse af loven

"vil det i princippet ikke længere være muligt for pensionskasser at oprette ordninger, hvorefter der udbetales ikke-reservefunderede ydelser".

Begrundelsen i skrivelsen af 3. marts 2000 fremhæver, at der jo ikke kunne være tvivl om, at K i Danmark havde afgivet et tilsagn om betaling af en udtrædelsesgodtgørelse, og spørgsmålet var alene, om det var en pensionsydelse. Her har Finanstilsynet henvist til, at aftalen opstiller præcise formler for beregning af udtrædelsesgodtgørelsen, og det gøres gældende, at denne begrundelse er tilstrækkelig og dækkende.

Det gøres herudover gældende, at forløbet fra klagers skrivelse af 30. marts 2000 og frem til klagers afbrydelse af drøftelserne med Finanstilsynet ved skrivelsen af 5. oktober 2000 må bedømmes som en remonstration. Heri ligger, at klagen til Erhvervsankenævnet var stillet i bero, indtil Finanstilsynet havde genovervejet sagen i lyset af et yderligere indlæg fra klager samt under indtryk af de synspunkter og oplysninger der fremkom på en række møder. Det gøres gældende, at dette forløb har været aftalt med klager, og at det blev gennemført som aftalt, dog således at K i Danmark fragik den senest indgåede aftale om bedømmelsen af en afdækningsmodel.

Det gøres gældende, at hvis skrivelsen af 3. marts 2000 måtte antages at lide af retlige mangler, er disse i hvert fald repareret under det efterfølgende forløb, og klager har ikke lidt nogen skade eller noget tab som følge af forløbet. Tværtimod har klager haft en åbenlys interesse i at trække sagen i langdrag.

..."

Spørgsmålet om pensionsløfte

Vedrørende dette spørgsmål har Finanstilsynet anført i udtalelsen af 22. januar 2001:

"Vedrørende klagerens subsidiære påstand bemærkes indledningsvis, at tilsynets afgørelse ikke er påvirket af baggrunden for og intentionerne med indførelsen af ordningen med udbetaling af et beregnet beløb ved en medarbejders eventuelle fratreden før det 60. år. Det er heller ikke af

betydning, om disse beløb betegnes udtrædelsesgodtgørelse, fratrædelsesgodtgørelse eller andet.

Tilsynets afgørelse er derimod baseret på:

- at** ordningen, som det fremgår af pensionsaftalen af 23/10 1996 ... afsnit 8 og bilag A, er indgået i umiddelbar tilknytning til den generelle revision af klagerens pensionsordning.
- at** der som anført i aftalens punkt 8.1 er tale om beløb, der skal indbetales til den pågældende medarbejders pensionsordning i B,
- at** de beløb, der indbetales ved fratræden af en medarbejder, er bestemt ved et helt fast princip, hvori indgår de samme forsikringstekniske størrelser som i pensionsaftalen med B, og
- at** de beløb, der indbetales ved fratræden af en medarbejder netop er bestemt således, at den samlede udtrædelsesgodtgørelse er af en sådan størrelse, at den sammen med et årligt 15% bidrag vil kunne honorere de oprindelige pensionstilsagn til den pågældende medarbejder.

De to sidste forhold er en klar forskel til fratrædelsesgodtgørelser efter funktionærloven eller sædvanlige lønoverenskomster.

Endvidere har tilsynet lagt vægt på, at klageren har givet et ubetinget tilsagn om at indbetale det beregnede beløb i tilfælde af fratræden inden medarbejderens 60. år. Dette ses ikke bestridt af klageren.

Ud fra disse betragtninger må tilsynet fastholde, at der er tale om et af firmapensionskasselovens § 1 omfattet løfte om pension i et ansættelsesforhold.

Det er i denne forbindelse uden betydning, at udtrædelsesgodtgørelse ikke er nævnt som en af de pensionsformer, der ifølge § 2 i bekendtgørelse nr. 700 af 16. oktober 1990 om firmapensionskassers tekniske grundlag m.v. kan ydes af firmapensionskasser. Den sidstnævnte bestemmelse opregner kun, hvad der kan afdækkes i firmapensionskasser, mens lovens § 1 regulerer, hvilke pensionstilsagn der skal afdækkes.

Til illustration af forholdet mellem de to bestemmelser kan nævnes følgende eksempel: Hvis en arbejdsgiver lover en medarbejder invalide- og børnepension, skal dette tilsagn ifølge lovens § 1 afdækkes i et forsikringsselskab eller en pensionskasse; men ifølge bekendtgørelsens § 2, stk. 1, kan afdækningen ikke ske i en firmapensionskasse, idet en sådan også skal yde alderspension.

Det er rigtigt, at tilsynet først kræver afdækning af pensionsordninger med klausul om straksbegyndende pensionsudbetaling i tilfælde af, at arbejdsgiveren afskediger en medarbejder, og denne afskedigelse sker på baggrund af en for medarbejderen utilregnelig årsag.

Baggrunden for, at tilsynet opfatter sådanne ordninger anderledes end klagerens, er, at ved sådanne pensionsordninger afgør arbejdsgiveren ensidigt, om sådan afsked skal ske. Det er Finanstilsynets opfattelse, at et tilsagn om utilregnelighedsperioden først omfattes af afdækningskravet i firmapensionskasselovens § 1 på tidspunktet for en eventuel afskedigelse, og denne er sket af en af medarbejderen utilregnelig årsag. Ved klagerens pensionsordning udbetales den omhandlede godtgørelse derimod uanset, hvem der tager initiativet til fratrædelsen.

Finanstilsynet skal bemærke, at værdien af de i denne sag omhandlede beløb (tilskud til udtrædelsesgodtgørelsen) er faldende over tid. Dette skyldes, at klageren løbende indbetaler ekstrabidrag ud over det i bidragsordningen aftalte 15% bidrag. Dette er nødvendigt for at kunne honorere medarbejdernes oprindelige pensionstilsagn. Et eventuelt indskud på værdien af de i denne sag omhandlede beløb (tilskud til udtrædelsesgodtgørelsen) vil alene afløse klagerens ekstra bidragsforpligtelse ud over normalbidraget på 15%.

Tilsynet har med B og klageren drøftet modeller for afdækning af det konkrete pensionstilsagn, og har i den forbindelse meddelt, at en model, der tog højde for, at værdien af de i denne sammenhæng omhandlede beløb er faldende over tid, var af principiel karakter, og derfor måtte forelægges Forsikringsrådet.

Det er endelig uden betydning, at de afgivne tilsagn ikke har til formål at kompensere for inflation eller lignende eller udløses baseret på alder, invaliditet eller dødsfald. Firmapensionskasselovens § 1 indeholder ikke nogen begrænsning af afdækningspligten til tilsagn med disse egenskaber.

På denne baggrund skal Finanstilsynet i relation til klagerens subsidiære påstand gøre følgende gældende:

at det pågældende tilsagn er en del af de ansattes pensionsordning,

at den omhandlede ordning således er et pensionstilsagn, der skal afdækkes jf. firmapensionskasselovens § 1, og

at Finanstilsynets afgørelse derfor fastholdes.

..."

Kammeradvokaten har suppleret tilsynets udtalelse i sine indlæg af 9. maj og 7. december 2001 bl.a. med:

”...

Finanstilsynet har lagt vægt på de forhold, der er nævnt i udtalelsen ... og som naturligvis bygger på de faktiske oplysninger, der er tilvejebragt, herunder selve aftalen afsnit 8, men også det materiale [kendelsens bilag], ... fremsendt

af klager ved skrivelse af 5. marts 1999. Jeg henviser til ... B's pensionsoversigt pr. 1. januar 1997 udsendt sammen med det øvrige informationsmateriale. Af side 2 i denne oversigt fremgår, at udtrædelsesgodtgørelsen er beregnet ganske detaljeret og fremstår som et integreret element i pensionsvilkårene. Dette fremgår også af ... [K Informationshæfte, "Det drejer sig om din pension"] ...

... Betalingen udløses ved medarbejderens fratræden, hvilket er noget andet end utilregnelighedsgodtgørelser eller godtgørelser i forbindelse med afskedigelse efter funktionærloven, og det er endvidere uden betydning for vurderingen efter lov om tilsyn med firmapensionskasser, at ordningen måtte kunne tænkes at være begrundet i et ønske om at tilvejebringe en slags afskedigelsesværn.

..."

3.3. Mundtlig forhandling af sagen den 14. juni 2002

Den 14. juni 2002 blev der afholdt mundtlig forhandling af sagen, hvor parterne i det væsentlige gentog, hvad der var anført under den skriftlige forberedelse af sagen.

4. Ankenævnet udtaler:

Efter § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser skal ethvert løfte om pension afdækkes forsikringsmæssigt.

Ifølge lovens § 65, stk. 1, skal Finanstilsynet påse overholdelsen af loven og de bestemmelser, der er udstedt i medfør af loven. I tilfælde, hvor der foreligger en rimelig grad af sandsynlighed for, at der er afgivet et løfte om pension, giver bestemmelsen Finanstilsynet hjemmel til over for en arbejdsgiver at kræve løftet forsikringsmæssigt afdækket. Foreligger der ikke en sådan rimelig grad af sandsynlighed for, at der er afgivet et løfte om pension, der er et formueretligt spørgsmål, må Finanstilsynet vente med at kræve afdækning indtil spørgsmålet eventuelt er afgjort af domstolene under et søgsmål mellem de eventuelt berettigede og arbejdsgiveren.

Det fremgår af sagen, at konverteringsaftalen af 23. oktober 1996 havde til formål at overgå fra en tilsagnsordning til en præmiebaseret ordning, således at pensionen ved

opnået pensionsalder ikke længere var fastsat som procentdel af slutlønnen, men bestemt af de løbende bidragsindbetalinger til B fra funktionæren selv og K, herunder x-procenten.

Ved konverteringsaftalens pkt. 8.1 om udtrædelsesgodtgørelse har K forpligtet sig til/afgivet et løfte om ved en funktionærs fratræden at indbetale et beløb (kapitaliseringen af en individuelt beregnet x-%) til den pågældendes pensionsdepot, hvorved det ifølge det oplyste sikres, at en funktionær ved fratræden stilles som om den pågældende under hele sin ansættelse i K havde været omfattet af præmieprocentordningen. Der foreligger efter ankenævnets opfattelse ikke en rimelig grad af sandsynlighed for, at K herved også skulle have afgivet et løfte om, at funktionærerne under ansættelsen i K er sikret opfyldelsen af det angivne vilkår ved funktionærernes fratræden uanset tidspunktet herfor.

Som følge af det anførte har Finanstilsynet efter ankenævnets opfattelse ikke haft hjemmel til at pålægge K at foretage forsikringsmæssig afdækning, men har skullet afvente, at spørgsmålet om pensionsløfte eventuelt måtte blive afgjort af domstolene under et søgsmål mellem de eventuelt berettigede og K.

Ankenævnet ophæver derfor Finanstilsynets afgørelse af 3. marts 2000.

Nævnet finder herefter ikke anledning til at tage stilling til klagerens anmodning om hjemvisning af sagen.

13) Kendelse af 4. februar 2002. 01-101.621.

Ikke tilladelse til udbetaling af beløb til selskab fra selskabets pensionskasse.

§ 32 i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

(Mogens Andersen, Lise Høgh og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 23. april 2001 har advokat A på vegne K's Pensionskasse klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 30. marts 2001 ... har afslået at imødekomme pensionskassens anmodning om tilladelse til udbetaling af indtil 250 millioner kr. fra pensionskassen til K A/S.

Sagens omstændigheder:

Ved skrivelse af 18. april 2000 ansøgte K Pensionskasse Finanstilsynet om tilladelse til, at der i forbindelse med en omstrukturering af pensionskassen, der blandt andet ville indebære forbedringer af medlemmernes pensionsforhold, kunne udbetales op til 250 millioner kr. af pensionskassens akkumulerede overskud til K A/S. I skrivelsen henviste pensionskassen blandt andet til, at dens egenkapital ultimo 1999 udgjorde 639 millioner kr. svarende til 146% af pensionshensættelserne, og at en aktuarudarbejdet prognose viste, at når de sidste af de nuværende aktive medlemmer af pensionskassen pensioneres i år 2036, vil egenkapitalen udgøre 75,3% af pensionshensættelserne, selv om selskabets bidrag i hele perioden suspenderes.

Ved den påklagede afgørelse af 30. marts 2001 afslog Finanstilsynet at imødekomme ansøgningen, da en sådan tilladelse efter tilsynets opfattelse ville være i strid med § 32, stk. 3, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Tilsynet bemærkede, at forarbejderne til nævnte lovbestemmelse måtte anses for at have gjort udtømmende op med tilsynets mulighed for at tillade fravigelse fra pligten til overførsel af akkumuleret overskud til det følgende år efter forhøjelse af pensionstilsagnene og hensættelser til basiskapitalen, således at tilsynet kun kan tillade fravigelse i helt ekstraordinære situationer og kun som éngangstillæg til pensionister. Tilsynet bemærkede endvidere, at tilsynets godkendelse i 1991 af en udbetaling fra pensionskassen til K A/S skyldtes overgangsbestemmelsen i lovens § 74, som indebar, at pensionskassens ansøgning dengang skulle bedømmes efter den tidligere lov om tilsyn med pensionskasser (lovbekendtgørelse nr. 4 af 12. januar 1984).

Advokat A har i skrivelse af 23. maj 2001 til Erhvervsankenævnet nedlagt påstand om, at den påklagede afgørelse ophæves, og at Finanstilsynet tilpligtes at anerkende, at der under forudsætning af den fornødne generalforsamlingsgodkendelse kan udbetales et beløb på op til 250 millioner kr. fra pensionskassen til K A/S i forbindelse med en forbedring af medlemmernes pensionsvilkår. Advokaten har over for ankenævnet gjort gældende, at ordlyden af lovens § 32, stk. 3, muliggør en godkendelse af den ønskede udlodning, at lovbemærkningerne ikke indeholder den af Finanstilsynet hævdede begrænsning af tilsynets godkendelsesmuligheder, at denne begrænsning heller ikke støttes af tidligere lovgivning, hvorved henvises til tilsynets

godkendelse af en udlodning i 1992 på 100 millioner kr. fra pensionskassen til K A/S, og at formålet med loven, herunder dennes § 32, stk. 3, ikke støtter den af tilsynet hævdede fortolkning af § 32, stk. 3. Advokaten har endvidere henvist til, at pensionskassens formue er mere end dobbelt så stor som pensionskassens pensionshensættelser på ca. 460 millioner kr., og at det akkumulerede overskud i pensionskassen med udgangen af 2000 udgjorde ca. 650 millioner kr.

Ved skrivelser af 28. juni 2001 og 22. august 2001 har henholdsvis Finanstilsynet henholdsvis advokat A uddybet deres synspunkter.

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning fra advokat A om mundtlig behandling af klagen.

Ankenævnet udtaler:

Af lov om tilsyn med firmapensionskasser § 32 fremgår bl.a.:

”...

Stk. 2. På den ordinære generalforsamling skal der

- 1) træffes afgørelse om anvendelse af overskud eller dækning af tab i henhold til godkendt årsregnskab,

...

Stk. 3. Der må alene træffes beslutning om udlodning af overskud i form af forhøjelse af pensionstilsagnene. Et eventuelt akkumuleret overskud, der måtte være til rådighed efter forhøjelse af pensionstilsagnene og hertil svarende forhøjelse af hensættelserne og efter en eventuel nødvendig forhøjelse af basiskapitalen, jf. § 10, stk. 3, skal overføres til næste år, medmindre Finanstilsynet i særlige tilfælde tillader anden anvendelse.”

I bemærkningerne til forslag til lov om tilsyn med firmapensionskasser § 32, stk. 3, (Folketingstidende 1988-89, sp. 3444) er anført:

"Bestemmelsen i stk. 3 foreskriver obligatorisk overførsel til næste år af eventuelle overskud efter forhøjelse af pensionstilsagnene og hensættelser til basiskapitalen. Den hidtidige praksis med engangstillæg til pensionister, udloddet af det enkelte års overskud, vil herefter ikke kunne videreføres. Bestemmelsen åbner dog mulighed for, at Finanstilsynet kan fravige reglen, således at en firmapensionskasse i helt ekstraordinære situationer vil kunne få mulighed for at de enkelte års overskud at udbetale engangstillæg til pensionister."

I betænkning nr. 1096 fra 1987, Revision af lov om tilsyn med pensionskasser, kapitel 6, punkt 2 om pensionskassers opløsning m.v., er p. 64-65 blandt andet anført:

”Et overskud kan være fremkommet ved, at der er beregnet for høje løbende ordinære bidrag til pensionskassens drift i forhold til de lovede pensionstilsagn. Men det kan f.eks. også hidrøre fra virksomhedens ekstraordinære bidrag eller større afkast af investeringerne end forudset i beregningsgrundlaget.

Udvalgets forslag udelukker ikke, at der i en tilsagnskasses vedtægter indføres hjemfaldsbestemmelser, således at der ved opløsning af pensionskassen kan ske tilbageførelse af et eventuelt overskud i pensionskassen til virksomheden. Sådanne bestemmelser findes i flere eksisterende tilsagnskassers vedtægter. I de tariffmæssigt opbyggede ordninger, hvor pensionsydelse beregnes på grundlag af de indbetalte bidrag, er hjemfaldsretsbestemmelser derimod udelukket.

Hjemfaldsretsbestemmelser skal i opløsningssituationen respekteres. Men der kan først blive tale om tilbageførelse, når der er sikkerhed for, at medlemmernes krav opfyldes fuldstændigt.

Udvalget har derimod ikke fundet, at der bør åbnes mulighed for, at overdækning i en pensionskasse bør kunne tilbageføres til den virksomhed, som pensionskassen omfatter, uden at det sker som følge af opløsning af pensionskassen. En tilbageføring vil navnlig i en situation, hvor virksomheden fortsat skal erlægge løbende ordinære pensionsbidrag, forøge den risiko, som pensionskassens medlemmer udsættes for.

Udvalgets synspunkt betyder en konkurrenceforvridning mellem firmapensionskasser og livs- og pensionsforsikringsselskaber. Det medfører navnlig en diskriminering af firmapensionskasserne i forhold til livs- og pensionsforsikringsselskaberne, hvor sådan tilbagebetaling finder sted via bonus, og medfører hertil en højere realrenteafgift for firmapensionskasser. På grund af firmapensionskassernes særlige forhold har udvalget afstået fra at foreslå ændringer på dette punkt. Der er imidlertid intet i udvalgets forslag, der hindrer, at de løbende ordinære pensionsbidrag i en periode reduceres, såfremt der i pensionskassen i perioden er konstateret overdækning ved den årlige gennemgang.”

Efter lov om tilsyn med firmapensionskasser § 32, stk. 3, lovforslagets bemærkninger hertil samt det ovenfor anførte i betænkningen om revision af lov om tilsyn med pensionskasser tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet har afslået at imødekomme pensionskassens anmodning om tilladelse til udlodning af overskud til K A/S.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 30. marts 2001.

14) Kendelse af 16. januar 2002. 00-223.588.

Der forelå pensionstilsagn, som skulle afdækkes forsikringsmæssigt.

Lov om tilsyn med firmapensionskasser § 1, stk. 1.

(Lise Høgh, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 22. december 2000 på vegne af B A/S klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 5. december 2000 har bestemt, at nogle nærmere bestemte pensionstilsagn skulle afdækkes forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Klagen har efter anmodning fra klageren og med tilsynets accept været tillagt opsættende virkning under ankenævnets behandling af sagen.

Sagens omstændigheder:

Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt ydelser fra C A/S' understøttelsesfond, der er stiftet i 1982, har karakter af pensionsløfter, der er omfattet af § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser med den virkning, at klageren, B A/S, er forpligtet til at sørge for, at ydelserne afdækkes forsikringsmæssigt. Klageren henvendte sig herom til Finanstilsynet ved skrivelse 14. oktober 1997.

Om sammenhængen mellem B A/S og C A/S' understøttelsesfond har klageren oplyst i klageskrivelsen af 22. december 2000, at

"C A/S blev i forbindelse med opkøb med virkning fra 1. januar 1994 ændret til D A/S. Den 1. juli 1996 fusionerede D A/S og E A/S til F A/S. Efter fusionen tidligere i år med ... er de danske aktiviteter i dag udskilt i B A/S."

Af vedtægterne for C A/S' understøttelsesfond fremgår blandt andet, at fondens formål er at yde understøttelse til funktionærer, der har været ansat i C A/S, G A/S og H A/S og som fratræder som følge af sygdom eller ved opnåelse af pensionsalder. Fondens midler er tilvejebragt ved midler overført fra tidligere understøttelsesfonde inden for koncernen og afkast heraf, samt ydelser fra selskabet (nu B A/S). Fondens bestyrelse består af 5 medlemmer, hvoraf 2 udpeges af B A/S' bestyrelse og 3 vælges af tjenestegørende funktionærer.

B A/S har hidtil ydet et tilskud til fonden svarende til årets underskud. Tilskud blev sidste gang ydet i 1997 og har ikke været ydet siden.

I følge liste over de understøttelser, der har været udbetalt siden fondens stiftelse i 1982, som klageren har udarbejdet og sendt til Finanstilsynet den 13. juni 2000, fremgår det, at fonden i 1999 udbetalte understøttelse til 35 personer med beløb fra ca. 5.000 kr. og op ca. til 55.000 kr. Understøttelserne har været udbetalt i en længere årrække, når der bortses fra få tilfælde. Ifølge det oplyste er en gang påbegyndt understøttelse kun ophørt ved død.

Af fondens regnskab for 1999 fremgår det, at fonden i 1999 udbetalte understøttelser på i alt 998.325 kr.

Af regler for udregning af fondens understøttelser fremgår det, at understøttelsen ved opnåelse af fuld anciennitet udregnes til at udgøre 75 % af slutlønnen med fradrag af visse offentlige ydelser og egne ordninger dog maksimalt kr. 3.000 pr. md. (overgangsordning for højere understøttelser).

Ved den påklagede afgørelse af 5. december 2000 meddelte Finanstilsynet klageren:

”...På baggrund af de foreliggende oplysninger finder Finanstilsynet, at de nuværende udbetalinger fra understøttelsesfonden er omfattet af § 1, stk. 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Udbetalingerne skal derfor afdækkes i et forsikringselskab eller en pensionskasse, der har koncession hertil.

Finanstilsynet har ved sin vurdering lagt vægt på følgende:

- Det fremgår af C A/S' understøttelsesfonds vedtægter, at *”Fondens formål er at yde understøttelse til funktionærer, der har været ansat i C A/S, G A/S, og H A/S.”*
- Fonden ledes af en fondsbestyrelse bestående af 5 medlemmer, hvoraf 2 medlemmer udpeges af C A/S' bestyrelse, og de 3 øvrige vælges af de tjenestegørende funktionærer.
- D yder årligt et tilskud til dækning af underskuddet i C A/S' understøttelsesfond.

- Udbetaling af ydelserne har været foretaget til samme personkreds over en længere årrække. Størrelsen af ydelserne er fastsat ud fra faste retningslinier, hvoraf blandt andet fremgår, at målet for den samlede pension ved fuld anciennitet er 75 % af gennemsnittet af de sidste 3 års gage før pensioneringen.
- Understøttelsesfonden har på pensioneringstidspunktet for den enkelte modtager sendt et brev, hvoraf det fremgår, at *"Da du jo nu har opnået den alder, hvor udbetalingen fra Understøttelsesfonden vil finde sted..."*. Efterfølgende tilkendes det årligt i brev, at udbetalingen af ydelsen vil fortsætte.
- Fondens bestyrelse besluttede at stoppe for tilgang af nye understøttelsesmodtagere på bestyrelsesmødet den 28. juni 1995. Denne beslutning er ikke siden blevet ændret. Der var på tidspunktet for stoppet vedtaget at give tilskud til endnu 7 kommende pensionister. Disse 7 er gået på pension og oppebærer tilskud på lige fod med de andre understøttelsesmodtagere.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet D omgående i overensstemmelse med § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlede pensionstilsagn..."

I klagen af 22. december 2000 har klageren anført:

"... Det er klagers opfattelse, at understøttelsesfonden ikke er en firmapensionskasse omfattet af lov om tilsyn med firmapensionskasser § 1, stk. 1. Fonden er således en selvejende institution, hvor funktionærrepræsentanterne har den bestemmende indflydelse ved tildeling af understøttelse fra fondens midler, jf. vedtægternes § 1 og 3.

Der er dermed heller ikke tale om et af arbejdsgiveren meddelt tilsagn om pension. Hertil må kræves, at arbejdsgiveren har bestemmende indflydelse i forhold til fondens dispositioner, hvilket ikke er tilfældet i nærværende sag.

Finanstilsynet har ved sin afgørelse lagt til grund, at der er identitet mellem fonden og B A/S. Dette er der efter klagers opfattelse ikke retligt grundlag for i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Ved den anlagte identifikation opstår der endvidere kollision med fondslovgivningen, idet man ved at statuere identitet, griber ind i fondens status som selvstændig retssubjekt.

.....

Frem til og med regnskabsåret 1997 har der været ydet tilskud fra selskabet til dækning af fondens eventuelle underskud. Der er således ikke tale om, at D årligt yder et tilskud til dækning af fondens underskud.

Det er korrekt, at der i fonden har været faste retningslinier for størrelsen af understøttelsen. Der har imidlertid med tiden været foretaget nedsættelser af

understøttelserne, ligesom regulering af understøttelserne ikke har fulgt en fast praksis. Beslutningerne herom er truffet af fonden og ikke af selskabet. Det er på den baggrund klagers opfattelse, at fonden under alle omstændigheder ikke er omfattet af lov om tilsyn med firmapensionskasser. Den manglende faste praksis fører endvidere til, at der efter klagers opfattelse ikke kan være opstået berettigede forventninger hos mulige ansøgere, som kunne opfylde fondens formål, særligt henset til at der siden 1995 ikke er givet nye tilsagn fra fondens bestyrelse.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet udtalt den 15. januar 2001:

”...Vedrørende de retlige omstændigheder skal Finanstilsynet meddele følgende:

Sagen vedrører Finanstilsynets vurdering af, om udbetalinger fra CA/S' understøttelsesfond har karakter af pensionstilsagn, der er omfattet af § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Man 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 ... (bank), ankenævnets j. nr. 89-16.872, hvor ankenævnet afgjorde, at de udbetalte ydelser var omfattet af den omtalte § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Ankenævnets afgørelse blev siden stadfæstet af Østre Landsret (den 10. maj 1995) og Højesteret (den 26. juni 1997) i sagen ... (bank) mod Finanstilsynet....

Vedrørende de faktiske omstændigheder skal Finanstilsynet udtale følgende:

Fondens struktur

Finanstilsynet finder, at da formålet med Understøttelsesfonden er at supplere medarbejdernes pensioner, at da fonden drives via løbende indskud fra B A/S, og da B A/S har 2 ud af 5 medlemmer i bestyrelsen for fonden, og de øvrige 3 medlemmer vælges af og blandt de tjenestegørende funktionærer, så må udbetalingerne fra fonden i relation til lov om tilsyn med firmapensionskasser anses at hidrøre fra B A/S som arbejdsgiver, uanset at B A/S ikke har direkte bestemmende indflydelse i bestyrelsen i fonden.

Finanstilsynet skal i øvrigt henvise til en tidligere sag, ankenævnet j. nr. 94-58.009, hvor ankenævnet har udtalt: ”...*Understøttelsesfond[en] er oprettet af [selskabet] med det formål at supplere medarbejdernes pensioner. Understøttelsesfondens midler hidrører fra indskud fra [selskabet] og renter heraf, og [selskabet] er repræsenteret i fondens bestyrelse. Ydelserne fra understøttelsesfonden må derfor i relation til lov om tilsyn med firmapensionskasser anses at hidrøre fra [selskabet] som arbejdsgiver.*”

Understøttelserne omfattet af § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser (FPL).

Ved vurderingen af om understøttelserne er omfattet af § 1 i FPL har Finanstilsynet lagt vægt på følgende:

Udbetalingen af ydelserne har været foretaget til understøttelsesmodtagerne over en længere årrække og understøttelserne er alene ophørt som følge af dødsfald. Understøttelsesmodtagerne søger ikke hvert år om tilskuddene.

Størrelsen af ydelserne er fastsat ud fra faste retningslinier, som beskrevet i ”Regler for udregning og udbetaling af pensioner fra C’ understøttelsesfond ved normal afgang (67 år) (gældende fra 1. marts 1990)”, der var vedlagt i kopi til skrivelse af 29. juni 2000 fra B til Finanstilsynet. Heraf fremgår blandt andet, at målet for den samlede pension ved fuld anciennitet er 75 % af gennemsnittet af de sidste 3 års gage før pensionering. Herudover er adgangen til at modtage understøttelser fra fonden betinget af deltagelse i selskabets pensionsordning i mindst 15 år før overgang til pension.

På denne baggrund finder Finanstilsynet, at understøttelserne er omfattet af § 1, stk. 1 i FPL.

Nedsættelse og regulering af understøttelserne

B A/S fremfører i sin anke, at der med tiden har været foretaget nedsættelser af understøttelserne, og at regulering af understøttelserne ikke har fulgt en fast praksis. Endelig fremfører B A/S, at den manglende faste praksis og bestyrelsens beslutning om at stoppe for tilgang af understøttelsesmodtagere siden 1995 bevirker, at nuværende tjenestegørende medarbejdere, som kunne opfylde fondens formål, ikke kan have berettigede forventninger til at komme i betragtning til understøttelser fra fonden.

Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at tilsynet netop har tillagt det vægt i sin afgørelse af 5. december 2000, at fonden har ophørt med tildeling af understøttelser i 1995, hvorfor tilsynet alene har krævet afdækning af de nuværende udbetalinger af understøttelser fra fonden. Da beslutningen om at ophøre med tildeling af understøttelser imidlertid ikke er endegyldig, og da bestyrelsen efter det oplyste hvert år tager dette spørgsmål op, har tilsynet præciseret overfor fonden, at en genoptagen af den hidtidige praksis for tilkendelser af ydelser vil medføre, at nye tildelinger af understøttelser ligeledes skal afdækkes, og at der vil kunne opstå berettigede forventninger hos de endnu erhvervsaktive omfattet af fonden – jf. 4. sidste afsnit i tilsynets afgørelse.

Fonden har efter det oplyste i sagen på nær et enkelt år fulgt retningslinierne for udregning og udbetaling af pensioner fra fonden. Afvigelsen fra retningslinierne blev foretaget i 1994 og havde alene virkning for så vidt angik understøttelser på mere end kr. 3.000 pr. mdr. Når henses til den lange årrække, hvor retningslinierne for beregning og udbetalinger af pension har været fulgt, finder Finanstilsynet ikke, at det enkelte års afvigelse herfra for så vidt angår de største understøttelser i sig selv tilsiger, at udbetalingerne fra fonden undtages for afdækningspligt i henhold til § 1 i FPL.

Vedrørende regulering af understøttelserne er det korrekt, at fondens praksis ikke har været fast, herunder at der i nogle år er besluttet ikke at regulere understøttelserne. Af samme grund har tilsynet alene krævet forsikringsmæssig afdækning af de årlige understøttelser uden krav om afdækning af en eventuel

regulering heraf. Det skal dog for en god ordens skyld tilføjes, at dette naturligvis ikke er til hinder for, at B A/S vælger at afdække en regulering.”

Herefter har klageren i et supplerende indlæg af 2. marts 2001 bemærket:

" ...

Ad de retlige omstændigheder:

Det følger af bemærkningerne til lovforslaget, at pligt til afdækning indtræder, når en virksomhed eller flere virksomheder i samme koncern i fællesskab over for de ansatte giver tilsagn om pension.

Således som bemærkningerne er formuleret, må det lægges til grund, at der skal være en løftegiver og en løftemodtager, for at loven finder anvendelse.

Virksomheden i nærværende sag har ikke givet tilsagn (løfte) til de ansatte om pension i og med, at man ikke har rådighed over, hvem der konkret skal være understøttelsesmodtagere. Den kompetence ligger hos fondens bestyrelse, hvor flertallet udgøres af repræsentanter for lønmodtagerne.

Ad Fondens struktur:

Som anført i skrivelse af 22. december 2000 til ankenævnet, er det ikke korrekt, at fonden drives via løbende tilskud fra B A/S. Siden 1997 har der således ikke været givet tilskud til fonden. Når tilskuddet har været ydet, har det endvidere ikke været ud fra en opfattelse af, at man var forpligtet hertil.

Der vedlægges regnskaber for 1998 og 1999, hvoraf fremgår, at der ikke er ydet tilskud fra B A/S de pågældende år.

Med hensyn til ankenævnets sag 94-58.009 var der tale om, at virksomhedens ledelse havde flertallet i bestyrelsen. Spørgsmålet om, hvorvidt det havde betydning, at virksomhedens ledelse havde flertal eller blot var repræsenteret i bestyrelsen, ses derfor ikke at have indgået i sagen, og på den baggrund kan man ikke tillægge afgørelsen betydning i nærværende sag.

Ad nedsættelse og regulering af understøttelserne:

Det fastholdes, at der ved fondens praksis under alle omstændigheder ikke er skabt en så fast praksis, at potentielle modtagere vil kunne have en berettiget forventning om tildeling af understøttelse. I den forbindelse bemærkes det, at fonden har eksisteret siden 1982. Da ophør for tildeling til nye understøttelsesmodtagere blev vedtaget i 1995, har den aktive tildelingsperiode derfor været 13 år. På baggrund af de udsving i understøttelserne, som har været i denne relativt korte periode, er det B A/S' opfattelse, at der ikke kan være basis for berettigede forventninger hos potentielle modtagere."

Finanstilsynet har kommenteret klagerens supplerende indlæg den 16. marts 2001 således:

"I skrivelse af 2. marts 2000 er B A/S fremkommet med bemærkninger til Finanstilsynets redegørelse af 15. januar 2001...

Kommentar til afsnittet "Ad de retlige omstændigheder":

Finanstilsynet skal som udgangspunkt henholde sig til det anførte i tilsynets redegørelse af 15. januar 2001 under afsnittet "Fondens struktur".

Dog skal Finanstilsynet præcisere, at ordlyden af § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser netop lægger vægt på, at der er tale om et [...] *løfte om pension (pensionstilsagn) i forbindelse med et ansættelsesforhold [...]*. Der er således tale om, at løftet skal være givet i *forbindelse* med et ansættelsesforhold.

Finanstilsynet finder, at de udbetalte pensionstilskud fra Understøttelsesfonden må anses som afgivet i forbindelse med pensionstilskudsmodtagernes (tidligere) ansættelsesforhold til B A/S. Denne opfattelse baserer tilsynet på, at fondens formål er at supplere pensioner til ansatte i B A/S, at alle midler i fonden hidrører fra B som arbejdsgiver, og at bestyrelsen i fonden alene består af personer, der enten er ansatte i B A/S eller udpeget af bestyrelsen for B A/S.

Kommentar til afsnittet "Ad Fondens struktur":

Det har ikke betydning for Finanstilsynets opfattelse af identifikation mellem Understøttelsesfonden og B A/S i relation til § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser, at B ikke har ydet tilskud til Understøttelsesfondens drift fra og med 1998. Det væsentlige er, at midlerne i fonden kan anses at hidrøre fra B A/S.

Kommentar til afsnittet "Ad nedsættelse og regulering af understøttelserne":

Finanstilsynet skal henhold sig til det anførte i tilsynets redegørelse af 15. januar 2001 under afsnittene "Understøttelserne omfattet af § 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser (FPL)" og "nedsættelse og regulering af understøttelserne".

Ved skrivelse af 16. marts 2001 skrev klagerens advokat til ankenævnet, at hun var blevet opmærksom på et forhold vedrørende fondens stiftelse, som hun var ved at undersøge nærmere, og at hun ville vende tilbage inden for 4 uger.

Da ankenævnet herefter ikke hørte fra klageren, rykkede nævnet for svar den 4. maj 2001. Da ankenævnet fortsat ikke hørte fra klageren, meddelte nævnet klageren den 20. juni 2001, at nævnet anså skriftvekslingen for afsluttet og havde taget sagen op til afgørelse.

Ankenævnet udtaler:

C A/S' understøttelsesfond er oprettet med det formål at supplere de ansattes pensioner. Fondens midler er tilvejebragt af virksomheden (nu B A/S). Fondens bestyrelse består af ansatte i B A/S og af repræsentanter fra selskabets bestyrelse. Ydelserne fra fonden må derfor i relation til lov om tilsyn med firmapensionskasser anses at hidrøre fra B A/S, som arbejdsgiver.

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 B A/S 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 B A/S skal sørge for bliver afdækket forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Ankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 5. december 2000.

15) Kendelse af 21. februar 2002. 00-203.421.

Dyrtidsreguleringer af pensioner skulle afdækkes forsikringsmæssigt.

Lov om tilsyn med firmapensionskasser § 1.

(Ellen Andersen, Holger Dock, Suzanne Helsteen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 30. oktober 2000 på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 3. oktober 2000 bestemte, at dyrtidsreguleringer af pensioner til tidligere ansatte i selskabet, som var pensioneret inden 3. juni 1999,

skulle afdækkes forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser.

Klagen har efter anmodning fra klageren og med tilsynets accept været tillagt opsættende virkning under ankenævnets behandling af sagen.

Sagens omstændigheder:

Før 1. januar 1984 var ansatte hos klageren, K, der var omfattet af selskabets pensionsordning, pensionsforsikret i K... Pensionskasse, der blev oprettet i 1951. Med virkning fra 1. januar 1984 blev pensionskassens aktiver og forpligtelser med Forsikringstilsynets godkendelse overført til F-forsikringsselskab. Pensionsordningen blev samtidigt ændret til en tilsagnsordning, således at pensionens størrelse ved pensionering blev fastsat i forhold til slutløn, anciennitet og pension fra det offentlige.

Udbetalte pensioner blev før 1. januar 1984 dyrtidsreguleret af klageren og derefter af F-forsikringsselskab fra afkastet af depoterne.

Af klagerens pensionsregulativ dateret 5. juli 1995 fremgår blandt andet under overskriften "Virksomhedens pensionspolitik":

"Hvis lovgivningen eller samfundsudviklingen på afgørende vis ændrer forudsætningerne for tilsagnet kan ordningen blive taget op til revision..."

Under overskriften "Pensionsudbetalinger og skatteregler" fremgår blandt andet:

"Ved udbetaling af pensioner vil virksomheden tilsigte en årlig regulering, som giver værdifaste pensioner. I det omfang bonus overstiger denne regulering, tilfalder den virksomheden."

I en mellem klageren og F-forsikringsselskab indgået aftale fra 1989, om udbetaling af kontant bonus, fremgår det endvidere blandt andet at:

"3 F-forsikringsselskab udbetaler det af K opgivne pensionsbeløb til de forsikrede pensioneret fra K.

Kan de opgivne pensioner ikke udbetales på grundlag af depoterne for de af regulativet omfattede forsikrede og på grundlag af forsigtigt fastsatte forventninger om rente og inflation, indbetaler K et indskud til dækning af det manglende depot."

I 1999 modtog klageren fra F-forsikringsselskab anmodning om indbetaling af yderligere indskud, idet tilsagnet ifølge det oplyste ikke længere syntes at kunne opfyldes alene gennem afkastet fra depoterne, som følge af pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse. Klageren tilbagebetalte herefter pr. kulance til F-forsikringsselskab den overskydende bonus, som klageren i henhold til pensionsoverenskomsten havde fået udbetalt i 1991, 1992 og 1993.

Samtidigt meddelte klageren pensionisterne ved skrivelse af 3. juni 1999:

"Efter at F-forsikringsselskab overtog K ... Pensionskasse i 1984, har administrationen og udbetalingen af pensionerne været varetaget af F-forsikringsselskab.

F's indtjening har igennem 15 år muliggjort en opregulering af pensionerne, naturligvis til glæde for vore pensionister.

Igennem årene er det imidlertid blevet stadig vanskeligere at forrente pensionisternes depot på grund af lovmæssige ændringer i beskatningen af pensionsforsikringsselskaber. Den indførte afgift/beskatning af pensionsforsikringsselskabernes resultater på 26% (Pinsepakken) medfører nu en væsentlig stramning af selskabernes evne til at forrente depoterne.

Det er under hensyntagen hertil vigtigt for os allerede nu at meddele vore pensionister, at den årlige regulering af pensionerne pr. 1. januar kun vil blive foretaget i det omfang F's indtjening muliggør dette. De allerede fastlagte og udbetalte pensioner vil naturligvis ikke blive berørt af dette, og det er således alene den egentlige opregulering af pensionerne, der kun vil finde sted i det omfang dette muliggøres af depotforrentningen.

En eventuel regulering af pensionerne pr. 1. januar 2000 vil vi komme tilbage til, når F's forrentning af pensionsdepotet kan opgøres senere på året."

Foranlediget af denne meddelelse henvendte en af pensionisterne ... sig til Finanstilsynet ved skrivelse af 9. november 1999 og bad tilsynet undersøge, om det kunne være rigtigt, at dyrtidsreguleringen uden videre kunne tages fra pensionisterne. Pensionerne havde været dyrtidsreguleret i de mere end 25 år, han havde været

tilknyttet virksomheden, og ifølge den tidligere adm. dir. for K og formand for pensionskassen havde dyrtidsreguleringen stået på hvert år siden 1950'erne.

Finanstilsynet forelagde henvendelsen for klageren, hvis advokat i skrivelse af 25. april 2000 anførte:

"... Dette tilsagn, om så vidt muligt at tilsikre værdifaste pensioner, vedstår K fortsat, og det bestrides derfor ikke, at pensionister omfattet af regulativet som udgangspunkt har et retskrav på dyrtidsregulering af deres pensioner. Det er også korrekt, at der har fundet en dyrtidsregulering sted igennem årene i overensstemmelse med udviklingen i forbrugerprisindekset.

Når K derfor den 3. juni 1999 meddelte, at *"Den årlige regulering af pensionerne pr. 1. januar kun vil blive foretaget, i det omfang F's indtjening muliggør dette"*, er baggrunden, at vedtagelsen af lov om beskatning af visse pensionskapitaler m.v. ("Pensionsafkastbeskatningsloven") efter selskabets opfattelse afgørende ændrer ved forudsætningerne for den fremtidige mulighed for opregulering af pensionerne, hvilket nødvendiggjorde en revision af ordningen, jf. fornævnte regulativ side 1: *"Hvis lovgivningen eller samfundsudviklingen på afgørende vis (min understregning) ændrer forudsætningerne for tilsagnet, kan ordningen blive taget op til revision."*

....

I brevet af 9. november 1999 anfører (pensionist), at K i en årrække har oppebåret bonus fra F-forsikringsselskab. Dette er korrekt.

I henhold til de indgåede aftaler skulle opskrivning af pensionerne, i det omfang den oversteg den af K hvert år fastsatte stigningsakt, udbetales til selskabet.

De beløb, som K har fået udbetalt i overskydende bonus, er imidlertid i december 1999 af selskabet pr. kulance indbetalt til F-forsikringsselskab og medgår således nu til yderligere afdækning af pensionstilsagnet.

Efter min opfattelse er Højesterets dom af 26. juni 1997 i sagen mellem B-bank og Finanstilsynet, UFR 1997, 1227H, ikke relevant for nærværende problemstilling.

Problemstillingen i denne sag vedrører ikke spørgsmålet om fundering i henhold til § 1 i Lov om tilsyn med firmapensionskasser. Problemstillingen er, om K, således som tilsagnet er givet, er forpligtet til at dyrtidsregulere pensioner, når årsagen til en manglende mulighed for regulering skyldes, at Pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse, som K ikke havde mulighed for at forudse ved pensionsaftalens indgåelse, på afgørende vis har reduceret det afkast, som selskabet ved tilsagnets meddelelse i sin tid forudsatte og forventede skulle anvendes til dyrtidsregulering.

Efter min opfattelse er der ikke med baggrund i det i sin tid meddelte tilsagn en forpligtelse for selskabet til at foretage indbetalinger til dækning af en forøget skattebyrde på pensionsmidler, og selskabet har derfor været berettiget til som følge af Pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse at tage tilsagnet op til revision, sådan som det er sket i brevet af 3. juni 1999.”

Ved skrivelse af 31. maj 2000 meddelte Finanstilsynet klageren sin foreløbige stillingtagen til sagen, hvorefter det var tilsynets opfattelse, at der skulle ske forsikringsmæssig afdækning af såvel allerede gennemførte som fremtidige dyrtidsreguleringer af pensionerne for de pensionister, der var pensioneret før 3. juni 1999.

Klagerens advokat svarede den 15. september 2000 blandt andet:

”Under henvisning til Finanstilsynets brev af 31. maj 2000 samt efterfølgende korrespondance og telefonsamtaler skal jeg herved vende tilbage med K's bemærkninger til Finanstilsynets brev af 31. maj 2000.

Brevet har været forelagt F-forsikringsselskab, til hvem K i 1984 overdrog sin pensionskasse, og som i den forbindelse påtog sig at foretage udbetaling af de løbende pensioner.

Indledningsvis bemærkes, at jeg har noteret, at Finanstilsynet er enig i, at der ikke skal ske pristalsregulering af pensioner for ansatte, der er pensioneret efter 3. juni 1999.

Efter de oplysninger, som nu er modtaget fra F-forsikringsselskab, må det antages, at tilsagnet – efter den af K kontant tilbagebetalte bonus og fordeling af indestående bonus optjent i 1998 og 1999 - er afdækket, for så vidt angår medarbejdere pensioneret før 3. juni 1999.

Det, som F-forsikringsselskab ikke har kunnet yde i 2000, er pristalsregulering af pensionsudbetalinger (bonus). Rentegarantierne skulle således ifølge det oplyste være overholdt og burde efter K's opfattelse være fuldt afdækkede også for forventede fremtidige reguleringer baseret på nugældende forudsætninger.

Det er fortsat K's A/S' opfattelse, at Pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse har medført en stramning set i forhold til Realrenteafgiftsloven med et – uanset at beskatningen sker af F-forsikringsselskab – efter skat afkasttab for pensionsmidler i F-forsikringsselskab tilhørende K's pensionerede medarbejdere på ca. 10,7 mio. kr. baseret på en opgørelse af depoterne pr. 1. januar 2000, og at dette forhold har berettiget en revision af ordningen, som sket.

Ifølge pensionsregulativet, hvortil der af F-forsikringssselskab ifølge det oplyste er henvist i de individuelt udstedte policer omfattet af pensionsordningen, kan pensionsordningen tages op til revision, hvis *"Lovgivningen på afgørende vis ændrer forudsætningerne for tilsagnet"*. Denne ret må antages også at gælde over for medarbejdere, som er gået på pension før 3. juni 1999. Det forhold, at ordningen tages op til revision i 1999 med virkning for fremtiden som følge af skærpet lovgivning, medfører ikke, at der er tale om ændring med tilbagevirkende kraft.

På baggrund af de talmæssige oplysninger, som er modtaget fra F-forsikringssselskab, søges det for øjeblikket afklaret, om det, uanset fornævnte afkasttab, alligevel skulle kunne være muligt på grundlag af de eksisterende depoter og under hensynstagen til de kriterier, som må fastsættes til forventningerne om rente og inflation, at udbetale og i givet fald afdække en pristalsregulering af pensionsudbetalinger for år 2000 og fremover for de medarbejdere, som er gået på pension før 3. juni 1999.

Uanset, at det således fastholdes, at det er med rette, at bestemmelsen om pristalsregulering blev opsagt i 1999, skal jeg derfor anmode om, at Finanstilsynet udsætter sin endelige stillingtagen i sagen, indtil der foreligger en afklaring med F-forsikringssselskab omkring mulighederne for afdækning af en fremtidig pristalsregulering af pensionsudbetalinger på grundlag af de individuelle depoter, foretagne bonusudjævningshensættelser m.v."

Herefter traf Finanstilsynet den påklagede afgørelse af 3. oktober 2000, der lyder således:

"Under henvisning til tidligere korrespondance, senest Deres skrivelse af 15. september 2000, vedrørende eventuel manglende forsikringsmæssig afdækning af reguleringer i K's pensionsordning, skal Finanstilsynet meddele følgende:

I skrivelse af 15. september 2000 anmoder De om, at "...Finanstilsynet udsætter sin endelige stillingtagen i sagen, indtil der foreligger en afklaring med F-forsikringssselskab omkring mulighederne for afdækning af en fremtidig pristalsregulering af pensionsudbetalinger på grundlag af de individuelle depoter, foretagne bonusudjævningshensættelser m.v.". Når henses til at tilsynet i skrivelse af 31. maj 2000 meddelte K, hvorledes tilsynet på det foreliggende grundlag agtede at afgøre sagen, og når henses til at K ikke i den mellemliggende tid er fremkommet med nye oplysninger i sagen, finder Finanstilsynet ikke grundlag for at udsætte afgørelsen i sagen yderligere.

Finanstilsynet finder således på det foreliggende grundlag, at såvel de allerede foretagne som de fremtidige reguleringer af pensionerne til pensionerede medarbejdere, der er pensioneret inden 3. juni 1999, er omfattet af § 1, stk. 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser. De fremtidige reguleringer for medarbejdere pensioneret inden 3. juni 1999 skal derfor afdækkes i et forsikringssselskab eller en pensionskasse, der har koncession hertil.

Finanstilsynet skal for en god ordens skyld tilføje, at hvis reguleringerne for så vidt angår medarbejdere pensioneret før 3. juni 1999 var blevet korrekt forsikringsmæssigt afdækket, så ville K's anvendelse pr. 3. juni 1999 af adgangen i pensionsregulativet til at tage ordningen op til revision med sikkerhed ikke kunne få virkning for de forventede fremtidige reguleringer af pensionerne, da der ville have været afdækket svarende hertil.

Finanstilsynet har ved sin vurdering lagt vægt på følgende:

- Formuleringen i pensionsregulativet under afsnittet *"Pensionsudbetalinger og skatteregler"*: *"...Ved udbetaling af pensioner vil virksomheden tilsigte en årlig regulering, som giver værdifaste pensioner. I det omfang bonus overstiger denne regulering tilfalder den virksomheden"*.
- Pensionerne er hvert år indtil 3. juni 1999 blevet reguleret.

På denne baggrund pålægger Finanstilsynet K omgående i overensstemmelse med § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser at iværksætte afdækning af de omhandlende pensionstilsagn.

...

Det skal endelig understreges, at Finanstilsynet ikke har taget stilling til, hvorvidt K med baggrund i Pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse kan anvende den generelle adgang i pensionsregulativet til at tage ordningen op til revision. Dette spørgsmål henhører efter Finanstilsynets opfattelse under Domstolene. Finanstilsynet er således ikke enig i Deres bemærkning i skrivelse af 15. september 2000 (3. afsnit, side 1) om, "...at Finanstilsynet er enig i, at der ikke skal ske pristalsregulering af pensioner for ansatte, der er pensioneret efter 3. juni 1999."

I forbindelse med gennemlæsningen af bestemmelserne i pensionsregulativet blev Finanstilsynet opmærksom på bestemmelsen vedrørende *"Fratrædelse"*, som lyder: *"Ved fratrædelse skal policen have en værdi svarende til den forholdsmæssige pensionsanciennitet, medarbejderen nåede at optjene. Hvis policen ikke har opnået denne værdi, indbetaler virksomheden kapitalindskud, som sikrer opfyldelse af denne målsætning."*

Finanstilsynet skal i denne forbindelse præcisere, at hvis der opstår forskelle mellem den enkelte medarbejders polices værdi og værdien af medarbejderens forholdsmæssige optjente pensionsanciennitet, skal der ske forsikringsmæssig afdækning af denne forskel på tidspunktet for forskellens opståen og ikke først på tidspunktet for den enkelte medarbejders eventuelle fratræden.

Finanstilsynet anser herefter for sit vedkommende sagen som afsluttet."

I klagen af 30. oktober 2000 har klageren anført:

”For Erhvervsankenævnet nedlægges følgende påstande:

1. a) Principalt:
Finanstilsynet tilpligtes at anerkende, at afgørelsen af 3. oktober 2000 er ugyldig.

b) Subsidiært:
Finanstilsynets afgørelse af 3. oktober 2000 tilsidesættes.
2. Klagen tillægges opsættende virkning indtil 8 uger efter at Erhvervsankenævnet har truffet afgørelse i sagen, subsidiært til et tidligere tidspunkt.

...

Til støtte for de nedlagte påstande gøres følgende gældende:

Påstand 1 a:

Finanstilsynets afgørelse af 3. oktober 2000 angiver at være truffet i medfør af § 1, stk. 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser (lovbekendtgørelse nr. 486 af 17. juni 1999).

Lovens §1, stk. 1 indeholder ikke beføjelse for Finanstilsynet til at træffe afgørelse i et tilfælde som det foreliggende.

For at lovens § 1 skal være anvendelig som hjemmel for Finanstilsynet, skal der enten foreligge en domstolsafgørelse angående K's forpligtelse, eller der skal være enighed mellem parterne om, at K har en forpligtelse. Ingen af disse situationer foreligger.

K har ikke bestridt, at det var sigtet at give de ansatte værdifaste pensioner, med forbehold for efterfølgende regulering, hvis lovgivningen eller samfundsudviklingen på afgørende vis ændrer forudsætninger herfor, jf. pensionsregulativet. Tilsagnet herom er imidlertid efter K's opfattelse overtaget af F i forbindelse med F's overtagelse af Pensionskassens aktiver og forpligtelser i november 1984, og der er ikke efter dette tidspunkt af K givet nye pensionstilsagn.

Efter K's opfattelse er der derfor ikke hjemmel for et pålæg fra Finanstilsynet i henhold til § 1, stk. 1 i lov om firmapensionskasser over for K, idet K's og Pensionskassens pensionstilsagn allerede i 1984 med Forsikringstilsynets godkendelse blev overført til og forsikringsmæssigt afdækket gennem F. Afgørelsen af 3. oktober 2000 er derfor ugyldig.

Dette er tillige baggrunden for, at K... bad Finanstilsynet om, at udsætte sin endelige stillingtagen i sagen, indtil der forelå en afklaring med F omkring F's muligheder for afdækning af en fremtidig pristalsregulering af pensionsudbetalinger på grundlag af de individuelle depoter, foretagne bonusudjævningshensættelser m.v. En anmodning Finanstilsynet ikke efterkom.

Hertil kommer, at afgørelsen af 3. oktober 2000 er ugyldig som følge af manglende sagsfremstilling, manglende begrundelse og manglende konkret angivelse af det grundlag på hvilket Finanstilsynet i givet fald mener, at afdækningen skal ske og på hvilke tidspunkter.

Påstand 1.b:

Det fastholdes, at Pensionsafkastbeskatningslovens vedtagelse har medført en betydelig stramning set i forhold til Realrenteafgiftsloven med et efter skat afkasttab for de pensionsmidler i F, som tilhører K's pensionerede medarbejdere, og at dette forhold, som følge af de tagne forbehold, herunder i pensionsregulativet, har berettiget til en revision af det i sin tid afgivne løfte (pensionstilsagn). Der henvises herom til det for Finanstilsynet allerede fremførte og de vedlagte bilag.

Det gøres i den forbindelse gældende, at Finanstilsynet som tilsynsmyndighed for pensionsløfter i givet fald er forpligtet til ligeledes at tage dette forhold i betragtning og således ikke kan nøjes med at henvise K til af få dette forhold afgjort ved Domstolene.

Påstand 2:

Som begrundelse for, at klagen bør tillægges opsættende virkning henviser jeg til det ovenfor under Påstand 1.a og Påstand 1.b anførte.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet udtalt den 20. november 2000:

"...

Vedrørende opsættende virkning skal Finanstilsynet udtale:

Finanstilsynet finder, at den indbragte anke kan tillægges opsættende virkning i forhold til tilsynets pålæg om forsikringsmæssig afdækning af reguleringerne. Tilsynet finder generelt, at der senest skal pålægges afdækningspligt, når Erhvervsankenævnets afgørelse foreligger herom, hvorfor Finanstilsynet er af den opfattelse, at anken ikke bør tillægges opsættende virkning helt indtil 8 uger efter Erhvervsankenævnets afgørelse foreligger.

Vedrørende de retlige omstændigheder skal Finanstilsynet meddele følgende:

Sagen vedrører Finanstilsynets vurdering af, om reguleringerne af pensioner under udbetaling i K's pensionsordning med F har karakter af pensionstilsagn, der er omfattet af § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser (FPL). Man 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 B-bank, ankenævnets j. nr. 89-16.872, hvor ankenævnet afgjorde, at de udbetalte ydelser var omfattet af den omtalte § 1 i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Ankenævnets afgørelse blev siden stadfæstet af Østre

Landsret (den 10. maj 1995) og Højesteret (den 26. juni 1997) i sagen B-bank mod Finanstilsynet.

Vedrørende de faktiske omstændigheder skal Finanstilsynet udtale følgende til ankens begrundelse:

K har anvendt adgangen i pensionsregulativet, *"Hvis lovgivningen eller samfundsudviklingen på afgørende vis ændrer forudsætningerne for tilsagnet kan ordningen blive taget op til revision..."* til at ændre på sin pensionsordning med medarbejderne. Ændringen går på, at pensioner under udbetaling alene vil blive opreguleret, hvis F's indtjening muliggør det.

Før ændringen havde pensionsregulativet følgende formulering af retten til regulering af pensioner under udbetaling: *"...Ved udbetaling af pensioner vil virksomheden tilsigte en årlig regulering, som giver værdifaste pensioner. I det omfang bonus overstiger denne regulering, tilfalder den virksomheden."*

K begrundet ændringen med skatteændringen på pensionsområdet, der populært kaldes "pinsepakken".

Spørgsmålet, som Finanstilsynet har betragtet i denne, er, om K's ændring af pensionsordningen også kan have virkning i forhold til medarbejdere pensioneret før ændringen af pensionsordningen, i den forstand at disse pensionerede medarbejders pensioner ikke skal reguleres i fremtiden?

Tilsynet har således ikke vurderet, om K med udgangspunkt i ovenstående klausul ensidigt og uden inddragelse af medarbejderen kan tage pensionsordningen op til revision, idet tilsynet finder, at dette er et domstolsanliggende, jf. særskilt udtalelse til påstand 1 b sidst i denne skrivelse.

Som det fremgår af tilsynets afgørelse finder tilsynet, at i hvert fald pensionerede medarbejdere, pensioneret inden 3. juni 1999, har en berettiget forventning om at deres pensioner bliver reguleret også i fremtiden, når henses til:

- Pensionsregulativets formulering: *"...Ved udbetaling af pensioner vil virksomheden tilsigte en årlig regulering, som giver værdifaste pensioner. I det omfang bonus overstiger denne regulering, tilfalder den virksomheden."*
- At pensionerne efter det oplyste af (navn på pensionist) i hvert fald er blevet reguleret hvert år i 25 år før 1986 og fra 1986 til 1999, dvs. uafbrudt i ca. 40 år.

Finanstilsynet finder, at kopien af aftalen mellem K og F, og som ikke er blevet tilsynet bekendt under tilsynets behandling af sagen, ligeledes understøtter Finanstilsynets afgørelse, da det af denne aftale fremgår, at:

- "2. ...Den opsamlede bonus anvendes 1. januar efter optjeningsåret til
 - a – forhøjelse af pensionerne; jf. paragraf 3
 - b – yderligere fondering af de allerede fastsatte pensioner

c – kontant udbetaling til K; jf. paragraf 4 og 5 .

3. *...kan de opgivne pensioner ikke udbetales på grundlag af depoterne for de af regulativet omfattende forsikrede og på grundlag af forsigtigt fastsatte forventninger om renter og inflation, indbetaler K et indskud til afdækning af det manglende depot.”*

Finanstilsynet finder det ikke af betydning for afgørelsen i sagen, at pensionsordningen i den tidligere pensionskasse var en tarifordning ..., da tilsynets afgørelse alene tager stilling til pensionisternes eventuelle berettigede forventninger til fortsat regulering af deres pensioner i henhold til indholdet i pensionsregulativet, Det er oplyst af K i ankeskrivelsen, at dette regulativ i det væsentligste svarer indholdsmæssigt til tidligere og senere udgaver af pensionsregulativet for K's pensionsordning, hvorfor en eventuel ret til regulering af pensionerne ikke har ændret sig uanset, at ordningen forsikringsteknisk har skiftet karakter fra en tarif- til en tilsagnsordning.

Det fremgår af K's anke, at pensionsregulativet efter K's opfattelse ikke er et udtryk for et særskilt pensionstiltag ud over det gennem F afdækkede. Hertil skal tilsynet bemærke, at en eventuel forkert foretaget afdækning af et pensionstilsagn ikke kan føre til, at pensionstilsagnet ikke længere er gyldigt. Det skal i denne forbindelse for god ordens skyld præciseres, at tilsynet ikke har taget stilling til, hvorvidt K's pensionsordning, som udtrykt i pensionsregulativet, er korrekt afdækket i F.

Særskilt udtalelse til påstand 1 a:

K gør gældende, at Finanstilsynet ikke har beføjelse til at vurdere, hvorvidt der foreligger en aftale om pension i et ansættelsesforhold, herunder beføjelse til at vurdere indholdet i en eventuel aftale, i henhold til § 1 i FPL. Hertil skal Finanstilsynet henviser til en tidligere sag, jf. ankenævnets j. nr. 91-43.753, hvori Ankenævnet udtalte: ”...Efter lov om firmapensionskasser § 65 fører Finanstilsynet tilsyn med, at loven overholdes. Som et led heri er tilsynet beføjelse til at tage stilling til, om en given ydelse er omfattet af loven, og om den eventuelt er ophørt som følge af lovlig opsigelse...”.

K gør gældende, at tilsagnet om sigtet mod værdifaste pensioner efter K's opfattelse er overtaget af i forbindelse med 's overtagelse af Pensionskassens aktiver og forpligtelser i november 1984. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at det har været og er K's ansvar i henhold til § 1 i FPL at sørge for forsikringsmæssig afdækning af de i pensionsregulativet afgivne pensionstilsagn, hvorfor et eventuelt pålæg i henhold til manglende overholdelse af § 1 skal ske overfor K. Hvorvidt K efterfølgende kan gøre gældende overfor F, at de fremtidige reguleringer af de aktuelle pensioner allerede burde være omfattet af K's nuværende bidrag til F, er efter Finanstilsynets opfattelse, denne sag uvedkommende.

Det er korrekt, at overdragelsen af pensionsordningen fra K's pensionskasse til F er blevet godkendt af Finanstilsynet – dengang Forsikringstilsynet – i henhold til de dagældende regler herfor. Finanstilsynets praksis – og tidligere Forsikringstilsynets praksis – ved godkendelse af overdragelse af

forsikringsbestande er, at godkendelsen gives under betingelse af, at der ikke refter forpligtelser i det afgivende selskab vedrørende bestanden. Finanstilsynet finder derfor, at det, at tilsynet har godkendt overdragelsen af bestanden ikke kan svække pensionerede medarbejderes eventuelle berettigede forventning til regulering af deres pensioner, hvis det nu viser sig, at tilsynets betingelse for overdragelsen af K's Pensionskasse til F om, at der ikke resterende forpligtelser i K's Pensionskasse ikke var opfyldt i 1984. Det skal ydermere understreges, at en eventuel betryggende afdækning i 1984 af en ret til regulering af pensionerne ikke nødvendigvis er betryggende i dag. Om det er F eller K, der eventuelt vil skulle betale for en eventuel manglende betryggelse afhænger af den konkrete aftale mellem K og F.

Det er korrekt, at K i skrivelse af 15. september 2000 overfor tilsynet udbad sig yderligere tid til at undersøge, hvorvidt den nuværende afdækning i F alligevel kunne sikre fortsat regulering af de aktuelle pensioner, uanset skrivelsen til K's pensionister af 3. juni 1999, hvori det blev meddelt, at *"...den årlige regulering af pensionerne pr. 1. januar kun vil blive foretaget i det omfang F's indtjening muliggør dette [...] En eventuel regulering af pensionerne pr. 1. januar 2000 vil vi komme tilbage til, når F's forrentning af pensionsdepotet kan opgøres senere på året..."*, og uanset at F i skrivelse af 30. november 1999 til pensionisterne ... meddeler at: *...På grund af det lave renteniveau vil der i det kommende år desværre ikke være mulighed for at forhøje pensionen."* Da Finanstilsynet ikke finder det af betydning for afgørelsen, hvorvidt F eller K hæfter for udgiften til den fremtidige regulering af de nuværende pensionisters pensioner på baggrund af aftalen mellem K og F, og da K allerede havde haft tid fra 31. maj 2000 til 15. september 2000 til at undersøge dette spørgsmål, fandt tilsynet ikke grundlag for at udsætte afgørelsen i sagen yderligere, som det også fremgår af afgørelsen af 3. oktober 2000.

På baggrund af ovenstående gennemgang finder Finanstilsynet ikke, at der kan være tale om manglende sagsfremstilling. Herudover finder Finanstilsynet, at der i afgørelsesskrivelsen af 3. oktober 2000 er anført, på hvilket faktisk grundlag Finanstilsynet har truffet afgørelsen, hvorfor tilsynet heller ikke er enig med K i, at afgørelsen er manglende begrundet. Endelig finder Finanstilsynet ikke, at tilsynet i forbindelse med afklaring af et spørgsmål vedrørende § 1 i FPL samtidig er forpligtet til overfor arbejdsgiver at angive, på hvilket grundlag tilsynet anser, at afdækningen skal ske og på hvilke tidspunkter. Dette er alene virksomhedens ansvar. Livsforsikringsselskaber, rådgivere o.lign. i den finansielle sektor vil her være i stand til at rådgive virksomheden i påkommende tilfælde.

Særskilt udtalelse til påstand 1 b

Finanstilsynet fastholder sit standpunkt om, at hvorvidt K med udgangspunkt i den generelle klausul i pensionsregulativet,

"Hvis lovgivningen eller samfundsudviklingen på afgørende vis ændrer forudsætningerne for tilsagnet kan ordningen blive taget op til revision..."

ensidigt og uden inddragelse af medarbejderne kan tage ordningen op til revision, er et domstolsanliggende. Dette begrundes i, at det falder udenfor

tilsynets kompetence, at vurdere om forudsætningerne i ovennævnte klausul er opfyldt.

Spørgsmålet, som Finanstilsynet har betragtet i denne sag, er således som nævnt ovenfor ..., om K's ændring af pensionsordningen også kan have virkning i forhold til medarbejdere pensioneret før ændringen af pensionsordningen, i den forstand at disse pensionerede medarbejders pensioner ikke skal reguleres i fremtiden?"

Klageren, der er gjort bekendt med Finanstilsynets udtalelse, har ikke fremsat yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 65 lov om tilsyn med firmapensionskasser påser Finanstilsynet lovens overholdelse, herunder at afgivne 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 et løfte om pension i tilfælde af 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 pådraget sig en forpligtelse til udbetaling af pensionsydelse efter hidtil anvendte principper, må det imidlertid antages, at arbejdsgiveren er forpligtet til at afdække eventualforpligtelsen, indtil der er truffet bindende afgørelse.

Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der in casu foreligger et løfte fra klageren om at dyrtidsregulere pensionerne, lægger ankenævnet til grund, hvilket ikke er bestridt af klageren, at de udbetalte pensioner har været dyrtidsreguleret uafbrudt i over 40 år også efter ordningens overførsel til F, og at reguleringen først er ophørt pr. 1. januar 2000, efter at klageren den 3. juni 1999 havde meddelt pensionisterne om ophøret.

Ankenævnet finder, uanset at klagerens pensionsregulativ alene omtaler, at der tilsigtes værdifaste pensioner, at der som følge af den mangeårige regulering er skabt

en forventning om fortsat regulering i hvert fald hos de pensionister, der er gået på pension før 3. juni 1999. Efter ankenævnets opfattelse kan denne regulering ikke ensidigt bringes til ophør af klageren med henvisning til pensionsregulativets bestemmelse om, at ordningen kan tages op til revision, hvis lovgivningen på afgørende vis ændrer forudsætningerne for tilsagnet. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at dyrtidsreguleringerne for disse pensionister skal afdækkes forsikringsmæssigt, jf. § 1, stk. 1, i lov om tilsyn med firmapensionskasser. Der er således efter ankenævnets opfattelse ikke grundlag for at anse Finanstilsynets afgørelse om afdækning for ugyldig.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvem, klageren eller F-forsikringsselskab, der endeligt skal afholde omkostningerne til afdækningen, kan ankenævnet tiltræde, at dette spørgsmål i tilfælde af uenighed henhører under domstolene.

Erhvervsankenævnet stadfæster derfor Finanstilsynets afgørelse af 3. oktober 2000, idet bemærkes, at der alene er hjemmel for ankenævnet til at give klagen opsættende virkning, sålænge klagesagen har verseret for nævnet, jf. § 6 i lov om Erhvervsankenævnet, lov nr. 858 af 23. december 1987 med senere ændringer.

4.7. Lov om aktie- og anpartsselskaber

16) Kendelse af 21. januar 2002. 01-165.985.

Direktion for selskab under stiftelse kunne underskrive fusionsplan.

Anpartsselskabslovens § 12.

(Lise Høgh, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 13. juli 2001 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 5. juli 2001 har nægtet at offentliggøre en fusionsplan med henvisning til, at direktionen for det ophørende selskab, der ikke var registreret på tidspunktet for fusionsplanens underskrivelse, ikke har kunnet underskrive fusionsplanen, jf. § 12 i lov om anpartsselskaber.

Sagens omstændigheder:

Om sagens faktiske omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en udtalelse om sagen af 13. september 2001 oplyst:

”...

Sagens faktiske omstændigheder:

Den 4. juli 2001 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en plan for fusion mellem K1 ApS og K2 ApS under stiftelse, med K1 ApS som det fortsættende selskab og K2 ApS under stiftelse som det ophørende selskab. Fusionsplanen, som var underskrevet den 27. juni 2001, var bilagt fusionsredegørelse, fælles regnskabsopstilling, vurderingsmændenes erklæring samt udkast til vedtægter for det fortsættende selskab. Den påtænkte fusion skulle ifølge fusionsplanen have virkning fra den 1. januar 2001.

Anmodning om registrering af det ophørende selskab, K2 ApS under stiftelse, var indsendt til styrelsen den 20. juni 2001. Selskabet blev registreret den 16. juli 2001 med virkning fra 1. januar 2001. Registreringen fandt således sted *efter* fusionsplanens underskrivelse den 27. juni 2001. Ved brev af 5. juli 2001 nægtede styrelsen derfor at offentliggøre fusionsplanen m.v.

Styrelsen fastholder den truffne afgørelse, da der ikke er hjemmel i selskabslovgivningen til, at en bestyrelse for et selskab under stiftelse med bindende virkning kan underskrive en fusionsplan.

...”

I klagen til ankenævnet har klageren anført:

”...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har telefonisk oplyst, at behandlingen af anmodningen om registrering af K2 under stiftelse vil blive behandlet i uge 29 og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil derfor godt kunne nå at offentliggøre modtagelsen af fusionsplanen inden den i Aktieselskabsloven anførte frist.

Anmodningen om registrering af K2 ApS under stiftelse er indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 20/6 2001, og da sagsbehandlingstiden under normale omstændigheder alene er få dage, burde registreringen have foreligget på tidspunktet for fusionsplanens underskrivelse den 27/6 2001.

Endvidere kan det ikke anses for udelukket, at bestyrelsen for et selskab under stiftelse kan underskrive en fusionsplan som sket, når selskabet er anmeldt til registrering og når registreringen efterfølgende finder sted således, at de øvrige frister i Aktieselskabsloven kan overholdes.

...”

Om sagens retlige omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyst i udtalelsen af 13. september 2001:

”...

Ved en fusion opløses det ophørende selskab uden likvidation ved overdragelse af selskabets aktiver og gæld som helhed til et andet anpartsselskab eller aktieselskab (”universalsuccession”), jf. anpartsselskabslovens § 65, som i øvrigt henviser til bestemmelserne om fusion i aktieselskabslovens kapitel 15. Fusionsreglerne har derfor navnlig til formål at beskytte kreditorernes retsstilling.

Forinden der træffes beslutning om at gennemføre en fusion, skal bestyrelserne i de fusionerede selskaber i forening oprette og underskrive en fusionsplan, jf. aktieselskabsloven § 134 a. Fusionsplanen er en aftale mellem parterne, som bindende fastlægger vilkårene for fusionen, såfremt det efterfølgende besluttes at gennemføre denne.

Fusionsplanen skal indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til offentliggørelse, så den er modtaget i styrelsen senest 4 uger efter fusionsplanens underskrivelse, jf. aktieselskabslovens § 134 d. Beslutning om fusionens gennemførelse må tidligst træffes 4 uger efter styrelsens offentliggørelse af fusionsplanen og den i § 134, stk. 4, omhandlende erklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen. Besluttes det at gennemføre fusionen, kan dette ske med tilbagevirkende kraft i indtil 6 måneder forud for fusionsplanens underskrivelse, jf. § 134 b, stk. 2.

I den foreliggende sag er det ophørende selskab som nævnt et selskab under stiftelse, som ikke er registreret på tidspunktet for fusionsplanens underskrivelse. Selskabet kan derfor ikke som sådant erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser, jf. anpartsselskabslovens § 12, stk. 1. Bestemmelsen er udtryk for det princip, at et selskab ikke kan anses for stiftet, før det er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Selskabet får således først retsevne ved registreringen.

Bestemmelsen i § 12, stk. 1, modificeres af stk. 2, som fastsætter, at for en forpligtelse, der før registreringen indgås på selskabets vegne, hæfter de, som har indgået forpligtelsen eller har medansvar herfor, solidarisk. Ved registreringen overtager selskabet de forpligtelser, som følger af stiftelsesdokumentet eller er pådraget selskabet efter underskrivelsen af stiftelsesdokumentet. Bestemmelsen forudsætter således, at forpligtelsen er af en sådan art, at den kan opfyldes af de pågældende *alene*, jf. princippet om solidarisk hæftelse. Bestemmelsen indeholder derfor ikke hjemmel til, at bestyrelsen for et selskab under stiftelse med bindende virkning kan underskrive en fusionsplan.

I den foreliggende sag er det derfor uden betydning for fusionsplanens gyldighed, at det ophørende selskab *er* anmeldt til registrering på tidspunktet for fusionsplanens underskrivelse og rent faktisk bliver registreret efterfølgende. Som nævnt er det afgørende, at selskabet er registreret på tidspunktet for fusionsplanens underskrivelse, hvilket ikke er tilfældet her. Denne mangel kan ikke efterfølgende afhjælpes af de grunde, som er anført ovenfor.

....

På den baggrund fastholder styrelsen afgørelsen..."

Klageren, der er gjort bekendt med udtalelsen, har herefter den 11. oktober 2001 bemærket:

"...

For så vidt angår de retlige omstændigheder er jeg ... ikke enig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der i redegørelsen anfører, at der ikke er hjemmel i selskabslovgivningen til, at et selskab under stiftelse kan underskrive en fusionsplan.

Ifølge retspraksis anlægges, der ikke en indskrænkende fortolkning af anpartsselskabslovens § 12 stk. 2. Ifølge bestemmelsen hæfter de, der har indgået forpligtelsen på vegne et selskab under stiftelse, solidarisk for forpligtelsen, og der ses ikke at være noget til hinder for, at bestemmelsen ikke også skulle omfatte underskrivelsen af en fusionsplan.

I den aktuelle sag har direktionen for K2 ApS under stiftelse underskrevet fusionsplanen, og dermed påtaget sig at hæfte for denne forpligtelse. Hvis det senere havde vist sig, at selskabet ikke blev registreret således, at fusionen kunne gennemføres, hæftede direktionen således solidarisk i medfør til anpartsselskabslovens § 12, stk. 2 for det eller de eventuelle tab, som den underskrevne fusionsplan måtte have påført selskabets kreditorer; der ses således ikke at være nogen reel forskel på den aktuelle sag og andre tilfælde, hvor et selskab under stiftelse indgår aftaler, som det senere viser sig ikke kan opfyldes, fordi selskabet ikke bliver registreret.

..."

Ankenævnet udtaler:

Af aktieselskabslovens § 134 e, stk. 4, 2. punktum fremgår, at såfremt "fusionen ikke (vedtages) i overensstemmelse med den bekendtgjorte fusionsplan, anses forslaget som bortfaldet". En fusionsplan er således et forslag til en aftale, der først bliver

bindende, når og hvis de fusionerende selskabers respektive kompetente organer vedtager aftalen, jf. aktieselskabslovens § 134 e, stk. 1 og 2.

På tidspunktet for en fusionsplans underskrivelse erhverver de involverede selskaber derfor ingen rettigheder eller indgår nogen forpligtelser, jf. § 12, stk. 1, i lov om anpartsselskaber og § 12, stk. 1, i lov om aktieselskaber.

Anpartsselskabslovens § 12, stk. 1, har derfor ikke været til hinder for, at fusionsplanen har kunnet underskrives af direktionen for K2 ApS under stiftelse.

Som følge heraf ophæves Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 5. juli 2001, og sagen hjemvises til fornyet behandling.

17) Kendelse af 13. maj 2002. 01-176.403.

Værdiforringelser af aktiver i perioden fra spaltningdagen til datoen for den besluttende generalforsamling ikke til hinder for registrering af spaltning.

Aktieselskabslovens § 136.

(Lise Høgh, Finn Møller Kristensen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har på vegne af K A/S ved skrivelse af 17. august 2001 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 27. juli 2001 har nægtet at registrere spaltningen af K A/S til to nystiftede selskaber, K1 A/S og K2 A/S, med henvisning til, at kravet i aktieselskabslovens § 136, stk. 2, jf. § 6 a, stk. 1, nr. 4, hvorefter vurderingsberetningen skal indeholde en erklæring om, at den ansatte værdi af de overtagne aktiver og passiver mindst skal svare til det aftalte vederlag, ikke var opfyldt for K2 A/S.

Sagens omstændigheder:

I en udtalelse om sagen af 24. september 2001 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

"Den 29. marts 2001 fremsendte advokat A en spaltlingsplan med diverse bilag, herunder spaltlingsredegørelse vedhæftet fælles regnskabsopstilling og vurderingsmandens udtalelse vedr. spaltningen af K A/S, CVR-NR. ... til 2 nye selskaber K1 A/S og K2 A/S, med anmodning om, at styrelsen skulle offentliggøre modtagelsen af materialet.

Styrelsen bekendtgjorde den 3. april 2001 modtagelsen af spaltlingsplanen og vurderingsmandserklæringerne i henhold til aktieselskabslovens § 134 c, stk. 4, jf. § 136, stk. 2.

Det fremgik af den indsendte spaltlingsplan, at det spaltede selskab K A/S, skulle ophøre ved spaltningen, idet samtlige aktiver og passiver skulle indskydes i 2 nystiftede selskaber. I det nystiftede selskab K1 A/S bestod indskuddet ifølge planen og de medfølgende dokumenter af produktionsvirksomheden, hvilket ville give det nye K1 A/S en egenkapital på 20.081.221 kr. Vederlæggelsen herfor til aktionæren i det spaltede selskab ville bestå af nominelt 2.500.000 kr. aktier til kurs 803,25. I K2 A/S, ville der blive indskudt kontanter, og egenkapitalen her ville udgøre 18.000.000 kr. Vederlæggelsen ville bestå af nominelt 500.000 kr. aktier til kurs 3.600.

Den 14. juni 2001 blev generalforsamling afholdt i det spaltede selskab og de 2 nystiftede selskaber, hvor spaltningen besluttes gennemført.

Indskuddet i det nystiftede selskab K1 A/S besluttedes i overensstemmelse med det i planen vedtagne. I K2 A/S derimod afgav vurderingsmanden den 11. juni 2001 følgende vurderingsberetning:

"Jeg skal i henhold til aktieselskabslovens § 6 a erklære, at den ansatte værdi af de overtagne aktiver og passiver på vurderingstidspunktet er ca. 980.000 kr. mindre end det aftalte vederlag, herunder den pålydende værdi af de aktier, der skal udstedes med tillæg af overkurs. Dette skyldes, at de pr. 1. januar 2001 indskudte likvider efterfølgende er investeret i aktier, som er blevet ramt af kursfald."

I brev af 27. juli 2001 registreringsnægtede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på baggrund af vurderingsberetningen, anmeldelserne med den begrundelse, at spaltningen ikke var gennemført i overensstemmelse med den til styrelsen indsendte spaltlingsplan og de samtidig hermed modtagne dokumenter.

Styrelsen anførte samtidig i brevet, at hvis en ny generalforsamling ville beslutte gennemførelse af spaltningen, skulle det ske i overensstemmelse med den offentliggjorte plan og de dertil hørende dokumenter.

..."

I klagen af 17. august 2001 har klageren anført:

"På vegne K A/S (det spaltede selskab) samt K1 A/S under stiftelse og K2 A/S under stiftelse (de modtagende selskaber) klages der herved til

Erhvervsankenævnet over Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning af 27. juli 2001...

Ved afgørelsen har styrelsen besluttet, at anmeldelserne om spaltningens gennemførelse ikke kan registreres. Årsagen er, at værdien af overtagne aktiver og passiver hos et af de modtagende selskaber (K2 A/S) på vurderingstidspunktet er ca. 980.000 kr. mindre end det aftalte vederlag, idet dette modtagende selskab efter spaltningens dato den 1. januar 2001 har købt børsnoterede værdipapirer for de modtagne aktiver (ca. 18 mio. kr.), og på vurderingstidspunktet er der en - sandsynligvis midlertidig - værdinedgang på de pågældende aktier.

Under nærværende klagesag nedlægger jeg på selskabernes vegne påstand om, at det pålægges styrelsen at antage de modtagne dokumenter i form af spaltningsplanen og stiftelsesdokumenter for de to modtagende selskaber til registrering.

Jeg gør under klagesagen gældende, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fortolker spaltningsreglerne forkert. Hvis styrelsens fortolkning mod forventning stadfæstes af ankenævnet, vil dette betyde, at mange spaltninger reelt ikke kan gennemføres, hvilket er klart i strid med intentionerne bag spaltningsreglerne i aktieselskabslovens § 136 og det bagved denne lovbestemmelse liggende, optionelle direktiv (6. selskabsdirektiv, spaltningsdirektivet).

Styrelsen har efter klagerens opfattelse overset de fire helt centrale ord i § 136, stk. 2: "... med de nødvendige tilpasninger".

Det hedder som bekendt i § 136, stk. 2: "§§ 6a-6c, 33, stk. 1, og 134-134i gælder *med de nødvendige tilpasninger* for spaltninger" [min fremhævelse].

Der er gode grunde til disse fire ord i § 136, stk. 2. Spaltningsreglerne er som bekendt opbygget med fusionsreglerne som forbillede, idet spaltningen reelt er en fusionsvariant (eller man kunne sige: en omvendt fusion). Derfor er det logisk, at spaltningsreglerne henviser til fusionsreglerne, og spaltningsdirektivet ses da også i det hele at være opbygget med fusionsdirektivet som skabelon.

I nærværende sag er anvendt den spaltningens metode, der består i spaltning til nystiftede selskaber, dvs. den metode, som er omhandlet i spaltningsdirektivets kapitel II, bestående af direktivets artikel 21-22.

Det fremgår af direktivbestemmelserne, jf. artikel 22, stk. 4, at når der sker spaltning til nystiftede selskaber, genanvendes reglerne i 2. selskabsdirektiv (kapitaldirektivet) artikel 10 om apportindskud. Dette er da også helt logisk - men sammenholder man kapitaldirektivets artikel 10 med reglerne i aktieselskabslovens §§ 6a-c, vil man kunne konstatere, at Danmark har "strammet" kravene i kapitaldirektivets artikel 10 gennem "ikke-forringelsesreglen" i § 6a, stk. 3 (hvorefter vurderingen som bekendt skal "være foretaget umiddelbart inden den konstituerende generalforsamling").

Denne regel, som altså betegner en vis skærpelse i dansk lovgivning i forhold til kravene i kapitaldirektivets artikel 10, er for så vidt ganske naturlig i den rendyrkede stiftelsessituation, men hvis reglen håndhæves ganske tilsvarende i spaltningssituationen, vil adskillige spaltninger reelt blive umuliggjort. Spaltningssplanen (som jo nøje skal koordineres med de skatteretlige regler og herunder også ansøgningen til ligningsrådet om skattefri spaltning) udarbejdes på et tidligt stadium i sagen, og gennem spaltningssplanen lægges spaltningssvilkårene fast i alle detaljer. Stiftelsesdokumenterne for de modtagende selskaber er alene en udmøntning heraf, og man må ganske enkelt acceptere muligheden for, at der efter den 1. januar opstår værdistigning hos et eller flere af de modtagende selskaber, og at der tilsvarende kan opstå værdinedgang hos et eller flere af de modtagende selskaber. Herved har spaltningen jo meget stærke lighedstræk med fusion - hvilket i det hele er meningen med reglerne. Kreditorerne bliver ikke herved stillet ringere, idet der jo kan henvises til den gensidige hæftelse hos de modtagende selskaber for kreditor krav, der bestod på spaltningstidspunktet.

Hvis spaltningssreglerne ikke - i strid med intentionerne ved gennemførelsen af spaltningssdirektivet i dansk ret - skal blive gjort illusoriske i adskillige tilfælde (idet man ikke med rimelighed kan forlange, at de modtagende selskaber skal undlade at fortsætte deres drift, indtil stiftelsesdokumenterne er registreret), er det derfor nødvendigt at se bort fra § 6a, stk. 3, naturligvis bortset fra egentlige omgældes tilfælde.

Der er klar hjemmel til en sådan bortseen i selve spaltningssparagraffen, jf. de fire helt centrale ord i § 136, stk. 2:" med de nødvendige tilpasninger".

Det er klagerens opfattelse, at man, da spaltningssreglerne blev gennemført, ikke i tilstrækkelig grad fik gennemtænkt de fulde konsekvenser af den blanke henvisning til apportindskudsreglerne ved stiftelse (og ved kapitalforhøjelse), men at lovgivningsmagten dog har "reddet sig" i kraft af de centrale fire ord: "... med de nødvendige tilpasninger".

Spørgsmålet ses ikke drøftet i betænkning nr. 1229 fra 1992, side 61-72 eller side 164-168, hvor spaltning omtales, og den nuværende § 136 foreslås.

Derimod ses spørgsmålet - hvilket er af største betydning i nærværende sammenhæng - forudset allerede ved gennemførelsen af kapitaldirektivet (2. selskabsdirektiv) i dansk ret. Det hedder nemlig i Folketingstidende 1981-82, 2. samling, tillæg A, spalte 2860-2861: "Bestemmelsens formål er dog alene at sikre, at vurderingsberetningen kan danne forsvarligt grundlag for stiftelsesbeslutningen på den konstituerende generalforsamling, og en tæt tidsmæssig forbindelse mellem vurderingen af særlige, værdifaste aktiver og denne generalforsamling vil derfor ikke i alle tilfælde være afgørende".

I denne motivudtalelse, som altså vedrører selve apportindskudsreglerne og det opstrammede danske krav om ikke-forringelseserklæring, ligger der en hjemmel til, at § 6a, stk. 3, ikke må håndhæves så rigoristisk, som Erhvervs- og

Selskabsstyrelsen synes at ville gøre - og efter at spaltningsreglerne er kommet til, må dette synspunkt gælde med ekstra styrke.

Det vil endvidere være i strid med selve spaltningsdirektivet, såfremt en værdiændring, der konstateres umiddelbart før den stiftende generalforsamling i et af de modtagende selskaber, skulle kunne bremse hele spaltningen ud fra en rent dansk regel. Det fremgår nemlig af spaltningsdirektivets artikel 7, stk. 3 (hvortil der henvises i artikel 22, stk. 1, om spaltning ved stiftelse af nye selskaber), at væsentlige værdiændringer ganske vist skal oplyses over for selskabernes generalforsamlinger (underforstået: så deres beslutningsgrundlag er fyldestgørende), men forudsætningsvis fremgår det af direktivbestemmelsen, at spaltningen ikke skal kunne bremses af en sådan værdiændring.

Direktivets artikel 7, stk. 3, er sålydende:

"Ledelses- eller administrationsorganerne i det spaltede selskab skal underrette generalforsamlingen i det spaltede selskab samt de modtagende selskabers ledelses- eller administrationsorganer, for at disse kan underrette selskabernes generalforsamling, om alle væsentlige ændringer i aktiverne eller passiverne, der er indtrådt mellem dagen for udarbejdelsen af spaltningsplanen og dagen for den generalforsamling i det spaltede selskab, der skal træffe bestemmelse om spaltningsplanen."

Af denne centrale bestemmelse fremgår det således, at værdiændringer skal *oplyses*, men at sådanne ændringer ikke kan *bremse* spaltningen - og Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administration af spaltningsreglerne i kombination med stiftelsesreglerne er i modstrid hermed."

I den ovenfor nævnte udtalelse af 24. september 2001 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

"Sagens retlige omstændigheder

Efter klagers opfattelse skulle styrelsen have overset ordene i aktieselskabslovens § 136, stk. 2, om at bestemmelserne i aktieselskabslovens §§ 6 a – 6 c, § 33, stk. 1, og §§ 134 – 134 i, gælder **med de nødvendige tilpasninger for spaltninger**.

Med de nødvendige tilpasninger for spaltninger mener klager, at kravet i aktieselskabslovens § 6 a, stk. 3, hvorefter vurderingen af de indskudte aktiver skal være sket **umiddelbart** inden den konstituerende generalforsamling, kun gælder ved almindelige stiftelser, hvor kravet efter klagers opfattelse giver god mening, men ikke ved stiftelser ved spaltning.

Klager anfører som begrundelse herfor, at spaltningsplanen, hvor vilkårene for spaltningen lægges fast, udarbejdes på et tidligt tidspunkt i spaltningen. Stiftelsesdokumenterne for de modtagende selskaber er alene en udmøntning heraf, og man bør acceptere muligheden for, at der efter opgørelsesdagen for

den fælles regnskabsopstilling, kan ske forandringer i selskaberne i både positiv og negativ retning.

Efter klagers opfattelse vil styrelsens rigoristiske tolkning af bestemmelsen i aktieselskabslovens § 6 a, stk. 3, medføre, at mange spaltninger ikke kan blive gennemført.

Til klagers synspunkter skal styrelsen bemærke følgende:

Ad: Med de nødvendige tilpasninger

Til klagers bemærkninger om, at mange spaltninger skulle blive umuliggjort af reglerne om vurdering umiddelbart før beslutningen om spaltning, skal styrelsen anføre, at der ikke har været offentliggjort spaltningssplaner, der er blevet nægtet gennemført på grund af for gamle vurderingsberetninger. Har vurderingsberetninger været for gamle, er det styrelsens praksis at anmode om at få forholdet berigtiget.

Klager anfører, at der bør sondres i tidsperspektivet mellem en "almindelig" stiftelse, og det længere tidsforløb fra spaltningssplan til gennemførelse af spaltningen. Denne tidsforskel burde føre til, at styrelsen ikke kan stille krav om en vurderingsberetning udarbejdet "umiddelbart" før beslutningen om gennemførelse af spaltningen, idet vurderingsreglerne i aktieselskabslovens §§ 6 a - 6 c gælder for spaltninger med de nødvendige tilpasninger. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forstår klagers synspunkt således, at styrelsen ved spaltning skal godtage en vurderingsberetning, selv om økonomien i et af de nystiftede selskaber afviger i negativ retning fra det i spaltningssplanen besluttede, blot der redegøres for forholdene i beretningen.

Styrelsen har erfaring for, at såvel ved "almindelige" stiftelser som ved stiftelser ved spaltning, kan der gå relativ lang tid mellem udarbejdelse af vurderingsberetningen og beslutningen om henholdsvis stiftelsen og spaltningens gennemførelse.

Ved stiftelse af et aktieselskab, hvor der overtages værdier i henhold til aktieselskabslovens § 6, stk. 1, nr. 1 eller 2, skal der således udarbejdes en vurderingsberetning, der skal vedhæftes stiftelsesdokumentet, jf. aktieselskabslovens § 6 a, stk. 1. Den konstituerende generalforsamling, hvor beslutning om stiftelsen skal træffes, jf. aktieselskabslovens § 9, skal afholdes så betids, at stiftelsen kan anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 6 måneder efter stiftelsesdokumentets underskrift. Hvis der overtages en igangværende virksomhed, kan det ske med tilbagevirkende kraft, dvs. på grundlag af en åbningsbalance på et tidligere tidspunkt end stiftelsesdatoen, efter styrelsens praksis op til 18 måneder forud for stiftelsen.

Ved spaltning af et selskab, må datoen for den fælles regnskabsopstilling ikke ligge mere end 6 måneder forud for spaltningssplanens underskrivelse, jf. aktieselskabslovens § 134 b, stk. 2, sidste punktum. Hvis der går så lang tid mellem datoen for den fælles regnskabsopstilling og gennemførelsen af spaltningen, at der er udarbejdet et nyt lovpligtigt regnskab for det planlagte spaltede selskab, kan spaltningen efter styrelsens praksis ikke gennemføres,

idet de sammen med spaltningens plan offentliggjorte oplysninger i den situation er blevet uaktuelle. Dvs., at der i praksis kan gå op til 1-1½ år fra opgørelsesdagen til spaltningens gennemførelse.

Der er således efter styrelsens opfattelse så store tidsmæssige lighedspunkter mellem vurderingen ved en "almindelig" stiftelse og ved en stiftelse ved spaltning, at der ikke er reel grund til, at kravene til vurderingsberetningen i de to tilfælde skulle være forskellige.

Ordene "med de nødvendige tilpasninger for spaltninger" er efter styrelsens opfattelse alene indsat i loven på grund af den valgte implementeringsmåde af spaltningens reglerne i dansk ret med en henvisning til fusionsreglerne i aktieselskabslovens kap. 15, §§ 134-134k er en implementering af reglerne i EF's 3. selskabsretsdirektiv 78/855/EØF (fusionsdirektivet).

Ved implementeringen af spaltningens reglerne i EF's 6. selskabsretsdirektiv 82/891/EØF (spaltningens direktiv) valgte man i dansk ret at indsætte en enkelt bestemmelse, aktieselskabslovens § 136, der i stk. 2, henviser til, at reglerne i aktieselskabslovens §§ 6 a - 6 c, 33, stk. 1 og 134 - 134 i gælder med de nødvendige tilpasninger for spaltninger.

Valget af metode til implementering af direktivet anføres i Industriministeriets betænkning nr. 1229/1992, s. 72. Her angives imidlertid ikke en særskilt begrundelse for ikke at indføre et selvstændigt og udbygget regelsæt for spaltning.

"Med de nødvendige tilpasninger for spaltninger" betyder efter styrelsens opfattelse, at de regler, der gælder for spaltninger i 6. selskabsretsdirektiv finder anvendelse på spaltninger, selv om de ikke er indsat i aktieselskabslovens § 136 og ikke er gældende for fusioner. Som eksempel kan nævnes de særlige krav til spaltningens plan i direktivets art. 3, regler der skal være opfyldt i en spaltningens plan, men som ikke gælder for fusionsplaner.

Der er derimod ikke i spaltningens direktiv nogen lempelser i forhold til fusions- eller kapitaldirektivet (3. henholdsvis 2. selskabsretsdirektiv) for så vidt angår vurderingen af indskud i de nystiftede eller fortsættende selskaber. Efter styrelsens opfattelse skal vurderingsberetning således altid udarbejdes såvel ved stiftelse af et selskab ved spaltning som ved kapitalforhøjelse ved spaltningen.

Ad: Spaltningen skal gennemføres som besluttet i planen:

Det fastslås i spaltningens direktiv, at den beskyttelse af selskabsdeltagernes og tredjemands interesser, der blev indført ved fusionsdirektivet også skal gælde ved spaltninger. Spaltningens gennemførelse skal derfor, efter styrelsens opfattelse, ske i overensstemmelse med planen. Modtagelsen af spaltningens plan og de dertil hørende dokumenter offentliggøres i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens edb-informationssystem for at aktionærer, kreditorer og tredjemænd informeres om de vilkår, der er gældende for spaltningen. Hvis

spaltningen ikke gennemføres i overensstemmelse med planen, falder hele meningen med offentliggørelsesinstituttet bort.

Det er derfor styrelsens holdning, at hvis de grundlæggende forudsætningerne for planen er forandret, som det er sket i denne sag, er den offentliggjorte plan blevet uaktuel, og der skal af hensyn til offentligheden udarbejdes en ny plan, der skal offentliggøres.

Ad aktieselskabslovens §§ 6 a - 6 c.

Reglerne om udarbejdelse af vurderingsberetning ved stiftelse af selskaber bygger på bestemmelserne i 2. selskabsdirektiv, der i art. 10 bestemmer, at en sådan beretning skal udarbejdes ved indskud af andre værdier end kontanter.

I art. 27, stk. 3, har medlemslandene fået mulighed for at undlade at forlange udarbejdelse af en vurderingsberetning ved fusionskapitalforhøjelse. Denne mulighed er indarbejdet i dansk ret i aktieselskabslovens § 33, stk. 2, der bestemmer, at vurderingsreglerne ikke finder anvendelse på kapitalforhøjelser i forbindelse med fusion mellem aktieselskaber.

En tilsvarende bestemmelse findes ikke for spaltninger. Dette er baggrunden for bestemmelsen i aktieselskabslovens § 136, stk. 2, hvorefter der altid **skal** udarbejdes vurderingsberetning efter § 6 a vedr. apportindskud ved spaltning.

Efter styrelsens opfattelse skal vurderingsberetning være udarbejdet umiddelbart før generalforsamlingsbeslutningen om gennemførelse af spaltningen, jf. herved aktieselskabslovens § 6 a, stk. 3. Der er efter styrelsens opfattelse ikke belæg for, at reglerne om vurderingstidspunktet skal tilpasses specielt ved spaltninger.

I Folketingstidende 1981-82, 2. samling, tillæg A, spalte 2860-2861 står der om aktieselskabslovens § 6 a, at "bestemmelsens formål er dog alene at sikre, at vurderingsberetningen kan danne forsvarligt grundlag for stiftelsesbeslutningen på den konstituerende generalforsamling, og en tæt tidsmæssig forbindelse mellem vurderingen af **særlige, værdifaste aktiver** (styrelsens fremhævelse) og denne generalforsamling vil derfor ikke i alle tilfælde være afgørende." Dette viser, efter styrelsens opfattelse, at den tætte tidsmæssige sammenhæng som hovedregel er en forudsætning for vurderingen.

I denne konkrete sag viser værdinedgangen netop, hvor vigtigt det er, at der er en tæt tidsmæssig sammenhæng mellem vurderingsberetning og tidspunktet for beslutning om gennemførelse af spaltningen.

Erhvervsankenævnet gav i kendelse af 30. juni 1993 Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold i, at en vurderingsberetning, afgivet mere end 3 måneder før den konstituerende generalforsamling, var for gammel, uanset den værdifaste karakter af aktiverne i den konkrete sag. Erhvervsankenævnet lagde i den forbindelse vægt på, "at tidsafstanden derfor i overensstemmelse med lovens ord "umiddelbart inden" må være så kort, som det er praktisk muligt."

Ad spaltningsdirektivets art. 7, stk. 3:

Reglerne i direktivets art. 7 omhandler den bestyrelsesredegørelse, som i dansk ret findes lovfæstet i aktieselskabslovens § 134 b. Denne redegørelse skal udarbejdes i forbindelse med spaltningsplanens udarbejdelse. Bestyrelsen skal heri bl.a. redegøre for spaltningsplanen, herunder navnlig aktiernes ombytningsforhold og kriteriet for deres fordeling skal forklares og begrundes retligt og økonomisk. Endvidere skal bestyrelsen redegøre for alle væsentlige ændringer i aktiverne eller passiverne, der er indtrådt mellem dagen for udarbejdelsen af spaltningsplanen og dagen for den generalforsamling i det spaltede selskab, der skal træffe bestemmelse om spaltningsplanen. Denne bestemmelse anfører således, at værdiændringer skal oplyses.

Aktieselskabslovens § 6 a, stk. 1, nr. 4, fastslår, at vurderingsmændene skal afgive en erklæring om, at den ansatte værdi (af de indskudte aktiver) **mindst** svarer til det aftalte vederlag, herunder den pålydende værdi af de aktier, der skal udstedes med tillæg af eventuel overkurs.

Disse 2 bestemmelser er, efter styrelsens opfattelse, udtryk for den selvfølgelighed, at de af spaltningen omfattede virksomheder er virksomheder, der udøver erhvervsaktiviteter. Herved udskiftes aktiver og passiver kontinuerligt i tidsrummet mellem udarbejdelsen af spaltningsplanen og gennemførelsen af spaltningen. Vurderingsmændene skal dog vurdere, at der ikke samlet er sket en forringelse af det modtagende selskab i forhold til det der er vedtaget ved planen.

Finder vurderingsmanden, at de økonomiske forudsætninger ikke længere svarer til det i spaltningsplanen forudsatte, er det muligt at indskyde yderligere værdier, der modsvarer differencen, således at spaltningen kan gennemføres i overensstemmelse med spaltningsplanen. Sker dette ikke, skal spaltningen registreringsnægtes og en ny spaltningsplan udarbejdes.

Med ovennævnte begrundelser og bemærkninger fastholder styrelsen sin afgørelse om registreringsnægtelse."

Klageren, der er gjort bekendt med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse, har herefter i et supplerende indlæg af 16. oktober 2001 bemærket:

"Styrelsen synes fortsat at savne den fornødne forståelse for sammenhængen mellem fusionsreglerne og spaltningsreglerne. Styrelsen vil genbruge den danske version af apportindskudsreglerne, herunder kravet om ikke-forringelseserklæring, men styrelsen burde fortolke spaltningsreglerne i overensstemmelse med fusionsreglerne, således at værdiændringer siden statusdagen skal oplyses, men ikke er prohibitive for spaltningens gennemførelse.

Styrelsen argumenterer, som om klageren havde gjort gældende, at apportreglerne slet ikke finder anvendelse. Noget sådant er naturligvis ikke gjort gældende. Derimod gøres det gældende, at apportreglernes skærpede danske version i form af kravet om ikke-forringelseserklæring ikke kan anvendes på den måde, styrelsen gør, idet styrelsen herved fjerner spaltningsreglerne for meget fra fusionsreglerne og derved modvirker mange spaltningmuligheder.

Styrelsen overser også, at spaltningsdirektivets artikel 7, stk. 3, må opfattes som en specialregel i forhold til de øvrige regler. Denne specialregel går - i lighed med fusionsreglerne - ud fra kravet om, at værdiændringer skal oplyses, men at de ikke må få lov at virke prohibitive for spaltningens gennemførelse.

Styrelsen er således efter klagerens opfattelse på kollisionskurs med spaltningsdirektivet og dets formål, og Danmark læner sig - såfremt fortolkningen fastholdes - op ad en traktatbrudssag, hvis Kommissionens opfattelse henledes på den danske administration af spaltningsreglerne (eller at sagen begæres præjudicielt forelagt for EF-Domstolen under en retssag om spørgsmålet, ligesom nævnet som bekendt selv har forelæggelsesmuligheden, hvis nævnet ønsker det)."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved skrivelse af 12. november 2001 udtalt ikke at have bemærkninger til klagerens supplerende indlæg.

Ankenævnet udtaler:

Med spaltningsdirektivet (82/891/EØF) er der søgt etableret retlige garantier for aktionærer og kreditorer, der giver en lige så god beskyttelse ved spaltning som ved fusion.

Såfremt medlemslandene tillader spaltning skal dette ske efter bestemmelserne i spaltningsdirektivet. Dette indebærer, at aktionærer og kreditorer blandt andet sikres gennem direktivets krav om udarbejdelse af spaltningsplan og spaltningsredegørelse samt erklæringer fra uafhængige vurderingsmænd om spaltningsplanen og om kreditorernes stilling efter spaltningen.

Ved en spaltning fordeles aktiver og passiver på grundlag af beslutning fra de i spaltningen deltagende selskaber. Det er derfor nødvendigt at kræve udarbejdet en vurderingsberetning, når der stiftes et selskab eller gennemføres kapitalforhøjelse i forbindelse med spaltningen. Af spaltningsdirektivets artikel 22, stk. 4 fremgår

således forudsætningsvis, at artikel 10 i kapitaldirektivet (77/91/EØF) finder anvendelse og i aktieselskabslovens § 136, stk. 2 er anført, at §§ 6a-6c finder anvendelse med de fornødne tilpasninger.

Stiftelse i forbindelse med spaltning adskiller sig fra en sædvanlig stiftelse på en række punkter:

- 1) På grund af de særlige procedurer og offentliggørelseskrav vil der altid hengå en vis tid fra tidspunktet, fra hvilket det spaltede selskabsrettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået (spaltningsdagen) og indtil den besluttende generalforsamling, hvor stiftelsen af det/de nye selskaber sker.
- 2) Ifølge spaltningsdirektivet artikel 7, stk. 3 kræves, at ledelsesorganerne underretter generalforsamlingerne om alle væsentlige ændringer i aktiverne og passiverne, der er indtrådt mellem dagen for udarbejdelse af spaltningsplanen og dagen for den generalforsamling i det spaltede selskab, der skal træffe beslutning om spaltningsens gennemførelse.
- 3) Kreditorerne er, udover den publicitet, der etableres gennem offentliggørelse af vurderingsberetningen, beskyttet dels af den solidariske subsidiære hæftelse (spaltningsdirektivets artikel 12, stk. 3 og aktieselskabslovens § 136, stk. 3) og dels af kravet om erklæring fra uafhængige vurderingsmænd om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter spaltningen samt lovens yderligere beskyttelsesregler i tilfælde af, at vurderingsmændene antager, at kreditorernes mulighed for fyldestgørelse forringes ved spaltningen.
- 4) Aktionærene er beskyttet af oplysningskravene i spaltningsplanen, spaltningsredegørelsen og erklæringen fra uafhængige vurderingsmænd om spaltningsplanen. Endvidere er aktionærene beskyttet af ledelsens oplysningspligt i henhold til direktivets artikel 7, stk. 3 jævnfør ovenfor og oplysningerne i vurderingsberetningen, der ligeledes er kendte på den generalforsamling i det spaltede selskab, der skal træffe beslutning om spaltningsens gennemførelse.

- 5) Der sker ikke tegning af aktier i forbindelse med stiftelse ved spaltning. Ligesom ved fusion, er der derfor ikke noget krav om, at en eventuel overkurs skal henlægges til overkursfonden.

I relation til stiftelsen af nye selskaber er selve stiftelsen, der sker gennem vedtagelse af spaltningen på det spaltede selskabs generalforsamling, afgørende og ankenævnet tilslutter sig, at vurderingsberetningen skal udarbejdes i tæt tidsmæssig tilknytning til generalforsamlingen.

Vurderingsberetningen skal indeholde en "erklæring om at den ansatte værdi mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den pålydende værdi af de aktier, der skal udstedes, med tillæg af eventuel overkurs" på tidspunktet for erklæringens afgivelse. Overkursen skal i vurderingsberetningen angives som det beløb, hvormed egenkapitalen på vurderingstidspunktet overstiger aktiekapitalen.

Vurderingsberetningen skal sikre, at vederlaget i form af den nominelle aktiekapital er til stede også på tidspunktet for generalforsamlingen og dermed for stiftelsen. Derimod finder ankenævnet ikke anledning til, som betingelse for registrering af spaltningen, at opstille krav om, at der ikke må være sket ændringer i overkursen, der i realiteten er frie reserver, i perioden fra hvilket det spaltede selskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået (spaltningsdagen) og indtil den besluttende generalforsamling, hvor stiftelsen af det/de nye selskaber sker. Sådanne ændringer er således, med direktivets krav om at ledelsen skal underrette generalforsamlingen om væsentlige ændringer i aktiverne og passiverne i den pågældende periode, forudsat at ville finde sted.

Sagen hjemvises derfor til fornyet behandling med henblik på registrering.

18) Kendelse af 10. sept. 2002. 02-23.196.

Ikke hjemmel til at afregistrere selskab i likvidation sålænge selskabet var part i retssag.

Aktieselskabslovens § 124, stk. 1 og § 123, stk. 2.

(Eskil Trolle, Lise Høgh og Ulla Staal)

(Sagen gengives ikke i sin fulde ordlyd)

En likvidator, der havde anmeldt et selskab i likvidation til udsletning af registeret for aktieselskaber, selvom selskabet var part i en retssag, havde klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde nægtet at afregistrere selskabet.

Ankenævnet udtalte i sin kendelse:

"Når et selskab er udslettet af registeret for aktieselskaber, ophører dets juridiske personlighed, og dets partsevne og procesevne ophører samtidig. Det følger af aktieselskabslovens § 124, stk. 1, at bobehandlingen ikke må afsluttes, før mulige tvistigheder i henhold til lovens § 123, stk. 2, om likvidators nægtelse af at anerkende en fordring som anmeldt, er afgjort.

Under henvisning hertil og idet det er oplyst, at der ved Østre Landsret verserer en af A A/S iværksat anke af dom afsagt den 18. april 2001 af Retten i X-by, hvorved Aktieselskabet K blev frifundet for en af A A/S nedlagt betalingspåstand, finder ankenævnet, at likvidators anmeldelse om selskabets (K's) udslettelse af aktieselskabsregisteret ikke kan registreres forud for endelig afgørelse i denne sag.

Med denne begrundelse stadfæster ankenævnet den påklagede afgørelse af 19. december 2001, hvorefter likvidators anmeldelse om selskabets udslettelse af aktieselskabsregisteret ikke for tiden kan registreres."

19) Kendelse af 10. december 2002. 02-176.381.

Selskab under stiftelse kunne ikke deltage i stiftelsen af et andet selskab.

Aktieselskabslovens § 3, stk. 2.

(Finn Møller Kristensen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 1. august 2002 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 18. juli 2002 har nægtet at registrere stiftelsen af F A/S i styrelsens register for aktieselskaber med henvisning til, at et af selskabets stiftere selv var under stiftelse, jf. aktieselskabslovens § 12, stk. 1.

Sagens omstændigheder:

Den 21. juni 2002 underskrev B ApS, C ApS, D A/S og E ApS stiftelsesdokument for selskabet F A/S. Umiddelbart efter underskrivelsen blev det besluttet at stifte selskabet på en konstituerende generalforsamling. Af referatet fra generalforsamlingen fremgår blandt andet at: "Stifterne vedtog eenstemmigt at stifte selskabet på det foreliggende grundlag, og at tegne aktier for nom. kr. 500.000,00, som anført i stiftelsesoverenskomsten. Denne tegning godkendtes eenstemmigt".

Samme dag, den 21. juni 2002, blev selskabet anmeldt til registrering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Under Erhvervs- og Selskabsstyrelsens behandling af anmeldelsen blev det konstateret, at det ene af stifterselskaberne, E A/S, ikke selv var registreret, da det deltog i stiftelsen af FA/S. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen registreringsnægtede derfor anmeldelsen ved den påklagede afgørelse af 18. juli 2002 med den begrundelse at:

"Det fremgår af aktieselskabslovens § 12, stk. 1, at et selskab der ikke er registreret, ikke som sådant kan erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser. Stiftelse af et andet selskab kan således kun finde sted, dersom det stiftende selskab allerede er registreret på stiftelsestidspunktet".

I klageskrivelsen til Erhvervsankenævnet har klageren anført:

"...

Indskudskapitalen i "F A/S under stiftelse" er kr. 500.000,- og hver stifter har tegnet for kr. 125.000,- i ansvarlig tegningskapital.

Idet jeg med hensyn til klagen henviser til Erhvervsankenævnets kendelse af 29. maj 1997. 96-155.766, med de anførte bemærkninger og Nævnets kendelse, skal jeg i øvrigt gøre gældende,

- at "E ApS under stiftelse" ikke optræder som enestifter af et aktieselskab/anpartsselskab som anført i kendelsen,
- at der er fire stiftere der hver har tegnet sig for ¼ del af den samlede aktiekapital,
- at tre af de fire stiftere er registrerede selskaber, og dermed har den fornødne retsevne til at optræde som stiftere af et aktieselskab,
- at den omstændighed, at de to direktører i "E ApS under stiftelse" i medfør af lovens § 12, stk. 2 hæfter for forpligtelserne i og med at de har underskrevet på selskabets vegne i forbindelse med stiftelsen af "F A/S", må medføre, at "E ApS under stiftelse", jf. § 12, stk. 1 i anpartsselskabsloven "som sådan" har den fornødne retsevne til at optræde som medstifter sammen med andre stiftere og tegnere af en selskabskapital af et selskab, der samtidig er medtegnere af selskabskapital.

Endvidere gøres det i denne forbindelse gældende,

- at sagsbehandlingstiden i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, som i hvert fald for "E ApS under stiftelse's" vedkommende, har været på over fire uger, for registrering af selskabet/meddelelse om manglende forhold for registrering af selskabet, medfører at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens strikte fortolkning af Erhvervsankenævnets ovennævnte afgørelse findes urimelig,
- at "E ApS under stiftelse" før sin indgåelse af forpligtelse som medstifter af "F A/S under stiftelse" var anmeldt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og således først i tid,
- at såfremt Styrelsens ekspeditionstider havde været på fjorten dage eller derunder ville "E ApS under stiftelse" allerede have været registreret som selskab, og dermed alene have haft den fornødne retsevne til at optræde som stifter af et andet selskab,
- at fortolkningen af formuleringen "som sådan" i anpartsselskabslovens § 12, stk. 1 er afhængig af om et selskab under stiftelse ser enetegner af indskudskapitalen og dermed eneansvarlig indskudskapitaltegnere, hvorved afgørelsen i Erhvervsankenævnets kendelse af 29. maj 1997. 96-155.755 kan lægges til grund, eller om selskabet optræder som medstifter og derved ikke er alene stifter og alene tegner af indskudskapitalen. I sidstnævnte tilfælde skal formuleringen "som sådan" i anpartsselskabslovens § 12, stk. 1 fortolkes udvidende, således at selskabet kan optræde som stifter af et andet selskab selvom det ikke har den fornødne retsevne, idet den der før registreringen indgår forpligtelser

på selskabets vegne i medfør af anpartsselskabslovens § 12, stk. 2 hæfter for forpligtelserne, sammen med de øvrige medstiftere og indskudskapitaltegnere,

at de øvrige stiftere sammen eller hver for sig ville kunne optræde som stiftere, samtidig med at de i det konkrete tilfælde har tegnet $\frac{3}{4}$ af aktiekapitalen, understøtter antagelsen om, at formuleringen i anpartsselskabsloven § 12, stk. 1 "som sådan" skal fortolkes udvidende, således at E ApS under stiftelse har haft og har den fornødne retsevne til at optræde som medstifter af F A/S under stiftelse,

at et selskab under stiftelse "som sådan" kan indgå retshandler m.v., herunder optræde som stifter af et selskab, når der samtidig er andre medstiftere og disse tegner sig for en væsentlig del af den ansvarlige tegningskapital, i det konkrete tilfælde $\frac{3}{4}$ af aktiekapitalen.

..."

I en udtalelse om sagen af 3. september 2002 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholdt afgørelsen. Om sagens retlige omstændigheder udtalte styrelsen samtidig:

"Det følger af aktie- og anpartsselskabslovens § 12, stk. 1, at et selskab, der ikke er registreret, ikke som sådant kan erhverve rettigheder eller indgå forpligtelser.

Af stiftelsesdokumenterne fremgår, at [tre anpartsselskaber og et aktieselskab] stifter og tegner aktiekapitalen. Af de fire stiftere og aktietegnere er det ene af disse selskaber (E ApS) selv under stiftelse på aktieselskabets stiftelsestidspunkt.

Det er Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse, at et endnu ikke registreret selskab mangler retsevne. I henhold til aktie- og anpartsselskabslovens § 12, stk. 1, foreligger der først et selvstændigt retssubjekt, når registrering har fundet sted.

Et selskab under stiftelse vil derfor ikke kunne være stifter af et andet selskab, idet en stiftelsesoverenskomst, som er underskrevet af et selskab under stiftelse vil være en nullitet.

Ankenævnet har i en tidligere kendelse af 29. maj 1997 (96-155.766) udtalt, at en stifter som er anpartshaver, allerede på tidspunktet for oprettelsen af stiftelsesdokumentet skal have retsevne til ubetinget at forpligte sig som stifter og til ubetinget at disponere over den kapital, som indskydes i selskabet.

Det fremgår endvidere af kendelsen at den omstændighed, at den, der før registreringen indgår forpligtelsen på selskabets vegne, i medfør af anpartsselskabslovens § 12, stk. 2, hæfter for forpligtelserne, indtil selskabet

registreres, ikke medfører, at selskabet som sådant inden registreringen har den fornødne retsevne til at optræde som stifter af et anpartsselskab.

De samme betragtninger vedrørende retsevne kan overføres til denne sag, idet en stifter på tilsvarende måde skal have den fornødne retsevne. Det er i den forbindelse uden betydning, at der ikke er tale om en enestifter, eller at den pågældende stifter kun tegner $\frac{1}{4}$ af aktiekapitalen, idet det som anført i kendelsen, er det selskab, der optræder som stifter, der som sådant skal have den fornødne retsevne til ubetinget at disponere over den kapital, som indskydes i selskabet.

I den forbindelse skal tillige henvises til ankenævnets kendelse af 21. januar 2002, (01-165.985) modsætningsvis, hvor ankenævnet udtalte, at et anpartsselskab under stiftelse kunne underskrive en fusionsplan, fordi de involverede på tidspunktet for underskrivelse af fusionsplanen ikke-registrerede selskaber ikke erhverver rettigheder eller indgår nogen forpligtelse på underskrivelsestidspunktet, jf. anparts- og aktieselskabslovens § 12, stk. 1. I nærværende sag har stifterne en forpligtelse i form af stifteransvar i perioden fra selskabets stiftelse indtil selskabets registrering, hvor ansvaret overgår til selskabet, jf. § 12, stk. 2, 2. pkt.

Det anføres bl.a. af klageren at E ApS var anmeldt til registrering og at det beroede på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens sagsbehandlingstider, at selskabet ikke var registreret. Det er efter Erhvervs- og Selskabsstyrelsens opfattelse uden betydning om et selskab er anmeldt til registrering, da det afgørende er registreringstidspunktet. Det er korrekt som anført af klageren, at såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen havde sagsbehandlet og registreret anmeldelsen af E ApS inden stiftelsen af aktieselskabet den 21. juni 2002, ville anmeldelsen af aktieselskabets stiftelse umiddelbart kunne registreres. Det er imidlertid anmelders ansvar – og ikke styrelsens – at tilrettelægge sine forretningsgange således, at en fejl som den foreliggende ikke sker – også set i forhold til styrelsens aktuelle sagsbehandlingstider. Styrelsen har i øvrigt noteret sig, at det ikke af sagen vedrørende registreringen af E ApS fremgår, at advokaten har anmodet Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om at fremskynde sagen, der ikke umiddelbart kunne registreres. Styrelsen anmodede derfor i brev af 11. juli 2002 om berigtigelse. Advokaten rettede telefonisk henvendelse til styrelsen den 22. juli 2002 og styrelsen modtog berigtigelse den 29. juli 2002, hvorefter sagen blev registreret.

Såfremt styrelsen havde modtaget en anmodning om at fremme sagen, fordi selskabet skulle være stifter, kan det ikke afvises, at sagen ville kunne fremmes på dette grundlag. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen skal endvidere henlede opmærksomheden på styrelsens webreg 2 system, hvor anmelderen selv kunne have registreret selskabet allerede på stiftelsestidspunktet.

Konklusion:

På baggrund af ovenstående skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastholde den meddelte nægtelse af registrering af F A/S."

Klageren, der er gjort bekendt med udtalelsen, har herefter ved skrivelse 17. september 2002 meddelt ankenævnet ikke at have yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Af aktieselskabslovens § 3, stk. 1, fremgår, at et aktieselskab kan oprettes af en eller flere stiftere.

Af lovens § 3, stk. 2 fremgår det endvidere, at (registrerede) aktie- og anpartsselskaber kan være stifter eller medstifter af et aktieselskab.

Et aktie- eller anpartsselskab under stiftelse har derimod ikke den fornødne retsevne til at optræde som stifter, idet selskabet først ved registreringen bliver en juridisk person og derved opnår den fornødne retsevne til at være stifter.

Ankenævnet kan derfor tiltræde, at E ApS, der ikke var registreret, da selskabet deltog i stiftelsen af E A/S, ikke har kunnet være medstifter af selskabet.

Den omstændighed, at E ApS under stiftelse ikke har kunnet deltage i stiftelsen, indebærer, at den konstituerende generalforsamling ikke har kunnet beslutte stiftelsen på baggrund af stiftelsesdokumentet af 21. juni 2002.

Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har nægtet registrering på det foreliggende grundlag.

Ændringer i et stiftelsesdokument, herunder beslutning om at en stifter ikke skal deltage i stiftelsen, kan besluttes på en konstituerende generalforsamling, med samtykke fra samtlige (øvrige) stiftere og aktietegnere, jf. aktieselskabslovens § 10.

Ankenævnet gør for god ordens skyld opmærksom på, at stiftelsesdokumentet er oprettet den 21 juni 2002. Ny konstituerende generalforsamling vil derfor kunne afholdes så betids, at anmeldelse kan ske inden for den i aktieselskabslovens § 11 angivne frist på 6 måneder fra stiftelsesdokumentets underskrivelse.

4.8. Lov om visse selskabers aflæggelse af årsregnskab m.v.

20) Kendelse af 17. januar 2002. 01-80.169.

Afgørelse om afgift ved for sen indsendelse af årsregnskab ophævet.

Årsregnskabslovens § 62.

(Mads Bryde Andersen, Morten Iversen, Suzanne Helsteen, Eskil Trolle og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har ved skrivelse af 27. februar 2001 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 31. januar 2001 har nægtet at eftergive pålagt afgift i forbindelse med B ApS' indsendelse af årsregnskab, jf. årsregnskabslovens § 62.

Sagens omstændigheder:

B ApS har kalenderåret som regnskabsår. Da selskabets årsregnskab for 1999 blev godkendt på en generalforsamling den 15. maj 2000 skulle regnskabet, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 1, have været modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 1. måned efter. Da regnskabet ifølge det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyste ikke var modtaget inden denne frist og heller ikke inden udløbet af 6 månedersfristen i nævnte bestemmelse eller inden fristen til den 21. juli 2000 i styrelsens påkravsskrivelse af 11. juli 2000, men først den 9. november 2000, pålagde styrelsen den 1. december 2000 hver af selskabets 4 bestyrelsesmedlemmer en afgift på 1.000 kr. for overskridelse af månedsfristen og 8.000 kr. for overskridelse af 6 månedersfristen, eller i alt 36.000 kr. jf. lovens § 62, stk. 5 og 6.

Klagerens advokat rettede herefter henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelser af 6. december 2000 og 2. januar 2001 for at få styrelsen til at fritage for afgift, hvilket styrelsen nægtede ved skrivelse af 28. december 2000 og ved den påklagede afgørelse af 31. januar 2001.

I klagen af 27. februar 2001 og i supplerende skrivelser af 8. maj, 28. juni og 15. august 2001 har klagerens advokat gjort gældende, at selskabet har indsendt

regnskabet rettidigt, og at det ikke er kommet retur til selskabet fra postvæsenet. Klageren har endvidere gjort gældende, at selskabet ikke har modtaget påkravsskrivelsen af 11. juli 2000, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen hævder at have sendt til selskabet. Da det efter klagerens opfattelse er en forudsætning for pålæggelse af afgift efter årsregnskabslovens § 62, stk. 6, at styrelsen kan dokumentere, at påkravet er sendt, og da det ikke er dokumenteret blot ved at fremlægge en edb-udskrift, som styrelsen har gjort, er det klagerens opfattelse at afgiften for overskridelse af 6 månedersfristen bør eftergives, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 7.

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalt sig blandt andet ved skrivelser af 20. april, 8. juni og 26. juli 2001, hvor styrelsen har fastholdt afgørelsen. Styrelsen har blandt andet gjort gældende, at styrelsen først har modtaget regnskabet den 9. november 2000, at påkravsskrivelsens afsendelse har kunnet dokumenteres ved edb-udskrift, at risikoen for, at regnskabet, hvis det har været indsendt tidligere, ikke er modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, påhviler klageren, at risikoen for at påkravsskrivelsen af 11. juli 2000 ikke er modtaget af klageren ligeledes påhviler klageren. Endelig har styrelsen gjort gældende, at der ikke, selvom styrelsen hidtil har gjort det, i årsregnskabslovens § 62, stk. 6, er krav om, at påkrav skal sendes anbefalet. Når styrelsen er ophørt med at sende påkravsbreve anbefalet, er det "for at undgå den ulempe, der er forbundet med anbefalet post, ikke mindst for virksomhederne".

Ved skrivelse af 31. oktober 2001 anmodede ankenævnet styrelsen om nærmere oplysninger, om de af styrelsen indførte sikkerhedskrav i forbindelse med modtagelse af regnskaber og udsendelse af påkrav m.v. Endvidere anmodede ankenævnet styrelsen om at oplyse, om styrelsen forud for pålæggelse af afgift advarer de enkelte ledelsesmedlemmer om afgiften ved en henvendelse stilet direkte til dem på deres respektive adresser.

Ved skrivelse af 21. november 2001 svarede styrelsen, at de enkelte ledelsesmedlemmer ikke bliver advaret ved henvendelse stilet direkte dem, men at styrelsen som foreskrevet i årsregnskabslovens § 62, stk. 6, 1. pkt. sender advarslen (påkravet) til selskabets adresse. Om sikkerhedskravene oplyste styrelsen:

"...

Beskrivelsen omfatter styrelsens system til modtagelse af og rykning for regnskab i den konkrete sag. Systemet er fuldt automatiseret, idet oprettelse af sagen, modtagelse af regnskabet og de breve, der bliver afsendt, dannes automatisk. Der er mulighed for manuel behandling af sagerne, men denne sag er udelukkende behandlet automatisk.

Hændelserne beskrives to steder i styrelsen IT-system. Der er en beskrivelse i en post journalisering(POJO), der beskriver de hændelser, som der foretages i sagen og i en liste, der viser sagens status, placering og den handling, der foretages i forhold til sagen(VISL). Der vedlægges kopier af de faktiske registreringer i IT-systemet ...

1. Hændelse: Oprettelse af sag til modtagelse af regnskabet

Der oprettes automatisk den 8. januar 2000 en journalsag med ref.nr.(logninger til hændelser) 00010901040 – 08.01.2000. Sagen får journal nr. 00-21.606 og tysa(type af sager) 352. Sagen afskrives til 2KF (bunke til sager som afventer modtagelse af regnskaber eller sanktionering) og sættes i bero indtil indsendelsesfristen overskrides. Når, der modtages et regnskab, journaliseres dette på sagen og denne lukkes, når regnskabet automatisk er offentliggjort

Service meddelelse (FHE) sendes den 15. februar.2000 til selskabet, der findes ikke logninger på denne hændelse, brevet opbevares og gemmes på en tape hos IBM, der er styrelsens leverandør. Kopi af brevet vedlagt. Da brevet er en service meddelelse, der ikke medfører sanktioner, er denne hændelse ikke tilført sagen.

Indsendelsesfristen på 6 måneder overskrides og der er ikke modtaget regnskab.

2. Hændelse: Udsendelse af påkravsbrev

Berofristen overskrides og sagen tages ud af bero. En automatisk kørsel søger efter sager, hvor regnskabet ikke er modtaget og fristen en overskredet. Den automatiske kørsel ændrer tysa til 342, automatisk påkravsbrev og sagen afskrives derefter til 2PB (som er en bunke, der modtager regnskaber, når der er udskrevet påkravsbrev).

Der udsendes påkravsbrev til selskabet den 11. juli 2000 med ref.nr. 00071103203 - 11.07.2000. Ved denne kørsel udskrives der dokumentation for, at brevene er udskrevet, kørslen omfattede 3661 breve. Der vises på en liste, at brev nr. 1 har nr. 2893 og sidste brev har nr. 6553. Brevet på ovenstående selskab har nr. 5210, som findes på side 344.

Kopi af dokumentation vedlægges, side 1, som er nr. 1 af 539 sider og sidste side, som er nummer 539 og endelig side 344. Endvidere kopi af følgesedel til

Københavns Postcenter, der viser, at der den 11. juli 2000 er indleveret 3661 breve fra nr. 2893 til nr. 6553. Der vedlægges kopi af påkravsbrevet.

3. Hændelse: Fristen i påkravsbrevet udløber

Påkravsbrevet giver frist på 8 hverdage samt 5 ekstra dage, inden sagen går ud af bero, dermed er sikret, at al modtagen post er modtaget og behandlet i styrelsen.

Påkravsfristen udløber og hændelsen får ref.nr. 00072900600. Der udskrives ikke noget brev ved denne hændelse.

4. Hændelse: Opløsningstrussel

Ifølge Erhverv- og Selskabsstyrelsens driftsplan udtrækkes sager, hvor der ikke er modtaget årsregnskab og hvor fristen i påkravsbrevet er overskredet. Tysa ændres til 921, der angiver, at der kan udskrives automatisk opløsningstrussel og sagen afskrives igen til 2KF.

Denne kørsel starter den 9.8.2000, der dannes ikke nogen hændelse og ref.nr. da det kun er udtrækket med ændring af tysa, som sker i denne kørsel. Kørslen har til formål at advisere sagsbehandlerne i styrelsen om at selskaber sendes til opløsning. Der kan være sager, hvor der foregår sagsbehandling, der udelukker udsendelse af en opløsningstrussel.

Der udsendes opløsningstrussel til selskabet den 17.8.2000 med ref.nr. 00081501813 – 17.8.2000. Opløsningstruslen sendes anbefalet, fristen er 4 uge samt 5 ekstra dage, sagen sættes i bero, som udløber 21.9.2000.

Opløsningstruslen sendes anbefalet. Kopi er vedlagt.

5. Hændelse: Opløsningsanmodning til skifteretten

Ifølge E&S driftsplan udtrækkes sager, hvor der ikke er modtaget årsregnskab, udsendt opløsningstrussel og hvor fristen for opløsningstruslen er overskredet. Tysa ændres til 924, som angiver, at der kan udskrives automatisk opløsningsanmodning, sagen bliver liggende i bunken 2KF. På tilsvarende vis som ved opløsningstruslen har denne kørsel til formål at sikre, at der ikke findes verserende sager i styrelsen, der udelukker en opløsningsanmodning til skifteretten.

Opløsningsanmodning er udskrevet den 2.oktober.2000 med ref.nr. 00100200305 – 2-10.2000.

6. Hændelse: Brev til selskabet om oversendelsen til skifteretten

Oplysning om opløsningsanmodning til selskabet er udskrevet den 2. oktober 2001 med ref.nr. 00100200306 – 2.10.2000.

Ved 5. og 6. hændelse dannes der automatisk tekst til statstidende om opløsningsanmodningen. Sagsbehandler er den automatiske sagsbehandler 2KF. Sagen registreres, sagen lukkes og sendes til arkiv. Dette sker automatisk i IT-systemet.

Sagen kan sendes automatisk til arkiv, da sagens akter opbevares elektronisk.

Kopi af opløsningsanmodning samt brev til selskabet er vedlagt.

Dokumentation for at sagen har været med i kørslen den 2.10.2000 vedlagt. Der er vedlagt side 1 af 43 sider og side 43 af 43 sider samt side 25, hvoraf det fremgår, at selskabet har været medtaget i kørslen.

Brevene pakkes manuelt og indgår i styrelsens øvrige post, hvorfor der ikke er postkvittering for aflevering af dem til postvæsenet.

Hele sagen er behandlet automatisk. Der er ikke modtaget henvendelser til sagsbehandlingen under sagsforløbet, da der ellers ville være noteret en hændelse.

..."

Klageren, der er gjort bekendt med styrelsens udtalelse af 21. november 2001, har ikke fremsat yderligere bemærkninger i sagen.

Ankenævnet udtaler:

Ankenævnet finder det ikke godtgjort, at regnskabet, som hævdet af klageren, har været indsendt rettidigt, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 1. Ankenævnet lægger derfor til grund, at regnskabet først er modtaget den 9. november 2000 og således efter udløbet af månedsfristen i årsregnskabslovens § 62, stk. 1. Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har pålagt hvert medlem af bestyrelsen en afgift på 1.000 kr. for overskridelse af månedsfristen, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 5.

Med hensyn til pålæggelse af afgift for overskridelse af 6 månedersfristen i årsregnskabslovens § 62, stk. 1, bemærker ankenævnet:

Efter årsregnskabslovens § 62, stk. 6, kan afgift for overskridelse af 6 månedersfristen kun pålægges, såfremt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen forinden har

sendt påkrav om indsendelse af regnskabet til selskabets ledelse på selskabets adresse. Om påkravet, der blev indført ved lov nr. 370 af 14. juni 1995 med ikrafttræden den 16. juni 1995, fremgår det af bemærkningerne til lovforslag nr. L 223 af 19. april 1995:

"...

Afgift for overskridelse af "halvårsfristen" pålægges i overensstemmelse med ordningen i den gældende lov, idet det dog foreslås at indføre en "påkravsordning", således at der fremsendes en underretning, hvis årsregnskab m.v. ikke er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i hænde inden udløbet af den maksimale indsendelsesfrist. Påkravsskrivelsen fremsendes pr. anbefalet brev til selskabets ledelse på selskabets adresse. Selskaberne indrømmes samtidig en ganske kort frist til indsendelse af årsregnskaberne. Sker dette herefter ikke, vil afgiften blive udløst med virkning fra overskridelsen af årsregnskabslovens maksimale frist på seks måneder...

...

... Afgiften pålægges uanset om påkravsskrivelsen ikke er modtaget af selskabet, fordi man f.eks. glemmer at afhente påkravsskrivelsen på posthuset, eller ikke er modtaget af de ansvarlige ledelsesmedlemmer, f.eks. på grund af en fejl i selskabets postafdeling..."

Som det fremgår af sagen, har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, i overensstemmelse med de citerede lovbemærkninger, hidtil fulgt den praksis at fremsende påkravsbreve anbefalet, men man er nu ophørt hermed. Ankenævnet tolker ikke lovbemærkningerne således, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil være bundet af, at påkravsbreve nødvendigvis altid kun kan sendes ved anbefalet post, men efter ankenævnets opfattelse er den skete ændring en så væsentlig ændring af en mangeårig praksis, at ændringen burde have været meddelt selskaberne forud for indførelsen, hvilket f.eks. kunne være sket i den servicemeddelelse, som styrelsen udsender til selskaberne umiddelbart efter årsregnskabsperiodens udløb. I den konkrete sag kunne meddelelsen således have været givet i servicemeddelelsen af 15. februar 2000.

Som følge af det anførte, og da opløsningstruslen af 17. august 2000, der er sendt anbefalet, ikke opfylder betingelserne for påkrav efter årsregnskabslovens § 62, stk.

6, ophæves styrelsens afgørelse om pålæggelse af afgift på 8.000 kr. for overskridelse af 6 måneders fristen.

Det indbetalte klagegebyr på 4.000 kr. tilbagebetales.

21) Kendelse af 1. maj 2002. 01-213.792.

Afgift i forbindelse med for sent indsendt årsregnskab ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens § 62.

(Ellen Andersen, Morten Iversen og Ulla Staal)

Statsautoriseret revisor A har ved skrivelse af 26. oktober 2001 på vegne af de enkelte ledelsesmedlemmer i K A/S mfl. klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 3. oktober 2001 har afslået at fritage de pågældende ledelsesmedlemmer for betaling af pålagt afgift for ikke rettidig indsendelse af selskabernes årsregnskaber, jf. årsregnskabslovens § 62.

Sagens omstændigheder:

De omhandlede selskaber har alle kalenderåret som regnskabsperiode. Da selskabernes årsregnskaber for 2000 ikke var modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen inden den i årsregnskabslovens § 62 stk. 1, fastsatte frist på 6 måneder efter regnskabsårets udløb, sendte styrelsen i henhold til årsregnskabslovens § 62, stk. 6, den 11. juli 2001 påkravsbreve til selskabernes ledelser på selskabernes registrerede adresser om at modtage regnskaberne senest den 23. juli 2001. Samtidig meddelte styrelsen, at såfremt regnskaberne blev modtaget senere, ville hvert medlem af selskabernes ledelse i medfør af årsregnskabslovens § 62, stk. 6 og 7, blive pålagt afgift for overskridelse af indsendelsesfristen. Regnskaberne blev først modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 7. september 2001, og ved skrivelser af 14. september 2001 pålagde styrelsen herefter hvert ledelsesmedlem i de enkelte selskaber en afgift på 3.000 kr.

Ved skrivelse af 27. september 2001 anmodede selskabets revisor, statsautoriseret revisor A, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om afgiftsfritagelse. I skrivelserne anførtes:

"På vegne af ledelsesmedlemmerne i K A/S og de 4 tilknyttede selskaber anmodes om hel eller delvis fritagelse for pålagte afgifter på i alt 57.000 kr. omfattende 19 afgiftsbeløb a 3.000 kr. i henhold til vedlagte specifikation.

Selskaberne har en mangeårig historie og har altid lagt vægt på at følge lovgivning og regler, herunder at overholde indsendelsesfrister til det offentlige. Årsregnskaber har således i tidligere år været indsendt rettidigt.

Regnskabsudarbejdelsen for 2000 var stærkt vanskeliggjort af usikkerhed om regnskabsgrundlaget, navnlig vedrørende kapitalgrundlag og leverandørbonus. Ledelsen vurderede, at afklaring af disse usikkerheder ville kunne opnås, således at korrekte regnskaber ville kunne indsendes med en mindre forsinkelse i forhold til 6-måneders fristen.

Ledelsen fremmede således indsatsen omkring afklaring af usikkerheder og regnskabsudarbejdelse. Der blev da også i sommerperioden opnået afklaring af forholdene omkring leverandørbonus, ligesom der blev iværksat omstruktureringer og øvrige tiltag med henblik på positiv afklaring af kapitalgrundlaget.

Herefter blev årsregnskaberne aflagt og revideret i august 2001 og efter indhentning af nødvendige underskrifter fremsendt til Dem i starten af september 2001.

De af Dem til selskaberne fremsendte rykkerskrivelser i juli 2001 med angivelse af 14 dages frist til indsendelse uden afgift fremkom til selskaberne i ferieperioden og blev fejlagtigt arkiveret i selskabernes administration og er således først kommet til veje efterfølgende.

Efter vor opfattelse bør skadevirkningerne ved en forsinket offentliggørelse af regnskabet i sommerperioden ses i sammenhæng med muligheden for at undgå skadevirkningerne ved offentliggørelse af et ukorrekt regnskab.

Vi bemærker endvidere, at koncernstrukturen bevirker, at 5 årsregnskaber er omfattet, hvorved antallet af afgiftsbeløb for ledelsesmedlemmerne, der bl.a. omfatter medarbejdere, bliver uforholdsmæssigt stort.

Under hensyntagen til ovennævnte særlige forhold skal vi på ledelsesmedlemmernes vegne anmode om hel eller delvis fritagelse for de pålagte afgifter, eventuelt ved nedsættelse eller ved fritagelse for de 4 tilknyttede selskaber.

..."

Ved den påklagede afgørelse af 3. oktober 2001 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at fritage ledelsesmedlemmerne for betaling af de pålagte afgifter, idet styrelsen fandt, at der ikke var anført sådanne særlige forhold, som kunne berettige til fritagelse efter årsregnskabslovens § 62, stk. 7, 2. punktum.

I klageskrivelsen af 26. oktober 2001 til ankenævnet har statsautoriseret A bl.a. anført:

"...

Vi skal særligt fremhæve følgende forhold:

- Samtlige selskaber indgår i den samme koncern, og administrationen varetages centralt. Det har derfor været kutyme, at al korrespondance vedrørende koncernens selskaber samles her. Koncernen er af operationelle årsager opdelt i 5 selskaber med i alt 19 bestyrelsesposter fordelt på 8 personer. Flere af disse er medarbejdere, som i enkelte tilfælde er repræsenteret i op til 4 bestyrelser. Afgiftskravene slår derfor ekstraordinært hårdt igennem for disse personers vedkommende, i forhold til en situation hvor koncernens aktiviteter havde været samlet i et selskab.
- Erhvervs- og Selskabsstyrelsens rykkerskrivelser af 11. juli 2001 er alene sendt til selskabernes adresse og ikke til de enkelte bestyrelsesmedlemmer, som i henhold til loven er ansvarlige for indsendelse af årsregnskaberne. Flertallet af bestyrelsesmedlemmer har således ikke været bekendt med rykkerskrivelserne. Dette forhold forstærkes af, at rykkerskrivelserne fremsendes i sommerferien, og at det dermed ikke har været muligt at reagere inden for den givne frist på 14 dage.

På baggrund af ovennævnte særlige forhold samt vort brev af 27. september 2001 skal vi primært anmode om, at de nævnte bestyrelsesmedlemmer fritages for de pålagte afgifter.

Sekundært skal vi anmode om, at afgifterne nedsættes, således at der kun fremsættes et afgiftskrav pr. bestyrelsesmedlem, svarende til i alt 24.000 kr.

..."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 10. december 2001 bl.a. udtalt:

"...

Sagens retlige omstændigheder:

I henhold til årsregnskabslovens § 62, stk. 1, skal et selskabs årsregnskab "indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så det er modtaget i styrelsen senest 6 måneder efter regnskabsårets afslutning".

Ifølge årsregnskabslovens § 62, stk. 6 og 7, pålægges de enkelte medlemmer af selskabets bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt ledelsesorgan en særlig afgift, såfremt årsregnskabet er modtaget for sent i forhold til fristen i årsregnskabslovens § 62, stk. 1.

Det skal anføres, at der efter årsregnskabsloven påhviler hvert enkelt medlem af et selskabs ledelse et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes. Det enkelte medlem kan dog fritages for betaling af afgiften i særlige tilfælde, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 7, 2. pkt. Ifølge lovmotiverne til bestemmelsen foreligger disse særlige tilfælde dog "kun, hvor medlemmet over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan godtgøre, at vedkommende har søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last", jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 83, Folketinget 1993-94, vedrørende den dagældende § 62, stk. 5.

Styrelsen finder ikke, at der kan ske hverken hel eller delvis afgiftsfritagelse, da påkravsbrevene er sendt til selskabernes adresser i medfør af årsregnskabslovens § 62, stk. 6.

At flere af bestyrelsesmedlemmerne indgår i flere af selskabernes ledelse, kan ikke begrunde hel eller delvis fritagelse for afgift, idet hvert enkelt ledelsesmedlem i hvert enkelt selskab ifølge lovgivningen er afgiftspligtig ved ikke rettidig modtagelse af årsregnskab.

Det forhold, at påkravsbrevene er fremsendt i en ferieperiode, berettiger ej heller til hel eller delvis afgiftsfritagelse, idet årsregnskabsloven ikke gør forskel på selskaber i forhold til valgt regnskabsår.

Desuden finder styrelsen ikke, at der kan ske hel eller delvis afgiftsfritagelse, fordi der har hersket usikkerhed om regnskabsgrundlaget. Det er således ledelsens ansvar at tilrettelægge selskabets bogføring og regnskabsforhold således, at årsregnskab m.v. kan udarbejdes og revideres i så god tid, at godkendelse og indsendelse kan ske inden for lovens frister, jf. årsregnskabslovens § 2 og § 62, stk. 1.

Endelig er det i de tilfælde, hvor regnskabsmaterialet er behæftet med usikkerhed af særlig vigtighed, at dette rettidigt sendes til styrelsen, så kreditorer og andre kan blive bekendt med årsregnskabet.

Da der efter styrelsens opfattelse ikke i klagebrevet af 26. oktober 2001 til Erhvervsankenævnet og i klagebrevet af 27. september 2001 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er anført sådanne særlige forhold, som kan berettige til hel eller delvis fritagelse for de pålagte afgifter, fastholder styrelsen afgifterne."

Ankenævnet udtaler:

Efter udløbet af fristen for rettidig indsendelse af selskabernes årsregnskaber fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen som foreskrevet i årsregnskabslovens § 62, stk. 6, påkravene om årsregnskabernes indsendelse til selskabernes ledelser på selskabernes adresser.

Det tiltrædes, at væsentlig usikkerhed om regnskabsgrundlaget, som der i givet fald skal gives oplysning om i årsberetningen, jf. årsregnskabslovens § 56, stk. 1, samt det forhold, at ledelsesmedlemmerne på grund af ferie og fejlagtig håndtering af påkravsskrivelserne i selskabernes administration først sent fik kendskab hertil, ikke kan anses for sådanne særlige omstændigheder, som efter årsregnskabslovens § 62, stk. 7, kan danne grundlag for hel eller delvis eftergivelse af de pålagte afgifter. At enkelte af ledelsesmedlemmerne har deltaget i flere af de koncernforbundne selskabers bestyrelser og således samlet er pålagt ikke ubetydelige afgifter ændrer ikke herved.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 3. oktober 2001.

22) Kendelse af 2. maj 2002. 01-183.637.

Afgift i forbindelse med for sent indsendt årsregnskab ikke eftergivet.

Årsregnskabslovens § 62.

(Mads Bryde Andersen, Morten Iversen, Suzanne Helsteen, Eskil Trolle og Jan Uffe Rasmussen)

Statsautoriseret revisor A har ved skrivelse af 7. september 2001 på vegne af ledelsen i K A/S klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 24. august 2001 har pålagt de enkelte ledelsesmedlemmer en afgift på 2.000 kr. for ikke at have sørget for rettidig indsendelse af selskabets årsregnskab, jf. årsregnskabslovens § 62.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 5. november 2001 afgivet en redegørelse til Erhvervsankenævnet om sagen. I redegørelsen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst:

"Det omhandlede selskab – K A/S, CVR-nr.: ..., – er registreret med regnskabsperiode 1. januar – 31. december. Årsregnskabet for 2000 er først

modtaget i styrelsen den 21. august 2001, dvs. efter udløbet af 6-månedersfristen.

Styrelsen har modtaget de øvrige regnskaber i K-Gruppen sammen med brev dateret den 27. juni 2001. I dette brev er årsregnskabet for K A/S – CVR-nr.: ... – da heller ikke nævnt. Styrelsen fremsendte derfor den 11. juli 2001 påkravsbrev til selskabets bestyrelse, som styrelsen ikke har modtaget retur. Styrelsen modtog først årsregnskabet den 21. august 2001 efter at have sendt en opløsningstrussel til selskabet den 8. august 2001.

De 3 medlemmer af selskabets ledelse er derefter hver blevet pålagt en afgift på kr. 2.000,-.

Afgifterne er betalt, og revisor anmoder om afgiftsfritagelse under henvisning til, at regnskabet skulle være indsendt rettidigt, og at der tilsyneladende ikke er modtaget påkrav."

I klagen af 7. september 2001 har klageren anført:

"Vi har som revisor i ovennævnte selskab påtaget os ekspeditionen af indsendelse af ovennævnte årsregnskab, og har derfor på vegne af ledelsen indbetalt de pålagte afgifter, som vi hermed skal søge fritagelse for.

Årsregnskabet for K A/S er efter vor opfattelse indsendt den 27. juni 2001 sammen med de øvrige selskaber i K-Gruppen.

Vi har modtaget kopi af skrivelse af 8. august 2001 fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen med angivelse af 4 ugers frist for videregivelse af selskabet til tvangsopløsning, og har på denne baggrund straks taget kontakt til Styrelsen med henblik på, at undersøge muligheden for fejlekspedition ved modtagelse.

Umiddelbart efter at have modtaget besked om at Styrelsen ikke kunne se, at have modtaget regnskabet har vi fremsendt et nyt eksemplar, hvor der er kvitteret for modtagelsen den 21. august 2001.

Hverken vi, der af følgebrevet fremgår som afsender, eller selskabet har tilsyneladende modtaget påkrav om indsendelse af årsregnskabet, som burde tilgå fra Styrelsen ved fristoverskridelse.

Ved modtagelse af påkrav ville vi tidligere have været blevet opmærksomme på denne tilsyneladende ekspeditionsfejl.

På denne baggrund skal vi anmode om fritagelse for afgiftsbetaling, bl.a. med henvisning til at vi har søgt at fremme indsendelse af årsregnskabet mest muligt, og at der tilsyneladende er tale om en ekspeditionsfejl.

..."

Om sagens retlige omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udtalt i redegørelsen af 5. november 2001:

"I henhold til årsregnskabslovens § 62, stk. 1, skal et selskabs årsregnskab ”indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, så det er modtaget i styrelsen senest 6 måneder efter regnskabsårets afslutning”.

Ifølge årsregnskabslovens § 62, stk. 6 og 7, pålægges de enkelte medlemmer af selskabets bestyrelse, direktion eller lignende ansvarligt ledelsesorgan en særlig afgift, såfremt årsregnskabet er modtaget for sent i forhold til fristen i årsregnskabslovens § 62, stk. 1.

I henhold til årsregnskabslovens § 62, stk. 7, 2. pkt., kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen dog undlade at pålægge et ledelsesmedlem en afgift eller fritage den pågældende for betaling af en allerede pålagt afgift, hvis særlige omstændigheder taler herfor.

Det skal anføres, at der efter årsregnskabsloven påhviler hvert enkelt medlem af et selskabs ledelse et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes. Det enkelte medlem kan dog fritages for betaling af afgiften i særlige tilfælde. Ifølge lovmotiverne til bestemmelsen foreligger disse særlige tilfælde dog ”kun, hvor medlemmet over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan godtgøre, at vedkommende har søgt at fremme indsendelsen, og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last”, jf. bemærkningerne til lovforslag nr. L 83, Folketinget 1993-94, vedrørende den dagældende § 62, stk. 5.

I den foreliggende klage til Erhvervsankenævnet har man som anført ovenfor anmodet om eftergivelse af afgiften begrundet med, at regnskabet skulle være indsendt rettidigt, og at der ikke synes at være modtaget påkrav.

Styrelsen finder ikke, at der kan ske afgiftsfritagelse, da styrelsen ikke har modtaget det regnskab, som anføres at være sendt med følgeskrivelsen af 27. juni 2001, og da påkravsbrev og opløsningstrussel som nævnt ovenfor er blevet sendt til selskabets adresse. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har i øvrigt noteret sig, at den kopi af revisors følgebrev af 27. juni 2001, som medfulgte klagen til Erhvervsankenævnet, i modsætning til det indsendte følgebrev til styrelsen, som i kopi er bilagt til denne udtalelse, mærkværdigvis indeholder en omtale af K A/S – CVR-nr.:

Da der efter styrelsens opfattelse ikke i klagebrevet af 7. september 2001 er anført sådanne særlige forhold, som kan berettige til fritagelse for de pålagte afgifter, fastholder styrelsen afgifterne."

Den 6. november 2001 sendte Erhvervsankenævnet den ovenfor citerede redegørelse med udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til klageren, der samtidig fik lejlighed til at fremkomme med en udtalelse hertil inden 4 uger. Endvidere gjorde

ankenævnet opmærksom på, at såfremt nævnet ikke modtog svar inden fristens udløb, ville sagen blive taget under behandling af nævnet på det foreliggende grundlag.

Da Erhvervsankenævnet ikke havde hørt fra klageren den 9. januar 2002, meddelte nævnet klageren og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at nævnet anså den skriftlige forberedelse af sagen for afsluttet og havde taget sagen op til afgørelse.

Ankenævnet udtaler:

Efter det oplyste, navnlig det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyste vedrørende følgeskrivelsen af 27. juni 2001, finder ankenævnet det ubetænkeligt at fastslå, at regnskabet ikke har været indsendt til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sammen med den nævnte følgeskrivelse, og at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har sendt påkravsbreve til selskabets ledelse den 11. juli 2001 med meddelelse om, at der ville blive pålagt afgift, hvis regnskabet blev modtaget senere end den 23. juli 2001.

Den omstændighed, at klageren har oplyst, at selskabets ledelse "tilsyneladende" ikke har modtaget påkravsbrevene, kan derfor ikke føre til, at de pålagte afgifter eftergives, jf. årsregnskabslovens § 62, stk. 7, selvom påkravsbrevene ikke har været sendt anbefalet.

23) Kendelse af 2. maj 2002. 01-209.523.

Selskab havde pligt til at oplyse om nettoomsætning og sammenligningstal i sit årsregnskab

Årsregnskabslovens § 5 og 64 c, årsregnskabsbekendtgørelsens § 3

(Ellen Andersen, Morten Iversen og Jan Uffe Rasmussen)

Advokat A har på vegne af K A/S ved skrivelse af 11. oktober 2001 klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 14. september 2001 har bestemt, at selskabet i strid med årsregnskabsbekendtgørelsens § 2 havde undladt at oplyse selskabets nettoomsætning i årsregnskabet for 2000, og at selskabets ledelse derfor senest 4 uger efter skulle indsende supplement herom til styrelsen, ellers ville ledelsen blive pålagt tvangsbøder indtil modtagelsen.

Klagen har under ankenævnets behandling af sagen efter anmodning fra klageren været tillagt opsættende virkning, jf. § 9 i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

Om sagens faktiske omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplyst den 23. november 2001:

"I henhold til årsregnskabslovens § 63 c, stk. 1, skal Erhvervs- og Selskabsstyrelsen foretage en stikprøvevis udtagelse og undersøgelse af modtagne årsregnskaber m.v. med henblik på at konstatere eventuelle åbenbare overtrædelser af årsregnskabslovgivningen, selskabslovgivningen og bogføringslovgivningen.

K A/S' årsregnskab for 2000 blev udtaget ved stikprøve og ved styrelsens gennemgang konstateredes det, at revisor i sin påtegning havde anført, at selskabet i strid med årsregnskabsloven ikke specificerede bruttoresultatet på nettoomsætning m.v.

Styrelsen pålagde derfor i brev af 14. september 2001 selskabets ledelse at indsende et supplement til årsregnskabet, der viste de poster i resultatopgørelsen i årsregnskabet for 2000 og sammenligningstallene hertil, som ulovligt er udeladt.

Styrelsen hørte ikke selskabet, inden afgørelsen blev truffet. Høring anvendes sædvanligvis ikke, hvor overtrædelser er objektivt konstaterbare og revisor oplyser, at der er tale om en overtrædelse. Klager bestrider heller ikke, at årsregnskabslovens regler er overtrådt."

I klagen til ankenævnet har klageren anført:

"Som advokat for selskabet K A/S skal jeg herved i henhold til årsregnskabslovens § 64 b påklage Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 14. september 2001, idet jeg på vegne af selskabet kan oplyse, at der ikke foreligger enighed om det resultat, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er kommet frem til.

Det skal indledningsvis bemærkes, at selskabet K A/S producerer og fremstiller ..., hvoraf næsten 100% afhændes til eksport. Den producerede vare benyttes i fødevarerindustrien, hvor marginalerne er meget små og konkurrencen meget stor. I Europa er den eneste egentlige konkurrent B ... i Danmark. Produktionsenheden under B er benævnt C og indgår resultatmæssigt i B, der

er et andelsselskab og således ikke offentliggør nogen form for regnskabstal, herunder omsætningstal for C.

Konkurrencen mellem B og K har løbende været og er fortsat meget intens og synes fortsat at blive skærpet. Enhver oplysning af relevans om den anden part er således af afgørende betydning, og det vil til enhver tid være stridende mod de konkurrenceretlige regler, såfremt det lykkes B at opnå så væsentlige oplysninger som omsætning om min klient, K A/S, hvor det modsatte ikke er tilfældet.

Det er min opfattelse, at en oplysning af omsætningen for K A/S og en pålæggelse af en sådan forpligtelse vil være i strid med EU's konkurrenceretlige regler, og jeg mener således, at den af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen truffne beslutning, der på ingen måde er tilladt kommenteret fra min klients side eller på anden måde, er urigtig.

Nærværende klage skal være at betragte som foreløbig, og jeg vil således herved forbeholde mig at fremkomme med et yderligere mere detaljerede indlæg. Jeg betragter denne klage som havende opsættende virkning."

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i den ovenfor nævnte udtalelse af 23. november 2001 fastholdt afgørelsen og om det retlige grundlag oplyst:

"Selskaber, der som K A/S er omfattet af årsregnskabsloven, skal anvende de i henhold til denne lovs § 5, stk. 1, fastsatte regler om regnskabsopstillingerne. Se her årsregnskabsbekendtgørelsens § 2, stk. 1, og de i samme bekendtgørelses bilag 1 optagne opstillinger. Nettoomsætningen indgår her som et naturligt led i resultatopgørelsen.

Årsregnskabslovens § 64 c fritager fra pligten til at vise nettoomsætningen for selskaber, der ikke overskrider to af nedenstående kriterier i to på hinanden følgende regnskabsår.

balancesum 75 mio.kr.,
nettoomsætning 150 mio.kr. og
gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret 250.

Det kræves desuden, at der skal foreligge konkurrencemæssige grunde til at undlade at vise nettoomsætningen m.v. og i stedet at vise en sammentrukket post benævnt bruttofortjeneste eller -tab. Såvel størrelsesgrænser som konkurrencefare skal altså være opfyldt.

Styrelsen vil ikke kommentere det konkurrencemæssige aspekt, allerede fordi styrelsen ikke har adgang til at dispensere fra lovens krav, hvis størrelsesbetingelserne ikke er opfyldt.

Styrelsens krav om supplerings af mangelfulde årsregnskaber med nettoomsætning er baseret på lang tids praksis, således som det også fremgår af Erhvervsankenævnets kendelse af 24. januar 1991 (j.nr. 90-26.290). Efter forkastelse af indvendingen imod, at der alene var foretaget stikprøvevis kontrol, havde kendelsen som kernepunkt virksomhedens pligt til at vise nettoomsætningen. Den var ikke omfattet af undtagelsesreglen.

Reglerne i årsregnskabsloven og årsregnskabsbekendtgørelsen er implementering af 4. europæiske regnskabsdirektivs art. 23 - 27, der ikke åbner op for yderligere undtagelser."

Klageren, der er gjort bekendt med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 23. november 2001, har ikke fremsat yderligere bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Af de grunde der er anført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, tiltræder ankenævnet, at selskabet har haft pligt til at oplyse om nettoomsætning i årsregnskabet. Ankenævnet kan endvidere tiltræde, at selskabet har haft pligt til at oplyse sammenligningstal, jf. årsregnskabsbekendtgørelsens § 3.

De manglende oplysninger skal indsendes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, således at de er modtaget i styrelsen senest 4 uger fra denne kendelses datering. I modsat fald pålægger Erhvervs- og Selskabsstyrelsen tvangsbøder efter årsregnskabslovens § 64, stk. 3.

24) Kendelse af 3. december 2002. 02-119.347.

Når et selskab stiftes ved kontant indbetaling af anpartskapitalen, kan selskabets 1. regnskabsår ikke begynde før stiftelsestidspunktet.

Årsregnskabsloven og lov om anpartsselskaber

(Eskil Trolle, Lise Høgh og Ulla Staal)

I en skrivelse af 2. maj 2002 har advokat A på vegne K ApS klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ved skrivelse af 8. april 2002 har truffet afgørelse om, at K ApS' første regnskabsår er fra stiftelsen den 15. juni 2000 til den 31. marts 2001.

Sagens omstændigheder:

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en skrivelse af 30. maj 2002 om sagens faktiske omstændigheder udtalt følgende:

"K ApS, ..., blev stiftet kontant den 15. juni 2000.

Selskabets vedtægter § 9 [§ 19] fastslår, at selskabets regnskabsår er 1. april til 31. marts.

Den 5. oktober 2001 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et påkravsbrev til selskabet på grund af manglende modtagelse af årsregnskabet for perioden 15. juni 2000 til 31. marts 2001.

Den 12. oktober 2001 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen årsregnskabet for perioden 1. april 2000 til 31. marts 2001 for K ApS.

Den 23. oktober 2001 returnerede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen selskabets årsregnskab, da selskabets første regnskabsperiode startede før stiftelsestidspunktet. Styrelsen orienterede endvidere selskabet om, at der i stedet skulle indsendes et årsregnskab for perioden 15. juni 2000 til 31. marts 2001.

Den 7. november 2001 modtog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen et brev fra advokat A, hvor han på vegne af K ApS gjorde styrelsen opmærksom på, at det indsendte årsregnskab efter hans opfattelse dækkede den korrekte periode. Advokat A gjorde således gældende, at selskabet er et såkaldt elforsyningsselskab, som er stiftet i henhold til den såkaldte Ellovsreform, lov nr. 375 ... af 2. juni 1999 om elforsyning, og at Energistyrelsen med hjemmel i Elforsyningsloven kræver, at selskabets første regnskabsår, uanset stiftelsestidspunktet, skal gå fra den 1. januar 2000. Den 8. januar 2002 rykkede advokat A for styrelsens stillingtagen.

Den 17. januar 2002 meddelte styrelsen advokat A, at for selskaber, der stiftes kontant, starter første regnskabsår altid fra stiftelsesdokumentets underskrivelse.

Den 23. februar 2002 fremsendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen en opløsningstrussel til selskabet, da styrelsen ikke på dette tidspunkt havde modtaget et årsregnskab for perioden 15. juni 2000 til 31. marts 2001.

Den 14. marts 2002 modtog styrelsen et brev fra advokat A, hvori han på vegne af K ApS anmodede styrelsen om endnu engang at gennemgå sagen.

Den 8. april 2002 besvarede styrelsen henvendelsen fra advokat A. Efter en henvendelse til Energitilsynet om problemstillingen fastholdt Erhvervs- og Selskabsstyrelsen sin afgørelse om, at selskabets første regnskabsår løber fra stiftelsestidspunktet den 15. juni 2001 til 31. marts 2001."

I klageskrivelsen af 2. maj 2002 har advokat A anført:

"...

For ankenævnet nedlægger jeg påstand om, at det indsendte årsregnskab er fyldestgørende, og at selskabet K ApS efter Elforsyningsloven skal have et regnskabsår, der starter den 1. januar 2000, uagtet at selskabet først er stiftet den 15. juni 2000.

...

Selskabet K ApS er et såkaldt forsyningspligtselskab, der er stiftet i henhold til den såkaldte ellovsreform, lov nr. 375 af 2. juni 1999 om elforsyning.

Efter loven er det et uomgængeligt krav, at eldistributionsselskabernes nye struktur skulle træde i kraft pr. 1. januar, også selv om de fra Energitilsynet og Energiministeriet følgende bekendtgørelser først forelå i perioden maj-juni 2000.

K ApS er stiftet på stiftende generalforsamling den 15. juni 2000, - altså på det tidspunkt, hvor Energiministeriet og Energistyrelsen havde udarbejdet de fornødne bekendtgørelser.

Efter at lov nr. 375 af 2. juni 1999 blev vedtaget af Folketinget, pågik der i Energiministeriet et meget langt udredningsarbejde for at implementere ellovsreformen i cirkulærer, bekendtgørelser og vejledninger, således at ellovsreformens krav kunne omsættes i praksis hos elsektoren, navnlig distributionsselskaberne, herunder K ApS.

Efter Lov om Elforsyning er det et uomgængeligt krav, at eldistributionsselskabernes nye struktur skulle træde i kraft pr. 1. januar 2000, også selv om de nødvendige bekendtgørelser ikke forelå på dette tidspunkt. Som anført forelå bekendtgørelser m.v. først i perioden marts 2000 til maj 2000, og elsektoren fik derfor frist til den 30. juni til at omsætte ellovsreformen i praksis, herunder foretage den nødvendige selskabsopdeling.

Selskabet K ApS er stiftet på stiftende generalforsamling den 15. juni 2000 som kontantselskab ved at moderselskabet, Andelsselskabet K, har tegnet den fulde anpartskapital på kr. 125.000,00.

Problemet er imidlertid, at selskabet efter ellovsreformen skal aflægge regnskab med virkning fra den 1. januar 2000.

Der er således tale om et sammenstød mellem reglerne i Anpartsselskabsloven og Elforsyningsloven. Selv om nærværende selskab ligesom mange af sine kollegaselskaber ikke er stiftet ved apportindskud, er det uomtvisteligt, at Energistyrelsen med hjemmel i Elforsyningsloven kræver, at første regnskabsår uanset stiftelsestidspunkt går fra den 1. januar 2000.

I ellovsreformen var det forudsat, dels at der kunne ske stiftelse af forsyningspligtselskaber ved kontantindskud, dels at disse virksomheder skulle kunne træde i aktivitet med virkning fra lovens ikrafttræden den 1. januar.

Det af K ApS indsendte regnskab er herefter efter Elforsyningsloven korrekt, idet det ikke kan og ikke må være anderledes end fra 1. januar 2000.

..."

Om sagens retlige omstændigheder har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelsen af 30. maj 2002 udtalt:

"Efter den tidligere årsregnskabslovs § 3, stk. 2, jf. lovbekendtgørelse nr. 526 af 17. juni 1996, 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 årsregnskabsloven eller aktieselskabsloven fastsat regler om første regnskabsperiode i forhold til stiftelsestidspunktet.

Selskabsretligt antager styrelsen imidlertid, 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 ved 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. den tidligere årsregnskabslovs § 3, stk. 2.

Advokat A anfører i sine breve af 6. november 2001 og 14. marts 2002 til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, at det er et uomgængeligt krav i lov om elforsyning, at K ApS skal have et første regnskabsår, der starter den 1. januar 2000.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen rettede som følge af de nævnte breve henvendelse til Energitilsynet.

Energitilsynet oplyste, at elforsyningslovens § 69, stk. 2, bemyndiger miljø- og energiministeren til blandt andet at fastlægge regler for kollektive elforsyningsvirksomheders regnskabsføring og budgettering. Kollektive elforsyningsvirksomheder indbefatter blandt andet netselskaber og forsyningspligtselskaber, der begge kræver bevilling.

For netselskabernes vedkommende har ministeren brugt sine beføjelser til at udmønte kravet om, at selskabernes regnskaber skal følge kalenderåret, jf. § 57, stk. 1, jf. bekendtgørelse nr. 944 om indtægtsrammer og åbningsbalancer for netvirksomheder og transmissionsvirksomheder med elforsyningsnet på 150 kV og derunder. For forsyningspligtselskabernes vedkommende oplyste Energitilsynet, at der ikke er udstedt en særskilt bekendtgørelse, der fastlægger selskabernes regnskabsførelse. Der eksisterer således ikke et lov- eller bekendtgørelseskrav om, at elforsyningspligtselskaberne som K ApS skal følge kalenderåret.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen konstaterede på baggrund af Energitilsynets svar, at der ikke var fremfunden eller henvist til særlovgivning, som kunne tilsidesætte de selskabsretlige og regnskabsretlige grundsætninger om det første regnskabsårs begyndelse. Styrelsen fastholder som følge heraf, at K ApS' første regnskabsår løber fra den stiftelse den 15. juni 2000 til den 31. marts 2001, og at det indsendte årsregnskab for perioden 1. april 2000 til 31. marts 2001 således ikke er fyldestgørende."

I et supplerende indlæg af 24. juni 2002 har advokat A anført:

"Erhvervsankenævnet har som bekendt indhentet udtalelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og det centrale i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens svar af 30. maj er, at man henholder sig til, at Energitilsynet har oplyst, at der ikke eksisterer et lov- eller bekendtgørelseskrav om, at Elforsyningspligtselskaber som K ApS skal følge kalenderåret.

Det er jeg helt enig i.

Men det er ikke denne problematik sagen drejer sig om.

Sagen drejer sig som anført i ankeskrivelsen om følgende:

Det fremgår direkte af Elforsyningsloven, at loven træder i kraft den 1. januar 2000, og at den selskabsopdeling, som ligger i loven i henholdsvis elselskab og forsyningspligtselskab, skal have virkning fra dette tidspunkt, altså fra den 1. januar 2000.

Det får som naturlig konsekvens, at der elforsyningsmæssigt i henhold til Elforsyningsloven ikke kan og må foregå nogen drift i forsyningspligtselskaberne, der ikke hidrører fra perioden 1. januar 2000 og frem, uagtet at selskaberne først er stiftet senere.

Denne problematik volder ingen problemer såfremt forsyningspligtselskabet havde været stiftet ved apportindskud med tilbagevirkende kraft.

Energimyndighedernes egne regler og standardvedtægter muliggør, at forsyningspligtselskaberne stiftes ved kontantindskud, og det følger heraf som refleksvirkning, at disse selskaber, uanset at de er stiftet ved kontantindskud, nødvendigvis må have deres første regnskabsår, - ikke fra stiftelsestidspunktet,

- men fra 1. januar 2000, - ellers er de ganske enkelt ikke i overensstemmelse med Elforsyningsloven.

Som anført i klageskrivelsen kom de nødvendige vejledninger og standardvedtægter til opdeling af de hidtidige elvirksomheder i løbet af maj-juni 2000. Det indebar, at forsyningspligtselskabet K ApS i lighed med alle andre kollegaselskaber først stiftes på dette tidspunkt.

Det er imidlertid vigtigt at holde sig foranstående for øje, nemlig at selskabsopdelingen, uanset om der blev valgt apportindskud eller kontantindskud, skulle have virkning fra den 1. januar 2000.

Elforsyningsmæssigt må og kan driften af forsyningspligtaktiviteterne ikke lovligt foregå efter den 1. januar i noget andet juridisk organ end et dertil stiftet forsyningspligtselskab.

Det er således efter elforsyningsloven forbudt eksempelvis at lade de gamle distributionsselskaber have forsyningspligtregnskabet fra 1. januar frem til stiftelsestidspunktet af forsyningspligtvirksomhederne.

Jeg håber hermed klart og tydeligt at have redegjort for problematikken, som altså ikke er en problematik som anført af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om regnskabsår.

Det er ganske enkelt en problematik om, at en vis type selskaber, som er undergivet en speciallovgivning, skal have funktion fra 1. januar 2000 i henhold til Elforsyningsloven, og ikke lovligt kan have noget andet starttidspunkt, uanset at selskaberne først er stiftet i maj-juni måned 2000.

Jeg fastholder derfor på ovenstående baggrund, at Elforsyningsloven som lex specialis i denne ganske særlige situation, som foreligger, går forud for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens almindelige generelle regler, således at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen er pligtig til at anerkende, at regnskabet for K i dettes første regnskabsår skal starte den 1. januar 2000, der var ikrafttrædelsestidspunktet for Elforsyningsloven, og ikke lovligt kan starte på noget andet tidspunkt.

..."

Ankenævnet udtaler:

Forsyningspligtselskabet K ApS blev stiftet af Andelsselskabet C ved et den 15. juni 2000 underskrevet stiftelsesdokument og med stifterens samtidige tegning af hele anpartskapitalen, som blev indbetalt kontant. Da K ApS således ikke ved stiftelsen overtog en bestående virksomhed med tilbagevirkende kraft, kan stiftelsen heller ikke regnskabsmæssigt gennemføres fra et tidligere tidspunkt end

stiftelsesdokumentets underskrivelse, hvorved bemærkes, at der ikke i medfør af lov om elforsyning er fastsat særlige regler vedrørende forsyningspligtselskabernes regnskabsførelse.

Herefter og idet K ApS' regnskabsår ifølge selskabets vedtægter er 1. april til 31. marts, kan ankenævnet tiltræde Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 8. april 2002, hvorefter K ApS' første regnskabsår er fra stiftelsesdokumentets underskrivelse den 15. juni 2000 til den 31. marts 2001.

4.9. Lov om hjemmeservice.

25) Kendelse af 28. august 2002. 01-217.919.

En skrivelse fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der angav at være en afgørelse, anset for at være en partshøringsskrivelse. Klagefrist overholdt. Hjemmeservice-tilskud udbetalt i forbindelse med arbejde udført af anden virksomhed skulle tilbagebetales.

Lov om hjemmeservice § 8, stk. 3 og § 6, stk. 2.

(Ellen Andersen, Morten Iversen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 7. november 2001 har registreret revisor NN på vegne K (hjemmeserviceselskab) klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i en skrivelse af 1. oktober 2001 under henvisning til lov om hjemmeservice § 6, stk. 2, har krævet tilbagebetaling af 37.382 kr., som selskabet ifølge styrelsen har modtaget med urette ved at have ladet bidragsberettiget hjemmeservicearbejde udføre af anden virksomhed og således i strid med lov om hjemmeservice § 8, stk. 3.

Sagens omstændigheder:

I en udtalelse af 10. januar 2002 har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder oplyst følgende:

"K har været optaget under hjemmeserviceordningen siden 2. marts 1998. Firmaet leverer ydelser indenfor rengøring og havearbejde.

Den 11. april 2001 gennemførte revisor ... udsendt på vegne af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, et kontrolbesøg hos K. Ved gennemgangen af virksomhedens regnskabsmateriale og tilskudsudbetalinger fandt revisor, at der i forbindelse med hjemmeservicearbejde for kunden B og C, var anvendt underentreprenør. Revisionsrapporten indeholder således eksempler på viderefakturering af hjemmeservicearbejde for ovennævnte kunde mellem K og firmaet D. Revisor angiver i rapporten, at der indenfor den af revisor kontrollerede periode i alt er udbetalt tilskud til kunden B og C på 37.382,50 kr. ...

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen udbad sig i brev af 18. april 2001 herefter en redegørelse fra K for de forhold, som er påtalt i revisionsrapporten, herunder anvendelsen af underentreprenør. Af virksomhedens redegørelse fremsendt til Styrelsen den 14. maj 2001 ... fremgik det om underentreprenører, at virksomheden vedkender at have brugt underentreprenør, men at man ikke har vidst, at brug af underentreprenører ikke er tilladt, og at virksomheden i fremtiden vil rette op på dette.

..."

Den 1. oktober 2001 tilskrev Erhvervs- og Selskabsstyrelsen selskabet følgende:

"Hermed fremsendes revisionsrapport og bilag udarbejdet af revisor efter kontrolbesøg i Deres virksomhed i april 2001.

Det fremgår af bilag til revisionsrapporten, punkt 3.1., at revisor har fundet, at der har været udført arbejde af underentreprenører med hjemmeservicetilskud på i alt 76.065,00 kr., hvoraf tilskuddet udgør 37.382,00 kr. ...

Styrelsen skal gøre opmærksom på, at det i henhold til lov om hjemmeservice § 8, stk. 3 ikke er tilladt at bruge underentreprenører til udførelsen af tilskudsberettiget arbejde ...

I henhold til praksis kræver styrelsen tilskud tilbagebetalt på arbejde udført af underentreprenører ... jf. lov om hjemmeservice § 6, stk. 2.

Såfremt De er enig i revisors opgørelse af ikke-tilskudsberettiget arbejde anmodes De om at tilbagebetale ... senest 4 uger fra dags dato. Girokort er vedlagt.

Denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet ... senest 4 uger efter meddelelsen, jf. lov om hjemmeservice § 9, stk. 2.

Såfremt De *ikke* er enig i revisors opgørelse af ikke-tilskudsberettiget arbejde, skal styrelsen anmode Dem om at fremsende en fuldstændig opgørelse med angivelse af beløb for år 2000 vedrørende de arbejdsopgaver, der er udført med hjemmeservicetilskud og hvor der er brugt underentreprenører ... jf. lovens § 6, stk. 7. Opgørelsen skal være bekræftet af en statsautoriseret eller registreret revisor, og indsendes til styrelsen senest 4 uger fra dags dato."

Af ovennævnte revisionsrapport fremgår bl.a.:

"3. Underentreprenører

3.1. Kunden B (C)

Vi har konstateret, at der for kunden B, (adresse) er udført arbejdsopgaver med hjemmeservicetilskud, hvor arbejdsopgaverne helt eller delvist er udført via en underentreprenør, D. På de udleverede kontrollister er kunden B angivet som C, (adresse).

Den efterfølgende oversigt viser en sammenhæng mellem nogle af selskabets salgsfakturaer til ovennævnte kunde og de tilhørende underentreprenørfakturaer fra den ovennævnte underentreprenør. Af tidsmæssige grunde har det ikke under kontrolbesøget været muligt at dokumentere den fuldstændige sammenhæng mellem de ikke opførte købs- og salgsfakturaer.

Oversigt over sammenhæng mellem salgsfakturaer til B og købsfakturaer fra D					
Fakturaer fra K til B			Fakturaer fra D til K		
Salgsfaktura	Faktura-tekst	Bruttobeløb incl. moms	Købsfaktura	Faktura-tekst	Beløb excl. moms
554/5428	Rengøring for januar, 3 gange	3.450,00			
561/5580	Rengøring for februar, 3 gange	3.450,00			
580/5723	Rengøring for marts, 6 gange	8.525,00	8721	Marts måned rengøring	5.850,00
591/5878	Rengøring for april, 4 gange	4.600,00	8723	April måned, rengøring	3.200,00
597/6463	Rengøring for maj, 4 gange + hovedrengøring	7.640,00			
624/6686	Rengøring for juni, 4 gange	4.600,00	8727	Juni måned, rengøring 4 gange	3.200,00
627/6821	Rengøring for juli, 2 gange	2.300,00	8728	Juli måned, rengøring 2 gange	1.600,00
628/6824	Rengøring	5.200,00	8728	Juli måned, vinduespølering	3.500,00
630/6977	Rengøring	3.450,00	8733	August	2.400,00

	for august, 3 gange			måned, rengøring 3 gange	
			8736	September måned, rengøring 5 gange	4.000,00
			8738	Oktober måned, rengøring 5 gange	4.000,00
			8741	November måned, rengøring incl. ekstra	5.650,00

Af de udleverede kontrollister fremgår, at der er udskrevet salgsfakturaer til B på i alt kr. 76.065,00, hvoraf tilskud andrager kr. 37.382,50. Historisk omfatter den udleverede kontrolliste næppe samtlige udskrevne fakturaer til kunden. Det vil være nødvendigt at gennemgå dels samtlige udskrevne salgsfakturaer til B, dels samtlige modtagne købsfakturaer fra underentreprenøren D, med henblik på at opgøre det samlede tilskudsbeløb.

..."

I klageskrivelsen af 7. november 2001 til Erhvervsankenævnet har registreret revisor NN bl.a. anført:

"Styrelsen anfører, at de afkrævede tilskud er udbetalt i strid med bestemmelserne i hjemmeserviceovens § 8, stk. 3.

Vi er ikke enig i denne betragtning, da der ikke er tale om anvendelse af underentreprenør i traditionel forstand.

Hjemmeserviceovens § 8, stk. 3 har følgende ordlyd: "Hjemmeservicevirksomheder må ikke lade bidragsberettiget arbejde udføre af andre virksomheder, herunder andre hjemmeservicevirksomheder."

Vor klient har udført arbejdet i sin egen virksomheds navn, og han har ansat D til at udføre arbejdet. Sidstnævnte arbejder stort set ikke for andre end vor klient, hvorfor han af vor klient har været betragtet som en ansat medarbejder.

Vor klient har aldrig betragtet D som underentreprenør, men som en hvilken som helst anden medarbejder, der selv har ønsket at være momsregistreret frem for at være traditionel lønmedarbejder.

D har således løbende udført timelønsarbejde for andre kunder end hjemmeservice kunder i hver eneste måned. Arbejdet for andre kunder overstiger hjemmeservicearbejdet med mere end 500 %.

Vor klient kan derfor ikke være enig i, at hans virksomhed er skyld i nogen overtrædelse af hjemmeserviceovens bestemmelser i § 8, stk. 3.

Vor klient har - før vi har set på sagen - meddelt os, at han naturligvis ikke ønsker at være i en situation, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen rejser tvivl om, at han overholder lovens bestemmelser. Derfor har han allerede ændret forholdene, så kun rene lønmodtagere herefter udfører hjemmeservice.

På den baggrund skal vi på vor klients vegne venligst anmode om, at den afkrævede efterbetaling på dette punkt frafalder."

Gjort bekendt med klageskrivelsen genoptog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen behandlingen af sagen og anmodede ved skrivelse af 5. december 2001 selskabet om at dokumentere ansættelsesforholdet ved indsendelse af kopi af ansættelseskontrakt, indbetaling af A-skat, feriegodtgørelse, ATP og arbejdsmarkedsbidrag for D. Med skrivelse 14. december 2001 fremsendte selskabet herefter kopi af lønsedler for D for oktober 2001 og november 2001 samt kopi af fakturaer fra D til selskabet for samme 2 måneder. Da materialet efter styrelsens opfattelse ikke dokumenterede et ansættelsesforhold, fastholdt styrelsen tilbagebetalingskravet fremsat i skrivelsen 1. oktober 2001.

I Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 10. januar 2002 har styrelsen om sagens retlige omstændigheder yderligere udtalt:

"I henhold til lovbekendtgørelse nr. 158 af 1. marts 2000 af lov om hjemmeservice § 8, stk. 3, må hjemmeservicevirksomheder ikke lade bidragsberettiget arbejde udføre af andre virksomheder, herunder andre hjemmeservicevirksomheder.

Af lovbemærkningerne til lov nr. 463 af 12.06.96 fremgår til § 8 følgende begrundelse for bestemmelsen:

"Hjemmeservicevirksomheders anvendelse af underentreprenører medfører en række problemer. Først og fremmest overfor forbrugeren, der ikke ved hvilket hjemmeservicefirma, der udfører ydelsen, dernæst i relation til kontrollen med hjemmeserviceordningen, og sidst men ikke mindst i forbindelse med omgåelsen af de ordnede forhold. Således er der eksempler på, at virksomheder for at undgå de administrative problemer med ansatte har etableret de ansatte som selvstændige virksomheder, der herefter har ageret som underentreprenør. Denne tendens forventes at blive endnu mere udbredt, når det indføres, at virksomhederne skal overholde anden lovgivning og god skik i forbindelse med ansættelsesvilkår. Der er derfor indsat en bestemmelse, hvorefter hjemmeservicevirksomheder ikke må lade ydelser omfattet af ordningen udføre af andre virksomheder. Denne bestemmelse berører ikke tilfælde, hvor en række virk-

somheder slutter sig sammen om at etablere et sædvanligt samarbejde, eller tilslutter sig et fælles kontor, der har til formål, at formidle kontakt mellem forbrugere og hjemmeservicevirksomheder og som i den forbindelse f.eks. gennemfører fælles reklame- og annonceindsats”.

Det følger videre af lovens § 6, stk. 2, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan træffe afgørelse om, at en virksomhed skal tilbagebetale bidrag, virksomheden uretmæssigt har fået udbetalt. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan endvidere i henhold til § 7, nr. 4 udelukke en virksomhed, hvis denne har anvendt andre virksomheder, som anført i § 8, stk. 1 og 3, til at udføre bidragsberettiget arbejde.

Det er styrelsens praksis at anse brug af underentreprenører som meget gravevende, hvis virksomheden i en længere periode – eller flere gange i kortere perioder - har benyttet underentreprenører til at udføre hjemmeservicearbejde. Der rejses tilbagebetalingskrav for uretmæssigt modtaget tilskud. Udelukkelse kan komme på tale, men afhænger bla. af forsætlighed, forholdets natur, tilskudsstørrelsen og perioden forholdet ikke har kunnet dokumenteres.

Styrelsen har i sin afgørelse lagt vægt på, at K i sin redegørelse har vedgået at have anvendt underentreprenører. Styrelsen har vurderet, at der ikke har været tale om forsætligt at omgå lovens bestemmelser om ordnede forhold, ligesom virksomheden ikke har forsøgt at benægte eller skjule forholdet i sit bogholderi. Det har derfor ikke indgået i styrelsens overvejelser at udelukke K fra hjemmeserviceordningen. Styrelsen finder imidlertid ikke, at ukendskab til loven bør få indflydelse på styrelsens praksis om at kræve uretmæssigt modtaget tilskud tilbage, jf. lovens § 6 stk. 2. Hjemmeservicelovens bestemmelser om anvendelse af underentreprenører har været gældende siden 1996, og dermed i hele den tidsperiode K har været optaget, dvs. fra marts 1998. Alle hjemmeservicevirksomheder modtager ved deres optagelse informationsmateriale om hjemmeserviceordningen og dens bestemmelser. Endvidere informerer styrelsen løbende om bestemmelserne via nyhedsbreve, der udsendes 4 gange om året.

På baggrund af lovens § 8, stk 3, samt de ovenfor nævnte lovbemærkninger, finder styrelsen ikke, at der kan rejses tvivl om underentreprenørbegrebet, som fremført af klager. Styrelsen finder, at det klart fremgår, at hjemmeservicevirksomheder skal lade bidragsberettiget arbejde udføre af ansatte lønnede medarbejdere og ikke af andre virksomheder. Styrelsen må derfor tilbagevise, at der i det pågældende tilfælde ikke har været tale om underentreprenører i lovens forstand.

Revisors kontrol af virksomhedernes overholdelse af hjemmeserviceloven baserer sig på stikprøver af regnskabsmaterialet. Som det fremgår af vedlagte revisionsrapport fandt revisor i sin stikprøvegennemgang en række fakturaer, hvor der er viderefaktureret mellem D og virksomheden i forbindelse med kunden B og C. Det er derfor styrelsens opfattelse, at det må formodes, at D har fungeret som underentreprenør på alt hjemmeservicearbejde udført for kunden B og C. Styrelsen har i sin afgørelse lagt vægt på, lovens § 6, stk. 3, der giver styrelsen ret til at forlange de oplysninger, som er nødvendige for, at der

kan tages stilling til, om betingelserne for udbetaling af bidrag er opfyldt, samt kræve at der indsendes dokumentation for dette, herunder i form af en revisorerklæring, jf. lovens § 6, stk. 7. Styrelsen har derfor i sin afgørelse anmodet K om at indsende dokumentation for omfanget af underentreprenørarbejde i forbindelse med hjemmeservice.

Da styrelsen ikke har modtaget en sådan opgørelse over anvendelsen af underentreprenør, der kan dokumentere, at der er udført tilskudsberettiget arbejde for kunden B og C, må styrelsen i henhold til lovens § 6, stk 3, fastholde, at tilskuddet skal betales tilbage."

Gjort bekendt med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens udtalelse af 10. januar 2002 fremsendte selskabet den 28. februar 2002 kopi af en ansættelsesaftale mellem selskabet og D dateret 1. juni 1999, ifølge hvilken D fra nævnte dato var ansat i selskabet som rengøringsassistent på nærmere angivne vilkår.

I en skrivelse af 11. marts 2002 anførte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter bl.a.:

"Styrelsen finder imidlertid *ikke*, at fremlæggelsen af ansættelseskontrakten for D dokumenterer, at D har udført hjemmeservicearbejde som almindelig lønnet medarbejder. K har ikke fremvist lønsedler for D for perioden 2000, og det er *ikke* dokumenteret, at D har udført det i revisionsrapporten anførte *hjemmeservicearbejde* som lønnet medarbejder og ikke som virksomhed".

I et afsluttende indlæg af 15. marts 2002 har registreret revisor NN anført:

"...

D's løn er efter eget valg udbetalt som vederlag + moms.

Som vi tidligere har meddelt Dem, er vi uenig i Deres betragtning om, at vor klient i strid med hjemmeservicelovens § 8, stk. 3 har ladet hjemmeservicearbejde udføre af underentreprenør. Vi anser Deres synspunkt for at være en overfortolkning af de faktiske forhold i denne sag, idet bemærkes, at vederlaget for D's arbejde ikke har oversteget et normalt lønvederlag incl feriepenge, arbejdsmarkedspension, atp, aer, forsikring m.v. for den ansatte.

Under henvisning til foranstående, finder vi det ikke rimeligt, at vor klient skal pålægges tilbagebetalingspligt. Vor klient har ikke på nogen måde forsøgt at berige sig under tilsigtede urette præmisser. Han har på ingen måde opnået berigelse ved den af ham anvendte pengeudbetalingsform, idet begge parter vedstår den foreliggende ansættelseskontrakt.

Endelig bemærkes, at det ikke er sædvanligt at anvende ansættelseskontraktformen i underentreprenørforhold. Derfor anser vor klient, at D's

arbejdsbetingelser er / og hele tiden har været styret af ansættelseskontraktens betingelser.

I den forbindelse skal vi henlede Deres opmærksomhed på, at vor klient har ændret udbetalingsform straks efter Deres kontrolbesøg, idet han på ingen måde har haft til hensigt ikke at følge lovens bogstav. Han havde ikke fantasi til at forestille sig, at lønudbetalingsformen kunne blive fortolket som en lov-overtrædelse i en situation, hvor der rent faktisk foreligger en ansættelseskontrakt.

..."

Ankenævnet udtaler:

Uanset at Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 1. oktober 2001 angiver at indeholde en afgørelse, som senest 4 uger fra skrivelsens dato kan indbringes for Erhvervsankenævnet, må skrivelsen rettelig anses for at være en partshøring over revisionsrapporten udarbejdet efter kontrolbesøget i selskabet og indeholdende en tilkendegivelse om, at selskabet på det foreliggende grundlag måtte påregne et nærmere angivet krav om tilbagebetaling af hjemmeservicetilskud. Selskabet blev således først med skrivelsen af 1. oktober 2001 gjort bekendt med revisionsrapporten, som kravet om tilbagebetaling baseredes på, og selskabet meddeltes i skrivelsen en frist på 4 uger til fremsendelse af nærmere angivne oplysninger, såfremt selskabet ikke var enig i revisionsrapportens opgørelse af ikke-tilskudsberettiget arbejde. Selskabets klage af 7. november 2001 vedrørende styrelsens krav om tilbagebetaling af hjemmeservicetilskud må derfor anses for indgivet inden udløbet af den i lov om hjemmeservice § 9, stk. 2, fastsatte frist på 4 uger.

Efter de foreliggende oplysninger om selskabets fakturaer til B vedrørende udført rengøringsarbejde og D's fakturaer til selskabet vedrørende rengøringsarbejde udført for B/C samt selskabets kontrollister, ifølge hvilke B er angivet som C, tiltrædes det, at selskabet i relation til B/C må anses for at have ladet bidragsberettiget arbejde udføre af anden virksomhed og således i strid med lov om hjemmeservice § 8, stk. 3. Herefter, og idet selskabet ikke har bestridt den beløbsmæssige opgørelse af tilbagebetalingskravet, tiltrædes det, at selskabet i medfør af lov om hjemmeservice § 6, stk. 2, skal tilbagebetale hjemmeservicetilskud med 37.382 kr.

4.10. Lov om omsætning af fast ejendom.

26) Kendelse af 12. april 2002. 01-172.159.

Klageren opfyldte kravene til praktisk kunnen for ejendomsmæglere.

Lov om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 2, nr. 7 og bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1.

(Lise Høgh, Christen Sørensen og Ulla Staal)

Ved skrivelse af 7. august 2001 har advokat A på vegne K klaget over, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 11. juli 2001 har afslået at forhåndsgodkende K's praktiske uddannelse i forbindelse med eventuel optagelse i Ejendomsmæglerregistret, jf. lov nr. 453 af 30. juni 1993 om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 7, jf. bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1.

Sagens omstændigheder:

Ved skrivelse af 8. februar 2001 ansøgte K Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om forhåndsgodkendelse af sin praktiske uddannelse i forbindelse med eventuel optagelse i Ejendomsmæglerregistret, idet hun netop havde afsluttet den teoretiske del af ejendomsmægleruddannelsen. Af ansøgningen fremgik bl.a., at hun fra juli 1961 til juni 1969 havde været ansat i B-bank A/S, fra juni 1969 til august 1982 i C-banken A/S, og at hun i de senere år havde haft 2 kortere vikariater hos ejendomsmæglere, 9 måneders vikariat hos X-by Kommune, juridisk-teknisk afdeling, 1 måneds vikariat hos arkitektfirmaet D, 2 måneders vikariat på deltid hos advokatfirmaet E samt 3 måneders vikariat på deltid hos ejendomsadministrationsfirmaet F.

Af skrivelse af 5. april 2001 fra C-bank A/S ..., personaleafdelingen, fremgår bl.a., at K i sin ansættelsesperiode var beskæftiget som kundemedarbejder, og at hun som sådan deltog i ekspedition af køb og salg af fast ejendom og i omprioriteringssager. I en supplerende udtalelse af 21. juni 2001 fra daværende bankbestyrer G, C-banken A/S, ..., fremgår:

"K har gennem ca. 14 år under min ledelse som bankbestyrer for C-banken, ..., været beskæftiget med følgende arbejdsopgaver i forbindelse med lånesager:

- kontakt til Realkreditinstitutter vedr. hjemtagelse af lån og andet med relation til omsætning af fast ejendom
- rådgivning af bankens kunder omkring køb og salg af fast ejendom og udlånsager - herunder udregning af budget.
- udregning og opkrævning af sælgerpantebreve til og fra bankens depoter
- kontakt til ejendomsmæglere og advokater angående fast ejendom vedr. bankens kunder
- papirgangen vedr. køb og salg af fast ejendom
- kontakt til tinglysningskontorer og andre offentlige myndigheder angående fast ejendom
- hjemtagelse af lån til private, landbrug og mindre håndværksvirksomheder
- stedfortræder for bankbestyreren under ferie og andet fravær"

Ved den påklagede afgørelse af 11. juli 2001 afslog Erhvervs- og Selskabsstyrelsen at forhåndsgodkende K's praktiske uddannelse i forbindelse med eventuel optagelse i Ejendomsmæglerregistret. I afgørelsen anførtes bl.a.:

”...

Det fremgår således af bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret, der er udstedt i medfør af § 25, stk. 2, i lov om omsætning af fast ejendom, at ansøgeren skal dokumentere at have været ansat på heltid i mindst 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at have givet praktisk kendskab til ejendomsformidling, eller gennem anden beskæftigelse at have opnået en tilsvarende praktisk kunnen.

Man skal have opnået kendskab til følgende opgaver:

1. Besigtigelse, værdiansættelse
2. Indhentning af informationer, udformning af salgsoptillinger
3. Udbud af ejendommen til salg på ejendomsmarkedet, fremvisning
4. Forhandling af evt. betingelser på plads med en modpart
5. Udformning af købsaftale
6. Ansøgning om ejerskiftelån
7. Fremsendelse af en færdig handel og dens papirer til den person, der berigtiger handlen.

Disse opgaver opnås der normalt kendskab til ved ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed, idet en ejendomsformidler beskæftiger sig med sådanne opgaver. Hvis der ikke er tale om ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed, må et tilsvarende kendskab dokumenteres.

På baggrund af de foreliggende oplysninger finder Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter, at De ikke har godtgjort at have et sådant praktisk kendskab til omsætning af fast ejendom, der svarer til 2 års ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har derfor ikke kunnet imødekomme Deres ansøgning.”

I anledning af klagen har Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i skrivelse af 27. september 2001 nærmere udtalt sig om det faktiske og retlige grundlag for afgørelsen. I skrivelserne anføres bl.a.:

”...

Den omtalte erklæring fra G, der ikke er udarbejdet af arbejdsgiveren ..., er dateret den 21. juni 2001. Det fremgår af erklæringen, at K har kendskab til fast ejendom, men ikke at hun har beskæftiget sig med ejendomsformidling. Selv hvis erklæringen var udarbejdet af arbejdsgiveren, indeholder den ikke oplysninger, som godtgør et sådant praktisk kendskab til omsætning af fast ejendom, der svarer til 2 års ansættelse i en ejendomsformidlingsvirksomhed.

Styrelsen vurderede på baggrund af erklæringerne fra B-bank A/S og C-banken A/S ..., at der ikke var fremlagt tilstrækkeligt dokumentation for praktisk kendskab til ejendomsformidling, da erklæringerne ikke beskriver, at K har beskæftiget sig med arbejdsopgaver, der giver praktisk kunnen i relation til ejendomsformidling.”

I skrivelse af 24. oktober 2001 kommenterede advokat A Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 27. september 2001. Ankenævnet anmodede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen om eventuelle bemærkninger til advokatens seneste skrivelse samt om nærmere oplysninger om styrelsens godkendelsespraksis, når praktisk kunnen ikke er opnået ved beskæftigelse hos en ejendomsformidler.

I skrivelse af 23. november 2001 udtalte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen herefter bl.a.:

”...

Endvidere vedlægges notat om styrelsens godkendelse af praktisk erfaring. Notatet er udarbejdet i 1995, men danner fortsat grundlag for styrelsens praksis på området.

Vikariaterne hos ... [ejendomsmæglerne] vil kunne godskrives under forudsætning af, at der modtages en arbejdsgivererklæring, som dokumenterer, at K har beskæftiget sig med relevante arbejdsopgaver i relation til omsætning af fast ejendom.

Dette ændrer imidlertid ikke på, at der skal fremlægges dokumentation for minimum 2 års praktisk erfaring. Det er styrelsens opfattelse, at denne dokumentation ikke foreligger, selvom der modtages fornøden arbejdsgivererklæring vedrørende ovenstående vikariater, idet der efter en samlet vurdering af oplysningerne i sagen ikke er fremlagt fornøden dokumentation for praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling i sammenlagt 2 år.

Styrelsen skal præcisere, at der ikke er tale om en kassering af erklæringerne fra C-bank og Hr. G. Styrelsen har foretaget en konkret vurdering af samtlige forelagte erklæring. Efter en samlet vurdering af den forelagte dokumentation er det imidlertid styrelsens opfattelse, at der ikke foreligger fornøden dokumentation for praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling i erklæringerne fra G og C-bank."

Af det vedlagte notat 12. september 1995 om styrelsens godkendelse af praktisk erfaring fremgår bl.a.:

" ...

Som beskrevet ... har styrelsen i forbindelse med administrationen af reglen i § 1, nr. 1, i bekendtgørelse om optagelse i Ejendomsmæglerregistret videreført den praksis, som Ejendomsmæglerkommissionen tidligere har fastlagt. Denne redegørelse bygger derfor på såvel afgørelser truffet af Ejendomsmæglerkommissionen som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Praksis.

1. Pengeinstitutter.

Ansatte i pengeinstitutter kan opnå godkendelse af praktisk kunnen, såfremt de kan dokumentere at have været beskæftiget med udlånsager i forbindelse med finansieringen af fast ejendom herunder hjemtagelse af kreditforeningslån, boligrådgivning af kunder i forbindelse med køb og salg af fast ejendom samt omprioriteringssager og udfærdigelse af boliglån.

Derimod kan arbejde i pengeinstitutters interne revisionsafdeling ikke godkendes og endvidere godkendes heller ikke rådgivning vedrørende investeringsforslag til bankens kunder herunder investering i pantebreve.

2. Realkreditinstitutter.

...

3. Advokatkontor.
...
4. Handels- og administrationsselskaber.
...
5. De danske landboforeninger og Dansk familielandbrug.
...
6. Tinglysningskontor.
...
7. Forsikringselskaber.
...
8. Revisionskontor.
...
9. Ansatte i kommuner.
..."

Ved skrivelser af 10. januar 2002 og 22. januar 2002 har henholdsvis advokat A henholdsvis Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremsat afsluttende bemærkninger til sagen.

Ankenævnet udtaler:

Af lov nr. 453 af 30. juni 1993 om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 7, fremgår, at en person, som ønsker optagelse i det af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen offentligt førte register over ejendomsmæglere, bl.a. skal opfylde de nærmere krav til praktisk kunnen vedrørende ejendomsformidling, som Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fastsætter. De nærmere krav til denne praktiske kunnen fremgår af bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1, hvorefter ansøgeren skal "dokumentere at have været ansat på heltid i mindst 2 år i en ejendomsformidlingsvirksomhed med arbejdsopgaver, der kan antages at have givet praktisk kendskab til ejendomsformidling, eller gennem anden beskæftigelse at have opnået en tilsvarende praktisk kunnen".

Ifølge Erhvervs- og Selskabsstyrelsens notat af 12. september 1995 om administrationen af disse regler kan ansatte i pengeinstitutter opnå godkendelse af praktisk kunnen, såfremt de kan dokumentere at have været beskæftiget med udlånsager i forbindelse med finansiering af fast ejendom herunder hjemtagelse af kreditforeningslån, boligrådgivning af kunder i forbindelse med køb og salg af fast ejendom samt omprioriteringssager og udfærdigelse af boliglån.

Ved erklæringerne af 5. april 2001 og 21. juni 2001 fra henholdsvis C-bank A/S ..., personaleafdelingen, henholdsvis daværende bankbestyrer for C-banken A/S, G findes K at have dokumenteret, at hun under sin ansættelse i C-banken A/S fra juni 1969 til august 1982 har været beskæftiget med arbejdsopgaver som omhandlet i styrelsens notat af 12. september 1995.

Ankenævnet ændrer derfor Erhvervs- og Selskabsstyrelsens afgørelse af 11. juli 2001 således, at K anses at opfylde de nærmere krav til praktisk kunnen i lov nr. 453 af 30. juni 1993 om omsætning af fast ejendom § 25, stk. 1 og stk. 2, nr. 7, jf. bekendtgørelse nr. 607 af 28. juni 1996 om optagelse i Ejendomsmæglerregistret § 1, nr. 1.

4.11. Offentlighedsloven/forvaltningsloven

27) Kendelse af 2. januar 2002. 01-166.540.

Aktindsigt nægtet.

Offentlighedslovens § 4 og forvaltningslovens § 9.

(Lise Høgh, Peter Erling Nielsen og Ulla Staal)

K har i en skrivelse af 10. juli 2001 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 4. juli 2001 (j.nr. 6263-0005) har afvist at behandle hans klage over visse pengeinstitutter samt afvist at tilsende ham transaktionslister fra Værdipapircentralen.

Sagens omstændigheder:

Ved skrivelse af 18. juni 2001 til Finanstilsynet klagede K over, at danske pengeinstitutter efter hans opfattelse havde medvirket til, at der hos ham ulovhjemlet var opkrævet udbytteskat. I skrivelsen anmodede han endvidere Finanstilsynet om at være ham behjælpelig med at få tilbagebetalt nævnte skat og om at tilsende ham nærmere angivne transaktionslister fra Værdipapircentralen samt for et åbent depot i A-bank.

Ved den påklagede afgørelse af 4. juli 2001 meddelte Finanstilsynet K, at tilsynet ikke kunne behandle klagen over pengeinstitutterne og henviste i stedet K til at rette henvendelse herom til Pengeinstitutankenævnet. Finanstilsynet meddelte endvidere, at tilsynet ikke er privatpersoner behjælpelig med at fremskaffe dokumenter fra tilsynsbelagte virksomheder.

Ved skrivelse af 24. juli 2001 anmodede Erhvervsankenævnet K om at indbetale gebyr på 2.000 kr. for behandling af klagen, idet det samtidig oplystes, at klagen i modsat fald ville blive afvist, jf. § 7, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet. I skrivelse af 28. juli 2001 bemærkede K hertil, at klage over afslag på aktindsigt er gebyrfri i medfør af samme bekendtgørelses § 7, stk. 3, og at ankenævnet alene skulle behandle den gebyrfri del af hans klage, som klagen over Finanstilsynets afslag på at tilsende ham transaktionslister efter hans opfattelse udgjorde.

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en skrivelse af 3. september 2001 blandt andet udtalt, at tilsynet ikke er i besiddelse af de transaktionslister, som K ønsker udleveret. På telefonisk forespørgsel herom har Finanstilsynet endvidere oplyst, at tilsynet heller ikke har været i besiddelse af transaktionslisterne.

I en skrivelse af 30. september 2001 har K anført, at hans krav på aktindsigt støttes på persondataloven.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnets behandling af en klage er kun gebyrfri, når klagen vedrører afslag på begæring om aktindsigt, jf. § 7 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december

1994 om Erhvervsankenævnet. Da K ikke har indbetalt det opkrævede gebyr, kan Erhvervsankenævnet alene behandle klagen over Finanstilsynets afslag på at tilsende ham transaktionslister, for så vidt tilsynets afgørelse herom er et afslag på aktindsigt.

Da Finanstilsynet ikke er og ikke har været i besiddelse af de transaktionslister, som K ønsker udleveret, tiltrædes det, at K's ret til aktindsigt ikke omfatter de nævnte transaktionslister, jf. offentlighedslovens § 4 og forvaltningslovens § 9.

Det bemærkes, at Erhvervsankenævnet ikke behandler klager over afgørelser vedrørende lov om behandling af personoplysninger.

5. STATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2002 modtaget 122 klagesager. Hertil kommer 32 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 154 sager er der afsagt kendelse i 27 sager. 91 sager er afsluttet på anden måde, heraf er 9 sager omgjort af styrelsen. 36 sager var fortsat under ekspedition ved årets udgang.

Af de 27 kendelser, der blev afsagt i 2002, førte 10 kendelser til ændring af den påklagede afgørelse. Styrelsens afgørelse blev stadfæstet i de øvrige 17 tilfælde. Ændringsprocenten har således udgjort 37%.

Oplysningerne for 2002 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2002:

Overført fra 2001:	32	
Indkommet i året:	122	
Til behandling ialt:		154
Afvist på grund af manglende gebyr:	63	
Afvist af andre grunde:	4	
Oversendt til anden myndighed:	5	
Omgjort af styrelsen:	9	
Tilbagekaldt af klager:	10	
Afsluttet uden kendelse ialt:	91	
Afgjort ved kendelse:	27	
Afsluttet ialt:		118
Uafsluttet den 31. december 2002:	36	

Kendelsesstatistik 2002:

De af ankenævnet afsagte kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

	Stadfæstet	Ændret	Afvist	I alt
Pengeinstitutter	3	2	0	5
Forsikring	1	1	0	2
Værdipapirhandel	2	1	0	3
Forsikringsmæg- ler	1	1	0	2
Firmapension	3	1	0	4
Aktie/Anparts- selskaber	2	2	0	4
Årsregnskab	4	1	0	5
Ejendomsomsæt- ning	0	1	0	1
Hjemmeservice	1	0	0	1
I alt	17	10	0	27