ERHVERVSANKENÆVNET

ÅRSBERETNING 2017
INDLEDNING

Hermed aflægger Erhvervsankenævnet beretning for nævnets virksomhed i året 2017.


Som bilag til beretningen er optaget loven, lovforslaget med bemærkninger og bekendtgørelsen om Erhvervsankenævnet samt en fortegnelse over de love, som er omfattet af ankenævnets kompetence.
1. FORMANDSKABETS BERETNING.................................................................................................6

2. ERHVERVSANKENÆVNETS SammuNÆTNG ..........................................................7

3. SAGSBEHANDLINGEN I ERHVERVSANKENÆVNET ..................................................9
   3.1 Ankenævnets organisation .................................................................................................9
   3.2 Ankenævnets kompetence ...............................................................................................10
   3.3 Indgivelse af klager .......................................................................................................11
   3.4 Sagens forberedelse ......................................................................................................12
   3.5 Sagens afgørelse ............................................................................................................13

4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSID ........................................................................15
   4.1. Selskabsloven ..................................................................................................................15
      1) Kendelse af den 26. april 2017 (J.nr. 2016-1639) 
         Tvivl om ejerforholdene ved aktieovergang .................................................................15
      2) Kendelse af den 10. maj 2017 (J.nr. 2016-12348) 
         Lån ikke ydet som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition ..........................25
      3) Kendelse af den 10. maj 2017 (J.nr. 2016-12907) 
         Lån ikke ydet som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition ..........................41
      4) Kendelse af den 11. maj 2017 (J.nr. 2016-13999) 
         Afvist registrering af fusion grundet manglende offentliggørelse og underskrevet fusionsplan ............................................................57
      5) Kendelse af den 18. juni 2017 (J.nr. 2015-12287) 
         Ingen uklarheder om adkomstforholdene vedr. de anmeldte registreringer .........67
         Anmodning om ændring af registreret selskabs navn ikke imødekommet ..........81
      7) Kendelse af den 29. august 2017 (J.nr. 17/00224) 
         Afslag på anmodning om straksregistrering .................................................................89
      8) Kendelse af den 28. september 2017 (J.nr. 17/00154) 
         Erhvervsstyrelsen afvisning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling kunne ikke påklages til Erhvervsankenævnet .................................................99
      9) Kendelse af den 29. november 2017 (J.nr. 17/01248) 
         Stadfæstet angående spørgsmål om ophævelse af foretagne registreringer. Hjemvist til fornyet behandling vedrørende fremtidige registreringer ...........................................111
4.2. Lov om erhvervsdrivende fonde

10) Kendelse af den 6. februar 2017 (J.nr. 2016-7406)
Deltagelse i sagsbehandling på bestyrelsesmøde. Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer. 137

Ikke partsstatus. Klagen afvist. ................................................................. 154

12) Kendelse af den 26. april 2017 (J.nr. 2016-12324)
Anmodning om ændring af fonds formål ikke imødekommet. ......................... 169

13) Kendelse af den 14. juli 2017 (J.nr. 17/00276)
Descendent anset som part i fondsmyndighedens tilsyn. ................................ 181

14) Kendelse af den 17. juli 2017 (J.nr. 2015-14293)
Nægtelse af tilladelse til vedtægtsændringer i erhvervsdrivende fonds fundats. ....... 204

15) Kendelse af den 21. december 2017 (J.nr. 17/01400)
Klager havde ikke partsstatus i henhold til klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse om at give 2 bestyrelsesmedlemmer dispensation for fondens krav om en vedtægtsbestemt udpegningsperiode ......................................................................................... 264

4.3. Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv.

16) Kendelse af den 24. oktober 2017 (J.nr. 2016-12521)
Finanstilsynet var ikke berettiget til at afvise anmodningen om registrering under henvisning til anvendelsen af gearing. ................................................................. 285

4.4. Lov om finansiel virksomhed

17) Kendelse af den 6. marts 2017 (J.nr. 17/00398)
Ikke part og anmodning om aktindsigt i alle oplysninger ikke imødekommet. .......... 315

18) Kendelse af den 6. april 2017 (J.nr. 17/00454)
Afslag på anmodning om aktindsigt. ................................................................. 326

19) Kendelse af den 18. april 2017 (J.nr. 17/00696)
Anmodning om aktindsigt efter offentlighedsloven ikke imødekommet. .................... 342

20) Kendelse af den 1. november 2017 (J.nr. 17/01555)
Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet, da der forelå skærpet tavshedspligt. ..... 356

4.5. Årsregnskabsloven

21) Kendelse af den 18. maj 2017 (J.nr. 2016-14309)
Afslag på anmodning om fritagelse for afgift grundet ikke rettidig årsrapport .......... 366

22) Kendelse af den 30. august 2017 (J.nr. 17/00340)
Betingelserne for fravalg af revision var ikke opfyldt. .......................................... 376
23) Kendelse af den 10. oktober 2017 (J.nr. 17/00232)
Betingelserne for fravalg af revision var ikke opfyldt. ........................................399

24) Kendelse af den 2. november 2017 (J.nr. 2016-6567)
Produktionsmetoden vedr. registrering af sponsorindtægter var i strid med årsregnskabsloven. .................................................................406

25) Kendelse af den 23. november 2017 (J.nr. 17/01203)
Stadfæstet, offentlig bekendtgjort årsrapport kunne ikke omgøres med en ny........438

4.6. Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer .............................................445

26) Kendelse af den 7. september 2017 (J.nr. 17/00715)
Godkendelse til aflæggelse af egentidsprove tilbagekaldt. .........................................445

27) Kendelse af den 29. november 2017 (J.nr. 17/00955)
Klager havde ikke opnået tilstrækkeligt og egnet revisorbevis, hvorfor påtale kunne tiltrædes .................................................................461

4.7. Hvidvaskloven ........................................................................................................481

28) Kendelse af den 7. august 2017 (J.nr. 17/00338)
Stadfæstet, at klager skal legitimere og identificere sine kunderelationer og herved klarlægge den enkelte ejer- og kontrolstruktur. .........................................481

4.8. Forvaltningsloven ..................................................................................................502

29) Kendelse af 23. juni 2017 (J.nr. 17/00975)
Ikke meddelt aktindsigt i Finanstilsynets interne e-mailkorrespondance samt oplysninger om andre fonde.........................................................502

5. SAGSTATISTIK .........................................................................................................509
BILAG:

1. Lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer
2. Lovforslag nr. 85 med bemærkninger til lov nr. 858 af 23. december 1987 om Erhvervsankenævnet
4. Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.
1. FORMANDSKABETS BERETNING


I 2 tilfælde har de indklagede myndigheder under sagsbehandlingen i nævnet ændret deres afgørelse på en sådan måde, at afsigelse af kendelse har kunnet undlades.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager afgjort ved kendelse har udgjort 7,8 måneder, der inkluderer den tid, som medgår til høring af en sags parter. Sagsbehandlingstiden for hver sag fremgår af de enkelte kendelser, der er optrykt i kapitel 4.

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

Jan Uffe Rasmussen
formand

Steen Mejer
næstformand
2. ERHVERVSANKENÆVNETS SAMMENSÆTNING


I året 2017 har ankenævnet bestået af følgende:

**Formandskab:**
Landsdommer Jan Uffe Rasmussen, formand
Landsdommer Steen Mejer, næstformand

**Medlemmer:**

**Med kendskab til erhvervsforhold:**
Advokat Lise Høgh
Advokat Finn Møller
Advokat Anders Hjulmand
Advokat Carsten Møllekilde
Advokat Monica Reib
Advokat Niels Walther-Rasmussen
Advokat Piya Mukherjee
Advokat Lone Møller
Advokat Allan Sørensen (pr. 01/11-17)
Statsaut. revisor Kirsten Aaskov Mikkelsen
Revisor, Cand.merc.aud. Finn Louis Meyer
Statsaut. revisor Arne Nabe Poulsen
Statsaut. revisor Gert Fisker Tomczyk

**Med kendskab til erhvervsfondsforsøg:**
Advokat Carsten Fode
Advokat Sys Rovsing
Direktør                Jørgen Tandrup
Afdelingsleder          Knud T. Martens

Med kendskab til kapitalmarkedsforhold:
Global Head of BRICS    Malene Stadil
Underdirektør           Anders Holkmann Olsen

Med kendskab til forsikringsmatematik:
Direktør, cand.act.     Frank Cederbye
Aktuar                 Sverre Eske Lorenzen (pr. 28/06-17)

Med kendskab til nationaløkonomi:
Professor              Allan Sørensen (pr. 28/06-17)

Med kendskab til realkredit:
Sekretariatschef       Susanne Nielsen

Med kendskab til finansielle forhold:
Afdelingsdirektør       Steen Juul Petersen (pr. 01/11-17)
Professor (MSO)         Christian Riis Flor (pr. 28/06-17)
Chefjurist              Flemming S. Pristed (pr. 28/06-17)

Sekretariatet har bestået af:
Sekretariatsleder       Søren Tukjær
Cand.jur.               Lars Kristian Kjær

Ankenævnets adresse:
Erhvervsankenævnet
Nævnernes Hus
Toldboden 2, 8800 Viborg
Tlf.: 72 40 56 00
E-mail: ean@navneneshus.dk
Hjemmeside: https://naevneneshus.dk/
Afgørelsесportal: https://ean.naevneneshus.dk/
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 4) 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.


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

Formandskabet består for tiden af formanden og en næstformand. Ved udgangen af 2017 var antallet af sagkyndige medlemmer 26. 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 nødsættes 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 fondsretlige forhold, skal de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særlig kendskab til området (bekendtgørelsens § 5, stk. 2, 1. pkt.). Bekendtgørelsens § 5, stk. 2, er i den nye bekendtgørelse nr. 1135 af 13. oktober 2017 om Erhvervsankenævnet blevet udvidet. Det betyder, at i tilfælde hvor afgørelsen vedrører en vedtægtsændring eller en frivillig opløsning ved likvidation i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde, der forudsætter Civilstyrelsens samtykke, skal mindst en af de i bestemmelsens 1. pkt. nævnte sagkyndige have særligt kendskab til permutationsretlige forhold.

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. 3). Dette svarer til § 5, stk. 3, i den dagældende bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994.

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 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 4 indeholder en fortægelse over love og an-
ordninger, som er omfattet af ankenævnets kompetence.


Det forekommer i et vist omfang, at styrelserne efter anmodning afgiver vejledende udtalelser om forståelsen af en lovbestemmelse eller lignende. Det vil bero på et konkret skøn efter forholdene i hver enkelt sag, om udtalelsen må sidestilles med en afgørelse, og således omfattet af nævnets kompetence.

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

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

### 3.3 Indgivelse af klager

Klage indgives skriftligt via e-mail til adressen ean@naevneneshus.dk eller pr. post til Erhvervsankenævnets sekretariat, Nævnenes Hus, Toldboden 2, 8800 Viborg. Klagen skal være skriftlig og affattet på dansk (bekendtgørelsens § 6 og 7, stk. 1).

Klagefristen er typisk 4 uger. Fristen er ikke fastsat i loven om ankenævnet, men følger af de enkelte bestemmelser, der fastlægger ankenævnets kompetence.
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 indbetaltes 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, tilbagebetaltes 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

Sagens forberedelse indledes med, at nævnets sekretariat anmoder indklagede om en udtalelse om sagen, en redegørelse for sagens faktiske og retlige omstændigheder og
sagens akter (bekendtgørelsens § 11, stk. 1). Indklagedes svar bliver forelagt for klageren til udtalelse (bekendtgørelsens § 12, stk. 1). Formanden kan herefter bestemme, at der skal udveksles yderligere skriftlige 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 til støtte for klager eller indklagede. 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, hvorved den pågældende får mulighed for at udtale sig i sagen.

Selv om ankenævnet selvsagt i vidt omfang må støtte sig til de oplysninger, der modtages fra parterne, påhviler det ankenævnet 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 således ikke er behov for yderligere indlæg, bestemmer formanden, 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 et udkast til kendelse, der fremsendes til de sagkyndige sammen med sagens akter. Afgørelsen træffes herefter 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 læde 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 mundt-
lige 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 beslutning om mundtlig forhandling, sker der forinden en sædvanlig skriftlig forberedelse. Mundtlig forhandling har været anvendt i begrænset omfang.

Afgørelsen i sagen træffes af nævnets medlemmer ved simpelt stemmeflertal. Er afgørelsen ikke truffet i enighed, skal afgørelsen indeholde mindretallets opfattelse (bekendtgørelsens § 15, stk. 1 og 2).

Nævnets afgørelse vil foreligge i form af en kendelse, der fremsendes 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 tavshedsplictregler, som følger af de enkelte love, f.eks. lov om finansiel virksomhed.

Ankenævnet er uafhængigt. Nævnets 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 forvaltningsens afgørelser. Der er fastsat en frist på 8 uger for indbringelse af Erhvervsankenævnets afgørelser efter lov om værdipapirhandel mv., jf. lovens § 88, stk. 4.
4. ERHVERVSANKENÆVNETS PRAKSIS

I dette kapitel omtales samtlige kendelser afsagt af Erhvervsankenævnet i året 2017.

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

4.1. Selskabsloven

1) Kendelse af den 26. april 2017 (J.nr. 2016-1639)
Tvivl om ejerforholdene ved aktieovergang
Selskabslovens §§ 9, stk. 1, og 16, stk. 3
(Monica Reib, Niels Walther-Rasmussen og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 21. marts 2016 anført blandt andet:

"Faktiske forhold
Erhvervsstyrelsen modtog den 17. december en e-mail fra B, som gjorde indsigelse mod. at fusionen mellem ... [K1, CVR-nr. ..., og K2, CVR-nr. ....,] blev gennemført. B gjorde opmærksom på, at forslaget om gennemførsel af fusionen blev nedstemt den 22. oktober, og generalforsamlingen i K2 den 17. december ikke var lovligt indkaldt, så hans klient, C, således ikke kunne benytte sine forvaltningsmæssige befojelser på generalforsamlingen.


A angav, at C havde misligholdt aktionæroverenskomsten, og Cs aktier som
følge heraf var overdraget til de aktionærer, der havde gjort deres forkøbsret gældende. Sidst gjorde A opmærksom på, at A ikke mente, at Erhvervsstyrelsen havde hjemmel til at nægte registrering på baggrund af selskabslovens § 16, stk. 3, da beslutningen om gennemførsel af fusionen var lovligt vedtaget. A anførte desuden, at Erhvervsstyrelsen ikke var kompetent til at træffe af gørelse om misligholdelse af aktionæreroverenskomsten.


Den 15. februar 2016 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse i sagen.”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 15. februar 2016 hedder det blandt andet:

"Erhvervsstyrelsen har ud fra indkommende oplysninger, ..., konstateret, at der er tvivl om ejerforholdet i selskabet, da parterne ikke er enige omkring, hvorvidt der er sket overdragelse af Cs aktier. Som følge heraf er der uenighed omkring lovligheden af generalforsamlingsbeslutningen vedr. gennemførslen af fusionen. En sådan tvist omkring ejendomsretten til kapitalandelen i et selskab henhører under domstolene. Erhvervsstyrelsen kan som registreringsmyndighed ikke foretage den nødvendige bevisvurdering af parternes påstande.

På baggrund heraf er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at gennemførslen af fusionen ikke kan finde sted før, der er skabt klarhed om ejerforholdet og dermed lovligheden af den generalforsamling, hvor gennemførslen af fusionen blev vedtaget, jf. selskabslovens § 16, stk. 3.”

I klageskrivelse af 24. februar 2016 har advokat A anført blandt andet:

"Forholdet er nærmere det, at der den 17. december 2015 blev gennemført en generalforsamling, hvor der blev truffet beslutning om fusion. Fusionen skete på grundlag af de på daværende tidspunkt registrerede ejerforhold i henhold til ejerbogen og i Det Offentlige Ejerregister.

Ligeledes var generalforsamlingen blev indkaldt ud fra det registrerende i ejerbogen og Det Offentlige Ejerregister. …

Om der så kan være et ansvar for undertegnede, der har foretaget registreringerne, er så en anden sag.

Det er korrekt, at der forud for generalforsamlingen var sket en overdragelse af aktionæren Cs aktier til andre aktionærer i selskabet.

Denne overdragelse blev registreret i Det Offentlige Ejerregister, efter at overdragelsen var effektueret den 1. december 2015.

Til illustration af grundlaget for overdragelsen af aktierne vedlægger jeg et uddrag af korrespondancen m.v.

... Som det fremgår ... [heraf] blev der ikke fra Cs daværende advokat gjort indsigelse til Erhvervsstyrelsen mod overgang af aktier, og overgangen blev således også registeret i Det Offentlige Ejerregister efter en forudgående registrering i selskabets ejerbog.

Efter overgangen var effektueret, jf .... korrespondance[n], blev der indkaldt til generalforsamling til afholdelse den 17. december 2015.

Ej heller på dette tidspunkt blev der gjort indsigelse fra Cs advokat overfor Erhvervsstyrelsen med henblik på at få ændret registreringen af ejerbo-gen/Det Offentlige Ejerregister. C var klar over, at der var indkaldt til generalforsamling.

Derimod blev der, som det fremgår af skrivelsen, fremsat et erstatningskrav mod de aktionærer, der havde købt aktierne, bestyrelsen og undertegnede og varslet en voldgiftssag.

Først den 16. december 2015 kl. 17:40 fremsendte Cs nuværende advokat en protest til undertegnede, og så vidt jeg kan se, skrev han næste dag til Erhvervsstyrelsen.

Indsigelsen gik i al væsentlighed på, at generalforsamlingen den 17. december 2015 ikke var lovlig indkaldt, da den tidligere ejer ikke var indkaldt til generalforsamlingen.

Da undertegnede blev gjort bekendt med mailen til Erhvervsstyrelsen, var generalforsamlingen i gang. Som omtalt vedtog generalforsamlingen fusionen.


For fuldstændighedens skyld skal jeg dog vedrørende den materielle overdragelse af aktier fra C til andre aktionærer i selskabet bemærke følgende:
Som det også fremgår af ... korrespondance[n] var forholdet det, at C på generalforsamlingen den 22. oktober 2015 gjorde gældende, at den mellem aktionærene indgåede aktionæreroverenskomst ikke skulle respekteres i relation til de stemmeregler, der var gældende i henhold til aktionæreroverenskomsten, og at det i stedet var selskabets vedtægters stemmeregler, der skulle finde anvendelse. Dirigenten var derfor naturligvis nødsaget til at se bort fra den mellem aktionærene indgåede aftale og i stedet anvende stemmereglerne i selskabets vedtægter. Havde stemmereglerne i aktionæreroverenskomsten været anvendt, ville fusionen have været vedtaget. Fusionen blev imidlertid ikke vedtaget, da der ikke var tilstrækkelige stemmer, der stemte for fusionen i henhold til vedtægterne.


Ejendomsretten til Cs aktier overgik derfor den 1. december 2015 til de aktionærer, der havde gjort deres forkøbsret gældende. Overgangen af aktierne blev som ovenfor anført indført i selskabets ejer og anmeldt til registrering og efterfølgende registrerer i Det Offentlige Ejerrегистre.

Bestyrelsens bortsalg af aktier var således i oversensstemmelse med aktionæreroverenskomstens regler, og de øvrige aktionærers køb af aktierne er således ikke retsstridigt. Der er ikke tvivl om ejerforholdet i selskabet på tidspunktet, hvor fusionsgeneralforsamlingen den 17. december 2015 blev afholdt.

Det er således min opfattelse, at Erhvervsstyrelsen ikke burde have truffet den afgørelse, som Erhvervsstyrelsen traf, og dette er baggrunden for, at Erhvervsstyrelsens afgørelse påklages til Erhvervsankenævnet. Erhvervsstyrelsen burde ikke have nægtet registreringen af en beslutning, der er truffet på en lovlig indvarslet generalforsamling og truffet med et gældende flertal af stemmer, jf. selskabslovens § 16, stk. 2, jf. § 9, stk. 1.

Erhvervsankenævnet bør således hjemvise Erhvervsstyrelsens afgørelse til fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen, hvorefter registrering af fusionen mellem K kan finde sted.

Afslutningsvis bemærker jeg, at en nægtelse af at registrere fusionen har helt uoverskuelige konsekvenser, idet det fusionerede selskab og/eller de fusionerede selskaber reelt ikke har en retsevne, da fusionen jo reelt har virkning fra den blev vedtaget på generalforsamlingen den 17. december 2015, såfremt det under en senere voldgiftssag måtte vise sig, at aktieoverdragelsen fra C var fuldt ud berettiget som følge af Cs misligholdelse af aktionæreroverenskomsten. Ingen af selskaberne kan således reelt foretage de for et selskab
nødvendige dispositioner, og herunder vil der allerede i forbindelse med regnskabsafslæggelsen og afholdelse af generalforsamling i april/maj måned 2016 opstå alvorlige problemer. Også på dette grundlag er det min opfattelse, at der bør ske en registrering, og parterne herefter må henvises til at føre en voldgiftssag vedrørende overdragelsen af aktier - enten i relation til en tilbagelevering af aktierne (K2 er det fortsættende selskab) eller i relation til et erstatningskrav, som også tidligere er varslet af såvel Cs tidligere advokat som nuværende advokat.”

I ovennævnte skrivelse af 21. marts 2016 har Erhvervsstyrelsen om sagens retslige omstændigheder udtalt:

"Retlige forhold
Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at hvis Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Det fremgår af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009, at tvivl om lovligheden af registrerede og anmeldte forhold, bl.a. gør sig gældende i tilfælde, hvor der er tvivl om adkomsten til et selskab
...
Det fremgår endvidere af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009, at bevisbedømmelse ligger uden for Erhvervsstyrelsens kompetence
...

Styrelsens bemærkninger til As klage
...
Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse er parterne uenige om, hvorvidt der er sket en overdragelse af Cs aktier i K2. Erhvervsstyrelsen er i den forbindelse af den opfattelse, at [advokat] B på vegne af C ved sin e-mail den 17. december 2015 og igen den 11. januar 2016 netop gør opmærksom på, at der er uenighed omkring, hvorvidt aktieoverdragelsen var lovlig. Som følge uenigheden omkring ejendomsretten til kapitalandelene i K2 er det Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ligeledes er uenighed omkring lovligheden af generalforsamlingsbeslutningen vedr. gennemførslen af fusionen mellem K.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen ikke kan foretage en bevisvurdering i forhold til parternes påstande og de indgivne dokumenter, da falder uden for styrelsens kompetence og henhører under domstolene. Dette fremgår direkte af bemærkningerne til selskabslovens § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009.

Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke vurdere parternes påstande i forhold til, hvorvidt beslutningen om gennemførslen af fusionen mellem K er lovligt vedtaget - heller ikke i forhold de anførte påstande i forbindelse med klage-
sagen. Erhvervsstyrelsen bemærker afslutningsvis, at Erhvervsstyrelsen der-
til ikke kan vurdere parternes påstande i forhold til, hvorvidt noteringen i
ejerbogen eller registreringen i det offentlige ejerregister er korrekt. Dette
spørgsmål henhører ligeledes under domstolene.

...”

Advokat B, der på vegne af C er indtrådt i sagen til støtte for Erhvervsstyrelsen, har
ved skrivelse af 18. april 2016 anført blandt andet:

”... Først og fremmest henviser jeg til mine breve af 17. december 2015 og 11.
januar 2016 til Erhvervsstyrelsen. Det i disse breve anførte fastholdes i sin
hælhed og nedenstående er således udelukkende at betragte som supplerende
kommentarer i anledning af advokat As brev dateret den 24. februar 2016.

Indledningsvis bemærker jeg, at det ikke fremgår af klagen, hvem advokat
A representerer i denne sag.

Sagens overordnede tvistepunkt er den omstændighed, at advokat A gør
gældende, at han har været berettiget til at notere de min klient tilhørende
aktier overført til nogle tredjemænd ved en angivelig - ikke dokumenteret -
registrering i ejerbogen og en registrering i det offentlige ejerregister. Der-
med mener advokat A også, at fusionsbeslutningen den 17. december 2015
can registreres.

På vegne min klient gøres det deroverfor gældende, at den således (angive-
ligt for så vidt angår ejerbogen) registrerede overgang af aktier er uhjemlet,
uberettiget og retsstridig, og at fusionsbeslutningen den 17. december 2015
af samme grund ikke kan registreres i Erhvervsstyrelsen.

Den centrale bestemmelse i relation til afgørelsen af den foreliggende tvist
er selskabslovens § 16, stk. 3:

"Bliver Erhvervsstyrelsen bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af fo-
retagne eller anmeldte registreringer. kan styrelsen træffe beslutning om, at
registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed
om forholdet. Anmelderen skal have skriftlig meddelelse om, at registrering
ikke kan finde sted, og om begrundelsen herfor. Erhvervsstyrelsen kan end-
videre i styrelsens it-system offentliggøre en meddelelse om grundlaget for
styrelsens beslutning."

Det afgørende kriterium i relation til nægtelse af registrering af en given be-
slutning er således, om der er ”..tvivl om lovligheden..”. Dette kriterium er
utvivlsomt opfyldt i nærværende sag.

Det skal også bemærkes, at det drejer sig om ”.. foretagne..” eller
”..anmeldte..” dispositioner. Det er derfor ikke en korrekt antagelse, når adv-
vokat A i sit brev skriver. at ”..C ikke efter-
Følgende kan gøre indsigelse overfor Erhvervsstyrelsen.”,... Advokat A overser i den forbindelse, at bl.a. Cs møde-, tale- og spørgsmålsret er groft tilsidesat ved den undladte indkaldelse af C med henvisning til den uhjemlede og uretmæssige tegnelse af Cs aktier.

Af forarbejderne til selskabslovens § 16, stk. 3 (Lovforslag nr. 170 2008/2009) fremgår følgende:

”.. Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forhold, eksempelvis fordi der er tvivl om ejerskabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan [Erhvervsstyrelsen] ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi ingen af de to kapitalejer har majoriteten af stemmerne.

I stk. 3 foreslås det derfor, at [Erhvervsstyrelsen] kan træffe beslutning om at stille indgivne anmeldelser om registreringer i bero, indtil forholdet er afklaret, f eks. ved at ejerskabet til kapitalandelene er afklaret. Dette kan ske ved, at styrelsen blokerer for selvregistrering i styrelsens it-system eller ved, at modtagne anmeldelser sættes i bero i styrelsen.


Efter de gældende regler er det ikke muligt for offentligheden at få kendskab til, at der i et konkret selskab er tvivl om ejerforholdene. Det vurderes imidlertid, at det er relevant for offentligheden, herunder eventuelle fremtidige aftalepartnere mv., at få kendskab til denne tvivl. Det foreslås som følge heraf i stk. 3, 2. pkt., at [Erhvervsstyrelsen] i styrelsens it-system kan offentliggøre oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene.

Hvor der er tvivl om ejerforholdene i selskabet, er det [Erhvervsstyrelsen] erfaring, at konflikter omkring selskabet blandt andet medfører, at de pågældende modstridende parter ikke kan blive enige om, hvem der skal lede selskabet og dermed være registreret som ledelse i [Erhvervsstyrelsen] it-system. Efter de gældende regler fører det til, at de to parter i tvisten tager gentagne registreringer eller anmeldelser om ledelsesændringer i det pågældende selskab. Det bliver således tilfældigt, hvem der på et givent tidspunkt er registreret som ledelse i selskabet.”

Den foreliggende situation er således kerneområdet for selskabslovens § 16, stk. 3. I modsat fald kunne en ejerbogsforber til enhver tid, som tilfældet er i nærværende sag, alliere sig med en eller flere aktionærer i et kapitalselskab
og så efter forgodtbefindende - og uden konsekvenser - registrere overgang af de øvrige aktionærers aktier - alt efter majoritetens ønske, og derefter baseret på de pågældende aktier træffe beslutninger i selskabet, som de pågældende aktionærer ikke for den uretmæssige tilegelse ville have været i stand til at gennemføre. Dette er selvsagt ikke retsstillingen.

Advokat A gør på vegne K2 gældende, at anmeldelsen til ejerregisteret er korrekt, og at fusionsbeslutningen truffet på generalforsamlingen den 17. december 2015 derfor er gyldig.

Imidlertid kan advokat A ikke fremlægge et eneste dokument, der godtgør, at advokat A har været berettiget til som ejerbogsforer at anmelde en overdragelse til Erhvervsstyrelsen - endside gennemføre registreringen i Selskabets ejerbog. Erhvervsstyrelsen har således hverken i form af aftaledokument, dom, voldgiftsafgørelse eller forlig modtaget dokumentation for det af advokat A anførte anbringende om, at overgangen af aktierne som anmeldt af A er hjemlet. Advokat As anbringende hviler til syneladende på et uklart anbringende om, at C skulle have misligholdt aktionæroverenskomsten. Dette bestrides selvsagt.

I og med at et sådant overdragelsesdokument ikke kan fremlægges (og heller ikke er fremlagt), og overdragelsen i øvrigt er udokumenteret og bestridt af C, må det lægges til grund, at ingen berettiget aktieoverdragelse er dokumenteret sket. Det betyder, at såvel anmeldelsen til Ejerregisteret som fusionsbeslutningen den 17. december 2015, som C ubestridt ikke var indkaldt til - og som i øvrigt også lider af andre selskabsretlige mangler, ikke er gyldige. Der er udtaget stævning ved Retten i Holstebro, om generalforsamlingens gyldighed og validiteten af anmeldelserne til Erhvervsstyrelsen.

Det er i relation til det ovenfor anførte også vigtigt at fastslå, at de aktier, som uretmæssigt er taget fra C, var udsalgsgivende, for så vidt angår fusionsbeslutningen. Fusionsforslaget var således fremsat på generalforsamlingen den 22. oktober 2015, hvor det ikke kunne samle et fornødent flertal, ford i bl.a. C stemte imod fusionen. Det var således umiddelbart herefter, at advokat A sammen med nogle - indtil videre unavngivne - personer for at få fusionen fremmet igangsatte processen med den uretmæssige overtagelse af Cs aktier, jf. den tidligere fremlagte korrespondance mellem advokat D og advokat A.

Det siger sig selv, at advokat As anbringende om, at advokat D skulle have ageret i strid med aktionæroverenskomsten på en måde, der skulle berettiget aktieovergangen ikke er holdbart og har i øvrigt ikke været prøvet ved en voldgift. I øvrigt er det uden for enhver tvivl, at det er dirigentens afgørelse efter hvilke afstemningsregler en afstemning på en generalforsamling finder sted. Det er ikke generalforsamlingens - eller for den sags skyld en enkelt aktionærers - afgørelse.

Under alle omstændigheder er det i hvert fald - også allerede af den grund, at aktieovergangen er bestridt af C - helt åbenbart, at der er ”.. tvivl om lovligenheden.” af den foretagne registrering af aktieovergangen og dermed også
Der foreligger i øvrigt ikke et tilstrækkeligt grundlag for anmeldelsen af aktieovergangen, og fusionsbeslutningen er - utvivlsom - i konsekvens heraf ugyldig.


Indtil nu har Selskabet dog end ikke ville fremlægge Selskabets ejerbog, og det er derfor fortsat usikkert, om C fortsat er anført som ejer af Selskabet. Oplysningen om, at C ikke er anført som ejer i ejerbogen, er således udelukkende baseret på advokat A's udokumenterede udsagn.

Med hensyn til det af advokat A anførte omkring de ”...helt uoverskuelige konsekvenser...” af en manglende registrering bemærker jeg primært, at anbringendet er fuldstændigt irrelevant i relation til selskabslovens § 16, stk. 3.

Sekundært gøres det gældende, at konsekvensen af den manglende registrering af fusionen blot er, at de eksisterende selskaber fortsætter uændrede - dvs. som hidtil. Der er således ikke tale om ”uoverskuelige konsekvenser" som anført af advokat A.

Ex tuto bemærkes det, at selv om der måtte være tale om sådanne konsekvenser, vil Selskabet/advokat A fortsat - selvagt - skulle respektere Cs ejendomsret, og da som et minimum lade en voldgiftssag afgøre, om de synspunkter, som advokat A (Selskabet?) gør gældende, er juridisk holdbare, inden advokat A bistår i forbindelse med den uretmæssige overdragelse af aktierne. Dette er, som det er fremgået, ikke sket.

Endelig kan jeg som et præjudikat henvise til Erhvervsankenævnets kendelse af 25. marts 2011 journaliseret under 2010-0022720. Af denne kendelse fremgår følgende af begrundelsen:

”...Erhvervsankenævnet finder efter de modstridende oplysninger om ejerskabet til anparterne i B ApS, at der har foreligget en sådan tvivl herom, at Erhvervsstyrelsen ikke kunne med tilstrækkelig klarhed kunne fastslå, om den foretagne registrering af Cs udtræden som direktør i selskabet er blevet til på grundlag af en lovlig generalforsamlingsbeslutning eller anden lovlig beslutning. Ankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervsstyrelsen på selskabelts tegningsregel har offentliggjort en tilføjelse om, at »[Erhvervsstyrelsen] skal henlede opmærksomheden på, at der er uenighed om ejendomsretten til anparterne i selskabet og hermed de foretagne registreringer«, samt at styrelsen har offentliggjort en meddelelse på selskabet om, at »så længe der er
uenighed, kan der ikke foretages registrering af ændringer i selskabet, heller ikke via Webreg medmindre parterne er enige herom”

Også Erhvervsankenævnets praksis støtter således registreringsnægtelsen efter selskabslovens § 16, stk. 3.

…”

Advokat A er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at bliver Erhvervsstyrelsen bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Erhvervsankenævet tiltræder ud fra de foreliggende oplysninger om uenigheden om adkomstforholdene til K2, at der foreligger en sådan tvivl om lovligheden af generalforsamlingsbeslutningen om fusion af K, at styrelsen har nægtet at registrere anmeldelsen før der er skabt klarhed om ejerforholdet, jf. § 16, stk. 3. Afklaring af ejerforholdene er et anliggende, der i mangel af at enighed eller aftale om voldgiftsbehandling til fastlæggelse heraf, henhører under domstolene. Ankenævnet bemærker herved, at der ifølge det af advokat B oplyste således også er udtaget stævning ved Retten i Holstebro om generalforsamlingens gyldighed og validiteten af anmeldelserne til Erhvervsstyrelsen.

2) Kendelse af den 10. maj 2017 (J.nr. 2016-12348)
Lån ikke ydet som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition
Selskabslovens §§ 210, 212 og 215 og årsregnskabslovens § 137, stk. 7.
(Anders Hjulmand, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2016 hedder det:

"Ulovligt udlån til virksomhedens kapitalejer/ledelse i årsrapporten for 2014/2015 for K - CVR-nr. ...."


Virksomhedens årsrapport er udtag til kontrol, og Erhvervsstyrelsen har konstateret, at der er ydet et lån til virksomhedens kapitalejer/ledelse.

Styrelsen har på denne baggrund sendt en anmodning om oplysninger til selskabets ledelse den 18. juli 2016. I anmodningen blev selskabets ledelse bedt om at redegøre for forholdene omkring udlånet til selskabets kapitalejer/ledelse.

Styrelsen har på denne baggrund sendt en anmodning om oplysninger til selskabets ledelse den 18. juli 2016. I anmodningen blev selskabets ledelse bedt om at redegøre for forholdene omkring udlånet til selskabets kapitalejer/ledelse.


Den 19. september 2016 har styrelsen modtaget bilag på betalinger fra de to selskaber for 2013 og 2014. De indsendte bilag vedrører en lang række forskellige transaktioner, herunder køb af forskellige løsrøre og betaling af forskellige forsinkringer. Idet det ud fra styrelsens forståelse af bilagende, om-
handler betalinger til tredjemand fra de to selskaber, finder styrelsen dem ikke relevante for sagens behandling.


**Styrelsens vurdering**

Udlån fra et kapitalselskab til et personselskab, hvor ejerkredsen/ledelsen helt eller delvist er sammenfaldende, er som hovedregel omfattet af selskabslovens § 210, stk. 1. Der findes enkelte undtagelser til forbuddet, herunder selskabslovens § 212.

Efter gennemgang af det ovenstående finder styrelsen det ikke sandsynliggjort, at mellemværendet mellem K og B, der er i selskabets favør, er omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at de modtagne bilag samt samarbejdsaftalen ikke har sandsynliggjort, at lånet er et almindeligt forrentningsmellemværende, som både er sædvanlig for selskabet samt branchen.

Læs evt. mere og få svar på en række af de oftest stillede spørgsmål om ulovlige kapitalejerlån på https://erhvervsstyrelsen.dk/ulovlige-kapitalejer-laan.

Styrelsen er bekendt med, at årsrapporten for 2015/2016 er modtaget, og der stadig fremgår et lån til B, som er indregnet til kr. 888.873.

**Afgørelse**

På baggrund af ovenstående påbyder Erhvervsstyrelsen:

1. Virksomhedens ledelse at søge det ulovlige lån tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter
2. Virksomheden at de to kommende årsrapporter skal revideres

**Ad. 1 - Det ulovlige lån skal tilbagebetales**

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomhedens ledelse at søge lånet inklusive lovpligtige renter inddrevet straks, hvis lånet er ulovligt. Afgørelsen er truffet i medfør af selskabslovens § 210.

I skal indsende dokumentation til Erhvervsstyrelsen for, at lånet er tilbagebetalt. Styrelsen skal modtage dokumentationen senest 5. december 2016. Som dokumentation skal der indsendes to erklæringer til styrelsen:

- en erklæring fra virksomhedens ledelse og
- en erklæring fra en godkendt revisor
Begge erklæringer skal indeholde oplysninger om, at lånet er tilbagebetalt til virksomheden med tillæg af lovpligtige renter, og at der ikke længere er registreret et lån i strid med selskabsloven. Vær opmærksom på, at renterne skal beregnes for hele lånets løbetid.

Erklæringen fra revisor skal være afgivet med høj grad af sikkerhed og opfylde betingelserne i erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed.

For at lette sagsbehandlingen opfordrer vi dig til at sende dokumentationen til mailadressen nedenfor med angivelse af sagens journalnummer.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til virksomheden, indeholder de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab.

Hvis skyldneren ikke kan betale, kan ledelsen som et alternativ til ovennævnte erklæringer indsende:

- En erklæring med begrænset sikkerhed afgivet af en godkendt revisor, hvori revisor erklærer, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso. Erklæringen skal være afgivet i overensstemmelse med erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed,
- en udtalelse fra en uvildig advokat om, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso, eller
- en erklæring fra en offentlig instans (f.eks. en udskrift fra fógedbogen) om, at skyldneren er insolvent.

Hvis styrelsen ikke modtager ovennævnte dokumentation inden for den fastsatte frist, vil medlemmerne af virksomhedens ledelse blive pålagt tvangsboder, indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen.

Hvis I mener, at der er tale om et lovligt udlån, skal I indsende en begrundet redegørelse herfor. Styrelsen skal have modtaget denne redegørelse senest 5. december 2016.

**Ad. 2 - Virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres**

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter for 2016/17 og 2017/18 skal revideres. Virksomheden kan således for de to regnskabsår ikke anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt., for at fravælge revision.

Afgørelsen er truffet med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., idet styrelsen har lagt til grund, at virksomheden har ydet et lån i strid med selskabslovens § 210, og at lånet er af ikke ubetydelig størrelse.

Såfremt Erhvervsstyrelsen senest 5. december 2016 modtager fyldestgøren-
de dokumentation for at udlånet er lovligt, bortfalder påbuddet om revision af virksomhedens to kommende årsrapporter.

Politianmeldelse
Blandt andet henset til størrelsen af det ulovlige udlån oversendes sagen til den politikreds, hvortil virksomheden hører, medmindre ledelsen inden for den anførte frist dokumenterer, at det pågældende lån er lovligt. Hvis sagen oversendes, sker det med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltale mod virksomhedens ledelse for overtrædelse af selskabsloven og/eller straffeloven.

Det er Erhvervsstyrelsen erfaring, at bødestørrelsen i sager om ulovlige kapitalejerlån afhænger af, om lånet inkl. lovpligtige renter tilbagebetales inden udløbet af 6-ugers-fristen (typisk udgør bøden her 2,5 pct. af lånet) eller efter udløbet af denne frist (typisk udgør bøden her 5 pct. af lånet).

Retligt grundlag
Virksomhedens årsrapport er udtaget til kontrol i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 159.

Udlån til en virksomheds ledelse og/eller kapitalejere er som hovedregel i strid med selskabslovens § 210. Der findes i selskabslovens §§ 211-214 enkelte undtagelser til forbuddet. Ifølge § 212 kan et lån betragtes som lovligt, hvis der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Kreditgivning i almindelige forretningsmellemvænder er således undtaget fra forbuddet, hvis følgende betingelser er opfyldt:

• Transaktionen skal være foretaget som led i virksomhedens almindelige drift
• Transaktionen skal være til gavn for virksomheden
• Lånet skal være ydet på samme vilkår (betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v.) som et tilsvarende lån til en uafhængig tredjemand
• Transaktionen skal være sædvanlig inden for den pågældende branche, og
• Virksomheden har indgået tilsvarende aftaler med uafhængige parter.

Virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige udlån inklusive lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen, jf. selskabslovens § 215 sammenholdt med årsregnskabslovens § 161, nr. 3.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til virksomheden, indestår de personer, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab, jf. selskabslovens § 215, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen kan i medfør af årsregnskabslovens § 162, stk. 1, nr. 3, pålægge ledelsesmedlemmerne tvangsbøder, indtil ledelsen har efterkommet påbuddet om at søge det ulovlige lån tilbagebetalt.

Det fremgår af § 7 i erklæringsbekendtgørelsen, at revisor skal give supplerede oplysninger om forhold, som giver revisor en begrundet formodning om, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for overtrædelse af den selskabsretlige lovgivning.


Erhvervsstyrelsen kan i medfør af årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., beslutte at en virksomhed i indeværende og de to efterfølgende regnskapsår ikke kan benytte muligheden i § 135, stk. 1, 3. pkt. for at fravælte revision, hvis styrelsen ved en undersøgelse af virksomhedens årsrapport har konstateret væsentlige fejl eller mangler i forhold til selskabs- eller regnskabs lovgivningen...

..."

Ved skrivelse af 7. november 2016 har A klaget til Erhvervsstyrelsen over afgørelsen og i den forbindelse anmodet styrelsen om at videresende klaget til Erhvervsanke-nævnet. I skrivelsen anføres det, at ”vorf klient vil søge for fremlæggelse af revisor-erklæring som dokumenterer indfrielsen af ERST påståede ulovlige mellemværende senest 01.12.16.”

Ved skrivelse af 5. december 2016 fremsendte A dokumentation for, at lånet er tilbagebetalt i form en ledelseserklæring og en revisorerklæring, begge dateret 4. december 2006. I skrivelsen anføres det:

”På vegne af vor klient fremsender vi hermed følgende dokumentation ... :

1. Dokumentation for restindfrielse af mellemregning mellem K og B pr. 30.11.16 incl. Underskrevet revisorerklæring dateret 04.12.16. Størstebeløbet af mellemregningen blev indfriet 01.05.16."
2. Underskrevet erklæring af 04.12.16 fra långivers ejer og direktør C om lånets indfrielse pr. 30.11.16.”

I skrivelse af 7. december 2016 har A uddybet klagen med følgende:

”Vor oprindelige klage af 26.07.16 har været som følger:

…

På vor ovennævnte klient skal vi hermed besvare brev af 18.07.16 fra E&S.

Vor klient K har en mellemregning med et I/S ejet til dels af samme ejerkreds.

Der har i mange år været en mellemregning mellem de 2 virksomheder.

Mellemregningen har været anvendt til indkøb af driftsmidler og udstyr til brug for K samt til betaling af konsulenter tilknyttet B. Udstyret udlejes til markedsleje fra I/S til Aps.

Der er månedligt bevægelser på mellemregningen i væsentligt omfang.

Mellemregningen har alene til formål at varetage en erhvervsmæssig finansiering af større anskaffelser mellem de 2 virksomheder. Mellemregningen har ikke været anvendt til nogen form for privat hævning.

Efter vor opfattelse er mellemregningen rent erhvervsmæssig. Saldoen er væsentligt nedbragt frem til 30.04.16.

Vor sammenfatning af vor klage til Erhvervsankenævnet er som følger:

Vi må afvise ERSTs forslag til afgørelse med følgende begrundelse:

1. Den eksisterende mellemregning mellem de 2 virksomheder anses ikke for ulovlig, idet mellemværende alene er af rent erhvervsmæssig karakter og alene vedr. erhvervsmæssige ydelser fra I/S til Aps. Dokumentation for dette har været fremsendt.

Der har været samarbejde på disse præmisser siden 1995, hvilket er dokumenteret med den oprindeligt indgåede samarbedsaftale.

K har indgået en tilsvarende aftale med selskabet anvedte Dentalleverandør, hvilket beviser at der er indgået tilsvarende aftaler med uafhængig 3. mand.

Mellemregningen er fuldt ud indfriet pr. 30.11.16, og en meget væsentlig del af mellemregningen har været indfriet fra 01.05.16.

2. Vi har ikke modtaget fuld skriftlig aktindsigt fra ERST som vi oprindeligt anmodede om.

Dette forhold burde alene føre til ugyldighed med den afsagte kendelse fra ERST.
Ankenævnet bedes venligst særskilt tage stilling til dette punkt afgørelse.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 16. januar 2016 udtalt:

”…


Klager anfører afslutningsvis, at der ikke er givet fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling forud for afsigelsen af Erhvervsstyrelsens afgørelse, hvilket efter klagers opfattelse medfører, at styrelsens afgørelse er ugyldig efter offentlighedsgeset og forvaltningsloven.

Klager afslører ikke den del af styrelsens afgørelse, der vedrører, at selskabet ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, hvorfor styrelsen ikke i sin udtalelse og redegørelse forholder sig yderligere til den del af afgørelsen.

.....

Styrelsen har under sagsforløbet anmodet virksomheden om en fyldestgørende redegørelse samt dokumentation, der sandsynliggør, at lånet til interessentskabet var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212. Styrelsen modtog i første omgang en redegørelse fra statsautoriseret revisor A, hvori han kort redgør for, at mellemregningen efter ledelsens og revisors opfattelse alene blev anvendt til erhvervsmæssigt brug, og at der ikke var sket nogen form for privat hævning. Det fremgår således af redegørelsen, at mellemregningen var opstået i forbindelse med, at der var købt driftsmidler og udstyr til brug i K, samt at der var sket betaling af konsulenter tilknyttet interessentskabet. Det oplyses, at udstyret udlejes til markedsleje fra interessentskabet til K.

Til redegørelsen var der vedhæftet et Excel-dokument, der bl.a. indeholder en erklæring fra ledelsen om, at revisor har modtaget en række oplysninger i forbindelse med revision af årsregnskabet for 2013/2014. Det er styrelsens vurdering, at denne erklæring ikke har relevans for den konkrete sag.

Efter anmodning om at der skulle indsendes en fyldestgørende redegørelse

På baggrund af den modtagne dokumentation samt redegørelse er det styrelsens vurdering, at det ikke er sandsynliggjort, at lånet til interessentskabet var omfattet af selskabslovens § 212. Der er således efter styrelsens opfattelse bl.a. store uklarheder omkring, hvilke dispositioner der har været mellem de to selskaber, og hvordan mellemregningen var opstået i K's favør. Transaktionsvejen er således omvendt af, hvad styrelsen ville forvente, når der opstår en mellemregning i kapitalselskabets favør, da det er interessentskabet, der har leveret ydelser mod betaling, ligesom interessentskabet i henhold til redegørelsen har indkøbt driftsmidler til brug i kapitalselskabet. Endvidere har styrelsen modtaget en lang række forskellige fakturaer, som er posteret på mellemregningskontoen, uden at der har været vedlagt en redegørelse, der forklarer sammenhæng mellem de fremsendte fakturaer og pågældende poster i mellemregningen.

Uanset de store uklarheder omkring mellemregningen, er det dog på baggrund af den modtagne redegørelse styrelsens forståelse, at den beskrevne forretningsmodel mellem K og B fungerer således, at K først har finansieret køb af driftsmidler i interessentskabet, hvorved der er opstået et lån. Efterfølgende er driftsmidlerne udlejet til K, ligesom der er ydet konsulentbidrag fra interessentskabet. Leveringen af disse ydelser er efterfølgende modregnet i det ydet lån.

Det er styrelsens opfattelse, at den ovenfor beskrevne forretningsmodel ikke er sædvanlig for branchen, hvorfor lånet ikke ville være omfattet af selskabslovens § 212.

Selv hvis forretningsmodellen kunne karakteriseres som sædvanlig, ville lånet efter styrelsens vurdering dog stadig helt eller delvist være i strid med selskabslovens § 210.


**Sagens faktiske omstændigheder**

Styrelsen modtog den 25. september 2015 årsrapporten for 2014/2015 for K.
Årsrapporten blev i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, udtaget til kontrol. Årsrapporten indeholder en revisionspåtegning underskrevet af statsautorisering revisor A. Der er i revisionspåtegningen ikke afgivet supplerende oplysning.


Styrelsen modtog på vegne af selskabet svar på henvendelsen den 26. juli 2016 fra statsautorisering revisor A. Af redegørelsen fremgik følgende:

- Mellemregningen mellem de to virksomheder har været der i mange år
- Mellemregningen er opstået i forbindelse med, at der er købt driftsmidler og udstyr til brug i K, samt at der er sket betaling af konsulenter tilknyttet interessentskabet. Det oplyses, at udstyret udlejes til markedsleje fra B til K.
- At der er månedlige bevægelser af væsentligt omfang
- At mellemregningen alene har til formål at varetage en erhvervsmæssig finansiering af større anskaffelser mellem de to virksomheder
- At mellemregningen efter ledelsens og revisors opfattelse alene er anvendt til erhvervsmæssig brug, og der således ikke er sket private hævninger


På baggrund af den modtagne redegørelse rettede styrelsen ved mail af 5. september 2016 på ny henvendelse til statsautorisering revisor A. Revisor blev anmodet om at indsende en fyldestgørende redegørelse for bevægelserne på mellemregningen samt dokumentation til at understøtte, at der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber.

perioden 1. maj 2013 til 30. april 2014. Styrelsen modtog endvidere en samarbejdsaftale mellem de to selskaber samt en lang række fakturaer udstedt af tredjepart til enten interessentskabet, K eller C (personligt), der er direktør i K.

Der blev efter styrelsens vurdering ikke fremsendt en fyldestgørende redegørelse.

På baggrund af den modtagne redegørelse samt dokumentation var det styrelsens vurdering, at det ikke blev sandsynliggjort, at lånet til interessentskabet var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212.

Styrelsen traf derfor den 24. november 2016 afgørelse i sagen, hvori ledelsen bl.a. blev påbudt i henhold til selskabslovens § 215 at inddrive lånet inklusiv lovpligtige renter og at dokumentere dette over for styrelsen ved indsendelse af en erklæring fra ledelsen og fra en godkendt revisor om, at det ulovlige lånet inklusiv lovpligtige renter var tilbagebetalt. Styrelsen har efterfølgende den 5. december 2016 modtaget de krævede erklæringer fra ledelsen og revisor, hvoraf det fremgår, at lånet er indfriet med tillæg af lovpligtige renter, og at der ikke længere er et lån i strid med selskabsloven. Kontrolsagen er derfor afsluttet i styrelsen.

**Sagens retlige omstændigheder**

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapital ejere eller ledelsen i selskabet eller et moderselskab til dette.

I henhold til selskabslovens § 212, kan et kapitalselskab, uanset § 210, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen nævnt i § 210.


krav gælder også for vilkårene i transaktionen. Betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v. skal ske på samme vilkår, som tilsvarende transaktioner sædvanligvis gennemføres med overfor tredjemand.

Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra et selskab, der er foretaget i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres til selskabet tillige med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillegg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af aftaler om anden økonomisk bistand ikke kan finde sted.

**Styrelsens udtalelse**

Lån til et interessentskaub, hvor en eller flere af interessenterne er kapitalejee re eller ledelsesmedlemmer i det långivende selskab, er efter såvel den tidligere Erhvervs- og Selskabsstyrrelsens nuværende praksis omfattet af forbuddet i selskabslovens § 210. Denne praksis skyldes bl.a., at interessenterne frit kan trække midlerne ud fra interessentskabet, ligesom interessenterne hæfter personligt, ubegrænset og solidarisk, hvorfor lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personerne.

I den konkrete sag var C registreret som direktør i K ligesom hun var registreret som en af to interessenter i B. Lånet ydet fra K til interessentskabet B var derfor efter styrelsens praksis som hovedregel omfattet af forbuddet i selskabslovens § 210.

Lånet kan dog være lovligt, såfremt betingelserne i undtagelsesbestemmelsen i selskabslovens § 212 er opfyldt.

Formålet med § 212 er, at kapitalejee re og ledelse i et selskab ikke skal være forhindret i at indgå i et helt almindeligt forretningsmæssigt affærd med selskabet. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit.

Hvis en disposition skal være omfattet af undtagelsen for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner i selskabslovens § 212, er det en betingelse, at dispositionen skal være sædvanlig for såvel det pågældende selskab som den for den branche, hvori selskabet agerer. Ifølge bemærkningerne til § 212 er det en klar indikation for, om transaktionen er sædvanlig, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

Statsautoriseret revisor A anfører, at lånet var lovligt, da låneprovenuet har været anvendt til indkøb af driftsmidler og udstyr til brug i K samt til betaling af konsulenter, der er tilknyttet interessentskabet. I den forbindelse oplyser han, at driftsmidlerne udlejes til markedsleje.

Det er styrelsens opfattelse, at der er store uklarheder omkring, hvilke di-
spositioner der har været mellem de to selskaber, og hvordan mellemregnigen er opstået i K's favør. Det fremgår således af ovenstående beskrivelse, at der er sket levering af ydelser fra interessentskabet til K mod betalinger, samt at der er foretaget køb af driftsmidler til K. Leverancer fra interessentskabet til K vil medføre en gæld hos K og ikke et tilgodehavende.

Transaktionsvejen er således omvendt af, hvad styrelsen vil forvente, når der opstår en mellemregning i kapitalselskabets favør. Endvidere har styrelsen modtaget en lang række forskellige fakturaer, uden at der har været vedlagt en redegørelse, der forklarer sammenhæng mellem de fremsendte fakturaer og pågældende mellemregningen, samt hvorfor disse dispositioner er sædvanlige for såvel selskabet som den branche, selskabet agerer i. Dette er fakturaer som er betalt af K, men som vedrører interessentskabet eller dets ledelse.

I forhold til erhvervelse af driftsmidler, antager styrelsen dog, at den beskrevne forretningsmodel mellem K og B fungerer således, at K først har finansieret køb af driftsmidler i B, hvorved der er opstået et lån. Efterfølgende er driftsmidlerne udlejet til K. Herudover er der ydet konsulentbidrag fra B. Leveringen af disse ydelser er efterfølgende modregnet i det ydede lån via fakturering.

Det er styrelsens opfattelse, at den ovenfor beskrevne forretningsmodel ikke er sædvanlig for branchen, hvorfor lånet ikke ville være omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at det ikke er sædvanligt for branchen, at et kapitalselskab finansierer køb af driftsmidler for et interessentskab for derefter at leje de samme driftsmidler fra samme interessentskab.

Selv hvis forretningsmodellen kunne karakteriseres som sædvanlig, ville lånet efter styrelsens vurdering stadig helt eller delvist være i strid med selskabslovens § 210. Der vil således efter styrelsen vurdering ikke være overensstemmelse mellem den beskrevne forretningsmodel, og hvad der reelt er foretaget af dispositioner på mellemregningen. Styrelsen har bl.a. bemærket, at en lang række af de posteringer, der fremgår af de fremsendte opgørelse over mellemregningen, vedrører poster som er K uvedkommende. Som eksempel kan bl.a. nævnes fakturaer udstedt til C personligt fra D [Pensionsvirksomhed], der er blevet betalt af kapitalselskabet. Ligeledes har styrelsen bemærket, at fakturaer, der er udstedt til B, og som bl.a. vedrører betaling af revision, blækpatroner samt abonnement hos et teleskab, er blevet betalt af K. Styrelsen er desuden uforstående over for, at fakturaer, der er udstedt til K, er indregnet på mellemregningskontoen mellem de to selskaber, da disse betalinger efter styrelsens opfattelse alene vedrører kapitalselskabet.

Når K betaler fakturaer, som vedrører interessentskabet eller selskabets direktør, opstår der et lån til interessentskabet eller direktøren. Det er dette lån, som er i strid med selskabslovens § 210.

Statsautoriseret revisor A har i det udvidede klageskrift oplyst, at K har indgået tilsvarende aftale med selskabets dentalleverandør. Styrelsen har under
sagsforløbet ikke modtaget dokumentation, der understøtter dette.

Styrelsen har endvidere bemærket, at mellemregningen ikke udlignes løbende, hvilket styrelsen ellers vil forvente vil ske, hvis der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber. Tværtimod stiger beløbet på mellemregningskontoen fra 1. maj 2013 frem til 30. april 2014 i kapitalselskabets favør, selvom der jævnligt foretages mindre betalinger fra interessentskabet.

Stigningen sker ved, at mellemregningen ikke udlignes løbende. Der er således ikke tale om, at der gives sædvanlig kredit, som betales efter f.eks. 30 dage. Udestående ved årets udgang vedrører således et ubestemmeligt antal poster, og der er ingen tegn på, at disse udlignes, som hvis der var tale om en kredit med en uafhængig part.

Dette er efter styrelsens vurdering en klar indikation på, at mellemregningen ikke anvendes til sædvanlige forretningsmæssige dispositioner.


Da der således ikke er tale om en mangel ved styrelsens afgørelse, er der ik-
ke grundlag for klagers påstand om, at afgørelsen skulle være ugyldig efter forvaltningsloven eller offentlighedsloven.

For det tilfælde at Erhvervsankenævnet lægger til grund, at klager (mundtligt) har anmodet om aktindsigt og mundtlige forhandling, er det styrelsens vurdering, at disse mangler ikke medfører, at afgørelsen er ugyldig, idet manglerne konkret ikke kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse; der er således ikke journaliseret dokumenter på sagen udover de dokumenter, som klager selv har sendt til styrelsen eller som klager har sendt til styrelsen, og som klager således er bekendt med. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at det ikke ville kunne have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, selvom der var givet aktindsigt.

Styrelsen har ikke grund til at tro, at klager i forbindelse med en sådan mundtlig forhandling ville have tilvejebragt nye oplysninger eller dokumentation for sin påstand om, at der var tale om et lovligt låneforhold. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at det ikke ville kunne have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, selvom der var gennemført en mundtlig forhandling af sagen.

…”

I skrivelse af 17. februar 2017 har A heroverfor bemærket:

”…

På vegne K skal vi hermed komme med følgende bemærkninger til udtalelsen fra ERST af 16.01.17.


2. Saldo på mellemregning i Aps favør. ERST anfører, at det er usædvanligt, at saldoen på mellemregningskontoen er i Aps favør. Dette kan forklares ved, at Aps løbende finansierer tandlægeudstyr indkøbt af I/S og udlejet til Aps. Dette er tillige helt i overensstemmelse med den oprindelige samarbrjdsaftale.


4. Usædvanlige dispositioner på mellemregningen. Bil er indkøbt af Aps og efterfølgende overdraget til I/S med finan-


6. Stigning i mellemregning i Aps favør. Mellemregningen er i praksis steget p.g.a. en fejlpostering som tidligere er oplyst, og som er fuldt ud tilbageført ultimo november 2016.


9. Vor klient fastholder på grundlag af oplysningerne i pkt. 1-8 at der er tale om et lovligt kapitalejerlån.

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankænævnet finder, at der ikke foreligger sådanne sagsbehandlingsfejl herunder vedrørende manglende adgang til aktindsigt og mulighed for mundtlig forhandling forud for den af Erhvervsstyrelsen truffne afgørelse - som kunne have påvirket udfaldet af den påklagede afgørelse med den virkning, at afgørelsen er ugyldig.

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, 1. pkt., må et anpartsselskab ikke stille midler til rådighed, yde lån til eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet. Beløb ydet i strid med § 210 skal tilbageføres til selskabet med tillæg afrente, jf. lovens § 215, stk. 1. Et kapitalselskab kan dog i medfør lovens § 212 yde lån af den anførte karakter, såfremt långivningen er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Af lovbemærkningerne (L 170 af 25. marts 2009) til § 212 fremgår:

"...Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel væ-
ret kendtegnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

...”

Ehvervsankenævnet lægger til grund, at det omstridte lån til B er opstået ved K's finansiering af B's køb af driftsmidler, som efterfølgende udlejes til K.

Ankenævnet finder, at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Det er herved lagt til grund, at K ikke løbende har indgået tilsvarende låneaftaler med uafhængige tredjemænd. Der er således heller ikke fremlagt dokumentation for, at der - som anført af klager - skulle være indgået tilsvarende aftale med selskabets dentalleverandør.

Det følger af § 215, stk. 1, at lånet ydet i strid med § 210 skal tilbagebetales til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

Med den af klager under ankesagens behandling fremsendte ledelseserklæring om, at lånet er tilbagebetalt, samt revisorerklæringen herom anses Erhvervsstyrelsens påbud om, at virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige lånet tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter, for efterlevet.

Med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., har Erhvervsstyrelsen påbudt virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres.

Det fremgår ikke klart, hvorvidt klagen er tiltænkt at omfatte dette påbud. Ankenævnet skal dog bemærke, at nævnet ikke finder grundlag for at tilsidesætte Erhvervsstyrelsens vurdering og beslutningen om revisionspligt af virksomhedens årsrapporter for de kommende to regnskabsperioder. Erhvervsstyrelsens påbud tiltrædes således.

3) Kendelse af den 10. maj 2017 (J.nr. 2016-12907)
Lån ikke ydet som led i sædvanlig forretningsmæssig disposition
Selskabslovens §§ 210, 212 og 215
(Anders Hjulmand, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. oktober 2016 hedder det:

"Ulovligt udlån til virksomhedens kapitalejer/ledelse i årsrapporten for 2014/2015 for K, CVR. ....


Virksomhedens årsrapport er udtaget til kontrol, og Erhvervsstyrelsen har konstateret, at der er ydet et lån til virksomhedens kapitalejer/ledelses nærtstående ved, at der er en mellemregning mellem K og B (CVR-nr. ....) [I/S], hvor D er fuldt ansvarlig deltager, og er nærtstående til eenejer og direktør i K.


Den 3. august 2016 har styrelsen modtaget en redegørelse fra statsautoriseringen revisor A på vegne af selskabet. Af redegørelsen fremgår det, at revisor, anser mellemregning for lovlig efter selskabslovens regler, da mellemregningen er mellem to virksomheder med tæt løbende og tæt forretningsmæssigt samarbejde.

Den 7. september 2016 har styrelsen modtaget en skrivelse fra statsautoriseringen revisor A, hvor det fremgår, at det fortsat er revisors opfattelse, at lånet er lovligt, da det er opstået af erhvervsmæssige årsager. Til at underbygge dette, har revisor vedhæftet en række bilag og en oversigt over mellemvæ-

Styrelsens vurdering

Udlån fra et kapitalselskab til en personligt drevet virksomhed, hvor den fuldt ansvarlige deltager er nærtstående til kapitalejer/ledelse i et kapitalselskab, er som hovedregel omfattet af selskabslovens § 210, stk. 1. Der findes enkelte undtagelser til forbuddet, herunder selskabslovens § 212.

Efter gennemgang af det ovenstående finder styrelsen det ikke sandsynliggjort, at mellemværendet mellem K og B, som er i kapitalselskabets favør, er omfattet af selskabslovens § 212. Det er således styrelsens vurdering, at de modtagne bilag samt redegørelse fra revisor ikke har sandsynliggjort, at lånet er et almindeligt forretningsmellemværende, som både er sædvanlig for selskabet samt for branchen i øvrigt.

…

Afgørelse

På baggrund af ovenstående påbyder Erhvervsstyrelsen:

1. Virksomhedens ledelse at søge det ulovlige lån tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter
2. Virksomheden at de to kommende årsrapporter skal revideres

Ad. 1 - Det ulovlige lån skal tilbagebetaltes

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomhedens ledelse at søge lånet inklusive lovpligtige renter inddrevet straks, hvis lånet er ulovligt. Afgørelsen er truffet i medfør af selskabslovens § 210.

I skal indsende dokumentation til Erhvervsstyrelsen for, at lånet er tilbagebetalt. Styrelsen skal modtage dokumentationen senest 5. december 2016. Som dokumentation skal der indsendes to erklæringer til styrelsen:

• en erklæring fra virksomhedens ledelse og
• en erklæring fra en godkendt revisor

Begge erklæringer skal indeholde oplysninger om, at lånet er tilbagebetalt til virksomheden med tillæg af lovpligtige renter, og at der ikke længere er registreret et lån i strid med selskabsloven. Vær opmærksom på, at renterne skal beregnes for hele lånets løbetid.

Erklæringen fra revisor skal være afgivet med høj grad af sikkerhed og opfyldte betingelserne i erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed.
For at lette sagsbehandlingen opfordrer vi dig til at sende dokumentationen til mailadressen nedenfor med angivelse af sags journalnummer.

Hvis lånet ikke bliver tilbagebetaligt til virksomheden, indstår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab.

Hvis skyldneren ikke kan betale, kan ledelsen som et alternativ til ovennævnte erklæringer indsende;

- En erklæring med begrænset sikkerhed afgivet af en godkendt revisor, hvori revisor erklærer, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso. Erklæringen skal være afgivet i overensstemmelse med erklæringsbekendtgørelsens afsnit om andre erklæringer med sikkerhed,
- en udtalelse fra en uvidlig advokat om, at den pågældende ud fra sit kendskab til skyldnerens forhold vurderer, at beløbet ikke kan inddrives ved retslig inkasso, eller
- en erklæring fra en offentlig instans (f.eks. en udskrift fra foged-bogen) om, at skyldneren er insolvent.

Hvis styrelsen ikke modtager ovennævnte dokumentation inden for den fastsatte frist, vil medlemmerne af virksomhedens ledelse blive pålagt tvangsbøder, indtil dokumentationen er modtaget i styrelsen.

Hvis I mener, at der er tale om et lovligt udlån, skal I indsende en begrundet redegørelse herfor. Styrelsen skal have modtaget senest denne redegørelse 5. december 2016.

**Ad. 2 - Virksomhedens to kommende årsrapporter skal revideres**

Erhvervsstyrelsen påbyder virksomheden, at virksomhedens to kommende årsrapporter for 2016/17 og 2017/18 skal revideres. Virksomheden kan således for de to regnskabsår ikke anvende muligheden i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt., for at fravælge revision.

Afgørelsen er truffet med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, 1. og 2. pkt., idet styrelsen har lagt til grund, at virksomheden har ydet et lån i strid med selskabslovens § 210, og at lånet er af ikke ubetydelig størrelse.

Såfremt Erhvervsstyrelsen senest 5. december 2016 modtager fyldestgørende dokumentation for at udlånet er lovligt, bortfalder påbuddet om revision af virksomhedens to kommende årsrapporter.

**Politianmeldelse**

Blandt andet henset til størrelsen af det ulovlige udlån oversendes sagen til den politikreds, hvortil virksomheden hører, medmindre ledelsen inden for den anførte frist dokumenterer, at det pågældende lån er lovligt. Hvis sagen oversendes, sker det med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltaele mod virksomhedens ledelse for overtrædelse af selskabsloven og/eller
Det er Erhvervsstyrelsen erfaring, at bødestørrelsen i sager om ulovlige kapitalejerlån afhænger af, om lånet inkl. lovpligtige renter tilbagebetales inden udløbet af 6-ugers-fristen (typisk udgør bøden her 2,5 pct. af lånet) eller efter udløbet af denne frist (typisk udgør bøden her 5 pct. af lånet).

Retligt grundlag
Virksomhedens årsrapport er udtaget til kontrol i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 159.

Udlån til en virksomheds ledelse og/eller kapitalejere er som hovedregel i strid med selskabslovens § 210. Der findes i selskabslovens §§ 211-214 enkelte undtagelser til forbuddet. Ifølge § 212 kan et lån betragtes som lovligt, hvis der er tale om en sædvanlig forretningsmæssig disposition. Kreditgivning i almindelige forretningsmellemlæg er således undtaget fra forbuddet, hvis følgende betingelser er opfyldt:

- Transaktionen skal være foretaget som led i virksomhedens almindelige drift
- Transaktionen skal være til gavn for virksomheden
- Lånet skal være ydet på samme vilkår (betalingsbetingelser, kreditvurdering, sikkerhedsstillelse m.v.) som et tilsvarende lån til en uafhængig tredjemand
- Transaktionen skal være sædvanlig inden for den pågældende branche, og
- Virksomheden har indgået tilsvarende aftaler med uafhængige parter.

Virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige udlån inklusive lovpligtige renter inddrevet straks og dokumentere dette overfor styrelsen, jf. selskabslovens § 215 sammenholdt med årsregnskabslovens § 161, nr. 3.


Hvis lånet ikke bliver tilbagebetalt til virksomheden, indstår de personer, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositionerne vedrørende lånet, for virksomhedens tab, jf. selskabslovens § 215, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen kan i medfør af årsregnskabslovens § 162, stk. 1, nr. 3, pålægge ledelsesmedlemmerne tvangsøder, indtil ledelsen har efterkommet påbuddet om at søge det ulovlige lån tilbagebetalt.

Det fremgår af § 7 i erklæringsbekendtgørelse, at revisor skal give supple-
rende oplysninger om forhold, som giver revisor en begrundet formodning om, at medlemmer af ledelsen kan ifalde erstatnings- eller strafansvar for overtrædelse af den selskabssretlige lovgivning.


...”


I skrivelse af 11. januar 2017 har A uddybet klagen med følgende:

"...
Hermed følger vor uddybende anke af sagen vedr. K
I vor mail af 07.09.16 til ERST ... har vi dokumenteret følgende forhold omkring mellemregningen mellem B og K:

1. Vi har bevist at bevægelserne 2012-2015 på mellemregningen mellem de 2 virksomheder er rent erhvervsmæssige, idet de alene består af lægelige ydelser leveret fra den ene virksomhed til den anden virksomhed jfr. tidligere fremsendte kontokort til ERST i vor mail af 07.09.16.

2. Vi har fremsendt dokumentation for hver af bevægelserne på mellemregningskontoen i vor mail til ERST af 07.09.16.

Dokumentationen viser klart, at mellemværende mellem K og B alene er opstået af erhvervsmæssige årsager og at mellemværendet derfor er lovligt i forhold til gældende selskabslovgivning.

..."
Herudover kan vi oplyse, at K samarbejder fagligt og erhvervsmæssigt med en række andre virksomheder på samme vilkår som med B.

Vi kan derfor fastslå, at mellemværendet mellem de 2 ovenstående virksomheder er lovligt i forhold til gældende selskabslovligivning.

…”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 7. februar 2016 udtalt:

”…

I afgørelsen har styrelsen lagt til grund, at der var ydet et lån i strid med den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210, og har på den baggrund dels påbudt ledelsen at inddrive tilgodehavendet, som i årsrapporten for 2014/2015 var indregnet med kr. 393.000 under posten Tilgodehavender, jf. note 5 på side 17 i årsrapporten, dels truffet afgørelse om, at virksomheden ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, jf. årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. Det er styrelsens vurdering, at lånet til enkeltmandsvirksomheden, B, CVR-nr. ..., var i strid med selskabslovens § 210, da lånet efter styrelsens vurdering ikke var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212, og derfor skulle tilbagebetales med lovpligtige renter, jf. selskabslovens § 215.

Indledningsvist skal det anføres, at styrelsen på det foreliggende grundlag fastholder sin afgørelse af 24. oktober 2016.


Klager anfører afslutningsvis, at der ikke er givet fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling forud for afsigelsen af Erhvervsstyrelsens afgørelse, hvilket efter klagers opfattelse medfører, at styrelsens afgørelse er ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Klager anfægter ikke umiddelbart den del af styrelsens afgørelse, der vedrører, at selskabet ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, hvorfor styrelsen ikke i sin udtalelse og redegørelse forholder sig yderligere til den del af afgørelsen. Styrelsen er dog opmærksom på, at de to dele af afgørelsen er indbyrdes afhængige.

Klager anfægter ikke umiddelbart den del af styrelsens afgørelse, der vedrører, at selskabet ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, hvorfor styrelsen ikke i sin udtalelse og redegørelse forholder sig yderligere til den del af afgørelsen. Styrelsen er dog opmærksom på, at de to dele af afgørelsen er indbyrdes afhængige.

Klager anfægter ikke umiddelbart den del af styrelsens afgørelse, der vedrører, at selskabet ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision for de to kommende årsrapporter, hvorfor styrelsen ikke i sin udtalelse og redegørelse forholder sig yderligere til den del af afgørelsen. Styrelsen er dog opmærksom på, at de to dele af afgørelsen er indbyrdes afhængige.

Styrelsen har under sagsforløbet anmodet selskabet om en fyldestgørende redegørelse samt dokumentation, der kunne sandsynliggøre, at lånet til B, som hævdede klager, var omfattet af undtagelsen i selskabslovens § 212. Styrelsen modtog i den forbindelse bl.a. en redegørelse fra statsautoriseret revisor A, hvori han kort har redegjort for, at mellemregningen efter ledel-

På baggrund af den modtagne dokumentation samt redegørelser er det styrelsens vurdering, at det ikke er sandsynliggjort, at lånet til B var omfattet af selskabslovens § 212. Der er således efter styrelsens vurdering ikke tale om, at lånet er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, idet det ikke er sandsynliggjort, at K har indgået tilsvarende transaktioner med en uafhængig part. Det er derimod styrelsens vurdering, at der er klare indikationer på, at lånet var ydet grundet de nære relationer, og derved var omfattet af forbuddet. Dette er bl.a. begrundet i, at der ikke er oplyst nærmere omkring betalingsbetingelserne på de modtagne fakturaer, herunder kreditbetingelserne. Ligeledes har lånet været stigende frem til 30. april 2014 hvor-efter det er uændret frem til 30. april 2015, hvilket styrelsen ikke vil forvente, hvis der var tale om almindelig kreditgivning i forbindelse med sædvanlige forretningsmæssige dispositioner. Det fremgår således af opgørelsen, at der i perioden ikke er sket afdrag på tilgodehavendet.

Et forhold, der adskiller lånet i denne sag fra almindelige forretningsmæssige mellemvænder, er således efter styrelsens opfattelse, at der ikke er af- talt betalingsbetingelser og at der ikke sker udligning løbende, typisk en gang om måneden.

Sagens faktiske omstændigheder

Årsrapporten blev i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, udtaget til kontrol. Årsrapporten indeholder en revisionspåtegning underskrevet af statsautoriseret revisor A. Der er i revisionspåtegningen afgivet supplerende oplysning om, at selskabet ikke har indberettet og betalt A-skat m.v. rettidigt, hvorimod der ikke er supplerende oplysning om overtrædelse af selskabsloven.

Ved gennemgang af årsrapporten konstaterede styrelsen, at der i balancen var anført et beløb på kr. 678.075 under posten Tilgodehavend. Af note 5 på side 17 fremgår det, at en del af det samlede tilgodehavende svarende til kr. 393.000 vedrører mellemregning med B. Samtidig konstaterede styrelsen, at ejer og fuldt ansvarlig deltager i B.

Det fremgår af CVR-registreret, at D har samme bopælsadresse som C, og styrelsen anser hende derfor som en særlig nærtstående person til C.
Udlån til en nærtstående af kapitalejer/ledelse i et kapitalselskab er som hovedregel omfattet af det dagældende forbud i selskabslovens § 210, stk. 1. Efter styrelsens praksis gør det samme sig gældende ved udlån til et personalselskab, hvor ejer er nærtstående til kapitalejer/ledelsen i det långivende kapitalselskab. Dette skyldes bl.a., at personen i enkeltmandsvirksomheden frit kan trække midlerne ud fra enkeltmandsvirksomheden, ligesom personen hæfter personligt og ubegrænset. Endvidere er det kendegnet for en enkeltmandsvirksomhed, at formuen ikke kan opdeles, hvorfor virksomhedsformuen og den private formue er sammenblandet. Det er derfor styrelsens vurdering, at lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personen.


Styrelsen modtog på vegne af selskabet svar på henvendelsen den 3. august 2016 fra statsautoriseret revisor A. Af redegørelsen fremgik det, at mellemregningen udelukkende vedrørte forretningsmæssige ydelser, og at lånet var ydet til en enkeltmandsvirksomhed, som har dagligt samarbejde med K. Der er derfor ledelsens og revisors opfattelse, at lånet derved var omfattet af selskabslovens § 212-214.


På baggrund af den modtagne redegørelse rettede styrelsen ved mail af 26. august 2016 på ny henvendelse til statsautoriseret revisor A. Revisor blev anmodet om at indsende en fyldestgørende redegørelse for, hvorfor lånet derved var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212. Til redegørelsen skulle der vedlægges dokumentation, der understøttede, at der var tale om sædvanlige forretningsmæssige dispositioner mellem de to selskaber.


I den modtagne opgørelse fremgik det, at der i regnskabsperioden 2012/2013 blev foretaget en udligning af en gæld, som K havde overfor B. I

B har således løbende betalt B for modtagne ydelser. B har derimod ikke betalt for de ydelser, som er leveret den modsatte vej, altså fra K.

På baggrund af den modtagne redegørelse samt dokumentation var det styrelsens vurdering, at det ikke var sandsynliggjort, at lånet til B var omfattet af undtagelsesbestemmelserne i selskabslovens § 212, og at der derfor var tale om et ulovligt lån, jf. den dagældende § 210 i selskabsloven.


**Sagens retlige omstændigheder**

I henhold til den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210, stk. 1, må et kapitalselskab ikke direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet eller et moderselskab til dette. Tilsvarende gælder også personer, der er knyttet til de nævnte personer ved ægteskab, ved slægtsskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær.

I henhold til den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 212, kan et kapitalselskab, uanset § 210, som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition direkte eller indirekte stille midler til rådighed, yde lån eller stille sikkerhed for personkredsen nævnt i § 210.

dring af aktieselskabsloven i 1982 fremgik det af bemærkningerne, at lån og sikkerhedsstillelse ikke omfattes af § 115, stk. 1, hvis der er tale om dispositioner, der er erhvervsmæssigt begrundet og sædvanlige for både selskabet og inden for branchen i almindelighed.


Det fremgår af selskabslovens § 215, stk. 1, at udbetalinger fra et selskab, der er foretaget i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, skal tilbageføres til selskabet tillige med en årlig rente. Der er fastsat efter § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

I henhold til selskabslovens § 215, stk. 2, indestår de, der har truffet aftale om eller opretholdt dispositioner i strid med selskabslovens § 210, stk. 1, for selskabets tab, såfremt tilbagebetaling eller ophør af aftaler om anden økonomisk bistand ikke kan finde sted.

**Styrelsens udtalelse**

Lån til en enkeltmandsvirksomhed, hvor ejer er nærtstående til kapitalejere eller ledelsesmedlemmer i det långivende selskab, er som hovedregel efter styrelsens praksis omfattet af forbuddet i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210. Dette skyldes bl.a., at personen i enkeltmandsvirksomheden frit kan trække midlerne ud fra enkeltmandsvirksomheden, ligesom personen hæfter personligt og ubegrænset. Endvidere er det kendtegnet for en enkeltmandsvirksomhed, at formuen ikke kan opdeles, hvorfor virksomhedsformuen og den private formue er sammenblandet. Det er derfor styrelsens vurdering, at lånet får en karakter som minder om et lån direkte til personen.


Udlån som dette er derfor efter styrelsens vurdering som udgangspunkt om-
fattet af forbuddet i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 210, medmindre undtagelsesbestemmelsen i den dagældende bestemmelse i selskabslovens § 212 finder anvendelse.

På baggrund af de modtagne redegørelser samt dokumentation, er det styrelsens vurdering, at lånet var i strid med den dagældende bestemmelse i § 210. Styrelsen er derfor ikke enig i klagers vurdering af, at udlånet var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 212, jf. nedenfor.

Formålet med § 212 er, at kapitalejere og ledelse i et selskab ikke skal være forhindret i at indgå i et helt almindeligt forretningsmellemløbende med selskabet. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit.

Hvis en disposition skal være omfattet af undtagelsen for sædvanlige forretningsmæssige dispositioner i selskabslovens § 212, er det en betingelse, at dispositionen skal være sædvanlig for såvel det pågældende selskab som inden for den branche, hvori selskabet agerer. Betingelserne i transaktionen (betalingsfrist, sikkerhedsstillelse m.v.) skal også være sædvanlige for typen af transaktioner. Ifølge bemærkningerne til § 212 er det en klar indikation for, om transaktionen er sædvanlig, at selskabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

Statsautoriseret revisor A anfører, at lånet var lovligt, da det udelukkende var opstået ved erhvervsmæssige aktiviteter mellem de to selskaber, hvorfor lånet var omfattet af undtagelsen i § 212. I det udvidede klageskrift af 11. januar 2017 anføres det, at K har tilsvarende samarbejde med andre selskaber på samme vilkår som med B - styrelsen er ikke tidligere i sagsforløbet blevet gjort bekendt med dette, ligesom klager ikke har fremsendt dokumentation, der understøtter dette. Det er således på det foreliggende grundlag ikke godtgjort, at selskabet løbende har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter. Styrelsen har endvidere ikke modtaget en nærmere redegørelse for, hvorledes undtagelsesbestemmelserne i § 212 var opfyldt, herunder om de pågældende transaktioner, betalingsbetingelser og kreditvurdering er sædvanlige inden for branchen.


På baggrund af ovenstående er det derfor styrelsens vurdering, at transaktio-
nerne er gennemført på grund af det nære forhold mellem parterne, og at transaktionerne derved ikke kan betragtes som sædvanlige forretningsmæs-
sige dispositioner, som selskabet også indgår med uafhængige parter. Det er derfor styrelsens opfattelse, at lånet ikke er omfattet af den dagældende be-
stemmelse i selskabslovens § 212.

Klager anfører, at styrelsens afgørelse skulle være ugyldig efter offentlig-
hedsloven og forvaltningsloven, da styrelsen ikke har givet klager og dennes
klient løbende skriftlig aktindsigt samt mulighed for mundtlig forhandling
forud for afsigelsen af styrelsens afgørelse. Det fremgik således af klagers
redegørelse af den 3. august 2016, at klager ønskede aktindsigt samt mundt-
lig forhandling af sagen. Styrelsen blev desværre først i forbindelse med
modtagelse af klagen til Erhvervsankenævnet om pæn som på denne anmod-
ning, hvorfor klager ikke i umiddelbart forlængelse af sin anmodning fik
svar herpå.

Klager har anført, at det forhold, der ikke er givet aktindsigt og mundtlig
forhandling forud for afsigelsen af Erhvervsstyrelsens afgørelse, fører til, at
styrelsens afgørelse er ugyldig efter offentlighedsloven og forvaltningslo-
ven.

Det forhold, at styrelsen overså klagers anmodning, må anses for en forvalt-
ningsretlig mangel ved styrelsens afgørelse. En sådan mangel vil dog kun
medføre afgørelsens ugyldighed, hvis det kan sandsynliggøres, at manglen
konkret kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse.

Indledningsvis bemærker styrelsen, at der ikke i medfør af forvaltningsloven
eller offentlighedsloven er ret til løbende aktindsigt. En anmodning af en gi-
gen dato om løbende aktindsigt vil derfor blive betragtet som en anmodning
om aktindsigt for den periode, der ligger forud for datoen for anmodningen.
Der var på tidspunktet for klagers anmodning om aktindsigt af den 3. august
2016 kun et dokument i sagen, som der i givet fald kunne være givet aktind-
sigt i, og det var styrelsens brev af 21. juli 2016, der var sendt til selskabets
digitale postkasse.

For så vidt angår klagers anmodning om mundtlig forhandling af sagen er
det styrelsens sædvanlige praksis i sager om ulovlige kapitalejerlån, at der
ikke afholdes møder med ledelsen i det berørte selskab, medmindre der må
anses at være en særlig anledning hertil. Det er således styrelsens forvent-
ning, at den dokumentation og argumentation, som ledelsen finder relevant,
kan indsendes enten via mail eller via fysisk post, og at der som udgangs-
punkt ikke er behov for at afholde et møde, hvor denne dokumentation gen-
nemgås. Styrelsen kan dog i en konkret sag beslutte, at et møde kan være
gavnligt i forbindelse med sagsbehandlingen for evt. at få afklaret nogle
spørgsmål, inden der træffes en afgørelse. Styrelsen har dog ikke fundet, at
der i denne sag var behov for afholdelse af et møde, da styrelsen ikke har
grund til at tro, at klager i den anledning ville have tilvejebragt nye oplys-
ninger eller dokumentation for sin påstand om, at der var tale om et lovligt
låneforhold.
På baggrund af ovenstående er det styrelsens vurdering, at den pågældende mangel ikke konkret kan anses at have påvirket udfaldet af afgørelsen. Her har styrelsen lagt følgende grund:

- der var på tidspunktet for klagers anmodning om aktindsigt alene journaliseret et dokument på sagen. Der var tale om et brev, som styrelsen havde sendt til virksomhedens digitale postkasse, og som virksomhedens repræsentant derfor må anses for at være bekendt med.
- styrelsen har ikke grund til at tro, at klager i forbindelse med en mundtlig forhandling ville have tilvejebragt nye oplysninger eller dokumentation for sin påstand om, at der var tale om et lovligt låneforhold. På den baggrund er det styrelsens vurdering, at det ikke ville kunne have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, selv om der var gennemført en mundtlig forhandling af sagen.

Da den konstaterede mangel ikke kan anses for at have påvirket udfaldet af styrelsens afgørelse, medfører manglen ikke, at afgørelsen må anses for ugyldig.

..."
måde og med en tilsvarende kreditvurdering.

Der har tillige i dette uafhængige samarbejde ikke været tilskrevet renter af de fremsendte fakturaer.

Dette begrundes tillige anvendelse af undtagelsesbestemmelsen i § 212.

2. Manglende aktindsigt og mundtlig forhandling til klager.


I vor ankeskrivelse til EAN har vi anført, at ERSTs manglende opfylelse af kravet om mundtlig forhandling og fuld skriftlig aktindsigt må føre til ugyldighed af ERST kendelse af 24.10.16.

b. ERST anfører, at manglende aktindsigt alene kan opnå ugyldighed, såfremt manglen konkret kan have ført til at have påvirket udfallet af ERSTs afgørelse.

Det er rent faktisk, hvad der har fundet sted, idet klager ikke har fået mulighed for at informere om, at klager har haft tilsvarende samarbejdsaftaler med andre læger på alm. markedsmæssige vilkår.

c. Uddrag af Forvaltningslovens bestemmelser om aktindsigt:

Det fremgår heraf, at manglende adgang til aktindsigt skal begrundes. Der skal henvises til de regler i Offentlighedsloven, der i den pågældende sag giver hjemmel til at begrænse retten til aktindsigt. Det skal fremgå af afgørelsen, hvilke sager, dokumenter og oplysninger, der er tilbageholdt, ligesom der skal henvises til de relevante bestemmelser i Offentlighedsloven skal begrundes, hvorfor den pågældende sag, dokument og oplysninger er undtaget fra aktindsigt.

Vi kan konstatere, at ERST ikke har overholdt nogle af disse bestemmelser. Dette må føre til en afgørelse om ugyldighed vedr. ERST afgørelse af 24.10.16.

Afslutningsvist anmoder vi om fuld skriftlig aktindsigt og mundtlig forhandling efter reglerne i Forvaltningsloven og Offentlighedsloven i forbindelse med vor anke til EAN.

…"
handling forud for den af Erhvervsstyrelsen trufne afgørelse - som kunne have påvirket udfaldet af den påklagede afgørelse med den virkning, at afgørelsen er ugyldig.

I henhold til selskabslovens § 210, stk. 1, 1. pkt., må et anpartsselskab ikke stille midler til rådighed, yde lån til eller stille sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i selskabet. Forbuddet gælder tillige for personer, der er knyttet til kapitalejere eller ledelsen ved ægteskab, ved slægtskab i ret op- eller nedstigende linje, eller som på anden måde står den pågældende særlig nær, jf. § 210, stk. 1, 3. pkt. Beløb ydet i strid med § 210 skal tilbageføres til selskabet med tillæg af rente, jf. lovens § 215, stk. 1. Et kapitalselskab kan dog i medfør lovens § 212 yde lån af den anførte karakter, såfremt långivningen er led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition.

Af lovbemærkningerne (L 170 af 25. marts 2009) til § 212 fremgår:

"…Disse sædvanlige forretningsmæssige dispositioner har som hovedregel været kendtegetnet ved, at selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter. Den mest almindelige disposition er salg af varer og tjenesteydelser på kredit. Der må foretages en konkret vurdering af, om transaktionen kan betragtes som sædvanlig for selskabet og inden for branchen. En klar indikator for, om transaktionen er sædvanlig, er, at sel-skabet har indgået tilsvarende transaktioner med uafhængige parter.

…"

Som sagen foreligger oplyst, må det lægges til grund, at det omstridte lån er opstået ved, at B ikke løbende har betalt for de fra K's modtagne ydelser. D må som ejer af enkeltmandsvirksomheden, B, som har samme adresse som K, ud fra det foreliggende i relation til selskabslovens § 210 anses som nærtstående i forhold til selskabet.

Erhvervsankenævnet finder, at lånet ikke er ydet som led i en sædvanlig forretningsmæssig disposition, jf. selskabslovens § 212. Erhvervsankenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at det ikke er godtgjort, at K løbende har indgået tilsvarende låneaftalener uafhængige tredjemænd, ligesom det ikke er godtgjort, at tilsvarende låneaftalener skulle være sædvanlige inden for branchen. Der er endvidere lagt vægt på, at der af de fremlagte fakturaer ikke fremgår betalingsbetingelser, og at der efter det oplyste heller ikke ses at ske løbende udlining af mellemværendet eller at blive foretaget rentetilskrivning.
Det følger af § 215, stk. 1, at lån ydet i strid med § 210 skal tilbagebetales til selskabet sammen med en årlig rente af beløbet svarende til den rente, der er fastsat i § 5, stk. 1 og 2, i lov om renter ved forsinket betaling m.v., med et tillæg af 2 pct., medmindre højere rente er aftalt.

Med den fremlagte ledelseserklæring af 1. december 2016 samt revisorerklæringen om, at lånet er tilbagebetalt, ses Erhvervsstyrelsens påbud om, at virksomhedens ledelse skal søge det ulovlige lån tilbagebetalt til selskabet inkl. lovpligtige renter for efterleve.


4) Kendelse af den 11. maj 2017 (J.nr. 2016-13999)
Afvist registrering af fusion grundet manglende offentliggørelse og underskrevet fusionsplan
Selskabslovens §§ 15, 237, 244 og 245
(Piya Mukherjee, Carsten Møllekilde og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. november 2016 hedder det:


Erhvervsstyrelsen har den 6. oktober 2016 modtaget en anmeldelse om gennemførelse af en fusion mellem K.

Afslag på registrering
Fusionen kan ikke registreres, da beslutningen om gennemførelse af fusionen ikke er blevet til i overensstemmelse med reglerne i selskabsloven, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

Begrundelse
Erhvervsstyrelsen har foretaget en gennemgang af det modtagne materiale, og har i den forbindelse konstateret, at det på generalforsamlingerne i K, blev besluttet at gennemføre den påtænkte fusion i overensstemmelse med den offentliggjorte fusionsplan.


Det følger af selskabslovens § 245, stk. 1, at beslutning om gennemførelse en fusion tidligst må træffes 4 uger efter Erhvervsstyrelsens offentliggørelse af fusionsplanen, såfremt denne er offentliggjort efter kreditorerklæringen. Fusionsplanen kan derfor ikke anmeldes sammen med gennemførslen, da der er krav om en forudgående offentliggørelse i fusioner hvor der indgår aktieselskaber jf. §§ 237, stk. 2 og 245, stk. 3, modsætningsvist.

Det følger af selskabslovens § 244, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen senest 4 uger

Det følger af selskabslovens § 237, stk. 1, at de centrale ledelsesorganer i de bestående virksomheder underskriver fusionsplanen. Den offentliggjorte fusionsplan er imidlertid ikke underskrevet af alle bestyrelsesmedlemmerne i K1. Således er det kun B der har skrevet under for K1 på trods af, at der ifølge CVR-registeret er en bestyrelse i det pågældende selskab på 4 medlemmer.

Erhvervsstyrelsen må derfor afvise at registrere gennemførelsen af fusionen, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.

I klageskriveisen af 16. december 2016 har advokat A anført:

"… Jeg retter henvendelse på vegne af K1, CVR-nr. ..., i anledning af Erhvervsstyrelsens ovennævnte afgørelse af 22. november 2016 (fejlagtigt dateret 22. oktober 2016), som hermed påklages.

Som den ene begrundelse for Erhvervsstyrelsens afslag, anfører Erhvervsstyrelsen, at anmeldelsen af fusionen den 26. maj 2016 ikke er bilagt en fusionsplan, og at 4-ugers fristen for indsendelse af fusionsplanen derfor ikke er overholdt, jf. selskabslovens § 244, stk. 1.


På grund af en menneskelig fejl hos min klients revisor, som forestod anmeldelsen, blev der i forbindelse med anmeldelsen vedhæftet kreditorerklæringen to gange, fremfor en kreditorerklæring og en fusionsplan.

Erhvervsstyrelsen valgte desuagtet at offentliggøre anmeldelsen på sædvanlig vis. Således fremgår følgende af selskabshistorikken hos Erhvervsstyrelsen:

"27.05.2016 Offentliggørelse hensigt om fusion eller spaltning.
CVR-nummer: ...
Navn og adresse: K1
X [adresse]
Erhvervsstyrelsen har modtaget fusionsplan for den påtænkte fusion mellem K.
Der er endvidere modtaget erklæring fra vurderingsmændene om, at kredi-
cornerne i K må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen.”

En tilsvarende meddelelse er offentliggjort for begge de to øvrige deltagende selskaber i fusionen.

Erhvervsstyrelsen har således offentliggjort, at den har modtaget både fusionsplan og kreditorerklæring. Dette har skabt en berettiget forventning hos min klient, om at anmeldelsen af fusionsplanen var behørig, hvilket min klient bor kunne støtte ret på. Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke anvende manglende modtagelse af fusionsplanen som begrundelse for at afvise at gennemføre fusionen. Erhvervsstyrelsen har endvidere ikke givet anmelderens mulighed for at rette op på fejlen, da det ikke fremgår af sagsresumeet, hvilke dokumenter, der er bilagt anmeldelsen.

Det er i den forbindelse sagen uvedkommende, at der angiveligt ikke har været nogen manuel sagsbehandling fra Erhvervsstyrelsen, idet dette ikke skal påvirke min klients retsstilling i negativ grad.

Det var først i forbindelse med gennemførelsen af fusionen, at anmelderen blev gjort opmærksom på fejlen og straks derefter indsendte fusionsplanen, der også er dateret den 23. maj 2016.

Den anden anførte begrundelse for Erhvervsstyrelsens afslag er, at ikke alle bestyrelsesmedlemmerne i K1, CVR-nr. ...., har underskrevet fusionsplanen, jf. selskabslovens § 237, stk. 1.

Fusionsplanen er underskrevet af B for alle tre deltagende selskaber.

B er eneste direktør i både K2, CVR-nr. ... og K3, CVR-nr. .... Disse selskaber har ikke nogen bestyrelse. Fusionsplanen er derfor behørigt underskrevet for disse selskaber, hvilket da heller ikke ses at være bestridt af Erhvervsstyrelsen.

I K1, CVR-nr. ...., er B tillige direktør og tegningsberettiget. Derudover er B medlem af selskabets bestyrelse sammen med C, D og E.

B er endvidere ultimativ e Creejer af K1, CVR-nr. ....

Det følger af Selskabsloven med kommentarer [Note: Selskabsloven med kommentarer, Lars Bunch og Ida Rosenberg, 2. udgave 2014, side 916, spalte 2.]("Kommentaren") i relation til selskabsloven § 237, at "Udgangspunktet er derfor også, at Erhvervsstyrelsen ikke kan offentliggøre modtagelsen af fusionsplanen, jf. § 244, hvis ikke alle medlemmer af selskabets centrale ledelsesorgan har underskrevet planen. Den tidligere Erhvervs- og Selskabstyrelse har dog konkret undtagelsesvist disperseret fra dette krav i den situation, hvor et ledelsesmedlem er enigt i beslutningen, men på grund af særlige omstændigheder er forhindret i at underskrive fusionsplanen. Erhvervsstyrelsen har tilkendegivet, at den vil have den samme praksis." Det fremgår videre af Kommentaren, at fusionsplanen i så fald skal efterskrives af samtlig medlemmer af det centrale ledelsesorgan.
I pågældende tilfælde har Erhvervsstyrelsen desuagtet offentliggjort fusionen den 27. maj 2016. Erhvervsstyrelsen har således ikke fulgt udgangspunktet i sin egen administrative praksis. Dette har skabt en berettiget forventning hos min klient, om at anmeldelsen af fusionsplanen var behørig, hvilket min klient bør kunne støtte ret på. Dertil kommer, at Erhvervsstyrelsen - hvis Erhvervsstyrelsen ikke mente, at fusionsplanen kunne offentliggøres - burde have gjort anmelderen af fusionen opmærksomme derpå. Var dette sket, kunne der have været rettet op på de manglende underskrifter inden udløbet af anmeldelsesfristen.

Dertil komme, at samtlige bestyrelsesmedlemmer har været involveret i fusionsprocessen. Og var bestyrelsesmedlemmerne blevet bedt om at underskrive en fusionsplan inden fristens udløb, ville de have gjort dette. Bestyrelsesmedlemmerne medvirker gerne til en efterunderskrivelse af fusionsplanen, hvis dette måtte ønskes.

Det gøres således gældende, at i det omfang der har været mangler, er disse i første omgang accepteret ved Erhvervsstyrelsens offentliggørelse af fusionsplanen. Derved har Erhvervsstyrelsen skabt en berettiget forventning, som min klient bør kunne støtte ret på.

Det forhold, at Erhvervsstyrelsen først valgte at offentliggøre fusionsplanen og dernæst i forbindelse med den endelige anmeldelse afviste, at betingelserne for offentliggørelse har været til stede, har bevirket, at min klient ikke har haft mulighed for at rette op på eventuelle fejl, hvilket ikke skal komme min klient til skade.

Dertil kommer, at min klient - blandt andet under henvisning til Erhvervsstyrelsens offentliggørelse af fusionsplanen - i den mellemliggende periode har disponeret i overensstemmelse med at de deltagende selskaber regnskabsmæssigt var fusioneret pr. 1. juni 2015. Dette indebærer, at det vil være urimeligt byrdefuld for min klient at gennemføre en ny fusion med virkning fra en senere dato, idet dette vil have en række negative økonomiske konsekvenser for min klient. En ny fusion vil således ikke være relevant for min klient.

"…"

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 16. januar 2017 udtalt:

"…

Faktiske forhold

Den 6. oktober 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en anmeldelse om gennemførelse af fusionen mellem K. Det fremgik af de bilagte beslutningsreferater,

Den 22. november 2016 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse om at nægte at registrere den anmeldte fusion, jf. selskabslovens § 15, stk. 1.


### Sagens retlige omstændigheder

Det følger af selskabslovens § 9, at det i visse tilfælde er muligt for en anmelder at forestå en registrering i Erhvervsstyrelsens it-system. Både i tilfælde hvor anmelderen selv registrerer en oplysning, som i tilfælde hvor en anmeldelse undergår en manuel sagsbehandling ved Erhvervsstyrelsen, er det anmelderens ansvar, at det anmeldte overholder kravene i selskabsloven, jf. selskabslovens § 15, stk. 2. I de tilfælde hvor Erhvervsstyrelsen bliver opmærksom på, at betingelserne i selskabsloven ikke er opfyldt, skal Erhvervsstyrelsen nægte at registrere forholdet, medmindre det pågældende forhold kan afhjælpes ved en generalforsamlingsbeslutning eller ved vedtagelse af kapitalselskabets centrale ledelsesorgan, jf. selskabslovens §§ 15, stk. 1, og 16, stk. 1.

Det følger videre af anmeldelsesbekendtgørelsens § 8, at en anmelder indestår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentationen i forbindelse med indberetningen, registreringen eller anmeldelsen er gyldig.

Det følger endvidere af selskabslovens § 237, stk. 2 modsætningsvist, at såfremt der i en fusion indgår aktieselskaber, er det udelukkende muligt at gennemføre fusionen på baggrund af en offentliggjort fusionsplan.

Det fremgår af selskabslovens § 237, stk. 1, at de centrale ledelsesorganer i de bestående kapitalselskaber, der deltager i fusionen, i forening opretter og underskriver en fusionsplan.

Det fremgår endvidere af selskabslovens § 244, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen senest 4 uger efter en eventuel fusionsplans underskrivelse skal have modtaget en kopi af fusionsplanen. Overskrides fristen kan modtagelsen af fusionsplanen ikke offentliggøres, og fusionen kan dermed ikke vedtages.

Endelig fremgår det af selskabslovens § 245, stk. 1, at beslutningen om gennemførelse af en fusion tidligst må træffes 4 uger efter Erhvervsstyrelsens
offentliggørelse af modtagelsen af oplysninger om den påtænkte fusion.

**Erhvervsstyrelsens udtalelse**

Indledningsvis skal Erhvervsstyrelsen bemærke, at styrelsen fastholder sin afgørelse af 22. november 2016, hvorved den anmeldte fusion af K blev registreringsnægtet.

Advokat A har i sin klage anført, at der ikke ved offentliggørelsen af fusionen blev offentliggjort en fusionsplan, idet der ved en menneskelig fejl blev indsendt en kreditorerklæring i stedet for en fusionsplan.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at ansvar et for at der indsendes og uploades korrekt dokumentation påhviler anmelderen, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1.

Det bemærkes, at det er ikke muligt for styrelsens it-system at verificere, hvorvidt et af anmelderen uploadet dokument er i overensstemmelse med det af anmelderen angivne. Det er således muligt for anmelderen at angive, at der er indsendt en fusionsplan, uagtet at det indsendte dokument vedrører noget helt andet.

Advokat A har endvidere anført, at Erhvervsstyrelsen ved meddelelse på CVR-registeret om offentliggørelse af hensigt om fusion eller spaltning, har offentliggjort, at der er modtaget en fusionsplan, og at der derved er skabt en berettiget forventning hos anmelderen om behørligheden af den indgivne anmeldelse.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen har offentliggjort de informationer, som anmelderen har anmeldt, herunder at der er indsendt en fusionsplan.

Erhvervsstyrelsen bemærker endvidere, at en automatisk offentliggørelse af anmelderens egne indgivne oplysninger ikke kan skabe en berettiget forventning hos anmelderen om beskaffenheden af oplysningerne.

Advokat A har herudover anført, at det ikke fremgik af det til anmelderen fremsendte sagsresumé, hvilke dokumenter der var bilagt anmeldelsen.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at det til anmelderen fremsendte sagsresumé indeholder en gengivelse af de dokumenter, som anmelderen har oplyst at have bilagt anmeldelsen.

Erhvervsstyrelsen bemærker desuden, at der forinden endelig godkendelse af offentliggørelsen af fusionen fremkommer et skærmbillede med overskriften Opsummering og godkendelse, hvorunder de af anmelderen angivne oplysninger samt indsendte dokumenter fremgår. Det er herved muligt for anmelderen at sikre sig, at de indgivne oplysninger og dokumenter er korrekte.

Advokat A har for så vidt angår den manglende underskrivelse af fusions-
planen anført, at den manglende underskrift kun ses at være for selskabet K1, og at underskriveren B er direktør, bestyrelsesmedlem samt ultimativ ejejer af K1. Advokat A har endvidere anført, at det fremgår af bogen Selskabsloven med kommentarer, Bunch & Rosenberg, 2. udgave, at Erhvervsstyrelsen undtagelsesvist har dispenseret fra kravet om at alle medlemmer af det centrale ledelsesorgan skal underskrive fusionsplanen, i det tilfælde, at et ledelsesmedlem er enig i beslutningen, men på grund af særlige omstændigheder er forhindret i at underskrive fusionsplanen.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at det fremgår af bemærkningerne til § 237, stk. 1 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009:

"Fusionsplanen skal i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis underskrives af samtlige medlemmer af bestyrelsen eller det tilsvarende centrale ledelsesorgan. Det er ikke tilstrækkeligt, at planen underskrives i henhold til selskabets tegningsregel."

Det er således fortsat et krav, at alle ledelsesmedlemmerne underskriver fusionsplanen. Ved anmeldelse af offentliggørelsen af fusionen i Erhvervsstyrelsens it-system er det tillige et krav, at anmelderen bekræfter følgende:

"Jeg erklærer hermed, at samtlige medlemmer af de centrale ledelsesorganer i de virksomheder, der deltar i fusionen, har underskrevet den vedhæftede plan."

Dette erklæringskrav i it-systemet er indsat for at sikre, at anmelderen er opmærksom på kravet i selskabslovens § 237, stk. 1.

Styrelsen bemærker endvidere, at dispensationen fra kravet om underskrift af samtlige ledelsesmedlemmer af det centrale ledelsesorgan, kun er givet i tilfælde, hvor et ledelsesmedlem har været langtidssygemeldt eller har befundet sig i udlandet under omstændigheder, hvor det ikke har været muligt for ledelsesmedlemmet at modtage, underskrive og tilbagegive fusionsplanen. Det er således kun under særlige omstændigheder, at en sådan dispensation er tildelt. Der har ikke i den foreliggende sag været anmodet om eller på anden vis tilkendegivet, at der forelå sådanne særlige omstændigheder for bestyrelsesmedlemmerne C, D og E.

Erhvervsstyrelsen bemærker endelig, at oplysninger om sådanne særlige omstændigheder for de nævnte ledelsesmedlemmer ej heller er fremkommet efter styrelsens nægtelse af registrering af fusionsgennemførelsen, samt at det af advokat A fremsendte indlæg fremstår som om, at de nævnte medlemmer ville have skrevet under, såfremt de var blevet bedt herom.

Da beslutningen om gennemførelse af fusionen er sket på baggrund af en fusionsplan, som ikke har været behørigt underskrevet eller offentliggjort, er det fortsat styrelsens vurdering, at kravene i selskabsloven ikke har været opfyldt, og at styrelsen på den baggrund var berettiget samt forpligtet til at nægte registreringen af fusionen.
Det er således Erhvervsstyrelsens vurdering, at resultatet i styrelsens afgørelse af den 22. november 2016 skal opretholdes med de ovenfor anførte begrundelser.

...”

Ved skrivelse af 27. februar 2017 har advokat A heroverfor bemærket:

”...

Ved anmeldelse af fusionen blev der, på grund af en menneskelig fejl hos min klients revisor, som var anmelder, vedhæftet en kreditorerklæring to gange. Dette gjorde Erhvervsstyrelsen ikke opmærksom på, men offentliggjorde i stedet anmeldelsen og tilkendegav derved at de havde modtaget både fusionsplan samt kreditorerklæring. Dette bevirkede, at min klient fik en berettiget forventning om, at proceduren var behørigt fulgt.

Såfremt Erhvervsstyrelsen havde gjort anmelderen opmærksom på den menneskelige fejl inden udløb af fristen i selskabslovens § 244, stk. 1, kunne - og ville - fejlen være blevet rettet. Hertil skal det også bemærkes, at anmelderen straks indsendte fusionsplanen, da de blev gjort opmærksomme på fejlen i forbindelse med gennemførelse af fusionen.


Erhvervsstyrelsen bemærker i sit ovennævnte svar, at det ikke er muligt for Erhvervsstyrelsens it-system at verificere uploadede dokumenter. Det fastholdes dog, at dette ikke skal påvirke min klients retsstilling i negativ retning.

Erhvervsstyrelsens offentliggørelse af hensigt om fusion samt modtagelsen af en fusionsplan har skabt en berettiget forventning hos min klient om behørigheden af den indgivne anmeldelse, hvilket ikke bør medføre et afslag af fusionsanmeldelsen.

Den anden anførte begrundelse for Erhvervsstyrelsens afslag er, at ikke alle bestyrelsesmedlemmerne i K1, CVR-nr. ..., har underskrevet fusionsplanen, jf. selskabslovens § 237, stk. 1.

Det fastholdes, at det fremgår af Selskabsloven med kommentarer, Bunch & Rosenberg, 2. udgave, side 956, at Erhvervsstyrelsen kan dispensere fra kravet om, at alle medlemmer af det centrale ledelsesorgan skal underskrive fusionsplanen, i det tilfælde, at alle ledelsesmedlemmerne er enige i beslutningen. Hertil bemærkes, at ledelsesmedlemmerne var - og er - enige i beslutningen, hvorfor Erhvervsstyrelsen bør dispensere fra kravet om underskrift fra alle medlemmer af det centrale ledelsesorgan, særligt under hensyntagen til, at Erhvervsstyrelsen har skabt en berettiget forventning hos min klient.
om behørigheden af den indgivne anmeldelse ved at foretage offentliggørel-
se.

Dertil kommer, at det fremgår af selskabsloven § 244, at Erhvervsstyrelsen
ikke kan offentliggøre en fusion, hvis den ikke rettidigt har modtaget en fu-
sionsplan, og at fusionen derved ikke kan vedtages. I det foreliggende til-
fælde har Erhvervsstyrelsen offentliggjort fusionsplanen desuagtet selskabs-
lovens § 244. Selskabslovens § 244 kan derfor ikke efterfølgende anvendes
som hjemmel til at nægte vedtagelse af fusionen.

Det kan af Erhvervsankenævnet lægges til grund, at afslag på anmeldelse af
fusionen kunne være undgået, såfremt Erhvervsstyrelsen havde gjort anmel-
deren opmærksom på fejlene inden fristerne.

Det fastholdes derfor, at anmeldelsen af fusionen bør godkendes.”

Ankenævnet udtaler:

Af selskabslovens § 237, stk. 1, fremgår det, at de centrale ledelsesorganer i de be-
stående kapitalselskaber, der deltager i en fusion, opretter og underskriver en fusi-
onsplan i forening.

Såfremt der i en fusion indgår aktieselskaber, er det kun muligt at gennemføre fusi-
onen på baggrund af en offentliggjort fusionsplan, jf. selskabslovens § 237, stk. 2,
modsætningsvist.

Erhvervsstyrelsen skal senest 4 uger efter en fusionsplans underskrivelse have mo-
dtaget en kopi af fusionsplanen, jf. selskabslovens § 244, stk. 1. Overskrides fristen,
kun modtagelsen af fusionsplanen ikke offentliggøres og fusionen dermed ikke ved-
tages, jf. lovens § 244, stk. 2.

Beslutning om gennemførelse af en fusion må tidligst træffes 4 uger efter Erhvervs-
styrelsens offentliggørelse af modtagelsen af oplysninger om den påtænkte fusion, jf.
lovens § 245, stk. 1.

Erhvervsstyrelsen modtog den 27. maj 2016 en anmeldelse om offentliggørelse af en
fusion mellem de i sagen omhandlede selskaber. Anmeldelsen var ikke vedlagt en fu-
sionsplan. Den 6. oktober 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en anmeldelse om gen-
nemførelse af fusionen mellem selskaberne. Det fremsgik af selskabernes beslutnings-

Af lovbemærkningerne til § 237, stk. 1, (L 170 fremsat den 25. marts 2009) fremgår det:

"Fusionsplanen skal i henhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens administrative praksis underskrives af samtlige medlemmer af bestyrelsen eller det tilsvarende centrale ledelsesorgan. Det er ikke tilstrækkeligt, at planen underskrives i henhold til selskabets tegningsregel."

Det følger af selskabslovens § 15, stk. 1, at registrering ikke må finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder lovens bestemmelser, og ifølge § 15, stk. 2, sammenholdt med anmeldelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1, er det anmelder, der indestår for, at anmeldelsen er lovligt foretaget, og at dokumentationen i forbindelse med anmeldelsen er gyldig.

Da fusionsplanen ikke er behørigt offentliggjort og underskrevet, tilmød ansenævnet, at Erhvervsstyrelsen har nægtet at registrere gennemførelsen af fusionen.

Ankenævnet stadfæster derfor Erhvervsstyrelsens afgørelse af 22. november 2016.
5) **Kendelse af den 18. juni 2017 (J.nr. 2015-12287)**

*Ingen uklærder om adkomstforholdene vedr. de anmeldte registreringer*

Selskabslovens §§ 9, stk. 1 og 16, stk. 3

(Anders Hjulmand, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 5. oktober 2015 har advokat A på vegne af K to kapitalejere i R [aktieselskab], K1 [anpartsselskab] og K2 [anpartsselskab], klaget over Erhvervsstyrrelsens afgørelse af 8. september 2015, hvorved styrelsen fastslog, at der ikke kan foretages yderligere registreringer i R før, der er skabt klarhed om ejerforholdet, og hvor styrelsen samtidigt spærrede for at foretage digitale straksregistreringer i selskabet.

**Sagens omstændigheder:**

I en over sagen i anledning af klagen af Erhvervsankænævnet fra Erhvervsstyrrelsens indhentet redegørelse af 6. august 2015 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

"...

**Faktiske forhold**


Samme dag registrerede C en ændring af ledelsen i R.


Samme dag modtog Erhvervsstyrrelsen bemærkningerne fra B, hvor han
fastholdt sine påstande og igen anmodede om, at ændringen af ledelses blev annulleret og den tidligere ledelse blev genindsat.

Den 15. juli anmodede Erhvervsstyrelsen C om hans bemærkninger til B's påstande.


Den 3. august modtog Erhvervsstyrelsen to yderligere anmeldelser om ledelsesændringer i selskabet, indsendt af B. På baggrund af den verserende sag blev disse anmelder ikke registreret.

Den 4. august anmodede Erhvervsstyrelsen B om hans afsluttende bemærkninger i sagen samt redegørelse og dokumentation for de senest foretagne registreringer.


Den 8. september traf Erhvervsstyrelsen afgørelse i sagen.”

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. september 2015 hedder det:

"R, CVR-nr. ...

Afgørelse
Erhvervsstyrelsen har ud fra indkommende oplysninger, ..., konstateret, at der er tvivl om adkomsten til R.. En sådan tvist omkring adkomsten til et selskab henhører under domstolene. Erhvervsstyrelsen kan som registreringsmyndighed ikke foretage den nødvendige bevisvurdering af parternes påstande i forhold til overdragelsesaftalens misligholdelse og stemmeretten i selskabet.

På baggrund af tvivl om de senest foretagne registrerings lovlighed er det
Ehvervsstyrelsens vurdering, at der ikke kan foretages yderligere registreringer i selskabet før, der er skabt klarhed om ejerforholdet, jf. § 16, stk. 3. Styrelsen har mulighed for at offentliggøre en særlig tekst om, at der er tvivl om adkomsten til selskabet, hvis styrelsen finder behov for at sikre, at offentligheden orienteres herom. Styrelsen har dags dato foretaget en sådan offentliggørelse på R.

Ehvervsstyrelsen har som konsekvens heraf tillige spærret for at foretage digitale straksregistreringer via Ehvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v., og samtlige registreringer vil derfor skulle behandles af en medarbejder i Ehvervsstyrelsen, og så længe den opstående konflikt ikke er afgjort, kan der alene foretages registreringer, hvis parterne er enige herom.


Sagens forløb


"

I klageskrivelsen af 5. oktober 2015 har advokat A anført:

"Påstande

Ehvervsstyrelsens afgørelse af 8. september 2015 indbringes for Ehvervsankenævnet med følgende principale påstande (nr. 1):

- Ehvervsstyrelsens afgørelse ophæves.
- Den offentliggjorte tekst om, at der er tvivl om adkomsten til Selskabet slettes.

Subsidiær påstande (nr. 1):

Ehvervsstyrelsens afgørelse ophæves.

Mest subsidiær påstande (nr. 1):

Erhvervsstyrelsens afgørelse ophæves og hjemvises til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen

Supplerende påstande nr. 2:

Adgang til at foretage registreringer via virk.dk genåbnes.
Kode udstedet til Selskabets direktør B genoprettes.
- Den offentlige tekst om, at der er tvivl om adkomsten til Selskabet slettes.

Sagens forløb og supplerende bemærkninger

Kapitaloverdragelsesaftale - overdragelser og ejerforhold

Den 1. april 2014 overdrog D samtlige sine kapitalandele i alt 60 % af Selskabets kapital (nominelt 300.000 DKK) (herefter Kapitalandeleene) til Kapitalejerne bestående af K1 og K2 (Kapitaler). Kapitalejerne var før forud for overdragelsen kapitalejere i Selskabet med 40 % af kapitalen (nominelt 200.000 DKK), og pr. den 1. april 2014 bestod Selskabets ejerkreds udelukkende af Kapitalejerne.

Kapitalejerne overdrog i umiddelbar forlængelse af ovenstående erhvervelse af kapitalandele og i overensstemmelse med Aftalens punkt 12 i alt 33,32 % af Selskabet til E …

Kapitalejerne i Selskabet består i dag af Kapitalejerne og E. …

Det bemærkes, at advokat C ej heller - på trods af sine påstande om det rette ejerskab - har fundet anledning til at ændre denne registrering, uanset at han gennemførte generalforsamling og registrerede ændringer i Selskabet på vegne af D.

Kapitaloverdragelsesaftale – betaling af købesum og misligholdelse

Der var ved Aftalen tale om køb af kapitalandele på kredit mod sikkerhed for betaling af købesummen. Der henvises til Aftalens punkt 4 - 6, herunder navnlig punkt 4, 6.1 og 6.5.

Aftalens punkt 6, dvs. forfaldstidspunkt 1. april 2017.

Herudover forfalder købesummen ekstraordinært delvist til betaling, såfremt der udloddes udbytte fra Selskabet, jf. Aftalens punkt 6.2. Købesummen er afdraget i overensstemmelse med Aftalen.

Udover sikkerhederne, jf. nedenfor, blev det særskilt aftalt i Aftalens punkt 6.5, at D i tilfælde af Kapitalejernes misligholdelse af bestemmelserne om købesummens betaling har ret til at ophæve Aftalen, såfremt der forinden afgives skriftligt påkrav med 14 dages varsel, og såfremt den ikke misligholdende Kapitalejer ikke ønsker at erhverve den misligholdende Kapitalejers kapitalandel i Selskabet.

D har ikke påberåbt sig misligholdelse af Aftalen, forinden advokat C efter den af ham gennemførte registrering i Selskabet, påberåbte sig misligholdelse overfor Erhvervsstyrelsen.


Kapitaloverdragelsesaftale – Ds sikkerheder

Som det fremgår af Aftalens punkt 6.5 modtog D som sikkerhed for Kapitalejernes betaling af købesummen pant i Kapitalandelene samt delvis transport i fremtidige udbyttebetalinger udbetalt på Kapitalandelene.

Bestemmelsen i Aftalens punkt 6.5 lyder som følger:

"Til sikkerhed for købesummens betaling gives Sælger 1. prioritets pant i Kapitalandelene (60 % af selskabskapitalen i Selskabet svarende til nominelt 300.000 DKK), højst muligt prioriteret pant i Datterselskaber samt transport i 75 % af fremtidige udbyttebetalinger udbetalt på Kapitalandelene (60 % af selskabskapitalen i Selskabet svarende til nominelt 300.000 DKK). Pantsætningen og transport noteres i ejerbogen hos Selskabet."”

Der blev ikke ved Aftalen meddelt pant i de til Kapitalandelene knyttede stemmeret eller andre af de forvaltningsmæssige beføjelser.

Stemmeretten tilhører således Kapitalejerne.

Registreringer

Generalforsamlingen blev indkaldt af advokat C på vegne af D med et varslet på 6 dage. Indkaldelse blev alene sendt til Selskabets direktør og bestyrelsesmedlem B samt bestyrelsesmedlem og ultimative kapitalejer F ...


Da B, direktør i Selskabet og kapitalejer i K2 blev opmærksom på denne ubehagelige registrering, rettede B straks henvendelse til Erhvervsstyrelsen pr. mail den 13. og ved to mail af 14. juli 2015 ... og gjorde opmærksom på den ugyldige anmeldelse.


Efterfølgende aftaler mellem Selskabet, Selskabets datterselskaber og D

Der er under tvisten for Erhvervsstyrelsen, men inden Erhvervsstyrelsens afgørelse af 8. september 2015 indgået en række købsaftaler mellem Selskabet, Selskabets datterselskaber og D vedrørende salg af henholdsvis Selskabets og Selskabets datterselskabers ejendomme til D.

Aftalerne er indgået via D's brug af anden rådgiver.

Til dokumentation vedlægges købsaftale mellem Selskabet og D af 17. august 2015 ... (herefter Købsaftalen).

Købsaftalen er efter aftale med D tiltrådt af B som direktør for Selskabet og D har således herved reelt set anerkendt, at Kapitalejerne er de reelle ejere
af Selskabet, og at B er den korrekte (på daværende tidspunkt) registrerede direktør for Selskabet.

Opfolgende/supplerende anbringender

Den af advokat C gennemførte ekstraordinær generalforsamling

Advokat C repræsenterer ikke Selskabet og/eller Kapitalejerne eller E og har ikke haft lovlig adgang til at gennemføre en ekstraordinær generalforsamling i Selskabet, og ej heller til efterfølgende at foretage registreringer vedr. Selskabet.


- Advokat C har ikke dokumenteret sin ret til at foretage registreringen.
- C’s ændring af Selskabets ledelse er ikke lovlig.

Aftalen mellem D og Kapitalejerne

- Kapitalejerne har erhvervet Kapitalandelene på kredit.
- Aftalen er ikke misligholdt.
- Den påståede misligholdelse er bestridt, udokumenteret og usand.
- Aftalen er ikke ophævet af D, der i øvrigt ej heller har handlet i overensstemmelse med Aftalens misligholdelsesbestemmelser.
- Stemmeretten er ikke overdraget og/eller pantsat til D. Der er alene sket pantsætning af økonomiske rettigheder og ikke forvaltningsmæssige rettigheder.

Medmindre andet er udtrykkeligt aftalt, overgår stemmeretten ikke til pantehaver i tilfælde af en pantsætning af kapitalandele. Dette er fast antaget i litteraturen og følger i øvrigt bl.a. af U2011B/237.

Aftalen indeholder ingen bestemmelse om pantsætning af stemmeretten, og denne tilkommer således ikke D, jf. i overensstemmelse hermed U 1968.766 H.

Ved forfald eller misligholdelse (og det ikke er bestridt, at der er tale om en misligholdelse) er pantehaver berettiget, men ikke forpligtet, til at overtage og udøve stemmeretten. Det er dog et krav, såfremt pantehaver ønsker at overtage og udøve stemmeretten, at pantehaver giver meddelelse til pantsætter og selskabet herom. Der henvises til samme U2011B/237 (Henrik Kure:

Såfremt der er tvist om, hvorvidt købesammen er forfalden til betaling, eller der foreligger misligholdelse, er panthaver (D) henvist til at søge tvisten af gjort ved domstolene.

Ingen begrundet tvivl om rette adkomst til Selskabet

- Der er ikke tvivl om adkomsten til Selskabet.

  D har på intet tidspunkt meddelt Kapitalejerne, at D vil ophæve aftalen eller benytte sig af en efter D's opfattelse potentielle stemmeret tilknyttet til pantet. D har således på intet tidspunkt har haft stemmeret eller andre beføjelser over Selskabet siden overtagelsesdagen den 1. april 2014.

  Såfremt D måtte fastholde, at der er sket misligholdelse af Aftalen, er det op til D at få fastslået dette via domstolene. Dette har D ikke gjort og det kan ikke lægges Selskabet og/eller Kapitalejerne til last.

  Der er ikke begrundet tvivl om rette adkomst til Selskabet.

- I Karnovs kommentar (note 85) til selskabslovens § 16, stk. 4 anføres det, at hjemlen i bestemmelsen kun kan "udnyttes i særlige tilfælde, hvor der er begrundet tvivl om, hvem der besidder retten til at tegne selskabet, og hvor en registrering af ledelsens fratræden vurderes nødvendigt for at forhindre unødige tab i selskabet."

  Der er ingen begrundet tvivl om, hvem der besidder retten - det er de registrede ejere, Kapitalejerne og E. Der foreligger alene udokumenterede og bestridte påstande fra advokat C's side.

  En registrering af ledelsens fratræden er ikke nødvendig for at forhindre unødige tab i Selskabet.

- Det er ikke godtgjort, og kan ej heller godtgøres, at det vil være til skade for Selskabet eller tredjemand, at lade Selskabets ledelse stå registreret.

  Advokat C's beskyldninger afgivet overfor Erhvervsstyrelsen om den tidligere ledelses hensigt til at begå strafbare forhold i Selskabet er ukorrekte, og i øvrigt på ingen måde tilstrækkeligt til, at det er nødvendigt at registrere ledelsens afgang for at forhindre unødige tab i Selskabet.

  Reelt set er Selskabet i stor risiko for at lide skade og tab, udelukkende som følge af Erhvervsstyrelsens afgørelse og afregistrering af Selskabets ledelse.
Der foreligger ikke den fornødne tvivl/tvist om Selskabets ejerforhold, og en eventuel tvist på det foreliggende grundlag med udkommenterede og bestridte påstande vedrørende Selskabets ejerforhold henhører under domstolene.

- Erhvervsstyrelsens afvisning af registrering og samtidig registrering af ledelsens fratræden går videre end formålet med selskabsloven § 16, stk. 3 - 4 tilsiger.

Erhvervsstyrelsen kunne i henhold til selskabsloven § 16, stk. 3 have stillet den indgivne anmeldelse af 3. august 2015 i bero, indtil forholdet var afklaret via blokering af selvregistrering.

- D har via Købsaftalen reelt set anerkendt, at Kapitalejerne er rette ejere af Selskabet, og at B er den korrekte (daværende registrerede) direktør for Selskabet.

Anmeldelse af 3. august 2015 er lovlig og skal registreres

Ekstraordinær generalforsamling anmeldt af B den 3. august 2015 er lovlig indkaldt, varslet og gennemført, og beslutninger truffet på denne generalforsamling er gyldige.

Såfremt dette bestrides af D, må denne henvises til domstolene, jf. selskabslovens §§ 20 og 109.

"I førnævnte redegørelse af 4. november 2015 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

"Rettle forhold
Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at hvis Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet. Dette gør sig bl.a. gældende i tilfælde, hvor der er tvivl om adkomsten til et selskab.

Det fremgår endvidere af bemærkningerne til § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009:

Det opleves i stigende grad, at der i selskaber opstår tvivl om lovligheden af registrerede eller anmeldte forhold, eksempelvis fordi der er tvivl om ejer-skabet til selskabet. Der kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er de retmæssige ejer af selskabets kapitalandele eller af en sammenfaldende del af kapitalandele. I en sådan situation kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed fastslå, om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Samtidig kan den beskrevne situation resultere i, at der ikke kan træffes beslutninger på et selskabs generalforsamling, enten fordi der er uenighed om ejerforholdet eller, fordi
ingen af de to kapitalejere har majoriteten af stemmerne. 

Der fremgår endvidere i selskabslovens § 16, stk. 3, at Erhvervsstyrelsen kan offentliggøre en meddelelse om grundlaget for styrelsens beslutning i styrelsens it-system.

Efter de gældende regler er det ikke muligt for offentligheden at få kendskab til, at der i et konkret selskab er tvivl om ejerforholdene. Det vurderes imidlertid, at det er relevant for offentligheden, herunder eventuelle fremtidige aftalepartnere mv., at få kendskab til denne tvivl. Det foreslås som følge heraf i stk. 3, 2. pkt., at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i styrelsens it-system kan offentliggøre oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene.

Sydst fremgår det af selskabslovens § 16, stk. 4, at Erhvervsstyrelsen ved strid om adkomsten til et selskab tillige kan registrere ledelsens fratræden. Af bemærkningerne til § 16, stk. 4 ved forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009 fremgår:

Hvor der er tvivl om ejerforholdene i selskabet, er det Erhvervs-Selskabsstyrelsens erfaring, at konflikter omkring selskabet blandt andet medfører, at de pågældende modstridende parter ikke kan blive enige om, hvem der skal lede selskabet og dermed være registreret som ledelse i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens it-system. Efter de gældende regler fører det til, at de to parter i tvisten foretager gentagne registreringer eller anmeldelser om ledelsesendringer i det pågældende selskab. Det bliver således tilfældigt, hvem der på et givent tidspunkt er registreret som ledelse i selskabet.

Det foreslås derfor i stk. 4, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i forbindelse med styrelsens registrering af, at der er tvivl om adkomsten til selskabet, kan registrere den hidtidige ledelses fratræden. Den mulighed er særligt tilfældigt, hvor det som følge af tvivlen om adkomsten til selskabet ikke er muligt at fastslå, hvem der har retten til at vælge ledelsen, og hvilken ledelse der som følge heraf er valgt. Hjemlen vil således kun kunne udnyttes i særlige tilfælde, hvor der er begrundet tvivl om, hvem der besidder retten til at tegne selskabet, og hvor en registrering af ledelsens fratræden vurderes nødvendig for at forhindre unødige tab i selskabet.

Styrelsens bemærkninger til A's klage

... 
Efter Erhvervsstyrrelsens opfattelse er parterne uenige om, hvem der har
stemmeretten i selskabet, ligesom parterne er uenige om, hvem der skal lede selskabet. Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen ikke kan foretage en bevisvurdering i forhold til parternes påstande og de indgivne dokumenter, da falder uden for styrelsens kompetence og henhorer under domstolene. Dette fremgår direkte af bemærkningerne til selskabslovens § 16, stk. 3 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009. Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke vurdere parternes påstande i forhold til, hvorvidt overdragelsesaftalen er misligholdt og de eventuelle konsekvenser heraf - heller ikke i forhold de anførte påstande i forbindelse med klagesagen.

På baggrund af tvivlen om adkomsten til selskabet er Erhvervsstyrelsen også af den opfattelse, at der er tvivl om lovligheden af samtlige ledelsesændringer i selskabet, som er registreret eller anmeldt i forbindelse med klagesagen.

På den baggrund har styrelsen vurderet, at selskabet befinder sig i en situation, som beskrevet af bemærkningerne til selskabslovens § 16, stk. 4 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009: "det som følge af tvivlen om adkomsten til selskabet ikke er muligt at fastslå, hvem der har retten til at vælge ledelsen, og hvilken ledelse der som følge heraf er valgt.". Erhvervsstyrelsen har på den baggrund valgt at fratræde ledelsen i selskabet indtil, der skabes klarhed for ejerforholdet i selskabet.

Erhvervsstyrelsen bemærker ..., at styrelsen som tidligere anført ikke kan vurdere parternes påstande vedr. overdragelsesaftalen. Efter Erhvervsstyrelsen opfattelse er der derfor fortsat tvivl om adkomsten til selskabet. Dertil har styrelsen kunnet konstatere, at ledelsen i selskabet er blevet registreret eller anmeldt ændret 5 gange på baggrund af tvisten om ejerskabet. Det er derfor også Erhvervsstyrelsen opfattelse at der foreligger begrundet tvivl om, hvem der kan tegne selskabet, og fratrædelsen af ledelsen derfor bør opretholdes.”

Ved skrivelse af 18. november 2015 har advokat A yderligere anført:

"...

Erhvervsstyrelsen henviser i sine bemærkninger til, at beslutningen om at lade selskabets ledelse fratræde er truffet med hjemmel i selskabslovens § 16, stk. 4 samt bemærkningerne til lovforslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009. Af bemærkningerne til selskabslovens § 16, stk. 4 i forslaget til lov nr. 470 af 12. juni 2009 fremgår det dog også, at:

"Hjemlen vil således kun kunne udnyttes i særlige tilfælde, hvor der er begrundet tvivl om, hvem der besidder retten til at tegne selskabet, og hvor en registrering af ledelsens fratræden vurderes nødvendig for at forhindre unøelige tab i selskabet.” (mine fremhævninger)

For at Erhvervsstyrelsen kan lade et selskabs ledelse fratræde, kræver det således 1) begrundet tvivl om, hvem der besidder retten til at tegne selskabet, og 1) at det vurderes nødvendigt for at forhindre unøelige tab i selskabet.
Ad 1) Ingen begrundet tvivl om adkomst til selskabet

Der foreligger ikke tilstrækkelig tvivl og således ikke begrundet tvivl om, hvem der har adkomst til selskabet, og ej heller hvem der er berettiget til at tegne selskabet.

Af selskabsudskrift for Selskabet ... fremgår, at Selskabet er og har været ejet af K1, K2 og E siden 1. april 2014.

Trods påstand om misligholdelse er dette ikke forsøgt ændret af advokat C. Ej heller er den påståede stemmeret for D i dennes egenskab af panthaver registreret.

Af Erhvervsstyrelsens vejledning vedrørende Det Offentlige Ejerregister af 18.maj 2015 fremgår af punkt 4.5.1, at ”En panthaver skal registreres i Ejerregistret, når denne råder over stemmeretten til den kapitalandel, vedkommende har pant i, hvis vedkommende har til hensigt at udnytte den. Det er således en forudsætning, at panthaver faktisk råder over stemmeretten før vedkommende skal registreres i registret.”

En panthavers stemmeret skal således også registreres i Det Offentlige Ejerregister, og dette er ikke sket.

Hertil kommer som redegjort for i klagen, at en panthaver alene har stemmeretten, såfremt der foreligger særskilt udtrykkelig aftale herom, og en sådan aftale foreligger ikke.


I sin mail af 7. juli 2015 fra advokat C til B og F (fremlagt af Erhvervsstyrelsen) fremgår, at denne på vegne af D tiltræder pantet og ikke at overdragelsesaftalen ophæves. Overdragelsesaftalen er på intet tidspunkt ophævet. Advokat C har udelukkende gjort gældende, at overdragelsesaftalen er misligholdt.

Advokat C præciserer i sin mail af 28. juli 2015 til Erhvervsstyrelsen ..., at der alene er tale om, at D har pant i Selskabet, og ikke at D er kapitalejer i Selskabet.
Endeligt skal fremhæves, at D (enten direkte eller indirekte) har anerkendt, at Selskabets tidligere registrerede direktør B besidder retten til at tegne selskabet.

Dette er sket via den omtalte indgåelse af købsaftaler mellem D og selskabet, hvor D og dennes (anden) rådgiver selv har inddsat B som direktør og tegningsberettiget og i øvrigt har anerkendt dennes underskrift på købsaftaler som bindende for selskabet.

Den påståede misligholdelse er udokumenteret og bestridt - og D har ej heller selv handlet i overensstemmelse med sine påstande.


Ad 2) Nødvendig for at forhindre unødige tab i selskabet

For at Erhvervsstyrelsen, som sket, kan lade Selskabets ledelse fratræde i henhold til selskabsloven § 16, stk. 4, er det udover kravet om, at der er begrundet tvivl om, hvem der besidder retten til at tegne selskabet, ligeledes en forudsætning, at registrering af ledelsens fratræden er nødvendig for at forhindre unødige tab i selskabet.

Advokat C bemærkede i sin mail af 28. juli 2015 overfor Erhvervsstyrelsen følgende:

"Jeg bemærker endelig, at der var tvingende årsager til at afholde den ekstraordinære generalforsamling hurtigst muligt, idet vi er i besiddelse af skriftlig dokumentation for, at en af de øvrige aktionærer søger at flytte midler ud af selskabet til skade for de øvrige aktionærer og kreditorer. Hensigten var således ikke at skade hverken selskabet, de øvrige aktionærer eller kreditorer, men derimod blot at beskytte disse parter og undgå forfordeling.”

Dette er uden videre blevet lagt til grund af Erhvervsstyrelsen ved dennes beslutning.

Dette uanset at påstanden er helt og aldeles usand, ubegrundet og udokumenteret. Advokat C har hverken før eller siden - trods direkte og udtrykkeligt opfordret hertil - fremlagt nogen dokumentation eller i øvrigt nærmere begrundet påstanden. Advokat C har hverken dokumenteret, godt gjort eller sandsynliggjort påstanden.
En sådan udtalelse er efter min opfattelse potentielt strafbar i henhold til Straffeloven § 163 og kan i hvert fald på ingen måde danne grundlag for, at ”det vurderes nødvendigt for at forhindre unødige tab i selskabet”.

Advokat C har via udtalelsen påvirket retsforholdet vedrørende selskabet, og Erhvervsstyrelsen har gengivet netop denne udtalelse i såvel sin afgørelse som bemærkninger i brev af 4. november 2015.

Udtalelsen har således ubrettet dannet grundlag for Erhvervsstyrelsens afgørelse.

Det bemærkes i øvrigt, at netop Erhvervsstyrelsens registrering af ledelsens fratræden reelt set påfører selskabet tab. Selskabet er som udgangspunkt ude af stand til at agere samt videreføre den af selskabet drevne virksomhed.

…”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at bliver Erhvervsstyrelsen bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Erhvervsankenævnet finder på det foreliggende grundlag, at der ikke er en sådan uklarhed om adkomstforholdene til selskabet R.

Anmodning om ændring af registreret selskabs navn ikke imødekommet.
Selskabslovens §§ 2 og 20.
(Finn Møller, Monica Reib og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I en over sagen af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen indhentet redegørelse af 4. november 2014 har Erhvervsstyrelsen om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

"Sagens faktiske omstændigheder
Styrelsen modtog den 13. marts 2014 en anmodning fra registreret revisor A om, at Erhvervsstyrelsen skulle foretage sig det nødvendig for at bringe det forhold i orden, at F, CVR-nr. ..., havde registreret samme selskabsnavn som K, CVR-nr. ...

K, CVR-nr. ...

F, CVR-nr. ...

Ved afgørelse af 5. september 2014 afslog Erhvervsstyrelsen at foretage sig noget på baggrund af A's henvendelse. I afgørelsen hedder det:

"K, CVR-nr. ..."
...I din henvendelse beskriver du, at et andet selskab benytter samme selskabsnavn, F, som du har registreret.

Erhvervsstyrelsen er offentliggørelses- og registreringsmyndighed for mere end 200.000 danske kapitalselskaber.

Selskabslovens § 2, stk. 2, giver kapitalselskaber mulighed for at benytte navne, som ikke i forvejen er brugt som navn eller binavn af et andet registreret kapitalselskab.

Det er Erhvervsstyrelsens praksis, at et selskab ikke kan få registreret et selskabsnavn, hvis præcis det samme navn er registreret i forvejen. Således er den selskabsretlige praksis, at navneidentitet fordømmer fuldstændig identitet mellem to selskabsnavne, dog bortset fra selskabsangivelsen (ApS, A/S, osv.)

En registrering af et kapitalselskabs navn i Erhvervsstyrelsens register er således alene udtryk for, at navnet opfylder selskabslovens krav. Den prøvelse, der finder sted i Erhvervsstyrelsen, må ikke forveksles med en prøvelse af vare- og fællesmærker.

Da dit selskab K, CVR-nr. ... og F, CVR-nr. ..., ikke har et fuldstændig identisk navne, er navneregistreringen F, ikke umiddelbart i strid med selskabslovens navneregler. Således anses et mellemrum mellem X og Y for at være en tilstrækkelig adskillelse i selskabslovens forstand.

...[Af] en fuldstændig udskrift fra Erhvervsstyrelsens registreringssystem vedrørende dit selskab ... fremgår [det], at dit selskabs i 1992 ændrede navn til C og igen i 2001 til K.


Da Erhvervsstyrelsen ikke er kontrolmyndighed men registreringsmyndighed, er styrelsens ikke kompetent til en nærmere (bevismæssig) vurdering af din klage.

Det følger af selskabslovens § 20, at stk. 1, at sager om sletning af registreringer henhører under domstolene, hvorfor du henvises til eventuelt at anlægge din sag gennem domstolssystemet eller kontakte den relevante vare-og fællesmærkemyndighed for en vurdering af din sag.

Erhvervsstyrelsen har på baggrund af ovenstående ikke mulighed for at træffe afgørelse i din sag og har derfor lukket sagen uden registrering."

Ved skrivelse af 29. september 2014 klagede registreret revisor A over Erhvervsstyrrelsens afgørelse og anførte i den forbindelse:
"Vedr. Navnesammenfald…

... Som det fremgår af selskabets vedtægter, generalforsamlingsreferat, regnskaber m.v. er der ikke mellemrum mellem X og Y.


Med henvisning til det ovenfor anførte, skal jeg venligst på selskabets vegne anmode om, at Erhvervsstyrelsen foranlediger at CVR-nr. ... F med hjemsted i Z ændrer deres navn således, at der ikke i forhold til 3. mand kan opstå misforståelser.

..."}

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i førnævnte redegørelse af 4. november 2014 udtalt blandt andet:

"Sagens retlige omstændigheder
Selskabslovens § 2, stk. 2, giver kapitalselskaber mulighed for at benytte navne, som ikke i forvejen er brugt som navn eller binavn af et andet registreret kapitalselskab.

Det fremgår af bemærkningerne til selskabsloven, at navnereglerne skal ses i sammenhæng med det kompleks af regler, der alle har til formål at sikre dels identifikationen af den enkelte virksomhed, vare eller tjenesteydelse, dels at en betegnelse ikke krænker andres rettigheder eller virker vildledende. Navnereglen i selskabsloven er derfor ikke udformet til at dække alle facetter af navnproblematikken, men er ment som supplement for så vidt angår de særlige krav til kapitalselskabers navne på baggrund af de øvrige bestemmelser i lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, varemærkeloven, fællesmærkeloven og markedsføringsloven. En registrering af et kapitalselskabsnavn i Erhvervsstyrelsen er således alene udtryk for, at navnet umiddelbart opfylder selskabslovens krav.

Det er Erhvervsstyrelsens praksis, at et selskab ikke kan få registreret et sel-skabsnavn, hvis præcis det samme navn er registreret i forvejen. Således er den selskabsretlige praksis, at navnidentitet fordømmer fuldstændig identitet mellem to selskabsnavne, dog bortset fra selskabsangivelsen (ApS, A/S, osv.)

Når et navn er blevet registreret, er det selskabslovens § 20, stk. 1, som finder anvendelse. Af denne bestemmelse fremgår, at sletning af en foretagens registrering hører under domstolen.

Erhvervsstyrelsens vurdering
Det vurderes, at der ikke er navnelighed mellem K og F. Således er det Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der selskabsretligt ikke er noget til hinder for at registrere to navne, der alene adskilles af et mellemrum. Erhvervsstyrelsens selskabsretlige navnepraksis må ikke forveksles med en prøvelse af være- og fællesmærker.

Endvidere er det Erhvervsstyrelsens opfattelse, at en eventuel sag om sletning af det registrerede navneforhold må anlægges gennem domstolssystemet, jf. selskabslovens § 20, stk. 1, og at Erhvervsstyrelsen allerede af denne grund ikke kan behandle en anmodning om sletning af et tidligere registreret selskabsnavn. Det fremgår af bemærkningerne til selskabsloven, at § 20 er en videreførelse af § 159 b, stk. 3, i aktieselskabsloven og § 78, stk. 3, i anpartsselskabsloven om, at kun domstolene kan afgøre spørgsmålet om en registrerings sletning.

Erhvervsstyrelsen kan alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilgængeligt fejlskrift fra anmelders side i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af de at Erhvervsstyrelsen tilbudte interregistreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner af registreringer, der er foretaget i forbindelse med sagsbehandling i Erhvervsstyrelsen, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet.

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med behandlingen af klagen overvejet, hvorvidt styrelsens indtastningsfejl tilbage i 2001 skulle have betydning for den modtagne klage. Efter bemærkningerne til selskabslovens § 20 kan Erhvervsstyrelsens administrativt berigtnge tastefejl i foretagne registreringer. I det konkrete tilfælde er indtastningsfejlen imidlertid begået i 2001. Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse må det tidsmæssige aspekt også tillægges betydning, når det skal vurderes, om Erhvervsstyrelsen administrativt kan berigtnge en foretag registrering. I lyset af det tidsmæssige aspekt fra navneændringen i 2001 til indsigelsen i 2014 er det styrelsens vurdering, at styrelsen ikke kan foretage en administrativ fejlrettelse af selskabsnavnet."

I skrivelse af 24. november 2014 har klager yderligere anført:

"... Vedr. Navnesammenfald Deres j.nr. K


Bemærkninger til Erhvervsstyrelsens brev af 4. november 2014 til Erhvervsankenævnet.

1. Erhvervsstyrelsen fastslår, at der ikke er navnelighed mellem K og F. Fastholdes dette synspunkt, er jeg bange for, at vi vil se mange registrer-ede selskaber, hvor blot et mellemrum i navnet gør forskellen. Der henvi-
ses til mit brev af 29. september 2014.

2. Det er ikke korrekt, når Erhvervsstyrelsen oplyser, at F ændrede navn til C. Det var G, der ændrede navn til C, som i december 2001 blev ændret til F.


4. Erhvervsstyrelsen bemærker, at vi ikke tidligere har gjort indsigelse mod mellemrummet mellem X og Y. Nej, det har vi ikke. Vi har ikke været opmærksom på, at dette mellemrum kunne betyde, at et andet selskab kunne lade sig registrere med vores navn.


I forbindelse med gennemgang af sagen er jeg stødt på et brev fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen af 21. marts 1995. Her anfører man C i forbindelse med adressen, men i overskriften skriver man C [mellemrum mellem to af bogstaverne]. Er der her tale om 2 forskellige selskaber?

Med henvisning til det ovenfor anførte, skal jeg venligst på selskabets vegne anmode om, at Erhvervsstyrelsen foranlediger at CVR-nr. ... F med hjemsted i Z ændrer deres navn således, at der ikke i forhold til 3. mand kan opstå misforståelser.

…”

Erhvervsstyrelsen har ved skrivelse af 16. december 2014 bemærket:

A spørger i forbindelse med et vedhæftet brev fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, om der er tale om to forskellige selskaber, da navnet er stavet forskelligt i henholdsvis adressefeltet og overskriften. Umiddelbart vurderer Erhvervsstyrelsen ikke, at der er tale om forskellige selskaber, men alene en tastefejl i forbindelse med skrivningen af brevet. I øvrigt henvises til at den entydige identifikation af forskellige er CVR-numrene.”

A har ved e-mail af den 20. januar 2015 anført, at Erhvervsstyrelsen har lavet en fejl, og den skal rettes for Erhvervsstyrelsens regning.

Ankenævnet udtaler:

To medlemmer - Finn Møller og Monica Reib - udtaler:

Det fremgår af sagens oplysninger, at der i forbindelse med en anmeldelse af det klagerde selskabs ændring af sit navn til "F" til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i december 2001 blev begået en fejl i forbindelse med sagsbehandlingen, hvorved selskabet blev registreret med navnet "K" - altså med et mellemrum mellem "X" og "Y" i selskabets navn.

Den 4. oktober 2012 er et andet selskab med cvr.nr. ... digitalt blevet registreret med navnet "F" - uden mellemrum mellem "X" og "Y".

I henhold til selskabslovens § 20 hører spørgsmålet om sletning af en registrering under domstolene, såfremt nogen mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade.

Af lovbemærkningerne (L 170 fremsat den 25. marts 2009) til § 20 fremgår:


**Et medlem - Jan Uffe Rasmussen - utaler:**

Et kapitalselskabs navn skal tydeligt adskille sig fra navnet på andre virksomheder, der er registreret i Erhvervsstyrelsen, jf. selskabslovens § 2, stk. 2, 1. pkt.

Af lovbemærkningene (L 170 fremsat den 25. marts 2009) til § 2 fremgår:


... Bestemmelserne i forslaget stk. 2 gælder alle kapitalskaber, og regulerer de krav, der gælder for det navn, som kapitalskabets virksomhed drives under, og som anvendes ved underskrift i kapitalskabets forhold. Kapitalskabets navn må have en så tilpas individuel form, at det adskiller kapitalskabet fra andre erhvervsvirksomheder og derved er egnet til at identificere kapitalskabet. Denne regulering udgør sammen med bestemmelser i lov om visse erhvervssvirkomheder, varemærkeloven, fællesmærkelov, lov om markedsføring og særlige vaneregler i særlovgivningen et system af sammenhængende regler, som tilsigter at skabe klarhed og rets-sikkerhed med hensyn til erhvervslivets betegnelser."

I en situation som den foreliggende, hvor selskabsnavnene, bortset fra et enkelt mellemrum mellem to karakterer, er helt identiske, er der efter min opfattelse ikke tale om, at det senest registrerede navn har en så tilpas individuel form, at det tydeligt adskiller sig fra det først registrerede selskabs navn. Det er således heller ikke i fornødent omfang egnet til at identificere selskabet.

Herefter, idet bemærkes, at det i 2001 fejlagtigt registrerede navn beror på en sagsbehandlerfejl i forbindelse med anmeldelsen, og da det af Erhvervsstyrelsen anførte ikke kan føre til andet resultat, stemmer jeg for at ophæve Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. september 2014 og hjemvise sagen til fornyet behandling i styrelsen.

Der træffes afgørelse i overensstemmelse med flertallets opfattelse. Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse af 5. september 2014.
7) Kendelse af den 29. august 2017 (J.nr. 17/00224)
Afslag på anmodning om straksregistrering.
Selskabslovens §§ 9, 16 og 20.
(Piya Mukherjee, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 19. januar 2017 har advokat A på vegne af en kapitalejer [K] i an-
partsselskaberne B og C klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. januar 2017,
hvorved styrelsen har fastslået, at der ikke kan foretages yderligere registreringer i de
pågældende anpartsselskaber, førend der er tilvejebragt klarhed over ejerforholdet,
ohvor styrelsen samtidigt spærrede for at foretage digitale straksregistreringer i sel-
skaberne.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 10. januar 2017 hedder det:

"…
Afgørelse

Selskabslovens § 109 lyder, at en kapitalejer eller et ledelsesmedlem kan an-
lægge sag vedr. en generalforsamlings, som ikke er blevet til på en lovlig
måde, eller som er i strid med selskabsloven eller selskabets vedtægter. Det
er således domstolene, der er kompetent myndighed i forhold til at afgøre,
hvorvidt en generalforsamlingsbeslutning er lovligt vedtaget, hvilket også
fremgå af tidligere ankenævnsager, eksempelvis Erhvervsankenævnets
kendelse af 1. juli 2005.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at det fremgår af selskabslovens § 109, stk. 2,
at en sag skal anlægges senest 3 måneder efter beslutningen, som ellers an-
ses for gyldig.

Dertil lyder Selskabslovens § 20, at hvis nogen, bortset fra i tilfælde, der om
fattes af § 109, mener, at en registrering vedrørende en beslutning, som er
truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til
skade, hører spørgsmålet om sletning af registreringen under domstolene.
Det fremgår både af tidligere ankenævnsager, eksempelvis Erhvervsankenæv-
nets kendelse af 21. november 2007, og styrelsens afgørelser og praksis,
at en registrering, der er foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen,
hverken på styrelsens eget initiativ eller efter en modtagen klage fra nogen,
der mener at være blevet krænket ved registreringen, kan genoptages med
henblik på genbehandling eller udslettelse. Erhvervsstyrelsen kan dog admi-
nistrativt udslette en foretagen registrering, hvis registreringen beror på en
fejlskrift eller åbenbar nullitet. En åbenbar nullitet skal forstås som tilfælde,
hvor anmeldelsen er åbenlys lov- eller vedtægtsstridig.

Da Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed ikke kan foretage den nødvendige bevisvurdering af de påstande som sagens parter har frembragt under Erhvervsstyrelsens kontrol, finder Erhvervsstyrelsen som følge heraf, at spørgsmålet omkring lovligheden af generalforsamlingerne i B og C's lovlighed og registreringens udslette se henhører under domstolene. Styrelsen bemærker også at Fogderetten i Sønderbog i sin kendelse har udtalt, at det er omstridt hvem som ejer kapital andelene i B, og derved også i datterselskabet C.

På baggrund af tvivlen om de senest foretagne registreringers lovlighed er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at der ikke kan foretages yderligere registreringer i selskabet før, der er skabt klarhed om ejerforholdet, jf. selskabs lovens § 16, stk. 3.

Erhvervsstyrelsen har som konsekvens heraf spærret for at foretage digitale straksregistreringer via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v., og samtlige registreringer vil derfor skulle behandles af en medarbejer i Erhvervsstyrelsen, og så længe den opstående konflikt ikke er afgjort, kan der alene foretages registreringer, hvis parterne er enige herom.

Erhvervsstyrelsen har som følge af ovenstående dags dato offentliggjort en opdateret tekst på selskaberne, som lyder:

Erhvervsstyrelsen har konstateret, at der er uenighed om ejendomsretten til selskaber, og hermed også de senest foretagne registreringer. Erhvervsstyrelsen har som følge heraf foreløbig spærret for adgangen til at foretage registreringer af ændringer i selskabet, heller ikke via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på, www.virk.dk for selskaber m.v., med mindre parterne er enige herom.

…"

I klageskrivelsen af 19. januar 2017 har advokat A anført:

"…

Der nedlægges følgende påstand:

• Principalt, at registreringen af B, cvr.nr. ..., og C, cvr.nr. ..., som værende i likvidation ophæves.
• Subsidiært, at registreringen ændres således, at likvidator ikke er berettiget til at sælge de selskaberne tilhørende ejendomme.

Sagsfremstilling:
Nærværende sag drejer sig om
• hvorvidt et selskab, der mener at have en gyldig køberet bare ved en meddelelse og ved betaling af den angivne købesum, har overtaget anparterne og derved kan anmelde en virksomhed til frivillig likvidation,
herunder hvorvidt denne registrering kan være gældende, mens der er strid om, hvorvidt købe retten er gyldig, idet der dels verserer en føged sag ved Vestre Landsret om retten til selskabets papirer og dels verserer en retssag ved Retten i Sønderborg om ejendomsretten til de pågældende anparter samt

• hvorvidt den påtegning, om Erhvervsstyrelsen har givet, forhindrer den egenmægtige likvidator i at sælge de selskaberne tilhørende ejendomme.

Med den af Erhvervsstyrelsen trufne afgørelse godkender man de facto, at den påståede køber (anpartshaver) kan råde over selskaberne uden nogen form for indskrænkninger, idet det eneste der for hindres ved påtegninger er, at der udpeges en ny likvidator.

I sagen er der ikke tale om en aftale om overdragelse af anparterne men en ensidig erklæring (på krav) om, at anparterne nu ejes af en anden juridisk person, altså er det tilstrækkeligt for at overtage selskaberne og for at være i besiddelse af nogen anparter, at der sendes et brev (påkrav) om, at nu er de pågældende anparter overtaget samt at beløbet er betalt.

Det er klagers oppfattelse, at der bør tages stilling til det juridiske, altså hvorvidt et selskab egen mægtigt kan overtage alle anparterne i selskaberne ved

• at sige at jeg har opfyldt en køberet og nu ejer jeg anparterne, så den tidligere anpartshaver er ude af det pågældende selskab eller

• at en registrering ikke godkendes, når der ikke er indgået en aftale men kun er sendt et påkrav.

Der henvises i øvrigt til det, der tidligere er gjort gældende og de dokumenter, der allerede er forelagt i forbindelse med den tidligere afgørelse.

..."

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 21. februar 2017 udtalt:

"...

Faktiske forhold
Den 5. september 2016 registrerede Advokatfuldmægtig D fra E [advokatpartnerselskab], CVR-nr. ..., i Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på Virk.dk, at B og C trådte i frivillig likvidation. Advokat G blev i den forbindelse indsat som likvidator for selskaberne.

Med registreringerne blev der indsendt referater fra generalforsamlinger afholdt den 5. september 2016 i selskaberne.

Den 6. september 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en indsigelse fra Advokat A, der på vegne af sin klient K gjorde indsigelse over registringen af B, CVR-nr. ..., og C, CVR-nr. ..., som værende under frivillig likvidation. Ad-
Advokat A gør i sin indsigelse bl.a. gældende, at anmelderen af registreringerne ikke har været bemyndiget til at foretage disse, idet anmelderen ikke repræsenterer ejeren af selskaberne, som A anfører rettelig er K. I indsigelsen henvises der til, at der ikke forligger en overdragelsesaftale mellem K og F [anpartsselskab] under konkurs, CVR.nr. ….


Den 16. september 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail samt bilag fra advokat A. I e-mailen skriver han bl.a., at tvisten i sagen er, hvorvidt F under konkurs kan være i besiddelse af anparter i selskaberne, i henhold til en køberet, når ejeren af anparterne ikke har accepteret køberetten.

Den 28. september 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra H. H spørger Erhvervsstyrelsen samme dag pr. e-mail om, hvad tidshorisonten på indsigelse sagen er. I e-mailen henvises der også til indbetalning af husleje i selskaberne.

Den 3. oktober 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra H. Af e-mailen fremgår det blandt andet, at som følge af registreringerne i selskaberne er der lukket for fjernvarmen for 19 lejere.


Advokatfuldmægtig D fik i høringsbrevet en frist til den 4. november 2016 til at indsende sine bemærkninger.

Erhvervsstyrelsen sendte samme dag en e-mail til advokat A, og oplyste om, at høringsbrevet var afsendt til anmelder.


Den 3. november 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra advokat A, som spurgte til status på indsigelsessagen.
Den 4. november 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en redegørelse samt bilag fra advokat I og advokat G. Af redegørelsen fremgår bl.a., at F blev taget under konkursbehandling af Skifteretten i Sønderborg med advokat G som kurator. I forbindelse med kurators undersøgelse for aktiver og omstødelige dispositioner konstaterede kurator, at F under konkurs tidligere ejede hele selskabskapitalen i B og C, men at anparterne forud for konkursen var blevet overdraget til K.

Af redegørelsen fremgår det yderligere, at der var indgået en overdragelsesaftale mellem F som sælger og K som køber. I aftalen var der en købsret for F, til at kunne tilbagekøbe anparterne. Det fremgår endvidere, at F under konkurs benyttede købsretten den 5. september 2016 til at købe anparterne i B og C tilbage, hvorefter der samme dag blev afholdt ekstraordinær generalforsamling i selskaberne, hvori der blev truffet beslutning om at selskaberne skulle træde i frivilligt likvidation.


Den 9. november 2016 modtog Erhvervsstyrelsen advokat A's bemærkninger samt bilag. Af bemærkningerne fremgår det bl.a., at fogedretten i Sønderborgs kendelse er blevet af kæret af advokat G.

Der henvises i bemærkningerne til, at købsretten i overdragelsesaftalen mellem F under konkurs og K ikke kan gøres gældende, da K ikke har accepteret tilbagekøbet.

Den 9. januar 2017 modtog Erhvervsstyrelsen en e-mail fra H, hvori H bl.a. spørger ind til status på sagen.

Erhvervsstyrelsen svarer samme dag, at han kan forvente en afgørelse næste dag.


Erhvervsstyrelsen bemærkede i sin afgørelse, at fogedretten i Sønderborg også havde udtalt, at det er omstridt, hvem som har ejerskabet over kapitalandelene i B og dermed også i datterselskabet C.

Sagens retlige omstændigheder
Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende ud-
slettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20 eller § 109.

I henhold til selskabslovens § 20, stk. 1, følger det, at spørgsmålet om en registrerings udslettelse vedrørende en beslutning, som er truffet af stiftere, generalforsamlingen eller selskabets ledelse, hører under domstolene.

Af forarbejderne til selskabslovens § 20, stk. 1, fremgår det at:


Efter § 109, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod selskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en kapitalejer eller et medlem af ledelsen.

I henhold til selskabslovens § 15 må registrering ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller selskabets vedtægter.

Endvidere må registrering ikke finde sted, hvis den beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven, bestemmelser, der er fastsat i henhold til loven, eller som selskabets vedtægter fastlægger.

Anmelder indestår i den forbindelse for, at anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentation i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig, jf. selskabslovens § 15, stk. 2.

Selskabslovens § 15 medfører, at hvis lovens og vedtægternes krav er opfyldt, skal der ske registrering, uanset om det senere måtte vise sig, at generalforsamlingens materielle beslutning ikke var korrekt.

Det følger af selskabslovens § 16, stk. 3, at såfremt Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

**Erhvervsstyrelsens udtalelse**

Det fremgår af sagen, at beslutningerne truffet på generalforsamlingerne den 5. december 2016 i selskaberne er registret samme dag i Erhvervsstyrelsen via styrelsen onlineregistreringssystem. Sagen har ikke været underlagt manuel sagsbehandling i styrelsen.
Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20 eller § 109.

Det fremgår af generalforsamlingsreferaterne, som er bilagt registreringerne, at:

"Dirigenten konstaterede, at hele selskabskapitalen og samtlige stemmer var repræsenteret, samt at generalforsamlingen var lovlig og beslutningsdygtig." og

"Der var stillet forslag om at lade selskabet træde i likvidation i henhold til selskabslovens§ 217.

Forslaget blev vedtaget med alle repræsenterede stemmer."

Det er dirigentens og anmelderens ansvar, at de oplyste forhold er korrekte, herunder at der var den fornødne majoritet tilstede på generalforsamlingen til at vedtage beslutningerne.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 21. november 2007 udtaler ankenævnet at:

"En stedfunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen, for hvilken anmelder, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, indestår for lovligigheden af, kan efter ankenævnets opfattelse, hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagen klage fra nogen, der mener sig krænket af en registrering, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelsen og udslettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift, eller af anden grund åbenbart er en nullitet."

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen som registreringsmyndighed ikke har kompetence til at fortage en egentlig bevisvurdering. Bevisbedømmelse henhører under domstolene.

Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke foretage den nødvendige bevisvurdering i forhold til generalforsamlingens lovlighed, herunder om en tilbagekøbsret i en overdragelsesaftale er gyldig udnyttet.

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med styrelsens afgørelse vurderet sagens akter samt de modtagne oplysninger. Erhvervsstyrelsen har herunder vurderet, om styrelsen i medfølge af selskabslovens § 20 administrativt kan ændre eller udslette de foretagne registreringer. Det er Erhvervsstyrelsenes vurdering, at der ikke på baggrund af de modtagne dokumenter kan konstateres utvivlsomme overtrædelser af selskabsloven eller selskaberne vedtægter, der kan begrunde en administrativ udslettelse af de foretagne registreringer i selskaberne.

Advokat A har til støtte for sin sag anført, at Erhvervsstyrelsen de facto
har truffet afgørelse om, at F under konkurs, og selskabernes likvidator kan råde over selskaberne uden nogen form for indskrænkning.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at styrelsen ikke har truffet sin afgørelse til fordel for en af sagens parter. Erhvervsstyrelsen har truffet afgørelse om, at der ikke kan foretages registreringer på selskabet, medmindre sagens partner er enig herom. Styrelsen har dertil offentliggjort følgende på CVR:

_Erhvervsstyrelsen har konstateret, at der er uenighed om ejendomsretten til selskabet, og hermed også de senest foretagne registreringer. Erhvervsstyrelsen har som følge heraf foreløbig spærret for adgangen til at foretage registreringer af ændringer i selskabet, heller ikke via Erhvervsstyrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk for selskaber m.v., med mindre par-terne er enige herom”._

I henhold til Erhvervsstyrelsens afgørelse kan ingen af sagens partner foretage registreringer på selskabet, uden at den anden part er enig heri. Det vil derfor eksempelvis ikke være muligt for selskabernes likvidator, at få registeret, at selskaberne var opløst ved likvidation, medmindre der er enighed herom.

Vedrørende registeringen i Det Offentlige Ejerregister på B, skriver advokat A i sit brev af den 8. februar 2017, at:

"Forholdet om ændringen af registreringerne i Det Offentlige Ejerregister for B har ikke været forlagt Erhvervsstyrelsen, men har sammenhæng med striden om, hvem der ejer de pågældende anparter pr. 5.9.2016, hvorfor det også burde inddrages under nærværende klagesag”.

_Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at Det Offentlige Ejerregister er en fuldstændig selvbetjent registreringsløsning, hvor det er selskabets selv, som foretager registeringen af selskabets ejere, samt ligger inde med den fornødne dokumentation herpå i form af selskabets ejerbog._

_Erhvervsstyrelsen er enig med advokat A i, at det er omstridt, hvem der rettelig ejer og råder over kapitalandelene i B og i datterselskabet C._

_Styrelsen har også hæftet sig ved, at både fogderetten i Sønderborg og Vester Landsret i deres kendelser har udtalt, at det er omstridt, hvem der ejer kapitalandelene i B._

_Vestre Landsret udtaler i deres kendelse af 25. januar 2017: ”Landsretten tiltræder af de grunde, der er anført af fogedretten, og efter det oplyste om registreringsforholdende i B, at der er en sådan usikkerhed om ejerforholdene til anparterne, at det er betænkeligt at fremme indsættelsesforretningen jf. retsplejelovens § 597, stk. 3.”_

_Da styrelsen som tidligere anført ikke kan foretage en egentlig bevisbe- dømmelse af, hvem der retmæssigt er ejere af selskaberne, må Erhvervsstyrelsen henstille til, at spørgsmålet om lovligheden af registeringen i Det Offentlige Ejerregister på B ligeledes henhører under domstolene, jf. selskabs-
lovens § 20.

På baggrund af det anførte, er det således Erhvervsstyrelsens vurdering, at styrelsens afgørelse af 10. januar 2017 skal opretholdes med de ovenfor anførte begrundelser.

…”

Ved skrivelse af 16. marts 2017 har advokat A yderligere anført:

”…
I fortsættelse af min skrivelse [ ... ], hvor jeg klagede over Erhvervsstyrelsens afgørelse ... ” skal jeg herved ændre påstanden, således at den fremtidig bliver sålydende:

Principalt, at registreringen af

• B under frivillig likvidation, cvr.nr. ... og
• C under frivillig likvidation, cvr.nr. ..., ophæves, og at ejerforholdene for så vidt angår B føres tilbage til det oprindelige, nemlig at K, står som ejer.

Subsidiært, at registreringen af

• B under frivillig likvidation, cvr.nr. ... og
• C under frivillig likvidation, cvr.nr. ..., Ophæves.

Mere subsidiært, at registreringen ændres således, at likvidator ikke er berettiget til at sælge de selskaberne tilhørende ejendomme.

Forholdet er nærmere det, at i forbindelse med udskrivningen af oplysningerne for selskaberne, er jeg blevet opmærksom på, at ejerforholdet vedrørende B, cvr.nr. ..., og så er blevet ændret 5.9.2016.

Forholdet om ændringen af denne registrering har ikke været forelagt for Erhvervsstyrelsen, men har sammenhæng med striden om, hvem der ejer de pågældende anparter pr. 5.9.2016, hvorfor det også burde kunne inddrages under nærværende klagesag.

Kopi af nærværende skrivelse er samtidig hermed fremsendt.

…”

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af selskabslovens § 16, stk. 3, at bliver Erhvervsstyrelsen bekendt med det forhold, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer,
kan Erhvervsstyrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Ehrvervsankenævnet tiltræder ud fra de foreliggende oplysninger om uenigheden om ejerskabet til kapitalandelene i B og datterselskabet C, at der foreligger en sådan berettiget tvivl om adkomstforholdene, herunder hvorvidt der foreligger en gyldig overdragelsesaftale med tilbagekøbsret af kapitalandene mellem klager og F, at det er berettiget, at styrelsen har lukket for at foretage digitale straksregistreringer via Erhvervsstyrrelsens selvbetjeningsløsning på www.virk.dk.

Ankenævnet tiltræder med den af styrelsen anførte begrundelse, at styrelsen ikke kan foretage den nødvendige bevisvurdering i forhold til generalforsamlingens lovlighed, herunder om en tilbagekøbsret i en overdragelsesaftale er gyldig udnyttet og finder således, at spørgsmålet omkring lovligheden af generalforsamlingerne i B og C's lovlighed og registreringens udslettelse henhører under domstolene, jf. selskabsloven § 20.

Det tiltrædes endvidere, at Erhvervsstyrelsen vedrørende B under likvidation og C under likvidation har offentliggjort en meddelelse via CVR om, at der er tvivl om adkomsten til selskaberne, jf. selskabslovens § 16, stk. 3.

Det af klager anførte, herunder i de overfor ankenævnet nedlagte subsidiære påstande kan ikke føre til et andet resultat.

8) Kendelse af den 28. september 2017 (J.nr. 17/00154)
Erhvervsstyrelsen afvisning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling kunne ikke påklages til Erhvervsankenævnet.

Lov om Erhvervsankenævnet § 1, samt § 1 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994, selskabslovens §§ 93 og 371.

(Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 30. marts 2017 anført blandt andet:

"Faktiske forhold

Den 22. august 2016 modtog Erhvervsstyrelsen en henvendelse fra advokat A, der repræsenterer kapitalejer K. Det fremgår af henvendelsen, at K ejer 20 % af anpartskapitalen i B.

A anmodede i sin skrivelse Erhvervsstyrelsen om, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet efter selskabslovens § 93, stk. 2. Begrundelsen for anmodningen var, at anpartshaveren havde anmodet selskabets centrale ledelsesorgan om at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, hvilket ledelsen efterfølgende gjorde, men ikke med nøjagtig de dagsordenspunkter, som fremgik af A's begæring.

A anmodede om styrelsens indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling med følgende dagsorden:

"1. Der stilles forslag om, at selskabet skal begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, D, med henblik på at behandle forslag om at anlægge erstatningssag mod E hhv. F for dispositioner i strid med datterselskabets interesser.

2. Der stilles forslag om, at K på selskabets vegne kan begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, såfremt forsalget herom, jf. pkt. 1, vedtages."
3. Der stilles forslag om, at K bemyndiges til at repræsentere selskabet på en generalforsamling - ordinær eller ekstraordinær - i datterselskabet, hvor spørgsmål om erstatningssag mod E hhv. F skal behandles.”

Den ekstraordinære generalforsamling, som A på vegne af sin klient havde anmodet ledelsen om at indkalde til, blev afholdt den 15. august 2016 med følgende dagsorden:

”1. Valg af dirigent og referent

2. Forslag om, at selskabet skal begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, D, med henblik på at handle forslag om at anlægge erstatningssag mod E for dispositioner i strid med datterselskabets interesser.

3. Forslag om, at selskabet skal begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, D, med henblik på at handle forslag om at anlægge erstatningssag mod F for dispositioner i strid med datterselskabets interesser.

4. Forslag om, at selskabet skal begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, D, med henblik på at handle forslag om at anlægge erstatningssag mod K for dispositioner i strid med datterselskabets interesser.

5. Forslag om, at K på selskabets vegne kan begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, såfremt et eller flere af forslagene herom, jf. pkt. 2, 3 og 4, vedtages.


7. Eventuelt”

Som dokumentation for ovenstående forhold var anmodningen til Erhvervstyrelsen bilagt korrespondance mellem selskabet og A vedrørende indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling, herunder;

- Anmodning om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling af 5. juli 2016 fra A til selskabets ledelse
- Selskabets indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling af 18. juli 2016
- Skrivelse af 8, 10. og 11. august 2016 mellem selskabets bestyrelsesformand og A vedr. ekstraordinær generalforsamling
- Skrivelse af 16. august 2016 fra A til selskabets ledelse vedr. bemærkninger til referat af ekstraordinær generalforsamling
- Referat af ekstraordinær generalforsamling i selskabet den 15. august 2016

Erhvervstyrelsen fremsendte på denne baggrund den 29. august 2016 et hørbrev til A med anmodning om, at redegøre for, hvordan selskabets indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling ikke var i overensstemmelse


Erhvervsstyrelsen har efterfølgende modtaget følgende bemærkninger fra parterne:

- Skrivelse af 3. oktober 2016 fra A, bemærkninger til høring af selskabet
- Skrivelse af 20. oktober 2016 fra A med yderligere bemærkninger
- Skrivelse af 20. oktober 2016 fra G bemærkninger til A's bemærkninger
- Korrespondance mellem parterne af 20. oktober 2016 sendt til Erhvervsstyrelsen vedrørende sagen

Erhvervsstyrelsen traf den 20. december 2016 afgørelse om, at afvise A's anmodning om, at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet, da det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at betingelserne for indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling, jf. selskabslovens § 93, stk. 2 ikke var opfyldt.

I nævnte afgørelse af 20. december 2016 hedder det blandt andet:

"Afvisning af indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i B, CVR-nr. ...

Afgørelse
Erhvervsstyrelsen kan ikke indkalde til ekstraordinær generalforsamling, styrelsesgeneralforsamling, i B på det foreliggende grundlag, da betingelserne for indkaldelse i selskabslovens § 93. stk. 2, ikke er opfyldt.

Retligt grundlag
Efter selskabslovens § 93, stk. 2, kan Erhvervsstyrelsen indkalde til ekstraordinær generalforsamling, såfremt et kapitalselskab ikke har et centrale ledelsesorgan, eller det centrale ledelsesorgan undlader at indkalde en generalforsamling, som skal afholdes efter loven, vedtægterne eller en generalforsamlingsbeslutning.

For at Erhvervsstyrelsen kan indkalde til en ekstraordinær generalforsamling, jf. § 93, stk. 2 skal der være tale om en situation, hvor en anpartshaver
forgæves har anmodet om at få indkaldt til en ekstraordinær generalforsamling og at det centrale ledelsesorgan afviser eller undlader at indkalde til ekstraordinær generalforsamling.

For så vidt angår kapitalejers ret til at få optaget et specifikt emne på dagsordenen fremgår det af selskabslovens § 90, stk. 1, at:

"Enhver kapitalejer har ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen til den ordinære generalforsamling. jf. dog stk. 2."

Bestemmelsen i selskabslovens § 90 giver alle kapitalejere ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen på den ordinære generalforsamling. Bestemmelsen ses også at danne grundlag for indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling.

Bestemmelsen giver dog alene kapitalejerne en ret til at få optaget et bestemt emne på dagsordenen. Erhvervsstyrelsen finder ikke, at bestemmelsens ordlyd kan udstrekkes til, at kapitalejeren kan kræve, at motivationen for eller forslaget gengives ordret i indkaldelsen.

Det forudsættes dog, at selskabet loyalt sikrer, at dagsordenspunktet er så dækkende for forslaget, at generalforsamlingen kan træffe beslutning om emnet.

**Begyndelse**


A anmoder i henvendelsen om, at Erhvervsstyrelsen indkaldes til ekstraordinær generalforsamling, jf. selskabslovens § 93, stk. 2, i B. Denne anfører heri, at selskabets ledelse ved indkaldelsen til selskabets generalforsamling ikke imødekom anpartshaverens ønske om, at få behandlet et specifikt emne og dette danner baggrund for anmodningen.

Indkaldelsen til ekstraordinær generalforsamlingens dagsorden skal være loyal og dækkende for det forslag til dagsorden anpartshaver har anmodet om. Af sagens dokumenter fremgår det, at indkaldelsen til den ekstraordinære generalforsamling den 15. august 2016 ses indeholdende alle emner, som anpartshaveren har ønsket behandlet på den ekstraordinære generalforsamling med tillæg af et ekstra punkt. Anpartshaveren har således fået fremsat alle de specifikke emner, som anpartshaveren har anmodet om med tillæg af et ekstra punkt.

Det forhold at det centrale ledelsesorgan har lavet en opdeling af emnerne, således at det er muligt at stemme om alle anpartshaveres mulige erstat-
ningsansvar ændrer ikke på, at selskabets indkaldelse er loyal og dækkende for de emner, anpartshaveren har anmodet om at få behandlet på den ekstraordinære generalforsamling.

Det findes på det foreliggende grundlag ikke, at det centrale ledelsesorgan har undladt at indkalde til generalforsamling, der skal afholdes efter loven, vedtægterne eller en generalforsamlingsbeslutning.

Erhvervsstyrelsen kan således ikke med hjemmel i selskabslovens § 93, stk. 2 indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B, da betingelserne herfor ikke er opfyldt.

**Klagevejledning**

Denne afgørelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet … senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt, jf. selskabslovens § 371, stk. 1.

...”

I klageskrivelsen af 12. januar 2017 har advokat A anført:

...”

Som advokat for K påklager jeg hermed den af Erhvervsstyrelsen trufne afgørelse i ovennævnte sag, idet jeg nedlægger følgende

**PÅSTAND:**

Erhvervsstyrelsen skal indkalde til generalforsamling i B (CVR-nr. ...) med følgende emner på dagsordenen:

1. Der stilles forslag om, at selskabet skal begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, D, med henblik på at handle forslag om at anlægge erstatningssag mod E hhv. F for dispositioner i strid med datterselskabets interesser.

2. Der stilles forslag om, at K på selskabets vegne kan begære ekstraordinær generalforsamling i datterselskabet, såfremt forslaget herom, jf. pkt. I, vedtages.


Det må være udtryk for en misforståelse, når Erhvervsstyrelsen anfører, at den af selskabets ledelse (dvs. de øvrige kapitalejere) ændrede dagsorden var loyal og dækkende for den af min klient forlangte ekstraordinære generalforsamling, jf. selskabslovens § 89, stk. 2.

Ved at ændre dagsordenen har de øvrige kapitalejere (og ledelsesmedlemmer i datterselskabet), E og F, de facto afskåret min klient fra at få det prøvet ved domstolene, hvorvidt de har handlet ansvarsådragende i deres virke i datterselskabet.
Opsplitningen af den af min klient forlangte dagsorden medfører, at det for, nødne flertal ikke vil kunne opnås pga. ejer-/stemmeandelene, idet bemærkes, at E og F anses for at have pådraget sig et solidarisk erstatningsansvar og har sammenfaldende interesser - de benytter da også samme rådgiver.

Det tilkommer ikke potentielt erstatningsansvarlige at definere, hvad der skal behandles på en generalforsamling, hvortil kommer, at der ikke ses at være hjemmel til overhovedet at ændre - hverken formelt eller materielt - i forlangendet om ekstraordinær generalforsamling med ønskede dagsordenpunkter fra en anpartshaver.

Opsplitningen er en omgåelse af selskabslovens § 86.

En generalforsamlingsbeslutning på baggrund af den af min klient forlangte dagsorden er den eneste mulighed, min klient har for at varetage sine interesser som minoritetsanpartshaver.

Det skal - og kan - ikke være misbrug af formalia, der skærmer E og F fra et erstatningsansvar.

Det er ikke selskabslovens - eller Erhvervsstyrelsens - formål at beskytte (majoritets)kapitalejere/ledelsesmedlemmer, som har handlet dadelværdigt. Tværtimod.

Det må overlades til domstolene at vurdere, hvorvidt der er handlet ansvarspådragende, hvilket fordrer, at afgørelsen omgøres.

…"
"Enhver kapitalejer har ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen til den ordinære generalforsamling, jf. dog stk. 2."

Bestemmelsen i selskabslovens § 90 giver alle kapitalejere ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen på den ordinære generalforsamling.

Bestemmelsen giver dog alene kapitalejerne en ret til at få optaget et bestemt emne på dagsordenen. Det er Erhvervsstyrelsens faste praksis, at bestemmelsens ordfyld ikke kan udstrekkes til, at kapitalejeren kan kræve, at motivationen for eller hele forslaget gengives ordret i indkaldelsen.

Det forudsættes dog, at selskabet loyalt sikrer, at dagsordenspunktet er så dækkende for forslaget, at generalforsamlingen kan træffe beslutning om emnet.

**Erhvervsstyrelsens udtalelse**


En indkaldelse til en ekstraordinær generalforsamling skal være loyal og dækkende, overfor det forslag til dagsorden anpartshaver har anmodet om. Af sagens dokumenter fremgår det, at indkaldelsen til den ekstraordinære generalforsamling den 15. august 2016 indeholder alle de emner, som A's klient har ønsket behandlet på den ekstraordinære generalforsamling med tillæg af et ekstra punkt, samt valg af dirigent og eventuelt. A's klient har således fået fremsat alle de specifikke dagsordenspunkter, som han har anmodet om.

Det af A anførte om, at selskabets ledelse ved indkaldelsen til selskabets ekstraordinære generalforsamling ikke imødekom anpartshaverens ønske om, at få behandlet et specifikt emne på den ekstraordinære generalforsamling kan ikke føre til en ændret vurdering, da ledelsen har indkaldt til generalforsamling, og da alle de specifikke dagsordenspunkter, som A's klient har anmodet om, har været fremsat.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at det forhold, at ledelsen har foretaget en opdeling af emnerne, således at det var muligt at stemme om alle anpartshaveres eventuelle erstatningsansvar, ikke efter styrelsens vurdering endrer på, at selskabets indkaldelse er loyal og dækkende for de emner, anpartshaveren havde anmodet om at få behandlet på den ekstraordinære generalforsamling.

Det bemærkes endvidere, at hensigten med bestemmelsen i selskabslovens § 93, stk. 2 er at sikre en minoritetskapitalejer ret til, at få indkaldt til en ekstraordinær generalforsamling, hvis ledelsen nægter at gøre dette.

Det følger af selskabslovens § 90, at alle kapitalejere har ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen på den ordinære generalforsamling.
Det er dog erhvervsstyrelsens vurdering, at det centrale ledelsesorgan i indkaldelsen til den ekstraordinære generalforsamling må have råderum til, at tilrette dagsorden til beslutningsforslag, som er egnet som selvstændige beslutningspunkter og tilføre ekstra beslutningsforslag. Dette skal naturligvis ske under hensyn til kapitalejeren, dennes rettigheder og i form af loyal og dækkende indkaldelse.

Bestemmelsen i selskabslovens § 90 skal sikre kapitalejernes ret til, at få opdaget et emne på dagsordenen på en ekstraordinær generalforsamling, men ikke åbne op for mulighed for misbrug. Erhvervsstyrelsen har set eksempler på, at en minoritets kapitalejer har ønsket, at der skulle sættes motiverede punkter på dagsordenen på størrelse med en roman i børsnoterede selskaber.

Erhvervsstyrelsen finder på det foreliggende grundlag ikke, at det centrale ledelsesorgan har undladt at indkalde til generalforsamling, der skal afholdes efter loven, vedtægterne eller en generalforsamlingsbeslutning.

Erhvervsstyrelsen kan således ikke med hjemmel i selskabslovens § 93, stk. 2 indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B, da betingelserne herfor ikke er opfyldt.

A anfører endvidere i sin klage, at Erhvervsstyrelsens afvisning af at indkalde til ekstraordinær generalforsamling afskærer anpartshaveren fra at kunne få prøvet en erstatningssag ved domstolene. Erhvervsstyrelsen bemærker, at anpartshaveren frit og uafhængigt af afgørelsen kan anlægge sag ved domstolene, såfremt denne ønsker dette. Erhvervsstyrelsens afgørelse afskærer ikke anpartshaveren fra adgang til at lægge sag an ved domstolene.

Det er således Erhvervsstyrelsens vurdering, at resultatet i styrelsens afgørelse af 20. december 2016 om afvisning af indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling, skal opretholdes med de ovenfor anførte begrundelser.

...”

Ved skrivelse af 19. april 2017 er advokat G på vegne af E og F, der er indtrådt i sagen til støtte for Erhvervsstyrelsen, fremkømet med følgende bemærkninger:

”...
Det indstilles, at Erhvervsstyrelsens afgørelse om at afvise at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i selskabet B, CVR-nr. ... i henhold til selskabslovens § 93, stk. 2 fastholdes.

Til støtte herfor bemærkes overordnet, ...
- at K v/advokat A fremsendte anmodning af den 5. juli 2016 om indkaldelse til ekstraordinær generalforsamling i selskabet B,
- at selskabets ledelse på baggrund af K v/advokat A's anmodning ind
kaldte til ekstraordinær generalforsamling i selskabet den 18. juli 2016,

- at der herved loyalt og rettidigt blev indkaldt til ekstraordinær general-
  forsamling i selskabet,

- at dagsordenen for den ekstraordinære generalforsamling var loyal og
  dækkende for de af K fremførte punkter til behandling på den ekstraor-
  dinære generalforsamling,

- at ekstraordinær generalforsamling i selskabet blev afholdt og gennem-
  ført den 25. august 2016, og

- at betingelserne i henhold til selskabslovens § 93, stk. 2 vedrørende Er-
  hvervsstyrelsens mulighed for at indkalde til generalforsamling således
  ikke er opfyldte.

... 

Det bemærkes tillige, at K's formål med at indkalde til ekstraordinær gene-
ralforsamling i selskabet reelt er at tiltvinge sig kontrol over selskabet og
dettes datterselskab, herunder særligt at gennemtvinge selskabet til at rejse
udokumenterede erstatningssager over for mine klienter.

En eventuel gennemførelse af ekstraordinær generalforsamling på baggrund
af K's eksakte og ordrette dagsorden vil medføre, at K til tvinge sig 100 %
avf slutningskompetencen i forhold til både selskabet B, hvor K alene har
en minoritetsejerandel, og datterselskabet D, hvor K ingen ejerandel har.

Dette er ikke formålet med selskabslovens beskyttelsesregler og beskyttel-
seshensyn.

Selskabets ledelse har tidligere ved skrivelse af henholdsvis 3. maj ... , 9.
maj og 16. maj 2016 bedt K om at dokumentere, hvilket er statusforhold
der gør sig gældende for hver af mine klienter, således dette kunne forelæg-
ges generalforsamlingen.

Ledelsen har ikke modtaget dette fra K.

Det er herefter mine klienters opfattelse, at den af K konciperede dagsorden
i sin ordrette form var formelt uegnet som beslutningsgrundlag på gener-
forsamlingen.

Det bemærkes, at der i henhold til selskabslovgivningen tilkommer ledelsen
en pligt til at påse og at formulere indholdet af dagsordenen for generalfor-
samlingen, således denne er egnet som beslutningsgrundlag.

Det gøres derfor gældende,

- at ledelsen har handlet i overensstemmelse med selskabslovgivningen
  ved at forholde sig til den af K konciperede dagsorden, og

- at den af ledelsen udførte dagsorden er loyal og dækkende for de
…

Ønsker K at anlægge erstatningssager mod mine klienter ved domstolene, står det uagtet nærværende sag K frit herfor.

Dette vil i så fald blot skulle ske for K's egne midler og ikke med selskabets og datterselskabets midler som finansiering.

…”

I e-mail af 2. maj 2017 har advokat A yderligere anført:

”…
Det fastholdes, at den af Erhvervsstyrelsen trufne afgørelse bør omgøres, således at der - nu - kan ske indkaldelse til den af min klient begærede generalforsamling med agenda som af min klient ønsket.

Af selskabets vedtægter fremgår bl.a. - svarende til selskabslovens § 89 stk. 2 - at: ”Ekstraordinær generalforsamling til behandling af et bestemt angivet emne skal indkaldes senest 2 uger efter, at det er forlangt”.

Den begærede generalforsamling har således hjemmel såvel i selskabsloven som i selskabets vedtægter, og enhver kapitalejer har herefter et retligt krav på at få de anliggender, der ønskes behandlet, opført i agendaen for generalforsamlingen uden indholdsmæssige - endsige som i nærværende tilfælde manipulerende - ændringer, hvorved de ønskede dagsordenspunkter bliver indholds-/meningsløse.

Konsekvensen af Erhvervsstyrelsens afgørelse vil være, at de 2 øvrige kapitalejere - og bestyrelsesmedlemmer - i forening - som sket - kan skelte og valte med selskabets aktiver og handle i strid med selskabets - og kreditorernes - interesser, uden at selskabet kan drage de pågældende kapitalejers/bestyrelsesmedlemmers rettigheder til ansvar herfor.

In casu udtrykker de af min klient stillede forslag, at selskabets generalforsamling får mulighed for at tage stilling til, hvorvidt selskabet skal anlægge erstatningssag in solidum mod de 2 øvrige bestyrelsesmedlemmer - og kapitalejere - for de - efter min klients opfattelse - åbenbare retsstridige dispositioner, de pågældende i forening har foretaget, hvorved selskabet er blevet påført ikke uvæsentlige tab.

Min klients forslag tilsikre, at der ikke ved afstemningen på generalforsamlingen herom opstår et habilitetsproblem, hvorimod de af advokat G foretagne ændringer af dagsordensforslagene vil have som konsekvens, at det - på forhånd - sikres, at der ikke vil kunne opnås flertal for forslagene, da de skete ændringer indebærer, at de 2 øvrige bestyrelsesmedlemmer/kapitalejere derved på generalforsamlingen kan - og vil – ”beskytte hinanden” for ikke selv at risikere et sagsanlæg. Der vil et i så fald ganske ubeføjet - sagsanlæg mod - alene - min klient kunne vedtages.
Dette kan næppe efter selskabsloven være retstilstanden.

Af selskabslovens § 89 stk. 2 fremgår, at "I anpartsselskaber kan enhver an-
partshaver forlange, at der afholdes ekstraordinær generalforsamling. Eks-
traordinær generalforsamling til behandling af et bestemt angivet emne (min understregning) indkaldes, senest 2 uger efter det er forlangt." 

Det er således det af den pågældende anpartshaver - klager - angivne emne -
at der anlægges retssag om solidarisk ansvar mod den øvrige ledelse i sel-
skabet - der skal komme til udtryk i dagsordenen for den begærede generaf-
samling.

Selskabslovens § 90 omhandler ordinære generalforsamlinger, hvor agend-
en fremgår af selskabets vedtægter.

Der er ikke tale om, at min klient har krævet ”at motivationen for eller hele
forslaget gengives ordret i indkaldelsen” - jf. Erhvervsstyrelsens udtalelse
pg. 4 midt - forslagene der ønskes behandlet er således ganske kla-
re/præcise.

Erhvervsstyrelsens bemærkning pg. 5 midt om, at Erhvervsstyrelsen har set
"eksempler på ... motiverende punkter på dagsordenen på størrelse med en
roman i børsnoterede selskaber" kunne man godt have været foruden!

Min klient har fremsat helt konkrete dagsordensforslag som dirigenten på
generalforsamlingen må forholde sig til - herunder om de er egnede til at ta-
ge under behandling - og afstemning.

Min klients forslag skal ikke censureres af de øvrige kapitalejere - øvrige
bestyrelsesmedlemmer - som led i deres varetagelse af egne interesser.

De ændrede forslag sikrer således ikke loyalt - som af Erhvervsstyrelsen an-
ført - at de dækker de af min klient ønskede dagsordenspunkter - jf. ovenfor.

Det af Erhvervsstyrelsen pg. 5, 1. afsnit anførte savner mening og synes at
understrege, at Erhvervsstyrelsen ikke har forstået den retlige - betydelige -
forsk, der er i de pågældende dagsordensforslag, hvorved bemærkes, at det
står de øvrige kapitalejere frit for, at begære et tilsvarende forslag om sags-
anlæg mod min klient optaget som dagsordensforslag om ønsket. Den retli-
ge forskel er her, at min klient ikke i så fald har handlet i forening med an-
dre, hvorved et solidarisk ansvar aldrig vil kunne blive aktualiseret.

Det er ikke hensigten med selskabsloven, at det skal overlades til den enkel-
te kapitalejer at anlægge - og dermed bekoste - anlæggelse af retssag for va-
retagelse af selskabets interesser - jf. selskabslovens § 364.

II Ad advokat G's mail af 19. april d.å.:

Advokat G's nævnte mail tilføjer ikke sagen nyt og synes at bekræfte, at ad-
Advokat G ikke har forstået sagens - og problemstillingens - rette sammenhæng.

Det havde været ønskværdigt, om advokat G havde præciseret sit synspunkt om “at den K konciperede dagsorden i sin ordrette form var formelt uegnet som beslutningsgrundlag på generalforsamlingen”, hvorved bemærkes, at det i øvrigt ikke er advokat G’s opgave at vurdere dette, men dirigentens opgave på generalforsamlingen jf. ovenfor.

Advokat G synes ej heller helt at have gjort sig reglerne i selskabslovens § 364 om mulighederne for sagsanlæg klart.

…”

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2, i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov.

Den påklagede afgørelse af 20. december 2016, hvorved Erhvervsstyrelsen nægtede at indkalde til ekstraordinær generalforsamling i B er truffet i medfør af selskabslovens § 93, stk. 2.

Af selskabslovens § 371, stk. 2, følger det, at Erhvervsstyrelsens afgørelser efter § 93, stk. 2, ikke kan indbringes for højere administrativ myndighed. Det forhold, at Erhvervsstyrelsen har givet klagevejledning, kan ikke føre til et andet resultat.

Ankenævnet afviser derfor klagen, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.

Afgørelsen er truffet af formanden, jf. fornævnte bestemmelse.
9) Kendelse af den 29. november 2017 (J.nr. 17/01248)
Stadfæstet angående spørgsmål om ophævelse af foretagne registreringer. Hjemvist til fornyet behandling vedrørende fremtidige registreringer.
(Niels Walther-Rasmussen, Anders Hjulmand og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:
I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juli 2017 anføres det:

"…
Afgørelse vedrørende K1 A/S, K2 A/S, og K3 A/S
Erhvervsstyrelsen har nu afsluttet sagsbehandlingen vedr. din e-mail af 21. februar 2017, hvor du på vegne af dine klienter C og D gør indsigelse mod en række ledelsesændringer foretaget i henholdsvis K1 A/S, CVR-nr. ..., K2 A/S, CVR-nr. ..., og K3, CVR-nr. ..., samt ejerregistreringer i K1 A/S og K3 A/S.

…
Afgørelse
Når en registrering har fundet sted via Erhvervsstyrelsens selvregistrerings-system, henhører spørgsmålet om registreringens udslettelse som udgangspunkt under domstolene, jf. selskabslovens § 20 eller § 109.

Erhvervsstyrelsen kan kun administrativt udslette en registrering, hvis registreringen beror på en fejlskrift eller åbenbar nullitet. En åbenbar nullitet skal forstås som tilfælde, hvor anmeldelsen er åbenlys lov- eller vedtægtsstridig.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der ikke på baggrund af de modtagne dokumenter kan konstateres åbenlyse overtrædelser af selskabsloven eller selskabets vedtægter, der kan begrunde en administrativ udslettelse af de fo-
retagne registreringer.

Sagsforløb

På baggrund af din henvendelse foretog Erhvervsstyrelsen den 27. februar 2017 en høring af selskabernes ledelse, hvori Erhvervsstyrelsen anmodede dem om at komme med deres bemærkninger til dine klienters indsigelser.


Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F og at de registreringer der er foretaget i selskaberne alene overdrages med sammetykke fra selskaberne bestyrelse, og at der ikke havde været givet et sådan sammetykke. Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.

Det fremgår endvidere af jeres bemærkninger, at I bestrider, at der er indgået en gyldig overdragelsesaftale mellem B og F.
I henhold til selskabslovens § 20, stk. 1, følger det, at spørgsmålet om en registrerings udslettelse vedrørende en beslutning, som er truffet af stifterne, generalforsamlingen eller selskabets ledelse, hører under domstolene.

Af forarbejderne til selskabslovens § 20, stk. 1, fremgår det at:


Efter § 109, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod selskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en kapitalejer eller et medlem af ledelsen.

I henhold til selskabslovens § 15 må registrering ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller selskabets vedtægter.

Endvidere må registrering ikke finde sted, hvis den beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven, bestemmelser, der er fastsat i henhold til loven, eller som selskabets vedtægter fastlægger.

En anmelder til Erhvervsstyrelsen indestår før, at anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentation i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig, jf. selskabslovens § 15, stk. 2.

Selskabslovens § 15 medfører, at hvis lovens og vedtægternes krav er opfyldt, skal der ske registrering, uanset om det senere måtte vise sig, at generalforsamlingens materielle beslutning ikke var korrekt.

Det følger af selskabslovens § 16, stk. 3, at såfremt Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

**Vurdering**

Det fremgår af sagen, at beslutningerne er truffet på ekstraordinære generalforsamlinger afholdt den 9. februar 2017 i selskaberne, og at ændringerne er registreret samme dag i Erhvervsstyrelsen via styrelsen onlineregistreringsystem. Sagerne har ikke været underlagt manuel sagsbehandling i styrelsen.
Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20 eller § 109.

Det er anmelderens ansvar, at de oplyste forhold er korrekte, herunder at der var den fornødne majoritet tilstede på generalforsamlingen til at vedtage beslutningerne.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 21. november 2007 udtaler ankenævnet at:

"En stedfunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen, for hvilken anmelder, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, indestår for lovlig heden, kan efter ankenævnets opfattelse, hverken på styrelsens eget initiativ eller efter modtagen klage fra nogen, der mener sig kænket af en registrering, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelsen og udslettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift, eller af anden grund åbenbart er en nullitet."

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen som registreringsmyndighed ikke har kompetence til at fortage en egentlig bevisvurdering. Bevisbedømmelse henhører under domstolene.

Erhvervsstyrelsen kan derfor ikke foretage den nødvendige bevisvurdering i forhold til de afholdte generalforsamlingers lovlig heden.

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med styrelsens afgørelse vurderet sagens akter samt de modtagne oplysninger. Erhvervsstyrelsen har herunder vurderet, om styrelsen i medfør af selskabslovens § 20 administrativt kan ændre eller udslette den foregående registrering. Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der ikke på baggrund af de modtagne dokumenter kan konstateres utvivlsomme overtrædelser af selskabsloven eller selskabets vedtægter, der kan begrunde en administrativ udslettelse af de foregående registreringer i Selskabet.

Hvis du mener, at generalforsamlingsbeslutningen og registreringen heraf er din klient til skade, eller ikke er truffet i overensstemmelse med selskabsloven eller selskabernes vedtægter, skal Erhvervsstyrelsen henvise til domstolene, som i henhold til selskabslovens §§ 20 og 109, er den kompetente myndighed til at af gøre forholdet.

…"

I klageskrivelse af 14. juli 2017 har advokat A ind bragt Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juli 2017 for Erhvervsankenævnet og anført:

"…"
Sagsfremstilling

På vegne mine klienter foretog jeg den 21. februar 2017 indberetning til Erhvervsstyrelsen ... i anledning af gennemførte registrerings af ændringer i ledelsen og ejerkredsen i ovennævnte selskaber.

Jeg bestred herunder, at der skulle have været grundlag for at afholde en generalforsamling i selskaberne, hvor det er besluttet at udskifte ledelsen og ændre registreringen af selskabets ejerforhold uden deltagelse af (boet efter) B, idet B, der af gik ved døden i februar 2016 på daværende tidspunkt bl.a. var registreret som ejer af

- 100 % af aktierne i K1 A/S - Dette fremgik bl.a. af registrering hos Erhvervsstyrelsen samt Q's årsrapport for selskabet (2014/2015), hvor det i note 5 på side 12 fremgår, at den eneste aktionær med mere end 5 % aktier og stemmerettigheder i selskabet er B.

- Selskabet K1 er ifølge registrering hos Erhvervsstyrelsen ejer af 50 - 66,6 % af aktier og stemmerettigheder i det danske selskab K2 A/S.

- K2 A/S er ifølge registrering hos Erhvervsstyrelsen ejer af 33,33 - 49,9 % af aktierne i det danske selskab K3 A/S, ligesom B personligt var registreret som ejer af 25 - 33,32 % af aktierne i K3 A/S.


- Gennem sit ultimative ejerskab af selskabet K1 A/S er (boet efter) B således medejer af ovennævnte aktiver og aktier/anparter i K2 A/S, K3 A/S og K4 GmbH.

B var ligeledes registreret som bestyrelsesmedlem i de pågældende selskaber, da hun afgik ved døden.

Imidlertid har G, der er B's tredje arving, og dennes søn F tilsyneladende indgået en aftale med B den 20. januar 2015, hvor B skulle have overdraget alle de ovennævnte aktiver til F pr. 20. januar 2015.

Mine klienter bestrider denne overdragelse, bl.a. af følgende årsager:


- I perioden fra den 20. januar 2015 til B's død i februar 2016 er det ikke indberettet eller registreret nogen steder, at B skulle have overdraget de pågældende aktiver til F. I Erhvervsstyrelsens ejerregister var det således fortsat B og hendes selskaber, der var
registreret som ejere af de pågældende aktiver. B har endvidere frem til sin død beholdt og udøvet sine ledelsesposter i de respektive selskaber.

- Aftalerne (eller deres indhold) er tilsyneladende heller ikke indberettet til SKAT, ligesom hverken B, hendes selskaber eller F's regnskaber indeholder oplysninger om, at der skulle have fundet en sådan overdragelse sted.

- Aftalerne har heller ikke været efterlevet i praksis.

Mine klienter har i den forbindelse politicianmeldt G og F og herunder anmodet politiet om at efterforske, hvorvidt omstændighederne ved tilbivel sen/underskrivelsen af aftalen danner grundlag for, at der rejes sigtelser mod G og/eller F for straffbare forhold, herunder dokumentfalsk, bedrageri eller lignende. Sagen efterfølges hos X's [by] Politi under j.nr. ... af kriminalassistent H.


Desuagtet er der sket en ændring af de pågældende registreringer, således at F dags dato er registreret som ejer af ovennævnte aktiver, som efter mine klienters opfattelse rettelig tilhører boet efter B og derfor skal fordeles mellem hendes arvinger. Der verserer p.t. både en civil sag i Danmark og i S Land og en strafferetlig efterforskning herom i Danmark.

Da B var registreret som ejer af aktiverne indtil sin død i februar 2016 bestrider mine klienter, at der var grundlag for at ændre den pågældende registrering af ejer- og ledelsesforholdene i selskaberne, uden at B eller boet efter B, som majoritets ejer, på nogen måde havde godkendt dette.


Det fremgik dog af redegørelsen fra F, at han selv havde foretaget de pågældende registreringer, idet selskabernes daværende direktør ikke havde foretaget dem.
Hertil bemærkede jeg for det første, at aktierne i K1 A/S og K2 A/S ifølge § 3 i selskabernes vedtægter er ikke-omsætningspapirer, og at det fremgår, at aktierne alene kan overdrages med bestyrelsens samtykke.


Jeg henviste bl.a. til vedlagte e-mailkorrespondance mellem G, E og daværende bestyrelsesmedlem og direktør i selskaberne, J. Heraf fremgår det klart, at hverken J eller E havde hørt om den fremlagte aktieoverdragelsesaftale den 1. februar 2016 (mere end et år efter, at overdragelsen skulle have fundet sted).


**Begrundelse for klage vedrørende registrering af de foretagne ændringer i selskaberne ejerforhold**

Der kan på baggrund af ovenstående ikke være nogen som helst tvivl om, at selskaberne bestyrelse IKKE har givet samtykke til, at B har overdraget sine aktier i selskaberne til F, og at dette har stået såvel J, E og F klart.

Der er heller ikke fremsendt nogen form for dokumentation til Erhvervsstyrelsen for, at der har foreligget et sådant samtykke.

Den foretagne registrering af F som ejer af B's aktier i selskaberne er derfor sket i ond tro og i direkte modsætning med selskaberne vedtægter. Registreringen bør derfor nægtes i medfør af selskabslovens § 15, stk. 1.

Hertil bemærkes yderligere, at det savner enhver mening, at registreringen af de ændrede ejerforhold først er sket ca. 1 år efter, at B afgik ved døden i februar 2016, når den påståede overdragelse skulle have fundet sted tilbage i januar 2015.

Selskabslovens frister for registrering af ejerskifte af betydelige aktieposter er således overskredet i meget væsentlig grad. Dette sammenholdt med den manglende dokumentation for, at betingelserne i selskaberne vedtægter for at gennemføre den påståede overdragelse var opfyldt, taler samlet set afgørende imod, at registreringen kan opretholdes.

Ovennævnte bestyrker også yderligere, at den fremsendte aktieoverdragelsesaftale savner realitet, hvilket samtidig forklarer, hvorfor den hverken har

At aftalen savner realitet bestyrkes yderligere af, at B sad i uskiftet bo med sin afdøde mand, M, hvorfor hun ikke var berettiget til - i strid med bestemmelsen i § 4 i deres fælles testamente, hvorefter deres fællesbørn arver alt til lige deling - at overdrage hovedparten af sine/boets aktiver til sit børnebarn, F som hel eller delvis gave.

Kopi af testamente kan fremsendes, hvis Erhvervsankenævnet måtte have ønske herom.

Der er på denne baggrund udtaget stævning mod F med påstand om, at den fremsendte aktieoverdragelsesaftale og det underliggende gældsbrev, hvor gælden eftergives ved B's død, er ugyldig. Stævningen, der ligeledes blev fremsendt til Erhvervsstyrelsen, vedlægges.


På trods af det anførte ovenfor har den foretagne registreringsændring nu dannet grundlag for, at der er sket en kapitalnedsættelse i selskabet K3 A/S og deraf følgende udlodning af selskabets midler til F, uanset at dennes påståede ejerskab er genstand for såvel politimæssig efterforskning som civilretligt søgsmål.

Det burde ganske enkelt ikke være muligt i en retsstat at kapre et selskab som ny ejer og derefter udlodde selskabsmidler til sig selv - alene ved at gennemføre en egenhændig registrering af dette - på et tidspunkt, hvor der både verserer en civilretlig tvivl og en strafferetlig efterforskning om ejerforholdene i selskabet, når man oven i købet er i ond tro herom. Dertil kommer, at registreringen først er sket 2 år efter, at den omtvistede overdragelse skulle have fundet sted, og hvor den påståede overdrager, B, meget behændigt ikke længere kunne gøre indsigelser.

På denne baggrund er det min klare opfattelse, at der er en sådan grad af tvivl om lovligheden af den foretagne ændring i registreringen af selskabernes ejerkreds, at Erhvervsstyrelsen burde nægte registreringen i medfør af selskabslovens §§ 15, stk. 1, og 16, stk. 3, og herunder blokere for yderligere selvregistrering, indtil der er skabt klarhed om ejerforholdene ved endelig dom eller lignende.

Det har i den forbindelse væsentlig betydning, at det hurtigst muligt sikres, at de nuværende registrerede ejere og ledelsesmedlemmer ikke fremstår som legitimerede til at disponere over selskabernes midler i strid med boet efter B's interesser.
Ad formalitet

Manglende partshøring

Det fremgår af Erhvervsstyrelsens afgørelse, at styrelsen den 27. april og den 3. maj 2017 modtog bemærkninger fra selskabernes ledelse, hvoraf det bl.a. fremgik, ”at overdragelsen af kapitalandelene er sket i fuld åbenhed, og at B orienterede sine børn om overdragelsen”.

De pågældende bemærkninger fra selskabernes ledelse er ikke modtaget af undertegnede eller mine klienter.

Derudover har hverken jeg eller mine klienter - forud for Erhvervsstyrelsens afgørelse - fået tilsendt kopi af de vedlagte generalforsamlingsprotokoller af 27. januar 2017 og 9. februar 2017, som jeg først modtog fra Erhvervsstyrelsen den 7. juli, uanset at de pågældende protokoller tilsyneladende har dannet grundlag for de omtvistede registreringer og derfor burde have været sendt i høring hos mine klienter og undertegnede.

Denne tilidesættelse af pligten til partshøring udgør efter min opfattelse en væsentlig sagsbehandlingsfejl, der indebærer, at styrelsens afgørelse bør opphæves/tilsidesættes.

Mangelfuld begrundelse og forkert anvendelse af retsregler.

Dette bestyrkes yderligere af, at Erhvervsstyrelsens afgørelse ligeledes indeholder en særdeles mangelfuld begrundelse og en forkert anvendelse af retsregler.

I relation til den mangelfulde begrundelse fremgår det således alene, ”at der ikke på baggrund af de modtagne dokumenter kan konstateres utvivlsomme overtrædelser af selskabsloven eller selskabets vedtægter, der kan begrunde en administrativ udslettelse af de foregående registreringer i Selskabet”.

Der fremgår imidlertid intet om, hvad styrelsen harlagt på ved denne vurdering, herunder hvordan det tilsyneladende har været muligt at gennemføre de påståede overdragelser uden at indhente samtykke fra selskabernes bestyrelse, således som det er påkrævet efter selskabernes vedtægter. Da der ikke er fremlagt dokumentation for, at bestyrelsens samtykke er indhentet, må det i den forbindelse lægges til grund, at dette ikke er tilfældet.

Derudover er Erhvervsstyrelsens vurdering sket under anvendelse af en forkert retsregel, selskabslovens § 20, der vedrører spørgsmålet om domstolenes kompetence til at prøve, hvorvidt beslutninger, som er truffet af stifterne, generalforsamlingen eller selskabets ledelse, skal slettes fra registreringen.

Hertil bemærkes for det første, at de foretagne ændringer i registreringerne af selskabernes ejerkreds ikke vedrører beslutninger som er truffet af stifterne, generalforsamlingen eller selskabets ledelse. Dernæst er nærværende sag
ikke indbragt for domstolene, men derimod for Erhvervsstyrelsen med anmodning om at slette registreringerne i medfør af selskabslovens §§ 15, stk. 1, og 16, stk. 3.

Erhvervsstyrelsen skulle derfor naturligvis ikke vurdere, hvorvidt styrelsen kan ændre/slette registreringen i medfør af selskabslovens § 20.

Ud over manglende partshøring lider Erhvervsstyrelsens afgørelse således også af øvrige væsentlige mangler, der også samlet set indebærer, at styrelsens afgørelse bør ophæves/tilsidesættes.

Ad ledelsesændringer

Af § 9 i selskabernes vedtægter fremgår det, at ”selskabet ledes af en bestyrelse på 3 medlemmer, der vælges af generalforsamlingen for et år ad gangen [...] Til ledelse af den daglige virksomhed vælger bestyrelsen en eller to direktører”.

I perioden fra B's død den 4. februar 2016 var de registrerede generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer i selskaberne B, E og J. J var endvidere registreret som direktør i selskaberne.

Indledningsvis bestrides det, at bestyrelsen, der på daværende tidspunkt kun bestod af 2 medlemmer (E og J), og således hverken opfyldte vedtægternes eller selskabslovens krav om minimum 3 bestyrelsesmedlemmer, gyldigt kunne træffe bestemmelse om valg af ny direktør i selskaberne. Der er heller ikke fremlagt bestyrelsesbeslutninger herom i form af referat af bestyrelsesmøde eller lignende. Grundlaget for de foretagne registreringsændringer vedrørende selskabernes direktør har derfor ikke været til stede. Registreringerne heraf bør derfor nægtes.

Af de nu (den 7. juli 2017) modtagne referater fra ekstraordinære generalforsamlinger (vedlagt) fremgår det derudover, at der i K3 A/S blev afholdt ekstraordinær generalforsamling den 27. januar 2017 med deltagelse af J, E og L.

Aktionærerne K2 A/S eller (boet efter) B var ifølge referatet hverken til stede eller repræsenteret på generalforsamlingen. Det fremgår Heller ikke, at de skulle have været indkaldt endelige, at der har været sendt en indkaldelse til generalforsamlingen til nogen af selskabets aktionærer forud for afholdelsen således, som det ellers er foreskrevet i § 5 i selskabslovens vedtægter. Heraf fremgår, at alle generalforsamlinger indvarsles af bestyrelsen med 2 - 4 ugers varsel ved anbefalet brev eller e-mail til hver noteret aktionær.

B var frem til sin død hovedaktionær i selskaberne (herunder gennem sine aktieposter i K1 A/S og K2 A/S) og noteret/registreret som sådan. Hverken boet efter B eller mine klienter, der er arvinger i boet har imidlertid modtaget en indkaldelse til generalforsamling i selskaberne. Lovligheden af en eventuelt afholdt generalforsamling bestrides derfor.

Det er i forlængelse heraf også min opfattelse, at den pågældende generalforsamling er ugyldig, eller at der som minimum er skabt en sådan grad af tvivl om generalforsamlingens afholdelse og lovligheden heraf, at den deraf følgende ændring af registreringen af selskabets ledelse skal nægtes i medfør af selskabslovens §§ 15, stk. 1, og 16, stk. 3, herunder således at der blokeres for yderligere selvregistrering.

Det fremsendte referat fra en generalforsamling, hvor
- Der ikke er sket indkaldelse af selskabets aktionærer,
- Der ikke har foreligget en dagsorden,
- Der ikke har været forslag til afstemning, og
- Der ikke er valgt en dirigent.

kan således ikke danne grundlag for at registrere ændringer i selskabets ledelse.

Det samme gælder i relation til de referater jeg nu har modtaget vedrørende ekstraordinære generalforsamlinger i K1 A/S, K2 og K3 A/S den 9. februar 2017 (...).

Også i relation til disse referaterne fra disse generalforsamlinger, hvor
- Der ikke er sket indkaldelse af selskabets aktionærer,
- Der ikke har foreligget en dagsorden,
- Der ikke har været forslag til afstemning,
- Der ikke er valgt en dirigent, og
- Der ikke foreligger et underskrevet protokollat,

gælder det, at generalforsamlingerne både har været i strid med bestemmelserne om indkaldelse til- og afholdelse af generalforsamlinger i selskabernes vedtægter samt selskabslovens §§ 91, 94, 95, 96, 98, 101 og 127, og derfor ikke kan danne grundlag for at registrere ændringer i selskabets ledelse.


Det har derfor enhver formodning imod sig, at bestyrelsen i selskaberne skulle have indkaldt til en generalforsamling om valg af ny ledelse (eller have godkendt ændringer i ejerkredsen) uden at orientere selskaberernes regi-
stredede hovedaktionær, boet efter B, og/eller mine klienter herom.

Også i denne sammenhæng er det derfor min klare opfattelse, at der er en sådan grad af tvivl om lovligheden af de foretagne ændringer i registreringen af selskabernes ledelse, at Erhvervsstyrelsen burde have nægtet registreringen i medfør af selskabslovens §§ 15, stk. 1, og 16, stk. 3, og herunder blokere for yderligere selvregistrering, indtil der er skabt klarhed om ejerforholdene ved endelig dom eller lignende.

Dette under alle omstændigheder indtil det er afklaret ved dom, forlig eller lignende, hvem der er retmæssig ejer af B's aktier i selskaberne og dermed berettiget til at afgive stemme ved generalforsamlinger, herunder om valg af ny ledelse i selskaberne.

…”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en udtalelse af 23. august 2017 redegjort for sagens retlige og faktiske omstændigheder. Det anføres, at:

…”

### Faktiske forhold

[ ... ]

### Sagens retlige omstændigheder

Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende udslettelse af registreringen skal behandles efter selskabslovens § 20 eller § 109.

I henhold til selskabslovens § 20, stk. 1, følger det, at spørgsmålet om en registrerings udslettelse vedrørende en beslutning, som er truffet af stiftere, generalforsamlingen eller selskabets ledelse, hører under domstolene.

Af forarbejderne til selskabslovens § 20, stk. 1, fremgår det at:


Efter § 109, stk. 1, kan søgsmål i anledning af en generalforsamling, som ikke er blevet til på lovlig måde eller er stridende mod selskabsloven eller selskabets vedtægter, anlægges af en kapitalejer eller et medlem af ledelsen.
I henhold til selskabslovens § 15 må registrering ikke finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i loven, bestemmelser fastsat i henhold til loven eller selskabets vedtægter.

Endvidere må registrering ikke finde sted, hvis den beslutning, der lægges til grund for registreringen, ikke er blevet til i overensstemmelse med de forskrifter, som er fastsat i loven, bestemmelser, der er fastsat i henhold til loven, eller som selskabets vedtægter fastlægger.

Anmelder indestår i den forbindelse for, at anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentation i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig, jf. selskabslovens § 15, stk. 2.

Selskabslovens § 15 medfører, at hvis lovens og vedtægternes krav er opfyldt, skal der ske registrering, uanset om det senere måtte vise sig, at generalforsamlingens materielle beslutning ikke var korrekt.

Det følger af selskabslovens § 16, stk. 3, at såfremt Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan styrelsen træffe beslutning om, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

**Erhvervsstyrelsens udtalelse**

Advokat A bemærker i sin klage, at der ikke er sket lovlig overdragelse af B’s kapitalandele til F, og at Erhvervsstyrelsen derfor efter selskabslovens § 15, stk. 1, skal nægte at registrere ændringerne på selskaberne, som allerede er registeret.

Erhvervsstyrelsen skal indledningsvis bemærke, at Erhvervsstyrelsen ikke kan nægte at registrere en ændring, når registreringen allerede er registeret.


Når en registrering har fundet sted, er udgangspunktet, at efterfølgende stillingtagen til registreringens lovlighed eller udslettelse skal behandles efter selskabslovens § 20 eller § 109. Selskabslovens § 15, stk. 1, vedrører alene registreringer, som ikke allerede er registeret.

Det er dirigentens og anmelderens ansvar, at de oplyste forhold som anmeldes til Erhvervsstyrelsen er korrekte, herunder at der var den fornødne majo-
ritet tilstede på generalforsamlingen til at vedtage beslutningerne.

I Erhvervsankenævnets kendelse af 21. november 2007 udtaler ankenævnet at:

"En stedfunden registrering foretaget i overensstemmelse med anmeldelsen, for hvilken anmelder, jf. anmeldelsesbekendtgørelsens § 5, indestår for lov- ligheden af, kan efter ankenævnets opfattelse, hverken på styrelsens eget ini- tiativ eller efter modtagen klage fra nogen, der mener sig krænket af en re- gistrering, genoptages med henblik på genbehandling af anmeldelsen og ud- slettelse af den allerede skete registrering, medmindre denne beror på en fejlskrift, eller af anden grund åbenbart er en nullitet."

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen som registreringsmyndighed ikke har kompetence til at fortage en egentlig bevisvurdering. Bevisbedømmelse henhører under domstolene.

Advokat A bemærker i sin klage, at der er flere fejl ved de generalforsam- lingsreferater, som er indsendt med registreringerne på selskaberne. Af hans klage fremgår det bl.a., at referaterne ikke indeholder en dagsorden, og det ikke fremgår hvem, som har været dirigent på generalforsamlingerne. Ad- vokat A anfører også, at der ikke har været indsendt en indkaldelse til kap- talejerne i selskabet. Som følge heraf, anfører advokat A, at Erhvervsstyrel- sen skal nægte at registrere ændringerne, som allerede er registeret, og at Erhvervsstyrelsen skal blokere for fremtidige registreringer i selskaber.


Spørgsmålet, om generalforsamlingerne har været lovlig afholdt, hænger ef- ter Erhvervsstyrelsens vurdering sammen med spørgsmålet om, hvem der er den retmæssige ejer af de omstridte kapitalandele. Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at det er domstolene, som skal tage stilling til ejerskabet af kapiti- talandele, da det forudsætter en bevisvurdering, som Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed ikke kan foretage.

Spærring af fremtidige registreringer

brev behandlet som en ledelsesændring i selskaberne, hvorved C blev registreret ud af bestyrelserne i selskaberne.


Såfremt Erhvervsstyrelsen tidligere havde taget stilling til Boets anmodning, ville det derfor ikke have ført til et andet resultat.

Erhvervsstyrelsen kan spærre for registreringer på et selskab, hvis Erhvervsstyrelsen bliver bekendt med, at der er tvivl om lovligheden af en eller flere registreringer, herunder grundet strid om adkomsten til et selskab. Styrelsen kan efter selskabslovens § 16, stk. 3, tætte afgørelse om, at der ikke kan foretages registreringer på selskabet før, at der er skabt klarhed om forholdene.

I forhold til selskabslovens § 16, stk. 3, er Erhvervsstyrelsen varsom med at spærre for registreringer i et selskab, da dette er meget indgribende for selskabet.

Styrelsen bemærker, at når der er tale om komplicerede forhold i et selskabs interne forhold med alvorlig uenighed til følge, er Erhvervsstyrelsen ikke rette myndighed til at afgøre en sådan konflikt, da styrelsen ikke kan foretage bevisvurdering af materiale og eventuelle vidneforklaringer. En afgørelse af konflikten henhører rettelig under domstolene.

I denne sag har der efter styrelsens vurdering fra starten været tale om en dyb uenighed, hvilket det indsendte materiale også har vist. Erhvervsstyrelsen finder dog ikke, at det er tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der er åbenlys tvivl om lovligheden af de foretagne registreringer, og Erhvervsstyrelsen har på baggrund heraf vurderet, at en spærring af fremtidige registreringer på selskabet vil være for indgribende i forhold til sagens omstændigheder.

*Manglende sammendrag fra selskabernes bestyrelse til overdragelse af kapitalandelene*

Advokat A fremfører, at bestyrelserne i selskaberne ikke har givet deres samtykke til overdragelsen af B’s kapitalandelene, som er et krav efter selskaberne vedtægter. Advokat A bemærker også, at der ikke er blevet indsendt dokumentation for, at bestyrelsen har givet deres samtykke.
Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen ikke på baggrund af sagens dokumenter kan konstatere, hvorvidt selskabernes bestyrelser har givet samtykke eller ej. Styrelsen bemærker ligeledes, at styrelsen ikke kan foretage en bevisvurdering af, hvorvidt der forelå et samtykke fra selskabernes bestyrelse. En sådan bevisvurdering henhører under domstolene.

Styrelsen bemærker endvidere, at der ved registrering af legale ejere ikke skal indsendes dokumentation for ejerskabet til Erhvervsstyrelsen. Det skyldes, at det er ledelsens ansvar at drage omsorg for, at der bliver foretaget korrekt registrering af selskabet ejere, og at det er selskabets ledelse, som er nærmest til at vide, hvem som er ejer af selskabet.

**Overskidelse af frist for registrering af ejerforhold**

Advokat A anfører derudover i sin klage, at fristerne for registrering af ejerforholdene var overskredet på registreringstidspunktet, og at registreringerne derfor ikke kan opretholdes.


**Ikke lovlig overdragelse pga. uskiftet bo**

Advokat A fremfører endvidere, at B sad i udskiftet bo efter sin afdøde ægtemand, og at hun ikke efter deres fælles testamente var berettiget til at overdrage sine kapitalandele til F.

Erhvervsstyrelsen bemærker, at styrelsen ikke er kompetent myndighed til at foretage en fortolkning af et testamente. Erhvervsstyrelsen må derfor henvisse spørgsmålet til domstolene.

**Manglende partshøring**


Erhvervsstyrelsen fremsendte ikke bemærkningerne fra E og F til advokat A, da Erhvervsstyrelsen vurderede, at sagen var fuldt oplyst, da der ikke var fremkommet nye oplysninger, der havde betydning for sagens afgørelse.
Erhvervsstyrelsen bemærker, at advokat A den 3. maj 2017 blev gjort opmærksom på af Erhvervsstyrelsen, at styrelsen havde modtaget bemærkninger, og at Erhvervsstyrelsen gennemgik sagens dokumenter for at vurdere, hvorvidt sagen var fuldt oplyst, så Erhvervsstyrelsen kunne træffe afgørelse i sagen. Advokat A anmodede i den forbindelse ikke om at få de modtagne bemærkninger tilsendt.

Advokat A bemærker også, at Erhvervsstyrelsen har tilsidesat sin partshøringspligt ved ikke have fremsendt generalforsamlingsreferaterne, som blev indsendt ved registreringerne i selskaberne, før styrelsen traf afgørelse i sagen.

Erhvervsstyrelsen vurderede under sagsforløbet, at advokat A's bemærkninger til generalforsamlingsrefererterne, som blev indsendt med registreringer i selskaberne, ikke var væsentlig for sagens behandling, da han allerede havde gjort indsigelse mod lovligheden af de generalforsamlinger, som var afholdt i selskaberne.


*Manglende begrundelse i afgørelsen og forkert henvisning*

Advokat A anfører i sin klage, at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse har be-nyttet en forkert hjemmel til at afgøre sagen. Advokat A har i sin klage skrevet, at selskabslovens § 20 ikke kan finde anvendelse i sagen, da registreringerne i selskaberne ikke vedrører beslutninger, som er truffet på selskabernes generalforsamling eller af selskabernes ledelse.

Styrelsen bemærker, at selskabsloven § 20 vedrører beslutninger, som er truffet af selskabets stifter, selskabets generalforsamling eller af selskabets ledelse. Det, at der blandt selskabets deltagere er uenighed om, hvem som retmæssigt er selskabets ejer, eller hvem som retmæssigt bør side i selskabets ledelse, fører, efter Erhvervsstyrelsens fortolkning af selskabslovens § 20, ikke til, at bestemmelsen ikke finder anvendelse.

Afslutningsvis anfører advokat A, at Erhvervsstyrelsens afgørelse ikke indeholder en begrundelse, og at det ikke fremgår, hvad Erhvervsstyrelsen har lagt vægt på i sin afgørelse.


På baggrund af det ovenover anførte, er det således Erhvervsstyrelsens vurdering, at styrelsens afgørelse af 6. juli 2017 skal opretholdes med de ovenfor anførte begrundelser.
Klager har heroverfor i et indlæg af 25. september 2017 anført:

... "... I ovennævnte sag har jeg modtaget Erhvervsstyrelsens bemærkninger af 23. august 2017.


Derudover giver Erhvervsstyrelsens bemærkninger mig anledning at fremhæve følgende på vegne mine klienter C og D:

Sagen er særligt opsigtsvækkende, fordi den drejer om den uretmæssige overtagelse af en afdød dansk, dog udenlandsk bosiddende, kvindes aktiver næsten to år efter kvinden er død og uden at forevise en legal aftale herom til afdødes bo, de øvrige arvinger, politiet eller Erhvervsstyrelsen.

Aftalen er i direkte modstrid med boet i afdødes bopælsland og er aldrig blevet forevist i originaler noget steds. Bestyrelsen, der er personlige venner af den nyregistrerede ejer, har hjulpet med at bedrage dødsboet for adskillige millioner af kroner, alt imens politi og Erhvervsstyrelsen ikke griber ind, fordi boet efter afdøde er placeret i udlandet.

Imidlertid er den nye ejer, arvingerne, afdøde, selskaberne og bestyrelsers medlemmerne alle danske.

Sagen er nu bragt op på højeste politisk niveau, fordi det ikke i Danmark bør være muligt at berøve et dødsbo og afholde ulovlige generalforsamlinger uden om dødsboet og dermed overtage aktiverne, blot fordi afdøde ikke var bosiddende i Danmark, og herefter lade det være op til arvingerne at slås for, at afdødes registrerede aktiver tilfalder boet, selvom hun var den sidst registrerede ejer ved sin død.

Man kan spørge, hvorfor man egentligt skal Jade noget som helst registrere, hvis det ikke har en konsekvens.

Nedenfor er gennemgået nogle skærpende omstændigheder for, hvordan man i Danmark blot ved brug af nem-ID og ved at være venner med bestyrelsen, kan overtage en død kvindes aktiver mere end 1 år efter, at kvinden er død, uden at hendes arvinger kan gøre noget - og dette til trods for, at den udenlandske notar allerede i april 2016 skrev til Erhvervsstyrelsen og bad dem blokere aktierne til boet.

Ændringer i selskabernes ejerforhold
Af Erhvervsstyrelsens redegørelse fremgår det, at F den 30. december 2016 registrerede sig selv som legal ejer af K3 A/S i intervallet 25-33,32 % af kapital- og stemmeandelene i selskabet i stedet for B. Samme dag registrerede han sig som eneste legale ejer af K1 A/S i stedet for B.


Selskabernes ledelse har i denne periode ikke opfyldt kravene i selskaberne vedtægter og selskabslovens § 111, stk. 2, om at bestyrelsen skulle bestå af (minimum) 3 medlemmer.

Som nævnt i min klage af 14. juli 2017 fremgår det af vedtægterne for K1 A/S og K2 A/S, at overdragelse af aktier i selskaberne alene kan ske med bestyrelsens samtykke, og at et sådant samtykke forelå ikke forud for B's død, jf. den til klagen vedlagte e-mailkorrespondance mellem J, E og G.

I perioden fra B's død og frem til F gennemførte ovennævnte registrering af ændringer i selskaberne ejerkreds, har selskaberne ikke haft en gyldig bestyrelse, der kunne give et sådant samtykke.

Kravene til overdragelse af aktier i selskaberne er derfor notorisk ikke overholdt.

Såvel F som E har haft lejlighed til at kommentere dette forhold i deres høringsvær til Erhvervsstyrelsen. Ingen af dem har dog nævnt noget om, at der har foreligget et samtykke til overdragelsen fra selskaberne bestyrelse eller for den sags skyld fremsendt dokumentation for dette.

Hertil fremgår det af selskabslovens § 15, stk. 1, at registreringer ikke må finde sted, hvis det forhold, der ønskes registreret, ikke opfylder bestemmelser i selskabsloven eller selskaberne vedtægter.

Desuagtet har F selv registreret den omstridte ændring i selskaberne ejerkreds vel vidende, at der ikke forelå det nødvendige samtykke hertil fra bestyrelsen, men at det ene bestyrelsesmedlem (der tillige var selskabets direkтор) tværtimod nægtede at indsætte ham i bestyrelse og ejerbog, jf. den tidligere fremlagte e-mail af 13. juni 2016 fra J til undertegnede.

Når F derfor i sit høringssvar af 9. marts 2017 skrev, at han selv foretog registreringerne den 30. december 2016 (næsten 2 år efter at den påståede overdragelse fandt sted) fordi ”J har været travlt optaget og har forsømt at drage omsorg for en række formalia”, var dette således mod bedre vidende.

F var på registreringstidspunktet ligeledes bekendt med mine klienters (arvingernes) indsigelser om, at de omstridte overdragelsesaftaler ikke er ægte
og savner realitet, ligesom han var bekendt med mine klienters politianmeldelser i relation her til.

På trods af dette gennemførte han den pågældende registrering, uanset at det følger af selskabslovens § 15, stk. 2, at anmelderen indstår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget, herunder at der foreligger behørig fuldmagt, og at dokumentationen i forbindelse med registreringen eller anmeldelsen er gyldig.


Registreringen har med andre ord både været uberettiget og ulovlig og F har været vidende herom.


Af den kommenterede selskabslov fremgår det bl.a. under note 5 til § 15, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen - i de situationer, hvor styrelsen forestår registreringen - i et vist omfang påser, at selskabsloven og selskabets vedtægter er iagttaget, og at styrelsen i øvrigt kan tage forhold op, hvor styrelsen ad den vej bliver opmærksom på mulige retsstridige forhold.

Erhvervsstyrelsen er med andre ord ikke afskåret fra at nægte den uberettigede og ulovlige registrering, som F foretog den 30. december 2016, hvor han indsatte sig selv som ejer af B’s aktier i selskaberne.

Det ville også savne mening, hvis der ikke findes noget retsmiddel imod, at en anmelder, uden at lovens og vedtægternes betingelser er opfyldt, uden fuldmagt eller anden bemyndigelse, uden om bobehandling og imod bedre vidende kan indsætte sig selv som ejer af en afdødt persons aktier.


Hertil kommer, at der p.t. verserer en civilretlig tvist, hvor mine klienter har indleveret den i sagen fremlagte stævning mod F med påstand om, at han skal anerkende, at han ikke er ejer af de aktier i selskaberne, som B var registreret som ejer af, da hun afgik ved døden. F og bestyrelsen i selskaberne er tillige politicianmeldt for at forsøge at unddrage de pågældende aktiver fra
boet efter B.

Selskabslovens § 16, stk. 3, giver i en sådan situation mulighed for, at Erhvervsstyrelsen kan træffe beslutning om, at registreringer ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet.

Af den kommenterede selskabslov fremgår det bl.a. under note 6 og 7 til denne bestemmelse, at der f.eks. kan være tale om et selskab, hvor flere personer hævder at være retmæssig ejer af selskabets kapitalandele, og Erhvervsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed kan fastslå om en anmeldt beslutning er blevet til på det korrekte grundlag. Der henvises endvidere til, at det kan være relevant for aftalepartnere, investorer m.v. at få oplysning om, at der er tvivl om ejerforholdene i selskabet, og at Erhvervsstyrelsen derfor kan offentliggøre sådanne oplysninger i styrelsens it-system.

I mit brev til Erhvervsstyrelsen af 28. marts 2017 anmodede jeg derfor styrelsen om at foretage en sådan registrering i medfør af selskabslovens § 16, stk. 3.


I sit høringssvar af 23. august 2017 har styrelsen dog nu anført, at styrelsen ikke kan foretage bevisvurdering af materiale og eventuelle vidneforklaringer, og at en afgørelse af konflikten henhører under domstolene.

Desuagtet anfører styrelsen herefter, at den ikke finder, ”at det er tilstrækkelig sandsynlig, at der er åbenlyst tvivl om lovligheden af de foretagne registreringer, og at en spærring af fremtidige registreringer vil være for indgribende i forhold til sagens omstændigheder. Dette kan i mine øjne ikke ses som andet end netop den bevisvurdering, som styrelsen anfører "rettelig henhører under domstolene".

Dernæst fremgår det ingen steder, at det skulle være et krav i henhold til § 16, stk. 3, at det med en til vished grænsende sandsynlighed skal være godtgjort, at en registrering er åbenlyst ulovlig. Tværtimod fremgår det af den kommenterede selskabslov, at der f.eks. kan være tale om et selskab, hvor to personer begge hævder, at de er den retmæssige ejer af selskabets kapitalandele, og styrelsen derfor ikke med tilstrækkelig klarhed kan fastslå om en beslutning er blevet til på det korrekte grundlag.

Denne formulering synes temmelig langt fra Erhvervsstyrelsens fortolkning i udtalelsen af 23. august 2017, hvorefter det skal være tilstrækkeligt sandsynlig, at en registrering er åbenlyst ulovlig. Erhvervsstyrelsens fortolkning ses derfor ikke at have støtte i hverken teori eller praksis. Der henvises herved tillige til de citerede afgørelser i den kommenterede selskabslov, side 122-123.

Heraf fremgår bl.a. følgende: ”Det er styrelsens opfattelse, at der er tvivl om adkomsten til selskabet” og ”Erhvervsankenævnet finder efter de modstrid-
ende oplysninger om ejerskabet til anparterne, at der har foreligget en sådan tvivl herom, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen ikke med tilstrækkelig klarhed har kunnet fastslå, om den foretagne registrering af C’s udtreden som direktor i selskabet er blevet til på baggrund af en lovlig generalforsamplingsbeslutning eller en anden lovlig beslutning.”

Ingen af de citerede afgørelser stiller med andre ord krav om, at ”det skal være tilstrækkeligt sandsynliggjort, at en registrering er åbenlyst ulovlig”.

Selv hvis dette ”beviskrav” lægges til grund, er der dog efter min opfattelse - og på baggrund af det anførte ovenfor - ikke nogen tvivl om, at F's registrering af sig selv som ejer af B's aktiver er åbenlyst ulovlig.

Det er på denne baggrund også min opfattelse, at Erhvervsstyrelsen skulle have imødekommet min anmodning om at foretage den pågældende registrering i medfør af selskabslovens § 16, stk. 3.

Dette understøttes yderligere af, at den foretagne registreringsændring efterfølgende har dannet grundlag for, at der er sket en kapitalnedsættelse i selskabet K3 A/S og deraf følgende udlodning af selskabets midler til F, uanset at dennes påståede ejerskab er genstand for såvel politimæssig efterforskning som civiltretligt søgsmål.

Endvidere har selskabet efter registreringsændringen afgivet regnskab for perioden 1. januar 2016 til 31. december 2016 med oplysninger i ledelsesberetningen, som strider imod mine klienters oplysninger.

Det fremgår således af den pågældende ledelsesberetning, at selskabets datterselskab K4 GmbH har efter regnskabsårets afslutning afhændet ejendommen, hvilket betyder at selskabets ledelse forventer at egenkapitalen er reetableret i løbet af 2017.


Det er derfor også nødvendigt med henblik på at stoppe yderligere - uberettigede - udlodninger fra selskabet og for at sikre at selskabets regnskaber igen bliver retnings, at min anmodning om at foretage ovennævnte registrering i medfør af selskabslovens § 16, stk. 3, tages til følge.

**Ledelsesændringer**

Det fastholdes imidlertid, at hverken § 5 i selskabernes vedtægter eller bestemmelserne i selskabslovens §§ 91, 94, 95, 96, 98 og 101 ses at være overholdt ud fra indholdet af de pågældende referater, herunder at det er utvivlsomt, at der ikke er valgt en dirigent på nogen af generalforsamlingerne, ligesom ingen af protokollaterne - af samme årsag - er underskrevet af en dirigent. Det er derfor også utvivlsomt, at selskabslovens § 101 ikke er overholdt.

Det fastholdes derfor også, at de omstridte registreringsændringer vedrørende selskaberne ledelse skal nægtes, herunder således at der blokeres for yderligere selvregistrer i medfør af selskabslovens § 16, stk. 3.


Erhvervsstyrelsen anfører i bemærkningerne af 23. august 2017, at "det er dirigentens og anmelderens ansvar at de oplyste forhold, som anvendes til Erhvervsstyrelsen er korrekte. Det er jeg enig i. Af samme årsag bør det ikke være muligt for en udenforstående anmelder uden tilknytning til eller bemyndigelse fra selskabet at registrere ændringer i selskabet, der er gennemført på en påstået generalforsamling afholdt uden dirigent og uden et underskrevet generalforsamplingsprotokoll.

I den situation er der ikke noget ansvarssubjekt, der er valgt eller bemyndiget af selskabet. Selskabet vil således kunne nægte at være bundet af den pågældende anmelders registrering og dermed være ansvarfrit, hvis det efterfølgende måtte vise sig, at registreringerne er gennemført med urette, har påført tredjemand tab el. lign.

En sådan registrering bør derfor ikke tillades, men derimod nægtes og udslettes med det samme.

**Formalitetsindsigelse**

Manglende partshørning

Generalforsamlingsprotokollaterne og indholdet heraf har med andre ord indgået som en væsentlig del af Erhvervsstyrelsens argumentation for at træffe en afgørelse, der var til ugunst for mine klienter.


Det havde derfor været særligt relevant at modtage de pågældende referater og få lejlighed til at afgive mine klienters bemærkninger dertil, inden Erhvervsstyrelsen trådte afgørelse.

Endvidere fremgår det af Erhvervsstyrelsens bemærkninger af 23. august 2017, at styrelsen har vurderet det af parterne indsendte materiale, hvorefter ”der fra starten har været tale om dyb uenighed”, men hvor styrelsen ikke har fundet det ”tilstrækkelig sandsynliggjort, at der er åbenlys tvivl om lovigheden af de foretagne registreringer”.

Materialet, som der refereres til har med andre ord ligeledes indgået som en væsentlig del af Erhvervsstyrelsens argumentation for at træffe en afgørelse, der var til ugunst for mine klienter. Erhvervsstyrelsen burde derfor naturligvis have sendt det samlede materiale til partshøring, inden styrelsen trådte afgørelse i sagen.

Mangelfuld begrundelse og forkert anvendelse af retsregler.

De i klagen af 14. juli 2017 fremsatte bemærkninger til dette punkt fastholdes.

Det efter min og mine klienters opfattelse - særlig væsentlige spørgsmål om anvendelse af selskabslovens § 16, stk. 3, er således overhovedet ikke behandlet i styrelsens afgørelse af 6. juli 2017, ligesom afgørelsen ikke indeholder nogen begrundelse for dette.

I relation til spørgsmålet om mangelfuld begrundelse, kan der yderligere henvises til, at Erhvervsstyrelsen i sine bemærkninger af 23. august 2017 under overskriften ”Erhvervsstyrelsens udtalelse” med en supplerende begrundelse på ca. 4 sider for den materielle del af styrelsens afgørelse.


…
Ankenævnet udtaler:


Det anføres i selskabslovens § 20, at mener nogen bortset fra i tilfælde, der omfattes af § 109, at en registrering vedrørende en beslutning, som er truffet af generalforsamlingen eller selskabets ledelse, er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletningen under domstolene.

Af de specielle bemærkninger til § 20 i selskabsloven (lovforslag L 170 2008/2009) fremgår:

"Bestemmelsen vedrører alene afgørelse af spørgsmål om registreringer, der er udløst af beslutninger, som er truffet af kapitalselskabets generalforsamling eller ledelse.


..."

Det fremgår af sagen, at der er tvist om ejerforholdene til kapitalandelene i de selskaber, i hvilke der er registreret ledelsesændringer og ændringer i ejerforholdene. Tvisten angår navnlig lovligheden af overdragelsen af aktiver fra B til F, herunder om der forelå det i selskabernes vedtægter foreskrevne samtykke fra bestyrelsen til overdragelsen.

Ehvervsankenævnet træder, at der ikke foreligger sådanne tungtværende grunde, som kan danne grundlag for administrativt at ophæve de stedfundne registreringer, og at spørgsmålet om ophævelse af registreringerne således henhører under domsto-
lere, jf. selskabslovens § 20.


Erhvervsankenævnet finder efter en samlet vurdering, at der foreligger en sådan tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, at registreringer efter § 9, stk. 1, ikke kan finde sted, før der er skabt klarhed om forholdet, jf. selskabslovens § 16, stk. 3.

Ankenævnet stadfæster herefter Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. juli 2017 for så vidt angår spørgsmålet om administrativ sletning af allerede foretagne registreringer og hjemviser endvidere sagen med henblik på gennemførelse af den anførte beslutning i medfør af selskabslovens § 16, stk. 3, vedrørende fremtidige registreringer efter § 9, stk. 1, indtil der er skabt klarhed om forholdet.
4.2. Lov om erhvervsdrivende fonde

10) Kendelse af den 6. februar 2017 (J.nr. 2016-7406)
Deltagelse i sagsbehandling på bestyrelsesmøde. Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 53, stk. 1, 2. pkt., §§ 44, stk. 2-4, § 38, stk. 1, samt § 45, 2. pkt.
(Anders Hjulmand, Jørgen Tandrup og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 12. juli hedder det:

"A Fond, CVR-nr...


Styrelsen har den 11. juni 2016 modtaget supplerende oplysninger og bemærkninger fra K til de af styrelsen stillede spørgsmål.


K har i to breve af 5. juli 2016 sendt sine kommentarer til B's brev af 4. juli
2016, hvor han blandet andet anmoder om, at Erhvervsstyrelsen afsætter B og C af bestyrelsen med henvisning til lov om erhvervsdrivende fonde § 44, stk. 4 og § 45 og vedtægtens § 7.


Det skal imidlertid indledningsvis præciseres, at Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed i henhold til erhvervsfondskonventionens § 24 skal føre et fondsretligt tilsyn med, at de erhvervsdrivende fonde ledes forsvarligt i overensstemmelse med lovgivningen og fondsvedtægten.

Der er tale om et legalitetstilsyn, og vi skal som fondsmyndighed således ikke vurdere hensigtsmæssigheden af ledelsens forretningsmæssige dispositioner.

Forretningsmæssige dispositioner er derfor som udgangspunkt ikke et anliggende for fondsmyndigheden. En beslutning om hvilke personer, der skal udpeges til en fonds dattervirksomheds bestyrelse, er efter styrelsens opfattelse primært en forretningsmæssig disposition.

Styrelsen har derfor ikke i behandlingen af denne sag forholdt sig til den interne uenighed i fondens bestyrelse om, hvem der skal udpeges til bestyrelsen i fondens dattervirksomhed, ligesom vi i det følgende ikke vil komme tere denne uenighed.

Bestyrelsersmedlemmernes besvarelser og styrelsens bemærkninger hertil, vil blive gennemgået enkeltvis nedenfor.

1. Indkaldelse til bestyrelsesmøde

I henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 52, stk. 2, skal formanden sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt. Et bestyrelsesmedlem kan i henhold til erhvervsfondskonventionens § 55 forlange, at bestyrelsen indkaldes. Et bestyrelsesmedlem kan dog ikke indkalde til bestyrelsesmøde uden om formanden.

Det er således bestyrelsersformanden, der er ansvarlig for, at der i nødvendigt omfang indkaldes til møder - også når det begejres af et bestyrelsesmedlem. Formanden bestemmer indkaldelsesmåden og varslet, i det omfang det ikke er bestemt i bestyrelsens forretningsorden. Der fremgår ikke af erhvervsfondskonventionen eller de tilhørende lovbemærkninger nærmere holdepunkter for, hvornår et bestyrelsesmøde er nødvendigt.

Det er i første omgang bestyrelsersformanden, som foretager en vurdering af, hvornår et bestyrelsesmøde er nødvendigt, hvis et bestyrelsesmedlem anmoder om, at der indkaldes til et bestyrelsesmøde. Hvornår bestyrelsesmødet skal afholdes vil bero på en konkret vurdering under hensyntagen til fondens og bestyrelsens situation, og hvor presserende, det spørgsmål, der ønskes drøftet, er. Derudover skal bestyrelsersformanden også tage hensyn til den praktiske tilrettelæggelse af bestyrelsesmøderne, øvrige faste opgaver i be-
styrelsen i med forbindelse med fondens "årshjul", andre strategiske eller økonomiske forhold, osv.

Det er omvendt også ganske klart, at en bestyrelsensformand ikke kan sidde gentagne anmodninger om indkaldelse til bestyrelsesmøde overhørigt uden at tage skridt til at fastsætte en dato for et bestyrelsesmøde.


B og C har i brev af 14. juni 2016 forklaret, at det ikke var muligt at få K til at konkretisere, hvad der skulle drøftes på det ønskede bestyrelsesmøde, og at det pågældende dagsordenspunkt derfor blev udsudt til det førstkomende ordinære bestyrelsesmøde i april 2016.

B og C har endvidere oplyst, at K's anmodning om afholdelse af bestyrelsesmøde også for fremtiden vil blive imødekommet, men at der må stilles krav til en vis beskrivelse af formålet med og indholdet af de emner, der ønskes drøftet.


Erhvervsstyrelsen er ikke i stand til at vurdere, hvorvidt bestyrelsensformanden har undladt at indkaldte til et bestyrelsesmøde, som K har forlangt afholdt, da vi bemærker, at der har været dialog om tidspunkt og emner for bestyrelsesmøde i hvert fald i løbet af efteråret 2015 og måske også i løbet af vinteren 2016. Der har i øvrigt har været afholdt et bestyrelsesmøde i april 2016, og der er endvidere blevet indkaldt til endnu et bestyrelsesmøde.

Styrelsen finder således ikke grund til at anfægte bestyrelsensformandens skøn ved vurderingen af, hvornår det bestyrelsesmøde, som K forlangte afholdt, blev indkaldt. Vi hæfter os samtidig ved, at bestyrelsensformanden har oplyst, at bestyrelsen for fremtiden vil blive indkaldt, når et medlem forlanger det, såfremt det pågældende bestyrelsesmedlem kan konkretisere behovet.

Hvis det ikke allerede fremgår af fondens forretningsorden, skal styrelsen anbefale at spørgsmålet om afholdelse af bestyrelsesmøder reguleres heri, således at der ikke for fremtiden opstår uenigheder om dette spørgsmål.

2. Adgang til at deltage i sagens behandling på et bestyrelsesmøde

I henhold til erhvervsfondslovens§ 53 er bestyrelsen beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer af bestyrelsen er repræsenteret. Beslutninger må dog ikke træffes, uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sagens behandling.
Kravet om at samtlige medlemmer skal have adgang til at deltage i en given sags behandling er, jf. lovbemærkningerne, en vigtig sikkerhedsforanstaltning. Dette hænger sammen med, at bestyrelsen er et kollektivt organ, og det er derfor afgørende, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer får lejlighed til at deltaget aktivt i drøftelserne og beslutningerne i bestyrelsen.

En situation, hvor et flertal i bestyrelsen på forhånd har truffet en beslutning uden om et mindretal i bestyrelsen, vil efter styrelsens vurdering være uforørmeligt med erhvervsfondslovens § 53.

K har i brevet af 21. maj 2016 blandt andet oplyst, at de øvrige bestyrelsesmedlemmer har drøftet og truffet beslutninger angående bestyrelsesanliggender inden afholdelsen af et bestyrelsesmøde uden at inddrage den samlede bestyrelse.

B og C har i brev af 14. juni 2016 forklaret, at bestyrelsen ikke har truffet beslutninger, uden at K har haft mulighed for at deltage i emnets behandling. De har endvidere oplyst at det forhold, at K i flere tilfælde har været i undertal, ikke medfører, at han ikke har fået mulighed for at deltage i sagens behandling.

K har i brevet af 19. juni 2016 erklæret sig uenig heri og henviser i den forbindelse til to konkrete eksempler, hvor bestyrelsens flertal efter det oplyst har truffet beslutning uden at han har fået mulighed for at deltage i behandlingen af disse to spørgsmål.

Styrelsen er ikke på det foreliggende grundlag i stand til at bedømme, hvorvidt K i strid med erhvervsfondslovens § 53 ikke har haft adgang til at deltage i en sags behandling.

Vi hæfter os ved, at bestyrelsesformand B også i brev af 4. juli oplyser, at der ikke træffes beslutninger i bestyrelsen uden at alle bestyrelsesmedlemmer har haft mulighed for at ytre sig. Styrelsen foretager sig derfor ikke yderligere i relation til dette spørgsmål.

3. Afsættelse af bestyrelsesmedlem

Det er alene fondsmyndigheden, der har kompetence til at afsætte et bestyrelsesmedlem, jf. lovbemærkningerne til erhvervsfondslovens § 45.

En vedtægtsbestemmelse om at et medlem af bestyrelsen skal udtræde, hvis de øvrige medlemmer af bestyrelsen træffer beslutning herom, vil være uvirksom og vil ikke kunne bringes i anvendelse. Tilsvarende gælder en bestyrelsesbeslutning om, at et medlem af bestyrelsen skal udtræde. I modsat fald ville bestyrelsesmedlemmerne være indbyrdes afhængige, hvilket ville være uforeneligt med, at fonden ledes af en uafhængig bestyrelse.

K har i brevet af 21. maj 2016 blandt andet oplyst, at de øvrige bestyrelsesmedlemmer har truet med at stemme ham ud af bestyrelsen.
B og C har i brev af 14. juni 2016 oplyst, at bestyrelsesformand B har opfordret K til at nedlægge sit mandat, da K efter hans opfattelse blandet andet har truet med at foretage handlinger, som vil kunne opfattes som illoyalt overfor fonden og deltagiiggjort udenforstående i bestyrelsens interne diskussioner og overvejelser.

K har i brevet af 19. juni 2016 oplyst, at han også i e-mail fra primo juni 2016 er blevet truet med, at den øvrige bestyrelse kan stemme ham ud af bestyrelsen.

Erhvervsstyrelsen skal på baggrund af ovenstående indskærpe, at de øvrige bestyrelsesmedlemmer ikke kan træffe beslutning om, at K skal udtræde af bestyrelsen. Det er udelukkende Erhvervsstyrelsen, der som fondsmyndighed, har denne kompetence. En beslutning i bestyrelsen om, at K skal udtræde af bestyrelse, vil være ugyldig, og beslutningen vil derfor blive registreringsnægtet, såfremt den blev anmeldt til registrering hos styrelsen.

...Anmodning om afsættelse af bestyrelsesmedlemmer

B har på vegne af C og ham selv i brev af 4. juli 2016 anmodet om, at Erhvervsstyrelsen afsætter K, da de finder, at han er uegnet til at sidde i bestyrelsen for fonden. B henviser i den forbindelse til, at K efter det oplyste har delt interne og fortrolige oplysninger med personer uden for bestyrelsen og K derudover har truet med at foretage handlinger, som vil kunne opfattes illoyalt overfor fonden.


Et medlem af bestyrelsen skal i medfør af erhvervsfondslovens § 44 udtræde af bestyrelsen, hvis den pågældende

- har vist sig uegnet,
- gør sig skyldig i en handling, som gør den pågældende uværdig til fortsat at være medlem af bestyrelsen,
- på grund af længerevarende sygdom eller anden svækkelse har vist sig ude af stand til at beklæde hvervet som medlem af bestyrelsen eller
- er under konkurs.

Formålet med bestemmelsen er at sikre, at fonden har en funktionsdygtig bestyrelse, der har fokus på varetagelse af fondens driftsaktiviteter og interesser.

Et bestyrelsesmedlem er i henhold til lovbemærkningerne uegnet, hvis den pågældende ikke i tilstrækkelig grad varetager fondens formål, opgaver og
interesser eller ikke vist evne og vilje til at overholde rammerne for fondens virke.

Gentagne overtrædelser af erhvervsfondsloven og vedtægten, uvilje eller manglende engagement til at afgive redegørelser og oplysninger, som fondsmyndigheden anmoder om, uvilje eller manglende engagement til at efterkomme påbud, afgivelse af forkerte eller misvisende oplysninger, manglende eller for sen indsendelse af årsrapport vil hver især i henhold til lovbemærkningerne være indicium for, at et bestyrelsesmedlem er uegnet.

Ehrvervsstyrelsen kan som fondsmyndigheden afsætte et medlem af bestyrelsen, der ikke opfylder kravene i oprettelsesdokumentet eller vedtægten, eller som skal udtræde af bestyrelsen efter de ovenfor nævnte regler, jf. erhvervsfondslovens § 45.

Afsettelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb. Der skal derfor være forhold af særlig alvorlig karakter for fonden, før fondsmyndigheden griber ind i bestyrelsessammensætningen. Imidlertid kan gentagne tilfælde af svigt, udgyttighed, overtrædelser af denne lov, vedtægten eller vedvarende uoverensstemmelser i bestyrelsen betyde blokering af bestyrelsens beslutningsmulighed med risiko for betydelige tab for fonden.

Er der en intern konflikt i bestyrelsen, som hindrer varetagelse af fondens interesser på sigt, kan det i sidste ende føre til spørgsmål om afsættelse af den eller de pågældende bestyrelsesmedlemmer, der er eller har været i konflikt, hvis de pågældende bestyrelsesmedlemmer ikke længere mager at varetage fondens interesser, og det derfor skønnes nødvendigt.

Ehrvervsstyrelsen finder ikke, at der på det foreliggende grundlag og på nuværende tidspunkt er tilstrækkeligt klare holdepunkter for at afsætte et eller flere medlemmer af fondens bestyrelse. Afsettelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb, og det er derfor styrelsens opfattelse, at bestyrelsens medlemmer så vidt muligt skal forsøge at få løst de pågældende uenigheder internt i bestyrelsen.

I klageskrivelse af 7. august 2016 har K anført:

“Vedr. A fond, cvr nr...”

Idet jeg henviser til Erhvervsstyrelsens brev til fonden dateret 12. juli 2016 vedr. den klage, jeg indsendte tidligere vedr. forhold i A fond, skal jeg hermed indbringe styrelsens afgørelse for erhvervsankenævnet jf. nedenstående bemærkninger.

1: Erhvervsstyrelsen skriver i sit svar indledningsvis, at styrelsen ikke skal vurdere hensigtsmæssigheden af ledelsens forretningsmæssige dispositioner, og ”en beslutning om hvilke personer, der skal udpeges til en fonds datterfonders bestyrelse, er efter styrelsens opfattelse primært en forretnings-
mæssig disposition”. Dette respekterer jeg naturligvis, men må alligevel gøre opmærksom på, at processen i f.m. det aftalte generations skifte langt fra er forløbet som ”en forretningsmæssig disposition”. Langt fra!

Forløbet er tidligere beskrevet i mine breve til styrelsen, og dokumentation kan som tidligere nævnt fremsendes. Ganske kort er forløbet følgende: Formanden for fonden B har siddet i virksomheden siden 1990, den genindtrådte formand for selskabet C har siddet der siden 1994, og undertegnede kom ind i bestyrelsen i 2005. 2 af os er over 70 år (C er født i 1937, og undertegnede i 1944), så der er ikke blot tale om langvarig deltagelse bestyrelsesarbejdet, men også aldersproblematikken spiller ind.


Der er således tale om en proces, hvor jeg har den opfattelse, at det primært drejede sig om at sikre egne poster og ikke primært tænke på virksomhedens bedste. Er det i overensstemmelse med god fonds ledelse, når der faktisk var aftalt en proces vedr. generations skifte, hvor der var god tid til at udvælge de nye medlemmer, hvilket jo så blev bremsset?

Jeg vil derfor gerne have ankenævnets opfattelse af, om dette forløb er i overensstemmelse med god fonds ledelse.

2: indkaldelse til bestyrelses møder i fonden.

Her skriver styrelsen i sit svar bl.a., at ”vi hæfter os samtidig med ved, at bestyrelsesformanden (B) har oplyst, at bestyrelsen for fremtiden vil blive indkaldt, når et medlem forlanger det, såfremt det pågældende medlem kan konkretisere behovet”. Hertil kan jeg så blot anføre, at dette igen ikke bliver overholdt!

Efter at have ventet 8 måneder på at få et bestyrelsesmøde, der så blev afholdt medio april 2016, hvor bl.a. 3 punkter længe havde stået på ønskesedlen: et fonds finansieret projekt vedr. produktudvikling i selskabet, evt. konsekvenser af den nye fondslov samt udpegning af et supplemant til fonds bestyrelsen. På mødet i april viste det sig, at den nye fondslov medførte ekstra arbejde, som revisor og B herefter skulle lave, og da vi modtog regnskaber-
ne 6.6.2016 (alså 6 dage efter at det skulle have været indsendt), og jeg straks underskrev dem, blev jeg to gange i mails af B beskyldt for at være årsag til den forsinkedeindsendelse. Dette uden nogen dokumentation, og det er så det, jeg har bedt om at få forklaret igennem 6 mails til B og C i perioden fra 6.7. indtil 1.8. uden at have fået noget svar på mit ønske om at få bestyrelsen samlet for at få en forklaring, idet jeg IKKE mener at være skyldig i denne forsinkelse. Det eneste svar jeg fik. Var dateret 8.7., hvor B skrev, at han gerne indkalder til et møde om dette emne, men siden har jeg intet hort. Sjovt nok kom svaret 8.7. 4 dage før svaret fra erhvervsstyrelsen. B har i øvrigt altid svaret på mails igennem de mange år, jeg har arbejdet sammen med ham, også når han har været bortrejst eller på ferie, men ikke denne gang. Det vil sige, at der igen er tale om, at tingene ikke overholdes. Endvidere skriver styrelsen i sit svar bl.a., at formanden også skal tage hensyn til tilrettelæggelse bl.a. i forbindelse med fondens ”årshjul” m.m. Hvis mit ønske om meget tidligere at have gennemgået evt. ændringer i forlængelse af den nye fondslov var blevet respekteret, havde vi næppe indsendt et forsinket årsregnskab.

3: deltagelse i beslutninger på bestyrelsesmøder.

Idet jeg henviser til styrelsens svar skal jeg blot endnu engang meddele, at jeg ikke har deltaget i udpegningen af de 2 nye medlemmer, der kom ind i 2015, ligesom jeg slet ikke har deltaget i beslutningen om udpegning af suppleanten til fondsbestyrelsen, idet B i mail inden mødet meldte mig, at C og B var enige om, hvem den nye suppleant interessant nok B's kandidat!) skulle være. Der var således ikke noget at tale om.

Jeg føler derfor - dette af hensyn til virksomheden - at jeg ikke blot kan acceptere svaret fra erhvervsstyrelsen, og beder derfor erhvervsankenævnet se på sagen. Som tidligere anført, er der udover det materiale, der allerede ligger hos styrelsen, dokumentation i form af referater, mails m.m., som selvfølgelig fremsendes, hvis det ønskes.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 20. september 2016 anført:

”...Erhvervsstyrelsen skal indledningsvis præcisere, at det synes at være lidt uklart, hvad K reelt klager over til Erhvervsankenævnet. Det er dog styrelsens opfattelse, at K's klage vedrører følgende tre forhold:

1. Manglende overholdelse af god fondsledelse
2. Manglende indkaldelse til bestyrelsesmøder i fonden
3. Manglende mulighed for at deltage i udpegning af bestyrelsesmedlemmer

Erhvervsankenævnet anmoder styrelsen om en udtalelse og en redegørelse for de retlige og faktiske omstændigheder i den konkrete sag. Til redegørelsen ønskes sagens dokumenter vedlagt.
Indledningsvis skal styrelsen bemærke, at vi fastholder vores afgørelse af 12.juli 2016.

Sagens faktiske omstændigheder
Sagsgangen i sagen, som der klages over, involverer en lang række henvendelser fra sagens parter. Dokumenterne i sagen er oplistet i bilag 1, men nedenfor gennemgås de væsentlige sagsskridt. Der henvises til bilag 1 og de medsendte dokumenter for en nærmere gennemgang.

Erhvervsstyrelsen modtog den 21. april 2016 en e-mail fra K vedrørende en klage over A Fond. Styrelsen indledte herefter en korrespondance med K.

K indsendte den 22. maj 2016 en formel klage til styrelsen over de øvrige bestyrelsesmedlemmer i A Fond. Klagen omhandlede følgende:

1. Indkaldelse til bestyrelsesmøder
2. Adgang til at deltage i sagens behandling på bestyrelsesmøder
3. Bestyrelsens mulighed for at afsætte et bestyrelsesmedlem


De tre spørgsmål fra Erhvervsstyrelsen var som følger:

1. Har bestyrelsesformanden nægtet at indkalde til et eller flere bestyrelsesmøder selvom et medlem af bestyrelsen har forlangt det afholdt?
2. Har bestyrelsen truffet beslutninger uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sagens behandling?
3. Har de øvrige bestyrelsesmedlemmer taget skridt til at afsætte K af bestyrelsen eller oplyst K om muligheden for at blive afsat af bestyrelsen?


I brev af 5. juli 2016 anmodelede K styrelsen om, at afsætte B og C af bestyrelsen.

Den 12. juli 2016 sendte Erhvervsstyrelsen sin afgørelse til fondens bestyrelsesmedlemmer. I afgørelsen tog styrelsen stilling til sagens indhold, herunder de klagepunkter, som fondens øvrige bestyrelsesmedlemmer var blevet bedt om at besvare.
I afgørelsen afviste styrelsen, at der på det foreliggende grundlag var anledning til at afsætte et eller flere medlemmerne af fondens bestyrelse, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 45.

**Sagens retlige omstændigheder**

*Ad 1: Manglende overholdelse af god fondsledelse*

K ønsker at Erhvervsankenævnet forholder sig til, hvorvidt det af ham skitserede forløb om udpegning af bestyrelsesmedlemmer i fonden er i overensstemmelse med god Fondsledelse.

Til dette skal styrelsens indledningsvis oplyse, at god fondsledelse ikke er en klar juridisk standard, som fremgår af loven. Der er alene tale om såkaldt soft law i form af anbefalinger, som er et supplement til den lovgivning, de erhvervsdrivende fonde er omfattet af. Der skal således i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 60, stk. 1, nedsættes en komite, som skal udarbejde de nødvendige anbefalinger.

Dette arbejde er udført i forlængelse af den nye lov om erhvervsdrivende fonde, og resultatet kan findes på komiteens hjemmeside; [www.godfondledelse.dk](http://www.godfondledelse.dk), hvor anbefalingerne kan hentes.

Det fremgår af lov om erhvervsdrivende fonde § 60, stk. 2, at Erhvervsstyrelen som fondsmyndighed kan påbyde fondens bestyrelse at redegøre for, hvorledes den forholder sig til anbefalingerne i henhold til bestemmelsens stk. 1. Af bemærkningerne til denne bestemmelse fremgår, at Erhvervsstyrelen kun ”kan pålægge bestyrelsen i en fond at opfylde følg eller forklar princippet, hvis fondsmyndigheden konstaterer, at en fond ikke forholder sig til anbefalingerne, eller hvis en fond ikke anfører en egentlig forklaring og begrundelse for en afvigelse eller anfører en begrundelse for en afvigelse fra anbefalingerne, som er åbenbart grundløs eller uden mening”.

Erhvervsstyrelen skal ikke kontrollere, hvorvidt en fonden lever op til de af Komiteen for god Fondsledelse udarbejdede anbefalinger for god fondsledelse. Manglende efterlevelse af en anbefaling er således ikke et regelbrud, men udtryk for at en fond har valgt at indrette sig på en anden måde end det, der fremgår af anbefalingen. Anbefalingerne for god Fondsledelse indeholder ingen anbefaling om afsættelse af fondsbestyrelsesmedlemmer, men nævner alene anbefalingernes afsnit 3 følgende:

”Det er alene fondsmyndigheden, der kan afsætte et bestyrelsesmedlem i løbet af en udpegningsperiode”.

Anbefalingerne for god Fondsledelse indeholder således ikke noget om afsættelse af fondsbestyrelsesmedlemmer, men det fremgår af lov om erhvervsdrivende fonde § 45, at det alene er fondsmyndigheden, der har kompetence til at afsætte et bestyrelsesmedlem i en fond.

Som det fremgår af styrelsens brev af 12. juli 2016 til fondens bestyrelse er
det styrelsens opfattelse, at beslutningen om hvem der skal udpeges til fondens dattervirksomheds bestyrelse primært er en forretningsmæssig disposition, som også af den grund falder uden for styrelsens legalitetshensyn.


Et medlem af bestyrelsen skal i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 44 blandt andet udtræde af bestyrelsen, hvis den pågældende har vist sig uegnet eller har gjort sig skyldig i en handling, som gør den pågældende uværdig til fortsat at være medlem af bestyrelsen. Formålet med bestemmelsen er at sikre, at fonden har en funktionsdygtig bestyrelse, der har fokus på varetagelse af fondens driftsaktiviteter og interesser.

Et bestyrelsesmedlem er i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 44 blandt andet uegnet, hvis det pågældende ikke i tilstrækkelig grad varetager fondens formål, opgaver og interesser eller ikke vist evne og vilje til at overholde rammerne for fondens virke.

Gentagne overtrædelser af erhvervsfondsloven og vedtægten, uvilje eller manglende engagement til at afgive redegørelser og oplysninger, som fondsmyndigheden anmoder om, uvilje eller manglende engagement til at efterkomme påbud, afgivelse af forkerte eller misvisende oplysninger, manglende eller for sen indsendelse af årsrapport vil hver især i henhold til lovbemærkningerne være indicium for, at et bestyrelsesmedlem er uegnet.

Erhvervsstyrelsen kan som fondsmyndighed afsætte et medlem af bestyrelsen, der ikke opfylder kravene i oprettelsesdokumentet eller vedtægten, eller som skal udtræde af bestyrelsen efter lov om erhvervsdrivende fonde § 44, stk. 2-4, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 45.

I lovbemærkningerne fremgår det, at afsættelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb. Der skal derfor være forhold af særlig alvorlig karakter for fonden, før fondsmyndigheden gir der ind i bestyrelsesammensætningen. Imidlertid kan gentagne tilfælde af svigt, udygtighed, overtrædelser af lov om erhvervsdrivende fonde, vedtægten eller vedvarende uoverensstemmelser i bestyrelsen betyde blokering af bestyrelsens beslutningsmulighed med risiko for betydelige tab for fonden. I sådanne situationer vil det ofte være meget uklart for fondsmyndigheden, hvem der bærer hovedansvaret for situationen. Samtidig kan situationen klart vise, at der nødvendigvis skal ske ændring af bestyrelsen.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne, at er der en intern konflikt i bestyrelsen, som hindrer varetagelse af fondens interesser på sigt, kan det i sidste ende føre til spørgsmål om afsættelse af den eller de pågældende bestyrelsesmedlemmer, der er eller har været i konflikt, hvis de pågældende
bestyrelsesmedlemmer ikke længere magter at varetage fondens interesser, og det derfor skønnes nødvendigt.

Ad 2: Manglende indkaldelse til bestyrelsesmøder i fonden

Erhvervsstyrelsen skal som fondsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde føre et fondsretligt tilsyn med, at fondene ledes forsvarligt i overensstemmelse med lovgivningen og fondsvedtægten, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 24.

Der er tale om et legalitetstilsyn, som medfører at styrelsen skal påse, at lovgivningen og fondens vedtægt overholdes. Styrelsen skal som fondsmyndighed således ikke vurdere hensigtsmæssigheden af ledelsens forretningsmæssige dispositioner.

I henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 52, stk. 2, skal formanden sørge for, at bestyrelsen holder møde, når dette er nødvendigt. Et bestyrelsesmedlem kan i henhold til erhvervsfondslovens § 55 forlange, at bestyrelsen indkaldes. Et bestyrelsesmedlem kan dog ikke indkalde til bestyrelsesmøde uden om formanden.

I Erhvervsstyrelsens brev af 12. juli 2016 til bestyrelsen i A Fond har styrelsen oplyst over for fondens bestyrelse, at spørgsmålet om hvornår bestyrelsesmødet skal afholdes vil bero på en konkret vurdering under hensyntagen til fondens og bestyrelsens situation, og hvor presserende, det spørgsmål, der ønskes drøftet, er. Som udgangspunktet er det formandens opgave at foretage denne vurdering. Det er på det foreliggende grundlag styrelsens vurdering, at denne bestemmelse er overholdt.

Ad 3: Manglende mulighed for at deltage i udpegning af bestyrelsesmedlemmer

Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når over halvdelen af samtlige medlemmer af bestyrelsen er repræsenteret, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 53. Beslutninger må dog ikke træffes, uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sagens behandling.

Kravet om at samtlige medlemmer skal have adgang til at deltage i en given sagss behandling er, jf. lovbemærkningerne, en vigtig sikkerhedsforanstaltning. Dette hænger sammen med, at bestyrelsen er et kollektivt organ, og det er derfor af gørende, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer får lejlighed til at deltage aktivt i drøftelserne og beslutningerne i bestyrelsen.

I Erhvervsstyrelsens brev af 12. juli 2016 til bestyrelsen i A Fond har styrelsen indskærpet over for fondens bestyrelse, at beslutninger i bestyrelsen ikke må træffes, uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sagens behandling, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 53. Det er på det foreliggende grundlag styrelsens vurdering, at denne bestemmelse er overholdt.
Erhvervsstyrelsens vurdering

Ad 1: Manglende overholdelse af god fondsledelse

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ikke kan klages over manglende overholdelse af god fondsledelse, da der ikke er tale om konkrete regler, som kan efterprøves af styrelsen eller Erhvervsankænnet.

I forhold til afsættelse af bestyrelsesmedlemmer har styrelsen i sin afgørelse afvist, at der på det foreliggende grundlag og på nuværende tidspunkt er tilstrækkeligt klare holdepunkter for at afsætte et eller flere medlemmer af fondens bestyrelse.

Afsættelse af bestyrelsesmedlemmer er et vidtgående indgreb og der skal derfor være forhold af særlig alvorlig karakter for fonden, før fondsmyndigheden griber ind i bestyrelsesmæssige saker. Det er styrelsens vurdering, at ingen af bestyrelsens medlemmer har vist sig uegnet eller har gjort sig skyldig i handlinger, som gør dem uværdige til fortsat at være medlem af bestyrelsen.

Styrelsen har særligt lagt vægt på, at uoverensstemmelserne i fondens bestyrelse efter vores vurdering ikke har medført blokering af bestyrelsens beslutningsmuligheder eller hindret varetagelsen af fondens interesser på sigt. Det er derfor fortsat styrelsens vurdering, at bestyrelsesmedlemmer så vidt muligt skal forsøge at få løst uenighederne internt i bestyrelsen.

Ad 2: Manglende indkaldelse til bestyrelsesmøder i fonden

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der i den konkrete sag ikke er påvist at være foretaget et forkert skøn fra formandens side, da denne har ventet med at indkalde til bestyrelsesmøde, som anmodet af klager. Det fremgår af sagen, at der indkaldes til bestyrelsesmøder i fornødnet omfang og i overensstemmelse med loven.

Ad 3: Manglende mulighed for at deltage i udpegning af bestyrelsesmedlemmer

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der i den konkrete sag ikke er påvist at være foretaget beslutninger, som klager ikke har haft mulighed for at deltage i. Det fremgår af sagen, at der indkaldes til bestyrelsesmøder i fornødent omfang og i overensstemmelse med loven, herunder at samtlige bestyrelsesmedlemmer så vidt muligt indkaldes.

...”

Ved skrivelse af 22. oktober 2016 er K fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

”... Som jeg læser styrelsens brev, er man af den opfattelse, at styrelsens
konklusion fastholdes.

Idet jeg henviser til mit brev til erhvervsankenævnet dateret 7.8.2016, skal jeg derfor uddybe på følgende punkter, idet jeg i øvrigt fastholder de synspunkter, jeg har fremlagt i dette brev.

1: I og med de herrer B og C ikke blot har ændret beslutningen om generationsskiftet fra 2012, således at de fortsat sidder i bestyrelsen for datterselskabet D A/S på trods af tidligere beslutninger om, at vi alle skulle være trådt ud af denne bestyrelse i 2015 af de grunde, som der tidligere er redegjort for. Desuden at forslaget fra undertegnede om så at komme i gang med at finde det 3. medlem er afvist. Det er jo ikke nødvendigt var svaret i mail fra B!

Desuden sidder B og C nu sammen med de to medlemmer af bestyrelsen, som de har udpeget - og hvor jeg ikke deltog i beslutningen jf. tidligere referat af fondsbestyrelsesmøde - samt at det af mig anbefalede medlem i 2012 som indtrådte i 2013 blev fravalgt i 2016. således at kun C og B's kandidater er med i bestyrelsen!

Da B orienterede det af mig anbefalede medlem om, at han var fravalgt, skete det bl.a. med følgende begrundelse i mail fra B dateret 20.6.2016 ”konklusionen er blevet, at indvalgt er blevet E og F, og fonden fandt, at fire personer var rigeligt til bestyrelsen for tiden og dækkende de nødvendige kompetencer, hvorfor du ikke blev genvalgt…..Jeg takker på fondens vegne for din store indsats og håber, at du er tilfreds med din tid i bestyrelsen.”

Det skal lige anføres, at samme G har en baggrund som både direktør og bestyrelsesmedlem i talrige både store og mindre virksomheder og fonde!

Ydermere anførte såvel B som C på seneste fondsbestyrelsesmøde, at samme person ikke havde bidraget med noget af værdi, hvorfor han var blevet kasseret. Tak for den store indsats!!

Jeg skal derfor fastholde, at hverken B eller C har haft generationsskiftet i tankerne overhovedet, men kun tænkt på egne interesser.

2: Jeg vil gerne fastholde, at jeg fortsat ikke finder det korrekt, at der, som anført i mit brev af 7.8.2016 skulle gå 8 måneder, før endelig blev indkaldt til møde!

m.h.t. indkaldelse til møder i fonden blot dette, at der endelig er indkaldt til nyt møde i fonden - d. 24.10.2016 - med bl.a. følgende punkter på dagsorden, som jeg har ønsket.

A: forsinkelse af indsendelse af årsregnskabet for fonden for 2015. Her er jeg jo blevet beskyldt af B for at være årsag til forsinkelsen, hvilket ikke kan ses nogen steder, og jeg har derfor bedt revisor deltage, for at der kan skaffes dokumentation for, hvorfor regnskabet blev indsendt for sent.

B: skærings tidspunkt for honorar til bestyrelsesmedlemmer i fond og sel skaber ved ind- og utdræden. Dette punkt skyldes, at der har været anvendt
forskellig afregning i de seneste 3 år ikke blot vedr. periode afgrænsning, men også vedr. størrelsen af honoraret til formanden for D A/S, idet C i 2015 har hævet 175.000 kr. i honorar på trods af en tidligere aftale om, at honoraret skulle være 150.000 kr., hvilket jeg hævede, medens jeg var formand. Dette spørgsmål om forhøjet honorar har aldrig været drøftet.


Derudover har jeg bedt om endnu engang at drøfte generationsskiftet, men har allerede på mail fra B fået vide, at det bliver der ikke lavet om på.

M.h.t. det sidste punkt i mit brev af 7.8. vedr. min deltagelse og mangel på samme er der ikke yderligere at tilføje.

Såfremt der på et tidligere anførte bestyrelsesmøde i fonden på mandag fremkommer nyt, skal jeg straks orientere erhvervsankenævnet herom.

Jeg ser frem til at høre deres kommentarer og kan, som tidligere anført fremsende alle relevante referater, mails m.m., såfremt det ønskes.”


Ankenævnet udtaler:

1. Indkaldelse til bestyrelsesmøde
K har under ankesagen gjort gældende, at bestyrelsesformanden i A Fonds undladelse af at imødekomme K's begæring om afholdelse af et bestyrelsesmøde i fonden med K's dagsorden forud for det ordinære bestyrelsesmøde i april 2016 var ulovlig.

Efter de foreliggende oplysninger kan ankenævnet ikke lægge til grund, at bestyrelsesformanden undlod betids at indkalde til et bestyrelsesmøde med en af K foreslået dagsorden. Erhvervsstyrelsens afgørelse - hvorefter der ikke er grundlag for at anfægte bestyrelsesformandens håndtering af beføjelsen til indkaldelse til bestyrelsesmøder samt valg af tidspunkt for det førstkommende bestyrelsesmødes afholdelse - tiltrædes således.
2. Adgang til deltagelse i sags behandling på bestyrelsesmøde

K har anført, at han ikke har haft adgang til at deltage i beslutningerne om udpegelse af bestyrelsesmedlemmer i fondens datterselskab samt udpegelse af en bestyrelses-suppleant i fondens bestyrelse.

Det følger af § 53, stk. 1, 2. pkt., i lov om erhvervsdrivende fonde, at beslutninger ikke må træffes, uden at samtlige medlemmer af bestyrelsen har haft adgang til at deltage i sags behandling.

Efter de foreliggende oplysninger kan ankenævnet - i lighed med Erhvervsstyrelsen - ikke lægge til grund, at K i strid med lovens § 53, stk. 1, 2. pkt., ikke har haft fornøden adgang til at deltage i sagsbehandlingen af de angivne beslutninger.

3. Afseftelse af bestyrelsesmedlemmer


Ankenævnet finder efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder ikke grundlag for at anse nogen af fondens bestyrelsesmedlemmer for uegnede og dermed heller ikke grundlag for at afsætte et eller flere af bestyrelsesmedlemmerne, jf. § 45, 2. pkt., jf. § 44, stk. 4 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Under henvisning til § 38, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde, hvorefter en fondsbestyrelse alene skal varetage fondens formål og interesser, skal ankenævnet bemærke, at de for fondsmyndigheden forelagte og for nævnet indbragte spørgsmål, efter nævnets opfattelse udgør forretningsmæssige dispositioner og interne uoverensstemmelser mellem bestyrelsesmedlemmerne.

Ankenævnet tiltræder herefter, at fondsmyndigheden over for bestyrelsen i A Fond har tilkendegivet ikke at ville foretage yderligere skridt i forhold til de påklagede forhold.
Endvidere har ankenævnet noteret, at fondsmyndigheden har tilkendegivet ikke at være afvisende overfor at ville indkalde bestyrelsersmedlemmerne til et forsoningsmøde i Erhvervsstyrelsen, hvis medlemmerne mod forventning ikke formår at løse uoverensstemmelserne.

Ikke partsstatus. Klagen afvist.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 130, lov om Erhvervsankenævnet § 8, stk. 1,
bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet § 8
(Sys Rovsing, Carsten Møllekilde og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 10. juni 2016 har advokat K på vegne af to bestyrelsesmedlemmer –
L og H – i A Fond [erhvervsdrivende fond] klaget over Erhvervsstyrelsens afgørelse
af 13. maj 2016 om samtykke til vidtgående beslutninger i fonden.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens redegørelse af 11. juli 2016 i anledning af klagen til Erhvervs-
ankenævnet er blandt andet anført om sagens faktiske omstændigheder:

"...
Sagsgangen og sagens faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 10. december 2014 en underretning fra H,
som er barnebarn af fondens stifter og bror til to medlemmer af fondsbesty-
relsen. Desuden var H på daværende tidspunkt suppleant til fondens besty-
relse.

Indberetningen omhandlede en aftale om incitamentsaflønning til ledelses-
medlemmerne i fondens helejede datterselskab, I A/S, på i alt op til 65 mio.
kr. Aftalerne er indgået i 2006 og i 2010 mellem I A/S og selskabets fire le-
delsesmedlemmer vedrørende to 100 % ejede driftsselskaber, B A/S og C
A/S, der efter det oplyste var købt i 2004 og 2005. To af ledelsesmedlem-
merne i I A/S var desuden medlemmer af fondens bestyrelse.

På baggrund af indberetningen om incitamentsaftalerne anmodede Er-
hvervsstyrelsen om en redegørelse fra fondsbestyrelsen om beslutninger i

Fondsbestyrelsen har afgivet en række redegørelser til fondsmyndigheden
og på baggrund af de fremkomne oplysninger har styrelsen udarbejdet ud-
kast til afgørelse, som den 22. maj 2015 blev sendt til de berørte parter, jf. §
19, stk. 1, i forvaltningsloven.

Efter modtagelse af parternes udtalelser har fondsbestyrelsen og I A/S ledel-
se, revisor og rådgivere deltaget i en række møder i Erhvervsstyrelsen til be-
lysning af sagens faktiske forhold. På baggrund af møderne og en række
yderligere redegørelser sendte styrelsen den 7. december 2015 et fornyet
udkast til afgørelse til sagens parter med henblik på kommentering, jf. § 19,
stk. 1, i forvaltningsloven.


I afgørelsen af 2. marts 2016 fremgik desuden følgende som en afsluttende bemærkning:

"Erhvervsstyrelsen vil på baggrund af afgørelsen i denne sag og fondsbestyrelsesmedlemmernes varetagelse af deres opgaver i fonden tage spørgsmålet om afsættelse af et eller flere af fondsbestyrelsens medlemmer op til særskilt vurdering, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 38, stk. 1, 1. pkt., og § 44, stk. 4, sidste led. Styrelsen vil i denne relation særligt vurdere de enkelte fondsbestyrelsesmedlemmers deltagelse i incitamentsprogrammet i I A/S for derved at opnå mulighed for personlig, økonomisk vinding af programmet. Hvert enkelt medlem af fondsbestyrelsen bør derfor nøje overveje deres fortsatte deltagelse i fondsbestyrelsen på baggrund af deres medvirken til ovenstående beslutninger."

Efter denne afgørelse har styrelsen været i dialog med fondens bestyrelse, som har besluttet (med undtagelse af Lars Espersen) at tildele en "bonus for det dygtige arbejde, der er ydet i perioden fra 2006 og frem til i dag vedrørende udvikling af emballageaktiviteten". Denne mulighed for aflønning, for allerede udført ekstraordinært arbejde, var nævnt som en mulig løsning i styrelsens afgørelse af 2. marts 2016

...  

Ved mail af 9. juni 2016 har styrelsen senest oplyst Henrik Espersen om, at hans oplysninger vil indgå i sagen som led i styrelsens tilsyn, men at han ikke vil blive holdt orienteret om sagen."

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 13. maj 2016 - stilet til bestyrelsen i A Fond - hedder det:

"Samtykke til vidtgående beslutninger i A Fond, CVR-nr. ...  


Styrelsen har efterfølgende fået oplyst, at bestyrelsesmedlemmerne D og E ikke genopstiller til fondens bestyrelse. Desuden er det oplyst, at bestyrelsesmedlem F udtæder af bestyrelsen senest ved fondens årsregnskabsmøde
i 2017, hvilket begrundes med et ønske om at sikre den forretningsmæssige kontinuitet i bestyrelsen. Endvidere er det overfor styrelsen oplyst, at L og G fortsætter i bestyrelsen som familieefterkommere. På baggrund af disse oplysninger vil styrelsen ikke foretage sig yderligere i forhold til en eventuel afsættelse af bestyrelsesmedlemmer.

Som det fremgår af styrelsens afgørelse af 2. marts 2016 kan bestyrelsesmedlemmerne og direktøren i fondens datterselskab modtage et vederlag – ud over deres normale ledelsesvederlag – hvis de har ydet en ekstraordinær indsats. Styrelsen er i forlængelse heraf blevet oplyst om, at fondens bestyrelse ønsker at udbetale et ekstraordinært vederlag til de personer i fondens datterselskab, som oprindeligt var omfattet af den nu ugyldige incitamentsaftale. Styrelsen har taget oplysningerne om denne ekstraordinære vederlæggelse til efterretning. På det foreliggende grundlag agter styrelsen ikke at foretage sig yderligere i relation hertil. Dette navnlig under hensyn til at direktøren i datterselskabet modtager størstedelen af det ekstraordinære vederlag, og at det samlede ekstraordinære vederlag dækker over en stor arbejdslangsats over en længere årrække.

Styrelsen indskærpede inden afgørelsen af 2. marts 2016 ved mail af 19. februar 2015, at bestyrelsen indtil videre ikke måtte tæffe vidtgående beslutninger i fonden eller dennes datterselskaber om forhold i relation til fondens ejerforhold til fondens datterselskab, bestyrelsesforhold, indgående eller ændring af incitamentsaftaler eller lignende bonusaftaler i såvel fonden som fondens datterselskab, herunder også eventuelle udbetalinger på baggrund af allerede indgåede incitaments- eller andre bonusaftaler til medlemmer af fondens eller datterselskabernes ledelser uden fondsmyndighedens samtykke.


Endvidere har styrelsen afholdt et møde den 25. april 2016 med fondens advokat J og bestyrelsesformand D vedrørende de foreslåede ændringer af bestyrelse og vedtægt.

Styrelsen har endvidere den 1. og den 11. maj 2016 modtaget et skriftligt henvendelse fra H, som fortrinsvis gentager sine indvendinger mod de foreslåede ændringer af bestyrelse og vedtægt.

Endvidere har styrelsen afholdt et møde den 25. april 2016 med fondens advokat J og bestyrelsesformand D vedrørende de foreslåede ændringer af bestyrelse og vedtægt.


Den 9. maj 2016 er modtaget brev fra advokat K, som fortrinsvis gentager sine indvindinger mod de foreslåede ændringer, som fremførte på mødet den

Derudover har styrelsen modtaget en række henvendelser fra parterne i sagen med nærmere tilkendegivelser om sagen, herunder særligt den fremadrettede udpegning af bestyrelsesmedlemmer i fonden.

Styrelsen har foretaget en gennemgang af det samlede modtagne materiale, og vurderet anmodningerne om ændring af ledelse og vedtægtsændringer i forhold til styrelsens forbud mod vidtgående beslutninger.

Styrelsen har på baggrund heraf truffet følgende afgørelse:

**Afgørelse**

Erhvervsstyrelsen skal hermed meddele samtykke til, at der træffes beslutninger i overensstemmelse med det af fondens advokat ved breve af 18. marts og 8. april 2016 foreslåede, således at der kan foretages ændringer af ledelsesmedlemmer i fonden.

Henset til fondens særlige situation har Erhvervsstyrelsen besluttet, at fonden fremadrettet er under skærpet tilsyn i foreløbig et år.

Bestyrelsen påbydes på den baggrund, i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 24, stk. 3, kvartalsvis at afrapportere skriftligt til fondsmyndigheden om samarbejdet i bestyrelsen, herunder redegøre for alle væsentlige beslutninger. Med rapporten skal fremsendes bestyrelsesreferater og anden relevant dokumentation.

Styrelsens påbud af 19. februar 2015 om, at bestyrelsen ikke må træffe vidtgående beslutninger, ophæves hermed med virkning fra dagen efter afholdelsen af årsregnskabsmødet 2016, da fonden i stedet som anført fremover er underlagt et skærpet tilsyn.


…”

I klageskrivelsen af 10. juni 2016 har advokat K anført:

....


Min klage vedrører følgende punkter i relation til afgørelsen af 13. maj
2016:

- Erhvervsstyrelsens godkendelse af fondsbestyrelsens udbetaling af et ekstraordinært vederlag til de personer i fondens datterselskab I A/S, som oprindeligt var omfattet af den nu ugyldige incitamentsaftale.
- Erhvervsstyrelsens accept af, at fondsbestyrelsesmedlem F først skal udtrede ved fondens årsregnskabsmøde i 2017.
- Erhvervsstyrelsens mangelfulde sagsbehandling i forbindelse med afgørelsen, idet styrelsen har undladt at tage stilling til en lang række væsentlige forhold.

Klagepunkterne er uddybet i nedenstående afsnit.

1. **Erhvervsstyrelsens godkendelse af udbetaling af ekstraordinære vederlag**

Styrelsen har … reelt godkendt den pågældende ekstraordinære vederlæggelse, som omfatter en udbetaling til advokat E som tidl. bestyrelsesmedlem i fonden og i I A/S på kr. 2.000.000, en udbetaling til F som bestyrelsesmedlem i fonden og i I A/S på kr. 1.000.000 og et honorar til M som bestyrelsesmedlem og direktør i I A/S på kr. 17.000.000.

Det bemærkes, at honoraret til M endvidere i realiteten er en betaling for dennes arbejde som bestyrelsesmedlem i fondens datterselskab, B A/S.

Styrelsens afgørelse er langt fra i overensstemmelse med dens tidligere afgørelse af 2. marts 2016, hvorved styrelsen fastslog, at fondsbestyrelsens beslutning om indgåelse af incitamentsaftaler i 2010 mellem I A/S og de enkelte medlemmer af selskabets ledelse på op til kr. 65.000.000 var ugyldige, og påbød bestyrelsen at sikre, at I A/S ikke udbetalte midler til personer omfattet af selskabets incitamentsaftaler.

Det er på baggrund af ovenstående uforståeligt, at Erhvervsstyrelsen – uden nærmere begrundelse og i klar modstrid med afgørelsen af 2. marts 2016 – nu tillader fondsbestyrelsen at udbetale et større millionbeløb til de selvsamme personer, som var omfattet af de ugyldige incitamentsaftaler. Der må i denne forbindelse lægges vægt på, at styrelsen selv i sin afgørelse af 2. marts 2016, …, har konstateret, at de personer, der nu får udbetalt ekstraordinære vederlag, tidligere over en længere periode har handlet med egen økonomisk vinding for øje på fondens bekostning, hvorved de pågældende personer har skadet fondens mulighed for at uddele til fondens almenvelgørende udelingsformål.

Hertil kommer, at Erhvervsstyrelsen har fundet, at navnlige advokat E og F’s rolle i det hidtidige forløb har været så uacceptabel, at styrelsen har indbragt advokat E for Advokatrådet, samt opfordret dem (samt de øvrige fondsbestyrelsesmedlemmer) til nøje at overveje deres fortsatte deltagelse i fondsbestyrelsen, …
Endelig kan de pågældende vederlag ej heller siges at være sædvanlige, jf. selskabslovens § 138 og lov om erhvervsdrivende fonde § 49.

Det fremgår således af sagens akter, at advokat E, F og M løbende har modtaget sædvanlige bestyrelses- og direktørhonorarer, og at advokat E tillige har modtaget advokathonorar som rådgiver for fonden. Det ekstraordinære vederlag, som ønskes udbetalt, må altså anses for noget ekstra – noget ”ud-over” det sædvanlige honorar.

Hertil kommer, at fonden i perioden 2002 til 2014 har uddelt knap 24 mio kr. til almennyttige formål – og at størrelsen af de ekstraordinære vederlag til de pågældende personer altså samlet svarer til cirka det beløb, som fonden over 12 år har uddelt til almennyttige formål.

På baggrund heraf forekommer den ekstraordinære udbetaling ingenlunde sædvanlig. Der henvises endvidere til … e-mail af 31. maj 2016 fra min klient, H, til Erhvervsstyrelsen.

2. Erhvervsstyrelsens accept af F udtøden af fondsbestyrelsen senest i forbindelse med fondens årsregnskabsmøde i 2017

Der klages over, at styrelsen ved afgørelsen af 13. maj 2016 godkender, at F kan forblive i fondsbestyrelse helt indtil fondens årsregnskabsmøde i 2017.

Dette har bl.a. den helt uacceptable konsekvens, at F på årsmødet d. 17. maj 2016 har haft lejlighed til at udpege sin efterkommere, og derved tilsidesætte en tidligere 15 år gammel mundtlig bindende aftale om, at H var dennes suppleant og efterfølger i bestyrelsen.

Der henvises i øvrigt til styrelsens udtalelser vedrørende F og de øvrige bestyrelsesmedlemmers utilbærlige adfærd, jf. afsnit 1 ovenfor. Endvidere henvises til F’s forsøg på at indsatte sin ægtefælle i fondsbestyrelsen som sin efterfølger, for derved indirekte at bevare en personlig indflydelse på bestyrelsen.

Det er på denne baggrund uforståeligt, at styrelsen tillader F’s fortsatte deltagelse i bestyrelsen, idet der må siges at være en reel risiko for, at han fremadrettet hverken vil eller kan varetage fondens interesser.

3. Erhvervsstyrelsens mangelfulde sagsbehandling

Der klages over, at styrelsens sagsbehandling i forbindelse med afgørelsen af 13. maj 2016 i visse sammenhænge har mangelfuld.

Styrelsen har således undladt at behandle en lang række punkter, som er påtalt af mine klienter og jeg undervejs i forløbet.

For det første har styrelsen indtil afgørelsen af 13. maj 2016 undladt at tage stilling til tidl. bestyrelsesmedlem advokat E’s fortsatte deltagelse i fondsbestyrelsen, således at advokat E har haft mulighed for at afvente at forlade
bestyrelsen helt frem til årsmødet den 17. maj 2016, og i den forbindelse har haft mulighed for at påvirke udpegningen af nye bestyrelsesmedlemmer.

Der henvises i denne forbindelse til, at styrelsen i sin afgørelse af 2. marts 2016 oplyste, at styrelsen ville tage spørgsmålet om afsættelse af bl.a. advokat E op til særskilt vurdering, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 38, stk. 1, 1. okt., og § 44, stk. 4, sidste led, jf. afgørelsens side 35, men at styrelsen altså ikke gik videre med dette.

For det andet har styrelsen undladt at forholde sig til, hvorvidt der bør iværksættes sanktioner overfor advokat E og F på baggrund af disse dispositioner som fondsbestyrelsesmedlemmer, på trods af at styrelsen udtalte en stærk kritik heraf i afgørelsen af 2. marts 2016.


For det fjerde har styrelsen ikke forholdt sig til min anmodning om, at der tages initiativer fra styrelsens side til at sikre, at fondsbestyrelsens unødige og uberettigede udgifter i en størrelsesorden kr. 2 – 4.000.000 til rådgivning fra advokater og revisorer vedrørende incitamentsprogrammet blev krævet tilbagebetalt til fonden, jf. bl.a. mit brev af 11. januar 2016 til Erhvervsstyrelsen, side 10. Det drejer sig bl.a. om betalinger til advokat E’s tidl. advokatfirma, Kromann Reumert.

Endelig, har styrelsen ikke forholdt sig til fondsbestyrelsens uacceptabele behandling af L som bestyrelsesmedlem i forhold til retmæssig inddragelse i væsentlige beslutninger, retmæssig indkaldelse til bestyrelsesmøder og korrekt disponering i forhold til dagsordenspunkter.

4. Sammenfatning

Ovennævnte klagepunkter må ses i lyset af, at der i 2015 har været tale om et underskud i L og H-regi på kr. 75.000.000 og et underskud i koncern-regi på ca. kr. 55.000.000.

Der må endvidere lægges vægt på, at fondsbestyrelsen har forsømt sin pligt til løbende at sørge for, at bestyrelsen i I A/S indstillede, at udbytter af en mere passende størrelse end de kr. 2-3.000.000, som fonden i en længere årrække har modtaget i udbytte fra I A/S, kom til udbetaling til fonden, således at fonden bedre kunne varetage dens uddelingsformål.

Endelig må lægges vægt på, at fonden i perioden 2002 til 2014 alene har uddelt knap 24 mio kr. til almennyttige formål – dvs. omtrent det samme be-
løb som Erhvervsstyrelsen ved sin afgørelse af 13. maj 2016 har godkendt, at advokat E, F og M nu kan modtage i ekstraordinært vederlag.

Sammenfattende gøres det gældende, at fondsbestyrelsen har disponeret utilbørligt og urimeligt ved at begunstige særskilte personer i fondsbestyrelsen og i I A/S bestyrelse og ledelse og ved i det hele taget at disponere på en måde, der er åbenbart egnet til at skaffe medlemmer af bestyrelsen, direktionen eller andre en utilbørlig fordel på bekostning af fonden og dennes mulighed for at uddele midler til almennyttige formål.

…”

I foranstående redegørelse af 11. juli 2016 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt blandt andet:

”Sagens retlige omstændigheder

Lov om erhvervsdrivende fonde § 130, som omhandler muligheden for at klage over afgørelser truffet i henhold til loven lyder således:

§ 130. Afgørelser truffet af fondsmyndigheden eller af Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed i henhold til denne lov, eller bestemmelser fastsat i henhold til denne lov, kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende. Afgørelserne kan indbringes for domstolene uden først at være indbragt for Erhvervsankenævnet.

   Stk. 2. Fastsættelse af frist efter § 16, stk. 1, og meddelelse af fristforlængelse efter § 12, stk. 4, samt afgørelser efter § 17, stk. 1, § 24, stk. 3, § 25, § 60, stk. 2, og § 75 kan dog ikke indbringes for højere administrativ myndighed.


Efter Erhvervsstyrelsens praksis er det derfor den altovervejende hovedregel, at alene fonden, som repræsenteret ved bestyrelsen, er part i sager vedrørende fondsmyndighedsspørgsmål.

Baggrunden herfor er, at en fond er karakteriseret ved at skulle have en bestyrelse, som er fondens øverste ledelsesorgan, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 37, stk. 1. Fonde er selvejende og har som sådan ingen ejerkreds, som fører tilsyn med bestyrelsen. Til gengæld fører offentligheden gennem fondsmyndigheden et tilsyn med fondens virke.

Fondens bestyrelse er et samlet organ, hvis beslutninger foretages i overensstemmelse med lov om erhvervsdrivende fonde, som udgangspunkt lovens §
53, stk. 3, og de regler om beslutningsmajoritet, som måtte være fastsat i fondens vedtægt.

Det vil på den baggrund ikke kunne anses for rimeligt, såfremt det – som i denne sag – ville være muligt for et mindretal i en fondsbestyrelse, at indbringe en sag for Erhvervsankenævnet, som flertallet ikke ønsker at indbringe. En sådan mulighed ville kunne udnyttes til skade for fonden og kunne obstruere bestyrelsens mulighed for at træffe beslutninger på fondens vegne.

Tildeling af partsstatus til andre end bestyrelsen kan dog forekomme, hvor navngivne virksomheder, organisationer eller andre direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed. Dette er imidlertid ikke tilfældet i nærværende sag.

Hvis en sag i andre tilfælde skulle kunne indbringes, må det alene kunne ske på baggrund af en særlig interesse for det eller de pågældende bestyrelsesmedlemmer, som kan betragtes som parter i sagen. For at blive part i en sag kræves det således, at den pågældende person har en individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen, som kan medføre partsstatus.

"Væsentlighedskriteriet" indebærer konkret, at afgørelsens udfald skal angå den pågældendes forhold og situation med en vis styrke og intensitet. Dette er ikke tilfældet i denne sag, da de to personer på vis vegne der klages, Lars Espersen og Henrik Espersen, ikke har en sådan individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen.

De to personer er efterkommere af fondens stifter og har på den baggrund en mulighed for i henhold til fondens vedtægt at blive udpeget som bestyrelsesmedlemmer i fonden. De har derudover ikke i henhold til fondens vedtægt andre særlige rettigheder.

I det konkrete tilfælde ses der således ikke at være en særlig interesse i sagen, som kan føre til, at de to personer på vis vegne der klages, kan tillægges partstatus i sagen. Der ses heller ikke at være fremført argumenter herfor i klagen.

Hvis der som fremført skulle være indgået en aftale mellem F og H, så ses denne alene at være indgået mundtligt. H har således ikke kunne dokumentere aftalen og F har i brev af 15. marts 2016 præciseret, at der alene var tale om en begrænset "fortrydelsesperiode", da H ifølge F var "nedtrykt og måske mentalt ikke helt stabil".

I en mail af 10. januar 2016 fra F til H, har førstnævnte således bl.a. anført, "att det inte föreligger något avtal att Du skulle kunna ersätta mig vid vilken tidpunkt du än må välja och därav följer att jag helt avvisar ditt krav."

Det er styrelsens opfattelse, at hverken styrelsen eller Erhvervsankenævnet kan tage stilling til hvorvidt der er indgået en aftale mellem de to nævnte
personer, da en sådan bedømmelse vil kræve afhøring af personerne og i sidste ende være en vurdering af ”ord mod ord”. Det er derfor styrelsens opfattelse, at forholdet alene kan bedømmes af domstolene. Der kan derfor ikke på baggrund af de fremførte oplysninger og argumenter tillægges Henrik Espersen en partsstatus.

Da der ikke er tale om partsstatus og da sagen vedrørende F reelt omhandler et registreringsforhold, skal forholdet bedømmes efter lov om erhvervsvrige fonde § 21, som lyder således:

§ 21. Mener nogen, at en registrering er den pågældende til skade, hører spørgsmålet om sletning af registreringen under domstolene.

Stk. 2. Sag herom skal være anlagt mod fonden senest seks måneder efter registreringens offentliggørelse i Erhvervsstyrelsens it-system. Retten sender en udskrift af dommen til Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed, hvorefter Erhvervsstyrelsen offentliggør oplysning om sagens udfald i Erhvervsstyrelsens it-system.

Da det påklagede forhold omhandler en opretholdelse af registreringen af bestyrelsesmedlem, F, skal sag om sletning af registrering anlægges ved domstolene.

I henhold til bemærkningerne til lov om erhvervsvrige fonde § 21, kan ”Erhvervsstyrelsen [...] alene administrativt ændre registreringer, hvis der er tale om en utilgængeligt fejl i de tilfælde, hvor anmeldelse er registreret ved brug af de af Erhvervsstyrelsen tilbudte it-registreringsløsninger. Tilsvarende kan der ske korrektioner, hvis fejlen beror på en sagsbehandlerfejl. Det samme er tilfældet, hvis det registrerede åbenbart er en nullitet”.

Der er ikke i den konkrete sag tale om et forhold, som kan føre til en administrativ sletning af den foretagne registrering, da der er foretaget korrekt beslutning af et flertal i fondens bestyrelse og da forholdet er korrekt anmeldt og registreret. En sag om sletning af F som bestyrelsesmedlem må derfor i givet fald skulle anlægges ved domstolene i overensstemmelse med § 21 i lov om erhvervsvrige fonde. Sagen kan ikke anlægges mod Erhvervsstyrelsen.

**Erhvervsstyrelsens vurdering**

Som det fremgår, er det som udgangspunkt alene fondens bestyrelse, som kan påklage en afgørelse til Erhvervsankenævnet. Da fondens bestyrelse er et samlet organ, kan der ikke tillægges en særlig ret for et mindretal i fondens bestyrelse til at påklage en afgørelse på fondens vegne. Den indbragte klage er således ikke indbragt af fonden.

Hvis der skulle kunne tillægges andre en status som part i sagen, hvorefter der kan klages til Erhvervsankenævnet, ville det som nævnt kræve en særlig interesse i sagen. I dette tilfælde er det styrelsens klare vurdering, at en så-
dan interesse ikke er til stede.

Der ses ikke i nogen af de anførte klagepunkter, at kunne tillægges klager en sådan individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse, som kan medføre partsstatus i sagen.

Det er styrelsens klare vurdering, at sagsbehandlingen som fondsmyndighed er foregået på normal og betryggende vis. Der ses således ikke i advokat K’s brev til Erhvervsankenævnet af 10. juni 2016, at være anført forhold, som styrelsen ikke var bekendt med eller som ikke er blevet inddraget og behandlet i forbindelse med sagen. At klagerne ikke er enige i styrelsens afgørelse og de anførte argumenter, kan ikke i sig selv medføre at de pågældende tildeles partsstatus.

På baggrund af ovenstående skal sagen afvises behandling i nævnet.

Hvis klager ønsker at klage over opretholdelse af F’s registrering som bestyrelsesmedlem, skal en sådan klage indbringes for domstolene, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 21. Der er ikke i denne sag tale om en utilsigtet fejlskrift, sagsbehandlerfejl eller at det registrerede åbenbart er en nullitet, hvorfor styrelsen ikke administrativt kan ændre den allerede foretagne registrering.

I skrivelse af 9. september 2016 har advokat K yderligere anført:

"…
Jeg forstår Erhvervsstyrelsens udtalelse således, at styrelsen ønsker sagen afvist af Erhvervsankenævnet, idet styrelsen gør gældende, at mine klienter ikke er part i klagesagen og derfor ikke har klageadgang.

Det retlige grundlag


Som styrelsen tillige anfører, kan også andre end adressater imidlertid være parter – og dermed klageberettigede, idet de almindelige forvaltningsretlige kriterier for hvem, der er klageberettigede, er sammenfaldende med kriterierne for partsstatus.

Det er således alment anerkendt i den forvaltningsretlige litteratur, at fysiske eller juridiske personer kan opnå partsstatus – og klageadgang – i en sag, såfremt de pågældende kan anses for at have en væsentlig og individuel interesse i sagen og dens udfald, jf. bl.a. Hans Gammeltoft-Hansen, m.fl., ”Forvaltningsret”, 2. udgave, DJØF, side 65 ff.

I FOB 1994.143, der handlede om partsstatus i relation til en kommunal til-
synssag, udtalte ombudsmanden, at ”der må i hvert enkelt tilfælde foretages en vurdering af, om den pågældendes interesse i sagens udfald er af en sådan art og styrke (væsentlig individuel interesse), at den kan begrunde partsstatus”. I den konkrete sag fandtes den pågældende person at have partsstatus i tilsynsrådets sag, på trods af at tilsynsrådets afgørelse alene havde kommunen som adressat.

Der henvises endvidere til Erhvervsankenævnets kendelse af 14. april 2016, der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt en klager havde partsstatus og dermed var klageberettiget. Ankenævnet fandt ud fra en konkret bedømmelse, at sagen var ”af så vidtrækkende og principiel betydning, og at K har en sådan individuel interesse i sagen, at Erhvervsankenævnet meddeler ham partsstatus…”, …

Mine bemærkninger

Det er min klare opfattelse, at nærværende sag har en sådan vidtrækkende og principiel betydning, og at mine klienter har en så væsentlig og individuel interesse i sagen, at mine klienter har partsstatus og derved er klageberettigede.


I sidstnævnte afgørelse underkendte Erhvervsstyrelsen således fondsbestyrelses beslutning om at indgå incitamentsaftaler til en værdi af op mod kr. 65.000.000 til begunstigelse af de selv samme personer, som er modtagere af de ekstraordinære vederlag.

Som styrelsen tillige anfører i sin udtalelse af 11. juli 2016, udsprang førstnævnte sag om den ugyldige incitamentsaftale af en underretning fra H. For så vidt angår mine klienters væsentlige og individuelle interesse i sagen, må der særligt lægges vægt på, at L og H er stifternes efterkommere og henholdsvis bestyrelsesmedlem og fhv. administrerende direktør og bestyrelsens suppleant gennem 15 år i fonden.

Et suppleantforhold som i øvrigt først blev bragt til ophør, da min klient, H, indbragte sagen for Erhvervsstyrelsen.

Stifters sammensætning af bestyrelsen, med en klar repræsentation af stifters efterkommere i forening suppleret med en advokat og representanter med erhvervserfaring, må også utvivlsomt resultere i en berettiget partsstatus for H og L.

Dette anbringende styrkes af det faktum, at 3 ud af 4 af de øvrige bestyrelsesmedlemmer i den verserende sag, har været beslutningstagere og direkte
eller indirekte involveret i forhold, som er blevet påtalt eller direkte omgjort af tilsynsmyndigheden. I øvrigt flere og ganske væsentlige forhold.

Når henses til udviklingen af fondslovgivningen, herunder bl.a. de krav, som lovgiver direkte via loven på området og de følgetiltag, som er realiseret via "Good Governance” kravene til de erhvervsdrivende fonde, vil det virke direkte i modstrid med lovgivers intentioner, såfremt mine klienter nægtes partsinteresse og klageadgang i en sag, som netop er indbragt af H og L i et sagskompleks med så klare og betydelige lovovertrædelser og efterfølgende konsekvenser, som ikke ville være afdækket, uden mine klienters initiativ.

Mine klienter har således på denne baggrund en helt særlig interesse i en sag, der omhandler udbetaling af væsentlige beløb fra fonden til en række personer, herunder bestyrelsesmedlemmer i fondsbestyrelsen, som med Erhvervsstyrrelsens egne ord tidligere har truffet beslutninger med henblik på egen økonomisk vinding på bekostning af fonden, herunder fondens mulighed for at uddele til almennyttige formål.

Hertil kommer, at mine klienter under hele sagens behandling i Erhvervsstyre selen er blevet tildelt partsstatus af styrelsen, og bl.a. har haft lejlighed til at fremkomme med bemærkninger til sagen, er blevet indkaldt i møder i styrelsen, m.v.

Begrundelsen og berettigelsen for at ændre mine klienters partsstatus i forbindelse med sagens indbringelse for Erhvervsankævnet, synes efter min opfattelse uforståelig og direkte i strid med de interesser mine klienter og samfundet har og må have i relation til de erhvervsdrivende fonde.

Erhvervsstyre selen har i e-mail af 20. september 2016 heroverfor bemærket:

"...Erhvervsstyre selen har i e-mail af 20. september 2016 heroverfor bemærket:

"Styrelsen skal dog for god ordens skyld komme med en enkelt bemærkning i forhold til følgende formulering i brevet af 9. september 2016 fra advokat K:

"Hertil kommer at mine klienter under hele sagens behandling i Erhvervsstyre selen er blevet tildelt partsstatus af styrelsen, og bl.a. har haft lejlighed til at fremkomme med bemærkninger til sagen, er blevet indkaldt til møder i styrelsen m.v."

Styrelsen skal hertil bemærke, at det oplyste efter styrelsens opfattelse ikke er korrekt. De to personer har deltaget i møder om sagen i styrelsen, men af andre grunde end det af advokat K anførte.

L har således deltaget på et møde i styrelsen, da han som bestyrelsesmedlem i fonden – på lige fod med de øvrige bestyrelsesmedlemmer – var indkaldt af styrelsen som fondsmyndighed for at belyse sagen nærmere.

"…

Advokat K er ved e-mail af 5. oktober 2016 fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

"…


Det bemærkes i øvrigt, at L som medlem af A Fond’s bestyrelse var et af de få bestyrelsesmedlemmer, som ikke fandtes inhabil i forhold til bestyrelsens beslutninger vedrørende det sidenhen underkendte incitamentsprogram. L må således også som (habilt) bestyrelsesmedlem have en særlig status i forhold til klageadgang, m.v., vedrørende Erhvervsstyrelsens afgørelser, der vedrører den øvrige (inhabitile) del af bestyrelsen."

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov.

I henhold til § 130, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde kan en afgørelse truffet af fondsmyndigheden i henhold til loven indbringes for Erhvervsankenævnet senest fire uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.

Der er ikke i lovbemærkningerne til lovforslag L 154 fremsat den 12. marts 2014,
hvorved klageadgangen til Erhvervsankenævnet for afgørelser truffet af Erhvervsstyre-
relsen som fondsmyndighed blev indført i loven, anført noget specifikt om, hvem
som må anses som ”pågældende”, og dermed part og klageberettigede i forhold til
fondsmyndighedens afgørelser.

Den påklagede afgørelse af 13. maj 2016 fra Erhvervsstyrelen som fondsmyndighed
er truffet i forhold til fonden og er stilet til fondens bestyrelse. De enkelte bestyrel-
sesmedlemmer i en fond kan som det klare udgangspunkt ikke anses som klageberett-
tiget i forhold til fondsmyndighedens afgørelser i forhold til fonden. En anmelder,
som har givet anledning til, at der er truffet en afgørelse, kan heller ikke generelt an-
ses at have fornøden interesse i sagens udfald til at kunne klage. Da der ikke i øvrigt
er anført konkrete omstændigheder, som indebærer at L og H har en sådan individu-
el, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen, at de kan anses som part og klagebe-
rettigede, afviser ankenævnet klagen, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelse om Erhvervsan-
kenævnet.
12) Kendelse af den 26. april 2017 (J.nr. 2016-12324)
Anmodning om ændring af fonds formål ikke imødekommet.

Lov om erhvervsdrivende fonde § 89
(Sys Rovsing, Knud T. Martens og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 9. januar 2017 anført blandt andet:

"Sagens faktiske omstændigheder
Erhvervsstyrelsen modtog den 18. april 2016 en anmodning fra fonden om tilladelse til at ændre fondens formålsbestemmelse i vedtægtens § 3.

... Ved anmeldelsen var vedlagt et ekstrakt fra det bestyrelsesmøde af 5. april 2016, hvor fondens bestyrelse besluttede at ændre fondens vedtægt.

Som begrundelse for den ønskede ændring fremgår af referatet, at fonden ønsker at ændre dens formålsbestemmelse, for at den kan blive mere tidsvarende og bedre afspejle den medlemsmængdensætning, som fagforbundet B har i dag. Det fremgår endvidere, at den nye formulering efter bestyrelsens opfattelse bedre afspejler praksis, der med tiden har udviklet sig i fonden.

I henhold til referatet afspejler den nye formulering af formålet, at der i dag er flere faggrupper organiseret i B, og at C, der indstiller medlemmer til fondens bestyrelse, og som består af samtlige medlemmer af B, i dag er en langt mere sammensat gruppe end ved fondens stiftelse.

I referatet fremgår også, at medlemmer i B ikke nødvendigvis betegnes som "journalister" og at den nye formulering af fondens formål skal afspejle denne nye rummelighed i både B og C.

Erhvervsstyrelsen afslag i afgørelsen af 7. oktober 2016 at give tilladelse til den ønskede ændring af fondens formål. Begrundelsen for afslaget var, at fondens gjeldende formål fortsat kunne opfyldes og ikke var blevet uhensigtsmæssigt.
Det hedder i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. oktober 2016:

"Ændring af formål, K, CVR-nr. ...

Ehrvervsstyrelsen har den 18. april 2016 modtaget fondens anmodning om tilladelse til ændring af dens formål.

Fondens nuværende formål er "at udleje ferieboliger til journalister".

Fondens bestyrelse anmoder om tilladelse til at ændre formålet til "at udleje ferieboliger, fortrinsvis til medlemmer af B og dernæst til andre medie- og kommunikationsfolk”

Som begrundelse for den ønskede ændring af fondens formål fremgår af det indsendte materiale, at bestyrelsen ønsker at gøre formålsbestemmelsen mere tidssvarende og bedre afspejle B’s medlemssammensætning, som i dag udgøres af mere og andet end journalister. Den nye formulering skal efter det oplyste afspejle denne nye rummelighed i såvel forbundet som fonden.

Det fremgår endvidere, at fondens bestyrelse ønsker, at den praksis, der med tiden har udviklet sig i fonden, bedre afspejles i formålet.

Afgørelse
Ehrvervsstyrelsen kan på det foreliggende grundlag ikke give tilladelse til en ændring af fondens formål, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1.

Begrundelse
Det er et krav ved vedtægtsændringer i erhvervsdrivende fonde, at den foreslåede ændring tillades af Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1.

Vedtægtsændringer kan ikke tillades, medmindre de er velbegrundede. Behovet for vedtægtsændringen skal være dokumenteret og understøttet af en redegørelse fra bestyrelsen.

Efter styrelsens praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejder meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtryk for stifters vilje, og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må gå videre, end hvad der er påkrevet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en sproglig eller redaktionel modernisering af formålsteksten, vil ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungtvejende begrundelse for ændringen.
Ændring af vedtægten skal endvidere være i fondens interesse.

Erhvervsstyrelen finder det ikke godt gjort, at fondens nuværende formål kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Styrelsen ligger her til grund, at fonden ikke har vanskeligt ved at finde journalister, som ønsker at udleje ferieboliger eller at fondens forhold på anden vis er uændret.

Fonden skal i henhold til den gældende formålsbestemmelse udleje ferieboliger til journalister. Udlejning af ferieboliger til andet end journalister vil være i strid med vedtægten.

Den indsendte redegørelse fra fondens bestyrelse ligger vægt på, at formålet bedre skal afspejle medlemssammensætningen i B. Efter styrelsens vurdering kan dette ikke sidestilles med, at formålet ikke længere kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Styrelsen bemærker, at fondens formål ikke indeholder noget krav om, at de journalister, som kan leje ferieboliger af fonden skal være medlemmer af B. Hertil skal bemærkes, at en formålsændring skal være i fondens interesse og ikke fx i stifters interesse.

Det forhold, at B’s medlemssammensætning har ændret sig, har derfor ikke nogen indflydelse på det formål, som fonden skal efterleve.

…

Ved skrivelse af 3. november 2016 har advokat A indbragt Erhvervsstyrelenes afgørelse for Erhvervsankenævnet. I uddybende klageskrivelse af 29. november 2016 har A anført:

”…

I tilslutning til min ankeskrivelse af 3.11.2016 kan jeg fremkomme med følgende uddybende betragtninger, idet der nedlægges påstand om, at ændring af K’s formålsbestemmelse - som vedtaget på bestyrelsesmøde 5.4.2016 - skal godkendes.

1.

Det gøres gældende, at Erhvervsstyrelen i sin afgørelse med urette lægger til grund, at betegnelsen journalist er et entydigt begreb.

I den forbindelse kan jeg indledningsvis anføre, at journalist-begrebet ikke er en beskyttet titel.

De centrale elementer i journalistik begrebet må antages at være indsamling og formidling af information til mange forskellige målgrupper.
Der henvises i den forbindelse til ... UddannelsesGuiden, hjemmeside hos Ministeriet for børn, undervisning og ligestilling ... , og fra Wikipedia ... samt link til Gyldendal Store Danske ...

Journalist-begrebet må således - uden at dette er udtømmende - bl.a. antages at omfatte fagpersoner, der formidler, enten skriftligt eller mundtligt, og således også medie- og kommunikationsfolk i bred forstand, herunder foto-journalister, fotografer, grafikere og billedoversætttere.

Der henvises til redegørelse angående udvikling i beskæftigelsen for B i 1991-2011 og tilhørende oversigt, forelagt på delegeretmøde i B 2013 ...

Af redegørelsen fremgår endvidere, hvorledes fordelingen af B's medlemmer er på kategoriene trykte medier, online medier, radio-, tv- og videoproduktion, kommunikation samt specialgrupper og andre medier.

Det gøres gældende, at journalist-begrebet er en foranderlig betegnelse, der bl.a. må defineres i takt med udviklingen i medie- og kommunikationsverdenen, der som bekendt gennem de seneste årtier har undergået en kraftig udvikling.

2.


Af fundatsen § 3 fremgår bl.a. at fonden er stiftet af B, der samtidig overgiver fonden diverse ejendomme og et større kontant beløb.

Formålsbestemmelsen i § 4 lyder således:

Fondens formål er at udleje ferieboliger til journalister, fortrinsvis til medlemmer af B.

Den omhandlede fundats blev af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen pålagt at skulle ændres enkelte steder, herunder angående formålsbestemmelsen, ... idet formålet i § 4 ikke anses at være i overensstemmelse med den alminnelige fondsretlige grundsætning om, at fondens formue skal være uigenkaldligt udskilt fra stifterens formue.

Der henvises til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens skrivelse af 26.6.2000 ...

Fundatsen blev herefter ændret i overensstemmelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålæg og formålsbestemmelsen i § 4 - indtil den nu anmodede ændring - lyder således:

Fondens formål er at udlejeferieboliger til journalister.

Den omtvistede formålsbestemmelse, vedtaget på bestyrelsesmøde 5.4.2016, lyder således:
Fondens formål er at udleje ferieboliger, fortrinsvis til medlemmer af B og dernæst til andre medie- og kommunikationsfolk.

3.

Det gøres gældende, at betegnelsen journalist i forhold til fondens formålsbestemmelse ikke kan forstås som anført af Erhvervsstyrelsen.

I den forbindelse henvises særligt til stifters hensigt, der udtrykkes ved den oprindeligt vedtagne formålsbestemmelse.

I denne defineres udtrykket journalist ved henvisning til den efterfølgende sætning: *fortrinsvis til medlemmer af B...*

På det relevante tidspunkt var medlemmerne ifølge bilag ikke alene journalister (i nævver forstand), der formidler skriftligt og mundtlig, men også andre faggrupper som nævnt under pkt. 1.

Det kan oplyses, at Kreds 1 på stiftelsesstidspunktet omfattede ca. halvdelen af samtlige medlemmer af B's kredse, og at dette antal i dag stort set er uændret.

Det gøres således gældende, at formålet i gældende fundats skal forstås som anført i den oprindeligt vedtagne fundats som omfattende journalister i bred forstand (medie- og kommunikationsfolk) og ikke som journalister i nævver forstand som det er lagt til grund i Erhvervsstyrelsens afgørelse.

Det understreges, at den oprindeligt vedtagne fundats alene ændres i sin formålsbestemmelse som følge af Erhvervs- og Selskabsstyrelsens pålæg. I den forbindelse gøres det her gældende, at selve definitionen af journalister som anført ovenfor (journalister i bred forstand) ikke derved blev ændret og heller ikke tilsigtedes at blive ændret.

4.

Det gøres gældende, at fonden til stadighed har administreret som oprindeligt forudsat.

Der henvises i den forbindelse særligt til det, der er anført under pkt. 3.

Med henvisning til ovennævnte udvikling inden for medie- og kommunikationsverdenen vil det formentligt tillige kunne lægges til grund, at udlejning til journalister i begrebets nævver forstand ville indebære, at fonden i løbet af en kortere årrække ikke ville kunne overleve økonomisk.

5.

Sammenfattende gøres det til støtte for godkendelse af den ønskede ændring af formålsbestemmelsen således gældende
principalt
at ændringen i det væsentlige er af formel og ikke af indholdsmæssig karakter

subsidiært
at praksis siden fondens stiftelse støtter sig på stifters vilje som den blev udtrykt ved den oprindeligt vedtagne fundats
at den nye formålsbestemmelse fastslår dette
at formålsbestemmelsen alene ændres ved at varetage fondens interesser.

…”

I førnævnte skrivelse af 21. marts 2016 har Erhvervsstyrelsen om sagens retlige omstændigheder udtalt:

”Sagens retlige omstændigheder
En ændring af en vedtægt for en erhvervsdrivende fond kræver tilladelse fra Erhvervsstyrelsen, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1.
Ændring af vedtægtsbestemmelser om formål og uddelinger, samt likvidation kræver endvidere samtykke fra Civilstyrelsen, jf. lovens § 89, stk. 2.

Vedtægtsændringer kan ikke tillades, medmindre de er velbegrundede. Behovet for en given vedtægtsændring skal være dokumenteret og understøttet af en redegørelse fra bestyrelsen og eventuelt en udtalelse eller erklæring fra revisor alt efter hvilken ændring der er tale om.

Det er således i henhold til lov bemærkningerne vanskeligt at få tilladelse til ændring af en fonds formål. Efter styrelsens praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejder kun meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtryk for stifters vilje,
og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må gå videre, end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en sproglig eller redaktionel modernisering af formålsteksten, vil ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungtvejende begrundelse for ændringen.

Ændring af en fonds vedtægt skal endvidere være i fondens interesse.

**Erhvervsstyrelsens vurdering**


Klager gør i klagen til Erhvervsankenævnet gældende, at journalistbegrebet er en foranderlig betegnelse, der bl.a. må defineres i takt med udviklingen i medie- og kommunikationsverdenen.

Til dette skal styrelsen oplyse, at vi ikke i afgørelsen forholder os til hvorledes begrebet ”journalist” defineres eller lægger til grund, at betegnelsen er et entydigt begreb. Styrelsen fastslår derimod den kendsgerning, at fondens nuværende formål er at udele ferieboliger til journalister, og at fonden derfor er forpligtet til at følge dette formål. Ændringen kan ikke tillades, da fondens nuværende formål fortsat kan efterleves og ikke kan anses for at være blevet uhensigtsmæssigt.

Hierledes fondens vedtægt, herunder begrebet ”journalist” i formålsbestemmelsen, skal fortolkes, tilkommer i første omgang fondens bestyrelse, og styrelsen kan i øvrigt tiltræde, at begrebet ”journalist” ikke er entydigt begreb.

Styrelsen finder imidlertid, at der er en væsentlig forskel på, om fonden skal udele til ’Journalister”, som er det gældende formål, eller om fonden skal udele til ”fortrinsvis til medlemmer af B og dernæst til andre medie- og kommunikationsfolk”, som er den foreslåede nye formulering. Dette skyldes, at fonden ved den foreslåede ændring 1) giver medlemmer af B en fortrinsret frem for de journalister, som ikke er medlem af fagforbundet, og 2) lader medie- og kommunikationsfolk, som ikke kan betegnes som journalister, være omfattet af fondens formål.

Klager gør også gældende, at ændringen af formålet er af formel og ikke af indholdsmæssig karakter. Som redegjort for ovenfor, er styrelsen ikke enig heri, da den ønskede formålsændring på et punkt udvider formålet, mens det på et andet punkt indskrænker det.

Styrelsen skal dog i den forbindelse bemærke, at ikke-indholdsmæssige ændringer af formel karakter normalt ikke vil kunne godkendes af styrelsen,
fordi rent sproglige eller redaktionelle ændringer i vedtægten efter lovbe-
mærkningerne ikke vil kunne finde sted.

Klager henviser i sin klage til Erhvervsankenævnet til den formulering af
fondens formål, som indgik i den vedtægt, som blev indsendt i forbindelse med, at fondens stiftelse blev anmeldt til registrering i år 2000.

Den ønskede formulering af formålet var dengang følgende:

"... at udleje ferieboliger, fortrinsvis til journalister, fortrinsvis til
medlemmer af B."

Som det fremgår af styrelsens afgørelse af 26. juni 2000, som klager har
vedlagt, kunne formålet i det foreslåede affattelse ikke godkendes af styrel-
sen, idet formålet ikke ansås for at være i overensstemmelse med den al-
mindelige fondsretlige grundstilling om, at fondens formue skal være
ugjenkaldeligt udskilt fra stifterens formue. Fondens formål blev derfor ju-
steret til det gældende formål i forbindelse med registreringen af fondens
stiftelse.

Stifterens oprindelige forslag til en formulering af fondens formålsbestem-
melse spiller ingen rolle, da det styrelsen først og fremmest skal forholde sig
til er fondens gældende formål. En formålsbestemmelse, som netop ikke
kunne godkendes af styrelsen i år 2000, er således ikke relevant ved behand-
lingen af denne sag.

Erhvervsstyrelsen skal understrege, at forhold som f.eks. medlemssammen-
sættningen i fondens stifter eller vedtægten for fondens stifter som udgangs-
punkt ikke har nogen indvirkning på fondens formål. Fondens stifter har ved
stiftelsen sluppet grebet med fonden (populært sagt har stifter ”krympet
sig”), da rådighedsbeføjelserne over fonden skal tilkomme en i forhold til
stifter selvstændig ledelse.

Fondens bestyrelse skal alene varetage fondens formål og interesser, jf. lov
om erhvervsdrivende fonde § 38, stk. 1, 1. pkt. Dette betyder, at også æn-
dringer i fondens vedtægt skal kunne begrundes i fondens interesser og
medfører at hverken fondens bestyrelse eller Erhvervsstyrelsen kan lægge
vægt på ændringer i fondsstifterens forhold, med mindre de ændrede forhold
isoleret set har en selvstændig betydning for fondens mulighed for at efter-
leve formålet. Det fremgår således af bemærkningerne til lov om erhvervs-
drivende fonde § 89, at stifters støtte til - eller modstand mod - vedtægtsæn-
dringer, kan tillægges betydning. Det fremgår dog ligeledes af bemærkni-
gerne, at stifters holdning til ændringerne ikke er af gørende for fondsmyn-
dighedens behandling af sagen.

Erhvervsstyrelsen skal for en god ordens skyld afslutningsvis oplyse, at hvis
Erhvervsankenævnet mod forventning måtte finde, at der er grundlag for at
give tilladelse til den ønskede ændring af formålet, eller hvis sagen sendes
tilbage til fornyet behandling hos Erhvervsstyrelsen, er Civilstyrelsens sam-
tykke efter lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2, en nødvendig forud-
sætning for, at fonden kan få tilladelse til at ændre formålet. Da Erhvervs-
styrelsen i denne sag ikke fandt grundlag for at give tilladelse til vedtægts-
ændringen, har styrelsen ikke indhentet Civilstyrelsens eventuelle samtykke.

…”

I skrivelse af 7. februar 2017 har advokat A heroverfor bemærket:

”…

1.

Det gøres gældende, at Erhvervsstyrelsens opfattelse af journalistbegrebet
fortsat er ukorrekt.

…

Der henvises i den forbindelse til pkt. 1 i min redegørelse af 29.11.2016 og
til … [redegørelse angående udvikling i beskæftigelsen i B i perioden 1991
-2011]

2.

a.

Erhvervsstyrelsen anfører …, at der ved den ønskede ændring af formålsbe-
stemmelsen tillige sker en ændring ved, at der gives medlemmer af B ”en
fortrinsret frem for de journalister, som ikke er medlem af fagforbundet”.

Der henvises til klagers subsidiære anbringende under pkt. 5 i redegørelse af
29.11.2016 …, hvor bl.a. gøres gældende, ”at der er en nær sammenhæng
mellem det oprindelige formål, der blev fastlagt af stifter ved den oprin-
deltig vedtagne fundats af 26.1.2000, og den nye formålsbestemmelse, vedta-
get på bestyrelsesmøde 5.4.2016”.

Dette støtter sig bl.a. på, at den oprindelige formålsbestemmelse blev pålagt
ændret således, at fondens formue var uigenkaldeligt udskilt fra stifters for-
mue.

Erhvervsstyrelsen anfører …: ”Stifterens oprindelige forslag til en formu-
lering af fondens formålsbestemmelse spiller ingen rolle, da det styrelsen først
og fremmes skal forholde sig til er fondens gældende formål. En formålsbe-
stemmelse, som netop ikke kunne godkendes af styrelsen i år 2000, er såle-
des ikke relevant ved behandlingen af denne sag.”

Dette kan ikke tiltrædes.

Hovedsigtet med ændringen i 2000 var at efterleve pålægget om, at formuen
var uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue.

Den oprindeligt vedtagne fonnålsbestemmelse gøres således gældende at
måtte indgå som bidrag til fortolkning af fonnålsbestemmelsen i det omfang,
dette ikke måtte stride mod den nævnte fondsretlige grundsætning.
Der bør derfor ikke være noget til hinder for, at formålsbestemmelsen hjemlægger adgang til at fortrinsstille en større personkreds, nemlig B’s medlemmer, idet bemærkes, at bestemmelsen om den fortrinsstillede personkreds, nemlig medlemmer af B, Kreds 1, i den oprindeligt vedlagte fonnålsbestemmelse, blev fjernet alene for at undgå eventuel tvivl, om ovennævnte fondsretlige grundsætning blev igtaget.

Det gøres endvidere gældende, at Erhvervsstyrelsen ikke har belæg for at hævde, at den foretagne ændring af den oprindeligt vedlagte formålsbestemmelse afskærer muligheden for at fortrinsstille en større personkreds end den oprindelige (nemlig medlemmer af Kreds 1).

Der henvises til de øvrige subsidiære anbringender (min redegørelse af 29.11.2016 ...), herunder særligt om, at fonden siden dens stiftelse har haft en praksis, der støtter sig på stifters vilje, som den blev udtrykt ved den oprindeligt vedlagte fonds fundats.

For god ordens skyld tilføjes, at Erhvervsstyrelsens formulering af den oprindeligt vedlagte fonnålsbestemmelse er ukorrekt, idet der er medtaget "fortrinsvis" to gange.

b.
Det gøres gældende, at der i grundlaget for Erhvervsankenævnets afgørelse i sagen med en vis vægt bør indgå, at stifteren, B, Kreds 1, tiltræder ændringen, jf. stifters erklæring fremlagt som bilag 6.

c.
For så vidt angår fondens fortsatte mulighed for at iagttage formålsbestemmelsen og samtidig kunne overleve økonomisk, henvises til min redegørelse af 29.11.2016 ...

Ankenævnet udtaler:

Det følger af § 89, stk. 1, og 2, i lov om erhvervsdrivende fonde, at fondsmyndigheden efter indhentelse af Civilstyrelsens samtykke kan meddele tilladelse til ændring af vedtægtsbestemmelser om en fonds formål.

K har den 18. april 2016 anmodet Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed, om tilladelse til ændring af fondens nuværende formål "at udleje ferieboliger til journalister" til et formål om "at udleje ferieboliger, fortrinsvis til medlemmer af B og dernæst til andre medie- og kommunikationsfolk”.

Erhvervsstyrelsen imødekom ved afgørelse af 7. oktober 2016 ikke anmodningen af
18. april 2016.

Af bemærkninger til lovforslagets enkelte bestemmelser (§ 89) (L 154 fremsat den 12. marts 2014) fremgår blandt andet:

"Vedtægtsændringer kan ikke tillades, medmindre de er velbegrundede. Behovet for vedtægtsændringen skal være dokumenteret og understøttet af en redegørelse fra bestyrelsen og eventuelt en udtalelse eller erklæring fra revisor.

Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning om fonde, nr. 970/1982, at der med den gældende lov om erhvervsdrivende fonde § 48, om ændring af vedtægten, var tilsynet en vis smidiggørelse i forhold til tidligere tiders såkaldte permutationspraksis. Vedtægtsændringer skal således ikke nødvendigvis udnytte af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig. Der må samtidig kunne tages hensyn til, at erhvervsdrivende fonde er erhvervsvirksomheder, hvilket i visse situationer gør det nødvendigt, at disse fonde har mulighed for at tilpasse sig til ændrede konkurrencevilkår, finansieringsbehov m.v. Det vil fortsat være mest vanskeligt at få tilladelse til ændring af formål. Efter gældende praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejder meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldest eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtrykt for stifters vilje, og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må gå videre, end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en sproglig eller redaktionel modernisering af fonnålsteksten, vil fortsat ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungtvejende begrundelse for ændringen.

Ændring af vedtægten skal være i fondens interesse.

…”

K nuværende formål er efter ankenævnets opfattelse hverken umuligt eller vanskeligt at opfylde. Formålet er efter nævnets opfattelse heller ikke blevet uhensigtsmæssigt.

Herefter og under henvisning til forarbejderne og til det af styrelsen anførte, tiltræder ankenævnet, at Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed ikke har givet tilladelse til en ændring af fondens formål.
13) Kendelse af den 14. juli 2017 (J.nr. 17/00276)
Descendent anset som part i fondsmyndighedens tilsyn.

Lov om erhvervsdrivende fonde §§ 77 og 78
(Sys Rovsing, Knud T. Martens og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. september 2016 hedder det:

"…
Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at du ikke er part i sagen og derfor ikke er adressat for en afgørelse vedrørende ovennævnte forhold

…

Erhvervsstyrelsen kan oplyse, at i fondssager er fonden altid den umiddelbare adressat for afgørelser truffet af fondsmyndigheden efter Lov om erhvervsdrivende fonde. Loven regulerer fondsmyndighedens beføjelser i forhold til fonden alene og ikke i forhold til andre interessenter.

Efter Erhvervsstyrelsens praksis er det altovervejende hovedregel, at alene fonden, som repræsenteret ved bestyrelsen, er part i sager vedrørende fondsmyndighedspørsmål.

Part i en sag er først og fremmest den, som forvaltningsakten er/vil blive addereret til. Partsbegrebet omfatter desuden den, hvis konkrete retlige interesse i en sag kvalificerer den pågældende til at påklage en afgørelse til en
overordnet forvaltningsmyndighed eller indbringe sagen for domstolene.

Tildeling af partsstatus til andre end bestyrelsen kan dog forekomme, hvor navngivne virksomheder, organisationer eller andre direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed. Dette er imidlertid ikke tilfældet i nærværende sag.

For at blive part i en sag kræves det, at den pågældende person har en individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen, som kan medføre partsstatus.

…”


I klageskrivelse af 4. februar 2017 til Erhvervsankænvenet har K anført:

”…
Indledningsvis skal jeg oplyse, at stifteren af legatfonden er min oldefar B [x-slægt] og hans datter C [y-slægt] er min farmor.

Indledning:
B stifter ved testamente af 10. september 1938 ovennævnte legatfond. Jfr. bilag ...

Ejendommene og hovedparten af hans formue blev overdraget til legatfonden ved hans død. Det væsentligste aktiv er aktierne i D [aktieselskab]. Legatfondens indtægter er primært udbytte af aktierne i D.

Det er derfor af afgørende betydning for legatmodtagerne, hvordan bestyrelsen forvalter D, hvor den væsentligste aktivitet er forvaltning af selskabets ejendomsportefølje.

Der er sammenfald i den personkreds, der udgør direktion og bestyrelse i driftsselskabet, D CVR nr. ... og A CVR ....

Bestyrelsensmedlemmerne er: E [x-slægt] og hendes datter F [x-slægt], der er efterkommere efter en bror til B samt bestyrelsesformand advokat G.

Bestyrelsensbeslutninger afgøres ved flertal, således at mor og datter udgør et flertal. Der er ikke tillagt bestyrelsesformanden bestemmende indflydelse.

Bestyrelsens sammensætning har ført til nogle beslutninger, der efter min
opfattelse ikke er i overensstemmelse med B's testamente af 10. september 1938 samt fundatsen fra 2. marts 1940.


**Klager:**
**Punkt 1: Descendent-status til H f. 2.01.1927 d. 18.03.2008**
H er adopteret ind i slægten og bestyrelsen har tildelt hende descendent-status.

H er adopteret før 1957 og ifølge Arvelovens § 34 kan hun ikke arve slægt-en, medmindre der er ansøgt herom. En sådan ansøgning og godkendelse fra Justitsministeriet er ikke fremlagt.

Det fremgår af testamentet § 6 a) stk. 2 og legatfundatsen § 6 a) stk. 2, at H er adopteret af I [x-slægt] og hans hustru J [x-slægt]. Kort tid efter adopti-onen blev I og J. Jfr. bilag ... og bilag ...

I er en nevø til legatstifteren B. I er onkel til E, der er bestyrels- og direk- tionsmedlem. Han er bror til hendesfarmor L [x-slægt].

Det fremgår af testamentet, at B var et meget socialt og omsorgsfuld menneske. Han indsatte både J og H i sit testamente, som legatarer, hvilket fremgår af testamentet § 6 a) stk. 2 og legatfundatsen af 1940 § 6 a) stk. 2. Jfr. bilag ... og bilag ...

I testamentet gøres der udtømmende op med legatarerne, idet legatportionerne bortfalder ved legatarenes død. Her må testamentet lægges til grund for en fortolkning af B's ønsker, idet denne passus ikke er medtaget i fundatsen af 1940.

Der er intet hverken i testamentet (B's tankegang) eller fundatsen af 1940, der indikerer, at H ifølge B er tiltænkt descendent-status. B anvender begrebet ægtefødte descendenter i sit testamente, hvilket indikerer, at adoptivbørn ikke anses for descendenter.

B har været bevidst om, at personer, der ikke havde descendent-status, var udelukket for at få tildelt et legat.

C hans egen datter, der var født udenfor ægteskab og hendes efterkommere, opfyldte derfor ikke betingelsen for descendent-status.

B, tillagde udtrykkeligt C's efterkommere descendent-status jf. testamentet side 16 sidste afsnit og fundatsen af 1940 § 10 sidste afsnit. ”Med den her nævnte descendents ligestilles i enhver henseende ægtefødte descendenter af fru C.” Jfr. bilag ... og bilag ...

Advokat G anfører i sin skrivelse til Civilstyrelsen af 16. september 2010 side 10, 3. sidste afsnit, at H er descendent, (jfr. bilag ... ) men det er ikke
korrekt, hun er legatar.

I skrivelse af 17. maj 2016 (jfr. bilag R) anfører G side 3, 2. afsnit: ”Det forhold, at H er adopteret af I, ændrer ikke ved, at hendes descendenter efter bestyrelsens opfattelse må anses som descendenter efter legatstifterens forældre. Dette beror ikke på arvelovgivningen, men bl.a. på en fortolkning af fundatsen og legatstifterens motiver.”

Jeg har ikke fundet nogen oplysninger, hverken i testamentet eller fundatsen, der underbygger bestyrelsens beslutning om at tillægge H's efterkommere descendenterstatus.

Testamentet og fundatsen af 1940 kan her anvendes som fortolkningsgrundlag, men her findes ingen fortolkningsmuligheder, der kan lægges til grund for at opfatte et adoptivbarns efterkommere, som descendenter.

En sådan beslutning har meget vidtækkende konsekvenser, idet H efterlod sig fire sønner, der alle har børn og bestyrelsens beslutning har udvidet descendentkredsen i et betydeligt omfang.

Bestyrelsen har efter min opfattelse ikke kompetence til at træffe sådan en beslutning, da E er inhabil, idet H er kusine til hendes far M [x-slægt]. F er også inhabil i denne sag som følge at det nære slægtsskab. Jfr. stamtavlen bilag ...

Descendenterne er den personkreds, der er omtalt i testamentet og fundatsen af 1940.

Erhvervsstyrelsen har i sin kendelse af 20. september 2016 (jfr. bilag ...) ingen bemærkninger til legatudbetalingerne til F's efterkommere, hvilket efter min opfattelse er en forkert afgørelse, da de ikke har descendents-status.

Derfor min klage til Erhvervsankenævnet.

Punkt 5: Ændring af legatfundatsen af 1940 § 10, stk. 2
I legatfundatsen af 1940 § 10 stk. 2, havde en descendent følgende rettigheder:

Ret til at modtage et legat, såfremt kriteriet som descendent var opfyldt. Descendentens indtægt skulle oplyses overfor legatbestyrelsen, som derefter skulle betale et legat, der udgjorde forskellen mellem indtægten og maksimumgrænsen for at modtage et legat.

Trang var ikke afgørende. Jfr. bilag ...

I legatfundatsen af 1979 § 8, stk. 2 blev en descendent tillagt følgende rettigheder:

Ansøgning skulle indsendes med en kort redegørelse for, hvorfor der blev søgt om legat og indtægtsforhold skulle oplyses.
Kriteriet som descendent var fortsat en betingelse for at få tildelt et legat. Ved ændringen i 1979 bortfaldt retten til at modtage legat. Det var nu bestyrelsen der skønnet, hvem af descendenterne, der skulle modtage legat, ligesom bestyrelsen bestemte legatets størrelse. Jfr. Bilag ...

Ovennævnte ændring har endvidere medført, at Erhvervs- og Vækstministeriet fastholdt den afgørelse om min manglende partsstatus, som Erhvervsstyrelsen havde truffet ved afgørelse af 20. september 2016. Jfr. bilag ...

Idet jeg ikke opfyldte kriterierne for individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen, da jeg kun kunne ansøge om et legat. Det var herefter bestyrelsen, der besluttede om jeg kunne få legat og hvor meget, jeg kunne modtage i legat.

Ovennævnte ændring af en descendents rettigheder har følgende virkninger:

Samtlige descendent både nuværende og i kommende generationer, vil aldrig kunne opnå partsstatus.

En person, der opfylder kravet om descendent-status har ikke længere ret til et legat, men skal indsende en begrunet ansøgning.

Det er et bestyrelsesskøn hvilke descendent, der får tildelt et legat.

Det er også et bestyrelsesskøn, hvor store legatportioner, der udbetales.

En bestyrelse kan efter min opfattelse ikke foretage så væsentlige ændringer, uden godkendelse fra en offentlig myndighed. Legatbestyrelsen vedtog disse ændringer i 1979 og efterlevede disse selvbestaltede ændringer frem til 2010, hvor legatbestyrelsen ved skrivelse af 16. september 2010 ansøgte Civilstyrelsen om at godkende ændringerne. Jfr. bilag ...

I Civilstyrelsens skrivelse af 25. maj 2011 citat side 4:" Det er Civilstyrelsens opfattelse, at retstilstanden før fonde lawmakers ikrafttræden var, at en bestyrelse for en ikke-stadfæstet fond ikke kunne foretage væsentlige ændringer i fondens vedtægt uden tilladelse fra Justitsministeriet, uanset at bestyrelsen ifølge vedtægten var tillagt adgang til at ændre vedtægten. Justitsministeriets tilladelse var en gyldighedsbetingelse. De har til sagen oplyst, at fonden efter Deres oplysninger ikke har været stadfæstet. De har endvidere oplyst, at vedtægtsændringen i 1979 efter Deres viden ikke har været godkendt af en offentlig myndighed." Jfr. bilag ...

Descendenternes rettigheder forringes så væsentligt ved ændringerne af fundatsen af 1979 § 8, stk. 2, at ændringerne efter min opfattelse skulle have været godkendt af Justitsministeriet, og en sådan godkendelse foreligger ikke.

Jeg har klaget til Erhvervsstyrelsen over vedtægtsændringen i 1979, men
Ehvervsstyrelsen har ligesom Civilstyrelsen kun fundet anledning til at slette 5. ledets begrænsning, idet begge styrelser har pålagt, at vedtægts § 8, stk. 2 føres tilbage til dens oprindelige ordlyd.

I skrivelse af 17. maj 2016 anfører G side 2, 2. afsnit:

"Med hensyn til spørgsmålet om uddelingspolitikken bemærker jeg, at § 8 i fundatsen i modsætning til § 6 - forudsætter, at alle legatarer skal have maksimumsbeløbet, før der kan udbetales efter § 10. Uddelingen efter § 8 beror på et bestyrelsesskøn, jf. formuleringen” .... kan bestyrelsen tildele vedkommende op til differencen .......

Et retskrav på uddeling ville i øvrigt stride mod § 88 [§ 84] i grundloven om forbud mod bunden successionsordning.

Finn Taksøe-jensen anfører i Lærebog i Arveret, 2 udgave, side 207, i relation til den daværende arvelov § 68, (svarer til § 60, stk. 2, i arveloven af 2008), som forbyder, at der ved testamentte tillægges flere ved testators død ufødte personer arv efter hinanden, (såkaldt Successionsrækkefølge) at:

"Man kan spørge, om bestemmelsen i AL § 68 ikke kan omgås ved, at testator i stedet opretter en fond, der arver formuen, men således at det i fundatsen er bestemt, at medlemmer af en bestemt slægt eller andre på forhånd individualiserede personer skal have fortrin til at få tildelt portioner, når disse uddeles af fondens overskud. Svaret er, at AL § 68 alene vil ramme en familiefond, hvis fondatsen tvinger fondsmyndighederne til at uddele midler til flere ufødte personer efter hinanden. Er afgørelsen af, hvem der skal modtage uddelinger, derimod overladt til fondsbestyrelsens skøn, er ordningen forenelig med AL § 68, selvom fx medlemmer af en bestemt slægt eller familie skal have fortrin frem for andre til fondens uddelinger.”

Finn Taksøe-Jensens fortolkning af forbuddet i arveloven, som bygger på grundlovens forbud, støttes af forarbejderne til 1953-grundloven.

Således fremgår det flere steder i forarbejderne, eksempelvis RT 1952-53, Tillæg B, sp 371, at:

"I anledning af at forslagets§ 85 i modsætning til den gældende § 91 også forbyder oprettelse af ”andet familiefideikommis”, ønsker udvalgsflertallet at udtale, at denne ændring ikke udelukker, at der for fremtiden kan oprettes almindelige familielegater, når sådanne ikke instituerer en bunden successionsordning ... "(citatet er hentet fra Rasmus Kristian Feldthusen, Succession, 2001, side 79, hvor grundlovsændringen fra 1953 nogle er beskrevet).

Den fortolkning, som K lægger op til, vil således blive anset som ugyldig (nullitet). Jfr. bilag ...

Jeg er ikke enig med advokat G i hans fortolkning af Arvelovens § 68, (svarer til § 60, stk. 2, i arveloven af 2008).
Ændringen af arvelovens § 68 (svarer til arvelovens § 60, stk. 2, af 2008) kan efter min opfattelse ikke bruges som fortolkningssgrundlag i forbindelse med at indføre et skøn ved uddeling af legater i A [fond].

Formålet med at ændre ovennævnte arvelov var, at forhindre oprettelse af familiefideikommiss, hvor en successionsordning kunne anvendes for at sikre, at det er den ældste søn, der arver gods- og jordbesiddelser, således at alle aktiverne forbliver i familiens eje.

Efter min opfattelse kan loven ikke strækkes til at ramme en familiefond, hvor hensigten ikke har været at favorisere en enkelt person, og at holde andre familiemedlemmer ude fra at modtage legat.

Da grundloven blev ændret i 1953, burde legatfundsens have været ændret på et meget tidligere tidspunkt. At advokat G bruger ovennævnte hjemmel, som løftestang til at ændre legatfundsens af 1940 § 10, stk. 2 i 1979, vil jeg tilbagevise, da det ikke har været hensigten med lovændringen, hvorfor den ikke kan anvendes analogt.

Det er først i 1979, at bestyrelsen ændrer vilkårene for at søge om legat således, at der tillægges bestyrelsen et skøn og denne ændring bliver ikke godkendt af nogen myndighed før i 2011. Jfr. bilag ...

Hvis den oprindelige ordlÿd i fundsens af 1940 stred mod Grundloven af 1953. måtte man formode, at Civilstyrelsen som tilsynsmyndighed havde givet legatfonden en frist til at ændre betingelserne i legatfundsens, ligesom familiefideikomisserne fik tillagt en overgangsordning.

Jeg har derfor krav på at få tildelt legat efter ordlyden i fundatsen af 1940 § 10, stk. 2.

C's børnebørn, der er den generation, jeg tilhører, har krav på uddeling efter den oprindelige ordlyd i § 10, stk. 2. Denne generation er den sidste generation, der har ret til legat jf. § 28, stk. 1.

X-slægts familien har ikke haft krav på at få legat efter bestemmelsen i § 28, stk. 1, da de ikke er efterkommere efter B

Jeg afviser derfor G's påstand om, at ordlyden af 1940 § 10 stk. 2, er i strid med gældende lovgivning, for så vidt angår min generation, men at den ændrede ordlyd er gældende for de næste slægtsled, er jeg enig i.

Det bør fremgå af vedtægterne, at den oprindelige ordlyd i fundatsen fra 1940 § 10, stk. 2, ikke rækker videre end til de personer, der lever på stiftelsesstedspunktet og til en i forhold til disse ufodt generation. Der er fortsat mange descendenter, der er omfattet af den oprindelige ordlyd af fundatsen af 1940 § 10, stk. 2.

Jeg har fået frataget min partsstatus på grund af, at jeg ikke har et retskrav på at få legat. Jeg har et retskrav ifølge lov om erhvervsdrivende fonde § 28 stk. 1. Det er vigtigt for mig, at få statueret min ret til at modtage fuldt legat efter de regler, der fremgår af fundatsen af 1940 § 10, stk. 2, for dermed har jeg også partsstatus.

Afgørelsen om partsstatus kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, hvorfor jeg må bede Ombudsmanden se på sagen, når jeg har modtaget Erhvervsankænvennets afgørelse.


Jeg fastholder derfor min klage over uddelingspolitikken, da jeg har haft krav på at få fuldt legat, hvilket jeg ikke har fået. Jeg er af den opfattelse, at legatfonden skal pålægges, at betale differencen mellem det allerede modtagne legat og det beregnede legat til de descendenter der opfylder betingelserne herfor.

Det drejer sig om C's børnebørn, der omfatter 10 personer.

Beregning over de legater jeg har modtaget siden 2012, der var første gang jeg modtog legat. Jfr. bilag ...

Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. september er efter min opfattelse ikke korrekt. Jfr. lov om erhvervsdrivende fonde § 28, stk. 1, hvorfor jeg klager over afgørelsen.
I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 17. marts 2017 udtalt:

"... Sagens faktiske omstændigheder
Sagsgangen i sagen involverer en række dokumenter. Dokumenterne i sagen er oplistet i bilagslisten, men nedenfor gennemgås de væsentlige sagsskridt.


Klageren klager over en række forhold i fonden, primært følgende:

- Der er foretaget ændringer i fondens vedtægt 1979 og 2011. Det er klagerens påstand, at disse vedtægtsændringer er foretaget for at begunstige en gren af familien i forhold til en anden. Herunder er der foretaget ændringer i bestyrelsens sammensætning, ligesom afdøde legater slettes af vedtægten ved død.
- Der er ligeledes sket ændring i vedtægten vedrørende bestyrelsens sammensætning. Det er klagerens påstand, at bestyrelsen er inhabil og sammensætningen strider imod § 40 i lov om erhvervsdrivende fonde (Erhvervsfondsloven).
- Uddelingerne i fonden har efter klagerens opfattelse været ensidige og har primært begunstiget den ene gren af familien. Bestyrelsen har ikke opfyldt deres pligt til at annoncere via de landsdækkende dagblade eller andet hensigtsmæssigt medie, som nævnt i fondens vedtægt.


Den 20. september 2016 traf Erhvervsstyrelsen afgørelse vedrørende en række konkrete forhold overfor fonden samt afgørelse overfor klageren vedrørende manglende partsstatus.


Til brug for behandling af klagen indhentede departementet en redegørelse over sagens omstændigheder hos Erhvervsstyrelsen af 14. november 2016. Erhvervsstyrelsen har i sin redegørelse vurderet, at der ikke er fremkommet nye oplysninger i sagen til støtte for klagerens partsstatus. Styrelsen fasthol-
der således sin afgørelse af 20. september 2016 om, at klager ikke kan betragtes som part i sagen.


Derudover vurderede ministeriet, at Erhvervsstyrelsen har truffet en lovlig og saglig afgørelse i overensstemmelse med de forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler og principper. Ministeriet finder derfor ikke anledning til at foretage sig yderligere i sagen.

En oversigt over korrespondancen fremgår af bilagslisten. Derudover vedlægges fondens seneste, gældende vedtægt.

Sagens retlige omstændigheder
Erhvervsstyrelsen har truffet to afgørelser den 20. september 2016, den ene i forhold til fonden og den anden i forhold til klager vedrørende manglende partsstatus.

Klageren har ikke partsstatus hvorfor klagen bør afvises. Styrelsen forholder sig derfor udelukkende til formalitetsspørgsmålet vedr. klagerens partsstatus.

Part i en sag er først og fremmest den, som forvaltningsakten er/vil blive adresseret til. Partsbegrebet omfatter desuden den, hvis konkrete retlige interesse i sagen kvalificerer den pågældende til at påklage en afgørelse til en overordnet forvaltningsmyndighed eller indbringe sagen for domstolene.

I fondssager er det som udgangspunkt fonden, der er adressat for afgørelser truffet af fondsmyndigheden efter Erhvervsfondssloven og er dermed også part i sådanne sager. Erhvervsfondssloven regulerer fondsmyndighedens beføjelser i forhold til fonden, revisorer og lign. - ikke i forhold til andre interessenter.

Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan forekomme, hvor navngivne personer virksomheder, organisationer eller andre direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed.

Den pågældende kan derudover være part i en sag, hvis den pågældende har en individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen.

Væsentlighedskriteriet indebærer, at afgørelsens udfald skal angå den pågældendes forhold og situation med en vis styrke og intensitet.

1. Afgørelsens adressat eller nævnt i vedtægten
Fonden er adressat for afgørelsen. Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan forekomme, hvor navngivne personer direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed.
Klager er efterkommer af B, som er hendes oldefar. C, der er nævnt i testamentes § 6, var således klagers farmor. I henhold til vedtægtens § 8, har klager derfor mulighed for at søge om at modtage uddeling fra fonden.

Klagers navn fremgår således ikke af vedtægten.

Styrelsen vurderer, at descendant-status med mulighed for at søge om at modtage uddeling fra fonden, ikke kan sidestilles med en navngiven person, der direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed.

Klager opfylder således ikke disse kriterier for at have partsstatus.

2. Individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen
Den pågældende kan derudover være part i en sag, hvis den pågældende har en individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen.

Vedtægter/Testamentets ordlyd
Klager mener, at testamentet tillægger hende en ret, som giver hende partsstatus.

Hertil anfører klager, at bestyrelsen skal udbetale legat til hende efter givne indtægtskriterier. Klager mener, at bestyrelsen ikke kan skønne, om det er rimeligt at udbetale legat til hende, idet bestyrelsen skal udbetale, hvis der er legatmidler til rådighed.

Klager henviser i sin klage til ordlyden af testamentet. Det bemærkes i denne sammenhæng, at der ikke kan støttes ret på testamentet efter at fonden er stiftet. Efter fondens stiftelse er det fondens vedtægt, der er gældende. Testamentets ordlyd kan dog give et fortolkningsbidrag.

Følgende fremgår af vedtægtens § 8:

"Når legatfondets nettooverskud overstiger de i henhold til §§ 6 og 7 tillagte maksimumsbeløb til samtlige legatnydere skal resten anvendes på følgende måde:

Efter ansøgning skal enhver decentdent ( ... ) have ret til støtte efter følgende regler:

Når en descendent der er myndig ved ansøgning opgiver at have haft en lavere samlet indkomst end nedenfor nævnt, kan bestyrelsen tildele vedkommende støtte op til differencen mellem indtægten og kr. 295.000,- for gifte eller familieforsørgere og kr. 206.000,- for enlige eller fraskilte.

Samme regel gælder ægtefæller til afdøde descendenter.

Descendenter, der ikke er fyldt 30 år, og som har mistet begge forældre, skal kunne få differencen mellem deres indtægt og kr. 147.000,-.

Til descendenter, der har børn under 18 år, kan bestyrelsen, hvis den måtte
finde det rigtigt, tildele yderligere op til kr. 29.000,- pr. barn.( ... )” (Styrelsens fremhævning)

Af testamentets § 7, stk. 2, fremgår, at descendenter har ret til at få forskellen mellem maksimalbeløb og indtægten, og det samme fremgik også af fondens oprindelige vedtægter.

Vedtægternes ordlyd i § 8 blev dog ændret i 2011, hvor Civilstyrelsen i øvrigt med afgørelse af 25. maj 2011 har godkendt samtlige tidligere ændringer af vedtægen.

På baggrund af det anførte er det styrelsens vurdering, at fondens bestyrelse kan mht. de gældende vedtægter kan mht. den enkelte descendant udøve en form for skøn mht. udbetaling af støtte. Ikke alle descendenter har ret til at få udbetalt maksimumbeløb.

Det er således styrelsens vurdering, at klager ikke har en individuel, direkte, væsentlig og retlig interesse i sagen.

Øvrige forhold ift. partsstatus

Klager anfører flere steder, at bestyrelsen ikke overholder vedtægtskrav og er inhabil.

På baggrund af klagers henvendelse har styrelsen inddraget en række forhold i styrelsens tilsyn med fonden.

I styrelsens afgørelse af den 20. september 2016 overfor fonden, traf styrelsen afgørelse vedrørende en række konkrete forhold.

Det bemærkes i denne sammenhæng, at det er styrelsens vurdering, at manglende overholdelse af vedtægtskrav, retningslinjer mm. fører ikke til partsstatus for klager - heller ikke manglende overholdelse af pligt til annoncering.

Endelig anfører klageren, at klageren har et retskrav ifølge erhvervsfondslovens § 28, stk. 1.

Bestemmelsen omhandler visse vedtægtsbestemmelseres retsvirkning og medfører, at medlemmer af en bestemt familie eller visse familier ikke kan tillægges fortrinsret til uddelinger, herunder en eventuel rentenævnesret, eller særlige stillinger i fonden, til andre personer end de der lever på stiftelsesstedspunktet, samt eventuelt til en i forhold til disse ufoedt generation.

Bestemmelsen kan ikke give klageren et retskrav på at modtage uddelinger og dermed heller ikke partsstatus.


I forhold til afgørelsen af 20. september 2016 overfor fonden mener Er-
hvervsstyrelsen således, at klagen bør afvises, idet klageren ikke har partsstatus.

**Erhvervsstyrelsens vurdering**

I forhold til afgørelsen af 20. september 2016 overfor fonden mener Erhvervsstyrelsen, at klagen bør afvises, idet klageren ikke har partsstatus.

…”

Ved skrivelse af 24. april 2017 har klager supplerende anført:

…”

**Jeg fastholder, at jeg er part i sagen i henhold til Erhvervsfondsløven § 28, hvilket fremgår af min skrivelse til Erhvervsstyrelsen af 23. marts 2017, jf. bilag ... Erhvervsstyrelsen har ikke svaret på min skrivelse af 23. marts 2017.**

*For god ordens skyld skal jeg oplyse, at denne fremstilling af mine klager ikke indeholder punkter, der ikke tidligere har været fremlagt, ligesom alle sagens bilag tidligere er fremlagt i sagen. Da jeg ikke har partsstatus og dermed ikke aktindsigt, er jeg ikke bekendt med i hvilket omfang Styrelsen har behandlet mine klager.*

**Resume af sagen:**

Under henvisning til min skrivelse af 1. november 2015 til Erhvervsstyrelsen fastholder jeg, at de ændringer som bestyrelsen foretog af legatfondens vedtægter i 1979 og 2011, ikke er i overensstemmelse med stifteren B's vilje, jf. legatfundsens fra 1940, bilag ... og B's testamente fra 1938, der her kan bruges som fortolkningsgrundlag, jf. bilag ...

Testamentet og fundatsen fra 1940 er meget detaljerede og stifteren B (junior) har nøje beskrevet, hvordan hans formue skulle forvaltes og hvem der skulle have legat.

Legaterne i vedtægtens § 6 skulle tilgodeses i rækkefølge A - C, inden afkastet af formuen, kunne komme descendenterne i vedtægtens § 10 til gode. Legaterne kan søges af descendenter efter stifterens forældre O [x-slægt] (senior) og hans hustru og af descendenterne efter hans datter C, der er født udenfor ægteskab. C er min farmor.
For en god ordens skyld skal jeg oplyse, at fondsmyndigheden i 1996 godkendte bestyrelsens anmodning om, at A blev en erhvervsdrivende fond og i den forbindelse blev der stillet nogle kapitalkrav til fonden, der er opfyldt. Der blev ikke ansøgt om yderligere vedtægtsændringer i 1996, hvilket fremgår af bilag ...

**Klagerne omfatter følgende forhold i fonden:**


**I 1979 foretager bestyrelsen følgende vedtægtsændringer i den oprindelige fundats fra 1940:**

"... "Bestyrelsen for legatfondet skal bestå af 3 personer. Formanden, der skal være praktiserende jurist, udnævnes af Advokatrådet, normalt efter indstilling fra den siddende bestyrelse. "De to andre medlemmer kan enten vælges blandt de i § 6, 2. afsnit, nævnte legatarer eller blandt købmænd. I første tilfælde udpeges nye bestyrelsesmedlemmer af den siddende bestyrelse, i sidstnævnte tilfælde udpeges de af Grosserer-Societetet eller efter indstilling fra den siddende bestyrelse."

Bestyrelsen er omfattet af selvsuppleringsordningen, idet bestyrelsesmedlemmerne kan udpege nye medlemmer til bestyrelsen. Med ovennævnte ændring, skabes der mulighed for, at bestyrelsen kan udpege således, at det kun er en gren af familien, der har sæde i bestyrelsen, og det er i strid med stifterens vilje.

I den oprindelige fundats fra 1940 var der ikke tillagt familien nogen for-trinsret til at besætte pladserne i bestyrelsen.

Siden 1990 har X-slægts familien udgjort majoriteten i bestyrelsen.

Af bilag ... fremgår det, at P er i slægt med X-slægts familien.

Ny vedtægt tilføjes:

Side 6, § 6 stk. 4

"Efterlader en af de i § 6 anførte legatarer sig ægtefælle - med hvem samlivet ved dødsfaldet består - oppeører den efterladte ægtefælle
for sin livstid 70 % af de den afdøde tilkommende legatportioner efter de i nærværende fundats angivne regler”.


For at legalisere legatudbetalingerne til ægtefællerne ansøgte bestyrelsen i 2010, Civilstyrelsen om at godkende udvidelsen af legatarkredsen i § 6. Jf. fundatsen fra 1979, bilag ...

I ansøgningen til Civilstyrelsen af 16. september 2010, skriver advokat G:

Som en nyskabelse indførtes, at descendenternes ægtefæller blev sikret en livsvarig ret til at modtage 70 % af afdødes legatportioner. Dette følger B's tanker, idet der i testamentet var anført: ”min brordatter, L [x-slægt], i ægteskab med direktør Q, som såfremt hun måtte afgå ved døden før sin ægtefælle, afholder denne, så længe han lever, 20 portioner”. Gfr. testamentets. 12, punkt 3)

... Fortegnelse over legatarerne i fundatsen fra 1940:


S [y-slægt], der var descendent og legatar, afgik ved døden i 1990. Min far efterlod sig ikke livsarvinger. Civil stand ugift.


M [x-slægt], der var descendent og legatar afgik ved døden i 2008. Hans ægtefælle Y [x-slægt], der hverken var descendent eller legatar, afgik ved døden i 2015.


Å er legatar. Jeg er ikke bekendt med hans civil stand.

Det er rigtigt, at flere af legatarernes ægtefæller i § 6 er tillagt legatportioner, men det er personer, som stifteren B har kendt og har ønsket at tilgodesætte i sit testament.

Den personkreds, der i 2010 søges om legater til, er ikke nævnt i testamentet, idet det er personer stifteren aldrig har kendt. B har tillagt ægtefæller, der har været gift med descendenter en ret til at søge om legat på lige fod med de øvrige descendenter, jf. fundatsen fra 1940, § 10, bilag ...

Det har aldrig været stifteren B's tanke, at ægtefællerne for sin livstid skulle oppebære 70 % af de afdøde tilkommende legatportioner. Stifteren gør udtømmende op med legatarernes legater, idet det i testamentet på side 14, § 6, 2. afsnit, citat:

"Det er en selvfølge, at dersom nogen af de i denne § 6 under A - C nævnte personer skulle afgåer ved døden bortfalder de disse tillagte legatportioner." Min påstand underbygges af, at der i testamentet på side 15, afsnit 3, og i fundatsen fra 1940 § 6, 2. afsnit, er ligelydende vedtægter:

"Såfremt senere legatfondets udbytte måtte blive tilstrækkeligt f.eks. derved at en større del af de under A - C nævnte personer er afgået ved døden, og hensynet til bestemmelserne i § 7 nedenfor ikke måtte være til hinder herfor, vil portionerne for de tilbageværende under A - C nævnte personer kunne forhøjes til 600 kr. årligt".

Stifteren B har i sit testament nøje redegjort for, hvad der skulle ske med legatportionerne, når legatarerne afgik ved døden og hans vilje fremgår både af testamentet og af fundatsen fra 1940.

Bestyrelsen har derfor ikke kompetence til at foretage en vedtægtsændring, der er i strid med stifterens vilje og som går langt videre end der er hjemmel til i testamentet, side 15, § 6, 2. afsnit og i fundatsen fra 1940, jf. § 6, stk. 2.

På grund af de nære familielationer, havde bestyrelsen i 1979 ikke kompetence til at foretage en vedtægtsændring, der er i strid med stifterens vilje og som går langt videre end der er hjemmel til i testamentet, side 15, § 6, 2. afsnit og i fundatsen fra 1940, jf. § 6, stk. 2.

Bestyrelsen var inhabil på grund af de nære familiemæssige relationer til le-gatarernes ægtefæller, hvilket fremgår af nedennævnte.

I 1979 er legatbestyrelsen sammensat således:

... 

I 2010 består legatbestyrelsen af:

Advokat G er formand for bestyrelsen. De to øvrige bestyrelsesmedlemmer er direktør E og hendes datter F

Denne bestyrelse er også inhabil på grund af de nære familiemæssige relationer, hvorfor forholdet er omfattet af Forvaltningslovens kapitel 2, § 3, stk.
2. Beslutningen om at udvide kredsen med legatarernes ægtefæller er efter min opfattelse en utilbørlig handling, idet bestyrelsesmedlemmerne tilgodeser, Y, der er mor til E og mormor til F.

Ø er onkel til E. Forholdet er efter min opfattelse også omfattet af reglerne om inhabilitet i fondslovens kap. 2, § 3 stk. 3, da det er bestyrelsesmedlemmer fra X-slægts familien, der beslutter, at Ø skal have legat efter hans afdøde hustru H.

Da bestyrelsen i 2010 søger Civilstyrelsen om at godkende vedtægtsændringen i § 6, er det kun ægtefæller fra X-slægts familien, der er i live. Det er en forordeling af legater til X-slægts familien, og det er i strid med stifterens vilje og går langt videre end testamentet og fundatsen fra 1940 giver hjemmel til.

Det er bestyrelsens pligt, at efterleve stifterens vilje og overholde vedtægterne samt gældende lovgivning.

At Civilstyrelsen i 2011 godkender udvidelsen af legatarkredsen som ansøgt om i vedtægternes § 6, legaliserer ikke forholdet, idet Civilstyrelsen ikke har kompetence til at godkende vedtægtsændringer:

1. Der er i strid med stifterens vilje og går langt videre end testaments bestemmelser og den oprindelig fundats fra 1940, giver hjemmel til.

2. Civilstyrelsen har ikke kompetence til at godkende vedtægtsændringer, hvor bestyrelsen er omfattet af forvaltningslovens regelsæt om inhabilitet. Jf. forvaltningslovens § 3, stk. 2.

3. Civilstyrelsen kan ikke godkende vedtægtsændringer, der henhører under utilbøjelige dispositioner, der i henhold til erhvervsfondslovens § 63 anses for ugyldige.

Ved ansøgningen til Civilstyrelsen i 2010 har E og F foretaget en disposition, der åbenbart er egnet til at skaffe medlemmer af ledelsen eller andre en utilbøjelig fordel på fondens bekostning, hvorfor dispositionen er omfattet af Erhvervsfondslovens § 63.


Advokat G svarede:

"Når M og H stadig er nævnt som legatarer i den fundats, der blev godkendt af Civilstyrelsen den 25. maj 2011, hænger det sammen med, at de pågældendes ægtefæller modtog legatportioner med 70 % efter § 6, 4. Afsnit. Jf. Bilag ... ".
I 2011 er de tilbageværende legatarer i § 6:

T, der er descendent og legatar. Z, der er descendent og legatar. Å, der er legatar

I 2011 er de tilbageværende ægtefæller efter afdøde legatarer:

Y (enke efter descendent og legatar M) Ø (enkemand efter legatar H).

Bestyrelsen har gjort sig skyldig i en utilbørlig handling ved at efterleve en vedtægtsændring, der ikke var godkendt af en offentlig myndighed, jf. erhvervsfondslovens § 89. Bestyrelsen har med denne vedtægtsændring gået langt videre, end der var hjemmel til i testamentet side 15, 2. afsnit og fundatsen fra 1940 § 6, 2. afsnit. Stifteren har i fundatsen fra 1940 § 6, 2. afsnit præciseret, hvad der skal ske med legatarernes legatportioner, når de afgår ved døden.

Advokat G kan efter min opfattelse ikke fortolke stifterens tanker og motiver på en anden måde end den vilje, som B selv har givet udtryk for både i sit testamentet side 15, 2. afsnit og i fundatsen fra 1940 § 6, 2. afsnit. Jeg fastholder, at bestyrelsen ikke har haft kompetence til at iværksætte disse udbetalinger uden en godkendelse fra en offentlig myndighed, jf. erhvervsfondslovens § 89, hvorfor forholdet er omfattet af Erhvervslovens § 44, stk. 2. til 4.

Med ovennævnte begrundelse fastholder jeg, at den afgørelse Civilstyrelsen traf den 25. maj 2011 angående vedtægtsændringen af § 6, 4. afsnit ikke har legaliseret legatudbetalingerne til legatarernes ægtefæller, idet Civilstyrelsen ikke kan godkende en vedtægtsændring, der strider mod stifterens vilje, regelsættet i forvaltningsloven om inhabilitet kapitel 2 § 3, stk. 2 og utilbørlige dispositioner i Erhvervsfondslovens § 63.

I Betænkning om Fonde afgivet af det af Justitsministeriets den 14. juli 1978 nr.9701982 nedsatte udvalg:

Til § 7 side 51, 2 spalte, 2. afsnit:

*Det fremgår af forarbejderne til grundlovens § 84 og arvelovens § 68, at det ikke har været hensigten med disse bestemmelser at hindre oprettelsen af familiefonde. Afgørende for, om der er anordnet en forud fastlagt successionsordning, der indebærer, at de ved ordningen indsatte successorer har et retskrav på at nyde godt af formuen eller om familiemedlemmerne alene har adgang til andel i formuens afkast, således at valget mellem flere berettigede træffes af fondens bestyrelse på grundlag af de i fundatsen fastsatte regler.*

Af fundatsen fra 1940 § 10, 1. afsnit fremgår det, at det er nettoudbyttet der uddeles til legatansøgerne, hvorfor A [fond] ikke kan sidestilles med et fa-
miliefideikommis, hvor formuen går i arv fra generation til generation.

Hverken grundlovens § 84 eller arvelovens § 68 kan legalisere, at fondsbestyrelsen har frataget descendenterne deres fortrinsret og retten til at få legatmaksimum. Descendenterne har ikke krav på en del af formuen (den er der en gang for alle givet afkald på), men har kun en fortrinsret og et rets­krav. såfremt kapitalen giver et netto­udbytte, der kan overføres til legatfonden.

Af fundatsen fra 1940 § 10 fremgår det, at descendenterne skal (hvilket kan sidestilles med et retskrav) have udbetalt differencen mellem deres indtægt og legatets maksimumsbeløb. Det kan sidestilles med en successionsordning, hvorfor jeg har et retskrav på at modtage maksimumslegat. Grundlovens § 84 forbød oprettelse af familiefideikommis, hvorimod familiefonde ikke er nævnt i loven, og dermed ikke er omfattet af loven.

Ved vedtagelse af fondsloven i 1984 blev der indført begrænsninger for vedtægtsbestemte legatbeløb og fortrinsretten blev indskrænket således, at det kun var de personer, der levede på stiftelsestidspunktet og en i forhold til dem ufødt generation. der bevarede fortrinsretten, hvilket fremgår af fondslovens § 7. Det følger af denne lov, at kommende generationer skal ansøge om at få legat og at bestyrelsen er tillagt et skøn over hvilke descendenter, der skal have legat, ligesom bestyrelsen kan udøve et skøn over legatbeløbs størrelse.

Förtirnsretten til at få et vedtægtsbestemt legatbeløb, har været gældende helt frem til 1985, hvor fondslovens § 7 trådte i kraft. Bestyrelsen har derfor begået en utilbøjlig handling, ved allerede i 1979, at ændre vedtægtsens § 10 i fundatsen fra 1940, da der ikke var hjemmel dertil og det var i strid med stifterens vilje og den gældende lovgivning. Det var fortsat muligt at efterle­ve den gældende vedtægt i fundatsen fra 1940, stk. 10 [her: fundats af 1940 § 10].

Jeg fastholder, at bestyrelsen har haft kendskab til mine rettigheder. da regelsættet allerede fremgik af fondsloven § 7 fra 1984.

Bestyrelsen kan ikke med en vedtægtsændring fratage mig den ret, jeg er til­lagt i fondslovens § 7. Det er i strid med gældende lovgivning og stifterens vilje Jf. fundatsen fra 1940. § 10. Jf. bilag ...


Fundats for A, side 1.


Det er et ultimativt krav fra Justitsministeriet, at bestyrelsens samtykke skal
foreligge og der er ikke i nærværende sag fremlagt en underskrevet fundats for 1979.


Jeg fastholder, at fundatsen fra 1979 skal fremlægges til dokumentation for, at Civilstyrelsen har været i besiddelse af det samtykke fra bestyrelsen, der kræves for, at styrelsen kan godkende en vedtægtsændring.

**Bestyrelsen undlader at annoncere efter descendenter:**
Det fremgår af fundatsen fra 1979 § 9, at bestyrelsen er pligtig til at annon­cere efter descendenter i landsdækkende medie. Bestyrelsen opfylder aldrig denne vedtægtsbestemmelse, hvorfor forholdet er omfattet af erhvervsfond­sloven § 44 stk. 2-4.

Jeg fastholder, at bestyrelsen har holdt os i bevidst uvidenhed om vores ret til at søge om legat ved at undlade at avertere efter descendenter. E har kendt til vores eksistens, da hendes forældre M og Y kom i mit barndoms­hjem.

…

**Annoncering i landsdækkende medie bortfalder:**
*Side 7, § 9, stk. 1*

Ansøgning efter descendenter i landsdækkende medie bortfalder og ansø­ge­re til et legat skal nu melde sig til bestyrelsen. Bestyrelsens forpligtigelse til at annoncerer efter descendenter til legat er hermed ophørt.

…

**Jf. af Bekendtgørelse af lov om fonde og visse foreninger, jf. lovbe­kendtgørelse nr. 698 af 11. august 1992 med ændringer.**

Til § 32, § 33 og § 34.

§ 33 stk. 2. Fondsmyndigheden kan beslutte, at en vedtægtsændring skal ændres, hvis den strider mod lovgivningen eller oprettelsesdokumentet for fonden.

Fondsmyndigheden er ikke i nogen af de ovennævnte paragraffer tillagt en kompetence, til at godkende en vedtægtsændring der går videre end lovgiv­ningen tillader, med mindre vedtægten har vist sig ikke at kunne efterleves eller er uhensigtsmæssig.

Ovennævnte regelsæt om vedtægtsændringer var også gældende i 2011, hvor Civilstyrelsen godkendte de vedtægtsændringer, som bestyrelsen havde besluttet i 1979.
Civilstyrelsen har ikke kompetence til at fratage mig den ret, som fremgår af Erhvervsfondslovens § 28, hvor min fortrinsret til at modtage legat er fastholdt. Jeg har derfor et retskrav på at få legat og min ret til at modtage maksimumslegat er ikke ændret i forhold til ordlyden i fundatsen fra 1940 § 10.

Af Betænkning om Fonde af 14. juli 1978 betænkning nr. 970 1982 fremgår det:

På side 73, spalte 2, afsnit 5:

Af hensyn til registreringen og kontrollen med fondene må det være en naturlig forudsætning, at ændringerne af vedtægterne anmeldes til fondsregisteret og fondsmyndigheden inden en kortere frist efter vedtagelsen.

Kapitel 10, Anmeldelse og registrering, § 35, stk. 3

Ændring i fundats eller ændring i forhold, hvorom anmeldelse er sket, skal anmeldes inden en måned til AIS-registeret.

I denne sag hengår der 6 år, før bestyrelsen fremsender fundatsen fra 1979 til registrering i aktieselskabsregisteret, hvor den er stemplet modtaget i 1985. Den fundats, der ligger i arkivet er ikke underskrevet.

…

I skrivelse af 20. september 2016 godkender Erhvervsstyrelsen, at I's efterkommere er descendenter, jf. side 3, afsnit 7.

"Det fremgår af fondens fortegnelse over uddelingerne fra 2012-2015, vedlagt brev af 28. april 2016, at fonden har uddelt legater til efterkommere af L, I, og C. Beløbsmæssigt har de to grene modtaget nogenlunde ligeligt..."

Erhvervsstyrelsen har ingen bemærkninger til fondens uddelinger".

…

Med baggrund i ovennævnte redegørelse fastholder jeg, følgende påstande: I A:

• at bestyrelsen skal fratræde i henhold til erhvervsfondslovens § 45 reguleret efter § 44, stk. 2-4.

• at jeg har partstatus
• at jeg har ret til at få udbetalt maksimumslegat i perioden 2011-2016 i alt kr. 638.000. Jf. bilag ... I henhold til Erhvervsfondslovens § 28 og fundatsen fra 1940 § 10.
• at C's børnebørn, der er den første ufødte generation i henhold til erhvervsloven § 28, får tillagt deres rettigheder. Jf. fun-datsen fra 1940 § 10.
• at legatudbetalingerne til l's efterkommere skal ophøre, da hans
adoptivdatter og hendes efterkommere ikke er descendenter og forholdet er i strid med stifterens vilje, jf. testamentet af 1938 og fundatsen fra 1940 § 10.

- at C's navn skal fremgå, når der søges efter descendenter.

…”

Ankenævnet udtaler:

Part i en erhvervsfondssag må i overensstemmelse med det almindelige partsbegreb i dansk forvaltningsret anses som den. en forvaltningsafgørelse er adresseret til - i fondsmyndighedssager mod erhvervsdrivende fonde således fonden, repræsenteret ved bestyrelsen - og herudover vil den, som har en direkte, væsentlig, individuel og retlig interesse i en sagens udfald kunne anses som part.

Til støtte for at K er part, har hun gjort gældende, at testamentet af 10. september 1938 og § 28 i lov om erhvervsdrivende fonde indebærer et retskrav for hende på udelDELING af fondens legatmidler.

Ehvervsankenævnet bemærker, at der som udgangspunkt ikke kan støttes ret på et testamente, efter at fonden er stiftet. Efter fondens stiftelse er det således fondsvedtægterne, der er gældende, og et testamente, der udtrykker stifters vilje, kan alene indgå som fortolkningsbidrag, herunder således også ved vurderingen af spørgsmålet om partsstatus. Der kan heller ikke støttes ret på lov om erhvervsdrivende fonde § 28, allerede af den grund, at A er stiftet før 1. januar 1985, jf. lovens § 133, stk. 4.

Det følger af § 77, 1. pkt. i lov om erhvervsdrivende fonde, at det påhviler bestyrelsen at foretage uddeling i overensstemmelse med § 78 til de formål, der er fastsat i vedtægten, jf. § 27, stk. 1, nr. 10.

Af lovbemærkningerne til § 77 (Lovforslag nr. L 154 af 12. marts 2014) fremgår blandt andet følgende om udelingerne:

"Hvis det fremgår af vedtægten, at der er flere udelingsformål og dermed flere udelingsberettigede, må der ikke over en årrække ske en ensidig begunstigelse af det ene område på bekostning af de øvrige angivne områder. Over en given tidsperiode skal der således være en rimelig balance i ude-
lingerne til samtlige uddelingsformål, og at der ikke konsekvent uddeles til nogen på bekostning af andre uddelinger(...)“.

Klager, der er descendent efter stiften af A, har gjort gældende, at fondens bestyrelse har foretaget en ensidig begunstigelse af den ene familiegren. hvorved ”Y-slægtsgrenen” ikke er blevet tilgodeset i samme omfang, som det efter stifters vilje var tilsigtet.

Erhvervsstyrelsens afgørelse er ikke adresseret til klager, som heller ikke ved navns nævnelse tillagt en særlig ret i henhold til vedtægterne i A [fond].

Navnlig under hensyn til den nugældende uddelingsbestemmelse i fondens vedtægters § 8, hvori det hedder, at ”Efter ansøgning skal enhver descendent (...) have ret til støtte efter følgende regler” sammenholdt med den efterfølgende ordlyd af bestemmelsen finder ankenævnet imidlertid efter en samlet og konkret vurdering, at klager har en sådan direkte, væsentlig, individuel og retlig interesse i sagens udfald, at hun kan anses som part i spørgsmålet om fondsmyndighedens tilsyn med fondsbestyrelsens varetagelse af opgaven med uddeling af midler i overensstemmelse med de formål, der er fastsat i vedtægten.

På denne baggrund skal ankenævnet for så vidt angår klagepunktet vedrørende fondens uddelingspolitik, herunder navnlig klagers påstand om, at have ”haft krav på at få fuldt legat, hvilket [klager] ikke har fået” hjemvise sagen til Erhvervsstyrelsen til fornyet behandling.
14) Kendelse af den 17. juli 2017 (J.nr. 2015-14293)
Nægelse af tilladelse til vedtægtsændringer i erhvervsdrivende fonds fundats.
Lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1 og stk. 2.
(Sys Rovsing, Carsten Møllekilde, Knud T. Martens, Susanne Nielsen og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

Den 20. september 2015 anmodede Erhvervsstyrelsen Civilstyrelsen om at meddele samtykke til visse ændringer i vedtægten for A Fond.

I CivilstyrelSENS afgørelse af 30. september 2015 er det anført:

"…
Civilstyrelsen samtykker i ændringerne af vedtægternes §§ 3 og 11, bortset fra ændringerne i § 11 B. b, og § 11 B. c, nr. 1, stk. 3.
Afgørelsen er truffet efter lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2, hvor-efter fondsmyndigheden skal indhente Civilstyrelsens samtykke ved æn-
dring af vedtægtsbestemmelser om formål eller uddelinger og ved fondens likvidation i henhold til § 107, før tilladelse i henhold til stk. 1 kan medde-
les. Efter Civilstyrelsens praksis er betingelserne for at ændre en formålsbe-
stemmelse, at bestyrelsen ikke længere kan uddele til formålet, eller at for-
målet er blevet klart uhensigtsmæssigt. Denne praksis støttes på forarbejderne til fondsloven."
1. Vedtægtens § 11 B. b, har følgende ordlyd:

B. Af de herefter disponible midler af årsresultatet uddeles legatportioner til:

b. Derudover skal fondsbestyrelsen af disponible midler tillige forlods uddele
2,6 mio. kr. ligeligt til de 13 efterkommere af 2. generation, fordelt in captia mellem disse. Efterhånden som disse dør, overføres den legatportion, der tilkom det enkelte familiemedlem, til lige deling mellem alle efterkommere i den næste generation, ligeledes fordelt efter et captia princip inden for vedkommende generation. Samme princip følges i 3. og senere generationer ved ethvert familiemedlems død.”

Bestemmelsen ønskes ophævet.


Endvidere fremgår det af brevet, at advokat K finder bestemmelsen uhensigtsmæssig ud fra en administrativ betragtning, idet bestemmelsen medfører, at der skal uddeles ca. 2.000 kr. til ca. 60 tipoldebørn. Bestyrelsen finder det desuden problematisk, at såfremt bestemmelsen skulle følges efter sin ordlyd, skal der uddeles til personer under 25 år, hvilket ikke harmonerer med fondens hidtidige praksis.

Civilstyrelsen finder det ikke godtgjort, at det er blevet umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at efterleve bestemmelsen.

Civilstyrelsen har lagt vægt på ovenstående oplysninger samt at det ikke er umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at opfylde bestemmelsen.

Civilstyrelsen har endvidere lagt vægt på formuleringen ”[…] Samme princip følges i 3. og senere generationer ved ethvert familiemedlems død.” i vedtægtens § 11 B. b.

Efter styrelsens opfattelse er bestemmelsen således af stifter udformet således, at de disponible midler uden hensyntagen til beløbsstørrelsen skal overføres til lige deling mellem 3. og senere generationer, efterhånden som de 13 efterkommere til 2. generation afgår ved døden.

Civilstyrelsen kan derfor ikke samtykke i ophævelsen af vedtægtens § 11 B. b.

2. Vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, har følgende ordlyd (uddrag):
B. Af de herefter disponible midler af årsresultatet uddeles legatportioner til:

c. Slægtningen af [erhvervsdrivende] B og C efter nedenstående generelle principper:

1) Slægtslegater:
Bestyrelsen fastsætter hvert år det totale beløb, fondet skal uddele i slægtledslegater. Dette slægtledslegatbeløb opdeles i samlede legatbeløb til hvert enkelt slægtled, eksempelvis børnebørns generationen, oldebørns generationen, tip-oldebørns generationen. Fordelingen er baseret på antallet af familiemedlemmer over 25 år i hver enkelt generation.

Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtledet efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i de enkelte slægtled (capitaprinippet).

 [...]"

Bestemmelsen ønskes ændret til (uddrag):

"B. Af de herefter disponible midler af årsresultatet uddeles legatportioner til:

c. Slægtningen af B og C efter nedenstående generelle principper:

1) Slægtslegater:
[...] Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtledet efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i hver aldersgruppe indenfor de enkelte slægtled (capitaprinippet). En "aldersgruppe" er, indenfor hvert slægtled, gruppen af personer i alderen 25-29 år, 30-34 år, 35-39 år, 40-44 år osv. Et familiemedlem indplaceres i en given aldersgruppe på grundlag af sin alder den 1. januar i det år, hvori uddelingen finder sted [...]."

Det fremgår af advokat K’s brev af 14. august 2015, at bestemmelsen ønskes ændret, således at der gives mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper modsat i dag, hvor alle medlemmer i hvert slægtled modtaget præcis det samme beløb.

Ændringen medfører, at det indenfor et slægtled ikke er nødvendigt at give alle præcis det samme beløb, men at man har mulighed for at give forskellige beløb til de i bestemmelsen foreslåede aldersgrupper. Alle i en aldersgruppe vil modtage det samme beløb.

Baggrunden for ønsket om ændringen er, at der indenfor de enkelte slægtled er en meget stor aldersmæssig spredning. Bestyrelsen vil gerne have mulighed for at variere beløbene indenfor de enkelte slægtled, således at der kan uddeles forskellige beløb alt afhængig af de pågældendes ældre indenfor
hvert slægtled.

Civilstyrelsen har lagt vægt på ovenstående oplysninger.

Civilstyrelsen finder det herefter ikke godtgjort, at det er blevet umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at efterleve bestemmelsen. Efter Civilstyrelsens opfattelse medfører de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen endvidere, at der sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden fra de pågældende medlemmer af de enkelte slægtled, idet bestyrelsen med den foreslåede tilføjelse til bestemmelsen ønsker at sondre mellem forskellige aldersgrupper indenfor hvert slægtled.

Civilstyrelsen kan på denne baggrund ikke tillade de ønskede tilføjelser til vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3. …

Civilstyrelsens afgørelse blev efter anmodning fra advokat K revurderet med henblik på at omgøre Civilstyrelsens afgørelse af 30. september 2015. Civilstyrelsen traf den 29. februar 2016 afgørelse efter fornyet gennemgang af sagen. I afgørelsen hedder det:

“…


Efter fornyet gennemgang af sagen kan Civilstyrelsen samtykke til delvis ændring af vedtægtens § 11 B. b, men fastholder sin afgørelse af 30. oktober 2015 for så vidt angår vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3.


Civilstyrelsen kan på baggrund af ovenstående tillade, at 2. og 3. pkt. i § 11 B. b, ophæves.

2. For så vidt angår vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, har fonden til støtte for anmodningen om genoptagelse blandt andet anfört, at man ved ændringen af bestemmelsen i 2001 og indførelsen af capita-princippet ikke havde taget højde for den store aldersspredning, der ville forekomme i de enkelte slægtsled. Fonden finder det på den baggrund klart uhensigtsmæssigt, at man alene har mulighed for at
differentiere inden for hvert slægtsled, idet man i så fald kan komme i en situation, hvor et familiemedlem på 30 år vil få samme uddeling som et familiemedlem på 50 år. Fonden har endvidere anført, at en bestemmelse om inddeling af familien i aldersgrupper er i overensstemmelse med stifters vilje.

Civilstyrelsen finder fortsat ikke, at det er umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at uddele til formålet, og Civilstyrelsen fastholder derfor efter en fornyet gennemgang af sagen sin afgørelse vedrørende § 11 B, c, nr. 1, stk. 3. Civilstyrelsen finder således ikke, at det, som fonden anførte på mødet den 4. december 2015, kan føre til et andet resultat.

Civilstyrelsen har – som anført i styrelsens brev af 30. oktober 2015 – lagt vægt på, at de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen efter styrelsens opfattelse endvidere medfører, at der sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden fra de pågældende medlemmer af de enkelte slægtled, idet bestyrelsen med den foreslåede tilføjelse til bestemmelsen ønsker at sondre mellem forskellige aldersgrupper indenfor hvert slægtled.

Advokat K har i skrivelse af 24. juni 2016 indsendt fondens præciserende klagepunkter, hvor det er anført:

"... Herved påklages Erhvervsstyrelsens afgørelse af 31. maj 2016, som fremsendt med e-mail nedenfor.


Jeg vil senere indsende en udførlig klagebegrundelse. Foreløbig bemærker jeg derfor blot følgende om det centrale i Fondens klagepunkter:

1. **Afgørelsen af 31. maj 2016**

Det er Fondens opfattelse, at den ønskede ændring af vedtægtens § 11 B, c, nr. 1, vedrører en forvaltningsbestemmelse, og ikke en formåls-/uddelingsbestemmelse. Den ændring, som Fonden har ønsket, kræver derfor **ikke** Civilstyrelsens samtykke.

2. **Afgørelsen af 6. marts 2016**

Det er Fondens opfattelse, at den ønskede ændring af Fundatsens § 11 B, c, nr. 1 bør tillades. Der kan ikke under de foreliggende omstændigheder stilles krav om, at efterlevelse af bestemmelsen skal være umulig eller klart uhensigtsmæssig. Det er efter Fondens opfattelse tilstrækkeligt, at Fonden kan påvise, at efterlevelsen af bestemmelsen er uhensigtsmæssig. Bestemmelsen hidrører ikke fra stifteren. Bestemmelsen er - i hvert fald med den fortolkning, der nu anlægges af Fondsmyndighederne - ikke i harmoni med stifters vilje, idet stifteren ønskede, at Bestyrelsen skulle have et frit skøn. Den i

Dernæst er Fonden meget betænkelig ved den del af afgørelsen, der henviser til "berettigede forventninger" hos familien. Det er et fundamentalt fondsrettligt princip - som også fremgår direkte af Fundatsen - at ingen har retskrav på uddelinger fra Fonden.

Det er min opfattelse, at Erhvervsankenævnet er fuldt ud kompetent til at behandle alle dele af denne sag, det vil sige også de dele af sagen, der vedrører kravet om samtykke fra Civilstyrelsen. Med indførelsen af den dobbelte klageadgang til henholdsvis Erhvervsankenævnet og Domstolene, jf. Erhvervsfondslovens § 130, ønskedes en sidestilling af klagebehandlingen hos henholdsvis Erhvervsankenævnet og Domstolene, således at det i enhver konkret sag er op til Fonden, om man vil gå til Erhvervsankenævnet eller Domstolene. En begrænsning af Erhvervsankenævnets kompetence har ingen støtte i hverken lovens ordlyd eller forarbejder. Tværtimod fremgår det klart af de almindelige bemærkninger til lovforslaget, herunder ændringen i lov om Erhvervsankenævnet (pkt. 2.4.17.2), at meningen med at lade Erhvervsankenævnet tiltræde af sagkyndige medlemmer var at sikre, "at der i Erhvervsankenævnet er en række personer, der besidder den nødvendige viden i forhold til at kunne forstå erhvervsdrivende fondes vedtægter og fondens konkrette forhold, og som evner at fortolke stifters hensigt og ønsker, når fondsmyndighedens skønsmæssige afgørelser om eksempelvis samtykke til vedtægtsændringer eller ekstraordinære dispositioner prøves i nævnet." (min fremhævning).

Advokat K har i skrivelse af 16. august uddybet sin begrundelse for klagen:

...
1.3 Som begrundelse herfor anfører jeg primært, at Erhvervsstyrelsens tilladelse til den ønskede vedtægtsændring ikke kræver Civilstyrelsens samtykke, da den ønskede ændring ikke indebærer en ændring af fondens formål, uddelingsformål eller fondens opløsning, og at ændringen derfor ikke er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2.

1.4 Hvis ankenævnet vurderer, at Erhvervsstyrelsens tilladelse til den ønskede vedtægtsændring fordrer samtykke fra Civilstyrelsen, anfører jeg subsidiært, at Erhvervsankenævnet er kompetent til at prøve Civilstyrelsens afgørelse om afslag på samtykke, der kan danner baggrund for Erhvervsstyrelsens afgørelser, og at Civilstyrelsen ikke har tilstrækkeligt grundlag for at afvise den ønskede vedtægtsændring, og at ændringen derfor skal tillades i medføl af lov om erhvervsdrivende fonde § 89.

2 Kort om A Fond og baggrunden for den ønskede fundatsændring om opdeling i aldersgrupper

2.1 A Fond er en erhvervsdrivende familiefond, etableret i 19.., som ifølge sin fundats har tre formål:

at besidde og administrere sin aktiebeholdning i D A/S og derved medvirke til, at dette selskab stedse tilsikres den bedste mulige udvikling i økonomisk og kommerciel ledelse, og derved tillige sikre, at selskabet til enhver tid har den bedst mulige ledelse,

at yde støtte til slægtninge af B,

at yde støtte til alment velgørende eller på anden måde almennyttige formål.

2.2 A Fond er i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde moderfond for D A/S og ejendomsselskabet E A/S. Via sine dattervirksomheder havde A Fond-koncernen i alt 1.548 fuldtidsbeskæftigede i 2015 og opnåede en omsætning på 1.744,1 millioner kr.


2.4 De i 2015 uddelte 130 millioner kr. til familieformal er - som i tidligere år - uddelt i overensstemmelse med fundatsens regler til en række efterkommere af fondens stifter.

2.5 Antallet af personer i de forskellige slægtsled efter stifteren (børnebørn, oldebørn, tipoldebørn og tiptipoldebørn) er - og forventes fortsat
at være - stigende. Samtidig er aldersforskellen mellem efterkommere
ne i de enkelte slægtsled stigende. Efter nogenlunde håndterlige al
dersforskelle i børnebøns- og oldebønsgenerationen, kan der nu kon
stateres betydeligt større aldersfor skel i tipoldebønsgenerationen, og
den tendens vil være kraftigt stigende med de kommende generationer
(det første tipoldebarn er født i 2014). Aldersforskelle på 20-30 år
eller mere må fremadrettet forventes i de enkelte slægtsled. I tipolde-
bøns generationen er aldersspændet 30 år, og det er erfaringen, at
spændet typisk vil stige med mindst 10 år for hver generation.

2.6 Det er en stor og ansvarsfuld opgave for fondsbestyrelsen at foretage
en forsvarlig forvaltning af fondens formål og uddele til familien på en
måde, der altovervejende opfattes som fair og rimelig. Det var stifte-
rens vilje i 19.., at bestyrelsen skulle have et frit skøn til at bestemme
størrelsen af de legatportioner, der hvert år måtte tilfalde de enkelte
støtteberettigede medlemmer i familien. Denne frie skønsmæssige be-
føjelse blev imidlertid med fondsmyndighedens samtykke ændret af
fondens daværende bestyrelse i 2001. Man indførte et nyt begreb
(slægtsledslegat) og et per capita-uddelingsprincip for fondens slægt-
sledslageter, således at alle medlemmer i et givet slægtsled i B og C-
familien skal modtage samme beløb. Hovedbegrundelsen for denne
ændring var at muliggøre, at også bestyrelsesmedlemmer i fonden, der
samtidig var støtteberettigede familiemedlemmer, kunne modtage le-
gater (formanden skal være fra familien). Det skal bemærkes, at legat-
portionerne på daværende tidspunkt var relativt beskedne. I perioden
frem til år 2000 havde fonden således kun et enkelt år uddelt familie-
legater på mere end 10 millioner, mens de samlede familieuddelinger
fra fonden op gennem 00'erne lå i niveauet ca. 10-20 millioner kr. år-
ligt. Der er intet, der tyder på, at fondens daværende bestyrelse havde
forestillet sig udlojningerne på det nuværende niveau; et udlojningsni-
veau der alene er muliggjort som følge af den meget gunstige udvik-
ing i fondens formue, ikke mindst efter salget af F [virksomhed].

2.7 Fondens nuværende bestyrelse vurderer fundatsbestemmelsen om, at
alle medlemmer i et enkelt slægtsled skal have nøjagtigt det samme
beløb, som værende særdeles uhensigtsmæssig for bestyrelsens muli-
heder for fremadrettet at tilrettelegge en hensigtsmæssig struktur
for uddelingerne til familiens medlemmer. Denne opfattelse deles af
de fem familierepræsentanter, der fast deltager i fondens bestyrelses-
møder og øvrige arbejde. Disse familierepræsentanter fungerer som
bindeled mellem fondens bestyrelse og familien. Den ønskede fundatsændring om opdeling i aldersgrupper har således været i en
"uformel høring" i familien og har familiens opbakning.

2.8 Kort fortalt betyder den nuværende regel i fundatsen, at fondsbestyrel-
sen er tvunget til at give et familiemedlem i et givet slægtsled nøjag-
tigt det samme som ethvert andet familiemedlem i det pågældende
slægtsled, uanset en endog potentiel meget betydelig aldersforskels
og dermed meget forskellige livssituationer, modenhed og behov. Et ungt
menneske på 25 år under uddannelse har en anden livssituation og et
helt andet og lavere økonomisk behov end en 40-45-årig med ægtefælle, børn, fast ejendom og andre forpligtelser. Sagt på en anden måde så er konsekvensen af den nuværende bestemmelse, at fondsbestyrelsen er nødsaget til enten at give en række af uddelingsberettigede et beløb, der ikke er afpasset i forhold til personernes modenhed og livssituation eller alternativt at give andre af de uddelingsberettigede i samme slægtsled mindre, end der passer til de pågældendes livssituation, også vurderet relativt i forhold til størrelsen af slægtsledslegaterne i det foregående slægtsled.

2.9 Fondsbestyrelsen og familien ærger sig over, at bestyrelsen i 2001 ikke dengang søgte om opdeling i aldersgrupper, altså præcis den type fundatsændring, der søges om i dag. Det er fondsbestyrelsens opfattelse, at såfremt man i 2001, hvor det ældste tipoldebarn for øvrigt var 14 år, havde været tilstrækkeligt forudsæende, ville den daværende fondsmyndighed uden problemer have imødekommet fondens ønske. En imødekommelse af ønsket om opdeling i aldersgrupper er således mere i tråd med stifterens ønsker om et fuldstændigt frit skøn, end den fundatsændring man dengang fik igennem, hvor fondsbestyrelsens frie skøn blev underlagt en - som det må konstateres i dag - for rigoristisk og firkantet regel, der reelt fjerner bestyrelsens mulighed for at afpasse slægtsledslegaterne efter rimeligheden og det typiske behov i en given aldersgruppe.

2.10 Formålet med den ønskede fundatsændring om inddeling i aldersgrupper er således i al enkelthed at bringe fundatsen tættere på stifterens ønsker, at afbøde uheldige virkninger af den i 2001 foretagne fundatsændring, og fremadrettet at sikre de fornødne rimelighed og stabilitet om familielegaterne. Bestyrelsen opfatter det som en pligt og i fondens klare interesse at rette op på situationen og justere fundatsen med aldersgrupper som ønsket.

2.11 For fuldstændigheds skyld skal det understreges, at ingen i familien bestyrelsen bekendt opfatter ønsket om inddeling i aldersgrupper som "et indgreb i velerhvervede rettigheder" eller lignende. Det vil også være et vanskeligt argument, idet ingen har krav på legatydelser fra fonden, og ingen kan vide sig sikker på størrelsen af det legatbeløb i det enkelte slægtsled, som bestyrelsen måtte beslutte. Man kan også udtrykke det på den måde, at familien selvsagt ikke gennem fundatsændringen i 2001 har opnået større krav på/forventning om ydelser fra fonden, end de havde på baggrund af 19...fundatsens ordlyd.

2.12 Endelig bemærkes, at per capita-bestemmelsen i fundatsens § 11 B c, nr. 1, stk. 3, i sig selv er en ret så usædvanlig bestemmelse. De fleste fundater overlader det til bestyrelsens frie skøn at træffe beslutning om størrelsen af legater til støtteberettigede familiemedlemmer. Man kunne for fundatsændringen i 2001 have valgt at fordele efter per capita-princippet som administrativ praksis uden fundatsændring, men dette ville betyde, at fonden ikke kunne udlodde til fondens daværende familiebestyrelsesmedlemmer, og dette ville igen medføre vanske-
ligheder med at få noget medlem af den B og C slægt til at påtage sig det efter fundatsen foreskrevne formandshverv i fonden.

3 Sagens forløb hos fondsmyndigheden

3.1 Den 14. august 2015 anmodede A Fond om samtykke til en række ændringer i vedtægterne for fonden, herunder af vedtægten § 11 om udelinger. En af de ønskede ændringer er den nævnte ændring af vedtægten § 11 B. c, nr. 1, med præcisering af fondsbestyrelsens mulighed for at uddele slægtslegater i aldersgrupper, således at alle medlemmer i hvert slægtsled ikke længere skal modtage præcis det samme beløb.

3.2 Den 20. september 2015 skrev Erhvervsstyrelsen til Civilstyrelsen, blandt andet at styrelsen finder de ønskede ændringer velbegrundet, og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til ændringerne, herunder ændringerne af § 11 vedrørende fondens udelinger. Styrelsen konstaterer dog samtidigt, at styrelsens tilladelse til visse af de ønskede ændringer kræver Civilstyrelsens samtykke. Dette gælder bl.a. andet ændringen af vedtægten § 11 om fondens udelingsformål, og Erhvervsstyrelsen anmoder derfor om Civilstyrelsens samtykke til de ændringer, der forudsætter dette.

3.3 Den 30. oktober 2015 meddelte Civilstyrelsen til Erhvervsstyrelsen, at de kunne samtykke i visse af de ønskede ændringer, dog ikke ændringerne af vedtægten § 11 B. b, og § 11 B. c, nr. 1, stk. 3.


3.6 Den 29. februar 2016 meddelte Civilstyrelsen til Erhvervsstyrelsen, at deres revurdering af sagen nu var afsluttet. Udfaldet af revurderingen var blevet, at Civilstyrelsen nu kunne meddele samtykke til en delvis ændring af vedtægten § 11 B. b, mens Civilstyrelsen fastholdt sin afgørelse i forhold til den ønskede ændring af vedtægten § 11 B. c, nr. 1, stk. 3 (om aldersgrupper), som der således fortsat ikke kunne meddeles samtykke til.

3.7 I forlængelse af Civilstyrelsens brev af 29. februar 2016 traf Erhvervsstyrelsen den 2. marts 2016 afgørelse i sagen, herunder at den ønskede
ændring af vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, fortsat ikke kunne tillades, da en forudsætning for Erhvervsstyrelsens tilladelse til denne ændring var Civilstyrelsens samtykke.


3.10 Den 31. maj 2016 meddelte Erhvervsstyrelsen, at Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen er enige om, at ændring af en forvaltningsbestemmelse alene er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1, og dermed ikke kræver Civilstyrelsens samtykke, og at dette også gælder i de tilfælde, hvor en forvaltningsbestemmelse er anført i en formåls- eller uddelingsbestemmelse. Det fremgår dog videre af Erhvervsstyrelsens mail, at de to styrelser er enige om, at bestemmelsen i § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, i vedtægten for A Fond ikke kan anses for at vedrøre en forvaltningsbestemmelse, men derimod har karakter af at være en formåls-/uddelingsbestemmelse. Erhvervsstyrelsen fastholder derfor sin afgørelse af 31. marts 2016, hvorefter jeg ved mail af 24. juni 2016 indbragte denne afgørelse for ankenævnet, ligesom jeg fastholdt mine klager over styrelsens tidligere afgørelser i sagen.

4 Kort oversigt over fondens påstande

4.1 Som nævnt indledningsvis er det min opfattelse, at Erhvervsankenævnet i sin kendelse skal ophæve Erhvervsstyrelsens afgørelser af 8. november 2015, 6. marts 2016 og 31. maj 2016 og meddele tilladelse i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 89 til den påtænkte ændring af § 11 B. c, nr. 1, i fondens vedtægt.

4.2 Som begrundelse herfor anfører jeg primært, at Erhvervsstyrelsens tilladelse til den ønskede vedtægtsændring ikke kræver Civilstyrelsens samtykke, da den ønskede ændring ikke indebærer en ændring af fondens formål, uddelingsformål eller fondens oplysning, og at ændringen derfor ikke er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2.

4.3 Hvis ankenævnet vurderer, at Erhvervsstyrelsens tilladelse til den ønskede vedtægtsændring forder, forudsætter samtykke fra Civilstyrelsen, anfører jeg subsidiært, at Erhvervsankenævnet er kompetent til at
prøve Civilstyrelsens afgørelse om afslag på samtykke, der kan danner baggrund for Erhvervsstyrelsens afgørelser, og at Civilstyrelsen ikke har tilstrækkeligt grundlag for at afvise den ønskede vedtægtsændring, og at ændringen derfor skal tillades i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 89.

5 Den primære påstand: Erhvervsstyrelsens tilladelse til den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond forudsætter ikke Civilstyrelsens samtykke

5.1 Hovedreglen i lov om erhvervsdrivende fonde er, at det ved en ændring af vedtægten for en erhvervsdrivende fond er et krav, at fondsmyndigheden tillader ændringen, medmindre der er tale om en vedtægtsændring som konsekvens af en kapitalforhøjelse, jf. lovens § 89, stk. 1.

5.2 I lovens § 89, stk. 2, er der en undtagelse hertil, idet det af denne bestemmelse fremgår, at hvis der er tale om en ændring af vedtægternes bestemmelser om fondens formål eller uddelingsformål, er det en betingelse for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen samtykker i ændringen.

5.3 I de almindelige bemærkninger i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014, er der anført følgende i punkt 2.4.10. om vedtægtsændringer:

2.4.10. Vedtægtsændringer

... Det foreslås, at lovforslaget udtrykker den reelle hovedregel, hvorefter en vedtægtsændring alene kræver fondsmyndighedens tilladelse. Samtidig fremgår det direkte af lovforslaget, at ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål eller uddeling samt ved frivillig likvidation skal Civilstyrelsens samtykke indhentes, før fondsmyndighedens tilladelse gives. Samtidig bortfalder behovet for bekendtgørelse på området, således at fondene og rådgivne direkte af loven kan se, hvorledes de skal forholde sig i disse situationer.

...

5.4 I overensstemmelse med sædvanlige juridiske fortolkningssprincipper skal undtagelser fortolkes indskrænkende, hvilket gør, at Civilstyrelsens samtykke alene er en forudsætning for Erhvervsstyrelsens tilladelse som fondsmyndighed, hvis der er tale om en ændring af fondens egentlig formål eller uddelingsformål. Jeg har noteret mig, at såvel Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen er enige heri, idet det fremgår af Erhvervsstyrelsens mail af 31. maj 2016:

Civilstyrelsen og Erhvervsstyrelsen er enige om, at forvaltningsbestemmel-
ser i en erhvervsdrivende fonds vedtægt alene er omfattet af LEF § 89, stk. 1. Dette gælder også tilfælde, hvor en forvaltningsbestemmelse er anført i formåls- eller uddelingsbestemmelsen.

5.5 Det afgørende er herefter, om den pågældende bestemmelse i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond har karakter af at være en uddelingsformålsbestemmelse eller en forvaltningsbestemmelse.

5.6 Den nuværende ordlyd af den pågældende vedtægtsbestemmelse er:

1) **Slægtledslegater:**

Bestyrelsen fastsætter hvert år det totale beløb, fondet skal uddele i slægtledslegater.

Dette slægtsledslegatbeløb opdeles i samlede legatbeløb til hvert enkelt slægtled, eksempelvis børnebørnsgenerationen, oldebørnsgenerationen, tipoldebørnsgenerationen. Fordelingen er baseret på antallet af familiemedlemmer over 25 år i hvert enkelt generation.

Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtsledet efter ensartede principper baseret på antallet af familiemedlemmer i de enkelte slægtled (capita-princippet).

De to første generationer skal have fortrinsret ved tildeling af de årlige uddelinger. En sådan fortrinsret kan dog ingensinde påberåbes af nogen af de således begunstigede som noget garantitilsagn.

Uddeling sker uden ansøgning, uafhængigt af behov og individuelle vurderinger direkte til hvert familiemedlem, og uanset om familiemedlemmet måtte være medlem af bestyrelsen, cfr. EFL § 43.

Familiemedlemmerne er berettigede til på forhånd at tilkendegive, at deres slægtledslegat i stedet skal gå direkte til deres efterkommere.

5.7 Den pågældende bestemmelse ønskes ændret, som følger (med frevhævning af den nye del om aldersgrupper):

1) **Slægtledslegater:**

Bestyrelsen fastsætter hvert år det totale beløb, fondet skal uddele i slægtledslegater.

Dette slægtsledslegatbeløb opdeles i samlede legatbeløb til hvert enkelt slægtled, eksempelvis børnebørnsgenerationen, oldebørnsgenerationen, tipoldebørnsgenerationen. Fordelingen er baseret på antallet af familiemedlemmer over 25 år i hvert enkelt generation.

Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtsleddet efter ensartede principper baseret på antallet af fami-

De to første generationer skal have fortrinsret ved tildeling af de årlige uddelinger. En sådan fortrinsret kan dog ingensinde påberåbes af nogen af de således begunstigede som noget garantitilsagn.

Uddeling sker uden ansøgning, uafhængigt af behov og individuelle vurderinger direkte til hvert familiemedlem, og uanset om familiemedlemmet måtte være medlem af bestyrelsen.

Hvis et familiemedlem giver helt eller delvist afkald på at modtage et slægtledslegat, tildeles legatet (eller den del, for hvilket der er givet afkald) i stedet til den pågældendes livsarvinger efter arveloven.

5.8 Det bemærkes, at det alene er den fremhævede del om aldersgrupper, som Civilstyrelsen ikke vil samtykke i.

5.9 I de specielle bemærkninger til § 27 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014, fremgår følgende om fastlæggelsen af en fonde formål (min fremhævning):

... 

Efter den gældende § 7, stk. 1, nr. 4, skal fondens formål angives i vedtægten. Det indgår som et afgørende led i definitionen på en fond, at fonden har et eller flere bestemte formål, jf. det foreslåede stk. 1, 2. pkt., nr. 3. Fastlæggelsen af fondens formål har stor betydning for en række andre bestemmelser i lov om erhvervsdrivende fonde. Ved fastlæggelsen af fondens formål er det vigtigt at være opmærksom på, at det er meget vanskeligt efterfølgende at få ændret fondens formål, jf. den foreslåede bestemmelse i § 89, stk. 2.

Det er derfor afgørende, at en stifter af en erhvervsdrivende fond er omhyggelig ved angivelsen af, hvad der er fondens formål, ligesom det er vigtigt, at stifteren sikrer, at formålet er fremtidssikret og så vidt muligt tager højde for den samfundsudvikling m.v., der vil være efter fondens stiftelse.

Der er ikke noget til hinder for, at der i vedtægten for en erhvervsdrivende fond angives flere formål. Formålet er typisk udtryk for den aktivitet, som fonden skal varetage for at optjene et overskud til uddeling, jf. nr. 10.

Hvis der i vedtægten for en erhvervsdrivende fond angives flere formål, er det afgørende, at stifteren tager stilling til, om et af formålene har en højere prioritet end det eller de øvrige. Fremgår det ikke klart, at der er tilænkt en prioritering, anses formålene for sideordnede, hvilket medfører, at der over en vis tidsperiode skal være en rimelig balance mellem varetagelsen af de enkelte formål.
Fortolkningen af, hvad der er en fonds formål, har betydning for andre bestemmelser i loven, f.eks. reglerne om vedtægtsændring.

Fastlæggelsen af en fonds formål beror på en konkret fortolkning af fondens vedtægt og **stifters intensioner med stiftelsen af fonden**.

Det er vigtigt at være opmærksom på sammenhængen mellem fondens formål i nr. 3 og fondens anvendelse af overskud og reserver, jf. nr. 10 (uddelingsformålet). Formålet for en erhvervsdrivende fond kan bestå af fondens aktivitetsmæssige formål, men det kan også være sammenfaldende med uddelingsformålet.

... 5-10 I de specielle bemærkninger til lovforslagets § 89 anføres som supplement til bemærkningerne til § 27:

... 5.11 I de specielle bemærkninger til lovforslagets § 89 er der derudover anført følgende om karakteristikaene for de tilfælde, hvor det ved en vedtægtsændring er en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse til vedtægtsændringen, at Civilstyrelsen har samtykket i den ønskede ændring (min fremhævning):

... Erhvervsfondsudvalget foreslog, at bestemmelsen om tilladelse til vedtægtsændring ændres, således at det som udgangspunkt alene er fondsmyndigheden, der skal tillade ændring af vedtægten.

Det foreslåede stk. 1, 1. pkt., er formuleret i overensstemmelse med Erhvervsfondsudvalgets anbefaling.

Ved visse ændringer i vedtægten (ændringer, der berører stifteviljen) er det afgørende, at der foretages en nøjere afvejning i relation til både det **erhvervsmæssige og det testamentariske aspekt**. Det gælder ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål og uddeling samt ved beslutning om frivillig oplossning. Udvalget fandt derfor, at der ved ændring af vedtægtsbestemmelserne om formål og uddelinger samt ved beslutninger om oplossning fortsat bør være krav om, at for Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed godkender sådanne ændringer, skal Civilstyrelsen samtykke hertil. Ved den foreslåede proces sikres det, at der tages hensyn både til **erhvervsmæssige**
**m.fl. og testamentsretlige forhold** for herigennem bedre at sikre *stifters vilje*, hvilket efter udvalgets opfattelse var en fordel ved disse særlige typer ændringer, samtidig med at det sikres, at man varetager kravet om en effektiv offentlig administration.

Det foreslåede stk. 2 bygger på Erhvervsfondsudvalgets forslag og stiller således alene krav om, at Civilstyrelsens samtykke ved bestyrelsens ændring af vedtægtsbestemmelser om formål og uddelinger samt ved bestyrelsens beslutning om likvidation, jf. den foreslåede § 107.

Det vurderes i overensstemmelse med Erhvervsfondsudvalgets rapport, at der som udgangspunkt ikke er behov for, at såvel Erhvervstyrelsen som fondsmyndighed og Civilstyrelsen skal behandle enhver vedtægtsændring. I lighed med, hvad der også er mulighed for i dag, hvor en række vedtægtsændringer alene behandles af fondsmyndigheden, skal det også fremover være sådan, at det er ved ændringer af formål og overskudsanvendelse (uddelingsformål), at Civilstyrelsens samtykke til ændringen skal indhentes.

Ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål og uddelinger samt ved bestyrelsens beslutning om likvidation fandt Erhvervsfondsudvalget således, at der skal ske en afvejning mellem på den ene side *stifterens* tilkendegivelser og intentioner med fonden og de bestemmelser, som vedtægten indeholder herom. Dette skal sammenholdes med det erhvervsmæssige sigte med ændringen, som bestyrelsen ønsker.

Det vurderes, at den foreslåede model, hvor Civilstyrelsen skal samtykke i disse særlige tilfælde, medfører en balance og sikkerhed for, at de relevante myndigheder inddrages i forbindelse med bestyrelsens ændringer af disse væsentlige bestemmelser i vedtægten.

...  

5.12 På baggrund af en gennemgang af den ønskede ændring af stk. 3 i den pågældende bestemmelse i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond kan det konstateres, at den ønskede ændring *ikke* medfører en ændring i de uddelingsberettigede eller lignende. Enhver person i et givet slægtled vil således som hidtil fortsat komme i betragtning til et legat i henhold til fondens fundats. Den ønskede ændring om inddeling i aldersgruppe vil således alene have konsekvenser i forhold til legatets størrelse, hvilket utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen, jf. også Erhvervsstyrelsens afgørelse af 31. maj gengivet ovenfor.

5.13 Dette understøttes også af, at de forhold, der i henhold til de specielle bemærkninger til lov om erhvervsdrivende fonde, gør sig gældende i forhold til de typer af vedtægtsændringer, hvor såvel Erhvervsstyrelsens som Civilstyrelsens vurdering er nødvendig, *ikke* er til stede i
forhold til den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond.

5.14 Den pågældende bestemmelse kan således i vidt omfang sidestilles med sådanne almindelige retningslinjer, som bestyrelsen i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 27, stk. 3, kan fastsætte, og som skal indsendes til Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed. Det er vigtigt at notere sig, at sådanne retningslinjer ikke skal godkendes af fondsmyndigheden eller Civilstyrelsen, og hvis bestyrelsen ændrer disse retningslinjer, medfører dette blot, at de opdaterede retningslinjer skal indsendes til Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde.

5.15 Det er derfor min klare vurdering, at den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægten § 11 B. c, nr. 1, alene kræver fondsmyndighedens tilladelse, da der er tale om en ændring af en forvaltningsbestemmelse, og at det derfor ikke er en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen samtyper i ændringen. I lyset af, at Erhvervsstyrelsen allerede i styrelsens brev af 20. september 2015 har tilkendegivet, at styrelsen på baggrund af en gennemgang finder de ønskede ændringer velbegrundet, og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til blandt andet de ønskede ændringer i fondens udedelingsbestemmelse, er det endvidere min vurdering, at der ikke er behov for en fornyet behandling af sagen i Erhvervsstyrelsen, da styrelsen ved dette brev af 20. september 2015 har godkendt denne ændring. Dette vurderes også at være baggrunden for, at Erhvervsstyrelsen i sine efterfølgende afgørelser af 8. november 2015 og 2. marts 2016, hvor styrelsen meddeler afslag på tilladelse til den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, alene begrunder afslaget med, at Civilstyrelsen ikke har samtykket i ændringen.

5 Den sekundære påstand, første element: Erhvervsankænnet har kompetence til at efterprøve Civilstyrelsens afslag på samtyske, der danner baggrund for Erhvervsstyrelsens afgørelse

…

6 Den sekundære påstand, andet element: Civilstyrelsen har ikke haft tilstrækkeligt grundlag for at afvise den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond

…

7.1 Civilstyrelsen har i styrelsens brev af 30. oktober 2015 anført følgende som begrundelse for, at styrelsen ikke kan samtyske i den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond:

…

Efter Civilstyrelsens praksis er betingelserne for at ændre en formålsbe-
stemmelse, at bestyrelsen ikke længere kan uddele til formålet, eller at formålet er blevet klart uhensigtsmæssigt. Denne praksis støttes af forarbejderne til fondsloven.

Det fremgår af advokat K’s brev af 14. august 2015, at bestemmelsen ønskes ændret, således at der gives mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper modsat i dag, hvor alle medlemmer i hvert slægtled modtager præcis det samme beløb.

Ændringen medfører, at det indenfor et slægtled ikke er nødvendigt at give alle præcis det samme beløb, men at man har mulighed for at give forskellige beløb til de i bestemmelsen foreslåede aldersgrupper. Alle i en aldersgruppe vil modtage det samme beløb.

Baggrunden for ønsket om ændringen er, at der indenfor de enkelte slægtled er en meget stor aldersmæssig spredning. Bestyrelsen vil gerne have mulighed for at variere beløbene indenfor de enkelte slægtled, således at der kan uddeles forskellige beløb alt afhængig af de pågældendes ældre indenfor hvert slægtled.

Civilstyrelsen har lagt vægt på ovenstående oplysninger.

Civilstyrelsen finder det herefter ikke godtgjort, at det er blevet umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at efterleve bestemmelsen.

Efter Civilstyrelsens opfattelse medfører de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen endvidere, at der sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden fra de pågældende medlemmer af de enkelte slægtled, idet bestyrelsen med den foreslåede tilføjelse til bestemmelsen ønsker at sondre mellem forskellige aldersgrupper indenfor hvert slægtled.

Civilstyrelsen kan på denne baggrund ikke tillade de ønskede tilføjelser til vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3.

7.2 Af Civilstyrelsens efterfølgende brev af 29. februar 2016 oplyses følgende om begrundelsen for afslaget på samtykke:

For så vidt angår vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, har fonden til støtte for anmodningen om genoptagelse blandt andet anført, at man ved ændringen af bestemmelsen i 2001 og indførelsen af capita-princippet ikke havde taget højde for den store aldersspreadning, der ville forekomme i de enkelte slægtled.

Fonden finder det på den baggrund klart uhensigtsmæssigt, at man alene har mulighed for at differentiere inden for hvert slægtsled, idet man i så fald kan
komme i en situation, hvor et familiemedlem på 30 år vil få samme uddeling som et familiemedlem på 50 år. Fonden har endvidere anført, at en bestemmelse om inddeling af familien i aldersgrupper er i overensstemmelse med stifters vilje.

Civilstyrelsen finder fortsat ikke, at det er umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at uddele til formålet, og Civilstyrelsen fastholder derfor efter en fornyet gennemgang af sagen sin afgørelse vedrørende § 11 B. c, nr. 1, stk. 3. Civilstyrelsen finder således ikke, at det, som fonden anførte på mødet den 4. december 2015, kan føre til et andet resultat.

Civilstyrelsen har - som anført i styrelsens brev af 30. oktober 2015 - lagt vægt på, at de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen efter styrelsens opfattelse endvidere medfører, at der sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden fra de pågældende medlemmer af det enkelte slægtled, idet bestyrelsen med den foreslåede tilføjelse til bestemmelsen ønsker at sondre mellem forskellige aldersgrupper indenfor hvert slægtled.

På baggrund af en gennemgang af de to afgørelser fra Civilstyrelsen kan det konstateres, at styrelsen er af den opfattelse, at styrelsen kun kan samtykke i den ønskede ændring § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond, hvis det er blevet umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at efterleve bestemmelsen, da bestemmelsen efter Civilstyrelsens opfattelse er en del af fondens uddelingsformål. Hertil kommer, at Civilstyrelsen finder, at den ønskede ændring vil medføre indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden.

7.4 I de specielle bemærkninger til § 89 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014, fremgår følgende om myndighedernes vurdering af, om en ønsket ændring af vedtægten for en erhvervsdrivende fond skal tillades (min fremhævning):

…


Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning om fonde, nr. 970/1982, at der med den gældende lov om erhvervsdrivende fonde § 48, om ændring af vedtægten, var tilænkt en vis smidiggørelse i forhold til tidligere tiders såkaldte permutationspraksis. **Vedtægtsændringer skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterlever eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig.** Der må samtidig kunne tages hensyn til, at erhvervsdrivende fonde er erhvervsvirksomheder, hvilket i visse situationer gør det nødvendigt, at disse fonde har mulighed for at tilpasse sig til ændrede konkurrencevilkår, finansieringsbehov m.v. Det vil fortsat være mest vanskelt at få tilladelse til ændring af formål. Efter gældende
praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejder meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtryk for stifters vilje, og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må gå videre, end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en sproglig eller redaktionel modernisering af formålsteksten, vil fortsat ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungtvejende begrundelse for ændringen.

Ændring af vedtægten skal være i fondens interesse.

Hvis stifter er i live, tillægges det en vis betydning, hvorvidt stifter støtter eller er modstander af den vedtægtsændring, bestyrelsen foreslår. Stifterens holdning til en vedtægtsændring er dog ikke afgørende for fondsmyndighedens behandling af en anmodning om tilladelse til en vedtægtsændring.

7.5 Hvis man sammenholder de specielle bemærkninger til § 89 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde med begrundelsen i Civilstyrelsens to breve, må det konstateres, at den administrative praksis, som Civilstyrelsen gengiver, styrelsen har i forhold til formålsændringer, ikke er i overensstemmelse med forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde. Det fremgår således som gengivet ovenfor udtrykkeligt af bemærkningerne, at ændringen af en vedtægtsbestemmelse om en erhvervsdrivende fonds formål ikke nødvendigvis skal udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig, og at en ændring af formålet kan godkendes af myndighederne, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfylDES eller er blevet uhensigtsmæssigt.

7.6 Hertil kommer, at det som nævnt ovenfor er vores opfattelse, at det ikke er korrekt at anse bestemmelsen i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond, for at være en ændring af fondens uddelingsformål, men at der derimod er tale om ændring af en forvaltningsbestemmelse. Den ønskede ændring medfører således ikke en ændring i de uddelingsrettigede eller lignende. Enhver person i et givent slægtled vil således fortsat komme i betragtning til et legat i henhold til fondens fundats. Den ønskede ændring om inddeling i aldersgruppe vil således alene have konsekvenser i forhold til legatets størrelse, hvilket utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen, jf. også Erhvervsstyrelsens afgørelse af 31. maj gengivet ovenfor.

7.7 I lyset af ovenstående er det afgørende kriterium, når Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen skal vurdere, om ændringen af vedtægtenes § 11 B. c, nr. 1, kan tillades, om vedtægtsbestemmelsen er blevet uhen-
sigtsmæssig. Kriteriet er altså ikke "åbenbart uhensigtsmæssig".

7.8 I mine tidligere fremsendte redegørelser til Erhvervsstyrelsen, som har videresendt disse til Civilstyrelsen, og i punkt 2 ovenfor er det af bestyrelsen til fulde påvist, at efterlevelsen af den nuværende bestemmelse er uhensigtsmæssig. Som nævnt i redegørelserne blev der således ikke ved affattelsen af den nugeældende bestemmelse taget højde for den store aldersspredning, der ville forekomme i de enkelte slægtsled. Ved udformningen af den nugeældende bestemmelse var fokus rettet på at sikre, at det var muligt at uddele til de eventuelle familie-medlemmer, der fra tid til anden er en del af fondens bestyrelse uden at komme i strid med forbuddet mod uddelinger til bestyrelsesmedlemmer, og at der skulle gælde et let og gennemsigtigt fordelsprincip. Den afledte konsekvens af ændringen, der betyder, at personer inden for det samme slægtsled skal have den samme uddeling, uanset at der kan væsentlig forskel i det behov, som et familiemedlem eksempelvis på 25-30 år har i forhold til et familiemedlem på 45-50 år, blev således ikke berørt.

7.9 Opmærksomheden skal i den forbindelse endvidere - som også nævnt ovenfor i punkt 2 - henledes på, at den nuværende affattelsen af § 11 b.c., nr. 1, ikke stammer fra fondens stiftelse i 19.., men derimod er indsat i vedtægten efterfølgende i 2001 og 2002.

7.10 Ordlyden af den relevante bestemmelse var således i den oprindelige fundats af 7. august 1956:

ANVENDELSE AF FONDETS INDTÆGTER.

§ 6

…

A. …

B. Af de derefter disponible midler af nettoindtægter uddeles legatportioner til:

a. Kvindelige og mandlige slægtninge af B og C, dog således, at B og C’s descendens i de første 2 generationer skal have fortrinsret ved tildeling af de årlige uddelinger. En sådan fortrinsret kan dog ingensinde påberåbes af nogen af de således begunstigede som noget garantitilsagn, men det tilkommer alene fondets bestyrelse under iagttagelse af denne forskrift at udøve et rimeligt skøn over i hvilket omfang denne fortrinsret skal udnyttes overfor de enkelte familiemedlemmer ved de årlige uddelinger, såvel som den andel af legatets indtægter, som i det hele taget vil være at forbeholde de forskellige slægtsgrupper.

b. …
Bestyrelsen bestemmer suverænt, hvorledes det disponible beløb skal fordeles imellem de under a og b anførte grupper, såvel som legatportionernes størrelse til de begunstigede indenfor hver gruppe og enhver beslutning i så henseende er derfor unddraget enhver rekurs til myndigheder eller domstole.

Legatets bestyrelse træffer selv bestemmelse om, hvorvidt tildelingen af legatportioner skal ske efter ansøgning eller uden indgivelse af ansøgning, derunder særlig også om legatportioner, som anvises til personer under gruppe b skal tildeles nogen som hædersgave uden ansøgning og som anerkendelse af en af modtageren præsteret samfundsnyttig indsats, eller til bestridelse af rejser i studie- eller uddannelsesøjemed, til foretagelse af bestemte undersøgelser af videnskabelig, teknisk og lignende art, eller til udgivelse af bestemte værker indenfor tilsvarende områder, således at legatportioner påregnes at medgå til dækning af udgifterne i forbindelse med den som betingelse for beløbets ydelse foretagne foranstaltning.

7.11 I 2001 blev fondets uddelingsbestemmelse ændret til følgende:

ANVENDELSE AF FONDETS INDTÆGTER.

§ 11

... 

A. ...

B. Af de herafter disponible midler af årsresultatet uddeles legatportioner til:

a. Uanset hvad der nedenfor er bestemt om fondets støtte til slægtninge af B, skal der altid af det til disposition værende beløb forlods uddeles et beløb svarende til udbyttet af nom. 680.000 aktier i D A/S (dette beløb svarer pr. 31/12-1996 til nom. 14.250.000 kr. aktier i D A/S) samt endvidere et beløb, som svarer til afkastet af nom. 3 mio. kr. obligationer. De herved omhandlede beløb deles ligeligt mellem de fem familiegrupper, som er efterkommere efter B og C.

b. Slægtninge af B og C efter nedenstående generelle principper:

1) Slægtslegater:

Bestyrelsen fastsætter hvert år det totale beløb, fondet skal uddele i slægtsledslegater.

Dette slægtsledslegatbeløb opdeles i samlede legatbeløb til hvert enkelt slægtled, eksempelvis børnebørsgenerationen, oldebørnsgenerationen, tipoldeborngenerationen. Fordelingen er baseret på antallet af familiemedlemmer over 25 år i hver enkelt generation.
Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtsledet efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i de enkelte slægtled (capita-principippet).

De to første generationer skal have fortrinsret ved tildeling af de årlige uddelinger. En sådan fortrinsret kan dog ingensinde påberåbes af nogen af de således begunstigede som noget garantitilsagn.

Uddelinger sker uden ansøgning, uafhængigt af behov og individuelle vurderinger direkte til hvert familiemedlem, og uanset om et familiemedlem måtte være medlem af bestyrelsen, cfr. EFL § 43.

Familiemedlemmer er berettigede til på forhånd at tilkendegive, at deres slægtledslegat i stedet skal gå direkte til deres efterkommere.

1) Individuelle familielegater:

Bestyrelsen kan herudover tildle enkelte familiemedlemmer individuelle legater og lån efter ansøgning og eventuelt individuelt behov og i overensstemmelse med de retningslinjer, som fremgår af § 8, stk. 4. Bestyrelsesmedlemmerne i fondet kan ikke tildle sådanne individuelle familielegater.

c. …

7.12 I 2002 blev fondets uddelingsbestemmelse atter ændret, således at bestemmelsen ordlyd herefter blev følgende:

ANVENDELSE AF FONDETS INDTÆGTER.

§ 11

A. …

B. Af de herefter disponible midler af årsresultatet uddeles legatportioner til:


c. Slægtninge af B og C efter nedenstående generelle principper:

1) Slægtslegater:

Bestyrelsen fastsætter hvert år det totale beløb, fondet skal uddele i slægtledslegater.

Dette slægtledslegatbeløb opdeles i samlede legatbeløb til hvert enkelt slægtled, eksempelvis børnebørsgenerationen, oldebørs generationen, tipoldebørs generationen. Fordelingen er baseret på antallet af familiemedlemmer over 25 år i hver enkelt generation.

Uddelingsbeløbet for hvert slægtled fordeles mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtsledet efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i de enkelte slægtled (capita-princippet).

De to første generationer skal have fortrinsret ved tildeling af de årlige udelinger. En sådan fortrinsret kan dog ingensinde påberåbes af nogen af de således begunstigede som noget garantitilsagn.

Udelinger sker uden ansøgning, uafhængigt af behov og individuelle vurderinger direkte til hvert familiemedlem, og uanset om et familiemedlem måtte være medlem af bestyrelsen, cfr. EFL § 43.

Familiemedlemmer er berettigede til på forhånd at tilkendegive, at deres slægtledslegat i stedet skal gå direkte til deres efterkommere.

2) Individuelle familielegater:

Bestyrelsen kan herudover tildele enkelte familiemedlemmer individuelle legater og lån efter ansøgning og eventuelt individuelt behov og i overensstemmelse med de retningslinjer, som fremgår af § 8, stk. 4. Bestyrelsesmedlemmerne i fondet kan ikke tildeles sådanne individuelle familielegater.

d. …

7.13 På baggrund af ovenstående kan det således konstateres, at fondsbestyrelsen indtil ændringen af fundatsen i 2001 var særdeles frit stillet i forhold til uddelinger fra fonden. Den ønskede ændring af vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, vil således betyde, at affattelsen af den pågældende vedtægtstvillomse i højere grad end i dag vil komme til at svare til
den retstilstand, der fremgik af fondens oprindelige fundats.

7.13 Et afgørende aspekt ved vurdering af en vedtægtsændring er stifters vilje. Den måde, hvorpå stifters vilje især kommer til udtryk på, må uden tvivl være ved udformningen af den første fundats eller vedtægt for fonden, der således danner baggrunden for fondens stiftelse.

7.14 Det er i den forbindelse vigtigt at notere sig, at dette synspunkt har støtte i forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde. I den del af de specielle bemærkninger til lovforslagets § 89, der omhandler de typer vedtægtsændringer, hvor det er en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse til vedtægtsændringen, at Civilstyrelsen har samtykke i den ønskede ændring, er det således anført (min fremhævning):

…


…


Det vurderes, at den foreslåede model, hvor Civilstyrelsen skal samtykke i disse særlige tilfælde, medfører en balance og sikkerhed for, at de relevante myndigheder indrages i forbindelse med bestyrelsens ændringer af disse væsentlige bestemmelser i vedtægten.

7.16 Som illustreret ovenfor ved gennemgangen af fondens fundatser må det konstateres, at den foreslåede ændring af § 11 B. c, nr. 1, vil betyde, at affattelsen af den pågældende vedtægtsbestemmelse i højere grad end i dag vil komme til at svare til stifters intentioner ved etableringen af fonden. Den foreslåede vedtægtsændring tilsikrer således i
højere grad end de ændringer af fundatsen, der blev tilladt i 2001 og 2002, en overensstemmelse med stifters vilje, hvilket som nævnt i forarbejderne til § 89 er det afgørende hensyn, som fondsmyndigheden og Civilstyrelsen skal sikre varetagelsen af ved vedtægtsaendringer.

7.17 For så vidt angår Civilstyrelsens bemærkning om, at den ønskede ændring vil medføre indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden skal det bemærkes, at det fremgår udtrykkeligt af fondens vedtægt, at ingen familiemedlemmer har krav på uddelinger fra fonden.

7.18 Hertil kommer, at det i de specielle bemærkninger til § 77 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014, er anført følgende om de uddelingsberettigede (min fremhævning):

... 

Det er bestyrelsen, der som fondens øverste myndighed bestemmer, hvor stor en andel af fondens frie reserver, der skal uddeles, jf. dog den foreslåede § 79. Det er som følge heraf bestyrelsen, der er ansvarlige for at foretage en vurdering af, hvad der i den pågældende konkrete erhvervsdrivende fond ud fra fondens konkrete forhold er rimelige henlæggelser. I de erhvervsdrivende fonde opereres der således ikke med en tommelfingerregel om, hvad der er rimelige henlæggelser. Det er afgørende, at bestyrelsen ligeledes er opmærksom på, at fondens uddelinger er forsvarlige, jf. den foreslåede § 76, stk. 2.

Der behøver ikke at være noget til hinder for, at en erhvervsdrivende fond ikke foretager uddelinger, uanset at fondens økonomiske stilling umiddelbart berettiger hertil, hvis de manglende uddelinger eksempelvis skyldes, at fonden ønsker at foretage en større enkeltstående uddeling eller ønsker at kunne deltage i kapitaludvidelser/opkøb af aktier i den underliggende virksomhed.

En fond må som hidtil kun foretage uddelinger til de emner eller personer, der er angivet som uddelingsberettigede i fondens vedtægt. I modsat fald vil bestyrelsen ifalde et ansvar over for fonden. Det kan være foreskrevet i vedtægten, at de uddelingsberettigede under fondens løbende drift ikke skal være dem, der skal modtage nettoprovenuet ved fondens likvidation. I sådanne tilfælde skal bestyrelsen – og senere likvidator – være opmærksom på, at det er de rette modtagere, der får udbetalt det løbende driftsoverskud henholdsvis likvidationsprovenuet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at de uddelingsberettigede ikke har retskrav på uddelinger, hvis fonden af den ene eller anden årsag ophører med ydelserne, uanset at de pågældende måske har været vant til at modtage beløb år for år. Først når bestyrelsen har besluttet og over for den pågældende modtager af uddelingen har tilkendegivet ydelsen, opstår der et retskrav for den pågældende udde-
lingsberettigede efter dansk rets almindelige regler.

...

7.19 I lyset af ovenstående er det min klare vurdering, at forudsætningerne til at tillade den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægtens § 11 B. e, nr. 1, er til stede, således som Erhvervsstyrelsen også vurderede i styrelsens brev af 20. september 2015, hvoraf det fremgår, at styrelsen på baggrund af en gennemgang finder de ønskede ændringer er velbe grundet, og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til blandt andet de ønskede ændringer i fondens uddelingsbestemmelse. Civilstyrelsen har dermed ikke haft grundlag før for at meddele afslag på samtykke til den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1. Civilstyrelsens afgørelser af 30. oktober 2015 og 29. februar 2016 bør derfor ophæves, og den ønskede ændringen af vedtægtsbestemmelsen bør tillades i medfør af § 89 i lov om erhvervsdrivende fonde.

I anledningen af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 24. oktober 2016 udtalt:

”…


**Sagens faktiske omstændigheder**

Sagsgangen i sagen involverer en række dokumenter. Dokumenterne i sagen er oplistet i bilagslisten, men nedenfor gennemgås de væsentlige sagsskridt. Der henvises til bilagslisten og de medsendte dokumenter for en nærmere gennemgang.

...

**Sagens retlige omstændigheder**

Klagen vedrører Erhvervsstyrelsens afslag på tilladelse til den ønskede vedtægtsændring af § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, som følge af manglende samtykke fra Civilstyrelsen.

Efter indstilling fra bestyrelsen kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en fonds vedtægt ændres, jf. § 89, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde. Ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål eller uddelinger, samt ved likvidation, skal fondsmyndigheden dog indhente Civilstyrelsens samtykke, før tilladelse kan meddeles, jf. § 89, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde.

Det antages i praksis, at en ændring i en forvaltningsbestemmelse i en erhvervsdrivende fonds vedtægt alene er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1. Dette gælder også tilfælde, hvor en forvaltningsbestemmelse er anført i formåls- eller uddelingsbestemmelsen.
Fonden ønskede en ændring af fondens vedtægt § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, således at der som noget nyt indføres mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper.

Efter fondens gældende vedtægt fordeles uddelingsbeløbet for hvert slægtled mellem de enkelte familiemedlemmer i slægtsledet efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i de enkelte slægtled.

Med den ønskede ændring af fondens vedtægt skal uddelingsbeløbet fremover fordeles efter ensartede generelle principper baseret på antallet af familiemedlemmer i hver aldersgruppe inden for de enkelte slægtled.

Erhvervsstyrelsen finder, at den ønskede ændring ikke kan anses for at vedrøre en forvaltningsbestemmelse. Styrelsen har således vurderet (støttet af Civilstyrelsen), at bestemmelsen har karakter af at være en uddelingsbestemmelse. Erhvervsstyrelsens tilladelse til ændringen af vedtægtens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, forudsætter derved Civilstyrelsens samtykke, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2.

I overensstemmelse med lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2, har Erhvervsstyrelsen anmodet Civilstyrelsen om at give samtykke til den ønskede ændring. Civilstyrelsen har dog meddelt, at de ikke kan samtykke til de ønskede ændringer i vedtægtens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3. Ved brev af 30. oktober 2015 anførte Civilstyrelsen følgende:

"Ændringen medfører, at det indenfor et slægtled ikke er nødvendigt at give alle præcis det samme beløb, men at man har mulighed for at give forskellige beløb til de i bestemmelsen foreslåede aldersgrupper. Alle i en aldersgruppe vil modtage det samme beløb.

Baggrunden for ønsket om ændringen er, at der indenfor de enkelte slægtled er en meget stor aldersmæssig spredning. Bestyrelsen vil gerne have mulighed for at variere beløbene indenfor de enkelte slægtled, således at der kan uddeles forskellige beløb alt afhængig af de pågældendes aldre indenfor hvert slægtled.

Civilstyrelsen har lagt vægt på ovenstående oplysninger.

Civilstyrelsen finder det herefter ikke godtgjort, at det er blevet umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at efterleve bestemmelsen.

Efter Civilstyrelsens opfattelse medfører de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen endvidere, at der sker indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden fra de pågældende medlemmer af de enkelte slægtled, idet bestyrelsen med den foreslåede tilføjelse til bestemmelsen ønsker at sondre mellem forskellige aldersgrupper indenfor hvert slægtled.
Civilstyrelsen kan på denne baggrund ikke tillade de ønskede tilføjelser til vedtægtsens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3.

Civilstyrelsen har efter fornyet gennemgang af sagen anført, at styrelsen fastholder sin afgørelse for så vidt angår vedtægtsens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3. Ved brev af 29. februar 2016 angav Civilstyrelsen følgende begrunnelse:

"For så vidt angår vedtægtsens § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, har fonden til støtte for anmodningen om genoptagelse blandt andet anført, at man ved ændringen af bestemmelsen i 2001 og indførelsen af capita-princippet ikke havde taget højde for den store aldersspredning, der ville forekomme i de enkelte slægtsled.

Fonden finder det på den baggrund klart uhensigtsmæssigt, at man alene har mulighed for at differentiere inden for hvert slægtsled, idet man i så fald kan komme i en situation, hvor et familiedel som på 30 år vil få samme uddeling som et familiedel på 50 år. Fonden har endvidere anført, at en bestemmelse om inddeling af familien i aldersgrupper er i overensstemmelse med fonden findes således ikke, at det, som fonden anførte på mødet den 4. december 2015, kan føre til et andet resultat.

Civilstyrelsen finder fortsat ikke, at det er umuligt eller klart uhensigtsmæssigt at uddele til formålet, og Civilstyrelsen fastholder derfor efter en fornyet gennemgang af sagen sin afgørelse vedrørende § 11 B, c, nr. 1, stk. 3. Civilstyrelsens findes således ikke, at det, som fonden anførte på mødet den 4. december 2015, kan føre til et andet resultat.

Civilstyrelsen har – som anført i styrelsens brev af 30. oktober 2015 – lagt vægt på, at de foreslåede tilføjelser til bestemmelsen efter styrelsens opfattelse endvidere medfører mulighed for at uddele slægtsledslegater i aldersgrupper.

I forlængelse heraf er Erhvervsstyrelsen meddelt fonden, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2, at Erhvervsstyrelsen ikke kan tillade de ønskede ændringer af vedtægtsens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3.

Det er på det foreliggende grundlag styrelsens vurdering, at denne bestemmelse er overholdt.

**Erhvervsstyrelsens vurdering**

1. **Krav om Civilstyrelsens samtykke, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2**

Med den ønskede ændring af vedtægtsens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, gives fondsbestyrelsen mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper
modsat i dag, hvor alle medlemmer i hvert slægtsled modtager precis det samme beløb.

Ændringen medfører, at det inden for et slægtsled ikke er nødvendigt at give alle uddelingsmodtagere precis det samme beløb, men at der er mulighed for at give forskellige beløb til de foreslåede aldersgrupper.

Det er Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der således ikke blot er tale om en ændring af størrelsen af en konkret uddeling til en bestemt modtager/-gruppe, men tale om en ændring af forholdet af modtager/-grupper til hinanden.

Når der er tale om en ændring af forholdet af modtager/-grupper til hinanden, er der efter Erhvervsstyrelsens opfattelse (støttet af Civilstyrelsen) ikke tale om en ændring af en forvaltningsbestemmelse, men derimod tale om en ændring af en uddelingsbestemmelse.

Erhvervsstyrelsens tilladelse til en ændring af vedtægts § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, forudsætter derfor Civilstyrelsens samtykke, jf. lov om erhvervsvæsentlige fondes § 89, stk. 2. På den baggrund har Erhvervsstyrelsen anmodet Civilstyrelsen om at give samtykke til den ønskede ændring af fondens uddelingsformål.

2. Manglende tilladelse til vedtægtsændringen
Fonden anmodelede Erhvervsstyrelsen om tilladelse til en række ændringer i fondens vedtægt, herunder i § 11 om uddelinger.

En af de ønskede ændringer vedrører vedtægtsens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, som omhandler såkaldte slægtledslegater. Herefter skal fondsbestyrelsen have mulighed for at inddele familiemedlemmer i aldersgrupper, således at alle medlemmer i hvert slægtsled ikke længere skal modtage præcis det samme beløb.

Med hensyn til en ændring af § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, anførte fonden følgende:

"Bestemmelsen i § 11.B.c.1, stk. 3 ønskes ændret, således at der gives mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper, modsat i dag, hvor alle medlemmer i hvert slægtsled modtager præcis det samme beløb. Ændringen muliggør, at fondsbestyrelsen kan sikre en mere hensigtsmæssig fordeling af uddelinger, der gives til de enkelte slægtsled, således at det indenfor et slægtsled ikke er nødvendigt at give alle præcis det samme beløb, men at man her har mulighed for at give forskellige beløb til de i bestemmelsen foreslåede aldersgrupper. Alle i en aldersgruppe vil i givet fald modtage det samme beløb. Der er selvsagt intet til hinder for, at forskellige aldersgrupper modtager samme beløb.

Baggrunden for ønsket om ændringen er, at der indenfor de enkelte slægtsled i B og C-familien er en meget stor aldersmæssig spredning. I de senere år har alle i oldebørnsgenerationen, uanset alder, eksempelvis modtaget 3,5
mio. kr. årligt. Det vurderes imidlertid som uhensigtsmæssigt, hvis en 25-årig studerende skal absolut have samme beløb som en 45-årig familiemor med 3 børn. Bestyrelsen vil gerne have mulighed for at variere beløbene. Dog er skønnet fortsat sat under en regel, idet alle indenfor en aldersgruppe skal have det samme beløb.

Erhvervsstyrelsen har anmodet Civilstyrelsen om at give samtykke til den ønskede ændring af fondens uddelingsformål, jf. LEF § 89, stk. 2, og anfører mht. § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3:

”Af bestyrelsens redegørelse fremgår endvidere, at ændringerne af fondens uddelingsformål skyldes bl.a., at bestemmelsen har vist sig meget vanskeligt at administrere, ligesom bestemmelsen i henhold til redegørelse ikke længere har så stor praktisk betydning i lyset af, at uddelingerne til familiemedlemmerne er blevet væsentligt forøget. I redegørelsen nævnes det endvidere, at bestemmelsen ikke er en del af den oprindelige fondsvedtægts og således ikke udtryk for stifters vilje, og bestemmelsen har en fideikommis-lignende karakter, hvilket bestyrelsen finder uheldig i lyset af lov om erhvervsdrivende fonde § 28. En række af de dele af uddelingsbestemmelsen, der ønskes ændret, har desuden i praksis vist sig at medføre en række fordelingsresultater, som bestyrelsen ikke finder velbegrundet.

Erhvervsstyrelsen har foresatgået en gennemgang af det modtagne materiale og sammenholdt det med de oplysninger, som styrelsen i forvejen er i besiddelse af om fonden.

Erhvervsstyrelsen finder på baggrund af sin gennemgang, at de ønskede ændringer er velbegrundet, og styrelsen er derfor indstillet på at meddele tilladelse til ændringer af henvisningsfejlen i fondens formål og de ønskede ændringer af fondens uddelingsbestemmelse.”

Civilstyrelsen har dog ikke samtykket i den ønskede ændring af vedtægternes § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3 – heller ikke efter fornyet behandling af sagen, se ovenfor.

I forlængelse heraf har Erhvervsstyrelsen meddelt fonden, at Civilstyrelsen ikke kan samtykke i ændringerne i § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, og vedlagt kopi af Civilstyrelsens brev til orientering. Erhvervsstyrelsen har endvidere meddelt, at Erhvervsstyrelsen i lyset heraf og på baggrund af Civilstyrelsens svar, ikke kan tillade de ønskede ændringer af vedtægternes § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2 - heller ikke efter fornyet behandling af sagen.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at den påklagede vedtægtsændring er behandlet i overensstemmelse med § 89, stk. 1 og 2, i lov om erhvervsdrivende fonde.

Da der er tale om ændring af en bestemmelse, som efter styrelsens mening vedrører uddelingsformålet, er Civilstyrelsens samtykke en nødvendig forudsætning for at Erhvervsstyrelsen kan tillade den ønskede ændring. Da Ci-
vilstyrelsen ikke har meddelt samtykke til den foreslåede ændring har Erhvervsstyrelsen meddelt fonden, at Erhvervsstyrelsen ikke kan tillade de ønskede ændringer af vedtægten.

Der vedlægges kopi af samtlige dokumenter i sagerne om ændring af fonde vedtægt (se også oversigt i bilag ”...”).

I et supplerende indlæg af 12. december 2016 har klagers advokat K anført:

”...

Indledning

1.2 Jeg skal indledningsvis oplyse, at den modtagne redegørelse fra Erhvervsstyrelsen vedlagt et indlæg fra Civilstyrelsen ikke giver klager anledning til at ændre sin påstand om, at Erhvervsankenævnet i sin kendelse skal ophæve Erhvervsstyrelsens afgørelser af 8. november 2015, 6. marts 2016 og 31. maj 2016 og meddele tilladelse i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 89 til den påtænkte ændring af § 11 B. c, nr. 1, i fondens vedtægt.

...

1.4 Klager skal dog allerede i denne forbindelse bemærke, at klager har noteret sig, at det hverken i Erhvervsstyrelsen redegørelse eller i den vedlagte udtalelse fra Civilstyrelsen er gjort indsigelse mod, at Erhvervsankenævnet under alle omstændigheder skulle være kompetent til at behandle klagesagen, hvilket klager tager som udtryk for, at såvel Erhvervsstyrelsen som Civilstyrelsen er enig i, at Erhvervsankenævnet som led i sin prøvelse også kan efterprøve Civilstyrelsens afgørelse, der danner baggrund for den afgørelse, som Erhvervsstyrelsen har truffet i forhold til A Fond.

2 Den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond forudsætter ikke Civilstyrelsens samtykke

2.1 Klagers synspunkt er fortsat, at ændringen vedrører en ren forvaltningsbestemmelse, nemlig bestyrelses konkrete, økonomiske udmåling af det legat, der tilkommer en given aldersgruppe inden for et givent slægtsled.

2.2 Hovedreglen i lov om erhvervsdrivende fond er, at det ved en ændring af vedtægten for en erhvervsdrivende fond er et krav, at fondsmyndigheden tillader ændringen, medmindre der er tale om en vedtægtsendring som konsekvens af en kapitalforhøjelse, jf. lovens § 89, stk. 1.

2.3 I lovens § 89, stk. 2, er der en undtagelse hertil, idet det af denne bestemmelse fremgår, at hvis der er tale om en ændring af vedtægtens
bestemmelser om fondens formål eller uddelingsformål, er det en betingelse for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen samtykker i ændringen.

2.4 Som nævnt i klagers tidligere indlæg til Erhvervsankænnævnnet er det klagers oppfattelse, at den ønskede ændring af stk. 3 i den pågældende bestemmelse i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond ikke medfører en ændring i de uddelingsberettigede eller lignende. Enhver person i et givent slægtled vil således som hidtil fortsat komme i betragtning til et legat i henhold til fondens fundats. Den ønskede ændring om indeling i aldersgruppe vil således alene have konsekvenser i forhold til legaets størrelse, hvilket utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen. Klager finder i forlængelse heraf, at den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægten § 11 B. c, nr. 1, alene kræver fondsmyndighedens tilladelse, da der er tale om en ændring af en forvaltningsbestemmelse, og at det derfor ikke er en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen samtykker i ændringen.

2.5 Det er derfor ikke korrekt, når Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen anfører, at når der er tale om en ændring af forholdet af modtager/-grupper til hinanden, er der ikke tale om en ændring af en forvaltningsbestemmelse, men derimod tale om en ændring af en uddelingsbestemmelse. Civilstyrelsen har herudover anført som begrundelse for dette synspunkt, at bestemmelsen er rubriceret under overskriften "anvendelse af fondets indtægter" i vedtægten, og at der i formålsbestemmelsen, jf. vedtægten’s § 3, litra b, er henvist til vedtægten’s § 11 B. c.

2.6 Klager skal i den forbindelse påpege, at Erhvervsstyrelsen den 31. maj 2016 meddelte, at Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen er enige om, at ændring af en forvaltningsbestemmelse alene er omfattet af lov om erhvervsdrivende fondes § 89, stk. 1, og dermed ikke kræver Civilstyrelsens samtykke, og at dette også gælder i de tilfælde, hvor en forvaltningsbestemmelse er anført i en formåls- eller uddelingsbestemmelse.

2.7 I lyset af Erhvervsstyrelsens tilkendegivelse af 31. maj 2016 kan det således ikke tillægges værdi, hvilken overskrift der er anført i tilknytning til den pågældende bestemmelse, hvilket Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen også selv har bekræftet, da de to styrelser har erklæret sig enige i, at formåls- eller uddelingsformålsbestemmelsen også kan indeholde forvaltningsmæssige beføjelser.

2.8 Det må efter klagers opfattelse bero på en misforståelse, når Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen anfører, at den ønskede ændring af stk. 3 i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond medfører en ændring i de udelingsberettigede eller lignende. Enhver person i et givent slægtled vil således som hidtil fortsat komme i betragtning til et legat i henhold til fondens fundats. De udelingsberettigede er således de samme før
og efter vedtægtsændringen. Den ønskede ændring om inddeling i aldersgruppe vil netop alene give fondsbestyrelsens mulighed for en vis fleksibilitet i forhold til legatets størrelse inden for de givne aldersgrupper, hvilket efter klagers opfattelse utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen.

2.9 Dette underbygges for øvrigt også af henvisningen i vedtægtens § 3, litra b, til § 11 B. c, nr. 1, stk. 3. Bestemmelsen i § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, har således reelt set karakter af at være en konkretisering af bestemmelsen i vedtægtens § 3, litra b, hvilket vil sige retningslinjer for bestyrelsens udøvelse af formålet. Den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, svarer således til en ændring af de almindelige retningslinjer, som bestyrelsen i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 27, stk. 3, kan fastsætte vedrørende fondens formål og uddelingsformål. Sådanne retningslinjer skal efter bestemmelsen i § 27, stk. 3, indsendes til Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed, men sådanne retningslinjer skal ikke skal godkendes af fondsmyndigheden eller Civilstyrelsen, og hvis bestyrelsen ændrer disse retningslinjer, medfører dette blot, at de opdaterede retningslinjer skal indsendes til Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde.


3 Civilstyrelsen anvender ikke det korrekte kriterium, når de vurderer, om en vedtægtsændring kan tillades.

3.1 Som nævnt i klagers tidligere udtalelse til Erhvervsankenævnet er det klagers opfattelse, at det afgørende kriterium, når Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen skal vurdere, om ændringen af vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, kan tillades, er, om vedtægtsbestemmelsen er blevet "uhe
sigtsmæssig". Det er forkert at kræve, at vedtægtsbestemmelsen er blevet "klart uhensigtsmæssig" eller "åbenbart uhensigtsmæssig".

3.2 Det er endvidere klagers opfattelse, at det af bestyrelsen til fulde er påvist, at efterlevelsen af den nuværende bestemmelse er uhensigtsmæssig.

3.3 Det er i lyset heraf klagers vurdering, at forudsætningerne til at tillade den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, er til stede.

3.4 Klager har noteret sig, at den eneste begrundelse, Erhvervsstyrelsen i sin redegørelse til Erhvervsankenævnet har anført som begrundelse for den manglende tilladelse til den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond, er, at Civilstyrelsen ikke har samtykket i ændringen.

3.5 På baggrund af udtalelsen fra Civilstyrelsen kan det konstateres, at Civilstyrelsens administration ved vurdering af vedtægtsændringer, herunder ændringer af formålet eller uddelingsformålet, er i direkte modstrid med forarbejdernes til lov om erhvervsdrivende fondes ordning. Det fremgår udtrykkeligt af de specielle bemærkninger til § 89 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014 (min fremhævning):

... Vedtægtsændringer kan ikke tillades, medmindre de er velbegrundede. Behovet for vedtægtsændringen skal være dokumenteret og understøttet af en redegørelse fra bestyrelsen og eventuelt en udtalelse eller erklæring fra revisor.

Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning om fonde, nr. 970/1982, at der med den gældende lov om erhvervsdrivende fonde § 48, om ændring af vedtægten, var tiltenkt en vis smidiggørelse i forhold til tidligere tiders såkaldte permutationspraksis. **Vedtægtsændringer skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig.** Der må samtidig kunne tages hensyn til, at erhvervsdrivende fonde er erhvervsvirksomheder, hvilket i visse situationer gør det nødvendigt, at disse fonde har mulighed for at tilpasse sig til ændrede konkurrencevilkår, finansieringsbehov m.v. Det vil fortsat være mest vanskeligt at få tilladelse til ændring af formål. Efter gældende praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejdere meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.

Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være
nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtryk for stif-

ters vilje, og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må
gå videre, end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens
eændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en
sproglig eller redaktionel modernisering af formålsteksten, vil fortsat
ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungt-
vejende begrundelse for ændringen.

Ændring af vedtægten skal være i fondens interesse.

Hvis stifter er i live, tillægges det en vis betydning, hvorvidt stifter
støtter eller er modstander af den vedtægtsændring, bestyrelsen fores-
lår. Stifterens holdning til en vedtægtsændring er dog ikke afgørende
for fondsmynighedens behandling af en anmodning om tilladelse til
e en vedtægtsændring.

3.6 Det fremgår således som gengivet ovenfor udtrykkeligt af bemær-
kningerne til lov om erhvervsdrivende fonde, at ændringen af en ve-
tægtsbestemmelse om en erhvervsdrivende fonds formål, herunder
uddelingsformål, ikke nødvendigvis skal udspringe af ændrede for-
hold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart
uhensigtsmæssig, og at en ændring af formålet kan godkendes af
mynighederne, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes
eller er blevet uhensigtsmæssigt. Det skal i den forbindelse endvidere
afvises, at der i lov om erhvervsdrivende fonde eller forarbejderne til
denne lov er holdepunkter for at antage, at der skulle være forskel på
det krav, som fondsmynigheden skal vurdere er opfyldt, og det krite-
rium Civilstyrelsen skal forholde sig til. Tanken med at opretholde Ci-
ivilstyrelsens kompetence i forhold til ændring af en erhvervsdrivende
fonds formål og uddelingsformål var at sikre, at der var to myndighede-
der, der vurderede den pågældende ændring, og at den ene myndighed
(Erhvervstyrelsen som fondsmyndighed) i sin vurdering særligt ville
have fokus på de erhvervsmæssige aspekter, mens Civilstyrelsen i høj-
ere grad ville tage udgangspunkt i et mere arveretligt perspektiv.

3.7 Det må efter klagers opfattelse være evident, at stifters vilje især
kommer til udtryk ved udformningen af den første fundats eller ved-
tægt for fonden, der således danner baggrunden for fondens stiftelse.
Ved efterfølgende vedtægtsændringer er det således fondsbestyrelsen,
der efter bedste evne vurderer, hvad der ville have været stifters vilje,
hvilket også skal ses i sammenhæng med, at en stifter efter oprettelsen
af fonden som følge af de fondsretlige grundsætninger ikke kan fast-
holde den bestemmende indflydelse over fonden.

3.8 Det er endvidere ikke korrekt, når Civilstyrelsen anfører, at den øn-
skede ændring vil medføre indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller
berettigede forventninger om ydelser fra fonden. Som anført i det tidligere indlæg til Erhvervsankænævnet fremgår det udtrykkeligt af fondens vedtægt, at ingen familiededlemmer har krav på uddelinger fra fonden, og der er i de specielle bemærkninger til § 77 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde, jf. lov nr. 712 af 25. juni 2014, anført følgende om de uddelingsberettigede (min fremhævning):

…

Det er bestyrelsen, der som fondens øverste myndighed bestemmer, hvor stor en andel af fondens frie reserver, der skal uddeles, jf. dog den foreslåede § 79. Det er som følge heraf bestyrelsen, der er ansvarlige for at foretage en vurdering af, hvad der i den pågældende konkrete erhvervsdrivende fond ud fra fondens konkrete forhold er rimelige henlæggelser. I de erhvervsdrivende fonde opereres der således ikke med en tommelfingerregel om, hvad der er rimelige henlæggelser. Det er afgørende, at bestyrelsen ligeledes er opmærksom på, at fondens uddelinger er forsvarlige, jf. den foreslåede § 76, stk. 2.

Der behøver ikke at være noget til hinder for, at en erhvervsdrivende fond ikke foretager uddelinger, uanset at fondens økonomiske stilling umiddelbart berettiger hertil, hvis de manglende uddelinger eksempelvis skyldes, at fonden ønsker at foretage en større enkeltstående udeleling eller ønsker at kunne deltage i kapitaludvidelser/opkøb af aktier i den underliggende virksomhed.

En fond må som hidtil kun foretage uddelinger til de emner eller personer, der er angivet som uddelingsberettigede i fondens vedtægt. I modsat fald vil bestyrelsen ifalde et ansvar over for fonden. Det kan være foreskrevet i vedtægten, at de uddelingsberettigede under fondens løbende drift ikke skal være dem, der skal modtage nettoprov- nuet ved fondens likvidation. I sådanne tilfælde skal bestyrelsen – og senere likvidator – være opmærksom på, at det er de rette modtagere, der får udbetalt det løbende driftsoverskud henholdsvis likvidationssprovenuet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at de uddelingsberettigede ikke har retskrav på uddelinger, hvis fonden af den ene eller anden årsag ophører med ydelserne, uanset at de pågældende måske har været vant til at modtage beløb år for år. Først når bestyrelsen har besluttet og over for den pågældende modtager af uddelingen har tilkendegivet ydelsen, opstår der et retskrav for den pågældende udel- lingsberettigede efter dansk rets almindelige regler.

…

3.9 Civilstyrelsens synspunkt fører til den naturlige konklusion, at ethvert medlem i et givent slægtsled har et fondsrettligt krav på uddelingsmæssig ligebehandling i forhold til et andet medlem i samme slægtsled i det samme år. Et sådant fondsrettligt krav på ligebehandling
gælder tilsyneladende efter Civilstyrelsens opfattelse uanset familie-
medlemmets alder og uanset behov, livssituation og forhold i øvrigt.
Det følger videre af Civilstyrelsens bemærkninger under punkt 3.4 i
skrivelsen af 21. oktober 2016, at dette retskrav nødvendigvis må være
i overensstemmelse med stifters vilje, idet fundatsændringen i 2001 el-
lers ikke ville være blevet godkendt af fondsmyndigheden på davad-
rende tidspunkt.

3.10 Civilstyrelsens opfattelse af, at der er et retskrav som nævnt, altså "ak-
tuelle rettigheder eller berettigede forventninger", er imidlertid i åben-
bar modstrid med stifters vilje og kan under ingen omstændigheder
indførtolkes i den oprindelige fundats. Ud over hvad der allerede er
anført ovenfor, skal det erindres, at den oprindelige fundats forudsat-
et et frit skøn hos bestyrelsen i relation til udmålingen af alle legater, og
så familielegaterne. Fondsbestyrelsen kunne, forud for fundatsændrin-
gen i 2001, således give til person A, men ikke til person B, i et givent
slægtstånd. At gøre gældende, at den ønskede vedtægtsændring medfø-
rer "indskrænkninger i aktuelle rettigheder eller berettigede forven-
tninger", er en fortolkning, der strider imod stifters vilje.

3.11 I stedet for at fastholde et helt uforståeligt postulat om "stifters vilje"
som begrundelse for at nægte vedtægtsændringen burde Civilstyrelsen
snarere se med konstruktiv kritik på den fundatsændring, som Civil-
styrelsen tillod i 2001, og som i alt for høj grad satte bestyrelsens skøn
under en rigid regel. Ændringen var som nævnt unødigt vidtgående.
Det havde været hensigtsmæssigt dengang at søge om en mere fleksi-
bel ændring, som netop opdeling i aldersgrupper inden for hvert slægt-
sled er udtryk for. Herved ville fondsbestyrelsen uden at give køb på
objektiviteten i udmålingen have bevaret noget af den fleksibilitet,
som stifter havde forudsat ved fondens stiftelse. Civilstyrelsens argu-
mentation om, at det, der til enhver tid står i vedtægten, er udtryk for
stifters vilje, også mere end 50-60 år efter fondens stiftelse og efter di-
verse ændringer, for ellers ville fondsmyndigheden ikke have tilladt
ændringen, forekommer som et helt cirkulært og teoretisk argument,
derdesuden hviler på en antagelse om, at fondsmyndigheden til en-
hver tid er uføjelbart - hvad den selvsagt ikke er.

4 Den ønskede ændring er begrundet i fondens forhold

4.1 Det er ikke korrekt, når Civilstyrelsen bemærker, at den ønskede æn-
dring ikke er begrundet i fondens interesser, men alene i hensynet til
fordelingen af fondets indtægter til slægtlededene.

4.2 Den ønskede ændring er derimod netop begrundet i en varetagelse af
fondens interesser. Det er klagers opfattelse, at den daværende besty-
relse i 2001 ved udformningen af den nuværende bestemmelse i (for) høj
grad fokuserede på at sikre, at det var muligt at uddele til de eventu-
tuelle familielemmer, der fra tid til anden er en del af fondens be-
styrelse uden at komme i strid med forbuddet mod uddelinger til be-
styrelsesmedlemmer. Det er i den forbindelse også afgørende at være
opmærksom på, at den situation, der forelå ved ændringen af fundat-
sen i 2001, og de faktiske omstændigheder, der gør sig gældende i
dag, er grundlæggende forskellige. Ved ændringen af vedtægten var
antallet af uddelingsberettigede mere begrænset, og antallet af gener-
tioner og uddelingsberettigede, der skulle håndteres, var ligeledes fær-
re. I dag er antallet af uddelingsberettigede i de enkelte slægtsled gan-
ske væsentligt, og det er fortsat stigende. Midlerne, der uddeles fra
fonden til familieformålet er i dag på et helt andet niveau end tidligere.
I 2015 uddelte fonden således 130 millioner kr. til familieformålet.

4.3 Det er samtidigt klagers opfattelse, at den foreslåede ændring vil bety-
de, at fonden i overensstemmelse med stifters intentioner med fonden
attør som oprindeligt ønsket af fondets stifter kan sikre en mere afbal-
lanceret anvendelse af fondens midler, hvilket efter klagers opfattelse
utvivlsomt må anses for at være en varetagelse af fondens interesser.
Klager finder således, at den nuværende bestemmelse, hvorefter per-
soner inden for det samme slægtled skal have den samme uddeling,
uanset at der kan være nærmere forskel i det behov, som et familiemedlem
eksempelvis på 25-30 år har i forhold til et familiemedlem på 45-50
år, ikke kan anses for at være i fondens interesse. Et af de bærende
hensyn i fondsbestyrelsens administration af uddelinger til familien -
som fra stifterens side var fuldstændig overladt til bestyrelsens skøn
før 2001 - er at sikre, at der ikke opstår konflikter blandt medlemmer-
e i den Obelske slægt. De beskrevne ændrede faktiske omstændig-
eder gør det til stadig vanskeligere for fondens bestyrelse at sikre dette,
idet de enkelte uddelingsberettigedes interesser ikke nødvendigvis er
sammenfaldende. Den ønskede ændring af vedtægternes § 11 B, c., nr.
1, vil derfor også på dette punkt varetage fondens interesser.

4.4 Fondsbestyrelsen har et stærkt ønske om at bibeholde stifters ånd i re-
lation til uddelingerne. Vanskeligheden i dag er, at fondets midler er
væsentligt større, end stifteren havde forudsat. Stifteren administrere-
de selv - da hun levde i de første 10 år fondets eksistens - familieud-
delingerne særdeles konservativt. Der blev dengang lagt mere vægt på
lån til entreprenører, etablering og erhvervelse af forretning, en højst
individuel vurdering. Med de midler, der er til rådighed i dag, oplever
fondsbestyrelsen et betydeligt pres fra familien, og ansvaret for en for-
svarligh fordeling er så meget større. En mulighed for odeling i al-
dersgrupper vil efter bestyrelsens opfattelse være særdeles tjenlig og i
fondens klare interesse.

4.5 Det anførte af Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen ændrer i lyset af
ovenstående ikke klagers vurdering om, at forudsætningerne til at til-
lade den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægternes § 11 B, c., nr.
1, er til stede, således som Erhvervsstyrelsen også vurderede i styre-
sens brev af 20. september 2015. Heraf fremgår, at styrelsen på bag-
grund af en gennemgang finder de ønskede ændringer velbegrundet,
og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til blandt
andet de ønskede ændringer i fondens uddelingsbestemmelse. Civil-
styrelsen har dermed ikke grundlag for at meddele afslag på samtykke

...

Civilstyrelsen har i indlæg af 17. januar 2017 supplerende anført:

”...

1. Efter § 89, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde skal fondsmyndigheden indhente Civilstyrelsens samtykke ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål eller uddelinger og ved fondens likvidation i henhold til § 107, før tilladelse i henhold til stk. 1 kan meddeles.


Af betænkningen fremgår om udvalgets udkast til erhvervsfondslovens § 31 (§ 48 i lovforslag nr. 130/84) på side 116-117:

”I bemærkningerne til kapitel 10 (Ændringer af fundatsen.) i udkastet til lov om fonde har udvalget nærmere redegjort for sine overvejelser om betingelserne for at foretage ændringer af fundatsen. Disse betragtninger har efter udvalgets opfattelse også gyldighed for erhvervsdrivende fonde. Udvalget foreslår derfor, at § 31 og § 32, stk. 1 og stk. 3, i udkastet til lov om fonde gøres anvendeligt på erhvervsdrivende fonde. Herefter har fondsmyndigheden kompetence til efter indstilling fra bestyrelsen at tillade, at en fundatsbestemmelse ændres, når bestemmelsen ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssig.”

Af betænkningen fremgår om udvalgets udkast til lov om fonde § 31 på side 71-72:

”Bestemmelsen i stk. 1 indebærer en udvidelse af den adgang til fundatsændring, som har udviklet sig på baggrund af arvelovens § 69 og permutationspraksis. Som foran anført kræver permutation efter gældende praksis, at den pågældende fundatsbestemmelse, navnlig på grund af ændrede forhold, ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig. Efter udvalgets opfattelse er der behov for en vis smidiggørelse af denne praksis.

Dette foreslås markeret ved at udførte bestemmelsen således, at fondsmyndigheden efter indstilling fra bestyrelsen og med justitsministerens samtykke kan tillade, at en fundatsbestemmelse ændres,
når bestemmelsen vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssig.

[...]

Udvalget forudsætter, at der ved anvendelsen af bestemmelsen i overensstemmelse med arvelovens § 69 og hidtidig praksis vil blive stillet strengere krav ved ændringer af fondens formålsbestemmelse end ved ændringer, der vedrører fundatsens forvaltningsbestemmelser, herunder bestemmelser, der fastlægger et bestemt maksimum for legaportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at modtage ydelser fra fonden. Man finder dog ikke behov for, at dette direkte åbnes i loveteksten. Der skønnes heller ikke behov for i loven at optage den almindelige grundsætning om, at der ikke må ske indskrænkning i aktuelle rettigheder eller berettigede forventninger om ydelser fra fonden.”

I overensstemmelse hermed fremgår det af Lennart Lynge Andersen, Almindelige fonde og faglige foreninger, 7. udgave, 2015, side 291:

”Disse motiver følger Fondudvalgets anbefaling i Bet. s. 71-72, hvorefter den fremtidige administration af permutationsområdet dels burde reflektere den lempelse i administrativ praksis, der havde fundet sted i de seneste år før fondslovene, dels burde yderligere smidiggøres. Ved ændringer af en fonds formål vil kriteriet (stadig) være, at en tilladelse forudsætter, at formålet ikke længere kan efterleves eller – i sjældnere tilfælde – er blevet åbentuhensigtsmæssig. Det er således ikke tilstrækkeligt, at bestyrelsen ikke længere ønsker at støtte det formål, der er fastsat af fondens stifter, og det vil normalt ikke være tilstrækkeligt, at bestyrelsen – i tillæg til det formål, stifteren har fastsat – ønsker at støtte et andet formål. Reglen er stadig, at stifterens vilje skal respekteres i den forstand, at formålsændringeren ikke må gå videre end påkøvet.”

Dette støttes også af de specielle bemærkninger til arvelovens kapitel 15 om permutation (lovforslag nr. 100/2006), hvoraf følgende fremgår:

”Kapitel 15 handler om permutation og viderefører den gældende arvelovs § 69 om justitsministerens permutationsadgang, dvs. adgangen til at tillade, at bestemmelserne i et testament ændres.

Lovforslaget indebærer på en række punkter en udvidelse og uddybning af gældende ret og har navnlig til formål at tilnærmere praksis efter arvelovens permutationsbestemmelse til praksis efter § 32 i fondsloven og § 48 i lov om erhvervsdrivende fonde. Om baggrunden henvises til de almindelige bemærkninger pkt. 17.2. og 27.3.

Til § 92

Bestemmelsen handler om permutation og viderefører den gældende arvelovs § 69 med nogle ændringer.
Det foreslås i stk. 1, at justitsministeren eller den, som justitsministernen bemyndiger dertil, skal have mulighed for at tillade ændringer i et testamente. Ændring forudsætter, at særlige grunde taler for det. Med ordfalget understreges det, at der er tale om en bestemmelse, der kræver, at uhensigtsmæssigheden af de testamentariske bestemmelser, der søges ændret, skal være kvalificeret.

Permutation kan som hidtil kun ske, hvis den pligt, der er pålagt arvingen, ikke modsvarer af en ret for nogen bestemt person. Hvis f.eks. en ejendom er testeret til en arving på betingelse af en ret til frigørelse for en bestemt person, kan boligretten ikke ophæves gennem permutation.

*Tnk. 2 angiver de hensyn, der navnlig bør indgå ved en afgørelse om permutation. Der er ikke tale om en udtømmende opretning. Testationens formål og karakter skal fortsat være et væsentlig moment ved afgørelsen af, om der kan permuteres. Vanskelighederne ved at danne sig et sikkert skøn over, hvad testator ville have bestemt, hvis han havde kunnet tage stilling til den ændrede situation, sammenholdt med behovet for en tilpasning af en testamentarisk bestemmelse til ændrede forhold taler for en vis objektivering af dette moment. Ved formålsændring eller tilføjelse af et yderligere formål bør det dog fortsat være af væsentlig betydning, om formålet ikke længere kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssigt. […]*

Det er på den baggrund Civilstyrelsens permutationspraksis, at en vedtægtsbestemmelse vedrørende formålet som udgangspunkt kan tillades ændret, hvis bestemmelsen ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes, eller er blevet klart uhensigtsmæssig. Der stilles strengere krav ved ændringer af en fonds formålsbestemmelser end ved ændringer, der alene vedrører bestemmelser om fondens forvaltning. Det kræves endvidere, at ændringen ikke må gå videre end påkrævet.

Civilstyrelsen skal bemærke, at ændringen fra åbenbart uhensigtsmæssig til klart uhensigtsmæssig alene skyldes en sproglig modernisering i styrelsens breve og således hverken er et udtryk for en skærpelser eller en lempelse af betingelserne for at tillade vedtægtsændringen.

Det er Civilstyrelsens opfattelse, at ændringen af erhvervsfondsloven i 2014 ikke ændrede retstilstanden for så vidt angår de kriterier, der skal lægges vægt på ved vurderingen af, om en ændring af vedtægten kan tillades. Det er ligeledes Civilstyrelsens opfattelse, at de specielle bemærkninger til erhvervsfondslovens kapitel 10 (lovforslag nr. 154/2013) ikke korrekt gengiver gældende praksis for tilladelse til ændring af formålet, når det fremgår, at der kan meddeles tilladelse til en ændring af formålet, bl.a. hvis formålet er blevet uhensigtsmæssigt.

2. Civilstyrelsen skal endvidere bemærke, at såfremt Erhvervsankenævnet måtte være enig med klager i, at kriteriet, ved vurderingen af om en formålsændring kan tillades, er, om bestemmelsen er blevet uhensigtsmæssig, finder Civilstyrelsen heller ikke, at denne betingelse konkret er opfyldt.
Civilstyrelsen finder således ikke ud fra det oplyste, at der foreligger oplysninger om, at det skulle være uhensigtsmæssigt at efterleve vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, hvorfor styrelsen ikke vil kunne samtykke i den ønskede ændring.


Ervhvervsstyrelsen har i skrivelse af 18. januar 2017 fremsendt supplerende bemærkninger under henvisning til styrelsens eneste indlæg af 24. oktober 2016

”...

Supplerende bemærkninger

1. Krav om Civilstyrelsens samtykke, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2

Med den ønskede ændring af vedtægtens § 11 B, litra c, nr. 1, stk. 3, gives fondsbestyrelsen mulighed for at uddele slægtledslegater i aldersgrupper modsat i dag, hvor alle medlemmer i hvert slægtsled modtager præcis det samme beløb.

Ændringen medfører, at det inden for et slægtsled ikke er nødvendigt at give alle uddelingsmodtagere præcis det samme beløb, men at der er mulighed for at give forskellige beløb til de foreslåede aldersgrupper.

Det er fortsat Erhvervsstyrelsens opfattelse, at der ikke blot er tale om en ændring af størrelsen af en konkretpudder til en bestemt modtager/-gruppe, men tale om en ændring af forholdet af modtager/-grupper til hinanden. I den forbindelse er det underordnet, at ændringen ikke medfører en ændring i kredsen af uddelingsberettigede.

Det afgørende er, at der af den gældende vedtægt ikke blot fremgår en række modtagere, men at der også entydigt er fastsat, hvor meget de enkelte modtagere skal modtage i forhold til hinanden – nemlig lige meget.

Fondens bestyrelse kan således ikke – heller ikke med almindelige retningslinjer, som bestyrelsen kan fastsætte vedrørende fondens formål og uddelingsformål, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 27, stk. 3 – ændre på at alle modtagere skal have lige meget.

Ervhvervsstyrelsen skal i øvrigt bemærke, at den ønskede vedtægtsændring ikke kan sidestilles med en ændring af almindelige retningslinjer, som bestyrelsen kan fastsætte vedrørende fondens formål og uddelingsformål, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 27, stk. 3.

Sådanne retningslinjer kan umyndige vedtægten, men ikke ændre vedtægten eller gå videre end vedtægten. I modsætning til en ændring af sådanne ret-
ningslinjer, kræver en vedtægtsændring fondsmyndighedens tilladelse, jf. § 89 i lov om erhvervsdrivende fonde.

I den forbindelse skal det bemærkes, at Erhvervsstyrelsen ikke har modtaget sådanne almindelige retningslinjer fra klageren og at den foreslåede ændring af vedtægterne heller ikke kunne være fastsat i retningslinjer.

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse (støttet af Civilstyrelsen) er der med hensyn til den ønskede ændring tale om en ændring af en uddelingsbestemmelse. Erhvervsstyrelsens eventuelle tilladelse forudsætter derfor, at Civilstyrelsens giver samtykke, jf. lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 2. Civilstyrelsen har ikke givet et sådant samtykke.


I så fald at Erhvervsankenævnets måtte komme frem til, at det ikke er en forudsætning for Fondsmyndighetens tilladelse, at Civilstyrelsen samtykker i ændringen, er der behov for en fornyet behandling af sagen i Erhvervsstyrelsen.

2. Manglende tilladelse til vedtægtsændringen

Erhvervsstyrelsen har indhentet supplerende bemærkninger fra Civilstyrelsen. Der henvises derfor til Civilstyrelsens bemærkninger af 17. januar 2017, som vedlægges som bilag (…).

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at den påklagede vedtægtsændring er behandlet af Erhvervsstyrelsen i overensstemmelse med § 89, stk. 1 og 2, i lov om erhvervsdrivende fonde, hvorfor Erhvervsstyrelsens afgørelser bør stadfæstes.

Advokat K er ved indlæg af 22. februar 2017 fremkommet med følgende afsluttende bemærkninger til sagen:

"…"

1 Indledning

1.1 Ved mail af 12. december 2016 har Erhvervsankenævnet anmodet klager om på vegne af A Fond at fremsende eventuelle afsluttende bemærkninger til de supplerende bemærkninger modtaget fra Erhvervsstyrelsen vedlagt blandt andet et yderligere indlæg fra Civilstyrelsen.
1.2 Jeg skal indledningsvis oplyse, at de supplerende bemærkninger fra Erhvervsstyrelsen og det vedlagte yderligere indlæg fra Civilstyrelsen ikke giver klager anledning til at ændre sin påstand om, at Erhvervsankenævnet i sin kendelse skal opheve Erhvervsstyrelsens afgørelser af 8. november 2015, 6. marts 2016 og 31. maj 2016 og meddele tilladelse i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 89 til den påtænkte ændring af § 11 B. c, nr. 1, i fondens vedtægt.

1.3 Nedenfor er gengivet klagers afsluttende bemærkninger, som de supplerende bemærkninger fra Erhvervsstyrelsen vedlagt det yderligere indlæg fra Civilstyrelsen giver klager anledning til at fremkomme med. Klager skal herudover henvise til de tidligere fremsendte udtalelser til Erhvervsankenævnet, som klager i det hele fastholder.

2 Kort opsummering

2.1 Klager finder indledningsvis anledning til at opsummere, hvad denne sag nu reelt set handler om, og hvad Erhvervsankenævnet derfor skal tage stilling til.

2.2 Klager kan konstatere, at det ikke længere er omtvistet, at Erhvervsankenævnet er kompetent til at behandle klagesagen, og dermed i sin prøvelse også kan efterprøve Civilstyrelsens afgørelse, der danner baggrund for den afgørelse, som Erhvervsstyrelsen har truffet i forhold til A Fond. Dette forhold kan derfor efter klagers opfattelse udgå af ankenævnets behandling.

2.3 Det første punkt i sagen er, om den foreslåede vedtægtsændring er en ændring af uddelingsformålet, der kræver Civilstyrelsens godkendelse, eller om der er tale om en ændring af forvaltningsmæssig karakter, hvor det er fuldt tilstrækkeligt, at alene Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed har vurderet sagen. Civilstyrelsen finder, at der er tale om en ændring af uddelingsformålet. Klager er uenig i dette, idet der ikke er tale om en ændring i de uddelingsberettigede eller lignende. Enhver uddelingsberettiget person i et givet slægtled vil således som hidtil modtage et legat i henhold til fondens fundats. Den ønskede ændring om inddeling i aldersgrupper vil således alene have konsekvenser i forhold til legatets størrelse, hvilket utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen.

2.4 Hvis Erhvervsankenævnet desuagtet måtte være enige med Civilstyrelsen i, at der er tale om en ændring af uddelingsformålet, der kræver Civilstyrelsens samtykke, drejer sagens andet spørgsmål sig om, hvilket kriterium, der skal være opfyldt, for at myndighederne kan godkende en sådan vedtægtsændring, og om dette kriterium er opfyldt i den konkrete sag.

2.5 På baggrund af de entydige forarbejder til lov om erhvervsdrivende
fonde er der efter klagers opfattelse ingen tvivl om, at kravet er, at den pågældende vedtægtsbestemmelse skal være blevet "uhensigtsmæssig". Civilstyrelsen er enig i, at dette fremgår af forarbejderne, men styrelsen mener - noget overraskende-, at disse forarbejder er forkerte, og at der derfor er krav om, at vedtægtsbestemmelsen er blevet "klart uhensigtsmæssig" eller "åbenbart uhensigtsmæssig".

2.6 Endelig finder klager, at kriteriet for at tillade en vedtægtsændring under alle omstændigheder er opfyldt i forhold til den ønskede vedtægtsændring, mens Civilstyrelsen er af den opfattelse, at ændringen hverken er "uhensigtsmæssig", "klart uhensigtsmæssig" eller "åbenbart uhensigtsmæssig", dvs. at uanset hvilket kriterium, Erhvervsanlægskontor finder skal være opfyldt i forhold til den konkrete type vedtægtsændring, er kriteriet ikke opfyldt. Det er klagers opfattelse, at den ønskede ændring vil medføre, at den nuværende vedtægtsbestemmelse, der ikke hidrører fra fondens stiffter og går langt videre end stifters vilje, bliver berigtiget. Civilstyrelsen mener, at vedtægtsændringen ikke kan tillades, da de uddelingsberettigede har retskrav på ligebehandling. Dette bygger efter klagers opfattelse på en retsvildfarelse, for vedtægten er blevet afholder det sådant retskrav. Den ønskede vedtægtsændring om mulighed for opdeling i aldersgrupper inden for hvert slægtsled har netop karakter af at være et kompromis mellem stifters oprindelige vedtægt for fondet, og vedtægtsændringen fra 2001, der efter klagers opfattelse ikke burde have været besluttet og tilladt af myndighederne.

2.7 Nedenfor er gengivet klagers uddybende bemærkninger til Erhvervstyrelsens og Civilstyrelsens supplerende bemærkninger.

3 Den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond forudsætter ikke Civilstyrelsens samtykke

3.1 Klagers synspunkt er fortsat, at ændringen af § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for A Fond ikke forudsætter Civilstyrelsens samtykke, da ændringen er af forvaltningsmæssig karakter.

3.2 Hovedreglen i lov om erhvervswivende fonde er, at det ved en ændring af vedtægten for en erhvervsdrivende fond er et krav, at fondsmyndigheden tillader ændringen, medmindre der er tale om en vedtægtsændring som konsekvens af en kapitalforhøjelse, der ikke kræver fondsmyndighedens tilladelse, jf. lovens § 89, stk. 1.

3.3 Ved visse særlige vedtægtsændringer er det en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen har samtykket i ændringen. Dette er efter lovens § 89, stk. 2, tilfældet, hvis der er tale om en ændring af vedtægtsens bestemmelser om fondens formål eller uddelingsformål. Det er imidlertid vigtigt at holde fast i, at § 89, stk. 2, er en undtagelse til hovedreglen. I henhold til sædvanlige fortolkningsprincipper skal en undtagelse i modsætning til hovedreglen for tolkes indskrænkende, og dette gør sig eksempelvis gældende, når det
skal fastlås, om en konkret vedtægtsændring er omfattet af § 89, stk. 1 eller 2.

3.4 Som nævnt i klagers tidligere indlæg til Erhvervsankenævnet er det klagers opfattelse, at den ønskede ændring af stk. 3 i den pågældende bestemmelse i § 11 B. c, nr. 1, i vedtægten for Det Obelske Familiefond ikke medfører en ændring i de uddelingsberettigede eller lignende, og at der således ikke er tale om selve uddelingsformålet. Enhver person i et givent slægtled vil således som hidtil fortsat komme i betragtning til et legat i henhold til fondens fundats. Den ønskede ændring om inddeling i aldersgruppe vil således alene have konsekvenser i forhold til legatets størrelse, hvilket klagers fortsat finder utvivlsomt må anses for at være et spørgsmål af forvaltningsmæssig karakter, uanset at bestemmelsen er placeret i uddelingsbestemmelsen.

3.5 Klager har endvidere konstateret, at det fremgår af Erhvervsstyrelsens indlæg, at det er styrelsens opfattelse, at der ikke blot er tale om en ændring af størrelsen af en konkret uddeling til en modtager/modtagergrenge, men derimod en ændring af forholdet mellem modtagerne/modtagergrenge. Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse har det således ikke betydning for, om der er krav om Civilstyrelsens samtykke, at kredsen af uddelingsberettigede ikke ændres. Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse er det afgørende således, at det i den nugældende vedtægt ikke blot er fastsat en række uddelingsberettigede men også at det er entydigt fastsat, hvor meget de enkelte uddelingsmodtager skal have i forhold til hinanden - nemlig lige meget.

3.6 Klager finder ikke, at der i forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde er en konkretisering af, hvad der forstås ved selve uddelingsformålet, og hvad der skal karakteriseres som tilknyttet forvaltningsmæssige bestemmelser. Der er således hverken i lov om erhvervsdrivende fonde eller forarbejderne hertil holdepunkter for, at den af Erhvervsstyrelsens gengivne opfattelse er i overensstemmelse med lovgivers intentioner. Klager finder, at når det skal fastlås, hvad der skal anses for at være uddelingsformålet, hvor en ændring forudsætter Civilstyrelsens samtykke, bør der lægges afgørende vægt på, om der er tale om ændring af et forhold, hvor det må anses for forsvarligt, at det alene er Erhvervsstyrelsen, der som fondsmyndighed for fonden forholder sig til ændringen, eller om der er tale om en ændring, hvor det ikke er tilstrækkeligt, at Erhvervsstyrelsen forholder sig til ændringen, men hvor ændringens karakter fordrer, at såvel Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed som Civilstyrelsen skal godkende ændringen.

3.7 Klager skal i denne forbindelse gentage, at Erhvervsstyrelsen den 31. maj 2016 meddelte, at Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen er enige om, at ændring af en forvaltningsbestemmelse alene er omfattet af lov om erhvervsdrivende fonde § 89, stk. 1, og dermed ikke kræver Civilstyrelsens samtykke, og at dette også gælder i de tilfælde, hvor en forvaltningsbestemmelse er anført i en formåls- eller uddelingsbestemmelse.
3.8 Det er fortsat klagers opfattelse, at den ønskede ændring af § 11 B. c, nr. 1, stk. 3, der medfører, at bestyrelsen fremover kan uddele forskellige beløb til de uddelingsberettigede i et givent slægtsled alt efter, hvilken af de foreslåede aldersgrupper den pågældende uddelingsmodtagere er placeret i, er en ændring, der ikke nødvendiggør behandling hos både Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed og Civilstyrelsen. Det må således anses for fuldt tilstrækkeligt, at Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed forholder sig til en ændring af denne karakter, hvor det eneste, der ændres, er, at der gives mulighed for uddeling af forskellige beløb, således som stifter for øvrigt også havde foreskrevet i den oprindelige vedtægt for fonden. Klager er i den forbindelse helt enig med Erhvervsstyrelsen i, at retningslinjer udstedt i medfør af § 27, stk. 3, ikke kan ændre en fonds formål eller uddelingsformål, men efter klagers opfattelse indebærer den ønskede ændring af fondets vedtægt alene en konkretisering i forhold til den vilje, som fondens stifter havde ved fondens etablering med hensyn til uddelinger, jf. også pkt. 3 nedenfor. Klager stiller endvidere ikke spørgsmål ved, om Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed skal tillade den ønskede vedtægtsændring, men alene at der er tale om en ændring, der ikke forudsætter Civilstyrelsens samtykke.

3.9 Konkluderende kan det det således konstateres, at det anførte af Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen ikke ændrer ved klagers klare vurdering om, at den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægtens § 11 B. c, nr. 1, alene kræver fondsmyndighedens tilladelse, da der er tale om en ændring af en forvaltningsbestemmelse og dermed ikke selve uddelingsformålet, og at det derfor ikke er en forudsætning for fondsmyndighedens tilladelse, at Civilstyrelsen samtykker i ændringen.

3.10 Klager har noteret sig, at Erhvervsstyrelsen har gjort gældende, at der er behov for en fornyet behandling i Erhvervsstyrelsen, hvis ankenævnet kommer frem til, at Civilstyrelsens samtykke ikke er påkrævet til den ønskede ændring.

3.11 Klager finder i den forbindelse anledning til at påpege, at det fremgår af Erhvervsstyrelsens brev af 20. september 2015, at styrelsen på baggrund af en gennemgang finder de ønskede ændringer velbegrundet, og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til blandt andet de ønskede ændringer i fondens uddelingsbestemmelse. Det er endvidere forudsat i forarbejderne til både den gældende lov om erhvervsdrivende fonde samt den tidligere lov om erhvervsdrivende fonde, at Erhvervsstyrelsen kun overgiver en vedtægtsændring til Civilstyrelsen, hvis Erhvervsstyrelsen er indstillet på at tillade den ønskede ændring.

3.12 Klager har derfor meget vanskeligt ved at se behovet for, at den ønskede vedtægtsændring undergives en fornyet behandling af sagen i Erhvervsstyrelsen, hvis ankenævnet er enig i, at den ønskede ved-

4 Civilstyrelsen anvender ikke det korrekte kriterium, når de vurderer, om en vedtægtsændring kan tillades.

4.1 Som nævnt i klagers tidligere udtalelse til Erhvervsankenævnet er det klagers opfattelse, at det afgørende kriterium, når Erhvervsstyrelsen og Civilstyrelsen skal vurdere, om ændringen af vedtægten § 11 B. c, nr. 1, kan tillades, er, om vedtægtsbestemmelsen er blevet "uhensigtsmæssig". Det er forkert at kræve, at vedtægtsbestemmelsen er blevet "klart uhensigtsmæssig" eller "åbenbart uhensigtsmæssig".

4.2 Klager har noteret sig, at Civilstyrelsen i den vedlagte supplerende udtalelse bekræfter, at det er af forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde fremgår, at en formålsændring kan finde sted, hvis vedtægtsbestemmelsen herom er blevet uhensigtsmæssig. Civilstyrelsen har dog samtidigt tilkendegivet med henvisning til forarbejderne til anden reguler, at forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde ikke er retvisende. Klager finder ikke, at der er belæg for Civilstyrelsens synspunkt om, at bemærkningerne til lov om erhvervsdrivende fonde på dette punkt ikke er retvisende. Som nævnt i klagers tidligere indlæg til ankenævnet fremgår det meget udtrykkeligt af forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde, at det er følgende vurdering, som myndighederne skal anlægge ved myndighedernes vurdering af, om en ønsket ændring af vedtægten for en erhvervsdrivende fond skal tillades (min fremhævning), jf. de specielle bemærkninger til § 89 i forslaget til lov om erhvervsdrivende fonde:

...  

Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning om fonde, nr. 970/1982, at der med den gældende lov om erhvervsdrivende fonde § 48, om ændring af vedtægten, var tiltænkt en vis smidiggørelse i forhold til tidligere tiders såkaldte permutationspraksis. **Vedtægtsændringer skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig.** Der må samtidig kunne tages hensyn til, at erhvervsdrivende fonde er erhvervsvirksomheder, hvilket i visse situationer gør det nødvendigt, at disse fonde har mulighed for at tilpasse sig til ændrede konkurrencevilkår, finansieringsbehov m.v. Det vil fortsat være mest vanskeligt at få tilladelse til ændring af formål. **Efter gældende praksis kan der i overensstemmelse med lovens forarbejder meddeles tilladelse til en ændring af formålet, hvis formålet ikke, eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet uhensigtsmæssigt.**

Hertil kommer, at der ved formålsændringer er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål, der er udtryk for stifters vilje, og det ændrede formål, ligesom en formålsændring ikke må gå videre, end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.

En ændring i formålet, som alene er begrundet med et ønske om en sproglig eller redaktionel modernisering af formålsteksten, vil fortsat ikke kunne finde sted, da dette ikke vil udgøre en tilstrækkelig tungtvejende begrundelse for ændringen.

4.3 **Klager skal i den forbindelse også fremhæve, at bemærkningerne til bl.a. denne del af lov om erhvervsdrivende fonde bygger på Erhvervsfondudvalgets drøftelser. I den rapport, som Erhvervsfondudvalget afgav, har ingen af medlemmerne, herunder det medlem, der var udpeget til udvalget som repræsentant fra Justitsministeriet, gjort gældende, at beskrivelsen af gældende ret og den fremtidige retstilstand efter den nye lov ikke var retvisende. Klager går desuden ud fra, at det er Folketinget, der afgør, hvad der er gældende ret, hvilket Folketinget har gjort ved at vedtage den nye lov om erhvervsdrivende fonde med tilhørende forarbejder.**

4.4 Klager har endvidere konstateret, at det fremgår af Erhvervsstyrelsens indlæg, at den ønskede ændring medfører, at det ikke længere vil være nødvendigt at give alle uddelingsberettigede præcis det samme beløb, men at det bliver muligt for fondsbestyrelsen at give forskellige beløb til de forskellige aldersgrupper.

4.5 **Det er fortsat klagers opfattelse, at forudsætningerne til at tillade den ønskede ændring af bestemmelsen i vedtægten § 11 B. c, nr. 1, er til stede, således som Erhvervsstyrelsen for øvrigt også tidligere har vurderet, jf. eksempelvis styrelsens brev af 20. september 2015. I dette brev tilkendegiver Erhvervsstyrelsen udtrykkeligt, at styrelsen på baggrund af en gennemgang finder de ønskede endringer velbegrundet, og at styrelsen derfor er indstillet på at meddele tilladelse til blandt**
andet de ønskede ændringer i fondens uddelingsbestemmelse.

4.6 Den nuværende affattelse af bestemmelsen i vedtægten er efter klagers opfattelse uhensigtsmæssig af flere årsager.


4.8 Dette bør ses i sammenhæng med, at det er klagers vurdering, at der kan stilles væsentlige spørgsmålstege ved, hvorvidt der burde have været givet samtykke til ændringen af vedtægten i 2001. Det må konstateres, at bestyrelsens fokus dengang primært var på, at det fremover også skulle være muligt at foretage uddelinger til familiemedlemmer, der var blevet udpeget til fondets bestyrelse, da det i modsat fald ville være vanskeligt at få familiemedlemmer til at varetage bestyrelseshvervet i fondet, hvis prisen for disse personer var, at de var afskåret fra at modtage uddelinger fra fondet. I lyset af den modstand, som den ansøgte ændring af vedtægten for fondet har affødt, kan det undre, at myndighederne i forbindelse med ændringen af vedtægten i 2001 ikke spurgte ind til denne ændrings hensigtsmæssighed, ligesom der ikke blev stillet spørgsmålstege ved, hvorvidt denne ændring var begrundet i fondets forhold. Det er således klagers opfattelse, at den ønskede ændring i praksis er en delvis berigtigelse af vedtægtsændringen fra 2001, der ikke burde have været besluttet af fondsbestyrelsen og tilladt af myndighederne, da den pågældende ændring går markant og uhensigtsmæssigt videre end stifters vilje.

4.9 Den manglende tilladelse til berigtigelse af vedtægterne på dette punkt betyder i praksis, at de bestyrelsesmedlemmer, der i 2001 udgjorde fondsbestyrelsen, tillægges en væsentligt højere indflydelse og magt over fondens uddelinger end fondens oprindelige stifter og den nuværende bestyrelse i fondet, hvilket på ingen måde stemmer overens med den fondsretlige regulering og hensynene bag denne.

4.10 Klager finder således, at hvis en fondsbestyrelse konstaterer, at der er
blevet gennemført en vedtægtsændring, der strider mod stifters vilje, og som derfor ikke burde have været besluttet af fondsbestyrelsen og godkendt af myndighederne, har fondsbestyrelsen ikke blot ret, men også pligt til at søge forholdet berigtiget. I lyset af, at fondsmyndighedens og Civilstyrelsens primære opgave ved vedtægtsændringer er at sikre varetagelsen af stifters vilje, er det efter klagers opfattelse dybt overraskende, at myndighederne ikke vil medvirke til en berigtigelse, der vil medføre, at vedtægterne på dette punkt i langt højere grad kommer i overensstemmelse med, hvad stifter ønskede.

4.11 Det er endvidere uhensigtsmæssigt, at fondens bestyrelse som følge af den nuværende affattelse af bestemmelsen er afskåret fra en mere afbalanceret anvendelse af fondens midler, hvor der kan tages højde for, at personer inden for det samme slægtled kan have væsentlige forskellige behov alt efter, om der tale om et familiemedlem eksempelvis på 25-30 år eller et familiemedlem på 45-50 år, således som fondens stifter ønskede det med den fleksibilitet, der var indbygget i den oprindelige fundats for fonden. Det kan i den forbindelse nævnes, at fondens stifter ikke forventer, at den ønskede vedtægtsændring vil resultere i en nævneværdig forskelsbehandling, om noget overhoved, af de udeløbende i de forskellige aldersgrupper.

4.12 Endeligt er det uhensigtsmæssigt, at den nuværende affattelse af bestemmelsen - hvor bestyrelsen er helt uden fleksibilitet indenfor et givent slægtsled - vil medføre, at der på sigt med et stadigt væsentligt stigende antal udeløbende vil kunne opstå en risiko for konflikter i B og C-slægt, hvilket strider mod hele den grundlæggende tanke hos stifter ved oprettelsen af fondet.


…

Der har den 1. juni 2017 været afdholdt mundtlige forhandling i sagen, hvor parterne fremlagde deres respektive standpunkter, hvorefter der blev procederet i overensstemmelse med de afgivne processkrifter.

Ankenævnet udtaler:

4 voterende – Carsten Møllekilde, Knud. T. Martens, Susanne Nielsen og Jan Uffe
Rasmussen – udtaler:

Ehrvervsankenævnet lægger i det følgende til grund, at bestemmelsen i § 130 i lov om erhvervsdrivende fonde indeholder udvidet adgang til at efterprøve fondsmyn- dighedens afgørelser, herunder de i sagen trufne afgørelser fra Civilstyrelsen, der som permutationsmyndighed danner baggrund for Ehrvervsstyrelsens afgørelse.

Klager har til støtte for den ønskede vedtægtsændring af § 11 B c. nr. 1 i fondens vedtægter anført, at vedtægtsbestemmelsen, der blev indført i forbindelse med den seneste revision i 2001, er blevet uhensigtsmæssig, og at ændringen er baseret på en ændret markedssituation, der har medført, at fondens uddelingskapacitet fundamen-talt er ændret set i forhold til 2001. Endvidere at indførelsen af princip om uddeling i aldersgrupper, efter klagers opfattelse har nær sammenhæng med stifters oprindelige intentioner om fleksibilitet i uddelinger til slægtsled i forholdet mellem de enkelte familiemedlemmer modsat vedtægternes nugældende princip om ligelig uddeling inden for hvert slægtsled (in capita). Det gøres gældende, at der er tale om ændring af en forvaltningsbestemmelse, der ikke vedrører formålet, men i stedet slægtsledslegatets størrelse, uden at ændringen herved er omfattet af kravet om forudgående indhentelse af Civilstyrelsens samtykke, jf. § 89, stk. 2 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Ehrvervsankenævnet bemærker, at fondsmynigheden kan tillade, at en bestemmelse i fondens vedtægter ændres efter indstilling fra bestyrelsen, jf. § 89, stk. 1 i lov om erhvervsdrivende fonde. Civilstyrelsens samtykkes skal dog indhentes ved ændring af vedtægtsbestemmelser om formål eller uddelinger, jf. lovens § 89, stk. 2.

Ankenævnet skal endvidere bemærke, at det må bero på en fortolkning af lovforar-bejderne, stifters intentioner og fondens nugældende vedtægter, om den ønskede æn-dring vedrørende uddelinger i aldersgrupper kan erstatte eller supplere den nugældende vedtægtsbestemmelse i § 11 B c. nr. 1.

Af lovbemærkningerne til § 89 (Lovforslag nr. L 154 af 12. marts 2014) fremgår blandt andet:

”..."
Karakteristisk for de tilfælde, hvor Civilstyrelsens samtykke efter de gældende regler er påkrævet, er, at der er tale om ændringer af vedtægtsbestemmelser vedrørende formål og uddeling.

Ved fortolkningen af, hvad der udgør fondens formål, skal der ikke alene ses på, hvad der fremgår af vedtægtens egentlige formålsbestemmelse, men det kan også være en konkret vurdering af den nugældende vedtægt og den ønskede vedtægtsændring.


Det vurderes, at den forslåede model, hvor Civilstyrelsen skal samtykke i disse særlige tilfælde, medfører et hensynsanlæg for, at de relevante myndigheder inddrages i forbindelse med bestyrelsens ændringer af disse væsentlige bestemmelser i vedtægten.


Hertil kommer, at der ved formålsændring er krav om, at der skal være nær sammenhæng mellem de oprindelige formål … ligesom en formålsændring ikke må gå videre end hvad der er påkrævet under hensyntagen til fondens ændrede vilkår.
Som sagen foreligger oplyst, har den ønskede ændring om inddeling efter aldersgrupper efter vores opfattelse en sådan nær sammenhæng med fondens udelningsformål, at det må kunne lægges til grund, at den ønskede vedtægtsbestemmelse vedrører fondens formåls- og udelningsbestemmelser, hvorfor Civilstyrelsens samtykke efter § 89, stk. 2 i lov om erhvervsdrivende fonde er påkrævet.

Vi finder, som anført af Civilstyrelsen, at det ikke er tilstrækkeligt velbegrundet, at de udelingsberettigede i henhold til fondens vedtægter med den i sagen oplyste formulering, sikres en nøje afvejet balance ved uddeling af slægtsledslegater i forholdet mellem de enkelte slægtsled, såfremt fondsmyndigheden kunne tillade en ændring af fondens nugældende vedtægtsbestemmelse uden forudgående samtykke fra Civilstyrelsen. Flertallet finder herefter, at klager ikke har påvist et konkret defineret behov for, at vedtægtsbestemmelsen bør ændres, og tiltræder herefter, at den nugældende vedtægtsbestemmelse i § 11 B c. nr. 1, hverken er blevet vanskelig eller umulig at opfylde. Det er herved tillagt betydning, at den nugældende bestemmelse ud fra en samlet vurdering af de i sagen foreliggende oplysninger, ikke er blevet uhensigtsmæssig at opfylde henset til fondens betydelige kapacitet og forudgående administration af § 11 B c. nr. 1 i fondens vedtægter. En sådan ændring, der efter flertallets opfattelse ikke alene har karakter en forvaltningsbestemmelse, har også materiel betydning for de udelingsberettigede. Den ønskede vedtægtsændring kan af den årsag ikke tillades uden indhentelse af forudgående samtykke fra Civilstyrelsen, jf. § 89, stk. 2, i lov om erhvervsdrivende fonde.

En voterende – Sys Rovsing – udtaler:

uhensigtsmæssig. Fondsbetænkningen bemærkede til den foreslåede bestemmelse:

"Bestemmelsen i stk. 1 indebærer en udvidelse af den adgang til fundatsændringer, som har udviklet sig på baggrund af arvelovens § 69 og permutationspraksis. Som anført foran kræver permutation efter gældende praksis, at den pågældende fundatsbestemmelse, navnlig på grund af ændrede forhold, ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssigt. Efter udvalgets opfattelse er der behov for en smidiggørelse af denne praksis …

Baggrunden herfor er navnlig, at fonde som tidligere fremhævet i langt de fleste tilfælde skal virke i princippet uden tidsbegrænsning. Som følge af de meget betydelige ændringer i samfundsforholdene, som er sket i de sidste årter, og som må forventes at ske i den kommende tid, er der efter udvalgets opfattelse behov for en friere adgang for bestyrelsen til med fondsmyndighedens og justitsministeriets samtykke at ændre fondens fundats med henblik på at tilpasse bestemmelserne til de ændrede samfundsforhold. … Også ændringer i forholdene inden for de områder, som fonden ifølge sit formål skal uddele midler til, kan bevirke, at en ændring af fundatsen er hensigtsmæssig. Det vil ofte ikke være muligt for stifteren at forudsige udviklingen og tage højde for påkrævede ændringer gennem bestemmelser i fundatsen. …

Udvalget forudsætter, at der ved anvendelsen af bestemmelsen i overensstemmelse med arvelovens § 69 og hidtidig praksis vil blive stillet strengere krav ved ændringer af fondens formålsbestemmelse end ved ændringer, der vedrører fundatsens forvaltningsbestemmelser, herunder bestemmelser, der fastlægger et bestemt maksimum for legatportioners størrelse, eller fastsætter indtægts- eller formuegrænser som vilkår for at modtage ydelser fra fonden …"

Udvalgsarbejdet udmøntede sig senere i de to fondslove fra 1984. I lovbemærkningerne til den oprindelige lov om fonde og visse foreninger – lov nr. 300 af 6. juni 1984 – anførtes følgende vedrørende vedtægtsændringer:

"En sådan ændring kan være begrundet i, at bestemmelsen ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes. Ønsker bestyrelsen i det hele taget at foretage ændringer i vedtægten, der er rimeligt begrundet i f.eks. ændrede forhold, vil det oftest være hensigtsmæssigt, at vedtægten tilpasses de nye forhold.

Når bestyrelsen indstiller, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, er det fondsmyndighedens og justitsministeriens opgave at sørge for, at der ved ændringen tages de fornødne hensyn til stifterens intentioner …

…"

I Erhvervsfondsudvalgets rapport fra 2012 om fremtidens regulering af erhvervsdrivende fonde gentages ordvalget fra Fondsudvalgets betænkning fra 1982, om at der er brug for en smidiggørelse af den strenge praksis for vedtægtsændringer, og at der
efter udvalgets opfattelse således er behov for en noget friere adgang for bestyrelsen til med fondsmyndighedens og justitsministeriets samtykke at ændre fondens fundats.

Udvalget anfører videre, at „vedtægtsændring skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig“.

Erhvervsfondsudvalgets arbejde dannede grundlag for den nugældende erhvervsfondslovgivning. Spørgsmålet om tilladelse til vedtægtsændringer er nu regulert i lov om erhvervsdrivende fonde § 89. I lovbemærkningerne til bestemmelsen (L 154 fremsat den 12. marts 2014) anføres blandt andet – i tråd med tidligere forarbejder – at:

„Vedtægtsændringer kan ikke tillades, medmindre de er velbegrundede … Det fremgår udtrykkeligt af Betænkning om fonde, nr. 970/1982, at der med den gældende lov om erhvervsdrivende fonde § 48, om ændring af vedtægten, var tiltenkt en vis smidiggørelse i forhold til tidligere tiders såkaldte permutationspraksis. Vedtægtsændringer skal således ikke nødvendigvis udspringe af ændrede forhold, der gør, at vedtægten ikke kan efterleves eller er blevet åbenbart uhensigtsmæssig.

…

Ændring af vedtægten skal være i fondens interesse.

…”

Det har således udtrykkeligt været såvel Fondsudvalgets som lovgivers intention, at den tidligere restriktive permutationspraksis skal lempes, og at fondsmyndighederne bør have en smidigere tilgang til fondsbestyrelsers ønske om ændring af vedtægtsbestemmelser.

A Fond er stiftet i 19… Stifter, Cs vilje med hensyn til fondens formål, herunder uddeling af fondens midler er udtrykt i den oprindelige fundats fra 19… I fundatsens § 6 hedder det:

„

B. Af de derefter disponible midler af nettoindtægten uddeles legatportioner til:
a. Kvindelige og mandlige slægtninge af B … det tilkommer alene fondets bestyrelse under iagttagelse af denne forskrift at udøve et rimeligt skøn over i hvilket omfang denne fortrinsret skal udyttes overfor de enkelte medlemmer ved de årlige uddelinger, såvel som den andel af legatets indtægter, som i det hele taget vil være at forbeholde de forskellige slægtsgrupper.

b. Støtte til almenvelgørende eller på anden måde almennyttigt øjemed

Hvad der efter bestyrelsens skøn ikke findes anvendelse for i det enkelte år, enten til henlæggelse til reservefondet eller til uddeling blandt de ovenfor nævnte formålsgrupper a og b kan overføres til anvendelse i senere regnskabsår.

Bestyrelsen bestemmer suverænt, hvorledes det disponible beløb skal fordeles imellem de under a og b anførte grupper, såvel som legatportionernes størrelse til de begunstigede indenfor hver gruppe …

…

Legatets bestyrelse træffer selv bestemmelse om, hvorvidt tildelingen af legatportioner skal ske efter ansøgning …”

Som det fremgår af uddraget af vedtægten ønskede stifter, at bestyrelsen skulle have beføjelse til at foretage et rimeligt skøn ved de nødvendige beslutninger om uddelingen af fondens midler, også for så vidt angår uddelingerne til slægtninge.

Fonden har siden 2001 og frem til i dag ifølge det oplyste, navnlig gennem datterselskabets gevinst ved salget af en betydelig kapitalandel i F A/S i 2008, oplevet en meget gunstig økonomisk udvikling og har således mangedoblet fondens egenkapital.


Aldersspredningen på familiemedlemmer inden for de enkelte slægtsled er i de senere generationer blevet betragtelig større og har ifølge fonden vist sig også at blive betydeligt større end forventet i 2001. Ligesteiningen for et slægtsled med uddeling af nøjagtigt det samme beløb til alle slægtsmedlemmer, uanset alder, er efter besty-
Famiemedlemmerne har forskellige behov på forskellige stadier i livet, og navnlig finder man det ikke hensigtsmæssigt, at familiemedlemmerne modtager store legater i en meget ung alder.

Bestyrelsens vurdering af, at den nuværende bestemmelse i § 11 B. c, nr. 1, i dag er uhensigtsmæssig, forekommer efter min opfattelse velbegrundet.

Det er bestyrelsens tilvalg, at de retningslinjer, den lægger til grund for den i øvrige skønsmæssige uddeling af legater, optages i fondens vedtægter.

Det står bestyrelsen frit at ændre disse retningslinjer, så længe de er i overensstemmelse med stifters vilje om, at bestyrelsen skal udøve et rimeligt skøn ved uddelingen. Jeg finder, at også de nu valgte retningslinjer er udtryk for en rimelig måde at skønne på.

Det bemærkes herved, at fonden forud for vedtægtsændringen i 2001 – uden at være i strid med de dagældende vedtægtsbestemmelser – blot ville kunne have anlagt en sådan uddelingspraksis, som nu ønskes indført ved den foreslåede vedtægtsændring, hvor slægtslegater uddeles ud fra en aldersinddeling af modtagerne.

På den baggrund og i lyset af de ændrede forhold siden 2001 er den ønskede vedtægtsændring velbegrundet, og der skal efter min mening således meddeles tilladelse til ændringen.

Det af fondsmyndigheden og Civilstyrelsen anførte om, at familiemedlemmer inden for et slægtsled skulle have en berettiget forventning om at modtage et slægtslegat på præcis samme beløb som øvrige slægtsmedlemmer inden for slægtsleddet, ændrer ikke ved min vurdering heraf.

De uddelingsberettede har ikke retskrav på at modtage legater, og hverken § 11 B. c, nr. 1, eller nogle af de øvrige vedtægtsbestemmelser om uddelinger viser en intention hos stifter om, at efterkommenerne i enhver henseende skulle ligebehandles.
Endvidere har fondsmyndighederne heller ikke ved tidligere beslutning om vedtægtsændring af fondens uddelingsbestemmelser, hvor tilladelse er blevet meddelt, tillagt synspunktet om berettigede forventninger betydning.

Den påtænkte ændring har alene betydning for bestyrelsens muligheder for fastsættelse af størrelsen af et legat, men ændrer ikke på kredsen af uddelingsberettigede. I overensstemmelse med fondens påstand og argumentation må bestemmelsen i § 11 B. c. nr. 1, stk. 3, anses som en forvaltningsbestemmelse.

Der er enighed om, at en forvaltningsbestemmelse er omfattet af lovens § 89, stk. 1, og dermed kan tillades ændret af Erhvervsstyrelsen uden Civilstyrelsens samtykke.

Erhvervsstyrelsen har ved brev af 20. september 2015 til Civilstyrelsen tilkendegivet, at Erhvervsstyrelsen finder de ønskede ændringer velbegrundede og derfor er indstillet på at meddele tilladelse til det ansøgte.

Det bemærkes, at Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed ud fra en naturlig sproglig forståelse af § 89, stk. 2, set i sammenhæng med § 89, stk. 1, og som det er forudsat i forarbejderne, alene skal indhente Civilstyrelsens samtykke, såfremt Erhvervsstyrelsen er indstillet på at meddele tilladelse.

Der er således allerede taget positiv stilling til spørgsmålet om den ansøgte ændring i Erhvervsstyrelsen, hvorför en hjemvisning er uforøden.

Jeg stemmer således for at ændre Erhvervsstyrelsens afgørelser og i overensstemmelse med klagers principale påstand meddele fonden tilladelse til de ønskede ændringer af vedtægtsbestemmelsen i § 11 B. c. nr. 1.

Der træffes afgørelse i overensstemmelse med flertalgets opfattelse. Ankenævnet stadfæster således Erhvervsstyrelsens afgørelse om ikke at meddele tilladelse til den ønskede vedtægtsændring.
15) Kendelse af den 21. december 2017 (J.nr. 17/01400)
Klager havde ikke partsstatus i henhold til klage over Erhvervsstyrelsens afgørelse om at give 2 bestyrelsesmedlemmer dispensation for fondens krav om en vedtægtsbestemt udpegningsperiode
Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet § 8
(Sys Rovsing, Jørgen Tandrup, Steen Mejer)


Indbringelsen af klagen for Erhvervsankenævnet er sket efter, at klagerne først havde klaget til Folketingets Ombudsmand, der ved skrivelse af 18. august 2017 meddelte, at han var afskåret fra at behandle klagen, jf. ombudsmandslovens § 14.

Ved skrivelse af 26. oktober 2017 har ankenævnet tilladt C at indtræde i sagen til støtte for klager, jf. § 10 i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens dispensation af 20. marts 2017 fra udpegningsperioden på 7 år fremgår det:

"...

I brevet fremgår det, at de pågældende bestyrelsesmedlemmer er af afgørende betydning for fonden, da de begge er medlemmer af en arbejdskommission, som har det løbende ansvar for den retssag fonden har anlagt ved Københavns Byret vedrørende ophavsretsforholdene mod fonden.

Af hensyn til at varetage fondens interesser bedst muligt i retssagen er det
derfor bestyrelsens vurdering, at der er behov for den erfaring, viden og historik i bestyrelsen, som D og E besidder.

Erhvervsstyrelsen kan på den baggrund i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde § 61 meddele dispensation fra udpegningsperioden på 7 år i fondens vedtægts § 6, stk. 2, for så vidt angår D og E.


…

Ved skrivelse af 5. maj 2017 klagede K1, K2 og K3 til Folketingets Ombudsmand over Erhvervsstyrelsens varetagelse af tilsynet med Fonden A, idet det anførtes, at dispensationen af 20. marts 2017 var klagens primære genstand:

"...

Hered tillader vi os at klage over Erhvervsstyrelsens varetagelse af tilsyn over for Fonden A, i det følgende kaldet "Fonden".

Fonden er stiftet i 1982 med det formål at bevare forfatteren F, i det følgende kaldet "F1", litterære værk, "F2", uændret for eftertiden.

F1 havde selv inden sin død formuleret Fondens oprindelige vedtægter, hvilke, som det fremgår af bilag ..., havde til formål at sikre, at F1s værk blev bevaret uændret for eftertiden, i det det i vedtægterne samtidig blev præciseret, at dette formål ingensinde måtte ændres.

F1 udtalte det selv, som det fremgår af erklæringen i bilag ..., således, at Fondens bestyrelse, (i vedtægterne og) i det følgende kaldet "Rådet", skulle være vogter for ægtheden af F1s litterære værk, og at der i dette værk "ikke måtte ændres så meget som et komma".

Det er klagernes overordnede opfattelse, at Erhvervsstyrelsen ikke på en tilstrækkelig og forsvarlig måde har varetaget sine tilsynsforpligtelser overfor Fonden, og at Erhvervsstyrelsen har medvirket tilt, at F1s' vilje og ønsker, som nærmere præciseret i Fondens oprindelige vedtægter, jfr. bilag ..., ikke på behørig måde er blevet respektet.

Det er videre klagens opfattelse, at en af Erhvervsstyrelsen den 20. marts d.å. over for Rådet meddelt dispensation er givet med urette og i strid med Erhvervsfondslovens § 61.

Denne dispensation, jfr. bilag , er nærværende klages primære genstand, og klagerne anmoder således Ombudsmanden om nærmere at efterprøve den pågældende dispensations lovlighed.
Sagens kerne er, at Fondens vedtægter hen over tid er blevet ændret og udvandet, så det oprindelige formål ikke længere er gældende, sådan som F1 har ønsket det jfr. bilag … og …. Det skal bemærkes, at der for tiden verse-rer en ophavsretssag om netop værkets ægthed og uændrede. Fonden, til hvem F1 overdrog værket, udgiver for nærværende kun værket i ændret form - i strid med Fondens formål - og nægter at stille værket til rådighed i sin ægte og uændrede form. I konsekvens heraf har en kreds af interesserede i F1's værk - som en nødrettig foranstaltning - givet offentligheden adgang til værket i dets uændrede form - således at F1's ønsker kunne tilgodeses.

Denne kreds af interesserede har udgivet F1's originale værk til kostpris uden fortjene, idet F1 fremhævede, at værket skulle udgives så billig som muligt, helst gratis. Dette udtaler F1 bl.a. i en tale afholdt 1979.

Fonden har i 2013 sagsøgt den pågældende kreds for at krænke Fondens ophavsret, altå en ordiner, forretningsmæssig copyrightsag. De sagsøgte fastholder, at den egentlige krænker er Fonden selv, idet Fonden ikke respekterer sine egne vedtægter, som netop udtaler, at værket skal bevares uændret. Denne retssag er stadig verserende, og de sagsøgte er - klagerne bekendt - indstillet på, at sagen om nødvendigt skal indbringes for Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg.

Det er klagernes overbevisning, at Erhvervsstyrelsen og Fonden i denne sag har sviget sin fornemste opgave, som jo er at sørge for, at F1's vilje bliver fulgt. Aktindsigt viser, at Civilstyrelsen og Erhvervsstyrelsen siden Fondens stiftelse i 1982 kun har beskæftiget sig med at beskytte den såkaldte "bundne kapital" uden at forstå, at Fondens altdominerende opgave er bevarelse af et litterært værk.

Erhvervsstyrelsens manglende fokus på at sikre Martinus' vilje og ønsker om ikke at ændre i de vedtægter, F1 havde bestemt ikke måtte ændres, kulminerede med en dispensation, som styrelsen gav rådet den 20. marts 2017, jfr. bilag 26. Styrelsen gav her tilladelse til at tilslidesætte F1's klare bestemmelse om rådsmedlemmernes tidsbegrænsede medlemsskab, idet to af rådsmedlemmerne fik forlænget deres udpegningsperiode, så længe den ovennævnte retssag pågår. Dispensationen, som er givet efter Erhvervsfondsslovens § 61, vil klagerne bede ombudsmanden om at undersøge lov- ligheden af.

Det var F1's udtrykkelige vilje, at ingen i Rådet måtte må få mere magt end andre, og at ingen måtte sidde i Rådet længere end 7 år jfr. bilag. F1 indførte et selvsupplerende råd med et "automatisk udskiftningssystem", hvor der hvert år gik et medlem ud og et nyt medlem kom ind, med henblik på fornyelse, jfr. bilag 1. Dette dynamiske "kredslobsprincip" så F1 som en absolut nødvendighed for Rådets funktionsdygtighed, og det er netop det kredslobsprincip, Fonden nu af Erhvervsstyrelsen har fået dispensation fra at overholde - med henvisning til, at uden at dispense fra dette kredslobsprincip, ville Rådet ikke kunne fungere. En begrundelse som altså går stik imod F1's vilje og ønsker.
I 2016 stod det klart, at Rådet overtrådte Fondens vedtægter med hensyn til udpegningsperioden i § 6, jfr. bilag., idet mandatet var udløbet for tre af de siddende medlemmer. Vores fokus kom derfor på den automatisk udskiftning af Rådets medlemmer, idet nye medlemmer, der så på situationen med friske øjne, muligvis kunne medvirke til, at udgivelsesproblemet blev løst, og retssagen standset.

Klagerne gjorde Erhvervsstyrelsen opmærksom på den manglende udskiftning i Rådet den 25. august 2016, jfr. bilag ..., og dette førte til, at Erhvervsstyrelsen i brev af 12. januar 2017 bad tre navngivne medlemmer om at utræde "med øjeblikkelig virkning" jfr. bilag .... Imidlertid anførte Erhvervsstyrelsen ved samme lejlighed muligheden af, at der kunne gives dispensation efter Erhvervsfondslovens § 61, som siger:

§ 61. Bestyrelsen må kun med fondsmyndighedens samtykke foretage eller medvirke til ekstraordinære dispositioner, som kan medføre risiko for, at vedtægten ikke kan overholdes, eller at fonden ikke fortsat vil kunne eksistere.

Klagerne gjorde igennem deres advokat den 27. januar 2017, jfr. bilag ..., Erhvervsstyrelsen opmærksom på, at en dispensation ville indebære en krænkelse af FIs ønsker om bestyrelsens udpegnings- og funktionsperiode, noget som Erhvervsstyrelsen som tilsynsmyndighed netop er sat til at sikre ikke sker.

Erhvervsstyrelsen endte dog med at give dispensationen, uagtet at klagerne anførte, at det:

"Af forarbejderne til § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde fremgår,

at hovedområdet for samtykkebestemmelsen er dispositioner, der ikke kræver vedtægtsændring, men dispositioner, der, hvis de ikke foretages, kan bringe fondens eksistens i fare,

at dispensation ikke kan gives til dispositioner, der strider mod fondens vedtægter,

at i overvejelserne om, hvorvidt dispensation kan gives skal indgå en vurdering af, om fonden uden dispensation kan komme tilbage til udgangspositionen; altså i relation til Fondens bestyrelsen kan bringes i overensstemmelse med vedtægterne uden, at der dispenseres fra 7 årsreglen, og

at en dispensation, hverken kan eller må anvendes som et alternativ til en vedtægtsændring.

Det var på baggrund af ovennævnte citater fra forarbejderne til § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde efter vor opfattelse evident, at Erhvervsstyrelsen ikke med nogen form for hjemmel eller alibi vil kunne dispensere for den i vedtægterne for Fonden A i § 6 indeholdte 7 årsregel."
Efter klagernes opfattelse har Erhvervsstyrelsen med sin afgørelse - endda med tilbagevirkende kraft - lovliggjort de mange uoverensstemmelser mellem Fondens vedtægter og F1's vilje.

Blandt disse uoverensstemmelser er en ændring af formålsbestemmelsens prioritering, hvorved den oprindelige § 3 om værkets uændrede bevarelse blev degraderet til 3. plads. Denne ændring, blev oprindelig implementeret ved et møde i Erhvervsstyrelsen den 17. marts 1995 jfr. bilag ..., og er bevaret i den seneste revision af vedtægterne i 2014, jfr. bilag ...

Erhvervsstyrelsen reagerede ikke på, at F1's vilje ikke blev fulgt ved denne ændring. Fejlene fik således lov til at forplante sig i efterfølgende vedtægter, senest i vedtægterne fra 2014, hvilken Erhvervsstyrelsen, som ovenfor nævnt, har godkendt.

Den oprindelige formålsparagraf fra 1982, § 3 Stk. 1, blev formuleret af stif-teren, forfatteren F selv, og måtte ifølge § 9 ikke ændres. Den gik udeluk-kende ud på det almennyttige formål:

"I hele sin virksomhed og med alle de midler, der står til dens rådighed, skal institutionen udelukkende tjene følgende almennyttige formål:

Bevare F1's samlede værker uændret, som de foreligger fra hans side, Oply-se om disse værker, og gøre disse værker tilgængelige for interesserede, herunder ved publicering, oversættelse og undervisning i betryggende form."

Erhvervsstyrelsen har tilladt, at Rådet fjernede "udelukkende" og "almen-nyttig" fra Fondens formålsbestemmelse og har ydermere i 2001 tilladt, at Rådet fjernede sætningen "Bevare F1's samlede værker uændret, som de fo-religger fra hans side", jfr. bilag .... Ved ændringerne i 1996 tilføjedes to nye formål som Stk. 1 og Stk. 2 ovenover det oprindelige "Stk. 1", hvilket svækkede og udvandede den oprindelige formålsparagraf væsentligt. Det var denne formålsparagraf, som var gældende for Fonden, da retssagen blev anlagt i 2013. Den lød i sin reducerede form:

"I hele sin virksomhed og med alle de midler, der står til dens rådighed, skal Fonden tjene det formål at oplyse om F1's værker og gøre disse værker tilgængelige for interesserede, herunder ved salg, oversættelse og undervi-sning i betryggende form."

Klagerne har gjort rede for vedtægtsændringerne i det vedhæftede sammen-ligningsskema A jfr. bilag ..., som påviser de ændringer, som ikke var tilladt ifølge F1's vilje og ønsker, som nærmere bestemt i de oprindelige vedtægters § 9 fra 1982, jfr. bilag ...

Klagerne har i de forløbne halvandet år henstillet til både Erhvervsstyrelsen og Rådet at følge F1's vilje og ønsker, både med hensyn til udskiftningen i Rådet og med hensyn til at rette formålsparagraffen tilbage til de oprindelige
Klagerne har gennemlæst 1500 sider aktindsigt og fundet frem til, hvordan fejlene opstod og hvordan de har kunnet fortsætte uanfægtet. Efterfølgende har klagerne undersøgt Rådets administration og konstateret, at Rådet kun har været sammensat i overensstemmelse med F1s vilje og ønsker i 14 ud af de 36 år, der er gået, siden F1 døde i 1981, jfr. bilag ...

Erhvervsstyrelsen er herunder blevet gjort bekendt med, at den siddende bestyrelse, heriblandt de tre, som blev siddende ud over den lovbestemte udpegningsperiode, ikke ønsker at rette formålsparagraffen tilbage til de oprindelige vedtægter fra 1982, jfr. bilag ..

Desværre har klagernes argumenter ikke fundet lydhørhed hos Erhvervsstyrelen. Erhvervsstyrelen har sikkert ønsket at hjælpe Fonden, men har dermed opnået det stik modsatte; ved med sin dispensation om at "belønne" Rådet for at have anlagt en retssag, som er imod F1s udtrykkelige vilje jfr. bilag ..., har Erhvervsstyrelen opnået, at Rådet er blevet "fastlåst" og dermed forhindret, at to nye bestyrelsesmedlemmer kunne komme ind i Rådet og være med til at revurdere vedtægtsændringer og den verserende retssag.

Sagen har nu trukket ud i byretten i 4 år, blandt andet på grund af, at det uretmæssigt sammensatte Råd har modsat sig videnskabeligt "syn og skøn" på fondens udgivelsespolitis.

Dispensationen efter § 61, ændringen af formålsparagraffen i 1995, samt ændringen af Rådets udpegningsperiode i de oprindelige vedtægters § 5 og § 11, får os nu til at klage til Folketingets Ombudsmand over, at Erhvervsstyrelen dels har forsømt at sikre at F1s vilje og ønsker bliver fulgt og dels uretmæssigt har givet Rådet dispensation for at undlade at følge de selv nu-gældende vedtægters krav om Rådets sammensætning.

I tilslutning til de bilag der er nævnt ovenfor, har klagerne fundet 11 bilag - nr. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., og ... - som er vedlagt, og som kan tjene til at give Ombudsmanden en mere dybtgående indsigt i, hvad det er for et tilsyn, der er udøvet i perioden tilbage fra 1982 og frem til i dag, hvilket tilsyn efter vor opfattelse har været aldeles mangelfuld.

Folketingets Ombudsmand meddelte ved skrivelse af 18. august 2017, at han var afskåret fra at handle klagen, jf. ombudsmandslovens § 14. Det anføres i ombudsmandens skrivelse blandt andet:

"Ombudsmanden kan ikke behandle klager over forhold, som en forvaltningsmyndighed kan behandle, før denne myndighed har truffet afgørelse (§ 14 i lov om Folketingets Ombudsmand, jf. lovbekendtgørelse nr. 349 af 22.

...
marts 2013). Det indebærer, at eventuelle klagemuligheder skal være udnyttet. Ombudsmanden er også afskåret fra at tage stilling i en situation, hvor klagemulighederne ikke længere er til stede, typisk fordi en klagefrist er sprunget.

... Hvis I fortsat er utilfredse med Erhvervsstyrelsens afgørelse, henviser jeg jer til at tage kontakt til Erhvervsankenævnet.

... Jeg bemærker, at jeg ikke ved dette brev har taget stilling til, om I er klageberettigede i forhold til Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. marts 2017, eller om fristen for at klage i 130 i erhvervsfondsloven er overskredet.”

Ved e-mail af 30. august 2017 har K1, K2 og K3 i klagen til Erhvervsankenævnet anført:

”... Ombudsmanden oplyser os om, at der findes en frist på 4 uger til at klage til Erhvervsankenævnet, men vi mener, at en sådan frist må forudsætte, at vi er blevet specifikt oplyst om den. Det er vi ikke, for Erhvervsstyrelsen nægter at betragte os som part i sagen, og vi er kun bekendt med Erhvervsstyrelsens dispensation - som er klagens genstand - fordi vi separat har bedt om aktindsigt. Hvis Erhvervsstyrelsen havde betragtet os som part i sagen, ville vi jo have modtaget besked om ankefristen, men det har vi altså ikke. Vi mener derfor ikke, at den pågældende 4-ugers frist kan gælde i denne situation.

Dette med partsstatussen er vi som sagt uenig med Erhvervsstyrelsen om, men det forhold at den dispensation, som vi klager over, søges begrundet med en verserende retssag betyder, at K2 må betragtes som part i sagen. K2 er nemlig en af de sagsøgte i den pågældende retssag. Det forhold at K2 er blevet sagsøgt af fonden må således betyde, at han har en retlig interesse i at få den pågældende dispensation censureret hos Erhvervsankenævnet.

Vi mener derfor, at Erhvervsankenævnet kan realitetsbehandle klagen, hvilket vi hermed anmoder om.

Indholdet af klagen er omhyggeligt beskrevet og dokumenteret i klagen til Ombudsmanden, som vi hermed vedhæfter. Selve dispensationen givet af Erhvervsstyrelsen, som er det primære i klagen, fremgår af bilag...

…”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 28. september 2017 vedrørende sagens faktiske og retlige omstændigheder udtalt:
Faktiske omstændigheder

Erhvervsstyrelsen modtog den 2. marts 2016 en e-mail fra advokat B, som på vegne af de tre klagere ønskede at rette Erhvervsstyrelsens opmærksomhed mod Fonden A. Ved e-mailen var vedlagt et brev af 20. januar 2016 fra kagerne.

Styrelsen svarede i brev af 6. april 2016, at oplysningerne i henvendelsen af 2. marts 2016 ville indgå i grundlaget for Erhvervsstyrelsens almindelige tilsyn med fonden. Af brevet fremgik også, at styrelsen ikke ville gå nærmere ind i en vurdering af fondens tidligere vedtægtsændringer mv. med nogle i forhold til fonden udenforstående parter. Vi gjorde afslutningsvis klagerne opmærksomme på muligheden for at søge aktindsigt i konkrete sager efter reglerne i offentlighedsloven.

Advokat B anmodede i e-mail af 26. april 2016 om aktindsigt efter reglerne i offentlighedsloven i alle igangværende såvel som afsluttede sager vedrørende styrelsens tilsyn med Fonden A. Ved anmodningen var vedlagt et brev af 25. april 2016 fra kagerne.


Advokat B sendte den 25. august 2016 en e-mail på vegne af kagerne, hvor der også var vedlagt et brev af samme dato fra kagerne. Styrelsen besvarede advokatens e-mail og klagernes brev den 27. september 2016. I styrelsens svar fremgik blandt andet, at klagerne efter styrelsens vurdering ikke kunne tillægges partsstatus, som svar på hvorfor styrelsen ikke indigik i en nærmere dialog med de tre klagere vedrørende vores tilsyn med fonden.

Styrelsen har i øvrigt også i flere telefonsamtaler med K1 redegjort nærmere for, hvorfor vi eksempelvis ikke kan drøfte vores interne overvejelser eller den af klagerne påståede overtrædelse af erhvervsfondsloven eller vedtægten med nogle i forhold til fonden udenforstående personer.

Advokat B sendte den 8. november 2016 endnu et brev på vegne af kagerne til styrelsen, som vi besvarede den 10. november 2016. I dette brev fremgik det, at det fortsat var styrelsens opfattelse, at klagerne ikke havde en sådan særlig interesse i sagen, at de kunne tillægges partsstatus.

Fonden A anmodede i anmeldelse af 16. juni 2016 om Erhvervsstyrelsens tilladelse til en vedtægtsændring vedrørende udpegningsperioden for bestyrelsen.

Erhvervsstyrelsen valgte i brev af 26. september 2016 på baggrund af de op-
lysninger, der var fremkommet i vores korrespondance med advokat B og de tre klagere, at anmode fonden om en redegørelse vedrørende udpegningsperioden for bestyrelsens medlemmer og hvorvidt udpegningsperioden eventuelt var udløbet.


Som begrundelse for dispensationsanmodning anførte advokat G, at der var et aktuelt behov for den erfaring, viden og historik i bestyrelsen, som de to bestyrelsesmedlemmer besad af hensyn til at fondens interesser blev varetaget bedst muligt i en verserende retssag vedrørende ophavsretskrænkelser mod fonden.


Retlige omstændigheder

Klageadgangen over afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed eller registreringsmyndighed for de erhvervsdrivende fonde fremgår af lov om erhvervsdrivende fonde § 130:

"Afgørelser truffet af fondsmyndigheden eller af Erhvervsstyrelsen som registreringsmyndighed i henhold til denne lov eller bestemmelser fastsat i henhold til denne lov, kan indbringes for Erhvervsankenævnet, senest 4 uger efter at afgørelsen er meddelt den pågældende. Afgørelserne kan indbringes for domstolene uden først at være indbragt for Erhvervsankenævnet."

Stk. 2. Fastsættelse af frist efter § 16, stk. 1, og meddelelse af fristforlængelse efter § 12, stk. 4, og afgørelser efter § 17, stk. 1, § 24, stk. 3, § 25, § 60, stk. 2, og § 75 kan dog ikke indbringes for højere administrative myndigheder."

Det fremgår således af bestemmelsen, at klagen kan indbringes af "den på-
gaeldende”, hvilket vil sige modtageren af afgørelsen, som er fonden repræsenteret ved bestyrelsen. Dette ses at være et generelt forvaltningsretligt princip, hvorefter alene modtageren af en afgørelse som udgangspunkt kan påklage den.

Efter Erhvervsstyrelsens praksis er det derfor den altovervejende hovedregel, at alene fonden, som repræsenteret ved bestyrelsen, er part i sager vedrørende fondsmyndighedspørsmål.

Tildeling af partsstatus til andre end fonden kan dog forekomme, hvor navngivne virksomheder, organisationer eller andre direkte i vedtægten er tillagt en særlig rettighed.

Hvis en afgørelse truffet af Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed eller registreringsmyndighed for en erhvervsdrivende fond i andre tilfælde derovenfor nævnte vil kunne indbringes, må det alene kunne ske på baggrund af en særlig interesse for den eller de pågældende i henhold til det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb, som gør at de pågældende kan betragtes som parter i sagen.

For at blive part i en sag kræves det, at den pågældende person har en væsentlig, retlig relevant og individuel interesse i sagen.


Kriteriet om en retlig relevant interesse medfører, at de interesser, som den pågældende søger at varetage, er værnede efter den relevante lovgivning. Dette indebærer, at sagens tema og kredsen af interesser, der knytter sig til sagens udfald, kan have betydning for, hvem der må anses for part i sagen. En moralsk eller følelsesmæssig interesse i sagens udfald er normalt ikke tilstrækkelig.

Kriteriet om en individuel interesse i sagen medfører, at kun en begrænset personkreds kan komme i betragtning som parter.

**Erhvervsstyrelsens vurdering**

Der er efter Erhvervsstyrelsens vurdering ikke forhold i denne sag, der medfører, at klagerne har en sådan væsentlig eller retlig relevant interesse i sagen, at de kan tillægges partsstatus.
Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. marts 2017 vedrørte en tilladelse til, at der for to bestyrelsesmedlemmers vedkommende kunne dispenseres for kravet om en vedtægtsbestemt udpegningsperiode på 7 år i Fonden A. Begrundelsen for styrelsens dispensation var, at der i fonden var et aktuelt og konkret behov for de to bestyrelsesmedlemmers erfaring og viden om den verserende retssag mellem fonden og blandt andet klageren K2 vedrørende ophavsretskrænkelser mod fonden.


Klagernes afledte interesse i styrelsens afgørelse af 20. marts 2017 og vores tilsyn i øvrigt med fonden er efter styrelsens opfattelse ikke af en sådan væsentlig betydning for klagerne, at de kan tildeles partsstatus.

Efter styrelsens vurdering er der derimod udelukkende tale om, at klagerene har en rent følelsesmæssig interesse i sagen, hvilket i dette tilfælde ikke er tilstrækkeligt til at tildele partsstatus til klagerne.

I et supplerende indlæg af 20. oktober 2017 har klagernes advokat, B, heroverfor anført:

“…

1. INDLEDNING, HERUNDER UDDYBNING AF BAGGRUNDEN FOR KLAGEN TIL ERHVERVSANKENÆVNET

Indledningsvis bemærkes for god ordens skyld, at en af Klagerne (K2) sammen med en række andre er sagsøgt under en retssag anlagt af Fonden A ("Fonden").

Denne retssag omhandler spørgsmålet om, hvorvidt Fondens ophavsrettigheder til forfatteren Fs ("F1") er krænket af de sagsøgte, og om de sagsøgtes eventuelle krænkelser har været berettigede ud fra synspunkter om nødret, nødværge eller negotiorum gestio-lignende betragtninger.

Stævning i den nævnte retssag er indgivet den 28. maj 2013, hvor Fondens bestyrelse ("Rådet") blandt andre bestod af de to personer, som Styrelsen ved sin afgørelse af 20. marts d.å. gav dispensation fra at opfylde bestemmelsen i Fondens vedtægter § 6 stk. 2. En bestemmelse, der fastsætter, at bestyrelsesmedlemmer maksimalt kan sidde i syv år.

De to medlemmer burde, som det fremgår af Klagernes e-mailskrivelse af
25. august d.å. (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) være udtrådt tidligere i 2016.

Et af hovedspørgsmålene i retssagen er, om Rådet ved sine mange ændringer af Fondens vedtægter har efterlevet stifterens, F1s, mange udtalte ønsker om eftertidens administration af hans værker.

Det er Klagernes opfattelse, at de mange vedtægtsændringer strider mod stifterens udtalte ønsker, og at Styrelsen - ved ikke at have grebet ind heroverfor - ikke på en tilstrækkelig og forsvarlig måde har varetaget sine til-synsforpligtelser over for Fonden, og at Styrelsen hermed har medvirket til, at stifterens, F1s, vilje og ønsker, som nærmere præciseret i Fondens oprindelige vedtægter (fremlagt som bilag .. til Klagernes klage til ombudsmanden) ikke på behørig måde er blevet respekteret.

Det er videre Klagernes opfattelse, at den af Styrelsen den 20. marts d.å. over for Fonden meddelte dispensation er givet med urette og i strid med erhvervsfondslovens § 61.

Begge forhold er omfattet af klagen af 5. maj d.å. til Ombudsmanden, hvilken tillige med bilag er vedhæftet Klagerne til Erhvervsankenævnet den 30. august indgivne klage.

Klagen til Erhvervsankenævnet såvel som Klagen til Ombudsmanden omhandler altså præcis de samme to forhold.

På baggrund af det her indledningsvist anførte og med henvisning til det nedenfor til støtte herfor anførte anmodes Erhvervsankenævnet om at realtetsbehandle begge de påklagede forhold.

2. KOMMENTARER TIL STYRELSENS UDTALELSE

Styrelsens Udtalelse omhandler alene det åbenbart for Styrelsen helt centrale spørgsmål om Klagernes retlige interesse og partsstatus.

Styrelsen berører derimod ikke overhovedet de af Klagerne over for Erhvervsankenævnet konkrete klagepunkter; altså om Styrelsens afgørelse af 20. marts 2017, hvormed der - efter § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde (lov nr. 712 af 25. juni 2014) - meddeles to medlemmer af bestyrelsen i Fonden A dispensation fra udpegningsperioden på 7 år i § 6, stk. 2, i fondens vedtægt, er lovlige, og

Styrelsen under sit generelle tilsyn med Fonden A i perioden fra 1982 og fremad har forsømt at sikre, at stifteren af fondens (F1s) vilje og ønsker bliver respekteret.

Styrelsen anfører - uagtet at begge klagepunkter er behørigt refereret i Klagernes klage til både Ombudsmanden og Erhvervsankenævnet - i Udtalelsen, at "K2, K3 og K1 klager over, at de ikke er tillagt partsstatus i relation til Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. marts 2017".
Udover at konstatere, at det af Styrelsen anførte er faktuelt forkert, må det undre, at Styrelsen åbenbart ikke finder, at klagens materielle indhold, hvilket ellers burde være en kerneopgave for Styrelsen og således have Styrelsens interesse, er værd at beskæftige sig med.

I stedet for at forholde sig til klagens materielle indhold anvender Styrelsen umådelig energi på over næsten 5 sider at underbygge dels, at Klagerne ikke på noget tidspunkt forud for klagen til Ombudsmanden den 5. maj d.å. har ønsket sig "at blive betragtet som parter i relation til Erhvervsstyrerelsens afgørelse af 20. marts 2017" og "styrerelsens generelle tilsyn med Fonden..." og dels, at Klagernes "rent følelsesmæssige interesse i sagen" ikke er tilstrækkelig til, at Klagerne kan tillægges partsstatus.

Første del af det her citerede er faktuelt forkert; sidste del i sammenhængen nærmest uforskammet.

Faktum er,

at undertegnede den 26. april 2016 (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) påstod Klagerne tillagt partsstatus i relation til "Erhvervsstyrerelsens -som fondsmyndighed - tiltrængte tilsyn med Fonden...";

at Styrelsen den 28. april 2016 (bilag .. til Styrelsens Udtalelse), hvilket Styrelsen stort set enslydende har gentaget i den siden udvekslede korrespondance, meddelte, at "Styrelsen bemærker, at du ikke kan anses for at være part i forvaltningslovens forstand i forhold til det sagsområde, der er anført i din anmodning, og styrelsen har derfor behandlet din anmodning om aktindsigt efter bestemmelserne i lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven).";

at Klagerne den 25. august 2016 (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) påstod sig tillagt partsstatus i relation til Rådets ulovlige sammensætning, og

at Styrelsen den 28. september 2016 (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) på samme måde som tidligere og efterfølgende tilkendegav, at i forhold til spørgsmålet om Rådets sammensætning "ses der således ikke at være en sådan særlig interesse i sagen, som kan føre til, at I kan tillægges partsstatus."

Man må på baggrund heraf konstatere, at Klagerne netop har ønsket "at blive betragtet som parter i relation til Erhvervsstyrerelsens afgørelse af 20. marts 2017" såvel som i relation til "Styrerelsens generelle tilsyn med Fonden". Hvorfor skulle Styrelsen i øvrigt ellers under korrespondance have haft behov for at understrege, at "Styrelsen bemærker, at du ikke kan anses for part i forvaltningslovens forstand"?

Når Styrelsen videre i Udtalelsen anfører, at Klagerne over for Styrelsen skulle have tilkendegivet, "at de blot er privatpersoner med en særlig inte-
resse for Fondens formål og aktiviteter, at de ikke tidligere" (hvormed må
menes forud for klagen til Ombudsmanden den 5. maj d.å.) "har erklæret sig
uenige i Styrelsens vurdering af, at de ikke kunne betragtes som parter, og at
Klagerne løbende har søgt og fået aktindsigt i henhold til offentlighedsloven
uden at gøre Styrelsen opmærksom på, at aktindsigtsanmodningerne efter
deres opfattelse burde have været behandlet efter forvaltningsloven i stedet"
er det et slet skjult forsøg på at bortlede opmærksomheden fra, at Klagerne i
sine tidligste henvendelser og anmodninger til Styrelsen ikke på nogen måde
har begrænset aktindsigtsanmodningerne til alene at omhandle aktindsigt efter
bestemmelserne i offentlighedsloven.

Styrelsen har som nævnt ovenfor under hele forløbet forfægtet det synspunkt, at Klagerne ikke kan anses for at være parter i forvaltningslovens for-
stand, hvorfor en eller flere yderligere ansøgninger om aktindsigt i henhold
til forvaltningsloven helt evident også ville være blevet afvist.

Det klæder ikke Styrelsen, at man i Udtalelsen kritiserer Klagerne for ikke
at have ansøgt om noget, man på baggrund af Styrelsens mange forudgående
og stedse fastholdte tilkendegivelser var fuldt ud klar over tidligere var blevet
afvist og fortsat måtte forventes afvist.

Den af Styrelsen i Udtalelsen givne beskrivelse af sagens faktiske omstæn-
digheder og de til illustration heraf udvalgte bilag er i værste fald tendentiøs
og i bedste fald mangelfuld.

Således er den som bilag .. til Udtalelsen fremlagte e-mail skrivelse fra und-
tertejende ikke fremsendt og dateret den 2. marts 2016, men den 26. januar
2016.

For god ordens skyld vedhæftes som bilag .. den nævnte e-mail skrivelse
med de oprindeligt vedhæftede underbilag.

Da e-mailen forblev ubesvaret genfremsendtes e-mailen den 2. marts 2016,
og det er denne rykker, Styrelsen har fremlagt som bilag .. til sin Udtalelse.

Styrelsen søger i Udtalelsen at få Klagernes utallige henvendelser til alene at
omhandle spørgsmålet om Klagernes retlige interesse og dermed partsstatus.

Faktum er, at alle henvendelser til Styrelsen har været koncentreret om to
forhold; nemlig for det første, om Styrelsen under sit generelle tilsyn med
Fonden har forsømt at sikre, at stifterens vilje og ønsker respekteres og - ef-
ter den 25. august 2016 - for det andet, om Rådet var lovligt sammensat.

Styrelsen synes ved sin ensidige fokusering på spørgsmålet om partsstatus at
have sat kikkerten for det blinde øje i relation til de adskillige gange både
beskrevne og dokumenterede uregelmæssigheder, herunder den af Styrelsen
den 20. marts d.å. efter Klagernes opfattelse ulovligt meddelte dispensation.

Styrelsens varetagelse af sit ansvar som tilsynsmyndighed såvel som Styrel-
sens Udtalelse glimrer i den grad ved sin eklatante mangel på objektivitet.
Til illustration herfor kan nævnes, at Styrelsen ved sin fremlæggelse af bilag .. til Udtalelsen "glemmer" at fremlægge det med bilaget fremlagte underbilag.

Som bilag .. vedhæftes det pågældende underbilag, en printudskrift af 23. august d.å. fra Fondens hjemmeside.

Det fremgår heraf, at Fonden i august 2016 måtte sige farvel til et bestyrelsesmedlem, fordi pågældende havde været med i den tilladte periode på syv år, som beskrevet i Fondens vedtægter.

Styrelsen har også "glemt" at fremlægge Klagernes rykkerskrivelse af 20. september 2016, hvilken for den gode ordens skyld vedhæftes som bilag ..

Styrelsen undlader i Udtalelsen helt at nævne, at Styrelsen i en e-mail af 12. januar d.å. ligefrem opfordrer Fonden til at ansøge om den senere givne dispensation.

Som bilag .. vedhæftes e-mail skrivelse af 12. januar d.å. fra Styrelsen til Fondens advokat.

Det fremgår heraf blandt andet, at det er "Styrelsens vurdering, at det formål Fonden ønsker at opnå med ændringen, bedre egner sig som en anmodning om dispensation fra udpegningsperioden frem for at ændre vedtægten ad to omgange."

Som det fremgår, ligger det implicit i Styrelsens opfordring, at en ansøgning uden tvivl vil blive imødekommet.

Udstrakt service fra en offentlig myndighed vil nogle sikkert mene; Klagernes opfattelse er, at Styrelsen her - nu også skriftligt - demonstrierer sin subjektive tilgang til tilsynet med Fonden.

Styrelsen lægger som nævnt vægt på "det formål Fonden ønsker at opnå."  

Dette formål er i det som bilag .. til Udtalelsen fremlagte nærmere beskrevet som følger:

"Baggrunden for bestyrelsens ønske om en delvis ny formulering af vedtægternes § 6 er således,

   at præcisere at 7-årsperioden også gælder for de nuværende medlemmer i Fondens bestyrelse og ikke kun nye bestyrelsersmedlemmer, samt

   at præcisere at 7-årsperioden i forhold til de nuværende medlemmer i Fondens bestyrelse løber fra tidspunktet for fusionens virkningstidspunkt den 1. januar 2014."
Anmodningen fra Fonden om at ændre Fondens vedtægter var altså begrun
det i, at Fonden gerne ville rette op på, at man ved en fusion i 2014 desværre havde "glemt", at 7-årsperioden for de på fusionstidspunktet siddende med-
lemmer af Fondens bestyrelse skulle regnes fra fusionens virkningstidspunkt.

Efter at have modtaget Styrelsens afslag (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) fremsendte Fonden en ansøgning om dispensation (bilag .. til Styrelsens Udtal
else).

Ved denne ansøgning ønskes udpegningsperioden for to af Fondens besty-
relsesmedlemmer forlænget således, at disse - uagtet begge notorisk havde siddet i mere end 7 år og derfor burde have været fratrådt tidligere i august 2016 sammen med medlemmet nævnt i bilag .. og uagtet en sådan forlæng-
gelse af de pågældendes mandater ville være en grov og væsentlig overtræ
delse af§ 6, stk. 2 i Fondens vedtægter - kan blive siddende indtil udgangen af 2019 for det ene medlems vedkommende og indtil 2021 for det andet medlems vedkommende.

Baggrunden for anmodningen var "at sikre kontinuitet i forhold til den man
geårige retssag, som Fonden aktuelt er involveret i."

Altså en ganske anden begrundelse end den bag den afviste anmodning om
ændring af Fondens vedtægter.

Det er Klagernes opfattelse, at ønsket om at sikre kontinuitet i forhold til
den pågældende retssag og herunder drage nytte af den erfaring, viden og
historik i bestyrelsen, som de to bestyrelsesmedlemmer måtte besidde, lige-
så godt kunne sikres, selv om de to bestyrelsesmedlemmer - som Fondens
vedtægter kræver - havde været fratrådt ved udgangen af den maksimale 7-
årsperiode.

Begge bestyrelsesmedlemmer kunne og kan uden problemer have deltaget
og deltage i møder med bestyrelsen, hvor den pågældende retssag var og er
på dagsordenen og have øst og øse af sine erfaringer, og begge bestyrelses-
medlemmer vil, uanset om de fortsat er medlem af bestyrelsen, kunne afgive
vidneforklaringer under en kommende hovedforhandling.

Dispensationen er således både unødvendig og som nærmere beskrevet ne-
denfor ulovlig.

Forud for Styrelsens beslutning om at meddele Fonden den tilbudte dispens-
ation havde Klagerne i en e-mail af 27. januar d.å. til Styrelsen nærmere redegjort for, at en eventuel dispensation - endda meget klart - ville stride imod såvel stifterens udtalte ønsker som imod § 61 i lov om erhvervssdriv-
de fonde, herunder forarbejderne hertil og den faste praksis Styrelsen igen-
 nem årene har fastsat på baggrund af § 21 stk. 3. i den hidtidige lov om er-
hvervssdrivende fonde.

Styrelsen har åbenhbart ikke fundet, at denne e-mail er af interesse, og har
derfor ikke medtaget den i det med Udtalelsen fremsendte bilagsmateriale.

Hvorvidt det er en "forglemmelse" eller noget andet er svært at vide, men til brug for Erhvervsankenævnets behandling af klagen vedhæftes for god orddens skyld som bilag .. Klagernes e-mail skrivelse af 27. januar d.å.

Som underbilag hertil er vedhæftet et uddrag af udvalgte citater fra rådsmøder (bestyrelsesmøder) hvor stifteren, F1, netop udtaler sig om bestyrelsesmedlemmers udpegnings- og funktionsperiode.

3. AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER OG KONKLUSION

Ad. Partsstatus
Styrelsens afgørelse af 20. marts d.å., hvorved Fonden meddeles den tilbudte og efterfølgende udbedte dispensation vedrører specifikt og er direkte begrundet i den verserende retssag, hvor Fonden blandt andre har sagsøgt den ene af Klagerne, K2, for påstået krænkelse af Fondens ophavsrettigheder.

Også Fondens anmodning til Styrelsen af 12. juni 2016 (fremlagt som bilag .. til Styrelsens Udtalelse) til Styrelsen, hvor der ansøges om tilladelse til at ændre § 6 i Fondens vedtægt, var begrundet med, at Fonden ønskede at sikre kontinuitet i bestyrelses arbejde, særligt i forhold til den verserende retssag.

Som følge af de oplysninger som Styrelsen modtog fra Klagerne kunne Styrelsen ikke imødekomme Fondens anmodning om vedtægtsændring, idet Styrelsen blandt andet fandt, at vedtægtsændringen ikke kunne imødekommes, da Fonden ikke havde godtgjort, at vedtægternes § 6 ikke kunne opfyldes eller i øvrigt var blevet uhensigtsmæssig. Styrelsen henviste i forbindelse hermed til § 89 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Den efterfølgende ansøgning fra Fonden om dispensation var, som beskrevet tidligere alene begrundet i Fondens ønske om at sikre kontinuitet i den verserende retssag, såvel som et positivt udfald af sagen.

Det fremgår således udtrykkeligt af Styrelsens afgørelse om at meddele dispensation til Fonden, at Styrelsens beslutning ene og alene skyldtes hensynet til Fondens mulighed for at varetage sine interesser bedst muligt i den verserende retssag.

Styrelsens afgørelse om dispensation til Fonden har således uttævlsomt direkte betydning for den verserende retssag, hvilket både Fonden og Styrelsen har givet udtryk for. Der er således ikke tale om, at Klagerne blot eller alene har "en afledt interesse", som Styrelsen angiver i sin Udtalelse til Erhvervsankenævnet.

Da en af Klagerne er sagsøgt i den pågældende retssag, har Styrelsens afgørelse om at yde den ønskede dispensation naturligvis en direkte, individuel og væsentlig betydning for Klagerne.
Det følger netop af den forvaltningsretlige litteratur, at jo mere intenst en afgørelse påvirker vedkommendes forhold, jo stærkere er formodningen for partsstatus jf. Forvaltningsret af Steen Rønsholdt, 2. udgave.

Styrelsens bemærkning i Udtalelsen til Erhvervsankenævnet om, at Klagerne udelukkende har "en rent følelsesmæssig interesse i sagen." er som tidligere nævnt ikke en offentlig myndighed værdig; allerede fordi der vererer en retssag mellem Fonden og den ene af Klagerne, som Styrelsens afgørelse uden tvivl vil få betydning for, kan Klagernes interesse på ingen måde kategoriseres som blot en følelsesmæssig interesse.

Som det fremgår af næstsidste og sidste afsnit på side 2 i Ombudsmandens afgørelse af 18. august d.å. (bilag .. til Styrelsens Udtalelse) afviser Ombudsmanden - da spørgsmålet om sammensætningen af Fonden bestyrelse, såvel som spørgsmålet om Fondens overholdelse af vedtægterne er problematiseret under den verderende retssag - at behandle den indgivne klage.

Ombudsmandens afvisning af at behandle klagen netop på grund af retssagen viser med al tydelighed, at Klagerne har retlig interesse og dermed partsstatus i begge de påklagede forhold.

Styrelsen overser i sin i ver efter i Udtalelsen til Erhvervsankenævnet at fremstille Klagerne som en fluk følelsesmæssige kværlanter uden retlig interesse og dermed partsstatus i øvrigt, at det generelle hensyn til retshændelseren gør, at uanset af hvem og hvorledes en offentlig myndighed gør opmærksom på fejl og ulovligheder, skal den pågældende myndighed foretage det videre nødvendige og tilstrækkelige for at rette og standse sådanne fejl og ulovligheder.

Styrelsens i Udtalelsen til Erhvervsankenævnet anførte henvisning til "Forvaltningsloven med kommentarer af Fenger Nielsen" underbygger i øvrigt, at en person ved sin henvendelse til en forvaltningsmyndighed sagens can give anledning til, at myndigheden rejser en sag, også selv om den pågældende person ikke måtte have partsstatus; en holdning som Styrelsen helt åbenlyst ikke støtter.

Ad. Styrelsens afgørelse af 20. marts d.å.

Efter Klagernes opfattelse strider den meddelte dispensation - endda meget klart - imod såvel stifterens, F1's, udtalte ønsker, som imod § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde, herunder forarbejderne hertil og den faste praksis Styrelsen igennem årene har fastsat på baggrund af § 21, stk. 3 i den hidtidige lov om erhvervsdrivende fonde.

Som underbilag til bilag .. er vedhæftet et uddrag af udvalgte citater fra en række referater fra rådsmøder (bestyrelsesmøder), hvor stifteren F1 netop udtaler sig om bestyrelsesmedlemmernes udpegnings- og funktionsperiode.

Som det fremgår heraf, er der ikke blot den mindste tvivl om, at stifterens meget klare ønske var, at medlemmer af bestyrelsen højst skulle kunne sidde
i syv år, inklusive to år som suppleant. At dispensere herfra udgør således en væsentlig tilsidesættelse af stifterens udtalte ønsker.

Styrelsen var opfordret til, ifald Erhvervsstyrelsen overhovedet vil overveje at dispensere fra 7-årsreglen, forinden fra Fonden at indhente de fulde rådsreferater, hvorfra de vedhæftede citater stammer, idet de fulde rådsreferater utvivlsomt vil vise, at en dispensation vil indebære en helt urimelig krænkelse af stifterens ønsker om bestyrelsens udpegnings- og funktionsperiode. Noget som Erhvervsstyrelsen som tilsynsmyndighed netop er sat til at sikre ikke sker.

Klagerne bekendt har Styrelsen ikke taget skridt til nærmere at få belyst de pågældende citater fra stiften.

Af forarbejderne til § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde fremgår,

at hovedområdet for samtykkebestemmelsen er dispositioner, der ikke kræver vedtægtsændring, men dispositioner, der, hvis de ikke foretages, kan bringe fondens eksistens i fare,

at dispensation ikke kan gives til dispositioner, der strider mod fondens vedtægter,

at i overvejelserne om, hvorvidt dispensation kan gives, skal indgå en vurdering af, om fonden uden dispensation kan komme tilbage til udgangspositionen; altså i relation til Fonden, om bestyrelsen kan bringes i overensstemmelse med vedtægterne, uden at der dispenseres fra 7-årsreglen, og at en dispensation hverken kan eller må anvendes som et alternativ til en vedtægtsændring.

Det er - også - på baggrund af ovennævnte citater fra forarbejderne til § 61 i lov om erhvervsdrivende fonde evident, at Erhvervsankenævnet ikke med nogen form for hjemmel eller alibi lovligt har kunnet dispensere for den i vedtægterne for Fonden i § 6 indeholdte 7-årsregel.

Erhvervsankenævnet bør følgelig omgøre Styrelsens afgørelse af 20. marts d.å. og pålægge Fondens bestyrelse omgående at erstatte D og E med to nye bestyrelsesmedlemmer.

Ad. Styrelsens generelle tilsyn med Fonden

Klagerne har i perioden fra 1982 og frem konstateret, at Fondens vedtægter adskillige gange - også på punkter, hvor stiften, F1, havde bestemt, at ændring ikke måtte ske - er blevet ændret - og dette på en måde, der efter Klagernes opfattelse strider mod stiftenes oprindelige ønsker.

Årsagen til, at Klagerne rettede fokus på de siden 1982 utallige gennemførte vedtægtsændringer, var, at Fonden havde anlagt retssag mod en række af Fonden mangeårige loyale støtter, herunder en af Klagerne og over for disse nedlagt påstand om erstatning og godtgørelse for påstået krænkelse af Fonden ophavsrettigheder til F1's værker.
Under retssagen har et af de væsentlige spørgsmål været fortolkningen af FIs ønsker om, hvorledes hans værker efter hans død skulle udbredes/udnyttes, og i forbindelse hermed, hvorledes dette er kommet til udtryk i Fondens vedtægter.

Det er således af afgørende betydning også for den verserende retssag, at der er fuld klarhed om enhver ændring - og baggrunden/legitimiteten herfor/heraf - der er foretaget i Fondens vedtægter fra 1982 og frem.

På denne baggrund har Klagerne gentagne gange (illustreret ved de ved Styrelsens Udtalelse som bilag .., bilag .., bilag .., bilag .. fremlagte såvel som i senere henvendelser, herunder den som fremlagte e-mail) anmodet om, at Styrelsen - en for en - gennemgår og vurderer lovheden af samtlige ændringer foretaget i Fondens vedtægt fra 1982 og frem, og at Styrelsen i en redegørelse nærmere redegør for, hvilke ændringer der måtte være retmæssige, og hvilke ændringer der måtte være uretmæssige.

Til brug for Erhvervsstyrelsens gennemgang og vurdering har flere gange været fremsendt et af Klagerne udarbejdet "SAMMENLIGNINGSSKEMA", hvor Fondens vedtægter fra 1982 indholdsmæssigt sammenlignes med Fondens seneste vedtægter. Dette skema er vedhæftet som underbilag til bilag ..

Styrelsen har på trods af Klagernes mange både underbyggede og seriøse opfordringer ikke på noget tidspunkt taget henvendelserne alvorligt og har på den måde efter Klagernes opfattelse klart svigtet sit ansvar som tilsynsmyndighed.

Klagerne skal således opfordre til, at Erhvervsankenævnet udtrykker sin kritik over for Styrelsen og i videst muligt omfang pålægger Styrelsen at imødekomme Klagernes ovennævnte opfordring.

…

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet samt § 1, stk. 1 og 2, i bekendtgørelse nr. 1135 af 13. oktober 2017 om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov.

Det fremgår af § 130 i lov om erhvervsdrivende fonde, at afgørelser truffet af Erhvervsstyrelsen som fondsmyndighed eller registreringsmyndighed i henhold til loven kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende.
Part i en erhvervsfondssag må i overensstemmelse med det almindelige partsbegreb i dansk forvaltningsret som udgangspunkt anses som den, en forvaltningsafgørelse er adresseret til, i fondsmyndighedssager mod erhvervsdrivende fonde således fonden, repræsenteret ved bestyrelsen.

Herudover kan efter en konkret vurdering i overensstemmelse med almindelige forvaltningsretlige principper partsstatus tilkomme den, der ikke direkte er impliceret i sagen, men som har en så væsentlig og individuel interesse af økonomisk eller personlig karakter i sagen, at denne må betragtes som part.

Det fremgår af sagen, at der mellem fonden og klageren K2 verserer en retssag, hvorunder fonden har nedlagt påstand over for blandt andre K2 om erstatning og godtgørelse for påståede krænkelser af fondens ophavsrettigheder.


Erhvervsankenævnet afviser på denne baggrund klagen, der er indgivet den 30. august 2017, jf. § 8, stk. 1, i bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet.
4.3. Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv.

16) Kendelse af den 24. oktober 2017 (J.nr. 2016-12521)

Finanstilsynet var ikke berettiget til at afvise anmodningen om registrering under henvisning til anvendelsen af gearing.

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv. §§ 3 og 6.

(Carsten Møllekilde, Malene Stadil, Piya Mukherjee, Christian Riis Flor og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 14. november 2016 har A som advokat for K [aktieselskab] klaget over, at Finanstilsynet ved afgørelse af 17. oktober 2016 har afvist aktieselskabets anmodning om registrering som selvforvaltende alternativ investeringsfond i medfør af § 9, stk. 1, jf. § 4, stk. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv. under henvisning til, at selskabet anvender gearing i medfør af lovens § 6, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, nr. 1.

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

Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 17. oktober 2016 hedder det:

"…

B [advokatpartnerselskab] indgav den 15. juni 2016 på vegne af K en anmeldelse til Finanstilsynet om registrering af selskabet som selvforvaltende alternativ investeringsfond i henhold til § 9, stk. 1, jf. § 4, stk. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.


Finanstilsynet oplyste den 29. august 2016 over for B, at tilsynet på baggrund af de på mødet drøftede punkter ville foretage en vurdering af, hvorvidt selskabet markedsfører dets andele over for detailinvestorer samt om selskabet anvender gearing.

B fremsendte ved e-mail af 30. august 2016 en redegørelse for K's aktiviteter, og oplyste med henvisning til tilsynets e-mail nr. 30. oktober 2015 at gearing ikke skal medtages, når eksponeringen ikke foretages på AIF-
niveau, og at selskabet gennem OTC-listen ikke markedsfører dets andele over for detailinvestorer.

På baggrund af det foreliggende materiale er det Finanstilsynets afgørelse:

- At K anvender gearing i medfør af § 6, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om forvaltelse af alternative investeringsfonde m.v. Finanstilsynet afviser derfor selskabets anmeldelse om registrering som selvforsvarlige alternative investeringsfond ifølge § 9, stk. 1, i samme lov.
- At K ikke markedsfører dets andele gennem OTC-listen over for detailinvestorer.

Sagsfremstilling


Gearingsdelen

Selskabets definerede investeringspolitik er direkte eller indirekte at investere i ejendomme beliggende i et attraktivt område i X med henblik på hhv. bolig- og erhvervsudlejning. I dokument om investeringsstrategi fremgår følgende:

"Selskabets vedtægtsmæssige formål er at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis."

"Erhvervelsen af fast ejendom sker via kontrollerende selskaber, hvorved forstås, at Selskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapital og stemmerettigheder i et selskab. De kontrollerede selskaber, må ikke have andre aktiviteter end at eje og udleje fast ejendom."
"Selskabet kan finansiere de af Selskabet kontrollerede selskaber via aktiekapital, overkurs og/eller udlån."

Finanstilsynet fremsendte den 29. august 2016 en orientering til advokaten og selskabet om, at tilsynet ville foretage en nærmere vurdering af ovennævnte forhold i relation til, om selskabet kan nøjes med en registrering som en selvforvaltende alternativ investeringsfond, eller om selskabet er forpligtet til at søge om en tilladelse.

Som opfølgning på tilsynets e-mail af 29. august 2016 fremsendte advokaten den 30. august 2016 en redegørelse for selskabets opfattelse af, at det ikke er omfattet af kravene om at søge om tilladelse i medfør af § 11, stk. 1 og 3, jf. § 6, stk. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. I redegørelsen fra advokaten blev der anført som følger:

"Vedrørende spørgsmålet om gearing udleverede vi på mødet en kopi af mail af 30. oktober 2015 fra D (vedhæftet), hvilken bekræfter, at K ikke er at anse for gearet i FAIF-lovens forstand. Det bemærkes i denne forbindelse, at K har disponeret i tillid til mail af 30. oktober 2015, og har afhændet sin aktieinvestering i E [aktieselskab] og foranlediget K gjort helt gældfri.”

E-mailen af 30. oktober 2015 omhandlede, hvorvidt der anvendes gearing i det tilfælde, hvor eksponeringen eksisterer på niveauet for et mellemliggende holdingselskab placeret mellem den alternative investeringsfond og fondens porteføljeselskaber eller på niveauet for disse porteføljeselskaber, hvis den alternative investeringsfond hverken har garanteret eller i øvrigt hæfter for forpligtelserne i holdingselskab eller porteføljeselskaberne. I samme mail oplystes følgende over for selskabet:

"Såfremt AIF’ens fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere, skal FAIF ved beregning af gearing ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse selskaber og udstedere, under forudsætning af at AIF’en eller den FAIF, som handler på vegne af AIF’en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder.

Såfremt ovenstående gør sig gældende, skal eksponering på niveauet for et eller flere mellem-holdingselskaber ikke medregnes i AIF’ens eksponering.”

Som følge heraf er det selskabets opfattelse, at det ikke anvender gearing, idet der ikke optages lån på fondsniveau. Disse lån optages i stedet af porteføljeselskaberne, hvortil holdingselskabet stiller garanti for lånene.

…

Regelgrundlag

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv.
Del fremgår af § 3, stk. 1, nr. 27, at gearing er:

"En metode, som forvalter anvender til at følge eksponeringen af en alternativ investeringsfonde, som den forvalter, had enten dette sker ved hjælp af lån af kontante midler eller værdipapirer eller gearing indeholdt i derivatpositioner eller ved andre midler."

§ 6, stk. 1, fastlægger to tærskelværdier, hvor et selskab i et givent tilfælde skal følge en af tærskelværdierne. Hertil følger al selskabet, i tilfælde af at den samlede formue [aktiver] overstiger den relevante tærskelværdi, skal søge om en tilladelse:

"Virksomheder, der forvalter en eller flere alternative investeringsfonde, skal have tilladelse fra Finanstilsynet, såfremt aktiverne i de alternative investeringsfonde, virksomheden forvalter, sammenlagt overstiger en værdi svarende til:

- 100 mio. euro eller
- 500 mio. euro, såfremt virksomheden udelukkende forvalter alternative investeringsfonde, der ikke har gearet sine investeringer, og ingen investorer i fondene har ret til at blive indløst i en periode på minimum 5 år efter datoen for den oprindelige investering i hver af fondene"

Følgende fremgår af § 6, stk. 2 og 3:

"Stk. 2. Aktiver, der er erhvervet via gearing, jf. § 3. stk. 1, nr. 27, skal medregnes i opgørelsen over aktiverne i henhold til stk. 1. nr. 1."

"Stk. 3. Ved opgørelsen af den samlede værdi af de aktiver, som virksomheden i alt forvalter, skal aktiver, der forvaltes enten direkte eller indirekte via et selskab, som forvalteren er knyttet til gennem fælles forvaltning, har stemmende indflydelse over eller er knyttet til gennem en betydelig direkte eller indirekte besiddelse, medregnes.

..."

Forordning nr. 231/2013 af 19. december 2012 ("Level II-forordningen")

Følgende fremgår af artikel 6(3) om gearing:

"Eksponering indehold i de finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau. For AIF’er, hvis fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udsteder, skal FAIF’en ved beregningen af gearingen ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse unoterede selskaber og udsteder, under forudsætning af at AIF’en eller den FAIF, der handler på vegne af AIF’en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågæ-
Vurdering

Gearingsdelen

K's aktiver under forvaltning, hvoraf både egen- og fremmedkapital indgår, udgør ifølge anmeldelseskemaet 926.708.868 kr. Selskabet har således en formue under forvaltning, der overstiger en tærskelværdi på 100 mio. euro i henhold til § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

I tilfælde af at Finanstilsynet vurderer, at selskabet anvender gearing eller at investorer har ret til at blive indløst inden for en periode på 5 år efter datoen for den oprindelige investering i selskabet, skal selskabet ansøge tilsynet om en tilladelse i medfør af § 11 stk. 1, jf. § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

Vurderes det, at selskabet ikke anvender gearing og at investorer ikke har ret til at blive indløst i en periode på minimum 5 år fra investering i selskabet, vil den relevante tærskelværdi være på 500 mio. euro, og selskabet kan nøjes med at lade sig registre i Finanstilsynet, jf. § 6, stk. 1, nr. 2, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

Ekspansion indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante alternative investeringsfond, skal i medfør af artikel 6(3) 1. pkt. i Level II-forordningen medtages ved beregning af ekspansionen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge ekspansionen på AIF niveau.

Del fremgår af advokatens e-mail af 28. oktober 2015, at holdingselskabet har lånforpligtelser for porteføljeselskaberne som har erhvervet aktiver ved brug af fremmedfinansiering. Porteføljeselskaberne har ved opkøb af tyske ejendomme anvendt gearing, og de tyske ejendomme udgør en del af selskabets portefølje af aktiver. Det vurderes derfor, at selskabet har aktiver under forvaltning, som er erhvervet ved brug af gearing, idet både holdingselskabet og porteføljeselskaberne ejes og kontrolleres af K. Aktiver, der er erhvervet ved brug af gearing skal som udgangspunkt medregnes i opgørelsen over aktiverne i henhold til § 6, stk. 1, nr. 1, jf. § 6, stk. 3, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. og artikel 6(3) i Level II-forordningen.

En undtagelse til udgangspunktet om, at en forvalter skal medtage aktiver erhvervet ved brug af gearing, gælder for alternative investeringsfonde, hvis fundamentale investoringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber, jf. 2. pkt. i artikel 6(3) i Level II-forordningen.

Level II-forordningens bilag IV fremhæver 5 forskellige, overordnede investeringsstrategier, og disse er som følger:

1. Hedgefond
2. Private Equity-fond
3. Fond baseret på fast ejendom
4. Fund-af-funds
5. Andet

Selskaber, der generelt investerer i andre selskaber for potentielt at opnå kontrol over sådanne selskaber vil typisk være private equity-fonde eller venturekapitalfonde i modsetning til selskaber, der investerer i aktiver, som skal opbevares, herunder f.eks. fonde, der er baseret på fast ejendom.

Af det af advokaten udfyldte anmeldelsesskema fremgår det, at selskabets overordnede investeringspolitik er investering i fast ejendom. Ifølge selskabets årsrapport for 2014/15 fremgår det endvidere, at selskabets hovedaktivitet består i at investere i og forestå driften af boligejendomme i X, hvilke ejendomme tillige indeholder enkelte erhvervsejendom. K fokuserer på attraktive ejendomme med gode muligheder for en positiv udvikling i lejeniveau.

Som følge af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at selskabets overordnede investeringspolitik er i kategorien "Fond baseret på fast ejendom", herunder at hovedstrategien er at erhverve aktiver i form af bolig- og erhvervsejendomme, jf. nærmere bilag IV i Level II-forordningen.

Der vurderes på baggrund heraf, at selskabet ikke er omfattet af undtagelsesmuligheden ifølge Level II-forordningens artikel 6(3). Selskabet skal derfor medtage gearing i den samlede formue under forvaltning ved finansiering af selskabets ejendomsportefølje uanset, om belåning ikke sker på AIF niveau. Som følge heraf vurderes det, at selskabet er underlagt tærskel værdien på 100 mio. euro i henhold til § 6, stk. 1, nr. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v., idet selskabet anvender gearing.

Selskabets formue under forvaltning udgør som nævnt 926.708.868 kr., og formuen overstiger således den relevante tærskelværdi. Finanstilsynet vurderer på baggrund heraf, at selskabet skal ansøge om en tilladelse i medfør af § 11, stk. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.

...
Selskabet blev stiftet den 2. december 2005 og har stedse haft følgende vedtægtsmæssige formål:

”at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis”.

Selskabet havde ved udgangen af regnskabsåret 2015/16 en ejendomsporædebestående af 68 ejendomme beliggende i X med et samlet udlejningsareal på 171.787 m², jf. nærmere side 7 ff. i Selskabets årsrapport 2015/16 (”Årsrapporten”) (Bilag ... ).

Det er Selskabets investeringsstrategi, at Selskabets "erhvervelse af fast ejendom sker via kontrollerede selskaber, hvorved forstås, at Selskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapital og stemmerettigheder i et selskab". Denne investeringsstrategi har været fulgt uden undtagelser siden stiftelsen. Alle Selskabets ejendomme er således ejet gennem Selskabets direkte eller indirekte kontrollerede tyske porteføljeselskaber ("Porteføljeselskaberne") i en selskabsstruktur, der i dag ser således ud (jf. Årsrapporten, side 5):

Alle ovennævnte selskaber er unoterede selskaber. En beskrivelse af Selskabets investeringsstrategi var bilagt Anmeldelsen.

**Gearing i koncernen**

Selskabet har ingen gældsforpligtelser og kautionerer eller hæfter ikke for gæld eller andre forpligtelser i Porteføljeselskaberne eller i det tyske mellemholdingselskab, C (”Holdingselskabet”).

Heller ikke Holdingselskabet har nogen gældsforpligtelser udover koncernintern gæld til visse Porteføljeselskaber. Holdingselskabet hverken kautionerer eller hæfter for gæld eller andre forpligtelser i Porteføljeselskaberne.

Porteføljeselskaberne anvender gearing i form af optagelse af lån hos anerkendte kreditinstitutioner. Al ekstern gæld i koncernen ligger således i Porteføljeselskaberne.


**Forespørgsel til Finanstilsynet om gearing**

B havde den 28. oktober 2015, dvs. forud for indgivelsen af Anmeldelsen til Finanstilsynet, rettet henvendelse til Finanstilsynet med henblik på afklaring af FAIF-lovgivningens regler om gearing i følgende set-up:

Ingen lån eller garantiforpligtelser for underliggende holdingselskabs eller underliggende porteføljeselskabers forpligtelser.

Lån og/eller garantiforpligtelser for underliggende porteføljeselskabers for-
pligtelser.

**Lån og/eller garantiforpligtelser.**

På vores forespørgsel om, hvorvidt Finanstilsynet kunne bekræfte, at det alene er gearing på AIF-niveau, der skal medregnes i AIF'ens gearing, mens låneoptagelse af og/eller garantiforpligtelser påtaget af (i) holdingselskaber placeret under AIF'en og/eller (ii) de underliggende unoterede porteføljeselskaber, ikke medregnes, svarede Finanstilsynet ved e-mail af 30. oktober 2015 følgende:

"Såfremt AIF'ens fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere, skal FAIF ved beregning af gearing ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse selskaber og udstedere, under forudsætning af at AIF' en eller den FAIF, som handler på vegne af AIF'en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder.

Såfremt ovenstående gør sig gældende, skal eksponering på niveauet for et eller flere mellem-holdingselskaber ikke medregnes i AIF' ens eksponering.

Finanstilsynet har ikke tidligere kommet med en skriftlig vejledning eller udtalelse herom, da Level II-forordningens artikel 6(3) ikke har givet anledning til yderligere fortolkning."

Vores korrespondance med Finanstilsynet er vedlagt som bilag ...

Det bemærkes, at vores forespørgsel og Finanstilsynets besvarelse var generelt formuleret uden identifikation af eller henvisning til Selskabet.

Finanstilsynets besvarelse bekræftede vores egen forståelse af reglerne, og Selskabet disponerede herefter i tillid hertil ved bl.a. at foranledige, at Selskabet blev gjort helt gældfri, og indgav på den baggrund Anmeldelsen til Finanstilsynet.

**Anmeldelse til Finanstilsynet i henhold til FAIF-loven**

Selskabet indgav den 15. juni 2016 anmeldelse (Anmeldelsen) til Finanstilsynet om registrering af Selskabet som selvforvaltende alternativ investeringsfond i henhold til FAIF-loven (bilag ... ). Det er i Anmeldelsen blandt andet anført, at

(a) Selskabet vedtægtsmæssige formål er at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis,

(b) Selskabet erhvervelse af fast ejendom sker via kontrollerede selskaber, hvorved forstås, at Selskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapitalen og stemmerettigheder i et selskab,
(c) Selskabet ikke er gearet, da Selskabet er gældfrit og ikke kautionerer eller hæfter for gæld eller andre forpligtelser i de af Selskabet kontrollerede selskaber (dvs. Holdingselskabet og Porteføljeselskaberne), men at Porteføljeselskaberne anvender gearing i form af optagelse af lån fra anerkendte pengeinstitutter, og

(d) Anmeldelsen var indgivet i henhold til FAIF-lovens § 9, stk. 1, jf. §4, stk. 1, om selvforvaltende alternative investeringsfonde, der alene skal registreres, med henvisning til, at

(i) Selskabet ikke har gearet sine investeringer i FAIF-lovens forstand,

(ii) den samlede værdi af Selskabets forvaltede aktiver pr. 30. april 2016 udgjorde DKK 926.708.868 og således ikke oversteg tærskelværdien for ikke-gearede fonde på EUR 500 mio. (jf. FAIF-lovens § 6, stk. 1, nr. 2), og

(iii) at ingen investorer i Selskabet har ret til at blive indløst (jf. FAIF-lovens § 6, stk. 1, nr. 2, sidste led).

**Finanstilsynets afgørelse af 17. oktober 2016**

Ved sin afgørelse af 17. oktober 2016 (Afgørelsen) afviser Finanstilsynet Anmeldelsen med henvisning til, at

(a) Selskabet har aktiver under forvaltning, der er erhvervet ved gearing, idet Porteføljeselskaberne har erhvervet de tyske ejendomme ved brug af fremmedfinansiering,

(b) sådan eksponering anses for gearing, der som udgangspunkt skal medregnes i opgørelsen over aktiver under forvaltning, medmindre undtagelsen i artikel 6(3) i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 231/2013 af 19. december 2012 ("Level II-forordningen") finder anvendelse:

"Eksponering indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau. For AIF'er, hvis fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere, skal FAIF'en ved beregningen af gearingen ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse unoterede selskaber og udstedere, under forudsætning af at AIF'en eller den FAIF, der handler på vegne af AIF'en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder"

(c) undtagelsen i Level II-forordningens artikel 6(3) ikke gælder for Selskabet, da Selskabets fundamentale investeringspolitik ikke er "at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere", men er at
"erhverve aktiver i form af bolig-og erhvervsejendomme", og anfører til støtte herfor, at bilag IV til Level II-forordningen fremhæver følgende fem forskellige, overordnede investeringsstrategier:

1. Hedgefond
2. Private Equity-fond
3. Fond baseret på fast ejendom
4. Fund-of Funds
5. Andet

og at det typisk er private equity-fonde, der investerer i andre selskaber for at opnå kontrol, i modsætning til selskaber, der investerer i aktiver, som opbevares, herunder f.eks. fonde, der er baseret på fast ejendom,

(d) Selskabet derfor anvender gearing, og at FAIF-lovens relevante beløbsgrænse herefter er EUR 100 mio. for gearede fonde (jf. FAIF-lovens § 6, stk. 1, nr. 1), hvilken beløbsgrænse overskrides, da Selskabets samlede aktiver under forvaltning i Anmeldelsen er oplyst til knap DKK 927 mio., og

(e) Selskabet derfor ikke kan nøjes med registrering, men skal ansøge Finanstilsynet om tilladelse til forvaltning af alternative investeringsfonde i henhold til FAIF-lovens § 11, stk. 1.

Det bemærkes, at Afgørelsen indeholder enkelte faktuelle fejl om Holdingselskabets låne- og garantiforpligtelser, som jeg for god ordens skyld skal korrigere:

- Side 2, 3. afsnit, side 3, næstesidste afsnit og side 6, sidste afsnit:

Det anføres, at Holdingselskabet har låne- og garantiforpligtelser for Porteføljeselskaberne forpligtelser. Dette er ikke korrekt. Holdingselskabet har ikke låne- eller garantiforpligtelser for Porteføljeselskabernes forpligtelser og dette har heller ikke været oplyst til Finanstilsynet i Anmeldelsen.

Denne misforståelse skyldes formentlig beskrivelsen i vores e-mail fra 28. oktober 2015 (jf. bilag ... ), men denne henvendelse var som nævnt en generel forespørgsel uden identifikation af eller henvisning til Selskabet. Uanset om Holding havde haft de anførte låne- og garantiforpligtelser for Porteføljeselskabernes forpligtelser, ville denne eksponering dog ikke skulle medregnes i Selskabets eksponering, jf. også Finanstilsynets svar i bilag ...

**Det retlige grundlag og synspunkter til støtte for ændring af Afgørelsen**

Afgørelsen er begrundet i, at Selskabet ikke er omfattet af undtagelsen i Level II-forordningens artikel 6(3), da dets investeringsstrategi efter Finanstilsynets vurdering ikke er at "erhverve kontrol over unoterede selskaber eller
udstedere", men "erhvervelse af aktiver i form af bolig- og erhvervsejendomme".

Dette er efter min opfattelse ikke korrekt. Selskabet er omfattet af den udtrykkelige ordlyd i Level II-forordningens artikel 6(3) og Finanstilsynets indskrænkende fortolkning og konkrete anvendelse heraf er forkert og uden hjemmel eller støtte i national og EU FAIF-lovgivning og retningslinjer.

Selskabets fundamentale investeringsstrategi er netop "er at erhverve kontrol over unoterede selskaber". Selskabet ejer ikke, og har aldrig ejet, fast ejendom i Selskabets eget navn, men har stedse erhvervet "fast ejendom via kontrollerede selskaber" i overensstemmelse med Selskabets investeringsstrategi, der var beskrevet i særskilt bilag til Anmeldelsen.

Level II-forordningens artikel 6(3) indeholder ingen elementer til støtte for Finanstilsynets synspunkt om, at kun erhvervelse af kontrol i selskaber med visse typer af virksomhed og/eller aktiver er omfattet af undtagelsen, men omtaler blot "unoterede selskaber eller udstedere" uden anden begrensning eller nærmere kvalifikation af sådanne selskaber og udstedere end, at de skal være "unoterede".

FAIF-lovgivningen, herunder det underliggende EU direktiv og Level II-regulering, eller udfyldende retningslinjer fra ESMA eller andre relevante myndigheder ses heller ikke i øvrigt at indeholde relevante regler eller principper, der understøtter Finanstilsynets indskrænkende fortolkning af Level II-forordningens artikel 6(3).

Gearing i FAIF-lovens § 3, stk. 1, nr. 27, er defineret som "en metode, som forvalteren anvender til at øge eksponeringen af en alternativ investeringsfond, som den forvalter(...)").

Level II-forordningens artikel 6(3) har til formål at præcisere/sikre, at kun sådan gearing, der direkte eksponerer den alternative investeringsfond ("bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder"), skal medregnes til fondens gearing. Det af gørende er således alene, om fonden er direkte eksponeret ud over sin investering - ikke hvilke aktiver der investeres i.

Kategoriseringen i bilag IV til Level II-forordningen af forskellige typer af investeringsstrategier (nemlig: (1) hedgefonde, (2) private equity-fond, (3) fond baseret på fast ejendom, (4) fond-of-funds, og (5) andet) er uden relevans for fortolkningen af Level II-forordningens artikel 6(3) betingelse om en fundamental investeringspolitik om "at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere". Formålet med kategoriseringen i bilag IV er efter vores vurdering udelukkende at sikre de kompetente myndigheders, herunder ESMA, mulighed for effektivt at overvåge de systemiske risici. Kategorisering ses således alene anvendt til brug for indrapportering og statistik under FAIF-lovgivningen og er ikke anvendt i relevante, materielle be-stemmelser i FAIF-lovgivningen vedrørende gearing mv.
Kategoriseringen i bilag IV har navnlig ikke til formål at foretage en opdeling af AIF'er i forskellige typer med henblik på at undergive disse en forskellig retlig behandling under Level II-forordningens artikel 6(3). Level II-forordningens artikel 6(3) henviser da heller ikke til dette bilag IV.

Uanset om en AIF er omfattet af kategorien for (1) hedgefonde, (2) private equity-fond, (3) fond baseret på fast ejendom, (4) fond-of-fonds eller (5) andet, skal der efter vores vurdering foretages en vurdering af AIF'en i henhold til Level II-forordningens artikel 6(3), der skal gennemføres helt uafhængigt af den rapporteringskategori, som den pågældende AIF måtte være omfattet af i henhold til bilag IV.

Finanstilsynets bemærkning om, at "Selskaber, der investerer i andre selskaber for potentielt at opnå kontrol over sådanne selskaber, vil typisk være private equity-fonde eller venturekapitalfonde i modsætning til selskaber, der investerer i aktiver, der skal opbevares, herunder f.eks. fonde, der er baseret på fast ejendom" er for unuanceret. Endvidere synes Finanstilsynet med denne begrundelse at overse, at Level II-forordningens artikel 6(3) ikke blot omhandler "unoterede selskaber", men også "unoterede udstedere", hvilket klart indikerer et bredere anvendelsesområde for undtagelsen end den nævnte forståelse af private equity/venture, som Finanstilsynet henviser til.

Hertil kommer, at en "private equity-fond" ikke er nogen præcist defineret størrelse, men blot bredt dækker over investeringsenheder, der foretager investeringer i selskaber mod erhvervelse af ejerandele. At terminologien ikke har en sådan klarhed, at den bør tillægges vægt, kan også illustreres ved, at "real estate private equity fund" også er et anvendt begreb (dog ikke i FAIF-lovgivningen), ligesom der er flere fonde, der omtaler sig selv som private equity fonde, og som investerer i fast ejendom.

Finanstilsynets sondring mellem private equity-fonde og fonde, der investerer i aktiviteter, er ikke nærmere forklaret eller begrundet i relation til reglerne om gearing. Der er ikke grundlag i FAIF-lovgivningen eller relevante hensyn i øvrigt, at køb af ejerandele i ejendomselskaber skal vurderes anderledes end køb af ejerandele i f.eks. produktionsselskaber i relation til FAIF-reglerne om gearing. Dette ville da også have som konsekvens, at alternative investeringsfonde, der f.eks. investerer i fast ejendom, alt andet lige oftere ville skulle have tilladelse til forvaltning end fonde, der investerer i produktionsvirksomheder, hvilket efter vores opfattelse ikke har været tilsigtet ved FAIF-lovgivningen.

Finanstilsynet har i anledning af klagen i en redegørelse af 20. december 2016 udtalt:

"...

Det fremgår af anmeldelsesskemaet punkt 4. "Oplysninger om investerings-
og markedsføringsstrategi", at selskabets investeringsstrategi er "Fond base-
ret på fast ejendom".

Det fremgår af "Investeringsstrategien", at:

"Selskabets vedtægtsmæssige formål er at investere direkte eller indirekte i 
ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre sel-
skaber eller på anden vis....."

"Selskabets investeringsstrategi er at erhverve fast ejendom i X med attrak-
tiv beliggenhed med henblik på udlejning af disse til bolig og erhverv."

"Det løbende driftsoverskud i de af Selskabet kontrollerede selskaber ved 
udlejning af ejendomsporteføljen samt midler, der fremkømmer ved salg af 
ejendommene, anvendes efter bestyrelsens skøn til køb af nye ejendomme, 
midlertidig anbringelse på indskudskonto eller i omsættelige værdipapirer."

Det fremgår af selskabets årsrapport pr. 30. juni 2016, ledelsesberetning, 
side 7, at

"Selskabets hovedaktivitet består i investering i og drift af velbeliggende bo-
ligejendomme i X, hvilke ejendomme tillige indeholder enkelte erhvervslene-
jemål. K."

1. Retligt grundlag

En alternativ investeringsfond, der ikke er omfattet af en aftale om at blive 
forvaltet af en forvalter af alternative investeringsfonde, er selvforvaltende. 
Reglerne i FAIF-loven om forvaltere af alternative investeringsfonde gælder 
tilsvarende for selvforvaltende alternative investeringsfonde med de fornø-
dne tilpasninger, jf. § 4, stk. 1, i FAIF-loven.

Det fremgår af § 9, stk. 1, i FAIF-loven, at forvaltere af alternative investe-
ringsfonde med registreret hjemsted i Danmark skal registreres hos Finan-
tilsynet, hvis de ikke er omfattet af forpligtelsen til at søge om tilladelse som 
forvalter af alternative investeringsfonde, jf. § 6, stk. 1, og hvis de ikke har 
valgt frivilligt at søge en sådan tilladelse i medfør af lovens § 10, stk. 2.

§ 6 i FAIF-loven indeholder bestemmelser om virksomheders pligt til at sø-
ge om tilladelse som forvalter af alternative investeringsfonde. Af stk. 
1-3 fremgår:

"§ 6. Virksomheder, der forvalter en eller flere alternative investe-
rings/fonde, skal have tilladelse fra Finanstilsynet, såfremt aktive i de al-
terne investerings/fonde, virksomheden forvalter, sammenlagt overstiger 
en værdi svarende til

1) 100 mio. euro eller
2) 500 mio. euro, såfremt virksomheden udelukkende forvalter alterna-
tive investeringsfonde, der ikke har gearet sine investeringer, og ingen inve-
storer i fondene har ret til at blive indløst i en periode på minimum 5 år efter datoen for den oprindelige investering i hver af fondene.

Stk. 2. Aktiver, der er erhvervet via gearing, jf. § 3, stk. 1, nr. 27, skal medregnes i opgørelse over aktiverne i henhold til stk. 1, nr. 1.

Stk. 3. Ved opgørelsen af den samlede værdi af de aktiver, som virksomheden i alt forvalter, skal aktiver, der forvaltes enten direkte eller indirekte via et selskab, som forvalteren er knyttet til gennem fælles forvaltning, have bestemmende indflydelse over eller er knyttet til gennem en betydelig direkte eller indirekte besiddelse, medregnes."

Gearing er defineret i § 3, stk. 1, nr. 27, i FAIF-loven, som en metode, som forvalteren anvender til at øge eksponeringen af en alternativ investeringsfond, som denne forvalter, hvad enten dette sker ved hjælp af lån af kontante midler eller værdipapirer eller gearing indeholdt i derivatpositioner eller ved andre midler.

Af de specielle bemærkninger til § 6, stk. 1-3, i lovforslaget, der blev vedtaget som lov nr. 598 af 12. juni 2013 (Folketingstidende 2012-13, tillæg A, L 175, s. 88) fremgår bl.a.:

"...
Virksomheder, der udfører forvaltningsdrift i en størrelsesorden, der overstiger de i det foreslåede § 6, stk. 1, bliver forpligtede til at søge om tilladelse, jf. den foreslåede § 11, hvorimod mindre forvaltere kan nøjes med at blive registreret hos Finanstilsynet, jf. § 9.

... Ved aktiverne forstås den samlede værdi af de aktiver alle de forvaltede alternative investeringsfonde har, og ikke fondenes indre værdi, hvorfra fondenes gæld er fratrukket. Af det foreslåede stk. 2 fremgår, at aktiver, der er erhvervet ved gearing, skal medregnes i opgørelsen over aktiverne i henhold til det foreslåede stk. 1, nr. 1. Anvendelsen af gearing i blot en af de fonde som forvalteren forvalter, vil således øge værdiernes opgørelse i henhold til det foreslåede stk. 6, stk. 1, nr. 1, og samtidig udelukke brugen af den høje tærskelværdi i det foreslåede nr. 2.

Ved beregningen af værdierne skal aktiverne for alle de alternative investeringsfonde, som forvalteren har påtaget sig ansvaret for at forvalte efter aftale med fondene, medregnes.

Det afgørende efter FAIF-direktivet er, hvor mange aktiver forvalteren reelt har råderetten over eller kan råde over i samarbejde med andre, da dette er afgørende for i hvilket omfang forvalteren kan bidrage til at øge systemiske risici. Derfor følger det af det foreslåede stk. 3, at ved opgørelsen af, hvor mange aktiver forvalteren i alt forvalter, skal aktiver, der enten direkte eller indirekte via et selskab, som forvalteren er knyttet til gennem fælles forvaltning, har bestemmende indflydelse over eller er knyttet til gennem en betydelig direkte eller indirekte besiddelse, medregnes. Kontrol er defineret i det foreslåede § 3, stk. 1, nr. 10.
... 


"... Kommissionen bør navnlig tillægges beføjelser til at vedtage delegerede retsakter til præcisering af gearingsmetoderne som defineret i dette direktiv, herunder eventuelle financielle og/eller retlige strukturer, der involverer tredjemand kontrolleret af den relevante AIF, når disse strukturer specifikt er etableret til direkte eller indirekte at skabe gearing på samme niveau som AIF'en. Navnlig for så vidt angår private equity-fonde og venturekapitalfonde betyder dette, at gearing, som eksisterer på porteføljeselskabsniveau, ikke er tænkt at skulle medtages, når der henvises til sådanne finansielle eller retlige strukturer."

Disse regler er udmøntet i Kommissionens delegerede forordning (EU) nr. 231/2013 af 19. december 2012 om udbygning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/61/EU for så vidt angår undtagelser, generelle vilkår for drift, depositarer, gearing, gennemsigtighed og tilsyn (herefter forordning 231/2013). Artikel 6, stk. 3, i forordningen har følgende ordlyd:

"3. Eksponering indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau. For AIF'er, hvis fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere, skal FAI'en ved beregningen af gearingen ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse unoterede selskaber og udstedere, under forudsætning af at AIF'en eller den FAI, der handler på vegne af AIF'en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder."


“Question 1 [last update 21 July 2014]: An AIF that is a private equity fund as referred to in recital 78 of the AIFMD, controls a financial structure that is used to acquire non-listed companies or issuers. The financial structure raises debt to finance the acquisition of those assets. When calculating the exposure of the AIF, shall the AIFM include the debt raised at the level of the financial structure?

Answer 1: According to Article 6(3) of Regulation 231/2013, exposure contained in any financial or legal structures controlled by an AIF shall be included in the calculation of the exposure where those structures are specifically set up to directly or indirectly increase the exposure at the level of the AIF. Therefore, debt raised by such a financial structure to finance the ac-
quisition of assets shall be included in the calculation of the exposure where those structures are: (1) specifically set up to directly or indirectly increase the exposure at the level of the AIF and (2) the AIF controls such a structure. If these two conditions are fulfilled, the debt raised by the financial structure is to be included in the calculation of the exposure of the AIF.

Where the AIF does not have to bear losses beyond its investment in a financial structure that is used to acquire non-listed companies or issuers, the financial structure should not be considered as having been set up to directly or indirectly increase the exposure at the level of the AIF. In any case, these structures should not be used as a means to circumvent the provisions of the AIFMD on leverage.”

2. Finanstilsynets bemærkninger

Selskabskonstruktionen i denne sag er sådan, at klager via et 100 pct. ejet holdingselskab ejer mellem 94 pct. og 100 pct. af en række ejendomsportføljeselskaber.

Indledningsvis skal det bemærkes, at porteføljeselskaberne anvendelse af gearing er uomtvistet.

Spørgsmålet er, om eksponeringen i porteføljeselskaberne skal medregnes i opgørelsen af aktiver under forvaltning, eller om eksponeringen i porteføljeselskaberne er undtaget opgørelsen i medfør af artikel 6, stk. 3, 2. pkt., i forordning 231/2013.

Udstedere i henhold til FAIF-loven udgør alene selskaber, hvis værdipapirer er optaget til handel på et reguleret marked, jf. § 3, stk. 1, nr. 25, i FAIF-orden. Derfor er dette område ikke relevant i vurderingen af, om klager erhverver kontrol over udstedere.

Klager har i klageskriften gjort gældende, at klagers fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber.

Klager anfører endvidere følgende på side ... i klageskriften:

"Gearing i FAIF-lovens § 3, stk. 1, nr. 27, er defineret som "en metode, som forvalteren anvender til at øge eksponeringen af en alternativ investeringsfond, som den forvalter (...)". Level II-forordningens artikel 6(3) har til formål at præcisere/sikre, at kun sådan gearing, der direkte eksponerer den alternative investeringsfond ("høre potelllielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder"), skal medregnes til fondens gearing. Det afgørende er således alene, om fonden er direkte eksponeret ud over sin investering - ikke hvilke aktiver der investeres i." (Finanstilsynets fremhævning).

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at indirekte eksponering i underliggende retlige og/eller finansielle strukturer ligeledes medregnes i henhold til artikel 6, stk. 3, 1. pkt., i forordning 231/2013.
Det har ikke betydning for vurderingen af anvendelsesområdet i artikel 6, stk. 3, 1. pkt., i forordning 231/2013, hvilke aktiver, der investeres i. Bestemmelsen har som udgangspunkt til hensigt at omfatte alle AIF’ er uanset investeringspolitik. Det skal derfor ikke være muligt gennem retlige strukturer at manøvrere sig uden om anvendelsesområdet i artikel 6, stk. 3, 1. pkt., i forordning 231/2013. I forlængelse heraf fremhæver ESMA’s Q&A:

“... In any case, these structures should not be used as a means to circumvent the provisions of the AIFMD on leverage.”


En private equity-fond indhenter investeringstilsagn fra en række investorer og investerer midlerne i fonden, som derefter typisk indskyder denne kapital som aktiekapital eller lån i et holdingselskab. Holdingselskabet optager derefter et lån i en bank eller via en anden finansiel institution og disse lånte midler i tillæg til den kapital, der er indskudt i holdingselskabet fra fonden, anvendes derefter til at købe porteføljeselskaberne i en tidsbegrænset periode for at udvikle virksomheden med henblik på det efterfølgende salg.


Klagers eksempel på en private equity-fond, der investerer i fast ejendom vil stadig udgøre en private equity-fond, selv om investeringsområdet er inden
for fast ejendom. I sådant tilfælde vil fondens fundamentale investeringspolitik være, at erhverve kontrol over unoterede ejendomsselskaber med henblik på udvikling og salg af ejendomsselskaberne inden for et bestemt tidsrum. Private equity-fondens investering vil ligeledes ved erhvervelse være baseret på selskabets nettoværdi og ikke på selve aktivet, den faste ejendom.


Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at klagers fundamentale investeringspolitik reelt er erhvervelse af aktiver i form af bolig- og erhvervsejendomme. Uanset den foreliggende selskabsstruktur er det således aktivet, den faste ejendom, der er det primære fokus for klagers investeringer og ikke erhvervelsen af kontrol over unoterede selskaber eller udstedere.

På denne baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at klager ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 6, stk. 3, 2. pkt., i forordning 231/2013. Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynet i sin udtalelse i e-mail af 30. oktober 2015 ikke konkret har forholdt sig til anvendelsesområdet for den pågældende bestemmelse, men har blot overordnet gengivet forordningsteksten.

Det er Finanstilsynets vurdering, at udgangspunktet i § 6, stk. 3, i FAIF-loven og artikel 6, stk. 3, 1. pkt., i forordning 231/2013, finder anvendelse ved opgørelsen af de aktiver, som klager forvalter. Klager skal ved opgørelsen medregne aktiver, som klager forvalter direkte eller indirekte via holdingselskabet, herunder skal alle eksponeringer under AIF-niveau medregnes i klagers formue under forvaltning.

Henset til, at klager bruger gearing i sine investeringer og da klagers aktiver under forvaltning overstiger tærskelværdien på 100 mio. euro i § 6, stk. 1, nr. 1, i FAIF-loven, er det Finanstilsynets vurdering, at klager ikke er berettiget til at blive registreret som selvforsvarende alternativ investeringsfond, men skal i stedet søge om tilladelse hertil i medfør af § 11, stk. 1, jf. § 4, stk. 1, i FAIF-loven.

I skrivelse af 23. januar 2017 har advokat A i et supplerende indlæg anført følgende bemærkninger:

”...
Kommissionens delegerede forordning 231/2013 artikel 6(3), 1. punk-
Finanstilsynet konstaterer, at bestemmelsen har til hensigt at omfatte alle AIF'er, men undlader i forlængelse af denne konstatering at foretage den nødvendige, indholdsmæssige vurdering af, om betingelserne i Level II-forordningens artikel 6(3), 1. punktum, for at medtage gearingen på porteføljeselskaberne ved beregningen af Selskabets eksponering er opfyldt eller ej. I stedet for at foretage en sådan vurdering foretager Finanstilsynet en vurdering af 2. punktum i artikel 6(3), om Selskabets investeringspolitik opfylder betingelserne. Det gøres i denne sammenhæng gældende, at der indledningsvis skal foretages en vurdering af Selskabets koncernstruktur i forhold til de i artikel 6(3), 1. punktum, fastsatte betingelser.

Det er i denne sag uomtvistet, at Selskabet ikke har gældsforpligtelser og ikke kautionerer eller hæfter for gæld eller andre forpligtelser i de tyske ejendomselskaber (Porteføljeselskaberne) eller i det tyske mellemholdingselskab (Holdingselskabet), og at heller ikke Holdingselskabet har gældsforpligtelser (udover koncernintern gæld til visse Porteføljeselskaber), kautionerer eller hæfter for gæld eller andre forpligtelser i Porteføljeselskaberne. Der er således ingen eksponering eller risiko for, at Selskabet skal bære potentielle tab, som ligger ud over investeringen. Allerede af den grund skal gearingen i Porteføljeselskaberne ikke medregnes, jf. formuleringen af Level II-forordningens artikel 6(3), 1. punktum:

"Eksponering indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau."

Der er ingen sådan eksponering, og koncernens finansielle og retlige struktur er hverken "specifikt" eller de facto udviklet for at øge Selskabets eksponering - tværtimod. Betingelserne i Level II-forordningens artikel 6(3), 1. punktum, for at medtage gearing på porteføljeselskabsniveau ved beregning af Selskabets (AIF'ens) eksponering er derfor ikke opfyldt.

De nedenfor anførte bemærkninger vedrørende Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum, er herefter alene relevante, såfremt Erhvervsankenævnnet alligevel måtte nå frem til, at Selskabets koncernstruktur er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau, jf. artikel 6(3), 1. punktum.
Finanstilsynets formålsfortolkning

Finanstilsynet anfører til støtte for sin afgørelse følgende ...


Finanstilsynets henvisning til "ovennævnte private equity-strukturer" må forstås som en henvisning til Finanstilsynets ret udførlige beskrivelse af karakteristika for private equity strukturer i de to forudgående afsnit ...

"En private equity-fond indhenter investeringstilsagn fra en række investorer og investerer midler i fonden, som derefter typisk indskræver denne kapital som aktiekapital eller lån i et holdingselskab. Holdingselskabet optager derefter et lån i en bank eller via en anden finansielle institution og disse lånte midler i tillæg til den kapital, der er indskudt i holdingselskabet fra fonden, anvendes derefter til at købe porteføljeselskaberne i en tidsbegrænset periode for at udvikle virksomheden med henblik på det efterfølgende salg.

Porteføljeselskaber er driftsselskaber med en kommerciel aktivitet og med ansat tillige at deltage i produktionen. Disse driftsselskaber anvender lån og kreditter til at finansiere den almindelige drift. Almindelig drift anses i denne relation for f.eks. en produktionsvirksomheds indkøb af materialer, finansiering af kredit til kunder eller køb af maskiner. Denne finansiering foretages uden støtte fra fonden som kapitalejer. Eksponeringen på porteføljeselskabsniveau skal således ikke medregnes i fondens eksponering, når fondens fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber og udstedere."

Som det vil fremgå af det følgende, er Finanstilsynets beskrivelse af private equity-strukturer for unuanceret og et krav om sådanne strukturer er forkert og uden støtte i FAIF-lovgivningen.

Private equity-strukturer mv.

Det er indledningsvist væsentligt at notere sig, at "private equity", "venture kapital", "private equity fond" eller "venture kapital fond" eller tilsvarende begreber ikke er defineret eller nærmere beskrevet eller identificeret i hverken lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv. ("FAIF-loven") med tilhørende bekendtgørelser, direktiv 2011/61/EU om forvaltere af alternative investeringsfonde ("FAIF-direktivet") eller Level II-forordningen. Begreberne er heller ikke anvendt i de operative/materielle bestemmelser i
FAIF-lovgivningen, og hverken ESMA eller andre kompetente myndigheder ses at have udstedt udfyldende retningslinjer, der nærmere definere eller beskrive disse begreber i forhold til FAIF-lovgivningen.

Det er også væsentligt at notere sig ordlyden af Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum, hvoraf det alene fremgår, at AIF’enens fundamentale investeringspolitik skal være "at erhverve kontrol over unoterede selskaber".

Ingen af de yderligere kendetegn, som Finanstilsynet anfører som karakteristiske (og i denne sag ligeferm påkrævede) for "private equity-strukturen", er medtaget i Level II-forordningens artikel 6(3) - eller i FAIF-lovgivningen i øvrigt.

Navnlig er de af Finanstilsynet anførte helt centrale kendetegn for private equity-fonde om tidsbegrænset ejerskab med henblik på udvikling af virksomheden og efterfølgende salg aldeles omtalt i Level II-forordningen. Det har derfor formodningen imod sig, at disse forhold skal tillegges betydning, medmindre der kan findes klar støtte herfor andetsteds, hvilket ikke er tilfældet.

Tværtimod fremgår det klart af FAIF-direktivets præambel 78 (som Finanstilsynet også henviser til), at bestemmelsen også kan omfatte andet og mere end private equity-fonde, og at private equity-fonde således blot er et eksempel, jf. formuleringen "Navnlig for så vidt angår private equity-fonde og venturekapitalfonde betyder dette, at [... ]".

Heller ikke Finanstilsynets henvisning til ESMA's Q&A (ES-MA/2016/1 576) understøtter, at Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum, alene omfatter private equity-strukture, idet det stillede spørgsmål (question 1) efter sin egen formulering netop alene vedrører en AIF, der er en private equity-fonde som anført i FAIF-direktivets præambel 78. Hverken spørgsmålet eller svaret udelukker imidlertid, at andre strukturer eller formål med erhvervelsen af kontrol end de private equity-strukturen, som Finanstilsynet beskriver, kan omfattes af bestemmelsen. Denne kvalifikation er da heller ikke gentaget i det efterfølgende spørgsmål (question 2) i samme Q&A-publikation fra ESMA, som er særdeles relevant i nærværende sag:

"Question 2 [last update 21 July 2014]: An AIF controls a financial structure that is used to acquire non-listed companies or issuers. When calculating the exposure of the AIF, shall the AIFM include the debt raised at the level of the non-listed companies or issuers?

Answer 2: No, provided that the AIF does not have to bear potential losses beyond its investment in the non-listed companies or issuers. However, if the debt at the level of the non-listed companies or issuers exposes the AIF to potential losses beyond its investment in those non-listed companies or issuers, the debt shall be included in the calculation of the exposure of the AIF.”

Det afgørende er altså, om AIF’en (Selskabet) er eksponeret for tab ud over
sin investering.


Finanstilsynet henviser desuden flere steder til de overordnede investeringsstrategier, der er opremset i bilag IV til Level II-forordningen, som også er gentaget i pkt. 4 i Finanstilsynets anmeldelsesblanket, hvor "Private equity" og "Fonde baseret på fast ejendom" er nævnt som to særskilte overordnede investeringsstrategier blandt flere. Det kan her over for anføres, at bilag IV blandt andet medtager "mezzaninkapital" som underkategori til "Private equity". Denne investeringsstrategi indebærer imidlertid ikke i sig selv "erhvervelse af kontrol" i målselskabet, og vil derfor ikke opfylde Finanstilsynets krav til private equity strukturer, uanset at den er nævnt som underkategori til "Private equity" i bilag IV. Det kan også nævnes, at bilag IV medtager "equity fonde" (egenkapitalfonde) som underkategori til opsamlingskategorien "Andet" og ikke under "Private equity", hvilket heller ikke forekommer oplagt, hvis kategoriseringen skal tillægges en sådan materiel betydning som anført af Finanstilsynet.

Der er således efter min vurdering intet i FAIF-lovgivningen, som understøtter Finanstilsynets synspunkt om, at man i Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum skal indførtolke en betingelse om, at erhvervelsen af kontrol over de unoterede selskaber (eller udstedere) foretages af en juridisk enhed/struktur, der har de karakteristika, som efter Finanstilsynets vurdering karakteriserer en private equity-fond.

Hertil kommer, at det ikke er klart, hvad formålet egentlig skulle være med at opstille sådanne yderligere krav til erhvervelsen i tillegg til kravet om kontrolerhvervelse. Det grundlæggende og afgørende formål med Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum, er efter ordlyden alene at sikre/præcisere, at kun gearing, der eksponerer den alternative investeringsfond ("bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab"), skal medregnes til fondens gearing. Hvorfor dette kun skul-
le gælde for de særlige tilfælde, hvor investeringen foretages i en private equity-struktur som beskrevet af Finanstilsynet, forekommer ikke indlysende, og er i øvrigt heller ikke oplyst eller begrundet af Finanstilsynet.

Med henvisning til ovenstående skal jeg derfor fastholde, at Selskabet er omfattet af den udtrykkelige ordlyd i Level II-forordningens artikel 6(3) og at Finanstilsynets indskrænkende fortolkning og konkrete anvendelse af Level II-forordningens artikel 6(3) er forkert og uden hjemmel eller støtte i FAIF-lovgivningen, herunder FAIF-lovgivningens og den konkrete bestemmelseres formål og hensigt.

Det er efter min vurdering følgelig også forkert og uden hjemmel eller støtte, når Finanstilsynet i relation til ejendomsinvesteringer ... vil begrænse anvendelsesområdet for Level II-forordningens artikel 6(3), 2. punktum, til kun omfatte investeringer foretaget af private equity fonde kendetegnet ved at:

fondens erhvervelse af kontrol i ejendomsselskabet da sker med henblik på "udvikling og salg af ejendomsselskaberne inden for et bestemt tidsrum", og fondens investering ved erhvervelsen vil "være baseret på selskabetets netto-værdi og ikke på selve aktivet, den faste ejendom".

Idet det grundlæggende bestrides, at disse betingelser har hjemmel eller støtte i FAIF-lovgivningen, kan jeg dog supplerende oplyse, at Selskabets ejendomsselskaber foretager omfattende udvikling af deres faste ejendomme, herunder modernisering og genopretning med henblik på genudlejning af ejendommene til forhøjet husleje. Disse udviklingsarbejder er nærermere beskrevet i ledelsesberetningen . . . i Selskabets årsrapport 2015/ 1 6 tidligere fremlagt som bilag ...

Alle Selskabets investeringer i fast ejendom er sket ved erhvervelse af kontrolrende ejerandele i allerede eksisterende ejendomsselskaber. Hverken Selskabet eller selskaber kontrolleret af Selskabet har således på noget tidspunkt (a) erhvervet direkte adkomst til fast ejendom (dvs. uden at den faste ejendom allerede var ejet i en eksisterende selskabsform), eller (b) stiftet selskaber med henblik på sådanne selskabers erhvervelse af direkte adkomst til fast ejendom. Det er således ikke korrekt, når Finanstilsynet anfører ... at Selskabets portefølselselskaber er stiftet med henblik på erhvervelse af ejendomme - i hvert fald ikke af Selskabet selv, men muligvis af tidligere ejere, hvorfra ejerandelene i ejendomsselskabet efterfølgende er blevet erhvervet.

I øvrigt henvises til beskrivelsen af Selskabets formål og investeringsstrategi i mit brev af 14. november 2016 ... og i den investeringsstrategi, som var vedlagt Selskabets anmeldelse til Finanstilsynet af 15. juni 2016.

I skrivelse af 20. februar 2017 har Finanstilsynet yderligere bemærket:

"...Klager er af den opfattelse, at Finanstilsynet ikke har foretaget en vurdering af, hvorvidt betingelserne i artikel 6(3), 1. pkt., i Level II-forordningen er
opfyldt. Det følger af den nævnte bestemmelse, at eksponering indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau. Finanstilsynet mener, at klagers antagelse er forkert.

Finanstilsynet har i brevet af 20. december 2016 foretaget den materielle vurdering af beregningen af klagers aktiver i henhold til § 6, stk. 1-3, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. ("FAIF-loven") i relation til spørgsmålet om at medtage nettoaktivværdien og den øgede eksponering i porteføljeselskaberne på AIF-niveau.

§ 6, stk. 2-3, i FAIF-loven skal sammenholdes med artikel 6(3), 1. pkt., i Level II-forordningen ved vurdering af gearingsspørgsmålet, da det materielle indhold i disse bestemmelser er identisk. Finanstilsynet skal hertil gentage, at det afgørende hensyn efter Level II-forordningen og FAIF-loven i relation til gearingsspørgsmålet er, hvor mange aktiver forvalteren reelt har råderetten over eller kan råde over i samarbejde med andre, hvilket kommer til udtryk i begge bestemmelserne i forhold til direkte og indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau.


Den øgede eksponering i porteføljeselskaberne bliver kontrolleret af klager, hvorfor det er den samlede formue under forvaltning, som udsættes for en øget eksponering på AIF-niveau, og den skal derfor medregnes i klagers opgørelse af aktiver under forvaltning. Dette følger af FAIF-lovens § 6, stk. 2-3.


Anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen i artikel 6(3), 2. pkt., i Level
II-forordningen


Finanstilsynet vurderer, at anvendelsesområdet i Level II-forordningens artikel 6(3), 2. pkt. alene gælder for AIF’er, hvis fundamentalinvesteringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere.

Finanstilsynet vurderer, at det har central betydning for vurderingen af anvendelsesområdet i artikel 6(3), 2. pkt., i Level II-forordningen at identificere AIF’ens valg af investeringspolitik, og differentiere den valgte investeringspolitik fra andre investeringspolitikker. Det afgørende i denne sag er netop at fastlægge, hvilken fundamental investeringspolitik klager har valgt i relation til, hvorvidt klager skal have mulighed for at undtage gearingen på AIF-niveau. Det er ikke relevant at diskutere spørgsmålet om særskilt hæftelse, således som advokat A anfører i sin argumentation, såfremt klagers fundamentale investeringspolitik ikke er at erhverve kontrol over unoterede selskaber. Hæftelsesspørgsmålet er således betinget af, at den pågældende AIF’s grundlæggende aktivitet er at erhverve kontrol over unoterede selskaber.

Det følger af § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 782 af 26. juni 2013 om alternative investeringsfonde ("bekendtgørelsen"), at en enhed anses for at have en defineret investeringspolitik, hvis enheden har en skriftlig politik for, hvordan enhedens aggregerede kapital skal forvaltes med henblik på at skabe et aggregeret afkast for enhedens investorer.

Fastlæggelsen af den definerede investeringspolitik er således af væsentlig betydning for anvendelsesområdet i artikel 6(3), 2. pkt., i Level II-forordningen, dvs. hvad der i realiteten skaber det aggregerede afkast. Klager har gjort gældende, at klagers fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber og udstedere. Af klagers investeringsstrategi af 15. juni 2016 fremgår det, at:

"Selskabets vedtægtsmæssige formål er at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis. ( ...) Selskabets investeringsstrategi er at erhverve fast ejendom i X med attraktiv beliggenhed med henblik på udlejning af disse til bolig og erhverv. ( ... ) Selskabets investeringsmålsætning er at have en aktiv portefølje af Selskabets ejendomme ved aktiv asset management aktiviteter af de ejendomme, som Selskabet har i sin portefølje, og ved løbende udskiftning af Selskabets ejendomme. ( ...) Selskabets primære fokus er at skabe et stabilt højt afkast for aktionærerne. Ved beslutning om køb af ejendomme vil Selskabet overordnet lægge vægt på to forhold:

- At lejeindtægterne skaber et stabilt indkast
At ejendommene har potentielt til en langsigtet værditilvækst, som kan realiseres ved salg.”

Finanstilsynet skal henvise til sine bemærkninger i brevet af 20. december 2016 om, at klagers formål er at investere i bestemte aktiver, ejendomme, og ikke i værdipapirer i selvstændige enheder, som f.eks. ejendomsselskaber. Klager skaber ikke et aggregeret afkast til investorerne i selve strukturen af de juridiske enheder, som ejendommene indgår i. Det aggregerede afkast skabes ved investering i udvalgte ejendomme. Det aggregerede afkast skal komme fra bl.a. udlejning, værdiforøgelse mv. af de erhvervede ejendomme, som klager har til formål at opkøbe, forvalte og sælge. I øvrigt erhverver klager ikke kontrol over unoterede aktier, idet klager selv er stifter af de underliggende porteføljeselskaber.

Finanstilsynets argumentation om private equity-strukturer i brevet af 20. december 2016 skal tænkes som et eksempel, der kan være omfattet af undtagelsesbestemmelsen. Investering i fast ejendom gennem retlige strukturer er ikke et eksempel, der kan falde ind under anvendelsesområdet i artikel 6(3), 2. pkt.

Finanstilsynet finder derfor fortsat, at klagers fundamentale investeringspolitik ikke er at erhverve kontrol over unoterede selskaber, men direkte eller indirekte at investere i fast ejendom. Af den grund vurderer Finanstilsynet videre, at hæftelsesproblematikken i artikel 6(3), 2. pkt. ikke er relevant.

Ved skrivelse af 20. marts 2017 har advokat A heroverfor afsluttende anført:

"…
Ad spørgsmålet om investeringsstrategi mv.
Selskabets vedtægtsmæssige formål er at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis,

Inden for rammerne af Selskabets vedtægtsmæssige formål har bestyrelsen fastlagt Selskabets "definerede investeringsstrategi" (jf. § 2, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 782 af 26. juni 2013 om alternative investeringsfonde), hvoraf det udtrykkeligt fremgår, at

"Erhvervelsen af fast ejendom sker via kontrollerende selskaber, hvorved forstås, at Selskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapital og stemmerettigheder i et selskab. De kontrollerede selskaber må ikke have andre aktiviteter end at eje og udleje fast ejendom."

Denne investeringsstrategi har været fulgt uden undtagelser siden Selskabets stiftelse i december 2005. Alle Selskabets investeringer i fast ejendom er sket ved erhvervelse fra tredjemand af kontrollerende ejerandele i allerede eksisterende selskaber, der havde adkomst til ejendommene forud for Selskabets (via dets hel ejede datterselskab C) erhvervelse af disse ejerandele. Det er således ikke korrekt, når Finanstilsynet anfører, at "i øvrigt erhverver
klager ikke kontrol over unoterede aktier, idet klager selv er stifter af de underliggende porteføljeselskaber. Selskabet (eller selskaber kontrolleret af Selskabet) har aldrig stiftet disse porteføljeselskaber.

Finanstilsynets sondring mellem om det underliggende/reelle formål med Selskabets erhvervelser er henholdsvis erhvervelse af "aktiver i form af bolig- og erhvervsejendomme" eller "kontrol over unoterede selskaber eller udstedere" er udtryk for en indskrænkende fortolkning af Level II-forordningens artikel 6(3), som er forkert og uden hjemmel eller støtte i national eller EU FAIF-lovgivning og retningslinjer.

Finanstilsynet bemærkning med henvisning til uddrag af Selskabets investeringsstrategi om, at "klagers formål er at investere i bestemte aktiver, ejendomme, og ikke i værdipapirer i selvstændige enheder, som f.eks. ejendomsselskaber" er således også fejlagtig. Det er ikke "værdipapiret" som sådant, der er interessant, men den underliggende virksomhed, som i dette tilfælde er ejendomme, herunder drift, udvikling og modernisering af ejendomme, forhandling af lejekontrakter mv. Dette er ikke anderledes end, når f.eks. Axcel på sin hjemmeside anfører at have en investeringsstrategi med fokus på følgende sektorer "industrials, business services, it / technology, consumer & retail" uden særskilt at fremhæve, at det er aktierne i selskaber inden for disse sektorer, der er genstand for investeringen.

Ad spørgsmålet om gearing og Level II-forordningens artikel 6(3)

(a) Det er i denne sag uomtvistet, at Selskabet og C ikke har gældsforspligtelser til tredjemand og ikke kautioner eller hæfter for gæld eller andre forpligtelser i deres respektive datterselskaber, herunder porteføljeselskaberne.

(b) Koncernens finansielle og retlige strukturer er ikke "specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau", som anført i Level II-forordningens artikel 6(3), 1. punktum. Tværtimod har strukturen netop til formål at begrænse Selskabets (AIF'en) eksponering og isolere eventuelle risici for tab mv. til de enkelte porteføljeselskaber. Del følger derfor allerede af 1. punktum i Level II-forordningens artikel 6(3), at gearingen i porteføljeselskaberne ikke skal medtages ved beregningen af eksponering.

(c) Selv for det tilfælde, at Erhvervsankenævnet måtte finde, at betingelsen i Level II-forordningens artikel 6(3), 1. punktum, ikke er opfyldt, vil det følge af bestemmelsens 2. punktum, at gearingen i porteføljeselskaberne ikke skal medtages ved beregningen af eksponering, da det er Selskabets fundamentale investeringsstrategi, at erhverve "kontrol over unoterede selskaber" (jf. ovenfor), og der ingen eksponering eller risiko er for, at Selskabet (AIF'en) skal bære potentielle tab, der ligger ud over dets investering.

(d) Ovenstående følger tillige udtrykkeligt af ESMA's Q&A (question 2 i Section VII om "Calculation of leverage"), som her gentages, da
spørgsmålet og svaret nøjagtig svarer til faktum i denne sag:

"Question 2 [last update 21 July 2014]: An AIF controls a financial structure that is used to acquire non-listed companies or issuers. When calculating the exposure of the AIF, shall the AIFM include the debt raised at the level of the non-listed companies or issuers?

Answer 2: No, provided that the AIF does not have to bear potential losses beyond its investment in the non-listed companies or issuers.

However, if the debt at the level of the non-listed companies or issuers exposes the AIF to potential losses beyond its investment in those non-listed companies or issuers, the debt shall be included in the calculation of the exposure of the AIF."

ESMA's formulering af spørgsmålet og svaret herpå indeholder ikke alle de yderligere betingelser og forbehold, som Finanstilsynet i denne sag har opstillet og indført uden støtte i ordlyden af artikel 6(3) eller i andre relevante retskilder. Det af gørende er således alene, om Selskabet er eksponeret ud over dets investering - og navnlig ikke hvilke underliggende aktiver der investeres i”.

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 6, stk. 1, i lov om forvaltere af alternative investeringsfonde mv. (FAIF-loven) skal virksomheder, der forvalter en eller flere alternative investeringsfonde, have tilladelse fra Finanstilsynet, såfremt aktiverne i de forvaltede fonde sammenlagt overstiger en værdi svarende til 1) 100 mio. euro eller 2) 500 mio. euro, såfremt virksomheden udelukkende forvalter alternative investeringsfonde, der ikke har gearet sine investeringer, og ingen investorer i fondene har ret til at blive indløst inden for en anført periode. I henhold til stk. 2 skal aktiver erhvervet via gearing medregnes i opgørelsen over aktiverne i henhold til stk. 1, nr. 1. Det anføres i stk. 3, at ved opgørelsen af den samlede værdi af de aktiver, som virksomheden i alt forvalter, skal aktiver, der forvaltes enten direkte eller indirekte via et selskab, som forvalteren er knyttet til gennem fælles forvaltning, har bestemmende indflydelse over eller er knyttet til gennem en betydelig direkte eller indirekte besiddelse, medregnes.

Af de specielle bemærkninger til § 6, stk. 1-3 (Lovforslag nr. L 175 af 16. maj 2013) fremgår:

"...
Ved aktiverne forstås den samlede værdi af de forvaltede alternative investeringsfonde har, og ikke fondenes indre værdi, hvorfor fondenes gæld er fratrukket. Af det foreslåede stk. 2 fremgår, at aktiver, der er erhvervet ved gearing, skal medregnes i opgørelsen over aktiverne i henhold til det foreslåede stk. 1, nr. 1. Anvendelsen af gearing i blot en af de fonde, som forvalteren forvalter, vil således øge værdiernes opgørelse i henhold til det foreslåede § 6, stk. 1, nr. 1 og samtidig udelukke brugen af den høje tærskelværdi i det foreslåede nr. 2

Det afgørende efter FAIF-direktivet er, hvor mange aktiver forvalteren reelt har råderetten over eller kan råde over i samarbejde med andre, da dette er afgørende for, i hvilket omfang forvalteren kan bidrage til at øge systemiske risici. Derfor følger det af stk. 3, at ved opgørelsen af, hvor mange aktiver forvalteren i alt forvalter, skal aktiver, der enten direkte eller indirekte via et selskab, som forvalteren er knyttet til gennem fælles forvaltning, har bestemmende indflydelse over eller er knyttet til gennem en betydelig direkte eller indirekte besiddelse, medregnes. Kontrol er defineret i § 3, stk. 1, nr. 10”.


Af artikel 6(3), i Level II-forordningen fremgår følgende:

”... 3. Eksponering indeholdt i finansielle eller retlige strukturer, der involverer tredjeparter kontrolleret af den relevante AIF, skal medtages ved beregningen af eksponeringen, hvis de omhandlede strukturer er specifikt udviklet for direkte eller indirekte at øge eksponeringen på AIF-niveau. For AIF'er, hvis fundamentale investeringspolitik er at erhverve kontrol over unoterede selskaber eller udstedere, skal FAIF'en ved beregningen af gearingen ikke medtage en eventuel eksponering, der eksisterer på niveauet for disse unoterede selskaber og udstedere, under forudsætning af at AIF'en eller den FAIF, der handler på vegne af AIF'en, ikke skal bære potentielle tab, som ligger ud over dennes investering i det pågældende selskab eller den pågældende udsteder( ... )”.

Det fremgår af sagen, at fondens porteføljeselskaber har anvendt gearing som define-ret i FAIF-lovens § 3, stk. 1, nr. 27, og at spørgsmålet herefter er, om eksponeringen i porteføljeselskaberne skal medregnes i opgørelsen af aktiver under forvaltning.
Klager har oplyst blandt andet, at K, der blev stiftet den 2. december 2005, stedse har haft det vedtægtsmæssige formål "at investere direkte eller indirekte i ejendomme, herunder ved ejerskab af aktier og/eller anparter i andre selskaber eller på anden vis", at selskabet ved udgangen af regnskabsåret 2015/16 havde en ejendomsportefølje bestående af 68 ejendomme beliggende i X med et samlet udlejningsareal på 171.787 m2, og at det er selskabets investeringsstrategi at "erhvervelse af fast ejendom sker via kontrollerede selskaber, hvorved forstås, at selskabet direkte eller indirekte ejer mere end 50 % af aktiekapital og stemmerettigheder i et selskab".

Det er herudover oplyst, at alle selskabets ejendomme er ejet gennem selskabets direkte kontrollerede tyske porteføljeselskaber, at selskaberne er unoterede, og at der i den foreliggende struktur ikke findes eksterne gælds-, garanti-, eller kautionsforpligtelser, hverken på fondsniveau eller i det af fonden 100 % ejede holdingselskab.


Vurderingen af, om klager skal have tilladelse fra Finanstilsynet, jf. FAIF-lovens § 6, stk. 1, skal derfor ske i forhold til tærskelværdien for ikke-gearede fonde på 500 mio. euro, jf. lovens § 6, stk. 1, nr. 2.

Da K's aktivmasse ikke overstiger 500 mio. euro, ændrer ankenævnet derfor Finanstilsynets afgørelse af 17. oktober 2016, således at tilsynet ikke har været berettiget til at afvise klagers anmodning om registrering under henvisning til, at klager anvender gearing i medfør af FAIF-lovens § 6, stk. 2, jf. § 6, stk. 1, nr. 1.
4.4. Lov om finansiel virksomhed

17) Kendelse af den 6. marts 2017 (J.nr. 17/00398)
Ikke part og anmodning om aktindsigt i alle oplysninger ikke imødekommet.

(Lone Møller, Piya Mukherjee og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 6. januar 2017 hedder det:

”Afgørelse vedrørende anmodning om aktindsigt

Finanstilsynet har den 2. januar 2017 modtaget din anmodning om aktindsigt af 21. december 2016, hvor du anfører følgende: ”Hermed skal jeg anmode om at få tilsendt alle oplysninger om mig, som Finanstilsynet er i besiddelse af.”


Afgørelse
Finanstilsynet meddeler afslag på din anmodning om aktindsigt.

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

Det fremgår af § 355 i lov om finansiel virksomhed, at den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller forskrifter fastsat i medfør af denne lov retter sig mod, anses som part i forhold til Finanstilsynet. Dette udgangspunkt modificeres i stk. 2 og 3, der indeholder en udtømmende liste over hvem, der derudover kan anses som part.
Som tidligere medarbejder i A er du i henhold til ovennævnte bestemmelser ikke part i sager i forhold til A eller A under kontrol, der er behandlet af Finanstilsynet.

Din anmodning behandles derfor efter lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven).

Det fremgår af § 7, stk. 1, i denne lov, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, kan forlange at blive gjort bekkendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Det fremgår af § 8 i offentlighedsloven, at den, hvis personlige forhold er omtalt i et dokument, kan forlange at blive gjort bekkendt med oplysningerne herom. Denne ret begrænses af §§ 19-29 og § 35.

Det fremgår af § 35 i offentlighedsloven, at pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed er en særlig bestemmelse om tavshedspligt, der er omfattet af bekæmpningen i § 35 i offentlighedsloven.

Det fremgår af § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger. Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som Finanstilsynet skønner nødvendigt, jf. § 347, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

Som følge heraf vil eventuelle oplysninger, som du anmoder om, være omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, og derfor være undtaget fra aktindsigt, jf. § 35 i offentlighedsloven, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

**Meroffentlighed**

Finanstilsynet har vurderet, om der i medfør af meroffentlighedsprincippet efter § 14 i offentlighedsloven er grundlag for at meddele dig oplysninger i videre omfang. Adgangen til meroffentlighed gælder imidlertid efter § 14, stk. 1, 2. pkt. ikke, såfremt dette vil være i strid med tavshedspligterne.
Finanstilsynet har på den baggrund heller ikke fundet, at der kan meddeles dig aktindsigt på baggrund af princippet om meroffentlighed.

K klagede ved skrivelse af 4. februar 2017 til Finanstilsynet over afgørelsen og anførte i den forbindelse:

"...
Vedrørende indsigt i oplysninger.

Hermed skal jeg klage over den afgørelse der er truffet af Finanstilsynet vedrørende aktindsigt.

Finanstilsynet har nægtet mig aktindsigt.

Under alle omstændigheder mener jeg, at min anmodning er omfattet af meroffentlighedsprincippet, der netop ophæver en del af de begrænsninger der findes i andre regler.

Det er bemærkelsesværdigt, at jeg ikke kan få udelveret de oplysninger, der findes om mig, medens tidligere medarbejdere kan meddele til pressen at de har sendt oplysninger til A og Finanstilsynet, der klart kan identificere mig. Det er også bemærkelsesværdigt, at såvel A som Finansiel Stabilitet og denne advokat påstår, at de ikke er i besiddelse af sådanne oplysninger, når disse oplysninger har dannet grundlag for en undersøgelse i A/Finansiel Stabilitet af om jeg har foretaget mig noget ulovligt under min ansættelse i A og dannet grundlag for min fritstilling i min ansættelse i A.

...

Finanstilsynet fastholdt tilsynets afgørelse og har herefter den 14. februar 2017 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet. I den forbindelse har Finanstilsynet udtalt:

"...
1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet modtog den 2. januar 2017 anmodning ved brev af 21. december 2016 fra K om aktindsigt i oplysninger om K, som Finanstilsynet er i besiddelse af i forbindelse med A. K’s brev vedlægges som bilag ….

Ved brev af 6. januar 2017 meddelte Finanstilsynet, at Finanstilsynet ikke kunne imødekomme K’s anmodning om aktindsigt. Finanstilsynet har begrundet afslaget på anmodningen med Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynets afslag på anmodningen vedlægges som bilag ….

K har ved mail af 4. februar 2017 klaget over Finanstilsynets afgørelse, jf.
1. Retligt grundlag

Forvaltningsloven

§ 2 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om forvaltningslovens anvendelsesområde. Af stk. 1 fremgår:

"§ 2. Loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed."

§ 9 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om parters ret til aktindsigt i afgørelsessager. Af stk. 1 fremgår:

"§ 9. Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter."

Lov om offentlighed i forvaltningen (offentlighedsloven)

Det fremgår af § 7, stk. 1 og 2, i offentlighedsloven, at:

"§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og indførslor i journaler, registre og andre fortægelser vedrørende den pågældende sags dokumenter."

§ 8 i offentlighedsloven om egenacces er sålydende:

"§ 8. Den, hvis personlige forhold er omtalt i et dokument, kan med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-29 og § 35, forlange at blive gjort bekendt med oplysningerne herom. Det gælder dog ikke, i det omfang de hensyn, der er nævnt i §§ 31-33, eller hensynet til den pågældende selv eller andre med afgørende vægt taler imod."

§ 14 i offentlighedsloven indeholder bestemmelser om meroffentlighed:

"§ 14. Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 23-35. Der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Stk. 2. Stk. 1 gælder også i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som indgår i sager, der erundtaget fra aktindsigt efter §§ 19-21."
Efter bestemmelsene i §§ 7 og 8 i offentlighedsloven er pligten til at meddele oplysninger begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt, jf. § 35, i offentlighedsloven, der er sålydende:

"§ 35. PIGTEN TIL AT MEDDELE OPLYSNINGER ER BEGRÆNSET AF SÆRLIGE BESTEMMELSER OM TAVSHEDSPLIGT FASTSAT VED LOV ELLER MED HJEMMEL I LOV FOR PERSONER, DER VIRKER I OFFENTLIG TJENESTE ELLER HVERV."

Lov om finansiel virksomhed

§ 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed [Justitsministeriets vejledning 11740 af 4. december 1986] vedrørende partsbegrebet er sålydende:


§ 355, stk. 2 og 3, i lov om finansiel virksomhed indeholder en udtømmende opregning over, hvem der derudover kan anses for at være part. Det fremgår af § 355, stk. 3, 1. pkt., at:

"Stk. 3. Som part anses i øvrigt et bestyrelsesmedlem, en ansvarshavende aktuar, en revisor, en direktør eller andre ledende medarbejdere i en finansielle virksomhed, en finansielle holdingvirksomhed, en forsyningsholdingvirksomhed, en udenlandske finansielle virksomhed eller en udenlandske finansielle holdingvirksomhed, hvis Finanstilsynets afgørelse er rettet direkte mod den pågældende."

Det fremgår af vejledning om forvaltningsloven [Justitsministeriets vejledning 11740 af 4. december 1986], at der med udtrykket ”truffet afgørelse” sigtes til udfærdigelse af retsakter (forvaltningsakter) dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Det fremgår videre, at en myndigheds processuelle beslutninger f.eks. en beslutning om, at en sag skal tages under behandling, eller at en sag skal oversendes til en anden myndighed med henblik på, at denne træffer afgørelse, ligeledes ikke er afgørelser i lovens forstand.
Særlige tavshedsbestemmelser i særlovgivningen

§ 354, i lov om finansiel virksomhed indeholder en særlig bestemmelse om tavshedspligt, jf. § 35, i lov om offentlighed i forvaltningen. Følgende fremgår af § 354, stk. 1. og 2. pkt., om tavshedspligten for ansatte i Finanstilsynet:

"§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt ekspert, der handler på tilsynets vegne. Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør."

§ 354, stk. 2-15, i lov om finansiel virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten, som er fastsat i lovens § 354, stk. 1.

Af bemærkningerne til § 354, stk. 1, (L 64 af 27. oktober 2004) fremgår følgende:

"Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt. i lov om offentlighed i forvaltningen" [nu § 35].

2. Finanstilsynets vurdering

§ 9 i forvaltningsloven giver en udvidet adgang til aktindsigt i forhold til offentlighedsloven. Denne adgang til aktindsigt gælder for sagens parter.

§ 355 i lov om finansiel virksomhed fastlægger partsbegrebet for virksomheder og personer omfattet af lov om finansiel virksomhed. Af stk. 1 fremgår, hvem der anses som part i forhold til Finanstilsynet. Af stk. 2 og 3 fremgår en udtømmende opregning af øvrige personer og virksomheder, der derudover kan anses som part i forhold til Finanstilsynet.

Som tidligere ansat i A er K ikke omfattet af § 355, stk. 1 og 2, i lov om finansiel virksomhed. Det er Finanstilsynets vurdering, at K heller ikke er omfattet af § 355, stk. 3, der omhandler afgørelser truffet af Finanstilsynet, som er rettet direkte mod den pågældende.

Finanstilsynet finder derfor, at K ikke er omfattet af partsbegrebet i § 355 i lov om finansiel virksomhed, og K er derfor ikke berettiget til aktindsigt i henhold til forvaltningsloven.

Det fremgår af § 7, stk. 1 i offentlighedsloven, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed mv. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens
virksomhed. Denne ret begrænser i stk. 2, hvoraf fremgår, at retten til aktindsigt er begrænset af §§ 19 – 35.

Af § 8 i offentlighedssloven om egenacces fremgår, at den, hvis personlige forhold er omtalt i et dokument kan forlange at blive gjort bekendt med oplysningerne herom. Denne ret begrænser af §§ 19 – 29 og § 35 i offentlighedssloven.

Af § 35 i offentlighedssloven fremgår, at pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

§ 354, stk. 1, i lov om finansielt virksomhed er en særlig bestemmelse om tavshedspligt, der er omfattet af § 35 i offentlighedssloven.

Det fremgår af § 354, stk. 1, i lov om finansielt virksomhed, at Finanstilsynets ansatte er forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger. Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendigt, jf. § 347, stk. 1 i lov om finansielt virksomhed.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansielt virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til genem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnede til at komme til offentlighedens kendskab er fortrolige.

Det er Finanstilsynets vurdering, at de oplysninger, der søges om aktindsigt i, vil være en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt.

Det fremgår af § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedssloven, at der ikke kan gives aktindsigt i videre omfang, hvis dette vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Som anført ovenfor, vurderer Finanstilsynet, at oplysningerne i sagen er underlagt tavshedspligten i § 354, stk. 1, i lov om finansielt virksomhed, hvorfor det ikke er muligt at give meroffentlighed, jf. § 14, stk. 1 i offentlighedssloven.
4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan anses for omfattet af adgangen til aktindsigt efter forvaltningsloven. Det er ligeledes Finanstilsynets vurdering, at K’s anmodning om aktindsigt heller ikke kan imødekommes efter offentlighedsloven, idet de oplysninger, der anmodes om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets skærpede tavshedspligt.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen af 6. januar 2017 om afslag på anmodning om aktindsigt.

…”

K er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

1. Aktindsigt efter forvaltningsloven

Ifølge forvaltningslovens § 9 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 sagsens dokumenter.

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

Da der ikke foreligger en afgørelse truffet i medfør af lov om finansiel virksomhed rettet mod K, og da K som tidligere ansat i A ikke er omfattet af den udtømmende opregning over parter i øvrigt, kan klager ikke anses som part, hvorfor der ikke kan meddeles aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

2. Aktindsigt efter offentlighedsloven

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til
eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehand-
ling i forbindelse med dens virksomhed, og efter offentlighedslovens § 8 kan den,
hvis personlige forhold er omtalt i et dokument, med de undtagelser der er nævnt i §§
19-29 og § 35, forlange at blive gjort bekendt med oplysningerne herom.

Pigtten til at meddele oplysninger er, jf. offentlighedslovens § 35, begrænset af sær-
lige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for per-
soner, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lovbemærkningerne til § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

"Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, 1. pkt.,
begrænser pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler
om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller
med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« er de tav-
shedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har
fastsat tavshedspligt med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de
tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller hen-
viser til de almindelige tavshedspligtbestemmelser i straffeloven og forval-
ningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedspligtbestemmelse i det enkelte tilfælde skal
henregnes til de særlige tavshedspligtbestemmelser, vil bero på en fortol-
kning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmel-
sens ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedspligten er fastsat på
baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« omfatter også tav-
shedspligtforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-
retstakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedspligtforskrifter i
andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til
lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedspligtbestemmelse, er,
at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet aktindsigt
efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er
omfattet af en særlig tavshedspligtbestemmelse, vil myndigheden skulle
meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedspligtbestemmelse den konsekvens, at for-
valtningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroff-
fentlig, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der til-
sigtes beskyttet ved tavshedspligten.”
I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

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

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

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

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

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

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

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

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

…

De oplysninger vedrørende egen person, som K som tidligere ansat i A har anmodet om aktindsigt i, er – ifølge de for nævnet foreliggende oplysninger – omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. § 344, og er dermed omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1, og er derfor ikke offentligt tilgængelige.

Adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 gælder ikke, såfremt dette vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. § 14, stk. 1, 2. pkt.

Det tiltrædes således, at K ikke efter reglerne i offentlighedsloven er meddelt aktindsigt.

18) Kendelse af den 6. april 2017 (J.nr. 17/00454)
Afslag på anmodning om aktindsigt.
Lov om betalingstjenester og elektroniske penge §§ 91 og 92.
Lov om finansiel virksomhed §§ 344 og 354.
(Lone Møller, Piya Mukherjee og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I den påklagede afgørelse af 16. januar 2017 fra Finanstilsynet hedder det:

"Svar på klage over Finanstilsynets behandling af aktindsigt

Afgørelse
Finanstilsynet fastholder sin afgørelse af 2. december 2016. Finanstilsynet kan således ikke imødekomme din begæring om aktindsigt i øvrige breve, som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester.

Begrundelse
Erhvervsankenævnet meddelte ved kendelse af 23. november 2016, at ankenævnet ændrede Finanstilsynets afgørelse af 4. oktober 2016 således, at der meddeltes aktindsigt i et brev fra Finanstilsynet til K. Ankenævnet anførte i den forbindelse, at brevet – i hvert fald i alt væsentligt – har karakter af ge-
nerel information om ikrafttræden af lov om betalingstjenester og i øvrigt ikke indeholder oplysninger om K.

Finanstilsynet fremsendte herefter ved mail af 29. november 2016 det omhandlede brev af 4. september 2009 til dig.

Ved mail af 29. november 2016 anmodede du herefter om "aktindsigt i alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester”.


Du har anført i dit brev af 5. januar 2017, at du den 29. november 2016 spurgte Finanstilsynet, om der var flere lignende breve fra tilsynet til K.

Finanstilsynet kan i den forbindelse oplyse, at der efter Finanstilsynets vurdering ikke er flere breve til K vedrørende lov om betalingstjenester, som kan anses for at have karakter af generel information.

Dokumenter udover sådanne breve vil som oven for nævnt omhandle Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed være underlagt Finanstilsynets særlige tavshedspligt.

Finanstilsynet fastholder derfor afslag på aktindsigt af 2. december 2016.

Finanstilsynet skal bemærke, at der ikke, som angivet i klagen, er tale om, at Finanstilsynet fastholder en forkert praksis. Derimod er der ved Finanstilsynets afgørelse af 2. december 2016 taget konkret stilling til din begæring om aktindsigt i "alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester”, herunder dokumenter som måtte være tilknyttet en tilsynssag.

…"

Advokat A indbragte ved skrivelse af 13. februar 2017 afgørelsen for Erhvervsanke-nævnet. Han anførte i den forbindelse:

"…

KLAGE OVER AFSLAG PÅ ANMODNING OM AKTINDSIGT

Med henvisning til Finanstilsynets svar på anmodning af aktindsigt af 16. januar 2017, skal jeg hermed i henhold til § 91 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge påklage afgørelsen.

"

Erhvervsankenævnet gav ved kendelse den 23. november 2016 (Bilag …) medhold i, at det ønskede dokument kunne udelveres. Erhvervsankenævnet anfører således på kendelsens side 12:

"Klager har anmodet om aktindsigt i en skrivelse, der er afsendt af Finanstilsynet og som – i hvert fald i alt væsentligt – har karakter af en generel information om ikrafttræden af lov om betalingstjenester og i øvrigt ikke indeholder oplysninger om K.

Da der således efter det oplyste ikke er tale om fortrolige oplysninger modtaget af Finanstilsynet som led i dets tilsynsvirksomhed, ændrer ankenævnet herefter Finanstilsynets afgørelse af 4. oktober 2016, således at der meddeles aktindsigt som anmodet."

Til yderligere belysning af sagen vedlægges korrespondance mellem parterne i perioden ultimo oktober 2016 – primo november (Bilag …).

På baggrund af kendelsen af 23. november 2016 anmode jeg ved e-mail af 29. november 2016 (Bilag …) Finanstilsynet om udlevering af brevet fra september 2009. Dette er efterfølgende blevet tilsendt mig pr. e-mail af 29. november 2016 fra Finanstilsynet.


Min klage af 5. januar 2017 over Finanstilsynets kontorchef B vedlægges (uden bilag, idet alle er medtaget her) (Bilag …).

Finanstilsynet anfører i endnu et afslag af 16. januar 2017 (Bilag …):

"Finanstilsynet kan i den forbindelse oplyse, at der efter Finanstilsynets vurdering ikke er flere breve til K vedrørende lov om betalingstjenester, som kan anses for at have karakter af generel information. Dokumenter udover sådanne breve vil som oven for nævnt omhandle Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, og dermed være underlagt Finans-


Finanstilsynet angiver således, at der "efter deres vurdering" ikke er yderligere breve, som kan have karakter af generel information. Det er uklart, hvad dette indebærer, dvs. hvornår noget er "generel information", og hvorfor de pågældende breve ikke kan anses også at indeholde sådan "generel information". Det er ikke engang klart, om der eksisterer yderligere breve, hvilket jeg går ud fra, at der gør, i og med at det ville have været oplagt at anføre, at der ikke fandtes yderligere korrespondance, såfremt dette var tilfældet.

Det må forudsættes, at det modsatte af "generel information" er "fortrolige oplysninger". Det fremgår af Karnovs noter til § 354, stk. 1, 1. pkt. i lov om finansielt virksomhed, at:

"Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansielt virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige."

Der er således ikke af Finanstilsynet redegjort for, at der tale om fortrolige oplysninger, idet oplysningen hverken vedrører K's forretningsmæssige forhold eller kunders forhold, ligesom der ikke er tale om oplysninger, der er videregivet til Finanstilsynet fra K som led i tilsynsmyndighed. Finanstilsynet afslår altså anmodningen blot ved at anføre, at der ikke er tale om "generel information", men uddyber på ingen måde, hvorfor de ikke mener, at det er tilfældet.

Der er ikke tale om en reelt begrundet afvisning, hvilket er i strid med god forvaltningsskik, og derfor burde Erhvervsankenævnets hjemvisse sagen til fornyet behandling hos Finanstilsynet. Jeg må dog indrømme, at Finanstilsynets ageren i denne sag ikke umiddelbart giver tiltro til, at Finanstilsynet kan træffe den korrekte afgørelse, og derfor vil jeg anmode om, at Erhvervsankenævnet bestemmer, at korrespondancen skal udleveres uden behov for hjemvisning af sagen til Finanstilsynet.

Vi anmodede den 23. november 2016 om aktindsigt i "Alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester". Dvs. både breve af generel karakter, men også andre breve sendt af Finanstilsynet til K, som således ikke har karakter af generel information. Afslaget på udelivering heraf påklages derfor også hermed.

Som ved den tidligere anmodning er baggrunden for anmodningen om brevene, at det er til brug for en retssag (BS 10F-3346-2015), der blandt andet vedrører spørgsmålet om, hvorvidt K, CVR-nr.: … ("K") var omfattet af lov om betalingstjenester og skulle have søgt tilladelse (fuld eller begrænset) i henhold til loven. Jeg repræsenterer en række kreditorer, der – til brug for retssagen – søger information omkring K’s status i forhold til at være en "finansielt virksomhed".

Det er efter Erhvervsankenævnets kendelse af 23. november nu dokumente-
ret, at Finanstilsynet den 4. september 2009 tilskrev K for at orientere om, at Lov om betalingsmidler trådte i kraft per 1. november 2009.

Derfor forespurgte Finanstilsynet K:

"Finanstilsynet skal anmode K om at oplyse, om Finanstilsynet kan forvente ansøgning fra selskabet om tilladelse som betalingsinstitut."

Med Finanstilsynets afvisning er det umuligt for kreditorerne at afdække, om der har været efterfølgende korrespondance mellem Finanstilsynet og K.

Det er naturligvis af betydning at vurdere Finanstilsynets breve til K, i en sag hvor mine klienter har mistet millionbeløb som følge af konkursen i K. Det er ubestridt, at K ikke på tidspunktet for konkursen, og formentlig heller ikke på noget forudgående tidspunkt, havde ansøgt om tilladelse som betalingsinstitut.

Det er af betydning i sagen, som omhandler ledelsesansvar, at dokumentere, om der har været yderligere korrespondance fra Finanstilsynet til K. En sådan efterfølgende korrespondance vil kunne afdække, om der har været endnu mere grund for ledelsen til at opfylde lovens krav om anmeldelse af K som betalingsinstitut.

For det første søges der aktindsigt i udgående breve, dvs. af breve sendt fra Finanstilsynet. Der er efter det oplyste ikke tale om egentlig korrespondance mellem K og Finanstilsynet, og der søges heller ikke indtil videre aktindsigt i materiale, som K måtte have sendt til Finanstilsynet – alene i breve sendt fra Finanstilsynet til K.

Det tidligere påberåbte hensyn om "...at virksomheder kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives", er ikke til stede i denne her sag, idet K netop ikke - så vidt jeg er bekendt med - har videregivet nogle oplysninger til Finanstilsynet, men derimod måske/måske ikke blot har modtaget breve fra Finanstilsynet.

Derimod opfylder aktindsigten klart betingelserne i § 7, stk. 1, i lov om offentlighed i forvaltningen, hvorefter enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået hos eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med virksomhed.

Endvidere er K som bekendt gået konkurs i juli ... Der er derfor heller ikke på den baggrund et særligt hensyn at tage til selve virksomheden, eftersom den ikke eksisterer mere. Heller ikke her er der i vores optik noget beskyttelseshensyn.

Endelig fremgår det også af § 354, stk. 5, at:

Stk. 5. Fortrolige oplysninger kan videregives under en civil retssag, når en finansielt virksomhed er erklaaret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredje-
mand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Dvs. selv om der havde været tale om fortrolige oplysninger, kan oplysninger i en situation som den pågældende videregives, idet der er tale om en virksomhed, der er gået konkurs, og idet der ikke er tale om oplysninger vedrørende kundeforhold eller tredjemænd, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Dette er også et forhold, Finanstilsynet ikke har omtalt og derfor, som jeg ser det, heller ikke vurderet. Det er naturligvis ikke korrekt.

Kernen i den pågældende sag, der som bekendt føres mod ledelsen i K, er, at K burde have haft enten en fuld eller begrænset tilladelse i henhold til lov om betalingstjenester. K ville således have været omfattet af § 354, stk. 5, hvis K havde handlet i overensstemmelse med lov om betalingstjenester.

Det må enten være sådan, at oplysningerne for en virksomhed, der ikke har ansøgt om tilladelsen, enten slet ikke er fortrolige i forhold til Finanstilsynet, eller også må undtagelsen i § 354, stk. 5 gælde.

Endnu en gang er Finanstilsynets indlæg til klagen utrolig generisk, og der tages ingenlunde konkret stilling til, hvorfor Finanstilsynet mener, at der ikke kan gives aktindsigt, herunder hvorfor oplysningerne er omfattet af tavshejspligten, og hvorfor man mener, at brevene er omfattet af tilsynsvirkomheden. Finanstilsynet anfører ingen steder, hverken i afslaget eller i det seneste indlæg, hvilke hensyn man søger at varetage ved at give afslag på aktindsigt, og ej heller hvem man søger at beskytte herved. Det bemærkes hertil, at der jo netop ikke er nogle parter at beskytte i den pågældende situation – herunder bl.a. fordi K er gået konkurs, men særligt fordi beskyttelsen bør være af K's kunder, og nu kreditorer, i relation til den manglende overholdelse af lov om betalingstjenester. Jeg gør derfor også her gældende, at afslaget er i strid med god forvaltningsskik som følge af den manglende konkrete vurdering.

På denne baggrund anser jeg begrundelsen for afslaget på aktindsigt i "Alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester" som fejlagtig, og givet på et forkert både juridisk, men mindst skriftligt faktuet grundlag.

Der er således intet hensyn, der taler imod aktindsigt, andet end eventuelt Finanstilsynets ønske om at undgå yderligere belysning af sagen, hvilket naturligvis ikke er et sagligt argument.

Jeg anmoder derfor om, at Erhvervsankenævnet primært omgør Finanstilsynets afslag på aktindsigt i "Alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester" og sekundært hjemviser anmodningen til Finanstilsynet med pålæg om fornyet behandling, og denne i overensstemmelse med forvaltningsretlige regler.
I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 8. marts 2017 udtalt:

"...

Sagsfremstilling


Ved mail af 29. november 2016 (Bilag …) anmodede klager herefter om "aktindsigt i alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester".


Ved mail af 5. januar 2017 (Bilag …) rettede klager henvendelse til Finanstilsynet med fornyet aktindsigtsanmodning i samme dokumenter, som anført ved klagers mail af 29. november 2016.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 16. januar 2017 (Bilag …), at Finanstilsynet fastholdt afgørelse af 2. december 2016. Derudover orienterede Finanstilsynet klager om, at der ikke i korrespondancen mellem Finanstilsynet og K er flere breve, som kan anses for at have karakter af generel information vedrørende lov om betalingstjenester.


I klagen anfører klager følgende: "For det første søges der aktindsigt i udgående breve, dvs. breve sendt fra Finanstilsynet. Der er efter det oplyste ikke tale om egentlig korrespondance mellem K og Finanstilsynet, og der søges heller ikke indtil videre aktindsigt i materiale, som K måtte have sendt til Finanstilsynet – alene i breve sendt fra Finanstilsynet til K." Klager henviser i den forbindelse bl.a. til § 354, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed. Endelig anmoder klager om, at Erhvervsankenævnet primært omgør Finanstilsynets afslag på aktindsigt og sekundært hjemviser anmodningen til Finanstilsynet med pålæg om fornyet behandling.

1. Retligt grundlag
Lov om offentlighed i forvaltningen
§ 7 i lov om offentlighed i forvaltningen indeholder bestemmelser om den generelle ret til aktindsigt i den offentlige forvaltning. Af stk. 1 og 2 fremgår:

"§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.
Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser
1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og
2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter."

Retten til aktindsigt efter lov om offentlighed i forvaltningen begrænses bl.a. af lovens § 35, der har følgende ordlyd:

"§ 35. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv."

Lov om betalingstjenester og elektroniske penge
I henhold til § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt en særlig tavshedspligt. § 92 henviser til § 354 i lov om finansiel virksomhed angående Finanstilsynets ansattes tavshedspligt ved følgende ordlyd:

"92. §§ 354 og 356 i lov om finansiel virksomhed om finanstilsynets tavshedspligt, om forbuddet mod, at Finanstilsynets medarbejdere har anden be-skæftigelse eller deltager i spekulationsforretninger, og om Finanstilsynets direktors engagementer eller sikkerhedsstillelser finder med de nødvendige tilpasninger anvendelse på denne lov. § 354 i lov om finansiel virksomhed finder dog kun anvendelse på oplysninger i sager omfattet af kapitel 2, 3 og 3 a."

Lov om finansiel virksomhed
I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt en særlig tavshedspligt. Af stk. 1, 1. og 3. pkt., fremgår følgende:

"§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden, og fortrolige oplysninger, som de får kendskab til fra Finansiel Stabilitet. [...] Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør."

Følgende fremgår af bemærkningerne til § 354, stk. 1 [Lovforslag nr. L 64 af 27. oktober 2004, jf. lovforslag nr. L 91 af 12. december 2008 (de specielle bemærkninger)]:
§ 354, stk. 2-15, i lov om finansielt virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten i henhold til stk. 1. Af stk. 5 fremgår det at:

"§354, stk. 5. Fortrolige oplysninger kan videregives under en civil retssag, når en finansielt virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden."

2. Finanstilsynets vurdering

God forvaltningsskik


Aktindsigt i henhold til lov om offentlighed i forvaltningen

Som nævnt i afsnit 2 begrænser § 35 i lov om offentlighed i forvaltningen pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til vællevigningens er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

Efter § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Det følger således af § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt er forpligtet til at hemmeligholde oplysninger, som de får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

Dette omfatter også oplysninger om Finanstilsynets undersøgelser og over-
vejelser i forhold til virksomheder, hvor det skal afklares, om disse skal under tilsyn af Finanstilsynet.

Finanstilsynet har vurderet, at de dokumenter, der er søgt aktindsigt i, er en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed underlagt den særlige tavshedspligt. Der er således ikke tale om dokumenter med karakter af generel information.

Klager har i klagen henvist til § 354, stk. 5, i lov om finansiell virksomhed, hvormed Finanstilsynet kan videregive oplysninger under en civil retssag, når en finansiell virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Som anført i Finanstilsynets udtalelse af 31. oktober 2016 til Erhvervsankenævnet vil dette i forhold til lov om betalingstjenester og elektroniske penge betyde, at der skal være tale om et betalingsinstitut eller e-pengeinstitut eller en virksomhed med begrænset tilladelse til udbud af betalingstjenester eller udstedelse af elektroniske penge, som enten er erklæret konkurs eller trådt i likvidation. Da K ikke har haft tilladelse fra Finanstilsynet til at drive nogle af disse fire typer af virksomheder, kan Finanstilsynet ikke udlevere dokumenter i medfør af undtagelsen i § 354, stk. 5.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at undtagelsen i § 354, stk. 5, alene vedrører virksomheder, der er undergivet tilsyn af Finanstilsynet. Stk. 1 vedrører derimod oplysninger både om virksomheder, der er under tilsyn af Finanstilsynet, men tillige oplysninger om Finanstilsynets undersøgelser og overvejelser i forhold til virksomheder, hvor det skal afklares, om disse skal under tilsyn af Finanstilsynet. Stk. 1 vil således tillige omfatte en situation, hvor resultatet bliver, at en virksomhed ikke underlægges tilsyn, mens en sådan situation ikke er omfattet af stk. 5.

…”

Ved skrivelse af 14. marts 2017 har advokat A yderligere anført:

”…

Indledningsvist svarede Finanstilsynet undvigende og uden at det blev klart om der var sådanne skrivelser. Dette er blevet noget mere klart efter Finanstilsynets fortsatte afvisning dateret den 16. januar 2017. Her har Finanstilsynet oplyst at der ikke er andre skrivelser end den, som Finanstilsynet i november 2016 blev pålagt at udlevere af generel orienterende karakter. Det fremgår således nu – noget forsinket - at der ikke er yderligere breve til K vedrørende lov om betalingstjenester, som kan anses for at have karakter af generel information.

I medfør af den manglende afvisning af at der eksisterer anden korrespondance, må det lægges til grund at der eksisterer sådanne andre breve eller korrespondance og såfremt det ikke var klart at jeg begærte aktindsigt i sådanne breve/korrespondance tidligere, er det hermed slået fast at jeg begæ-
rer sådan aktindsigt. Begøringen om aktindsigt gælder således både skrivelses til og fra Finanstilsynet i forbindelse med K.

Det må også have stået klart for Finanstilsynet, som forsøger at argumentere for hvorfor aktindsigt i en sådan mere individuel korrespondance ikke bør tillades. Jeg skal senere komme tilbage til, hvorfor Finanstilsynets argumentation ikke er holdbar.

Indledningsvist er det væsentligt at påpege at jeg repræsenterer Ks kreditorer, der har mistet millionbeløb som følge af Ks konkurs i juni …

Kreditorerne er i færd med at få adgang til dokumenter, der befinder sig hos Ks kuratorer (der er både en svensk og en dansk kurator). Hovedkurator er det svenske advokatfirma C, der har tilladt mig adgang til de papirer, der er i C’s varetægt, ligesom det forventes at C giver tilladelse til adgang til de papirer, der befinder sig hos den danske kurator Lett samt hos K’s E i Danmark og i Sverige.

Kurator har allerede udleveret mere end 40 bestyrelsesmøderreferater i K i perioden mellem 20.. og 20.. Af disse fremgår der intet om en eventuel korrespondance med Finanstilsynet.

Det kommer derfor som en overraskelse at der angiveligt eksisterer en sådan korrespondance.

Under hensyntagen til at kurator allerede i rigt mål har udleveret materiale i betydeligt omfang, herunder materiale, der under normale omstændigheder ville være fortroligt og under hensyntagen til at materialet kan have afgørende betydning i en sag om millioner mellem ledelsen og kreditorerne, fastholder det at der er al mulig grund til at meddele undertegnede aktindsigt i korrespondancen mellem Finanstilsynet og K.

Finanstilsynet har igen ligesom ved seneste påklage over Finanstilsynet i denne sag ikke på nogen måde konkret begrundet baggrunden for nægtelsen af aktindsigt.

Dette er i sig selv en årsag til at afslaget om aktindsigt ikke er korrekt.

Herudover er Finanstilsynets svar af 8. marts 2017 gennemsyret af en total mangel på forståelse for basale regler om aktindsigt.

Finanstilsynet henviser til sit synspunkt i skrivelse dateret 31. oktober 2016 om at K ikke var omfattet af lov om betalingstjenester, hvorfor undtagelsesbestemmelsen i § 354, stk. 5 ikke kan finde anvendelse.

Der er en lang række grunde til at Finanstilsynets synspunkt er fuldstændig uden nogen form for vægt.

For det første er argumentet allerede en gang – og med god grund – blevet underkendt en gang af Erhvervsankenævnet.
For det andet virker det besynderligt at Finanstilsynet henviser til sin fortrolighedspligt i § 354, stk. 1 og samtidig uden yderligere valid begrundelse udelukker at bestemmelsen i samme paragrafs stk. 5 er anvendelig.

For det tredje er en begrundelse om at K ikke har haft tilladelse til at drive finansiell virksomhed og at dette forhold udelukker anvendelse af Lov om Finansiell virksomhed, kendetegnende for Finanstilsynets totale mangel på forståelse for denne sag. Det kan da aldrig være et afgørende forhold om et selskab konkret havde modtaget tilladelse til at drive de i lov om betalingsstjenester angivne former for virksomhed. Det afgørende var om K skulle have haft en sådan tilladelse, hvilket efter min opfattelse klart var tilfældet.

For det fjerde fremgår det af Finanstilsynets egen skrivelse af 4. september 2009, som Finanstilsynet først udleverede efter at være tvunget til udelæggelse af Erhvervssankenævnet, at Finanstilsynet tilskrev K omkring indførelse af lov om betalingsstjenester. Det er da ikke harmonerende med at Finanstilsynet har en holdning om at Lov om Finansiell Virksomhed ikke var gældende for K.

For det femte må konsekvensen af Finanstilsynets argumentation så være at de almindelige regler om offentlighed i forvaltningen gælder, hvorfor korrespondancen skal udelægges.

Igen er Finanstilsynets position ikke konkret begrundet. Der er intet som helst konkret holdepunkt for Finanstilsynets holdning. Allerede af denne grund er afgørelsen ikke gyldig.

Herudover kan anføres at Finanstilsynet helt bevidst har prøvet at undgå at forklare hvilken form for korrespondance, der har været tale om. Bare datering og en generel omtale af dokumentationen ville være af hjælp for kreditorerne, men ikke engang dette har Finanstilsynet villet oplyse. Finanstilsynet har ikke foreslået at anonymisere eventuelle fortrolige oplysninger, hvilket formentligt kunne have været tilstrækkeligt i denne sag.

Finanstilsynet fremhæver igen at det er hensynet til K’s kunder, der bevirker afslaget om aktindsigt. Der er ingen som helst underbygning af at aktindsigt for de tabslidende kreditorer ville kompromittere hensynet til K’s kunder, da der ikke er nogen som helst indikation af at den relevante korrespondance indeholder nogen som helst information om K’s kunder. Det er simpelthen ikke acceptabelt at en offentlig myndighed uden nogen som helst form for forklaring forsøger at undgå aktindsigt med henvisning til nogle generelle – konkret komplet ikke dokumenterede eller sandsynliggjorte – hensyn.

Endvidere gør jeg opmærksom på at tavshedspligten – selv i Finanstilsynet – ikke er absolut, hvilket nylig højesteretspraksis så tydeligt viser. I vidt omfang er de samme hensyn til stede i denne sag som i de sager, som for nylig har foreligget til afgørelse for Højesteret.

Der henvises særligt til Højesterets kendelse af 9. februar 2017 i Højesterets sag 218/2016, hvor "Det var af afgørende betydning for sagen, at tav-
hedsbelagte kundeoplysninger blev fremlagt i ikke anonymiseret form, og hensynet til tavshedspligten måtte vige for hensynet til sagens oplysning." jfr. Følgende link:

http://www.hoejesteret.dk/hoejesteret/nyheder/Afgorelser/Pages/Oplysninger_rejanonymiseret.aspx

samt

Højesterets kendelse i sagen 204/2016, der kom til et lignende resultat ud fra de samme betragtninger.

Under hensyntagen til niveauet af argumentation fra Finanstilsynets side, kan undertegnede ikke undslå sig fra en fornemmelse af at der er andre grunde til Finanstilsynets holdning. Uden at have belæg for det, kunne man forestille sig at baggrunden er at Finanstilsynet ønsker at dølge sin manglende kompetence i forbindelse med tilsyn af K. Det kan objektivt konstateres at K allerede inden implementeringen af Lov om Betalingstjenester i november 2009 var på Finanstilsynets liste over virksomheder, der skulle have et brev om loven.

Alligevel blev K ikke omfattet af tilsyn – så vidt sagen er oplyst på nuværende tidspunkt – i en periode på næsten 5 år derefter og dette på trods af at det er klart at K udøvede virksomhed, der var omfattet af Lov om Betalingstjenester. Det kan i denne forbindelse nævnes at det er uomtvistet i sagen mellem ledelsen og kreditorerne (som en af de meget få ting disse parter ikke er uenige om) at K er omfattet af Lov om Betalingstjenester og at K derfor skulle have haft tilladelse i medfør af Lov om Betalingstjenester, men at K ikke havde opnået sådan begrænset eller fuld tilladelse. Det er i retssagen omtvistet mellem parterne om K skulle have haft en fuld eller en begrænset tilladelse og det har indtil videre ikke været muligt at afklare dette på grund af manglende information, herunder fra Finanstilsynets side. Det er ikke en diskussion uden betydning, da det af Lov om Betalingstjenester fremgår at der er pligt, hvis man skulle have en fuld tilladelse, til at have kreditorernes midler separerede, hvilket ikke er sket.

På denne baggrund er det ikke umiddelbart oplagt, hvilken baggrund, der var for korrespondance mellem K og Finanstilsynet. Der er dog intet, som tyder på at der ligger beskyttelsesværdige hensyn i forhold til aktindsigt, bag denne korrespondance.

Derimod tyder det på at Finanstilsynet, der gang på gang er blevet underkendt i de seneste måneder, ikke har forstået reglerne om aktindsigt i tilstrækkeligt omfang.

…

Ankenævnet udtaler:

Erhvervsankenævnet bemærker indledningsvis, at Finanstilsynet ikke kan anses for –
hverken som følge af manglende begrundelse eller af andre grunde – ikke at have overholdt god forvaltningsskik.

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksamhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

I henhold til § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansielle virksomheder, har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

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

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

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

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

…

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

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

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

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

…”

Erhvervsankenævnet er til nævnets fortrolige gennemgang fra Finanstilsynet blevet forelagt materiale vedrørende spørgsmålet om sagens genstand, ”anmodningen om aktindsigt i alle øvrige breve som Finanstilsynet måtte have sendt til K i relation til lov om betalingstjenester”.

På det foreliggende grundlag og som sagen foreligger oplyst, tiltræder ankenævnet
Finanstilsynets afslag på anmodningen om aktindsigt, under henvisning til Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til lov om finansiel virksomhed § 344 og den der-af følgende skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1.

Ankenævnet bemærker i den forbindelse, at undtagelsesbestemmelsen i § 354, stk. 5, om, at fortrolige oplysninger under nærmere anførte betingelser kan videregives under en civil retssag efter sin ordlyd ikke finder anvendelse i den for Erhvervsanke- nævnet verserende sag.

19) Kendelse af den 18. april 2017 (J.nr. 17/00696)
Anmodning om aktindsigt efter offentlighedsloven ikke imødekommet.
Lov om betalingstjenester og elektroniske penge §§ 86 og 92.
Lov om finansiel virksomhed §§ 344 og 354.
(Arne Nabe Poulsen, Lone Møller og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I den påklagede afgørelse af 28. februar 2017 fra Finanstilsynet hedder det:

"Afgørelse vedrørende anmodning om aktindsigt

Finanstilsynet har den 19. februar 2017 modtaget din anmodning om aktindsigt, hvor du anfører følgende: ”Ved nærværende anmoder jeg om akt- & registerindsigt i den godkendelse, som Finanstilsynet har meddelt cvr nr.: …, cvr nr.: … og cvr nr.: …”

Finanstilsynet har forstået din anmodning således, at du ønsker aktindsigt i dokumenter, der gik i disse virksomheders eventuelle ansøgninger om tilladelse i henhold til lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

1. Afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme anmodningen om aktindsigt.

2. Retligt grundlag

Offentlighedsloven
§ 7 i lov om offentlighed i forvaltningen (herefter offentlighedsloven) indeholder bestemmelser om den generelle ret til aktindsigt i den officielle forvaltning. Af stk. 1 og 2 fremgår: ”§ 7. Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende
den pågældende sags dokumenter.


Stk. 2. Stk. 1 gælder også i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt i dokumenter og oplysninger, som indgår i sager, der er undtaget fra aktindsigt efter §§ 19-21."

Retten til aktindsigt efter offentlighedsloven begrænser bl.a. af lovens § 35, der har følgende ordlyd: "§ 35. Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Forvaltningsloven


Lov om betalingstjenester og elektroniske penge

I henhold til § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge (herefter BEL) er Finanstilsynets ansatte underlagt tavshedspligten anført i § 354 i lov om finansiel virksomhed (herefter FIL). Af § 92 i BEL fremgår: "§ 92. §§ 354 og 356 i lov om finansiel virksomhed om Finanstilsynets tavshedspligt, om forbuddet mod, at Finanstilsynets medarbejdere har anden beskæftigelse eller deltager i spekulationsforretninger, og om Finanstilsynets direktors engagementer eller sikkerhedsstillelser finder med de nødvendige tilpasninger anvendelse på denne lov. § 354 i lov om finansiel virksomhed finder dog kun anvendelse på oplysninger i sager omfattet af kapitel 2, 3 og 3 a."


§ 95 i BEL indeholder bestemmelser om, hvem der kan anses som part i forhold til Finanstilsynet. Af bestemmelsen fremgår: "§ 95. Som part i forhold til Finanstilsynet anses alene de af § 2 omfattede virksomheder, som Finanstilsynets afgørelse truffet i medfør af denne lov eller regler udstedt i medfør af loven retter sig mod, jf. dog stk. 2 Stk. 2. Som part i forhold til Finanstilsynet, for så vidt angår den del af sagen, som vedrører den pågældende, anses desuden følgende:

i) Den, der udbyder betalingstjenester uden tilladelse, jf. § 2."
2) En virksomhed eller en person, som ansøger om tilladelse til at udbryde betalingstjenester, jf. § 7 eller § 37.

3) Et medlem af en virksomheds bestyrelse eller direktion eller den eller de personer i virksomheden, der er ansvarlige for at yde betalingstjenester, når tilsynet nægter en virksomhed tilladelse til at udvæle virksomhed som betalingsinstitut eller virksomhed med begrænset tilladelse til udbud af betalingstjenester eller inddrager en sådan tilladelse, jf. § 90.

4) En fysisk eller juridisk person, som Finanstilsynet kræver oplysninger af til afgørelse af, om denne er omfattet af bestemmelserne i denne lov, jf. § 87.

Lov om finansielt virksomhed

I henhold til § 354 i FIL er Finanstilsynets ansatte m.v. underlagt en særlig tavshedspligt. Af stk. 1, 1. og 3. pkt., fremgår følgende: "§ 354. Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152 e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden, og fortrolige oplysninger, som de får kendskab til fra Finansiel Stabilitet. [...] Dette gælder også efter ansættelses- eller kontraktforholdets ophør."


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

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

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en give sag, må de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. [...] Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansielt virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er
offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

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

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiel virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfølger hervis, samt undersøgelsers efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsatning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin regulatoringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. [...] Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænser Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parters rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiel virksomhed § 355.” [Den dagældende § 14, 1, pkt., i offentlighedsloven svarer til den gældende § 35 i offentlighedsloven].

§ 354, stk. 2-15, i lov om finansiel virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten i henhold til stk. 1.

3. Begrundelse

Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven

Det fremgår af § 7, stk. 1 i offentlighedsloven, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

§ 35, i offentlighedsloven begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivningen er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I henhold til § 92, i BEL, der henviser til § 354, stk. 1, 1. pkt., i FIL, er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Det følger således af § 92, i BEL og § 354, stk. 1, 1. pkt., i FIL, at Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt er forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn, jf. bl.a. forarbejderne til § 354 i afsnit 3 ovenfor. Det overordnede hensyn er Finans-
tilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 92, i BEL, jf. § 354, stk. 1 i FIL, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

Finanstilsynets tavshedspligt er som ovenfor anført en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til de almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 7, stk. 2, jf. § 35.

Finanstilsynet har overvejet, om der er grundlag for at meddele aktindsigt ud fra et princip om meroffentlighed, jf. § 14, stk.1, 1. pkt., i offentlighedsloven.

Det fremgår dog af § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, at der ikke kan gives aktindsigt i videre omfang, hvis dette ville være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Som anført ovenfor, vurderer Finanstilsynet, at oplysningerne i sagen er underlagt tavshedspligten i § 92, i BEL, jf. § 354, stk. 1, i FIL, hvorfor det ikke er muligt, at give meraktindsigt, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

Med henvisning til det ovenfor anførte kan der ikke gives aktindsigt efter §§ 7 eller 14 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. § 92 i BEL, jf. § 354 i FIL.

_Aktindsigt i henhold til forvaltningsloven_

Det følger af § 9, stk. 1 i forvaltningsloven, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. I modsætning til offentlighedsloven begrænser pligten til at give aktindsigt som udgangspunkt ikke af bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, jf. § 9, stk. 5, i forvaltningsloven.

Det fremgår af § 95, stk. 1 i BEL, at partsstatus i lovens forstand kun kan tildeles de i § 2 anførte virksomheder, samt virksomheder og personer, der ansøger om tilladelse, jf. § 7 eller § 37, i BEL, og fysisk eller juridiske personer som Finanstilsynet kræver oplysninger af til afgørelse af, om denne er omfattet af BEL, jf. § 87. Det er i anmodningen ikke godtgjort, at du er omfattet af partsstatus, jf. § 95, i BEL. Det vurderes således, at du ikke er part, jf. § 95, i BEL. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at der ikke kan gives aktindsigt i henhold til forvaltningsloven.
4. Konklusion

Med henvisning til ovenstående bemærkninger kan Finanstilsynet ikke imødekomme anmodningen om aktindsigt.

K anførte i skrivelse af 7. marts 2017 følgende til Finanstilsynet:

"...Venligst henviser jeg til Deres skrivelse af den … 2017, idet jeg bemærker, at Deres afvisning af min anmodning om aktindsigt afvises.

Jeg fastholder, at jeg er Part i sagen, hvorfor De skal behandle min ansøgning om aktindsigt som bestemt efter Forvaltningsloven.

Mit krav i h t Forvaltningsloven er fremsat per d.d. ...."

Den 21. marts skrev K følgende til Finanstilsynet:

"... jeg skal endnu en gang over for dig præcisere, at du skal træffe en afgørelse om, at du nægter at gå frem efter forvaltningsloven.”

I anledning af klagen har Finanstilsynet i en redegørelse af 30. marts 2017 udtalt:

1. ”... Sagsfremstilling

Ved e-mail af 19. februar 2017 (bilag …) modtog Finanstilsynet følgende anmodning fra K: "Ved nærværende anmoder jeg om akt- & registerindsigt i den godkendelse, som Finanstilsynet har meddelt cvr nr.: ..., cvr nr.: ... og cvr nr.: ..."

Finanstilsynet forstod anmodningen således, at K dermed ansøgte om aktindsigt i dokumenter, der indgik i disse virksomheders eventuelle ansøgninger om tilladelse, i henhold til lov om betalingstjenester og elektroniske penge.

Ved afgørelse af 28. februar 2017 gav Finanstilsynet afslag på anmodning om aktindsigt (bilag …). Afslaget var begrundet i, at de dokumenter, som K søgte aktindsigt i, indgik som en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og dermed var underlagt den særlige tavshedsplicht, jf. § 92, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansielt virksomhed.

Ved e-mail modtaget af Finanstilsynet den 21. marts 2017 fastholdt K (heretter klager), at Finanstilsynet skulle behandle klager som part i henhold til Forvaltningsloven, hvilket Finanstilsynet vælger at anse for at være en klage over Finanstilsynets afslag på aktindsigt (bilag ....).
2. Retligt grundlag

...

3. Finanstilsynets vurdering

* Aktindsigt i henhold til offentlighedsloven *

Det fremgår af § 7, stk. 1 i offentlighedsloven, at enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumerter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

§ 35, i offentlighedsloven begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivningen er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I henhold til § 92, i BEL, der henviser til § 354, stk. 1, 1. pkt., i FIL, er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt. Det følger således af § 92, i BEL og § 354, stk. 1, 1. pkt., i FIL, at Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt er forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn, jf. bl.a. forarbejderne til § 354 i afsnit 3 ovenfor. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med de finansielle virksomheder. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 92, i BEL, jf. § 354, stk. 1 i FIL, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er fortrolige.

Finanstilsynets tavshedspligt er som ovenfor anført en særlig vidtgående tavshedspligt, og adgangen til aktindsigt er således begrænset i forhold til de almindelige regler, jf. offentlighedslovens § 7, stk. 2, jf. § 35.

Finanstilsynet har overvejet, om der er grundlag for at meddele aktindsigt ud fra et princip om meroffentlighed, jf. § 14, stk.1, 1. pkt., i offentlighedsloven.

Det fremgår dog af § 14, stk. 1, 2. pkt., i offentlighedsloven, at der ikke kan gives aktindsigt i videre omfang, hvis dette ville være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Som anført ovenfor, vurderer Finanstilsynet, at oplysningerne i sagen er un-
derlagt tavshedspligten i § 92, i BEL, jf. § 354, stk. 1, i FIL, hvorfor det ikke er muligt, at give meraktindsigt, jf. § 14, stk. 1, i offentlighedsloven.

Med henvisning til det ovenfor anførte kan der ikke gives aktindsigt efter §§ 7 eller 14 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. § 92 i BEL, jf. § 354 i FIL.

**Aktindsigt i henhold til forvaltningsloven**

Det følger af § 9, stk. 1 i forvaltningsloven, at den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter. I modsætning til offentlighedsloven begrænser pligten til at give aktindsigt som udgangspunkt ikke af bestemmelser om tavshedspligt for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, jf. § 9, stk. 5, i forvaltningsloven.

Det fremgår af § 95, stk. 1 i BEL, at partsstatus i lovens forstand kun kan tildeles de i § 2 anførte virksomheder, samt virksomheder og personer, der ansøger om tilladelse, jf. § 7 eller § 37, i BEL, og fysisk eller juridiske personer som Finanstilsynet kræver oplysninger af til afgørelse af, om denne er omfattet af BEL, jf. § 87.

Det er i anmodningen ikke godtgjort, at klageren er omfattet af partsstatus, jf. § 95, i BEL. Det vurderes således, at klageren ikke er part, jf. § 95, i BEL. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at der ikke kan gives aktindsigt i henhold til forvaltningsloven.

**4. Konklusion**


…

K har ved skrivelse af 2. april 2017 yderligere bemærket:

”… Venligst henviser jeg til Deres e-mail-skrivelse af den … 2017, og bemærker indledningsvis til Deres orientering følgende:

Undertegnede er i h. t. LBK 107 af 30/01/2013, § 1, stk. 1 indehaver af en tilladelse (Tilladelse …) til taxikørsel og er derfor i h. t. Lovens § 10, stk. 1 - og i h. t. BEK 405 af 08/05/2012, § 17 pligtig til at tilsvare en forholdsældig andel af de med etableringen og driften af kontoret forbundne og driftens belastninger og udgifter. Det er ikke tilladt at være tilsluttet flere bestillingskontorer i samme kommun. Ved overgang til andet bestillingskontor skal tilladelsesindehaveren inden 14 dage oplyse kommunalbe-
styrelsen herom samt aflevere dokumentation for optagelse i det nye bestillingskontor.


Min Overenskomst med det bestillingskontor, som jeg er tilsluttet, ”Bestillingskontoret Taxa 4x35” af den 30/04/2005 er vedlagt, jf.:

A: Overenskomsten taler i stk. 3 om ”tilslutning til Taxa´s Kontoring”, hvilket KUN kan være ”. cvr 74151213, Foreningen Taxa 4x35 Kontoring”. Cvr 74151213 er i h. t. LBK nr 653 af 15/06/2006 registreret i cvr-registeret, se i kopi vedlagde udskrift af d. d., hvoraf fremgår, at cvr 74151213 er momsregistreret, MEN at der ikke foreligger nogen oplysninger om cvr 74151213’s aktivitet, ledelse, revisor, regnskabsafslæggelse, statusopgørelse, eller andet.

B: Overenskomsten taler endvidere i stk. 3 om min ”pligt til at modtage betaling .. med betalingsmidler, udstedt af de kreditkortselskaber, Taxa’s Kontoring (cvr ...) har truffet aftaler med….”, hvilket yderligere i h. t. Bestillingskontorets Vedtægter af 10/06/2015, Punkt 8.1 specificeres som betalinger hvor ”…kørslen foreløbig betales ved et midlertidigt betalingsmiddel udstedt af Taxa 4x35’s Kontoring (cvr ...), som er en i h. til Lovgivningen registreret betalingstjeneste. Med kunderne er det aftalt, at opkørsel ALENENE foretages i Taxa 4x35 Kontoring’s (cvr ’s) navn.”

Overenskomsten taler altså ikke om sædvanlige kreditkort, ihændehavet af personer, som ikke har forud aftalt, kontraktmæssig kredit (Til Deres orientering vedlegger jeg kopi af en sådan ”taxibon”, modtaget af mig som betaling den 01/04/2017 for en kort taxitur ) i relation til kunderelation til Bestillingskontoret Taxa 4x35 og altså slet ikke om debetkort (e. g. Dankort) under nogen som helst omstændigheder.

”Bestillingskontoret Taxa 4x35” er i grov strid mod LBK nr 653 af 15/06/2006 IKKE CVR-Registreret, se vedlagte udskrift af cvr-registeret af d. d.

”Bestillingskontoret Taxa 4x35” kan KUN identificeres ved én af tilsynsmyndigheden, Taxinævnet i Region Hovedstaden Godkendt, Ansvarlig Led, men ”Bestillingskontoret Taxa 4x35” eksisterer således ikke som juri-disk person i h. t. Erhvervstyrelsen.

Hvis en kunde kører med en taxi fra ”Bestillingskontoret Taxa 4x35” (som altså ikke er cvr-registeret) og betaler med et sædvanligt kontokort eller med et debetkort - altså med et betalingsmiddel, som IKKE er omfattet af forud trufne kreditaftaler med cvr … - så kreditieres kundens betaling til ”cvr …, Foreningen Taxa 4x35” (se vedlagte notaer af 31/03/2017, Dankort; af 20/03/2017, American Express; og af 30/03/2017, Mastercard), hvilket klart
viser, at cvr … i strid med LBK 107 af 30/01/2013 driver taxikørselvirk-
somhed, hvilken virksomhed i h. t. Loven KUN kan udøves af fysiske per-
soner, jf. Lovens § 3.

Men hvad er den juridiske person ”cvr …, Foreningen Taxa 4x35…”?

Af i kopi vedlagte udskrift af cvr-registeret af d.d. ses, at cvr … i h. t. LBK
nr 653 af 15/06/2006 ER registreret i cvr-registeret. Af udskriften af d. d.,
fremgår, at cvr … er momsregistreret, MEN at der ikke foreligger nogen op-
lysninger om cvr …’s aktivitet, ledelse, revisor, regnskabsaflæggelse, sta-
tusopgørelse, eller andet.

Hvorledes kan:

1) Finanstilsynet have godkendt, at cvr … er en registreret betalingstje-
neste, når cvr … intet regnskab m.v. fremlægger, jf. det ovennævnte, at cvr … de facto er en ”Tom skotojsæske fyldt med varm luft”.

2) Hvorledes kan Finanstilsynet have tillagt cvr … tilladelse til at mod-
tage betalinger fra kunder via andre kreditkort og eller debetkort, når cvr …
ikke lovligt kan udøve taxikørselvirksomhed – eller skulle nærværende
spørgsmål måske snarere rettelig være rettet til SKAT, jf. Skattekontrollo-
ven, hvorfor SKAT til orierntering og til videre foranstaltning modtager
kopi af nærværende med bilag.

3) Det er således klart at cvr … ligeledes de facto også er en ”Tom sko-
tøjssæske fyldt med varm luft”.

Når jeg så endelig modtager min betaling for en af de ovenomtalte korsels-
opgaver, da modtager jeg min betaling fra ”cvr …, Sammenslutningen …,
Forening med begrænset Ansvær”, som også er momsregistreret, se vedlagte
udskrift af cvr-registeret af d. d. Her ses sædvanlige oplysninger om ledelse,
tegningsret, revisor, årsregnskaber m. v.

Se ligeledes i kopi vedlagte: BankNordic A/S, ”Meddelelse om Overførsel”
av 29/11/2016.

1 Men jeg har intet at gøre med cvr …, hvor jeg ikke er medlem.

Til Deres- og til Finanstilsynets orientering kan jeg oplyse, at i dag er højast
8 % af omsætningen betalt i kontanter. Et typisk til hyrekørsel anvendt au-
tomobil omsætter ca. tkr. 1.000 p.a., og ca. 700 automobiler er tilsluttet ”Be-
stillingskontoret Taxa 4x35”, hvoraf fremgår, at cirka tkr. 644.000 passerer
det finansielle – og komplet uigennemskuelige – system i ”cvr …”, hvorfra
beløbet på lige så uigennemskuelig vis kanaliseres til ”cvr …”.

Ingen af de to nævnte foreninger, hverken ”cvr …” eller ”cvr …” er hjemlet
ved LBK 107 af 30/01/2013 og/eller ved BEK 405 af 08/05/2012.

Henset til det ovenanført dokumenterede bliver jeg ubetinget part i enhver
sag omkring enhver finansiel transaktion i "Bestillingskontoret Taxa 4x35", i "cvr …", i "cvr …" og i "…” og jeg bemærker herhos, at det er komplett uigennemskueligt, hvad eller hvem "cvr …" og "cvr …" er, jf. venligst Justitsministeriets Vejledning nr. 11740 af den 04/12/1986 (Vejledning til Forvaltningsloven), Punkt 51, jf. Pkt. 52.

Kopi af nærværende svarskrift er til orientering Finanstilsynet tilstillet. Såfremt Tilsynet måtte ønske at anbringe en replik, da forbeholder jeg mig retten til at anbringe en duplik.

Endvidere modtager Skat, Att.: Skattekontrollsektionen i h. t. Skattekontrolloven kopi af nærværende til orientering og til videre kontrolforanstaltning.

Alle yderligere anbringeender og påstande er forbeholdt.

…”


**Ankenævnet udtaler:**

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

Det fremgår af § 95, stk. 1 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, at partsstatus i lovens forstand kun kan tildeles de i § 2 anførte virksomheder, samt virksomheder og personer, der ansøger om tilladelse, jf. § 7 eller § 37, i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, og fysisk eller juridiske personer som Finanstilsynet kræver oplysninger af til afgørelse af, om denne er omfattet af loven, jf. § 87.

Ud fra de i sagen foreliggende oplysninger ses klager ikke at være omfattet af den i § 95 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge opregnede personkreds. Klager har således ikke partsstatus, hvorfor der ikke kan meddeles aktindsigt efter forvaltningsloven.

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2, kan enhver med de undtagelser, der er
nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedsplist fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lovbemærkningerne til § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

"Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, 1. pkt., begrænser pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedsplist fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedsplist« er de tavshedsplistbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedsplist med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de tavshedsplistbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller henviser til de almindelige tavshedsplistbestemmelser i straffeloven og forvaltningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedsplistbestemmelse i det enkelte tilfælde skal henregnes til de særlige tavshedsplistbestemmelser, vil bero på en fortolkning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmelSENS ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedsplisten er fastsat på baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedsplist« omfatter også tavshedsplistforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-retsakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedsplistforskrifter i andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedsplistbestemmelse, er, at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet aktindsigt efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er omfattet af en særlig tavshedsplistbestemmelse, vil myndigheden skulle meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedsplistbestemmelse den konsekvens, at forvaltningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroffentlighed, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der tilsigtes beskyttet ved tavshedsplisten."

I henhold til § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, jf. § 354, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedsplist med hensyn til fortroli-
ge oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bemærkningerne i lovforslaget (L 64 af 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår blandt andet:

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

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

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

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

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

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kationer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.
Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansielt virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

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

…”

Efter § 354, stk. 2-15 i lov om finansielt virksomhed, jf. § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge modifieres tavshedspligten efter § 354, stk. 1.

Da genstanden for aktindsigtsanmodningen - ”den godkendelse, som Finanstilsynet har meddelt cvr.nr.: …, cvr.nr.: … og cvr.nr.: …” - angår en del af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed og indgår i Finanstilsynets tilsynsforpligtelse i henhold til lov om finansielt virksomhed § 344 sammenholdt med § 86 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, og således er omfattet Finanstilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lov om finansielt virksomheds § 354, stk. 1, jf. § 92 i lov om betalingstjenester og elektroniske penge, tiltræder Erhvervsankenævnet, at klager ikke er meddelt aktindsigt efter offentlighedsloven. Det bemærkes herved, at adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 ikke gælder, såfremt det vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. lovens § 14, stk. 1, 2. pkt.

20) Kendelse af den 1. november 2017 (J.nr. 17/01555)
Anmodning om aktindsigt ikke imødekommet, da der forelå skærpet tavshedspligt.
Forvaltningslovens § 9 og offentlighedslovens §§ 7 og 35
Lov om finansiel virksomhed §§ 354 og 355.
(Lise Høgh, Lone Møller og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2017 anføres det:

"…
Afgørelse
Finanstilsynet kan ikke imødekomme Deres anmodning om aktindsigt.

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

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

Derfor skal Deres anmodning behandles efter lov om offentlighed i forvaltningen.

Det fremgår af § 7, stk. 1, i denne lov, at enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.
Ifølge § 35 i loven er forholdet til lovbestemt tavshedspligt imidlertid følgende: "Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser ser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.”

Efter § 354, stk. 1, 1. pkt., i lov om finansielle virksomheder er Finanstilsynets ansatte som udgangspunkt forpligtigede til at hemmeligholde oplysninger, som de gennem deres virksomhed bliver viden om.

Den særlige tavshedspligt er begrundet i en række konkrete hensyn. Det overordnede hensyn er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Del er afgørende, at virksomhederne kan videregive oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særlig vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som tilsynet skønner nødvendige.

Udgangspunktet er således, at alle oplysninger om forholdene i konkrete virksomheder under tilsyn, er undergivet tavshedspligt og dermed undtaget fra den almindelige adgang til aktindsigt. Kun i det omfang, hvor pågældende kan anses for at være i part i tilsynssagen, vil der efter forvaltningslovens regler være adgang til aktindsigt.

Det følger herefter af § 7, stk. 2, i lov om offentlighed i forvaltningen, sammenholdt med § 354, stk. 1, 1. pkt. i lov om finansielle virksomheder, at De ikke har mulighed for at få den ønskede aktindsigt.

I forlængelse af Deres henvendelse har Finanstilsynet overvejet, om der er andre relevante dokumenter, som De kan få aktindsigt i jf. § 14 i lov om offentlighed i forvaltningen. Dette er imidlertid ikke tilfældet.

Ved klageskrivelse af samme dato har K klaget over Finanstilsynets afgørelse.

Finanstilsynet har i medføl af § 37, stk. 2, i lov om offentlighed i forvaltningen, jf. § 372, stk. 1, i lov om finansielle virksomheder indbragt klagen over Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet, og har i den forbindelse i en udtalelse af 25. september 2017 over sagens retlige og faktiske omstændigheder anført:

"…

Klage over afslag på aktindsigt
Finanstilsynet skal hermed fremkomme med sin udtalelse i anledningen af K's klage af 15. september 2017, over Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2017 om afslag på anmodning om aktindsigt i Finanstilsynets behandling af selskabets underretning om B til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet i henhold til lov om hvidvask."
1. Sagsfremstilling

Ved afgørelse af 15. september 2017 gav Finanstilsynet afslag på anmodningen om aktindsigt (bilag ... ). Afslaget var begrundet i, at K ikke kunne anses for at have partsstatus i forhold til Finanstilsynets tilsyn med B, og at oplysningerne i sagen var omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

K har herefter ved mail af 15. september 2015 påklaget Finanstilsynets afslag på aktindsigt (bilag ... ).

2. Retligt grundlag
Forvaltningslovens § 9 indeholder bestemmelser om parters ret til aktindsigt i afgørelsessager. Af bestemmelsens stk. 1 fremgår:

"Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagsen dokumenter."

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 355, hvem som kan anses som part i forhold til Finanstilsynet. Af bestemmelsens stk. 1, fremgår følgende:


Af bemærkninger til § 355, stk. 1. i lov om finansiel virksomhed (§ 354 i lovforslag L 176 af 12. marts 2003) fremgår følgende:

"Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i for-

Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parters adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne. Det fremgår bl.a. af ombudsmandens praksis, at det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb fortolkes bredt, jf. FOB 1987 64, hvor ombudsmanden tillagde Indlånerforeningen i 6. juli Banken partstatus i forhold til tilsynets sag om anmeldelse af betalingsstandsning. Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. Dog kan kunder, der klager over, at en finansiell virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den del af sagen, jf. bemærkningerne til stk. 4. ligeså vil aktionærer i en finansiell virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed."

Bestemmelsens stk. 2-4 indeholder en udtømmende opregning over hvem, der derudover kan ses for at være part.

Ifølge § 7 i offentlighedsloven kan enhver, med de undtagelser der fremgår af §§ 19-35 i offentlighedsloven, anmode om aktindsigt. § 7, stk. 1 og 2, har således følgende ordlyd:

"Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og
2) indførelser i journaler, registre og andre fortægelser vedrørende den pågældende sags dokumenter."

I henhold til § 354 i lov om finansiell virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af bestemmelsens stk. 1, 1.-3. pkt., fremgår følgende:

"Finanstilsynets ansatte er under ansvar efter straffelovens §§ 152-152e forpligtet til at hemmeligholde fortrolige oplysninger, som de får kendskab til gennem tilsyns- og afviklingsvirksomheden, og fortrolige
oplysninger, som de får kendskab til fra Finansiel Stabilitet. Det samme gælder personer, der udfører serviceopgaver som led i Finanstilsynets drift, samt eksperter, der handler på tilsynets vegne.”

Følgende fremgår af bemærkninger til stk. 1 (L 64 af 27. oktober 2004):

…

Bestemmelsen i § 354, stk. 2-15, i lov om finansiel virksomhed præciserer og modificerer tavshedspligten i henhold til stk. 1.

3. Finanstilsynets vurdering

I medføl af forvaltningslovens § 9 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.

Lov om finansiel virksomhed § 355 indeholder bestemmelser om, hvem der kan anses som part i forhold til Finanstilsynets afgørelser og indeholder således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.

Sagen, som K gerne vil have aktindsigt i, vedrører eventuelle informationer om B, som Finanstilsynet har modtaget som led i Finanstilsynets tilsyns-virksomhed med banken.

Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen og administrationen i en finansiel virksomhed kan betragtes som repræsentanter for parten og har dermed afledt de samme rettigheder som virksomheden. K kan således ikke anses som part i sagen efter § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det Finanstilsynets vurdering, at K heller ikke er omfattet af den udtømmende opregning i § 355, stk. 2-4, i lov om finansiel virksomhed over, hvem der udover de i § 355, stk. 1, nævnte virksomheder tillige anses som part.

Det er på baggrund af ovenstående Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan anses som part i den konkrete sag i henhold til § 355 i lov om finansiel virksomhed.

K kan dermed ikke få aktindsigt i medfør af § 9 i forvaltningsloven.

Anmodningen om aktindsigt skal herefter behandles i henhold til lov om offentlighed i forvaltningen. Udgangspunktet efter § 7, stk. 1, i offentlighedsloven er, at enhver har ret til aktindsigt i dokumenter, der er indgået til en forvaltningsmyndighed som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed. En undtagelse til dette udgangspunkt følger af § 35 i offentlighedsloven, der begrænser pligten til at meddele aktindsigt i de tilfælde, hvor der i henhold til særlovgivning er fastsat særlige regler om tavshedspligt.

I medfør af lov om finansiel virksomhed § 354 er Finanstilsynets ansatte underlagt en sådan særlig tavshedspligt, hvorfor muligheden for at meddele aktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af offentlighedsloven er be-
grænset heraf.

Det afgørende er således, om oplysninger i sagen er omfattet af særlig tavshedspligt i lov om finansiell virksomhed § 354.

Tavshedspligtens efter § 354, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed omfatter fortrolige oplysninger, som Finanstilsynets ansatte får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige.

Det overordnede hensyn bag den særlige tavshedspligt er Finanstilsynets mulighed for at føre et effektivt tilsyn med virksomhederne. Det er afgørende, at virksomhederne kan videregive fortrolige oplysninger til Finanstilsynet i sikker forvisning om, at oplysningerne ikke videregives. Dette er særligt vigtigt set i sammenhæng med, at Finanstilsynet har hjemmel til at kræve alle oplysninger, som Finanstilsynet skønner nødvendige, udleveret. For at Finanstilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må de finansielle virksomheder og kunderne således kunne nære tillid til, at Finanstilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger. Et andet hensyn bag tavshedspligten er et ønske af konkurrencemæssige årsager at beskytte de finansielle virksomheders forretningsforhold.

Ved afgørelsen af, om der er tale om fortrolige oplysninger omfattet af tavshedspligten i henhold til § 354, stk. 1, i lov om finansiell virksomhed, er udgangspunktet, at alle oplysninger, som Finanstilsynet får kendskab til gennem sin tilsynsvirksomhed, og som ikke er beregnet til at komme til offentlighedens kendskab, er omfattet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at sagen, som K anmoder om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynet og dermed af tavshedspligten i lov om finansiell virksomhed § 354.

Finanstilsynet har på denne baggrund vurderet, at der heller ikke kan gives aktindsigt efter § 7 i offentlighedsloven, jf. lovens § 35, jf. lov om finansiell virksomhed § 354.

4. Konklusion
På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at K ikke kan anses som part i medfør af § 355 i lov om finansiell virksomhed. Der kan således ikke meddeles aktindsigt i sagen efter forvaltningslovens § 9.

Endvidere er det Finanstilsynets opfattelse, at den sag som K anmoder om aktindsigt i, er omfattet af Finanstilsynets særlige tavshedspligt i henhold til § 354 i lov om finansiell virksomhed. Finanstilsynet kan derfor ikke meddele aktindsigt i sagen efter offentlighedlovens § 7, jf. lovens § 35, jf. lov om finansiell virksomhed § 354.

På denne baggrund fastholder Finanstilsynet sin afgørelse af 15. september 2017, hvorefter der ikke er adgang til aktindsigt i de ønskede oplysninger.
Klager er ikke efter fristens udløb fremkommet med supplerende indlæg i sagen.

Ankenævnet udtaler:

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

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

Da klager - som den underretende interessent over for Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet (SØIK) - ikke kan anses for part i forhold til Finanstilsynets afgørelse i sagen, og da klager ikke ses omfattet af den udtømmende opregning over parter i øvrigt, jf. lov om finansiell virksomhed § 355, stk. 2, er klager ikke part, hvorfor der ikke kan gives aktindsigt efter forvaltningslovens § 9.

Ifølge offentlighedslovens § 7, stk. 1 og stk. 2 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 19-35, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Pligten til at meddele oplysninger er, jf. lovens § 35, begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Af lovbemærkningerne til § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:
"Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, l. pkt., begrænser pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedspligt med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller henviser til de almindelige tavshedspligtbestemmelser i straffeloven og forvaltningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedspligtbestemmelse i det enkelte tilfælde skal henregnes til de særlige tavshedspligtbestemmelser, vil bero på en fortolkning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmelsens ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedspligten er fastsat på baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« omfatter også tavshedspligtforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-retsakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedspligtforskrifter i andre EU-retsakter eller i folketrigte traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedspligtbestemmelse, er, at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet aktindsigt efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er omfattet af en særlig tavshedspligtbestemmelse, vil myndigheden skulle meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedspligtbestemmelse den konsekvens, at forvaltningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroffentlighed, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der tilsigtes beskyttet ved tavshedspligten."

Som oplyst fremgår det i henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet har tavshedspligt med hensyn til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Det anføres i lovforslagets bemærkninger (Lovforslag nr. 64 af 27. oktober 2004), at:

"Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed. Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse
dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

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

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

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

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

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

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

Det tiltrædes, at klager ikke er meddelt aktindsigt som anmodet. Ankenævnet lægger herved til grund, at Finanstilsynets behandling af sagen om klagers underretning i henhold til lov om hvidvask, er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. lov om finansiel virksomhed, og dermed tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1.

Ankenævnet bemærker, at begrænsninger i klagers partsstatus ikke er til hinder for, at Finanstilsynet kan underrette klager om sagens udfald i det omfang, dette er af direkte og væsentlig interesse for klager, jf. § 355, stk. 7, i lov om finansiel virksomhed.

4.5. Årsregnskabsloven

21) Kendelse af den 18. maj 2017 (J.nr. 2016-14309)
Afslag på anmodning om fritagelse for afgift grundet ikke rettidig årsrapport
(Gert Fisker Tomczyk, Kirsten Aaskov Mikkelsen og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 30. januar 2017 anført blandt andet:

"Sagens faktiske omstændigheder
Styrelsen meddelte samtidig, at såfremt årsrapporten blev modtaget senere, ville hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse blive pålagt en afgift for overskrivelse af indsendelsesfristen i medhørt af lovens §§ 150-152.

Styrelsen meddelte endvidere, at hvis årsrapporten ikke blev modtaget senest den 6. juli 2016, ville styrelsen uden yderligere varsel anmode skiferet-ten om at tvangsopløse virksomheden, jf. lovens § 150, stk. 3.

Da årsrapporten fortsat ikke var modtaget, anmodede styrelsen den 22. august 2016 Sø- og Handelsrettes Skifteretsafdeling om at tvangsopløse virksomheden.

genoptagelse af virksomheden i overensstemmelse med selskabsloven.


Det hedder i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 24. november 2016:

"…

Afgift som følge af for sen modtagelse af årsrapport for K, for 2015.

Erhvervsstyrelsen har modtaget din henvendelse den 21. september 2016, hvor du anmoder om at ledelsen bliver fritaget for den afgift, der er blevet pålagt jer, fordi vi har modtaget selskabets årsrapport for sent.

Du begrunder din anmodning om fritagelse med, at der var fejl i styrelsens indberetningsløsning, du anfører ydermere, at hverken ledelse eller direktion i selskabet har modtaget påkravsskrivelsen.

Afgørelse
Vi kan ikke fritage jer for den pålagte afgift.

Begrundelse


Ifølge årsregnskabslovens § 8, stk. 2, har selskabets ledelsesmedlemmer hver for sig et ansvar for, at årsrapporten er udarbejdet, så der er tid til eventuel revision, godkendelse og indsendelse mv. inden for lovens tidsfrister.
Selskabets ledelsesmedlemmer har således et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne i årsregnskabslovens § 138, stk. 1. overholdes.

Betingelserne for at blive fritaget for afgift står i årsregnskabslovens § 152, stk. 1. Her står, at styrelsen kun under ganske særlige omstændigheder kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift.

Du beskriver i klagen, at selskabet ikke har modtaget påkravsbrevet. Efter nærmere undersøgelse kan styrelsen konstatere, at påkravsbrevet er fremsendt til selskabets digitale postkasse. Styrelsen opfylder derved lov om offentlig digital posts § 10 hvorefter meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post, anses for at være kommet frem på det tidspunkt meddelelsen er tilgængelig for adressaten i vedkommende digitale postkasse. Adressaten bærer således risikoen ved ikke at gøre sig bekendt med indholdet af post i vedkommendes digitale postkasse.

Ifølge årsregnskabslovens § 152, stk. 2 fritager det ikke i sig selv et ledelsesmedlem for ansvar, at det ansvarspligte forhold er begået af virksomhedens ansatte, rådgivere eller lignende, herunder revisor. Hvis du mener, at jeres revisor er skyld i forsinkelsen, må du afklare sagen med ham eller hende, hvilket fremgår klart af lovbemærkningerne til § 152.

Da der ikke er dokumenteret ganske særlige omstændigheder, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfritagelse, fastholder vi den pålagte afgift.

Hvis du kan fremsende dokumentation for, at der har været fejl i styrelsens indberetningsløsning fx i form af fejlkode eller screen dump kan sagen revalideres.

I opfordres derfor til at fremskaffe den fornødne dokumentation, der kan dokumentere fejlen i indberetningsløsningen senest inden 4 uger fra dags dato, således at styrelsen har dokumentationen i hænde senest tirsdag den 22. december 2016 ....

I klageskrivelse af 21. december 2016 har statsautoriseret revisor K anført:

”... 

Vi skal, på vegne af bestyrelsen i ovenstående selskab, herved klage over vedhæftede afgørelse fra Erhvervsstyrelsen i relation til afgift vedr. for sen modtagelse af årsrapporten for regnskabsåret 2015.

De argumenter, der er fremført i den oprindelige klage til Erhvervsstyrelsen, gentages i sin helhed. Det må således fastholdes, at når bestyrelsen pålægges en bøde, følger det af almindelige retssikkerhedsmæssige forhold. at myndigheden som et minimum orienterer bestyrelsen om problemstillingen, hvad Erhvervsstyrelsen udmærket kunne have gjort, jf. at Erhvervsstyrelsen efterfølgende godt kunne finde ud af at kommunikere bøden direkte til det
enkelte bestyrelsesmedlem.

For så vidt angår Erhvervsstyrelsens påkravsbrev af 8. juni 2016, gøres der opmærksom på, at det ikke er påkravsbrevets tekst, der kommer frem, når brevet åbnes i den elektroniske postkasse.

I forbindelse med overgivelse af selskabet til tvangsopløsning, sker der rutinemæssigt spærring af adgangen til den digitale postkasse. Selskabets personale har ikke gentimeligt udskrifter eller skærmpprint af den tekst, der er kommet frem, da beskeden oprindeligt er blevet læst, men de oplyser, at det på intet tidspunkt har været påkravsbrevets faktiske indhold, der er kommet frem ved læsning af brevet. Der må generelt være en tiltro til, at den kommunikation, som myndighederne fremsender via den digitale post, kommer til modtagers kendskab i korrekt form.

Efter at tvangsoplossningen er trukket tilbage, er der sket genåbning af adgang til den digitale postkasse. Når brevet af 8. juni herefter printes direkte fra e-boks, er det således en senere ændring i selskabets registreringsforhold, der vises på udskriften. Skønt dokumentation fremsendes kopi af udskrift modtaget fra selskabet.


At Erhvervsstyrelsen vælger at kommunikerer via et system styrelsen udmærket er klar over indeholder betydelige fejl og usikkerhed i forhold til korrekt kommunikation for modtageren af så væsentlig information, herunder at Erhvervsstyrelsen opfordrer til kommunikation via ikke sikker forbindelse, må ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt tillige tale for, at de pålagte afgifter vedr. for sen indsendelse af regnskaber frafaldes.

..."

I fornævnte skrivelse af 30. januar 2017 har Erhvervsstyrelsen om sagens retslige omstændigheder udtalt:

"Sagens retlige omstændigheder
Ifølge årsregnskabslovens § 138, stk. 1, skal virksomhedens årsrapport være modtaget i styrelsen senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning. Da virksomhedens årsrapport ikke var modtaget inden udløbet af denne frist, sendte styrelsen den 8. juni 2016 et påkrav til virksomhedens øverste ledelse..."
i medfør af årsregnskabslovens § 150, stk. 1.


Af lovens § 10 fremgår det, at meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post, anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen. Det fremgår ligeledes af bemærkningerne til § 10, at en meddelelse kan anses for at være kommet frem, når den har en placering i postløsningen, hvorfra adressaten skal fremkalde den, og den digitale postløsning fungerer. Det er som udgangspunkt uden betydning, om eller hvornår adressaten rent faktisk gør sig bekendt med indholdet af meddelelsen, dvs. om meddelelsen er kommet frem til adressatens kundskab.

Ifølge årsregnskabslovens § 8, stk. 2, har selskabets ledelsesmedlemmer hver for sig et ansvar for, at årsrapporten er udsendt, godkendt og indsendt mv. inden for lovens tidsfrister.

Selskabets ledelse har således et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.


Betingelserne for at blive fritaget for afgift står i årsregnskabslovens § 152, stk. 1. Her står, at styrelsen kun under ganske særlige omstændigheder kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af afgift. Det er dog en forudsætning, at den pågældende konkret kan dokumentere over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen mv., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges den pågældende til last.

**Styrelsens udtalelse**

Bestemmelsen er udtryk for, at det er af stor betydning, at årsrapporterne modtages rettidigt i styrelsen, og ikke mindst af hensyn til regnskabsbrugerne er det vigtigt, at oplysningerne i de offentliggjorte årsrapporter er aktuelle. Pålæggelse af afgift til den øverste ansvarlige ledelse på grund af for sen indberetning af årsrapport skal tilskynde virksomhedsledelserne til at prioritere regnskabsaflæggelsen højt. Der påhviler derfor virksomhedens ledelsesmedlemmer et selvstændigt ansvar for, at indsendelsesfristerne overholdes.


Klager anfører videre i samme skrivelse, at hverken direktionen eller bestyrelsen har modtaget styrelsens påkravsskrivelse og således heller ikke været orienteret om den manglende indberetning af årsrapporten før virksomheden blev oversendt til tvangsopløsning.

I samme skrivelse oplyser klager, at de enkelte ledelsesmedlemmer har modtaget de pålagte afgifter via eBoks A/S.


Klager oplyser endvidere, at indholdet af påkravsbrevet ikke var i en læsbar form, da virksomhedens personale oprindelig havde læst brevet.

Klager oplyser videre, at der efter genåbning af eBoks A/S [Note: Når tvangsopløsning af virksomheden er tilbagetrukket på baggrund af anmodning om genoptagelse i overensstemmelse med selskabsloven] når påkravsbrevet printes direkte fra eBoks A/S er en meddelelse om ændring i selskabs registreringsforhold der vises.

Som anført i styrelsens afgørelse af 24. november 2016 til klager kan styrelsen med efterstående konstatere, at påkravsbrevet er fremsendt fejlfrit til virksomhedens digitale postkasse.


Det må efter styrelsens vurdering lægges til grund, at styrelsens påkravsbrev af er kommet frem til virksomhedens øverste ledelse, idet den er afsendt til virksomhedens digitale postkasse. Brevet er i overensstemmelse med bestemmelsen i lovens § 150, stk. I sendt til virksomhedens digitale postkasse på virksomhedens adresse (her den digitale postkasse). Det kan derfor efter styrelsens vurdering ikke lægges til grund, at virksomhedens ledelse ikke har
modtaget det pågældende brev.

Som tidligere anført, er det adressaten som bærer risikoen for ikke at gøre sig bekendt med indholdet af post i den digitale postkasse. Det er styrelsens vurdering, at det således er adressatens ansvar at opsøge support m.m. til afhjælpen, såfremt virksomheden oplever forkert visning af post i virksomhedens digitale postkasse.


Styrelsen vil gerne gøre opmærksom på, at påkravsbrev i henhold til lovens § 150 sendes til virksomhedens digital postkasse, og pålæggelse af afgift i medhør af lovens § 151 sendes separat til hvert enkelt ledelsesmedlems personlige digitale postkasse.

Det er således styrelsens vurdering, at der ikke er oplyst ganske særlige omstændigheder i henhold til lovens § 152, stk. 1, som kan begrunde hel eller delvis afgiftsfragnetelse, og styrelsen fastholder derfor de pålagte afgifter.

…

Ved skrivelse af 27. februar 2017 har A yderligere bemærket:

Indledningsvist fastholdes de anbringender, der er fremført i såvel den oprindelige klage til Erhvervsstyrelsen samt i brev af 21. december 2016 til Erhvervsankenævnet.

Herudover bemærkes særskilt, at Erhvervsstyrelsen i redegørelse af 30. januar 2017 ikke reelt forholder sig til læsbarheden af det påkravsbrev, der er fremsendt efterårsregnskabslovens § 150, stk. 1. Erhvervsstyrelsen anfører i brevet, at:

"Det er styrelsens vurdering, at det således er adressatens ansvar at opsøge support m.m. til afhjælpen, såfremt virksomheden oplever forkert visning af post i virksomhedens digitale postkasse”.

Styrelsens vurdering forekommer betænkelig. Modtageren af digital post har selvsagt ingen chance for at tage højde for systemfejl i kommunikationsløsningen. Som tidligere anført, må virksomheder som modtager af digital post have en tiltro til, at den modtagne kommunikation via digital post også viser den korrekte tekst ved åbning af brevet i den digitale postkasse. Dette understøttes også af styrelsen egen redegørelse, hvor det anføres:

"Det fremgår ligeledes af bemærkningerne til § 10, at den meddelelse kan anses for at være kommet frem, når den har en placering i
postløsningen, hvoraf adressaten skal fremkalde den, og den digitale postløsning fungerer” (min fremhævning).


Netop henset til at Erhvervsstyrelsen egne medarbejdere er klar over, at kommunikationen via den digitale postkasse ikke fremkaldes korrekt hos modtageren og sågar anbefaler videresendelse til egen mailadresse, udgør efter vores vurdering en særlig omstændighed, der bør medføre at de pålagte af gifter frafalde.

…".

Ankenævnet udtaler:

Det fremgår af årsregnskabslovens § 8, stk. 2, 4. pkt., at hvert enkelt medlem af det øverste ledelsesorgan har ansvar for, at årsrapporten indsendes til Erhvervsstyrelsen inden for de i årsregnskabsloven fastsatte frister.

Af årsregnskabslovens § 150, stk. 1, 1. pkt., følger det, at hvis årsrapport eller undtagelseserklæring ikke er modtaget i Erhvervsstyrelsen, når fristen i § 138, stk. 1, 2. pkt., er udløbet, sender styrelsen et brev med påkrav til virksomhedens øverste ledelse på virksomhedens adresse med anmodning om at indsende virksomhedens årsrapport eller undtagelseserklæring. Ifølge stk. 2 skal angives en frist i påkravsbrevet på 8 hverdage fra brevets datering til indsendelse af årsrapport og efter § 151 pålægger Erhvervsstyrelsen hvert medlem af virksomhedens øverste ledelse en afgift, hvis årsrapporten eller undtagelseserklæringen ikke er modtaget efter udløbet af fristen på 8 hverdage fra påkravsbrevets datering.

Skrivelsen blev fremsendt til selskabets digitale postkasse.

Klagerne gør til støtte for klagen gældende, at der ikke skete rettidig indberetning af årsrapporten på grund af fejl i indberetningsløsningen, at hverken direktionen eller bestyrelsen har modtaget styrelsens påkravsbrev, at det ikke er påkravsbrevets tekst, der kommer frem, når brevet åbnes i den digitale postkasse, og at indholdet af påkravsbrevet ikke var i en læsbar form, da virksomhedens personale oprindelig havde læst brevet.


Meddelelser, der sendes under anvendelse af Offentlig Digital Post anses for at være kommet frem på det tidspunkt, hvor meddelelsen er tilgængelig for adressaten i postløsningen, jf. § 10, nr. 1, i lov om Offentlig Digital Post.

Det anføres i årsregnskabslovens § 152, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen under ganske særlige omstændigheder helt eller delvis kan fritage et ledelsesmedlem for betaling af en af gift, hvis den pågældende kan godtgøre over for styrelsen, at han eller hun har søgt at fremme indsendelsen m.v., og at forsinkelsen derfor ikke kan lægges vedkommende til last.

Som anført af Erhvervsstyrelsen er det adressatens ansvar at opsøge it-support til afhjælpning af problemet, såfremt virksomheden oplever forkert visning af post i virksomhedens digitale postkasse.

Virksomheden har uanset styrelsens opfordring herom ikke indsendt dokumentation i form af fejlkode eller lignende for den oplevede fejlmeldelse i den digitale indberetningsløsning.

Herefter og da der i øvrigt ikke er anført ganske særlige omstændigheder, der kan
begrunde hel eller delvis fritagelse for betaling af afgift, jf. årsregnskabslovens § 152, tiltræder ankenævnet de ved Erhvervsstyrelsens skrivelse af 9. september og 12. oktober 2016 pålagte afgifter, hvorved bemærkes, at det følger af lovens § 151, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen pålægger hvert medlem af virksomhedens øverste ansvarlige ledelse afgiften.
22) Kendelse af den 30. august 2017 (J.nr. 17/00340)
Betingelserne for fravalg af revision var ikke opfyldt.
Årsregnskabslovens §§ 10 a, 135, 161 og 138.

(Gert Fisker Tomczyk, Niels Walther-Rasmussen og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse dateret 5. januar 2017 hedder det:

"Vedrørende årsrapport for 2015 for K-CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med en stikprøveundersøgelse i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, gennemgået selskabets årsrapport for 2015

Gennemgangen har vist, at selskabet ikke opfylder betingelserne for at fravælge revision, jf. årsregnskabslovens § 10 a.

Afgørelse

Begrundelse
Den ovenfor nævnte gennemgang har vist, at selskabet ikke opfylder kravet i årsregnskabslovens § 10 a, da det ikke fremgår af årsrapporten for 2014, at selskabet har fravalgt revision for 2015 og fremefter. Selskaber opfylder derved ikke betingelserne for at fravælge revision efter årsregnskabslovens § 135.

Formålet med årsregnskabslovens § 10 a er, at regnskabsbrugeren skal være bekendt med, om et selskabs kommende årsrapporter bliver aflagt uden revision af en godkendt revisor.

Fravalg af revision af selskabets kommende årsrapporter
Hvis selskabet ønsker at fravælge revision for de kommende år skal styrelsen gøre opmærksom på følgende:
• Generalforsamlingens beslutning om fravalg af revision skal ske på en ordinær generalforsamling med virkning for det kommende regnskabsår.

• Generalforsamlingens beslutning om fravalg af revision for de kommende år, skal fremgå (i tilknytning til ledelsespåtagningen eller evt. ledelsesberetning) af den årsrapporten som fremlægges og godkendes på den ordinære generalforsamling, hvor der træffes beslutning om fravalg af revision af kommende årsregnskaber, jf. årsregnskabslovens § 10 a. Det vil sige, at hvis revision fravælges for 2016 og fremefter, så skal dette være oplyst i årsrapporten for 2015.

• Ledelsen skal i ledelsespåtagningen på årsrapporten i de år, hvor undtagelsen benyttes, erklære, at virksomheden opfylder betingelserne for at undlade revision, jf. årsregnskabslovens § 9, stk. 4. Bestemmelsen er ved lov nr. 738 af 1. juni 2015 ændret/flyttet til § 9, stk. 6 og § 9 a.


For nærmere information vedrørende fravalg af revision henvises til styrelsens hjemmeside: www.erst.dk/fravalg_af_revision

Anmeldelse af revisor
Fordi selskabet er underlagt revisionspligt, har selskabet pligt til at have en revisor tilknyttet og anmelde dette til styrelsen i henhold til selskabsloven § 10.

…

Der blev den 2. februar 2017 afholdt møde mellem repræsentanter for K og Erhvervsstyrelsen.

Erhvervsstyrelsen fastholdt ved skrivelse af 2. februar 2017 afgørelsen med følgende begrundelse:

…


Da fristen for at indsende en berigtiget årsrapport for 2015 er d.d., har styrelsen dog besluttet, at oversendelsen af virksomheden til skifteretten først

I klageskrivelse af 5. februar 2017 har K anført:

”...

Vedlagt fremsendes afgørelse fra Erhvervsstyrelsen, den 2. februar 2017, som hermed påklages til Erhvervsankenævnet, Bilag ....

Vi skal anmode om, at klagen har opsættende virkning.

Baggrunden for klagen er at vi grundlæggende er uenige med Erhvervsstyrelsen i om selskabet er omfattet af revisionspligt eller ej.

Dette klagepunkt 1

Vi har ikke noget imod at lade selskabets regnskab for 2015 revidere, men vi skal have det nødvendige varsel og tid, selskabets kompleksitet taget i betragtning.

Dette er klagepunkt 2, og såfremt Erhvervsankenævnet måtte være enige heri, er vi villige til at fravige klagepunkt 1.

Ad Klagepunkt 1.

K opfylder betingelserne for fravalg af revision idet vi alene på balancestørrelse overskrider grænserne for revisionspligt. Omsætning og antal ansatte er i 2015 under grænseværdierne.

På selskabets ordinære generalforsamling den 28. oktober 2015, Bilag ... blev der truffet beslutning om fravalg af revision.

Ved en ekspeditionsfejl er der i Årsrapporten for 2014 ikke anført, at der er truffet beslutning om fravalg af revision for det kommende år, kopi af årsrapport vedlagt som Bilag ....

Selskabet har anmodet om omgørelse af Årsrapporten for 2014, Bilag ....

Ad Klagepunkt 2.

Selskabet har i Årsrapporten for 2015, Bilag ... anført, at betingelserne for fravalg af revision er opfyldt.

Betingelserne for fravalg af revision er fortsat tilstede, men Selskabet ønsker for 2016 at præsentere en årsrapport, der er revideret.
I forbindelse med dialogen med Erhvervsstyrelsen, som vedlægges i sin helhed, Bilag ..., anfører Styrelsen i mail af 25. januar at der i Årsrapporten ikke er fundet dokumentation for aktiver eller aktiviteter i Brasilien. Man skriver:


Der er på denne baggrund afholdt møde den 2. februar 2017 med Erhvervsstyrelsen, hvor det blev dokumenteret, at selskabets aktiver for en delvelkommende befinder sig i Berlin, men for langt hovedpartens vedkommende i Sao Paolo, Brasilien.

Herudover blev der overfor Styrelsen præsenteret to kontrakter indgået i K gruppen vedrørende aktiviteter i Brasilien og en kontrakt indgået i Schweiz vedrørende aktiviteter i Sri Lanka.

Der er derfor ingen tvivl om, at selskabets aktiviteter hovedsageligt ligger udenfor Danmarks grænser og at alle aktiver befinder sig udenfor landet.


Baseret på de faktiske forhold og på de faktiske dokumentationer, er Styrelsens udsagn direkte forkert. De faktiske forhold er, at der er aktiviteter og aktiver i Brasilien og i øvrigt andre steder udenfor landet. Dette er dokumenteret.

**Official maksimen**

Erhvervsstyrelsen er underlagt official princippet og det faktum, at man kan konkludere, at der ikke er fremlagt nye oplysninger kan ikke føre til anden konklusion end at Styrelsen ikke har opfyldt betingelserne efter official princippet forud for en afgørelse. Det betyder efter vor opfattelse og efter praksis, at afgørelsen er ugyldig.

**Afslutning**

Vi skal på denne baggrund anmode Erhvervsankenævnet behandle vor klage, og skal anmode om at klagen fremmes mest muligt af hensyn til risikoen for negative konsekvenser for selskabet.

Fra selskabets side deltager vi gerne i et møde og fremlægger gerne den nødvendige baggrund og dokumentation.
Det skal understreges, at det er lykkes at etablere et dansk selskab med udenlandsk ejerskab i en betydelig størrelse, og det er forventningen, at der vil ske en yderligere styrkelse af kapitalgrundlaget. Der er allerede indgået kontrakter, som dokumenteret overfor Erhvervsstyrelsen, i betydelig størrelsesorden og blandt andet med dokumenteret garanti fra Nationalbanken i Brasilien.

Som nævnt er det Selskabets ønske at præsentere et revideret 2016 regnskab, som forventes at foreligge i april måned, påsken taget i betragtning.

Revisor vil skulle foretage en revision af åbningsbalancen, så I praksis vil en revision af 2015 årsrapporten ikke give særlige merarbejder, uanset at selskabet grundlæggende ikke mener at være forpligtet.

Under alle omstændigheder skal vi anføre, at selskabet skal gives en rimelig frist, selskabets forhold, geografi, aktivernes størrelse og kompleksitet taget i betragtning, og skal bede Erhvervsankenævnet tage dette med i betragtning ud fra de oplyste omstændigheder, som gerne dokumenteres på et møde.

…”

I skrivelse af 16. februar 2017 har K uddybende anført:

"Klage over afgørelse fra Erhvervsstyrelsen torsdag den 2. Februar 2017, j.nr 17/00340

I forlængelse af den fremsendte klage dateret den 5. februar 2017 og Erhvervsankenævnets mail af 6. februar 2017, Bilag ... skal vi hermed supplere vor klage med yderligere to klagepunkter.

Klagepunkt 3
Erhvervsankenævnet har i mail af 6. februar 2017 angivet en tidsplan i forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om opsættende virkning.


Allerede den 7. februar 2017, det vil sige dagen efter modtagelsen af mail fra Erhvervsankenævnet og 7 dage før den fastsatte svarfrist sender Erhvervsstyrelsen selskabet til tvangsopløsning, Bilag ....

Ved at sende selskabet til tvangsopløsning allerede den 7. februar 2017, før- end Erhvervsankenævnet har udtalt sig om spørgsmålet om opsættende virkning, har Erhvervsstyrelsen reelt tilsidesat Erhvervsankenævnets kompetence og har effektivt umuliggjort at Erhvervsankenævnets afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning kunne falde ud til Klagerens fordel. Dette er efter Klagerens opfattelse stærk kritisabelt og har haft betydelig skadevirkning for Klageren.
Klagepunkt 3 er således tilsidesættelsen af tidsplanen og Erhvervsankenævnets kompetence, som vi skal bede Erhvervsankenævnet behandle og anmodede Erhvervsstyrelsen om at tilbagekalde oversendelsen til tvangsopløsning indtil Erhvervsankenævnet har realitetsbehandlet sagen.

**Klagepunkt 4**

Baseret på Erhvervsstyrelsens tilkendegivelse den 2. februar 2017, Bilag 1, har vi den 3. februar 2017 fremsendt en berigtiget årsrapport, Bilag ....

Erhvervsstyrelsen har i skrivelse af 7. februar 2017 fremsendt afslag på omgørelse af årsrapporten, Bilag ....

Efter selskabets opfattelse er betingelserne for omgørelse tilstede, både ud fra de almindelige retningslinjer for omgørelse, men også ud fra et væsentlighedssynspunkt, som vurderes at være tilstede.

Herudover har styrelsen efter selskabets opfattelse selv opfordret til en berigtigelse af selskabets forhold, hvilket må anses for opfyldt med fremsendelsen af en tilrettet årsrapport forud for Erhvervsstyrelsens fastsatte frister i øvrigt.

**Regnskabslæsers interesse og offentlig interesse**

Erhvervsstyrelsen har fremført, at regnskabsbrugerens interesse skal varetages og den offentlige interesse skal tilgodeses.

Disse synspunkter er vi grundlæggende ikke uenige i.

Situationen i K er imidlertid den, at der ikke er nogen gæld, udover anpartshaveren. Der er således ikke kreditorentilgørelse i selskabet.

Selskabet har i sine to første regnskabsår haft beskedne skattemæssige underskud og der er således ikke mellemværende med Skat. Der er ingen salgsaktivitet i selskabet og der er ingen momsregistrering, så der er heller ikke på dette område gæld til det offentlige.

Det er overordnet vanskeligt at se en hverken offentlig interesse eller en informationsværdi for regnskabslæser, idet der ikke i hverken 2014 eller i 2015 har været nogen form for driftsaktiviteter eller i øvrigt forpligtelser af nogen art.

Det almindelige princip er, at realia må gå forud for formalia.

**Afslutning**


Allerede nu kan vi dog bemærke, at der i skrivelsen anføres nye forhold, som ikke er blevet drøftet på mødet med Erhvervsstyrelsen.
Vore bemærkninger om manglende overholdelse af officialmaksimen skal derfor gentages.

Herudover er det uomtvisteligt, at der på mødet med Erhvervsstyrelsen blev dokumenteret, at selskabets aktiver er beliggende i Tyskland og i Brasilien og at gruppens aktiviteter i 2017 blev dokumenteret ved 2 store kontrakter i Brasilien og en stor kontrakt i Schweiz. Den ene kontrakt blev desuden suppleret med en skrivelse fra den Brasilianske nationalbank.

Vi skal derfor gentage vort hovedsynspunkt, nemlig at selskabet skal have den nødvendige tid til at indrette sig på fremsatte krav, uanset om de er fremsat berettiget eller uberettiget.

Tidsfristerne skal fastsættes efter forholdets natur, og en reel tidsfrist fra den 2. februar til den 6. februar kl. 10.00, hvor der er en weekend imellem, imødekommer på ingen måde hensynet til forholdets natur, som er dokumenteret at omfatte aktiver i både Tyskland og i Brasilien.

Vi er naturligvis til rådighed for yderligere praktiske informationer og dokumentationer i det omfang, der måtte være behov herfor.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 2. marts 2017 udtalt:

"...
Klager har den 16. februar 2017 fremsendt supplerende klageskrivelse samt bilag til Erhvervsankenævnet og styrelsen.

Jf. klageskrivelserne af henholdsvis 5. og 16. februar 2017 forstår styrelsen klagerne således, at klagepunkterne kan opdeles i følgende seks punkter:

1. Klager nedlægger primært påstand om, at virksomheden opfylder betingelserne for fravalg af revision. Klager anfører i denne forbindelse, at:
   • virksomheden ikke overskrider størrelsesgrænserne for fravalg af revision
   • der på selskabets ordinære generalforsamling den 28. oktober 2015, blev truffet beslutning om at fravælge revision
   • beslutningen om fravalg af revision for det kommende regnskabsår, "ved en ekspeditionsfejl", ikke blev anført i årsrapporten for 2014

2. Styrelsen forstår desuden klagen sådan, at klager nedlægger påstand om, at Erhvervsstyrelsens afgørelse er ugyldig, da Erhvervsstyrelsen efter klagers vurdering ikke har opfyldt officialprincippet, og at sagen således ikke var tilstrækkeligt oplyst, før styrelsen traf sin afgørelse.

3. Klager mener, at styrelsen har tilsidesat Erhvervsankenævnets kompetence ved at oversende virksomheden til tvangsoplossning den 7. februar 2017, førend Erhvervsankenævnet havde udtalt sig i spørgsmålet om opsættende virkning, og derved umuliggjort, at ankenævnets afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning kunne falde ud til klagers fordel. Dette er efter kla-
gers opfattelse stærkt kritisabelt og har haft betydelig skadevirkning for klagen.

4. Klager anmoder Erhvervsankenævnnet om at behandle og anmode styrelsen om at tilbagekalde tvangsopløsningen, indtil Erhvervsankenævnet har realitetsbehandlet sagen.


**Sagens faktiske omstændigheder**


Erhvervsstyrelsen har i henhold til årsregnskabslovens § 159, stk. 2, gennemgået årsrapporten.


På denne baggrund traf styrelsen den 5. januar 2017 afgørelse om, at virksomheden skulle indsende et berigtiget årsregnskab for 2015, der var revideret. Der blev givet en frit tid til fire uger, hvilket er styrelsens normale praksis i denne type sager.


Den 2. februar 2017 sendte styrelsen pr. mail.

B sendte derfor samme dag, den 26. januar 2017, mail til styrelsen, hvori han bekræftede, at det var aftalt at mødes i styrelsen, samt at virksomheden på mødet dels vil gennemgå noget af den dokumentation og de aftaler, som selskabet har i Brasilien, dels vil drøfte spørgsmålet om revision af årsrapporten for 2015. B skrev endvidere: "[ ... ]som vi grundlæggende ikke har noget imod bliver revideret, uanset om kravene for undladelse er opfyldt.” Samme dag blev det aftalt, at B skulle sende en mail om indholdet af telefonsamtalen samt forslag til mødetidspunkt for et eventuelt møde.

På mødet den 2. februar 2017 blev det oplyst, at virksomheden havde aktiviteter i udlandet. Det blev oplyst, at man som udgangspunkt ikke havde noget imod, at styrelsen fik kopier af det fremlagte, men at det ikke skete på det pågældende møde grundet frygt for anmodning om aktindsigt.


Som det fremgår af referatet, havde virksomheden endnu ikke valgt en revisor til trods for, at mødet blev afholdt samme dag som udløbet af fristen i styrelsens afgørelse af 5. januar 2017.

Styrelsen fandt ikke, at der blev fremlagt nye oplysninger, som ændrede vurderingen af afgørelsen om, at årsrapporten for 2015 skulle revideres. Efter mødet samme dag (den 2. februar 2017) sendte styrelsen derfor pr. mail


**Sagens retlige omstændigheder**

I henhold til hovedreglen i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, skal en virksomhed, der har pligt til at udarbejde årsrapport efter reglerne for regnskabsklasse B, C eller D, lade sit årsregnskab revidere af en godkendt revisor. En virksomhed, der er omfattet af regnskabsklasse B, kan dog undlade at lade sit årsregnskab revidere, hvis virksomheden i 2 på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider visse størrelsesgrænser.

Det følger dog samtidig af årsregnskabslovs § 10 a, stk. 1, at:

"Hvis årsregnskabet er revideret, skal det i tilknytning til ledelsespåtagningen, jf. § 9, oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 135, stk. 1, 3. pkt., har truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regn-

I henhold til årsregnskabslovens § 163, stk. 2, kan styrelsens afslag på anmodning om forlængelse af frister ikke indbringes for højere administrativ myndighed

I henhold til selskabslovens § 10, har selskaber, som er underlagt revisionspligt, pligt til at registrere selskabets revisor i Erhvervsstyrelsens it-system.


Styrelsens beslutning om at anmode skiftereten om at oplose et kapitalselskab kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed i henhold til selskabslovens § 371, stk. 2.

I henhold til indsendelsesbekendtgørelsen § 11, stk. 2, kan Erhvervsstyrelsen tillade, at en årsrapport, som er offentliggjort, omgøres, hvis offentliggørelsen af den nye årsrapport skønnes at være i regnskabsbrugerens interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold.

Dog følger det også af indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 3, at:

"En omgjort årsrapport, der modtages efter udløbet af det følgende regnskabsår, kan dog ikke offentliggøres i Erhvervsstyrelsen, medmindre omgørelsen er sket som følge af et krav fra styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, jf. §§ 159 og 159a."

Styrelsen vil endvidere gøre opmærksom på, at Erhvervsankenævnet i mindst to tidligere sager, hvor styrelsen har truffet lignende afgørelser vedrørende årsregnskabslovens § 10 a, har tiltrådt Erhvervsstyrelsens afgørelse, ved hhv.:

- Erhvervsankenævnets kendelse af 19. august 2011 (j.nr. 2011-0023581), samt
- Erhvervsankenævnets kendelse af 21. maj 2012 (j.nr.2011-0025370)
Ifølge officialprincippet har en offentlig forvaltningsmyndighed ansvar for at fremkaffe de fornødne oplysninger om en sag, eller i hvert fald for at sørge for at private, herunder sagens parter, medvirker til sagens oplysning. Det er med andre ord myndighedens ansvar, at sagsforberedelsen er forsvarlig, og at sagen er tilstrækkeligt og forsvarligt oplyst, inden myndigheden træffer afgørelse.

**Styrelsens udtalelse**


Styrelsens har således ikke i sin afgørelse forholdt sig til de i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, nævnte størrelsesgrænser for, hvornår en virksomhed har mulighed for at undlade at lade sin årsrapport revidere. Hvis en virksomhed ikke har overholdt kravet i årsregnskabslovens § 10 a, kan styrelsen pålægge virksomheden, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår skal være revideret, uanset om virksomheden opfylder størrelsesgrænserne for at kunne fravelge revision. Dette er helt i tråd med styrelsens faste praksis på området og er tidligere tiltrådt af Erhvervsankænoven, jf. de nævnte kendelser herom i afsnittet om sagens retlige omstændigheder.

Styrelsen vil i det følgende behandle de seks klagepunkter, som styrelsen har identificeret, jf. side 1 i denne skrivelse.

**Ad. 1) Klager nedlægger primært påstand om, at virksomheden opfylder betingelserne for fravalg af revision. Klager anfører i denne forbindelse, at:**

- virksomheden ikke overskrider størrelsesgrænserne for fravalg af revision
- er på selskabet ordinære generalforsamling den 28. oktober 2015, blev truffet beslutning om at fravelge revision
- beslutningen om fravalg af revision for det kommende regnskabsår, "ved en ekspeditionsfejl", ikke blev anført i årsrapporten for 2014

Styrelsen har pålagt virksomheden at indsende en revideret årsrapport for 2015, da virksomheden ikke opfylder alle betingelser for at kunne fravelge revision af årsrapporten for 2015.

Virksomheden har ikke opfyldt oplysningskravet, jf. årsregnskabslovens § 10 a, idet det ikke fremgår af årsrapporten for 2014, at der er truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.

Da virksomheden således ikke opfylder betingelserne for at fravelge revision af årsrapporten for 2015, er det indsendte, ureviderede årsregnskab ikke en behørigt efterårsregnskabslovens § 135.
Styrelsens afgørelse er således truffet på baggrund af, at virksomheden, ikke opfylder kravet i års regnskabslovens § 10 a. Det er i denne forbindelse uden betydning, om virksomheden i øvrigt opfylder størrelsesgrænserne i års-regnskabslovens § 135, stk. 1, og dermed lovligt kunne have fravalgt revisjon.


Nedenstående gennemgang af generalforsamlingerne i perioden oktober 2015 til ultimo maj 2016 er medtaget for at vise, at der næppe var tale om en ekspeditionsfejl i denne sag.


På dette tidspunkt var K under tvangsopløsning, da virksomheden ikke havde indsendt sin årsrapport for 2014 rettidigt.

Styrelsen har bemærket, at det af bilag 2 ikke fremgår, at det blev besluttet at genoptage virksomheden.

Styrelsen bemærker, at det fremgår af bilag 2, punkt 3, at virksomheden fravalgte revision for det kommende regnskabsår. Beslutningen om fravalg af revision er dermed ikke er sket på den generalforsamling, hvor årsrapporten for 2014 godkendes.

Styrelsen har derfor søgt i styrelsens IT-system og fundet en række dokumenter, herunder generalforsamlingsreferater og vedtægter, som styrelsen i det følgende vil gennemgå. Dokumenterne er vedlagt.


Af referat af den ekstraordinære generalforsamling dateret den 29. oktober 2015 fremgår det i:

- punkt 3, at som selskabets revisor vælges D
- punkt 5, at årsrapporten for 2014 godkendes
- punkt 7, at det besluttet at genoptage virksomheden
• punkt 8, vedtægterne ajourføres i overensstemmelse med vedlagte eksemplar

Af den ajourførte vedtægt dateret den 29. oktober 2015, fremgår følgende af punkt 7:

"Revisionen af selskabet regnskaber foretages af en af generalforsamlingen valgt registreret eller statsaut. revisor. Revisor vælges for et år ad gangen.”

Styrelsen kan dermed konstatere, at virksomheden - uanset hvad der skrives om fravalg af revision for det kommende regnskabsår i bilag 2 - på den efterfølgende ekstraordinære generalforsamling besluttede, at årsrapporten for 2015 skulle revideres.

Styrelsen bemærker, at det af punkt 3 af referatet for virksomhedens ekstraordinære generalforsamling dateret den 31. december 2015 (sag X16-AN-36-BY) fremgår, at det blev besluttet at ajourføre virksomhedens vedtægter. Af den ajourførte vedtægt af samme dato fremgår det af punkt 7, at virksomhedens regnskaber skal revideres.

Styrelsen bemærker, at det af punkt 3 i referatet af virksomhedens ordinære generalforsamling dateret den 31. maj 2016 (X 16-AZ-87-TF) fremgår:

"Idet ledelsen erklærede at betingelserne for at fravælge revision var opfyldt vedtog generalforsamlingen at fravælge revision.”

Det fremgår af referatets punkt 5, at generalforsamlingen godkender årsrapporten for 2015, som ikke var revideret.


Dette underbygges yderligere af, at virksomhedens revisor først fratræder den 31. maj 2016, som i øvrigt er dagen for indsendelsesfristen for årsrapporten for 2015.

Uanset om der var tale om en ekspeditionsfejl, ville den omstændighed ændre ikke ved styrelsens afgørelse, da manglende opfyldelse af kravet i årsregnskabslovens § 10 a, efter styrelsens fortolkning er at anse som et man-
gelfuld og dermed ugyldigt fravalg af revision, hvilket vil sige, at revision af den efterfølgende årsrapport ikke kan udelades.

Information om fravalg af revision er efter styrelsens vurdering af væsentlig betydning for regnskabsbrugeren, som ved den manglende oplysning må have forventning om, at også det kommende årsregnskab revideres.


Ad. 2) Styrelsen forstår desuden klagen sådan, at klager nedlægger påstand om, at Erhvervsstyrelsens afgørelse er ugyldig, da Erhvervsstyrelsen efter klagers vurdering ikke har opfyldt officialprincippet, og at sagen således ikke var tilstrækkeligt oplyst, før styrelsen traf sin afgørelse.

Ved at gennemgå årsrapporterne for hhv. 2014 og 2015 er det muligt, helt objektivt, at konstatere, at virksomheden ikke har opfyldt kravet i årsregnskabslovens § 10 a. Virksomheden ville således efter styrelsens opfattelse ikke kunne have fremkommet med oplysninger, der ville betyde, at styrelsen ville nå til en anden afgørelse.


Ad. 3) Klager mener, at styrelsen har tilsidesat Erhvervsankenævnets kompetence ved at oversende virksomheden til tvangsopløsning den 7. februar 2017, fører Erhvervsankenævnet har udtalt sig i spørgsmålet om opsættende virkning, og derved umuliggjort, at ankenevnets afgørelse af spørgsmålet om opsættende virkning kunne falde ud til klagers fordel. Dette er efter klagers opfattelse stærkt kritisabelt og har haft betydelig skadevirkning for klager.

Såfremt Erhvervsankenævnet måtte træffe afgørelse om, at klagen kunne til-lægges opsættende virkning, ville Erhvervsstyrelsen kunne tilbagekalde oversendelsen til skifteretten.

Styrelsen besluttede at oversende virksomheden til tvangsopløsning på trods af, at styrelsen var bekendt med klagen til Erhvervsankenævnet.

Ad. 4) Klager anmoder Erhvervsankenævnet om at behandle og anmode styrelsen om at tilbagekalde tvangsopløsningen, indtil Erhvervsankenævnet har realitetsbehandlet sagen

Styrelsen beslutning om at anmode skifteretten om at opløse et kapitalsel-skab kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed i henhold til selskabslovens § 371, stk. 2.


Ad. 5) Styrelsen forstår desuden klagen således, at der klages over styrel- sens afgørelse af 7. februar 2017, hvor styrelsen afviser virksomhedens an-modning om omgørelse af årsrapporten for 2014.

Klager mener, at betingelserne for omgørelse er til stede, både ud fra de almindelige retningslinjer for omgørelse, men også ud fra et væsentligheds-synspunkt. Styrelsen er uenig heri og vil i den forbindelse gengive en del af sin afgørelse af 7. februar 2017:

"Du begrunder din anmodning med, at det i den først indberettede årsrapport ikke fremgår, at ledelsen fravælger revision for det kommende regnskabsår.

Følgende fremgår af indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 3:

"En omgjort årsrapport, der modtages efter udløbet af det følgende regn-skabsår, kan dog ikke offentliggøres i Erhvervsstyrelsen, medmindre omgørelse er sket som følge af et krav fra styrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, jf. §§ 159 og 159 a."

Da det følgende regnskabsår er udløbet, og omgørelsen ikke er sket som følge af et krav fra styrelsen, kan vi derfor ikke tillade en omgørelse af den tidligere offentliggjorte årsrapport, da der således ikke er hjemmel hertil.

Styrelsen skal endvidere bemærke, at når der først er offentliggjort en års-rapport, hvor oplysningen om fravalg af revision ikke fremgår, er det styrel-sens opfattelse, at regnskabsbrugeren ikke vil være tilstrækkeligt orienteret herom, hvis der efterfølgende offentliggøres en omgjort årsrapport, med op-lysning om fravalg af revision for det kommende år.

Lovgiver har særligt lagt vægt på, at det for regnskabsbrugeren kan være af
væsentlig betydning at få kendskab til fravalget af revision. Manglende opfyldeelse af kravet anses i dette tilfælde som en ugyldighedsgrund, hvilket vil sige, at revision af den efterfølgende årsrapport ikke kan udelades.

En efterfølgende offentliggørelse af beslutningen om fravalg af revision er derfor ikke i regnskabsbrugerens interesse. Denne information skal være regnskabsbrugeren i hænde i den først offentliggjorte årsrapport.

Vi kan derfor heller ikke på den baggrund tillade en omgørelse af den tidligere offentliggjorte årsrapport, idet rettelsen skønnes ikke at være i regnskabsbrugernes interesse.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2, kan en årsrapport kun undtagelsesvis omgøres, efter den er offentliggjort af Erhvervsstyrelsen. En omgørelse kan alene ske, hvis det skønnes, at offentliggørelse af en ny årsrapport vil være i regnskabsbrugerens interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl, eller ved berigtigelse af ulovlige forhold.”


Som det også fremgår af Ad. 1, er det på denne baggrund styrelsens opfattelse, at oplysningen om fravalg af revision er af væsentlig betydning for regnskabsbrugeren, som ved den manglende oplysning må have forventning om, at også det kommende årsregnskab revideres.

Styrelsen finder ikke, at klager har henvist til bestemmelser eller praksis, der fører til et andet resultat, hvorfor det er styrelsens opfattelse, at styrelsens afgørelse af den 7. februar 2017 bør fastholdes.

Styrelsen vil understrege, at afgørelsen af 7. februar 2017 er i overensstemmelse med styrelsens faste praksis på området.

**Ad. 6)** Styrelsen forstår desuden klagen således, at klager mener, at styrelsen ikke har givet virksomheden den nødvendige tid til at indrette sig på de krav, som styrelsen har fremsat - således, at de frister, som styrelsen har fremsat i forbindelse med sagen ikke var rimelige.

Erhvervsstyrelsens afslag på anmodning om forlængelse af frister kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed, jf. årsregnskabslovens § 163, stk. 2.

Det bemærkes, at det er styrelsens sædvanlige praksis at give en frist på fire
uger i denne type sager. Det er styrelsens vurdering og erfaring, at langt de fleste virksomheder vil være i stand til at imødekomme et sådan krav inden for en frist på fire uger. Styrelsen mener ikke, at en frist på fire uger er urimelig. Det bemærkes, at styrelsen i sagen gav klager en mindre fristforlængelse.

Det er styrelsens opfattelse, at virksomhedens ledelse ikke har handlet med den fornødne vilje til og omhu for at imødekomme styrelsen påbud inden for den fastsatte frist, herunder f.eks. at vælge og registrere en godkendt revisor, hvilket styrelsen allerede i sin afgørelse af 5. januar 2017 gjorde opmærksom på er et krav i henhold til selskabslovens § 10.

Såfremt det på mødet den 2. februar 2017 var blevet dokumenteret, at der var valgt en revisor, som kunne dokumentere, at revision var i gang og kunne blive afsluttet inden for en kort frist, ville styrelsen have vurderet om en yderligere fristforlængelse kunne imødekommes.


Inden den endelige beslutning om at oversende virksomheden til tvangsophørsning, havde styrelsen konstateret, at virksomheden endnu ikke havde foretaget registrering af en godkendt revisor i Erhvervsstyrelsens it-system.

Styrelsen forstår desuden, at klager inddrager virksomhedens aktiviteter i udlandet som begrundelse for påstanden om, at styrelsen ikke har givet virksomheden den fornødne tid til at indrette sig efter styrelsens krav.

Til dette udtaler styrelsen, at det forhold, at en virksomhed har aktiviteter i udlandet, ikke i sig selv medfører, at styrelsen imødekommer en anmodning om fristforlængelse.

…”

Ved skrivelse af 13. marts 2017 har K yderligere bemærket:

"Klage over afgørelse fra Erhvervsstyrelsen torsdag den 2. Februar
2017, j.nr 17/00340


Grundlæggende har vi ikke bemærkninger til det af Erhvervsstyrelsen fremsendte, idet vi hertil skal gentage vort synspunkt om indhold frem for formalia.

Regnskabet

Der er i regnskabet ikke anført, at man ønsker at fravælge revision for det kommende år. Beslutningen er truffet på den ordinære generalforsamling.

Efter teksten i årsregnskabsloven er det naturligvis en fejl.

Fejlen er søgt berigtiget, straks selskabet blev opmærksom, men Erhvervsstyrelsen har ikke imødekommet ansøgningen, hvilket er en del af nærværende klage.

Kapitalforhøjelse
Selskabet har i 2015 forhøjet anpartskapitalen med nominelt 100 mill Euro til en overkurs på 350 og har således en egenkapital på Euro 350 mill og en aktivmasse på Euro 500 mill. Der er ikke ekstern gæld i selskabet.

Der var planlagt en yderligere kapitalforhøjelse, som desværre er udskudt efter nærværende problemer.

Berigtigelse af forholdet
Selskabet ønsker naturligvis at overholde loven, og der har derfor været afholdt møde med Erhvervsstyrelsen, efter at selskabet har oplyst Erhvervsstyrelsen at selskabets aktiver dels udgør et bruttobeløb, der er højere end nettoværdien i regnskabet og dels at selskabets aktiver fysisk befinder sig i Tyskland og Brasilien har svaret således:

Du oplyser, at det ikke vil være muligt at berigtige årsrapporten for 2015 inden for den givne frist, da virksomheden har en række aktiviteter og aktiver, som primært foregår i Tyskland og Brasilien, og da planlægning af revisionen i bl.a. Brasilien tager betydelig tid.

Der har på denne baggrund været afholdt møde med Erhvervsstyrelsen, hvor aktivmassen blev dokumenteret og der var enighed om, at der var tale om betydelige aktiver. Det blev ligeledes dokumenteret, at aktiverne fysisk var beliggende i Tyskland og Brasilien samt, at der foregik betydelige aktiviteter i Brasilien.

På trods af den forelagte dokumentation konkluderer Erhvervsstyrelsen, at:


Reelt har selskabet således fået under en uge til at gennemføre en revision af aktiver med en bogført værdi på Euro 500 mill, som fysisk befinder sig i Tyskland og Brasilien.

**Rimelig tid og forholdets natur.**

Vi har i vor klageskrivelse fremhævet, at selskabet grundlæggende ikke har indvendinger imod at lade årsrapporten revidere, og at 2016 årsrapporten under alle omstændigheder vil blive aflagt i revideret form, uanset at man formelt kunne undlade dette.

Selskabet har anmodet om rimelig tid, forholdets natur taget i betragtning.

Begrebet rimelig tid er en grundlæggende bestemmelse, som går gennem lovgivning og vejledning I bred sammenhæng, og også indenfor selskabsretten.

Vi kender begrebet I forbindelse med bestemmelserne om elektroniske generalforsamlinger. Vi kender det ligeledes I forbindelse med vejledning om opløsning af kapitalselskaber, hvor en erklæring skal indsendes indenfor rimelig tid.

Selskabslovens § 109 indeholder bestemmelse om rimelig tid og på selskabsrettens område ses eksempler på domme fra EMD, hvor der er fundet krænkelser sted om afgørelse af civile og straffesager indenfor rimelig tid.

Rimelig tid er alment gældende, og i nærværende sag er en uge til at gennemføre en revision, som skal foregå I henholdsvis I Tyskland og Brasilien af komplicerede aktiver, ikke rimelig tid.
Vi har anført, at der skal gives rimelig tid, også henset til forholdets art og kompleksitet.

**Personligt møde**
Efter bestemmelserne ser vi, at det ikke er sædvanligt at mødes med Erhvervsankenævnet, men vi mener, at der i nærværende sag er gode grunde til at afholde et møde.

Der er betydelige aktiver I selskabet og ligeledes et betydeligt kapitalgrundlag. De praktiske dokumentationsvanskeligheder er naturligvis proportionale med beløbenes størrelse.

Baseret på de konkrete forhold ønsker vi derfor at dokumentere såvel balancens indhold og at der uomtvisteligt er tale om aktiver i Brasilien og I Tyskland. Ligeledes ønsker vi, at dokumentere, at der uomtvisteligt er tale om endog meget store finansielle aktiviteter i Brasilien.

Vi er derfor til rådighed med meget kort varsel, idet selskabet ønsker en hurtig behandling af sagen, som på grund af beløbsstørrelsen har en ikke ubetydelig skadevirkning.

**Afslutning**
Det forhold at selskabet er sendt til tvangsopløsning, har potentielt meget stor økonomisk skadevirkning for selskabet, der risikerer at lidde betydelige tab herved.

De økonomiske skadevirkninger står slet ikke i forhold til selskabets meget beskedne ønske om blot at blive indrømmet en rimelig tid til at berigtige forholdet.

…


Erhvervsankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

**Ankenævnet udtaler:**

I henhold til årsregnskabslovens § 10 a skal det i tilknytning til ledelsespåtagningen oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 1 35, stk. 1, 3. pkt., har truffet beslutning om,
at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.

Bestemmelsen i årsregnskabslovens § 10 a blev indsat ved lov nr. 245 af 27. marts 2006. Af de særlige bemærkninger til bestemmelsen (L 50 af 16. november 2005) fremgår blandt andet:

"For regnskabsbrugere kan det være af væsentlig betydning at få kendskab til, at kommende årsrapporter for virksomheden ikke vil blive revideret. Derfor foreslås det i § 10 a, at virksomheder, som har beslutet at fravælge revision i overensstemmelse med det ovenfor anførte, skal oplyse dette hvert år i tilknytning til ledelsespåtegningen i årsrapporten for det forudgående regnskabsår

… Det er som nævnt kun nødvendigt at træffe beslutning om fravalg af revision en gang, mens oplysningen herom skal gentages hvert år i den forudgående årsrapport, så længe beslutningen er gældende.

Som anført i § 10 a, skal oplysningen fremgå tydeligt i tilknytning til ledelsespåtegningen."

Oplysningskravet blev lempet ved lov nr. 1232 af 18. december 2012, således at oplysningen om fravalg af revision ikke skal gives hvert år, men alene det første år, hvor revisionen fravælges fremadrettet.

Det fremgår ikke af årsrapporten for 2014 for K (nu under tvangsopløsning), at årsregnskabet for regnskabsåret 2015 ikke skulle revideres.

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervsstyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, har pålagt selskabet at indsende årsrapport for 2015 revideret af en godkendt revisor.


Det i øvrigt anførte giver ikke nævnet anledning til bemærkninger.
Betingelserne for fravalg af revision var ikke opfyldt.
Årsregnskabslovens §§ 10 a og 135.
(Finn L. Meyer, Anders Hjulmand og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I skrivelse af 14. januar 2017 traf Erhvervsstyrelen følgende afgørelse:

"Ulovligt udlån til kapitalejer/ledelse i årsrapporten for 2014 for K, CVR-nr. ...

Erhvervsstyrelen har den 6. januar 2016 modtaget erklæring fra selskabets ledelse og revisor, hvoraf det fremgår, at det ulovlige udlån med tillæg af lovpligtige renter er tilbagebetalt til selskabet.

På denne baggrund er sagen i Erhvervsstyrelen afsluttet.

Henset til beløbets størrelse er sagen oversendt til den politikreds, hvortil selskabet hører, med henblik på en vurdering af, om der bør rejses tiltale mod selskabets ledelse for overtrædelse af selskabsloven.

Erhvervsstyrelen har besluttet, at selskabet for regnskabsåret 2015 ikke kan anvende muligheden for at fravælge revision i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, 3. pkt. Afgørelsen er truffet med hjemmel i årsregnskabslovens § 135, stk. 7, l. og 2. pkt., idet der er ydet et ulovligt lån omfattet af selskabslovens § 210 og lånet er af ikke ubetydelig størrelse.

Herudover skal styrelsen gøre opmærksom på, at selskabet ikke kan benytte muligheden for at fravælge revision, hvis en person, der har bestemmende indflydelse over virksomheden accepterer et bødeforlæg eller som led i en straffesag dømmes for overtrædelse af selskabsloven. I disse tilfælde skal selskabets årsregnskaber for de efterfølgende tre år revideres. Reglerne er beskrevet i årsregnskabslovens § 135, stk. 6.

…"

Den 21. januar 2017 skrev A på vegne af K følgende til Erhvervsankenævnet:

"K, cvr ...

Jeg henviser til vedhæftede.
Som følge heraf vil jeg gerne bede om jeres bekræftelse på at selskabet ikke længere har revisionspligt.”

Skrivelsen var vedhæftet afgørelsen af 14. januar 2017 fra Erhvervsstyrelsen samt skrivelse af 1. december 2016 fra Københavns Politi. Følgende fremgik af skrivelsen fra politiet:

"Ingen straffesag mod Dem

Jeg har i dag besluttet at opgive sigtelsen mod Dem, for overtrædelse af selskabslovens § 367, stk. 1, jf. § 210, stk. 1, ved i perioden fra den 1. januar 2014 til den 31. december 2014, som stifter og administrerende direktør i K, ... angiveligt at have ladet selskabet yde Dem et anpartshaverlån på 1.250.000,00 kr.

Begrundelse

Begrundelsen for min afgørelse er, at selskabets revisor, B, til politiet har meddelt, at ovenstående beløb fejlagtigt er blevet posteret som et ulovligt anpartshaverlån i årsrapporten. Den korrekte postering af ovenstående beløb burde ifølge revisoren i stedet havde været som en tilgodehavende salgssum i årsrapporten.

Jeg har på den baggrund besluttet, at sigtelsen mod Dem skal opgives.

Lovgrundlag

• Sagen drejer sig om selskabslovens § 210 (ulovligt kapitalejerlån).
• Min afgørelse er truffet efter reglerne i retsplejelovens § 721, stk. 1, nr. 2 (opgive sigtelse).

…”

Erhvervsstyrelsen skrev herefter den 7. februar 2017 følgende til Erhvervsankenævnet og klager:

"Inden styrelsen foretager sig yderligere i denne klagesag, skal styrelsen gøre opmærksom på, at styrelsen er uforstående over denne klage.


Styrelsen skal til sidst bemærke, at der i den berigtigede årsrapport for 2015 ikke fremgår, at virksomheden har fravalgt revision for det kommende regnskabsår, hvorfor årsregnskabs lovens § 10 a efter styrelsens opfattelse ikke er opfyldt. Virksomheden er derfor efter styrelsens opfattelse, uagtet af ovenstående, underlagt revision af årsrapporten for 2016. Del er således en betingelse for fravalg af revision af en kommende årsrapport, at bestemmelserne i § 10 a er opfyldt i den foregående årsrapport.”

A besvarede samme dag - den 7. februar 2017 - styrelsens skrivelse med:

"Jeg går ud fra at I har den redegørelse fra mig som I skal bruge.

Forholdet drejer dig slet og ret om, at Erhvervsstyrelsen fejlagtigt at har påbudt selskabet revisionspligt desuagtet at jeg har forklaret at grundlaget for dette påbud ikke var korrekt, nemlig at der IKKE var tale om et ulovligt aktionærlån. Dette forhold blev underbygget af, at Politiet er kommet frem til samme opfattelse.

Selskabet er tomt og det er således urimeligt at selskabet skal belastes med denne udgift og er blevet belastet heraf. Dette er fuldstændig i tråd med bekendtgørelsens intentioner om at selskaber uden nævneværdig omsætning skal kunne fravise sig revisionspligt.”

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 20. marts 2017 udtalt blandt andet:

"Styrelsen har forstået henvendelsen til Erhvervsankenævnet således, at klager er af den opfattelse, at styrelsens påbud af 14. januar 2016 var sket på et forkert grundlag, da politiet senere hen valgte at droppe sigtelsen af klager for ydelse af ulovligt kapitalejerlån, hvorfor virksomheden efter klagers opfattelse derfor ikke længere er underlagt revisionspligt.

Sagens faktiske omstændigheder
Styrelsen afsluttede den 14. januar 2016 en kontroslag vedrørende et ulovligt aktionærln ydet af virksomheden K til direktøren i virksomheden, da

Den 21. juni 2016 modtog styrelsen årsrapporten for 2015 for K.


På baggrund af henvendelsen valgte styrelsen dog at gennemgå den seneste modtaget årsrapport for 2015 og kunne i den forbindelse konstaterere, at det af årsrapporten ikke fremgik, at årsregnskabet var revideret. Betingelserne i årsregnskabs lovens § 10 a var derfor ikke opfyldt, hvilket efter styrelsens vurdering samt faste praksis er en forudsætning for, at man kan fravælge revision.


Det er styrelsens opfattelse, at den del omkring manglede opfyldelse af § 10 a, og styrelsens vurdering af konsekvensen heraf, i sig selv er en afgørelse. Da klagers henvendelse går på, at klager gerne vil have bekræftet, at virksomheden ikke længere er underlagt revisionspligt, finder styrelsen det relevant, at komme med en redegørelse herom.

Styrelsen modtog den 7. februar 2017 en mail fra klager, hvoraf det bl.a. fremgår, at da virksomheden er tom, er det således ifølge klager urimeligt, at virksomheden skal belastes med denne udgift.

**Sagens retlige omstændigheder**

I henhold til hovedreglen i årsregnskabslovens § 135, stk. 1, skal en virksomhed, der har pligt til at udarbejde en årsrapport efter reglerne for regnskabsklasse B, C eller D, lade sit årsregnskab revidere af en godkendt revisor. En virksomhed, der er omfattet af regnskabsklasse B, kan dog undlade at lade sit årsregnskab revidere, hvis virksomheden i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskriver visse størrelsesgrænser.

Det følger dog samtidig af årsregnskabslovens § 10 a, stk. 1, at:

”Hvis årsregnskabet er revideret, skal det i tilknytning til ledelses-påtægningen, jf. § 9 oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 135, stk. 1, 3. pkt., har truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.”


**Styrelsens udtalelse**


Information om fravalg af revision er efter styrelsens vurdering af væsentlig betydning for regnskabsbrugeren, som ved den manglende oplysning må have forventning om, at også det kommende årsregnskabs revideres.

Hvis det kommende årsregnskab ikke revideres, vil det efter styrelsens vurdering medføre, at årsregnskabet ikke er behørigt efter årsregnskabslovens §
135.


Den omstændighed, at klager har anført, at virksomheden er tom, og det derfor er urimeligt, at virksomheden belastes af en udgift til revision, ændrer efter styrelsens vurdering ikke herved.”

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:


I henhold til årsregnskabslovens § 10 a skal det i tilknytning til ledelsespåtegningen oplyses, hvis generalforsamlingen eller det tilsvarende godkendelsesorgan i en virksomhed, der opfylder betingelserne i § 135, stk. 1, 3. pkt., har truffet beslutning om, at årsregnskabet for det kommende regnskabsår ikke skal revideres.

Bestemmelsen i årsregnskabslovens § 10 a blev indsat ved lov nr. 245 af 27. marts 2006. Af de særlige bemærkninger til bestemmelsen (L 50 af 16. november 2005) fremgår blandt andet:

"For regnskabsbrugerne kan det være af væsentlig betydning at få kendskab til, at kommende årsrapporter for virksomheden ikke vil blive revideret. Derfor foreslås det i § 10 a, at virksomheder, som har besluttet at fravælge revision i overensstemmelse med det ovenfor anførte, skal oplyse dette hvert år i tilknytning til ledelsespåtegningen i årsrapporten for det forudgående regnskabsår

… Det er som nævnt kun nødvendigt at tænke beslutning om fravalg af revision en gang, mens oplysningen herom skal gentages hvert år i den forudgående årsrapport, så længe beslutningen er gældende.

… Som anført i § 10 a, skal oplysningen fremgå tydeligt i tilknytning til ledel-

Erhvervsankenævnet tiltræder derfor, at Erhvervssstyrelsen, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, har pålagt selskabet at indsende årsrapport for 2016 revideret af en godkendt revisor.

Ankenævnet stadfæster herefter den af Erhvervssstyrelsen ved skrivelsen af 7. februar 2017 trufne afgørelse.
24) Kendelse af den 2. november 2017 (J.nr. 2016-6567)
Produktionsmetoden vedr. registrering af sponsorindtægter var i strid med årsregnskabsloven.
Årsregnskabslovens §§ 4 og 9
(Kirsten Aaskov Mikkelsen, Arne Nabe Poulsen og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for sagens faktiske omstændigheder er det i skrivelse af 23. august 2017 anført blandt andet:

"...
Sagens faktiske omstændigheder


Til redegørelsen var vedlagt kopi af årsrapporten for 2013/2014, som blev modtaget i styrelsen 10. december 2014, samt D's regnskabsudkast.

På baggrund af ovenstående redegørelse besluttede styrelsen i henhold til
årsregnskabslovens § 159, stk. 2, at starte en kontrolsag vedrørende periodisering af indtægter i årsrapporten for 2013/2014.


På baggrund af den modtagne specifikation rettede styrelsen ved brev af 15. september 2015 på ny henvendelse til virksomheden. Virksomheden blev bl.a. anmodet om at indsende de sponsoraftaler, der var indgået med følgende virksomheder:

- G [kommune]
- H [aktieselskab]
- I [aktieselskab]


Vedrørende aftalen med G oplyste virksomheden følgende:

"Aftalen med G er f.eks. en tilskudsaf tale, hvor tilskuddet ydes uden at der, som ved sponsoraftalerne, sker en udnyttelse af sponsoratet. Driftstils kuddet har K modtaget gennem flere år, men i de senere år har der blandt kommunens borgere været fokus på kommunens udbetalinger af tilskud med hensyn til hvordan de anvendes, og for at imødekomme denne øgede fokus, blev det besluttet at indgå en egentlig samarbejd saftale fra og med 1. januar 2015. Vi har vedlagt denne aftale, hvoraf niveauet for udbetalinger fremgår."
Vedrørende sponsorsaftalen med H oplyste virksomheden følgende:

"K indgik i 2014 et betydningsfuldt sponsorat med H som "Eksklusiv part- iler". Tegningen af dette sponsorat blev en realitet efter et meget stort stykke arbejde i sponsorafdelingen, hvor der blev anvendt mange timer på at få etableret aftalen samt gennemført flere forhandlinger. Som led i dette sponsorat blev der i foråret afholdt omkostninger til særlige kamparrangementer mv. og afholdt specifikke omkostninger til opstart af sponsorsaftalen, så sam- let set blev der således allerede up front taget noget af sponsoratet til disse formål."


Styrelsen anmodede derfor den 12. oktober 2015 om en nærmere redegørelse for de konstaterede uoverensstemmelser. Endvidere blev virksomheden bedt om at indsende aftalen mellem K og G, der omfattede sæsonen 2013/2014. Styrelsen anmodede tillige om at få tilsendt sponsorsaftaler, der bl.a. var indgået med følgende virksomheder:

- J [advokatfirma]
- F [fødnote: Styrelsen skal gøre opmærksom på, at F er K's revisor, og har revideret årsrapporten for 2013/2014 med blank på- tegning.]
- K [kommanditselskab]
- L [forsikringsmægler]
- M [anpartselskab]
- N Kongres & Idrætscenter

Styrelsen modtog virksomhedens redegørelse den 27. oktober 2015. Til redegørelsen var vedlagt sponsorkontrakter for følgende virksomheder:

- J
- F

For så vidt angår de øvrige sponsorkontrakter blev det oplyst, at der for disse virksomheder ikke forelå en skriftlig aftale for sæsonen 2013/2014, hvorfor der i stedet blev fremsendte en faktura udstedt af K til hver af de pågældende virksomheder.

Om uoverensstemmelsen vedrørende sponsorsaftalen med H oplyste virksomheden bl.a. følgende:
"Sponsoraftalen med H er en vigtig aftale for klubben med et årligt sponsorat på kr. 350.000 excl. moms. Kontrakten blev tegnet med opstart 1. januar 2014, og der har været anvendt mange tidsressourcer på at få aftalen i stand og tillige en del direkte omkostninger til skilte, profilavis og særlige kamparrangementer. Henset til de væsentlige omkostninger der var forbundet med denne vigtige sponsoraftale, vurderede ledelsen, at det var retvisende, at der blev taget hensyn til disse direkte omkostninger i forbindelse med indtægtsførelsen:

Til redegørelsen var der vedlagt en beregning på, hvorfor der var indtægtsført kr. 298.750 i årsrapporten for 2013/2014. Beregningen fremgår ligelignende af det modtagne klageskrift, hvorfor der henvises dertil.

Om uoverensstemmelsen vedrørende sponsoraftalen med I oplyste virksomheden følgende:

"Årsagen til at der er forskel mellem sponsoraftalen og den modtagne indtægt er, at der blev givet et særligt sponsorat/bonus for sæsonen 2013/14, som var betinget af at klubben opnåede oprykning til 1. division. Sponsoratet udgjorde kr. 150.000, reguleret for kr. 14.500 jf. kontrakten, eller netto kr. 135.500, som udgør forskellen."


I relation til styrelsens anmodning om aftalen med G for sæsonen 2013/2014 oplyste virksomheden følgende:


Styrelsen rettede derefter ved mail af 16. december 2015 henvendelse til statsautoriseret revisor A med anmodning om en nærmere redegørelse omkring den mulige fejlperiodisering, herunder en specifikation af de kontrakter, hvor D vurderede, at hele eller en del af sponsoratet var fejlperiodiseret.

Styrelsen modtog svar på henvendelsen den 17. december 2015. Af svaret fremgik følgende aftaler samt beløb, som efter D's opfattelse var periodise-
ret forkert:

- G, 2. rate 2014 kr. 391.304
- H kr. 175.000
- L kr. 60.000
- J kr. 25.000
- I kr. 137.500
- F kr. 100.000
- K kr. 39.000

Til ovenstående var der tilknyttet specifikke bilagsnumre.

Styrelsen anmodede efterfølgende den 4. februar 2016 K om at indsende de konkrete bilag, som fremgik af svaret fra D.


Da beløbet relateret til G var det største, som ifølge D var fejlperiodiseret, og da styrelsen ikke havde modtaget fyldstgørende dokumentation fra virksomheden, besluttede styrelsen at rette henvendelse til G, hvilket skete ved mail den 12. februar 2016.


Styrelsen anmodede derfor samme dag G om at sende den pågældende aftale. G blev endvidere bedt om at redegøre for, om K skulle levere modydelser, og hvilke ydelser der så var leveret.


Af listen fremgik det, at K bl.a. havde leveret følgende ydelser:

- Tilstræbe at G eksponeres i TV og landsdækkende medier i forbindelse med K’s kampe i danmarksturneringen i fremtidige superligakampe
- G eksponeres på alt spilletøj og træningstøj ved alle kampe. Logo placeres på bryst efter nærmere aftale sikre massiv eksponering af G via stationære bander og/eller rulle-bander, som placeres i den bedst mulige kameravinkel i forbindelse med alle hjemmekampe
- Der indarbejdes informationsside i alle officielle programmer, til
brug for oplysning om aktiviteter i G m.m.
• G's logo & banner eksponeres på K's hjemmeside
• G omtales på K's hjemmeside
• G modtager 10 stk. billetter til alle hjemmekampe
• G mindst 2 gange årligt kan bruge minimum tre spillere fra K's hold i den bedst placerede række i sundheds- og forebyggelseskampagner rettet mod børn og unge med henblik på større gennemslagskraft hos målgruppen. Dette skal dog af K's hold i den bedst placerede række og sportschefen mindst 1 gang årligt i aftaleperioden uden beregning vil besøge alle skoler og SFO' er i G, som ønsker det, og sætte fokus på det at bevæge sig og dyrke idræt

Inden styrelsen traf afgørelsen [den 7. juni 2016], var årsrapporten for 2014/2015 modtaget i styrelsen. Styrelsen kunne ikke på det foreliggende grundlag vurdere væsentligheden af den effekt, som afgørelsen ville have på årsrapporten for 2014/2015, når virksomheden anvendte produktionsmetoden i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt. Styrelsen anmodede derfor virksomheden om at indsende en konsekvensberegning, som skulle vise effekten, såfremt produktionsmetoden blev anvendt korrekt.


I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. juni 2016 hedder det:

"Kontrol af årsrapporten for 2013/14 for K, CVR-nr. ...


Afgørelse

Afgørelsen er opdelt i to underafsnit:

1. Forkert anvendelse af produktionsmetoden
2. Overtredelse af bogføringsloven
Ad 1 Forkert anvendelse af produktionsmetoden

Det er styrelsens vurdering, at virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden til indregning af sponsorindtægter i årsrapporten for 2013/14 i flere tilfælde er i strid med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt. Begrundelse herfor, er anført under afsnittet Begrundelse.

Styrelsen påtaler derfor, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 2, at virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden til indregning af sponsorindtægter i årsrapporten for 2013/14 i flere tilfælde er i strid med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt.


Styrelsen skal derfor anmode om, at virksomheden … indsender en beregning der viser, hvilken effekt det vil have på årsrapporten for 2014/15, når produktionsmetoden bliver anvendt overensstemmelse med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt.

Styrelsen skal også gøre opmærksom på, at der skal foreligge behørig dokumentation i virksomheden vedrørende de indregnede sponsorindtægter for 2014/15 i overensstemmelse med bogføringslovens bestemmelser.

Styrelsen kan på baggrund af den modtagne beregning vælge at starte en regnskabskontrol af årsrapporten for 2014/15.

Ad 2 Overtædelse af bogføringsloven

Det er styrelsens vurdering, at virksomheden ikke overholder bogføringslovens bestemmelser, herunder sikrer at kontrolsporet er til stede (jf. bogføringslovens § 4, stk. 2), da det ikke er muligt at identificere, om visse sponsorindtægter er registreret i den rigtige periode og med det korrekte beløb.

Styrelsen påbyder, jf. årsregnskabslovens § 161, nr. 3, derfor virksomhedens ledelse fremadrettet at overholde bogføringslovens bestemmelser.
Begrundelse

Begrundelsen er struktureret således:

1. ...
2. Retligt grundlag
3. Styrelsens vurdering

Retligt grundlag

Afsnittet er delt op i følgende to underafsnit:

1. Indtægtskriteriet
2. Bogføring

Ad 1 Indtægtskriterier

Ved indregning og måling af indtægter fra tjenestekontrakter, skal produktionsmetoden som udgangspunkt anvendes. når betingelserne herfor er opfyldt, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt.

Virksomheder i klasse B er som udgangspunkt fritaget for kravet om at anvende produktionsmetoden, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 2. pkt., men virksomhederne kan vælge at bruge produktionsmetoden. Undladelse af at benytte produktionsmetoden fører virksomheder i klasse B over i salgsmetoden, hvilket medfører, at indtægtsindregningen går fra produktionstidspunktet til leveringstidspunktet.

På baggrund af afsnittet anvendt regnskabspraksis i årsrapporten for 2013/2014 samt det modtagne materiale er det styrelsens opfattelse, at K anvender produktionsmetoden for indregning af deres sponsorindtægter, hvorfor salgsmetoden ikke vil blive behandlet nærmere.

I forhold til indtægtskriterie fremgår følgende bl.a. af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 49 i lovforslag L138 fra 2000/1:

"Forlaget viderefører gældende ret for indregning og måling af nettoomsætningen. Denne skal således normalt indregnes på salgstidspunktet, da dette tidspunkt ofte anses for indtjeningstidspunktet, dvs. det tidspunkt, hvor pålideligheden i indregningen er tilstrækkelig stor.

Kan nettoomsætningen opgøres pålideligt på et tidligere tidspunkt - jf. IAS 11 og Regnskabsvejledning 6 om produktionsmetoden - kan der ske indregning på dette tidligere tidspunkt. Forslaget rummer således både salgsmetoden og produktionsmetoden.

Virksomhedens ledelse skal vælge den indtægtsmetode, som bedst viser et retvisende billede. Det betyder, at virksomheden normalt vil skulle benytte produktionsmetoden, hvis virksomheden deltager i en-
trepriseopgaver eller på anden måde producerer til ordre. Metoden kan dog alene benyttes for de opgaver, der opfylder betingelserne i Regnskabsvejledning 6 og IAS 11 om entrereprisekontrakter.”

Der skal her gøres opmærksom på, at årsregnskabsloven er en rammelov, som udfyldes af de internationale regnskabsstandarder som fortolkningsbidrag.


Tjenestekontrakter er defineret i IAS 18, afsnit 4, hvoraf det bl.a. fremgår at:

”Levende af tjenesteydelser omfatter normalt virksomhedens udførelse af en kontraktlig aftalt opgave over en aftalt periode. Tjenesteydelserne kan leveres over et eller flere regnskabsår.”

Omgrenge indregning af indtægter fra tjenestekontrakter fremgår det af IAS 18, afsnit 20, bl.a.:

”Når udfaldet af en transaktion, som vedrører levering af tjenesteydelser, kan skønnes pålideligt, skal omsætningen forbundet med transaktionen indregnes med udfangspunkt i transaktionens færdiggørelsesgrad på balancedagen.”

Vedrørende opgørelse af færdiggørelsesgraden fremgår det af IAS 18, afsnit 24, bl.a.:

”En transaktions færdiggørelsesgrad kan opgøres på mange måder. Virksomheden anvender den metode, som pålideligt måler den leverede tjenesteydelse. De mulige metoder kan afhængig af transaktionens art omfatte:

A. undersøgelse af stadiet af udførte arbejder,
B. tjenesteydelser leveret til dato, som en procentdel af samlede tjenesteydelser, der skal leveres, eller
C. forholdet mellem afholdte omkostninger til dato og de samlede skønne omkostninger ved transaktionen. Kun omkostninger, som afspjeler tjenesteydelser leveret til dato, medtages i de til dato afholdte omkostninger. Kun omkostninger, som afspjeler tjenesteydelser; som er leveret eller skal leveres, medtages i de samlede skønne omkostninger ved transaktionen.

Ofte afspjeler acontobetalinger og forskud fra kunder ikke de leverede tjenesteydelser.”
Det fremgår af IAS 18, afsnit 25:

"Når tjenesteydelser leveres i form af et udefinerbart antal handlinger over en specificeret tidsperiode, indregnes omsætning af praktiske grunde på et lineært grundlag over den specificerede periode, medmindre der er en indikation af, at en anden metode bedre viser færdiggørelsesgraden. Når en specifik handling er mere væsentlig end andre, udskydes indregningen af omsætning, indtil den væsentlige handling udføres."

I forhold til hvilke omkostninger, der kan medgå i beregningen af færdiggørelsesgraden, finder IAS 11 anvendelse som vejledning.

Af IAS 11, afsnit 21 fremgår det:

"Entrepriseomkostninger omfatter omkostninger tilknyttet en entreprisekontrakt fra det tidspunkt, kontrakten er indgået, til kontraktarbejderne er afsluttet. Omkostninger, som direkte kan allokeres til kontrakten og er afhold for indgåelse af kontrakten indregnes imidlertid også i entrepriseomkostninger, hvis disse kan identificeres og måles pålideligt, og det er sandsynligt, at entreprisekontrakten vil blive indgået. Når omkostninger afholdt for indgåelse af en kontrakt indregnes i det regnskabsår, de er afholdt, indregnes de ikke i entrepriseomkostninger; når kontrakten indgås i et efterfølgende regnskabsår."

Ad 2 Bogføring

En virksomhed omfattet af bogføringslovens § 1 skal sikre, at dens bogføring lever op til bogføringslovens bestemmelser, herunder sikre at man kan følge transaktionssporet, samt at kontrolsporet er fyldestgørende, jf. bogføringslovens § 4.

Ved kontrolsporet skal forstås de oplysninger, der dokumenterer registreringernes rigtighed, jf. bogføringslovens § 4, stk. 2. Som en del af kontrolsporet kan der indgå bilag.

Et bilag er ifølge bogføringslovens § 5 defineret som:

"enhver nødvendig dokumentation for transaktioner, der registreres i bogføringen, uanset dokumentationen er på elektronisk medie, mikrofilm, papir eller andet medie."

Enhver registrering skal dokumenteres ved bilag, og bilagene skal oplyse, hvad der er nødvendigt for at identificere kontrolsporet, herunder tydeligt angive transaktionsdato og beløb, jf. bogføringslovens § 9, stk. 1.

Styrelsens vurdering

Afsnittet er delt op på følgende måde:
1. G
2. H
3. Øvrige sponsoraftaler

Ad l G

... [Det] fremgår ..., at der fra G er indregnet kr. 1.076.086,70. Kr. 391.304,35 er ifølge redegørelsen fra D periodiseret forkert, da det er forudbetaling, som vedrører sæsonen 2014/2015.


I afsnit 5.1 i samarbejdsaftalen fremgår det bl.a.:

"G's bidrag i henhold til nærværende aftale udgør for perioden 1. januar 2012 til 30. juni 2014 et årligt beløb på DKK 782.609, der erlægges med DKK 391.304,00 pr. 1. januar og DKK 391.304,00 pr. 1. juni i hvert af årene, aftalen løber."

I afsnit 6 er det oplyst hvilke forpligtelser og ydelser, som K har. Der henvises til side 7 i denne afgørelse for en uddybelse af disse forpligtelser og ydelser, samt hvilket der er blevet leveret af K ifølge G.

På baggrund af den modtagne aftale er det styrelsens vurdering, at der bliver leveret modydelser fra K i form af reklame ydelser samt andre ydelser, og samarbejdsaftalen mellem K og G derfor skal anses for en kontrakt om levering af tjenesteydelser, jf. IAS 18, afsnit 4.

Det er derfor styrelsens vurdering, at tilskud modtaget fra G i henhold til samarbejdsaftalen skal indregnes i takt med, at ydelserne leveres, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt. sammenholdt med IAS 18, afsnit 20. Det er styrelsens opfattelse, at størstedelen af ydelserne leveres løbende i året i takt med, at fodboldkampene spilles.

Da der umiddelbart er tale om et udefinerbart antal handlinger, skal indreg-
ningen af tilskuddet som udgangspunkt ske lineært over den specifikke periode, jf. IAS, afsnit 25, medmindre der er indikation af, at en anden metode bedre viser færdiggørelsesgraden, jf. IAS 18, afsnit 24.


Ad 2 H


I henhold til aftalen skal K bl.a. levere følgende ydelser:

- 2 x 10 meter skilte på stadion efter nærmere aftale, samt logo på net hegn bag mål
- Logo på bukserne af K’s 2. divisionshold - både hjemme og ude 3 Årlige H-dage ved en divisionskamp - laves som eventdage for hjemmepublikum
- Logo i div. Materiale, herunder kampprogram til hjemmekampe og kampannoncering i lokalavis
- VIP billetter til pre-match og loungen, i alt 4 stk.
- Indgangsbilletter til stadion. I alt 25. stk.

... [Det] fremgår ..., at der fra H er indregnet kr. 298.750. Kr. 175.000 er ifølge redegørelsen fra D periodiseret forkert, da det er en forudbetaling, som vedrører regnskabsperioden 2014/2015.

Ledelsen har redegjort for indregning af beløbet på kr. 298.750 - der henvises til ... denne afgørelse. På baggrund af redegørelsen er det styrelsens opfattelse, at ledelsens anvendelse af produktionsmetoden ikke er i overensstemmelse med, hvordan produktionsmetoden skal anvendes under årsregnskabsloven, herunder hvordan færdiggørelsesgraden opgøres og anvendes.


Det fremgår af IAS 18, afsnit 24, litra C, at det er forholdet mellem afholdte omkostninger til dato og de samlede skønne omkostninger ved transaktionen. Endvidere er det kun omkostninger, som afspejler tjenesteydelser leveret til dato, som kan medtages i de til dato afholdte omkostninger.

Det fremgår således ikke af ledelsens redegørelse, hvad de samlede skønne omkostninger ved transaktionen er, og derved hvilken færdiggørelsesgrad, som anvendes. Endvidere er der medregnet omkostninger, som efter styrelsens vurdering ikke alene afspejler tjenesteydelser leveret til dato, men også vedrører fremtidige ydelser, som endnu ikke er leveret, fx omkostninger til skilte på kr. 35.000. Det er styrelsens opfattelse, at skiltene udgør en reklameydelse, som leveres over hele kontraktens løbetid i forbindelse med K's hjemmekampe, og omkostningen derfor skal fordeles i forhold til antal hjemmekampen i kontraktens løbetid. Det samme gør sig gældende vedrørende omkostninger for profilavis, som efter styrelsens opfattelse skal fordeles ud på antallet af ydelser, som omkostningerne for profilavis relaterer sig til. Omkostningerne vedrørende kamparrangementer kan kun medtages i afholdte omkostninger til dato, såfremt de pågældende kamparrangementer ligeledes er afholdt til dato.

Vedrørende omkostningerne til forhandling/opstart, skal styrelsen gøre opmærksom på, at betingelserne i IAS 11, afsnit 21 skal være opfyldt, før disse omkostninger kan indgå i beregningen af færdiggørelsesgraden.

Det er således afgørende for at kunne medtage de nævnte omkostninger i beregningen:

- at omkostningerne direkte kan allokeres til sponsoraftalen,
- og er afholdt for indgåelse af sponsoraftalen,
- og omkostningerne kan identificeres og måles pålideligt,
- og at det er sandsynligt, at sponsoraftalen vil blive indgået.

Hvis ovenstående betingelser er opfyldt, skal styrelsen gøre opmærksom på, at disse omkostninger ligeledes skal fordeles over antallet af ydelser, som de relaterer sig til.

På baggrund af ovenstående er det derfor styrelsens vurdering, at den anvendte metode til periodisering af sponsoraftalen ikke er i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt., og styrelsen finder det derved ikke godtgjort, at det fulde beløb på kr. 298.750 skal indregnes i årsrapporten for 2013/2014.

På det foreliggende grundlag er det således styrelsens vurdering, at indregningen af indtægterne i henhold til IAS 18, afsnit 25, bør ske på et lineært grundlag over kontraktens løbetid, medmindre der er indikation af, at en anden metode bedre viser færdiggørelsesgraden, jf. IAS 18, afsnit 24. Hvis indregningen foretages lineært, betyder det, at kr. 123.750 af kr. 298.750 er fejlpseudiseret og i stedet skulle have været indregnes i årsrapporten for 2014/2015.
Ad 3 Øvrige sponsoraftaler

Afsnittet vedrører dels de øvrige sponsoraftaler, hvor der efter D's opfattelse er sket fejlperiodesering, dels de andre sponsoraftaler, hvor styrelsen har modtaget faktura i stedet for egentlige sponsorkontrakter.


Styrelsen finder det dog kritisabelt, at virksomheden ikke kan frembringe bedre dokumentation for indregning af indtægter fra flere forskellige sponsoraftaler end udstedte faktura, som er mangelfulde på oplysninger omkring de pågældende sponsoraftaler samt hvilken periode disse aftaler omfatter. Det er således styrelsens opfattelse, at flere af de indsendte fakturaer ikke opfylder bogføringslovens bestemmelser.


På flere af de modtagne fakturaer, som er blevet sendt til styrelsen, er informationen begrænset, hvilket ikke gør det muligt at identificere, hvorvidt transaktionen er registreret i den rigtige periode og med det korrekte beløb. På flere af fakturaerne fremgår der således ikke periodehenføringsdato, og tekstbeskrivelsen på bilagene er efter styrelsens opfattelse mangelfuld, idet den i flere tilfælde blot består af følgende:

"Sponsorat i henhold til O Sponsorat"

Det er derfor styrelsens opfattelse, at flere af de modtagne fakturaer ikke har den fornødne information, jf. bogføringslovens § 9, hvilket medfører at kontrolsporet i henhold til bogføringslovens § 4 ikke er fyldestgørende. Det har således ikke været muligt for styrelsen på baggrund af den modtagne dokumentation at vurdere registreringernes rigtighed. Det er derfor styrelsens opfattelse, at bogføringsloven ikke er overholdt.

Styrelsen skal til sidst gøre opmærksom på, at mens bogføringen ikke har specifikke krav til form og indhold af fakturaer, så finders der anden lovgivning, som har langt mere detaljerede form og indholdskrav til fakturaer,
herunder momsbekendtgørelsens § 58, stk. 1, hvoraf følgende fremgår:

"Med forbehold for de øvrige bestemmelser i dette kapitel skal en faktura, herunder afregningsbilag, jf. § 68, indeholde:

1) Udstedelsesdato (fakturadato).
2) Fortløbende nummer, der bygger på en eller flere serier, og som identificerer fakturaen.
3) Den registrerede virksomheds (sælgerens) registreringsnummer.
4) Den registrerede virksomheds og køberens navn og adresse.
5) Mængden og arten af de leverede varer eller omfanget og arten af de leverede ydelser.
6) Den dato, hvor levering af varerne eller ydelserne foretages eller afsluttes, eller hvor et afdragsbeløb betales, forudsat en sådan dato er fastsat og forskellig fra fakturaens udstedelsesdato.
7) Afgiftsgrundlaget, pris pr. enhed uden afgift, eventuelle prissnedslag, bonus og rabatter, hvis disse ikke er indregnet i prisen pr. enhed.
8) Gældende afgiftssats.
9) Det afgiftsbeløb, der skal betales."

…"

I klageskriveisen af 5. juli 2016 har K anført blandt andet:

"Forkert anvendelse af produktionsmetoden

Ledelsen bestrider ikke, at der er anvendt en anden beregning efter produktionsmetoden. Det er ledelsens opfattelse, at ledelsens anvendelse af den aktuelle metode ikke på afgørende vis ændrer ved det retvisende bilde på regnskabet, set i forhold til anvendelse af den af Erhvervsstyrelsen anviste metode.

I afgørelsen henvises til 2 konkrete eksempler der omhandler sponsoraftaleral med G og H.


Kontrakten med H er periodiseret på følgende måde i regnskabet for 2013/14:
Sponsorat for perioden 1. januar - 31. december 2014 350.000

Initialomkostninger:

<p>| | |</p>
<table>
<thead>
<tr>
<th></th>
<th></th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Skilte</td>
<td>35.000</td>
</tr>
<tr>
<td>Profilavis</td>
<td>35.000</td>
</tr>
<tr>
<td>Kamparrangementer, 3 stk.</td>
<td>75.000</td>
</tr>
</tbody>
</table>
| Ressource timer til forhandlinger/opstart mv. | 102.500
| Nettoindtægt for perioden                  | 102.500  |

Heraf periodiseret for perioden 1. juli - 31. december 2014 51.250

Indtægt for perioden 1. januar - 30. juni 2014 298.750

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der skulle have været periodiseret kr. 175.000 for perioden 1. juli - 31. december 2014, altså kr. 123.750 mere i indtægt til året 2014/15.

Vores revisor har opstillet et beregningseksempel på ovennævnte sponsoraf tale, som er vedhæftet.

Der er vist 4 forskellige metoder, hvor Erhvervsstyrelsen ..., til vor revisor har oplyst, at metode 2 og 4 kan anvendes. Det skal dog anføres, at Erhvervsstyrelsen ikke har vurderet de konkrete tal i opgørelsen.

Som det fremgår af beregningseksemplet, så giver den konkret anvendte metode (nr. 3) samme resultat som nr. 2 og 4, altså de metoder som Erhvervsstyrelsen har oplyst kan bruges.

Ledelsen bestrider således ikke, at der er anvendt en anden form for beregning iht. produktionsmetoden, men det er ikke korrekt som antaget af Erhvervsstyrelsen, at regnskabet er resultatmæssigt forkert med kr. 391.304 og kr. 123.750, eller i alt kr. 515.054.


Overtrædelse af bogføringsloven

Ledelsen bestrider, at Erhvervsstyrelsens konklusion om, at selskabet overtræder bogføringsloven pga. manglende oplysninger på nogle ganske få fakturaer i form af oplysning om sponsorperiode.

Ledelsen er bekendt med krav til udformning af fakturaer, og de af selskabet udstedte fakturaer lever op til de krav der stilles. Hvis det modsatte havde
vær det tilfældet, så går vi ud fra, at revisor formentlig havde afgivet en supplerende oplysning herom i revisionspåtagningen, og det har der ikke været. Ledelsen overholder naturligvis bogføringsloven, også fremadrettet.

Det bestrides derfor, at selskabet har overtrådt bogføringsloven. Det bemærkes, at Erhvervs styrelsens afgørelse i relation hertil er sket på baggrund af en ”vurdering” af disse ganske få eksempler, og det kan ikke udstrekkes til en generel vurdering i relation til virksomheden.

De oplysninger, der tilsyneladende efter Erhvervsstyrelsens opfattelse mangler kan genfindes i klubbens øvrige systemer, og dermed overholder reglerne omkring transaktionsspor og kontrolspor i bogføringsloven. Der står ikke i bogføringsloven, at der skal skrives så detaljerede oplysninger på fakturaen, som Erhvervsstyrelsen ønsker. Der er tale om Erhvervsstyrelsens egen vurdering heraf.

Ledelsen afviser derfor at have overtrådt bogføringsloven.

…”

I Erhvervsstyrelsens fornævnte redegørelse af 23. august 2016 er yderligere udtalt blandt andet:

"Styrelsen har under sagsforløbet anmodet virksomheden om at indsende dokumentation i form af sponsoraftaler, som kan understøtte indregningen af en række sponsorindtægter. Styrelsen har i nogle tilfælde modtaget de anmodede sponsoraftaler, mens styrelsen i andre tilfælde har modtaget en faktura udstedet af K, da der ifølge virksomheden ikke forelå en skriftlig aftale for det pågældende sponsorat.

Styrelsen har på baggrund af den modtagne dokumentation vurderet, at der ved to konkrete aftaler er foretaget fejlp periodisering, da virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden efter styrelsens opfattelse ikke er i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser. Det er endvidere styrelsens opfattelse, at der er usikkerhed om, hvorvidt en række af de øvrige indregnede sponsorindtægter i årsrapporten for 2013/2014 var periodiseret korrekt, men at det ikke har været muligt for styrelsen på det foreliggende grundlag at vurdere dette.

Da det ikke har været muligt for styrelsen på baggrund af den modtagne dokumentation at vurdere, hvorvidt de pågældende indtægter var periodiseret korrekt, har styrelsen dermed fundet, at bogføringen vedrørende disse indtægter ikke opfylder kravene i bogføringsloven, hvorfor den er overtrådt.

Det fremgår af den modtagne klage, at klager ikke anfægter, at der er anvendt en anden metode i henhold til produktionsmetoden end de, som styrelsen har henvist til i sin afgørelse. Styrelsen forstår det sådan, at virksomheden således anvender en variant af produktionsmetoden, som dog efter styrelsens vurdering ikke er overensstemmelse med årsregnskabslovens krav til
indregning af indtægter efter produktionsmetoden, da der ved indregningen af indtægterne ikke tages udgangspunkt i en opgjort færdiggørelsesgrad på balancedagen. Indregningen af indtægterne vedrørende de to konkrete aftaler sker således ikke på baggrund af, hvilke ydelser der er leveret til dato, i forhold til samlet antal ydelser der skal leveres i henhold til de to aftaler, hvilket ifølge styrelsen er forkert.

Styrelsen skal gøre opmærksom på, at det helt centrale ved indregning af sponsorindtægter i en fodboldklub som udgangspunkt er de gennemførte fodboldkampe og de ydelser der er relateret hertil. Styrelsen skal gøre opmærksom på, at det helt centrale ved indregning af sponsorindtægter i en fodboldklub som udgangspunkt er de gennemførte fodboldkampe og de ydelser der er relateret hertil. Størstedelen af de modtagne ydelser, som sponsoreren skal modtage på baggrund af sponsoratet, leveres således når fodboldkampene spilles, da det er her, at sponsoreren får størst mulige eksponering.

…

I forhold til overtrædelse af bogføringsloven har styrelsen truffet afgørelse på baggrund af den dokumentation for indregning af indtægterne, som er foreløbig styrelsen. Flere af de fakturaer, som styrelsen modtog i stedet for en aftale, mangler efter styrelsens vurdering konkrete oplysninger, der gør det muligt at afgøre, hvorvidt indtægterne er indregnet i den rigtige periode. Der bliver endvidere på de modtagne fakturaer ikke henvist til anden dokumentation, hvor de fornødne oplysninger så kan findes. Der er derfor styrelsens vurdering, at bogføring vedrørende en række indregnede indtægter er så mangelfuld, at virksomheden har overtrådt bogføringsloven.

Styrelsens afgørelse vedrører således ikke en generel overtrædelse, men vedrører alene at virksomheden på nogle væsentlige transaktioner har en mangelfuld bogføring.

…

Sagens retlige omstændigheder

Afsnittet er delt op i følgende to underafsnit:

1. Indtægtskriteriet
2. Bogføring

Ad 1 Indtægtskriterier

Ved indregning og måling af indtægter fra tjenestekontrakter, skal produktionsmetoden som udgangspunkt anvendes, når betingelserne herfor er opfyldt, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt.

Virksomheder i klasse B er som udgangspunkt fritaget for kravet om at anvende produktionsmetoden, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 2. pkt., men virksomhederne kan vælge at bruge produktionsmetoden. Undladelse af at benytte produktionsmetoden fører virksomheder i klasse B over i salgsmetoden, hvilket medfører, at indtægtsindregningen går fra produktionstidspunktet til leveringstidspunktet.

I forhold til indtægtskriterier fremgår følgende bl.a. af bemærkningerne til årsregnskabslovens § 49 i lovforslag L138 fra 2000/1:
"Forslaget viderefører gældende ret for indregning og måling af nettoomsætningen. Denne skal således normalt indregnes på salgstidspunktet, da dette tidspunkt ofte anses for indtjeningstidspunktet, dvs. det tidspunkt, hvor pålideligheden i indregningen er tilstrækkelig stor.

Kan nettoomsætningen opgøres pålideligt på et tidligere tidspunkt - jf. IAS 11 og Regnskabsvejledning 6 om produktionsmetoden - kan der ske indregning på dette tidligere tidspunkt. Forslaget rummer således både salgsmetoden og produktionsmetoden.


Der skal her gøres opmærksom på, at årsregnskabsloven er en rammelov, som udfyldes af de internationale regnskabsstandarder som forretningsbidrag.

Da der ikke er tale om entrepriseregisteret, men derimod tjenestekontraktet, er IAS 11 som udgangspunkt ikke relevant som forretningsbidrag. Indregning og måling af tjenestekontrakter efter produktionsmetoden er derimod reguleret i IAS 18, afsnit 20-28, og skal derfor anvendes som forretningsbidrag. Det skal bemærkes, at IAS 18, afsnit 21, henviser til IAS 11 for vejledning til, hvordan produktionsmetoden kan anvendes på servicekontrakter. Tjenestekontrakter er defineret i IAS 18, afsnit 4, hvoraf det bl.a. fremgår at:

"Levering af tjenesteydelser omfatter normalt virksomhedens udførelse af en kontraktlig aftalt opgave over en aftalt periode. Tjenesteydelserne kan leveres over et eller flere regnskabsår."  

Omkring indregning af indtægter fra tjenestekontrakter fremgår det af IAS 18, afsnit 20, bl.a.:

"Når udfallet af en transaktion, som vedrører levering af tjenesteydelser, kan skønnes pålideligt, skal omsætningen forbundet med transaktionen indregnes med udgangspunkt i transaktionens færdiggørelsesgrad på balancedagen."  

 Vedrørende opgørelse af færdiggørelsesgraden fremgår det af IAS 18, afsnit 24, bl.a.:

"En transaktions færdiggørelsesgrad kan opgøres på mange måder. Virksomheden anvender den metode, som pålideligt måler den leverede tjenesteydelse. De mulige metoder kan afhængig af transaktionens art omfatte:
A. undersøgelse af stadiet af udførte arbejder,
B. tjenesteydelser leveret til dato, som en procentdel af samlede
tjenesteydelser, der skal leveres, eller
C. forholdet mellem afholdte omkostninger til dato og de sam-
lede skønnede omkostninger ved transaktionen. Kun omkost-
ninger, som afspeler tjenesteydelser leveret til dato, medtages i de til dato afholdte omkostninger. Kun omkostninger,
som afspeler tjenesteydelser, som er leveret eller skal leve-
res, medtages i de samlede skønnede omkostninger ved transaktionen.

Ofte afspeler acontobetalinger og forskud fra kunder ikke de leve-
rede tjenesteydelser.

Det fremgår af IAS 18, afsnit 25:

"Når tjenesteydelser leveres i form af et udefinerbart antal handlinger over
en specificeret tidsperiode, indregnes omsætning af praktiske grunde på et
lineært grundlag over den specificerede periode, medmindre der er en indi-
kation af, at en anden metode bedre viser færdiggørelsesgraden. Når en spe-
cifik handling er mere væsentlig end andre, udskydes indregningen af om-
sætning, indtil den væsentlige handling udføres."

I forhold til hvilke omkostninger, der kan medgå i beregningen af færdiggo-
relsesgraden, finder IAS 11 anvendelse som vejledning.
Af IAS 11, afsnit 20 fremgår det:

"Omkostninger, som ikke er tilknyttet en entreprisaktivitet eller ik-
ke kan allokeres til en konkret entreprisekontrakt indgår ikke i en-
trepriseomkostninger. Sådanne omkostninger omfatter:
a) generelle administrationsomkostninger, der ikke i henhold til
entreprisekontrakten godtgøres af kunden,
b) salgsomkostninger,
c) omkostninger til forskning og udvikling, der i henhold til en-
treprisekontrakten ikke godtgøres af kunden, og
d) afskrivninger på produktionsanlæg og driftsmidler, som ikke
anvendes til en konkret entreprisekontrakt"

Af IAS 11, afsnit 21 fremgår det:

"Entrepriseomkostninger omfatter omkostninger tilknyttet en entre-
prisekontrakt fra det tidspunkt, kontrakten er indgået, til kontraktar-
bejderne er afsluttet. Omkostninger, som direkte kan allokeres til
kontrakten og er afholdt før indgåelse af kontrakten indregnes imid-
lertid også i entrepriseomkostninger, hvis disse kan identificeres og
måles pålideligt, og det er sandsynligt, at entreprisekontrakten vil
blive indgået. Når omkostninger afholdt før indgåelse af en kontrakt
indregnes i det regnskabsår, de er afholdt, indregnes de ikke i entre-
priseomkostninger, når kontrakten indgås i et efterfølgende regn-
skabsår."
Det betyder, at omkostninger, der relaterer sig til salg og forberedende aktiviteter før indgåelse af en aftale, som udgangspunkt ikke kan indregnes i entrepriseomkostningerne, og disse omkostninger kan derved heller ikke indgå i opgørelsen af fædiggørelsesgraden.

Ad 2 Bogføring
En virksomhed omfattet af bogføringslovens § 1 skal sikre, at dens bogføring lever op til bogføringslovens bestemmelser, herunder sikre at man kan følge transaktionssporet, samt at kontrolsporet er fyldestgørende, jf. bogføringslovens § 4.

Ved kontrolsporet skal forstås de oplysninger, der dokumenterer registreringernes rigtighed, jf. bogføringslovens § 4, stk. 2. Som en del af kontrolsporet kan der indgå bilag.

Et bilag er ifølge bogføringslovens § 5 defineret som:

"Enhver nødvendig dokumentation for transaktioner, der registreres i bogføringen, uanset dokumentationen er på elektronisk medie, mikrofilm, papir eller andet medie."

Enhver registrering skal dokumenteres ved bilag, og bilagene skal oplyse, hvad der er nødvendigt for at identificere kontrolsporet, herunder tydeligt angive transaktionsdato og beløb, jf. bogføringslovens § 9, stk. 1.

Styrelsens udtalelse

Klager er ved indbringelsen af klagen for Erhvervsankænnetv ikke fremkommet med yderligere dokumentation på, at de anvendte metoder til indregning af indtægterne fra G og H er i overensstemmelse med, hvordan produktionsmetoden efter styrelsens opfattelse skal anvendes, da der ikke ved indregning af indtægterne tages udgangspunkt i, hvilke ydelser der er leveret til dato, i forhold til det samlet antal ydelser der skal leveres. Klager er endvidere ikke fremkommet med yderligere dokumentation, som kan understøtte indregningen af en række væsentlige sponsorindtægter i årsrapporten for 2013/2014, selvom klager oplyser, at denne dokumentation er at finde i virksomhedens øvrige systemer.

Styrelsens udtalelse for hvert af de to forhold fremgår nedenfor.

Indregning af indtægter i henhold til produktionsmetoden
Styrelsen har undersøgt, hvorvidt virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden er i overensstemmelse med årsregnskabslovens bestemmelser for indregning af indtægter efter produktionsmetoden, da en forkert anvendelse således kan medføre, at der foretages fejlpériodisering af indtægter.

På baggrund af den modtagne dokumentation vurderer styrelsen, at virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden ved indregning af indtægter fra G og H ikke er i overensstemmelse med, hvordan produktionsmetoden efter styrelsens opfattelse skal anvendes. På det foreliggende grundlag er det derfor styrelsens umiddelbare vurdering, at der er indregnet kr. 515.054 for meget i årsrapporten for 2013/2014 fra G og H.


Klager anfægter i klageskriftet styrelsens afgørelse om, at der er foretaget fejlpériodisering, og dermed styrelsens vurdering af, at der umiddelbart er indregnet kr. 515.054 for meget i indtægter i årsrapporten for 2013/2014. Klager anfægter derimod ikke, at der er anvendt en anden metode i henhold til produktionsmetoden end de, som styrelsen har henvist til i sin afgørelse, men at den anvendte metode ikke på afgørende vis ændrer ved det retvisende billede. Klager henviser dog ikke til, hvilken metode i henhold til produktionsmetoden, som i så fald anvendes.

Styrelsen forstår klagers oplysning således, at virksomheden derved anvender en variant af produktionsmetoden, som dog efter styrelsens vurdering ikke er i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 49, stk. l, l. pkt. som fortolkes i lyset af IAS 18 afsnit 20-28.

I forhold til indregning af tilskud fra G


Styrelsen kan konstaterere, at den vedhæftede korrespondance vedrører en anmodning om at få udbetalt det pågældende beløb tidligere end normalt, da K havde brug for likviditet i forbindelse med en række aktiviteter, som de ønskede at sætte i gang.

Styrelsen er uforstående over for, hvad der menes med, at sponsoratet er udnyttet, men styrelsen finder ikke, at det, at man har modtaget en forudbetaling i foråret 2014, og at denne forudbetaling er anvendt til opsætning af en række aktiviteter, er korrekt grundlag for, at beløbet så kan indregnes i årsrapporten for 2013/2014.


Der fremgår således ikke noget omkring de ydelser, som K skulle levere til for G af klageskriftet eller den vedhæftede korrespondance. Der er endvidere ikke fremlagt anden dokumentation, som skal understøtte, at alle ydelser


I forhold til indregning af sponsorindtægt fra H


Det fremgår endvidere af aftalen, at K bl.a. skal levere følgende ydelser:

- 2 x 10 meter skilte på stadion efter nærmere aftale, samt logo på nethegn bag mål
- Logo på bukserne af K’ 2. divisionshold - både hjemme og ude
- 3 Årlige H-dage ved en divisionskamp - laves som eventdage for hjemmepublikum
- Logo i div. Materiale, herunder kampprogram til hjemmekampe og kampannoncering i lokalavis
- VIP billetter til pre-match og loungen, i alt 4 stk.
- Indgangsbilletter til stadion. I alt 25. stk.

Størstedelen af ovenstående ydelser bliver kun leveret i forbindelse med at K spiller hjemmekampe. Således bliver de fleste af ydelserne leveret løbende i bl.a. 2014 i takt med at fotboldkampene spilles.

Af den modtagne specifikation af indregnet sponsorindtægt fremgår det, at der i årsrapporten for 2013/2014 er indregned kr. 298.750 H.


Klager anfægter i klageskriftet styrelsens vurdering af, at der er foretaget en fejlperiodisering på kr. 123.750, og har i klageskriftet fremvist den beregning, der er anvendt til periodisering af sponsoratet. Styrelsen har ligeledes i
sagsforløbet fået forelagt samme beregning sammen med en redegørelse. …


Styrelsen tager endvidere forbehold for nogle af de omkostninger, som er medtaget i beregningen. Efter styrelsens vurdering vedrører nogle af omkostningerne fremtidige ydelser, mens andre relaterer sig til salg og forberegende aktiviteter, som vedrører perioden for kontraktindgåelsen.

Såfremt K ville opgøre færdiggørelsesgraden i henhold til omkostningerne, fremgår det af IAS 18, afsnit 24, litra C, at det er forholdet mellem afholdte omkostninger til dato og de samlede skønnede omkostninger ved transaktionen. Endvidere er det kun omkostninger, som afspjeler tjeneestydelser leveret til dato, som kan medtages i de til dato afholdte omkostninger.


Styrelsen har ikke modtaget dokumentation på, hvad de samlede skønnede omkostninger ved transaktionen er, og der er ikke modtaget dokumentation på, hvad færdiggørelsesgraden var opgjort til på balancedagen den 30. juni 2014.

Det er styrelsens vurdering, at den anvendte måde til periodisering af sponserat ikke er i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt., og styrelsen finder det ikke godt gjort, at virksomheden kunne indregne hele beløbet på kr. 298.750 i årsrapporten for 2013/2014.
Såfremt der bliver anvendt den lineær måde i henhold til IAS 18, afsnit 25, vil det betyde, at kr. 123.750 af det indregnede beløb på kr. 298.750 er fejlperiodiseret, og i stedet skulle indregnes i årsrapporten for 2014/2015. Hvis periodisering ikke foretages efter den lineær måde, skal der i stedet tages udgangspunkt i en pålidelig færdiggørelsesgrad.


Overtrædelse af bogføringsloven

Styrelsen anmoder under sagsforløbet K om at få tilsendt aftaler med en række af de virksomheder, hvorfra K har indregnet sponsoratindtægter i årsrapporten for 2013/2014. I flere tilfælde modtager styrelsen i stedet for den anmodede aftale en faktura udstedt af K, da der ifølge virksomheden ikke foreligger skriftlige aftaler relaterende til de pågældende virksomheder.

Styrelsen skal her gøre opmærksom på, at styrelsen forudser, at når virksomheden ikke kan fremsende den dokumentation, som styrelsen anmoder om, så vil virksomheden dermed fremsende den bedste dokumentation, som virksomheden besidder, og som på fyldestgørende vis dokumenterer, at indregningen af indtægterne er i overensstemmelse med årsregnskabslovens krav efter produktionsmetoden.

På flere af de modtagne fakturaer, som er blevet sendt til styrelsen, er informationen dog meget begrænset, hvilket gør det umuligt for styrelsen at identificere, hvorvidt transaktionen er registreret i den rigtige periode og med det korrekte beløb. På flere af fakturaerne fremgår der således ikke en henlægningstid til den periode, som registreringen vedrører, og tekstbeskrivelsen på bilagene er efter styrelsens opfattelse mangelfuld, idet den i flere tilfælde blot består af følgende, uden henvisning til anden dokumentation, hvor de fornødne oplysninger kan findes:

"Sponsorat i henhold til O Sponsorat"

På to af de modtagne fakturaer var der endvidere anført sæsonen 2014/2015, selvom de var indtægtsført i årsrapporten for 2013/2014. Ledelsen har dog oplyst, at, der for den ene faktura var der tale om en tekstfejl.

For så vidt angår I var der ifølge den fremsendte specifikation indregnet kr. 235.500, mens det af kontrakten fremgår, at det årlige beløb er på kr. 100.000. Virksomheden oplyser i den forbindelse, at den ekstra indtægtsførelse på kr. 135.000 vedrører en særlig bonus, og som dokumentation for den ekstra indtægtsførelse henviser virksomheden til kontrakten samt frem-
sender en faktura på kr. 150.000 med følgende ordlyd:

"Sponsorat i henhold til aftale med O

Sponsorat
Rate 4 af 4"


Under sagsforløbet har det således ikke været muligt for styrelsen at vurderre, hvorvidt flere af de indregnede sponsorindtægter er fejlperiodiserede, da den modtagne dokumentation efter styrelsens opfattelse ikke er fuldestgørende. Det er derfor styrelsens vurdering, at bogføring relateret til flere af de indregnede indtægter ikke opfylder bogføringslovens krav, hvorfor virksomheden overtræder bogføringsloven.


Styrelsen er bekendt med, at bogføringsloven ikke indeholder detaljeret krav til indholdet i bilag, men at der er krav til, at bilagene indeholder den fornødne information, således at det er muligt at vurdere om bogføring er sket korrekt. Som yderligere fortolkning kan der også henvises til Bogføringsvejledningen (Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 1999) side 32, hvoraf det fremgår, at bilag skal kunne bevise registreringernes rigtighed og gøre det muligt at konstatere, om transaktionerne registreres i den rigtige periode og med det rigtige beløb. Det indebærer efter styrelsens opfattelse, at transaktionsdataen samt beløb som minimum skal fremgå af bilaget, men at der også er brug for en tekst eller tekstkode samt henføringsdato til den periode, som registreringen vedrører. Skal en indbetaling dække et sponsorat for en bestemt periode, skal fakturaen således efter styrelsens opfattelse som minimum indeholde oplysninger om, hvilken periode opkrævningen/indbetalingen vedrører. Alternativt skal der på fakturaren være en henvisning til en aftale eller anden dokumentation, hvor de fornødne oplysninger fremgår. Styrelsen finder det således særlig relevant ved sponsoraftaler, at der fremgår den fornødne information i bogføringsmaterialet, således at det bl.a. er muligt at identificere, hvilke modydelser der skal leveres, hvor stort det samlede sponsorat er samt hvad de årlige betalinger udgør.
Styrelsen er derfor ikke på baggrund af den forelagte dokumentation enig i klagers betragtning om, at bogføring med tilhørende bilag ved en række af de indregnedte indtægter lever op til bogføringslovens krav, og styrelsen fastholder derfor sin vurdering, at bogføringen med tilhørende bilag ikke har den fornødne information i henhold til bogføringslovens § 9, hvilket medfører, at kontrolsporet i henhold til bogføringslovens § 4 ikke er fyldestgørende. Bogføringsloven er derfor efter styrelsens vurdering overtrådt.

Styrelsen skal dog gøre opmærksom på, at overtrædelsen alene går på den modtagne bogføring for nogle konkrete transaktioner og ikke på, at K's generelle bogføring er i strid med bogføringsloven, hvilket også fremgår af styrelsens afgørelse.

…”

Ved skrivelse af 20. september 2016 er K kommet med følgende yderligere bemærkninger:

…”


Ledelsen ønsker dog at knytte nogle få kommentarer til Erhvervsstyrelsens redegørelse, da redegørelsen på nogle punkter ikke svarer til ledelsens opfattelse af sagen:

Indtægtskriterie

Ledelsen er enig i at der er anvendt en variant af produktionsmetoden, men ønsker samtidigt at fastholde, at der er match mellem indtægter og omkostninger på de i sagen omhandlende sponsoraftaler. Der henvises til tidligere fremlagt konsekvensberegning i sagen, som bygger på ledelsens vurdering af hvorledes de faktiske aktiviteter er gennemført.

Ledelsen påpeger, at den omfattende administrationen af sponsoraftaler som Erhvervsstyrelsen beskriver, er en væsentlig byrde for fodboldklubben på grund af klubbens størrelse og at den anvendte metode er enklere at anvende i den daglige administration. Omvendt er ledelsen naturligvis enig i, at Erhvervsstyrelsens anvisninger skal følges, men som "lille klub" føles det at ”skyde langt over målet” når Erhvervsstyrelsen lægger så mange kræfter og ressourcer i at behandle en, efter vores opfattelse, ubetydelig sag.

Blot for god ordens skyld skal vi endnu engang præcisere, at revisorskiftet ikke skyldtes uenighed om valg af principper, men samarbejdsmæssige forhold. Der henvises til vores første skrivelse af 7. september 2015, hvori dette er nærmere beskrevet.

Vi er derfor uenige i hvorledes sagen er beskrevet … i Erhvervsstyrelsens

**Sponsoraftales – fakturaer**

... Det kan oplyses, at der i alle tilfælde er fremvist en sponsoraf tale. I de tilfælde der har været fremlagt fakturaer, har det primært vedrørt ekstraordinære sponsorer med eksisterende sponsorer, hvor disse af taler i nogle tilfælde har været mundtlige. Ledelsen er uenig i Erhvervsstyrelsens vurdering af hvad der er nødvendig dokumentation i forhold til bogføringsloven.

... Ledelsen er uenig i, at der har foreligget en mangelfuld bogføring. Det antages at Erhvervsstyrelsen mener, at der er en mangelfuld dokumentation. Ledelsen bestrider dog fortsat, at bogføringsloven skulle være overtrådt, da bogføringsgrundlaget overholder bogføringsloven fsva. krævede oplysninger til en faktura. Der indgår fakturaer i sagens bilag, så Erhvervsankenævnet kan vurdere dette. Det kan også oplyses, at selskabets tidligere revisor aldrig har påtalt, at bogføringsloven skulle være overtrådt.

Ledelsen i K er fortsat meget overrasket over hvorledes Erhvervsstyrelsen har håndteret sagsforløbet, herunder de mange ressourcer, der fra begge sider er anvendt på en, efter vores opfattelse, ubetydelig sag. Noget vi mener kunne være undgået fra start, hvis der havde været et afklarende møde herom.

Samtidigt kan vi ikke undgå at sidde tilbage med følelsen af at blive kvalt i længere og længere korrespondance i sagen, hvor styrelsen nærmest har uanede ressourcer, mens vores ressourcerne har en naturlig begrænsning.

..."

Ved skrivelse af 23. september 2016 har Erhvervsstyrelsen yderligere anført blandt andet:


Klager olyser endvidere, at ledelsen er uenig i, at der foreligger mangelfuld bogføringsmateriale. Styrelsen har, jf. ovenstående, netop i flere tilfælde kun modtaget fakturaer udstedt af K, uden at der er tilsendt andet bogføringsmateriale. Af de modtagne fakturaer bliver der endvidere ikke henvist til andet bogføringsmateriale, hvor de fornødne oplysninger kan findes. Det er efter styrelsens vurdering særligt vigtigt at sikre, at de fornødne oplysni-
ger fremgår af fakturaerne, når der ikke foreligger en skriftlige sponsoraftale eller anden form for dokumentation. De fornødne oplysninger vedrørende sponsorindtægter vil således bl.a. være, hvilke modydelser der skal leveres, hvor stor det samlede sponsorat er, samt hvad de årlige betalinger udgør. Grundet mangel af disse oplysninger på de modtagne fakturaer har styrelsen således i flere tilfælde ikke kunne få bekræftet, hvorvidt de indregnede sponsorindtægter var periodiseret korrekt. På baggrund af de forelagte dokumenter vurderer styrelsen derfor, at bogføringsloven for så vidt angår disse transaktioner ikke er overholdt, idet bogføringen med tilhørende bilag ikke lever op til bogføringslovens krav.”

Ved skrivelse af 10. oktober 2016 er det afslutningsvist bemærket:

”…
Det skal præciseres, at ledelsen har fremsendt alle eksisterende sponsoraftaler der er anmodet om, og faktura i de tillægse hvor det ikke har været nødvendigt, efter ledelsens vurdering, at udarbejde særskilt sponsoraftale. Det er i den kontekst vor kommentar om at der i alle tilfælde er fremvist en sponsoraftale, skal forstås.

Udover de fakturaer som Erhvervsstyrelsen har ønsket at se, er vi ikke blevet anmodet om at fremsende ”andet bogføringsmateriale”, som beskrevet i mailen fra Erhvervsstyrelsen. Det er korrekt, at der ikke er henvisning på fakturaerne til ”andet regnskabsmateriale”, men det er ledelsen også uenig i skal foretages, ligesom det, ledelsen bekendt, ikke fremgår nogen steder i bogføringsloven.

…”

Ankenævnet udtaler:


Erhvervsstyrelsen har i sagen påtalt den anvendte metode for indregning af sponsorindtægter i K's årsrapport for 2013/2014. Definitionen af tjenesteydelser følger af IAS 18, afsnit 4 hvorved forstås:

”Levering af tjenesteydelser omfatter normalt virksomhedens udførelse af en kontraktlig aftalt opgave over en aftalt periode. Tjenesteydelserne kan leveres over et eller flere regnskabsår.”
Ankenævnet lægger til grund, at de i sagen omtalte sponsorkontrakter er aftaler om levering af tjenesteydelser i overensstemmelse med definitionen i IAS 18, afsnit 4, da K som modydelse for vederlagene skal præstere nogle nærmere kontraktligt aftalte opgaver i løbet af kontraktperioderne, herunder blandt andet reklameplads på banedeksfilt samt logo på spilletøj.

Betingelsen for anvendelse af produktionsmetoden for tjenestekontrakter er ifølge IAS 18, afsnit 20:

"Når udfaldet af en transaktion, som vedrører levering af tjenesteydelser, kan skønnes pålideligt, skal omsætningen forbundet med transaktionen indregnes med udgangspunkt i transaktionens færdiggørelsesgrad på balance-dagen."

Hvis nettoresultatet af en tjenestekontrakt kan skønnes med rimelig sikkerhed, skal produktionsmetoden således som hovedregel anvendes med udgangspunkt i færdiggørelsesgraden af den pågældende tjenesteydelse.

Hvis der er tale om levering af et antal udefinerbare handlinger over en specificeret tidsperiode, indregnes indtægterne forbundet med tjenesteydelserne af praktiske årsager i stedet for på lineært grundlag i overensstemmelse med IAS 18, afsnit 25.

Ehrvervsankænævnet finder af de grunde, der er anført i Erhvervsstyrelsens afgørelse af 7. juni 2016 og i redegørelsen af 23. august 2016, at K ikke har anvendt produktionsmetoden korrekt ved opgørelsen af indtægter fra visse sponsorkontrakter. Der foreligger ikke dokumentation for, at nettoomsætningen af ydelserne kan måles pålideligt i forhold til færdiggørelsesgraden af tjenesteydelsen efter betingelserne i IAS 18, afsnit 20, litra a-d, og det må konstateres, at tjenestekontrakterne vedrører et antal udefinerbare handlinger, hvorfor sponsorindtægterne skal indregnes lineært.

På baggrund heraf findes det, at årsrapporten som følge af de fejlerperiodiserede indtægter ikke giver et retvisende billede af virksomhedens resultat i overensstemmelse med årsregnskabslovens § 11, stk. 1, jf. årsregnskabslovens § 49, stk. 1, 1. pkt.
Erhvervsankenævnet tiltræder herefter, at Erhvervsstyrelsen har pålagt K i årsrapporten 2013/2014 at indregne indtægter lineært vedrørende de omhandlende sponsorindtægter på henholdsvis kr. 391.304,35 og kr. 350.000 og i konsekvens heraf har påtalt, at virksomhedens anvendelse af produktionsmetoden til indregning af sponsorindtægter i årsrapporten 2013/2014 i flere tilfælde er i strid med årsregnskabslovens § 49, stk. 1, l. pkt.

Ifølge bogføringslovens § 9 skal enhver indtægt dokumenteres med bilag, og dette bilag skal oplyse det nødvendige for at identificere kontrolsporet, som efter bogføringslovens § 4, stk. 2, dokumenterer indtægtens rigtighed.

K har i visse tilfælde alene dokumenteret sponsorkontrakter med bilag i form af fakturaer uden nærmere angivelse af, om der er tale om en periode og i givet fald hvilken periode.

Erhvervsankenævnet finder af de af Erhvervsstyrelsen anførte grunde, at K's dokumentation af indtægter fra sponsorkontrakter i visse tilfælde ikke er fyldestgørende, jf. bogføringslovens § 9, stk. 1, da bilagene ikke oplyser, hvad der er nødvendigt for at identificere kontrolsporet.

Ankenævnet tiltræder, at Erhvervsstyrelsen har påbudt, at der fremadrettet sker behørig dokumentation af indtægter, jf. bogføringslovens § 9, stk. 1, jf. § 4, stk. 2.

25) Kendelse af den 23. november 2017 (J.nr. 17/01203)
Stadfæstet, offentlig bekendtgjort årsrapport kunne ikke omgøres med en ny.
Årsregnskabslovens §§ 32, 138 og 154
Indsendelsesbekendtgørelsens § 11
(Arne Nabe Poulsen, Lise Høgh og Jan Uffe Rasmussen)


Sagens omstændigheder:


I afgørelse af 12. juni 2017 fra Erhvervsstyrelsen hedder det blandt andet:

"Vi kan ikke imødekomme en omgørelse, af den tidligere indsendte årsrapport. Når en årsrapport offentliggøres hos Erhvervsstyrelsen, hvori der er offentliggjort nettoomsætning, kan styrelsen ikke omgøre til en omgjort årsrapport, hvori nettoomsætning ikke fremgår, da dette ikke skønnes at være i regnskabsbrugers interesse.

Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2, kan en årsrapport kun undtagelsesvis omgøres, efter den er offentliggjort af Erhvervsstyrelsen. En omgørelse kan alene ske, hvis det skønnes, at offentliggørelse af en ny årsrapport vil være i regnskabsbrugerens interesse som en nødvendig berigtigelse af ulovlige forhold.

Erhvervsstyrelsen kan ikke imødekomme en omgørelse af den indsendte årsrapport, idet der ikke er tale om væsentlige fejl, og det ikke er i regnskabsbrugernes interesse at omgøre årsrapporten."

I klageskrivelse af 6. juli 2017 har statsautoriseret revisor A anført:
"...

Sagsforløb/sagshistorik


Ovenstående medførte, at vi den 11. maj 2017 elektroniskindsender en ny omgjort årsrapport for 2016 til Erhvervsstyrelsen, der er i overensstemmelse med den på generalforsamlingen vedtagne årsrapport.

Anbringender til støtte for klage


Efter indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2, kan en årsrapport omgøres, hvis det skønnes, at offentliggørelse af en ny årsrapport vil være i regnskabsbrugerens interesse som en nødvendig retfærdelse af væsentlige eller åbentlyse fejl, eller ved berigtigelse af ulovlige forhold.

Ved sammenligning af de historiske indberette årsrapporter fra selskabets stiftelse til 2015, hvoraf det fremgår at selskabet har valgt ikke at vise nettoomsætningen efter Årsregnskabsloven § 32, må det ligges til grund at visningen af nettoomsætningen i årsrapporten for 2016 er en åbenlys fejl, og beror på en utilgængelighed i dokumenthåndteringen i forbindelse med indberetningen.

Det har således aldrig været ledelsens hensigt at vise selskabets nettoomsætning. idet en visning heraf kan have vidtrækkende negative konsekvenser for selskabet såvel økonomisk som forretningsmæssigt, ligesom nettoomsætningen ikke er vist i den årsrapport der er godkendt på generalforsamlingen efter Årsregnskabsloven § 32.

Dette skyldes bl.a., at selskabets primære samarbejdspartner, der udgør størstedelen af selskabets samlede omsætning, uretmæssigt vil kunne gøre brug af oplysningen og udnytte denne oplysning i konkurrencemæssige sammenhænge.

Det må endvidere ligges til grund, at indberetning af en ældre version af årsrapporten, end den på generalforsamlingen vedtagne, er en åbenlys fejl. Endvidere må det være i regnskabsbrugers interesse, at den offentliggjorte årsrapport er i overensstemmelse med den på generalforsamlingen vedtagne
årssrapport. Samtidig må det liggende til grund, at regnskabsbrugeren ikke bliver ringere stillet ved offentliggørelsen af en ny årssrapport, idet regnskabsbrugeren heller ikke i tidligere regnskabsår har fået oplyst nettoomsætningen jf. ovenfor.


…

I en i anledning af klagen af Erhvervsankenævnet over sagen fra Erhvervsstyrelsen indhentet redegørelse for blandt andet sagens retlige omstændigheder er det i skrivelse af 4. september 2017 udtalt blandt andet:

"Sagens retlige omstændigheder
Sagens retlige omstændigheder angår følgende forhold:
1. Hjemmel for omgørelse
2. Påstand om manglende generalforsamlingsgodkendelse
3. Udeladelse af nettoomsætning

Ad 1 Hjemmel for omgørelse
Det fremgår af årsregnskabslovens § 154, stk. 1, at Erhvervsstyrelsen straks bekendtgør modtagelse af årss rapporter. I bestemmelsens stk. 2 fremgår, at dokumenterne er offentligt tilgængelige.

Årsregnskabslovens § 138, stk. 5, fastslår, at når styrelsen har bekendtgjort, at en årsrapport er offentligt tilgengelig efter § 154, kan denne ikke omgøres ved en ny årsrapport, medmindre styrelsen tillader dette.

…

Efterårsregnskabslovens § 155 b. stk. 3, fastsætter styrelsen regler om omgørelse af offentliggjorte årss rapporter og konsekvenserne heraf. Dette er sket i indsendelsesbekendtgørelsens [Bekendtgørelse om indberetning til offentliggørelse af årss rapporter m.v. i Erhvervsstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed - bekendtgørelse nr. 1057 af 8. september 2015 med senere ændringer].

I indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 1, fremgår hovedreglen, som fastslår, at når en årssrapport er offentliggjort, kan denne ikke omgøres ved en ny årssrapport.

Efter bestemmelsens stk. 2 kan styrelsen imidlertid tillade omgørelse, hvis offentliggørelsen af den nye årssrapport skønnes at være i regnskabsbruger-nes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold.

Ad 2) Manglende generalforsamlingsgodkendelse
Årsregnskabslovens § 8, stk. 2, fastslår, at hvert enkelt medlem af de ansvarlige ledelsesorganer har ansvar for, at årss rapporten udarbejdes i overensstemmelse med lovgivningen og eventuelle yderligere krav til regnskaber i
vedtægter eller aftale. Indsendelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1, fastslår ligeledes, at ledelsen har ansvaret for den indberette årsrapport.

Af indsendelsesbekendtgørelsens § 28, stk. 3, fremgår, at dirigenten for generalforsamlingen, som har godkendt årsrapporten, ved sin underskrift på årsrapporten bekræfter, at årsrapporten er godkendt af virksomhedens ansvarlige ledelsesorganer, og at den har været fremlagt og er godkendt af generalforsamlingen m.v. i overensstemmelse med lovgivningens og vedtægnernes krav herom.

I medfør af indsendelsesbekendtgørelsens § 28, stk. 7, indstår indberetteren over for Erhvervsstyrelsen for, at årsrapporten er underskrevet af dirigenten og en eventuel revisor, og at det er den endelige, godkendte version af årsrapporten, som er indberettet til styrelsen.

Ad 3) Mulighed for at udelade nettoomsætning

Adgangen til at undlade angivelse af nettoomsætningen er i årsregnskabslovens § 32. Bestemmelsen fastslår, at virksomheden kan sammendrage en række poster og i stedet indføre en post benævnt »Bruttofortjeneste« eller »Bruttotab«. Det drejer sig om posterne nr. 1-5 i årsregnskabslovens bilag 2, skema 3, og posterne nr. 1-3 og 6 i lovens bilag 2, skema 4.

Hvis virksomheden anvender den artsopdelte resultatopgørelse, vil posterne "nettoomsætning", "ændring i lagre af færdigvarer og varer under fremstilling", "arbejde udført for egen regning og opført under aktiver", "andre driftsindtægter" og "eksterne omkostninger", herunder "omkostninger til råvarer og hjælpematerialer" samt "andre eksterne omkostninger" kunne sammendrages til posten "Bruttofortjeneste/bruttotab".

Hvis virksomheden anvender den funktionsopdelte resultatopgørelse vil posterne "nettoomsætning", "produkionsomkostninger", "bruttoresultat" og "andre driftsindtægter" kunne sammendrages til posten "Bruttofortjeneste/bruttotab".

Erhvervsstyrelsens udtalelse

Erhvervsstyrelsen bemærker indledningsvis, at det er virksomhedens ledelse, der er ansvarlig for, at virksomhedens årsrapport udarbejdes, godkendes og indsendes til styrelsen, jf. herved årsregnskabslovens § 8, stk. 2, og indsendelsesbekendtgørelsens § 2, stk. 1. Dette indebærer også, at det er ledelsens ansvar, at den årsrapport, som indsendes til styrelsen, svarer til den årsrapport, som er godkendt på generalforsamlingen.

På forsiden af den indberette årsrapport har generalforsamlingens dirigent skrevet under på, at årsrapporten er godkendt på virksomhedens generalforsamling den 28. februar 2017 ...

Indberetteren indstår for, at det er den endelige, godkendte version af årsrapporten, der indberettes til Erhvervsstyrelsen, jf. indsendelsesbekendtgørelsens § 28, stk. 7.
Det må derfor lægges til grund, at den årsrapport, der blev indberettet den 1. marts 2017 ..., er blevet godkendt af generalforsamlingen.


I henhold til § 11, stk. 2, i indsendelsesbekendtgørelsen kan omgørelse af en allerede offentliggjort årsrapport alene ske, hvis den nye årsrapport skønnes at være i regnskabsbrugerernes interesse som en nødvendig rettelse af væsentlige eller åbenbare fejl eller som berigtigelse af ulovlige forhold.

Klager har gjort gældende, at regnskabsbrugerne ikke bliver ringere stillet ved omgørelse af den indberettede årsrapport, idet regnskabsbrugerne heller ikke i virksomhedens tidligere årsraperter har fået oplyst virksomhedens nettoomsætning. Dette forhold finder styrelsen ikke er relevant ved vurderingen af, om en omgørelse er i regnskabsbrugerernes interesse.

I den aktuelle sag har Erhvervsstyrelsen skønnet, at en omgørelse ikke er i regnskabsbrugerernes interesse. Dette skyldes, at en omgørelse vil indebære, at der offentliggøres en årsrapport med færre oplysninger end den oprindeligt offentliggjorte årsrapport indeholder nettoomsætningen, hvorimod nettoomsætningen ikke fremgår af den årsrapport, som virksomheden ønsker offentliggjort.

Præsentationen af nettoomsætningen i den allerede offentliggjorte årsrapport kan ikke anes som en væsentlig eller åbenbar fejl efter årsregnskabsloven. Der er efter styrelsens vurdering alene tale om, at årsrapporten indeholder mere information end virksomheden er forpligtet til at oplyse efter årsregnskabsloven.


åbenbare fejl, som anført af klager. Det kan efter styrelsens opfattelse ikke anses som en åbenlys fejl, at virksomheden oplyser sin nettoomsætning, selvom virksomheden i tidligere års regnskaber har valgt ikke at vise nettoomsætningen. Endelig finder styrelsen ikke, at det er en åbenlys fejl, at den indberettede årsrapport - ifølge det af klager oplyste - ikke er godkendt på generalforsamlingen. Tværtimod synes det åbenlyst, at årsrapporten netop er godkendt på virksomhedens generalforsamling, idet dette fremgår af årsrapportens forside, der tillige er underskrevet af generalforsamlingens dirigent.

Ved e-mail af 21. september 2017 har klager i et supplerende indlæg anført:

"... Vi vil i det følgende komme med vores supplerende bemærkninger [til Erhvervsstyrelsens udtalelse] ..., forinden Erhvervsankenævnet træffer endelig afgørelse i sagen:


- Vi er således fortsat af den opfattelse, at indberetning af en ældre version af årsrapporten, end den på generalforsamlingen vedtagne, er en åbenlys fejl, der berettiger omgørelse efter indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2.

- Endvidere er det vores opfattelse, at det må være i regnskabsbrugers interesse, at den offentliggjorte årsrapport er i overensstemmelse med den på generalforsamlingen vedtagne årsrapport, hvorfor vi imødeser en omgørelse af den offentliggjorte årsrapport efter indsendelsesbekendtgørelsens § 11, stk. 2.


..."
Ankenævnet udtaler:

Det følger af årsregnskabsloven § 138, stk. 5, at har styrelsen bekendtgjort, at en årsrapport er offentligt tilgængelig efter § 154, kan denne ikke omgøres ved en ny årsrapport, medmindre styrelsen tillader dette.

Af Lovforslag nr. 138 af 10. januar 2001 fremgår det af bemærkningerne til § 138, at:


Da sammendrag i resultatopgørelsen af posterne "Revenue", "Raw materials and consumables" og "Other external expenses", jf. nærmere herom i årsregnskabslovens § 32, herunder udeladelse af oplysninger om nettoomsætning, til sammendraget "Gross margin" ikke efter styrelsens offentliggørelse af klagers oprindelige årsrapport for 2016 kan anses for rettelser af en væsentlig eller åbenbar fejl eller berigtigelse af et ulovligt forhold, jf. herved § 11, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 1057 af 8. september 2015 om indberetning til og offentliggørelse af årsrapporter m.v. i Erhvervssstyrelsen samt kommunikation i forbindelse hermed (Indsendelsesbekendtgørelsen) tiltræder ankenævnet, at Erhvervssstyrelsen har afvist at offentliggøre den af klager omgjorte årsrapport.

4.6. Lov om statsautoriserede og registrerede revisorer

26) Kendelse af den 7. september 2017 (J.nr. 17/00715)
Godkendelse til aflæggelse af egnetehdsprøve tilbagekaldt.

Dagældende lov af 30. april 2003 om statsautoriserede og registrerede revisorer, § 4
Dagældende 8. direktiv, direktiv 84/253/EØF, artikel 11
(Finn Meyer, Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved skrivelse af 3. april 2017 har advokat A på vegne af K klaget over, at Erhvervs-
styrelsen ved afgørelse af 9. marts 2017, har annulleret klagers godkendelse til af-
læggelse af egnetehdsprøve med henblik på opnåelse af gensidig anerkendelse som
dansk statsautorisert revisor, som følge af, at klager ikke var berettiget til at foretage
"lovpligtig revision".

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens agterskrivelse af 7. februar 2017 anføres det:

"Udkast til afgørelse - ansøgning om indstilling til egnetehdsprøve

På baggrund af de oplysninger om din norske titel som statsautorisert revisor, som er beskrevet af de norske myndigheder og yderligere belyst gen-
nem korrespondance mellem Erhvervsstyrelsen og dig, agter styrelsen at
træffe følgende afgørelse:

"Annullering af din godkendelse til aflæggelse af egnetehdsprøve

Erhvervsstyrelsen blev i forbindelse med din ansøgning om indstilling til af-
læggelse af egnetehdsprøve opmærksom på, at din titel som norsk statsauto-
riseret revisor alene berettiger dig til at være revisormedarbejder. Styrelsen
besluttede derfor at se nærmere på forholdene ved din godkendelse til af-
læggelse af egnetehdsprøve, der er opnået på grundlag af din norske titel som
statsautoriset revisor.

Ved skrivelse af 9. marts 2017 traf Erhvervsstyrelsen endelig afgørelse, hvoraf det
fremgik:

"Annullering af din godkendelse til aflæggelse af egnetehdsprøve
Erhvervsstyrelsen blev i forbindelse med din ansøgning om indstilling til aflæggelse af egnethedsprøve opmærksom på, at din titel som norsk statsautorisert revisor alene berettiger dig til at være revisormedarbejder. Styrelsen besluttede derfor at se nærmere på forholdene ved din godkendelse til aflæggelse af egnethedsprøve, der er opnået på grundlag af din norske titel som statsautorisert revisor.

Forløbet i din sag har været som følger:

... 

På det tidspunkt, hvor Erhvervs- og Selskabsstyrelsen godkendte dig til at kunne indstille dig til egnethedsprøve, fastslog den dagældende lov nr. 302 af 30. april 2003 om statsautoriserede og registrerede revisorer i § 1, stk. 2, at "Loven finder anvendelse ved revisors revision af regnskaber m.v. og supplerede beretningers samt ved revisors afgivelse af erklæringer og rapporter, der i øvrigt kræves i henhold til lovovningen eller ikke udelukkende er bestemt til hvergiverens eget brug."

Dette princip, som er gentaget i den gældende lov nr. 468 af 17. juni 2008 § 1, stk. 2, medfører, at kun revisorer fra andre medlemsstater, der er berettigede til at foretage lovpligtig revision af regnskaber m.v., kan godkendes som statsautorisert revisor i Danmark efter bestået egnethedsprøve. Revisorer fra andre medlemsstater, der ikke er berettiget til at udføre denne type opgave, kan uden videre påtage sig erhvervet "revisor" i Danmark, da denne titel ikke forudsætter myndighedsgodkendelse - men disse revisorer kan alt-så heller ikke i Danmark foretage "lovpligtig revision".

For så vidt angår den norske titel "statsautorisert revisor" kan denne berettigede indehaveren til at foretage lovpligtig revision - men gør det ikke altid. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har ved din godkendelse til aflæggelse af egnethedsprøve i 2005 lagt til grund, at din titel af "statsautorisert revisor" berettigede dig til at foretage lovpligtig revision og har ikke haft anledning til at tvivle på indholdet af din titel. Styrelsen har i brevet af 29. september 2005 alene pointeret over for dig, at det var en forudsætning for den endelige beskikkelse som statsautorisert revisor, at du dels bestod egnethedsprøven, dels "opfylder de øvrige beskikkelsesbetingelser, som er anført i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer."

På denne baggrund er det Erhvervsstyrrelsens opfattelse, at du ikke var berettiget til at blive godkendt til aflæggelse af egnethedsprøve i 2005. Erhvervssstyrelsen har derfor i dag annulleret din godkendelse til at aflægge egnethedsprøve. Erhvervsstyrrelsen har i sin afgørelse lagt vægt på:

- At du ikke har været berettiget til egenhændigt at foretage lovpligtig revision af årsregnskaber og konsoliderede regnskaber i kraft af din norske titel som "statsautorisert revisor",
- At du ikke har dokumenteret eventuel anden berettigelse til at udføre lovpligtig revision,
At der er forløbet mere end elleve år siden du opnåede berettigelse til at aflægge egnethedsprøve, uden at du har benyttet denne adgang, og

At en eventuel dansk titel som statsautorisører revisor berettiger dig til at opnå gensidig anerkendelse som revisor med ret til at foretage lovlige revision overalt i EU/EØS.

Erhvervsstyrelsen har i sin afvejning af de modstående hensyn i denne sag fundet, at hensynet til, at du siden 29. september 2005 har indrettet dig i tillid til, at du kunne aflægge egnethedsprøve med henblik på opnåelse af dansk titel som statsautorisører revisor, vejer mindre tungt end de fire ovennævnte hensyn.

Ved skrivelse af 3. april 2017 sendte advokat A klagen over Erhvervsstyrelsens afgørelse til Erhvervsankenævnet. I skrivelsen anføres det:

”...

Jeg vedlægger kopi af afgørelsen.

Min klient gør gældende, at Erhvervsstyrelsen ikke har haft hjemmel til den skete annullering af godkendelse til aflæggelse af egnethedsprøve.

Min klient opnåede i 2005 en godkendelse til aflæggelse af egnethedsprøve med henblik af anerkendelse som dansk statsautorisører revisor.

Dette godkendelse var ubetinget og tidsbegrenset, ligesom der ikke er sket væsentlige ændringer i den norske revisorlovgivning, indtil min klient anmoder om indstilling til egnetheedsprøve i 2016.

Erhvervsstyrelsen i deres afgørelse bl.a. lagt vægt på, at der er forløbet mere end 11 år, uden at min klient har udnyttet adgangen til at aflægge egnetheedsprøven.

Min klient har indrettet sig i tillid til, at han kunne aflægge prøven uden tidsbegrænsning.

Såfremt revisorkommissionen eller Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2005 havde været af den opfattelse, at en godkendelse til aflæggelse af egnetheedsprøve skulle tidsbegrenses, havde det været naturligt og nødvendigt at indføre denne tidsbegrensning i godkendelsen.

Det er ikke rimeligt, at Erhvervsstyrelsen nu lægger vægt på forhold, som må have indgået i overvejelserne omkring godkendelsen i 2005.
Erhvervsstyrelsen har endvidere lagt vægt på, at min klient ikke har været berettiget til egenhændigt at foretage lovpligtig revision af årsregnskaber og konsoliderede selskabet.

Denne ret kræver i Norge en godkendelse som ansvarlig revisor.

Dette synspunkt forekommer formalistisk og igen et forhold, som må have indgået i overvejelserne omkring godkendelsen i 2005.

I henhold til de oplysninger Erhvervsstyrelsen har indhentet hos de Norske myndigheder, kan min klient opnå godkendelse som ansvarlig revisor, når han opfylder tillægskravene til efteruddannelse og tegner den fornødne ansvarsforsikring.

De norske myndigheder har præciseret, at min klient ikke skal gennemføre en praktisk prøve, da han har opnået sin godkendelse i Norge i 2005.

Efter de norske krav til efteruddannelse skal en ansvarlig revisor i løbet af de 3 forudgående år havde gennemført 105 timer efteruddannelse, jfr. vedlagte kap. 2. i revisorforskriften.

Min klient har forstået, at den lovpligtige efteruddannelse han har gennemført i Danmark kan godkendes i Norge, dog således at de 21 timer skatteret skal være enten norsk eller international skatteret.

Min klient har gennemført undervisning i international skatteret, som et led i sin efteruddannelse i men mangler formentligt få timer for at kunne opfylde de norske krav til efteruddannelse i skatteret, mens han i øvrigt opfylder kravene til de øvrige efteruddannelsesområder.

Min klient ville således kunne søge og opnå godkendelse som ansvarlig revisor i Norge ved at gennemføre få timers efteruddannelse i international skatteret og tegne en revisoransvarsforsikring i Norge.

Min klient dokumenterer naturligvis gerne sin danske efteruddannelse nærmere.

Min klient gør således tillige gældende, at der ikke i de af Erhvervsstyrelsen anførte grunde er noget grundlag for at tilsidesætte/annulere den i 2005 meddelte tilladelse til aflæggelse af egnethedsprøve.

Erhvervsstyrelsen har i anledning af klagen i en redegørelse af 9. maj 2017 udtalt:

"…"

1. Erhvervsstyrelsens påstand
Erhvervsstyrelsen nedlægger påstand om, at klagen ikke tages til følge.

2. Sagens faktiske omstændigheder

3. Sagens retlige omstændigheder
3.1. Revisorlovgivning m.m.
Erhvervs- og Selskabsstyrelsens godkendelse af K er foretaget med hjemmel i den dagældende lov nr. 302 af 30. april 2003 om statsautoriserede og registerede revisorer § 4, jf. § 1, stk. 2.

§ 1. Denne lov omfatter betingelserne for beskikkelse af statsautoriserede og registerede revisorer samt vilkårene for udførelse af opgaver i forbindelse med revision m.v., jf. stk. 2.
Stk. 2. Loven finder anvendelse ved revisors revision af regnskaber m.v. og supplerende beretninger samt ved revisors afgivelse af erklæringer og rapporter, der i øvrigt kræves i henhold til lovgivningen eller ikke udelukkende er bestemt til hvervsgiverens eget brug.

§ 4. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan beskikke personer, som godtgør i udlandet at have gennemført en uddannelse, der findes at kunne ligestilles med den i § 3, stk. 1, nr. 4 og 5, jf. stk. 3, omhandlede uddannelse, og som i øvrigt opfylder betingelserne i § 3, stk. 1 og 3, jf. stk. 5.
Stk. 2. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan i øvrigt, hvor særlige forhold gør sig gældende, tillade udenlandske revisorer at varetage konkrete hverv, hvortil der i lovgivningen kræves en statsautorisert eller registreret revisor. En sådan tilladelse kan begrænses og betinges.

Bestemmelserne om gensidig anerkendelse i revisorloven var en implementering af det dagældende 8. direktiv, direktiv 84/253ÆØF. Reglerne om gensidig anerkendelse var indeholdt i artikel 11, stk. 1, jf. art. 1, stk. 1:

Anvendelsesområde

Artikel 1
1. De i dette direktiv foreskrevne samordningsforanstaltninger gælder for medlemsstatsaternes love og administrative bestemmelser vedrørende personer, der skal foretage:

a) lovpligtig revision af årsregnskaber for selskaber samt kontrol af overensstemmelse mellem årsberetning og årsregnskab, for så vidt en sådan revision og en sådan kontrol er pcikrævet i henhold til fællesskabsretten;
b) lovpligtig revision af konsoliderede regnskaber for helheder af virksomheder samt kontrol af overensstemmelse mellem den konsoliderede årsberetning og det konsoliderede regnskab, for så vidt en
sådan revision og en sådan kontrol er påkrævet i henhold til fælles-
skabsretten.

2. De i stk. 1 omhandlede personer kan alt efter den enkelte medlemsstats
lovgivning være fysiske eller juridiske personer eller andre former for sel-
skaber eller sammenslutninger (revisionsselskaber i henhold til dette direk-
tiv).

Artikel 11

1. Myndighederne i en medlemsstat kan meddele personer, som har
opnået en del af eller samtlige deres kvalifikationer i en anden stat,
autorisation, når de opfylder følgende to betingelser:

a) deres kvalifikationer skal af de kompetente myndigheder anse
som ligeværdige med dem, der kræves i henhold til lovgivningen i
den pågældende medlemsstat i overensstemmelse med dette direktiv;

b) de skal have fort bevis for, at de er i besiddelse af de juridiske
kundskaber, der i den pågældende medlemsstat kræves til udførelse
af lovpligtig revision af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede dokumen-
ter. Myndighederne i den pågældende medlemsstat kan dog undlade
at stille krav om et sådant bevis, såfremt de skønner, at de juridiske
kundskaber, der er erhvervet i en anden medlemsstat, er tilstrække-
lige.

2. Bestemmelserne i artikel 3 finder anvendelse.

Selvom bestemmelsen i art. 11 i det dagældende 8. direktiv var mere over-
ordnet formuleret end i det nugældende 8. direktivs art. 14, var det også
dengang centrale, at de kvalifikationer, der stammede fra en anden medlems-
stat, skulle være "ligeværdige" med, hvad der blev krævet i den modtagende
medlemsstat. Sammenholdt med direktivets anvendelsesområde, jf. art. 1, er
det kun personer, der foretager lovpligtig revision af årsregnskaber for sel-
skaber eller lovpligtig revision af konsoliderede regnskaber for helheder af
virksomheder, som har krav på at opnå gensidig anerkendelse.

Afgrænsningen af revisorlovens anvendelsesområde til at være "revisors re-
vision af regnskaber m.v. og supplerende beretninger samt ved revisors af-
givelse af erklæringer og rapporter, der i øvrigt kræves i henhold til lovgiv-
ningen eller ikke udelukkende er bestemt til hverv giverens eget brug", var
således i overensstemmelse med kravene i 8. direktiv - og svarer til af-
grænsningen i den gældende lov nr. 468 af 17. juni 2008. Denne afgræns-
ningsmedfører, at kun revisorer fra andre medlemsstater, der er berettigede
til at foretage lovpligtig revision af regnskaber m.v., kan godkendes som
statsautoriseret revisor i Danmark efter bestået egnethedsprøve. Revisorer
fra andre medlemsstater, der ikke er berettiget til at udføre denne type opgæ-
ve, kan uden videre påtage sig erhvervet "revisor" i Danmark, da denne titel
ikke forudsætter myndighedsgodkendelse - men disse revisorer kan, ligesom
i hjemlandet, ikke foretage "lovpligtig revision" i Danmark.

3.2. Forvaltningsret

At der er tale om en begunstigende forvaltningsakt ændrer ikke ved, at en manglende lovhjemmel som udgangspunkt må føre til, at afgørelsen bliver annulleret - se den klare begundelse fra Højesteret i U 1995.49512H, om Greve kommunes tilladelse til udvidet åbningstid i servicestationer og butikker på to benzinelskabers motorvejsanlæg ved Karlslund Øst. Højesteret udtalte: "Manglende lovhjemmel må som udgangspunkt medføre, at også en begunstigende forvaltningsakt annulleres. I nærværende sag foreligger der ikke omstændigheder, som giver grund til at fravige dette udgangspunkt."

Ombudsmanden har i FOU 2015.15 om tilbagekaldelse af begunstigende afgørelse om fritagelse for kommunal grundskyld udtalt følgende om myndigheders adgang til at tilbagekalde begunstigende forvaltningsakter:

"3.2. En forvaltningsmyndighed har efter en almindelig ulovbestemt retsgrundsætning adgang til under visse omstændigheder at tilbagekalde sine afgørelser.


Hvis der er tale om et løbende retsforsøg, bliver denne hovedregel imidlertid fraveget. Adgangen i disse tilfælde til med et rimeligt varsel at tilbagekalde en forvaltningsakt til ugunst for adressaten er således generelt videre end normalt, for så vidt tilbagekaldelsen kun har virkning for fremtiden. Se Karsten Revsbech m.fl., a.st., s. 523 f.2"

Når en myndighed træffer afgørelser i flere sager, hvor omstændighederne er sammenlignelige, spiller den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning en rolle. I ovennævnte FOU 2015.15, udtaler ombudsmanden følgende om lighedsgrundsætningens betydning:

4. Erhvervsstyrelsens anbringender

Styrelsen gor til støtte for påstanden følgende gældende:

4.1. Klageren har anført, at Erhvervsstyrelsen ikke har hjemmel til at annullere godkendelsen af egnethedsprøven.

Heroverfor gør styrelsen gældende, at godkendelsen af 29. september 2005 til aflæggelse af egnethedsprøve var i strid med § 4, jf. § 1, stk. 2, i den daværende revisorlov, idet K ikke havde den forudsatte adgang til at foretage lovpligtig revision i Norge.


Da godkendelsen til at aflægge egnethedsprøve alene giver potentielt og fremadrettet adgang til at opnå godkendelse som statsautoriseret revisor, er det berettiget, at Styrelsen foretager en i forvaltningsretlig praksis anerkendt "ulovhjemlet tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakt".

Samtidig indebærer den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, at væsentligt lige forhold skal behandles lige. Heri ligger et krav om konsekvens i forvaltningens afgørelser, dvs. at der - så længe en administrativ praksis ikke er ændret - ikke må forekomme ubegrundede eller vilkårlige afvigelser fra praksis.

I de to sidstnævnte sager opfyldte de berørte revisorer efterfølgende hjemlandets krav til opnåelse af ret til at udføre lovpligtig revision, og hjemmelsmanglen blev derfor anset for "helbredt". Styrelsen finder på denne baggrund, at også lighedsgrundsætningen tilsiger, at det i denne sag er berettiget at tilbagekalde den givne godkendelse.

De pågældende sager er:


**J.nr. 2010-0023164 og 2012-0027106** - 2 tilbagekaldelser af godkendelse som statsaut. rev. meddelt på fejlagtigt grundlag. Under lignende omstændigheder som i ovennævnte sag kontaktede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 2 personer, der på baggrund af den engelske titel "Chartered Accountant" var blevet godkendt som statsautoriserede revisorer efter at have aflagt egnethedsprøve. Begge parter fik en frit til at udbedre manglerne ved den engelske titel, og efter at have opfyldt de engelske krav til opnåede begge ret til at udføre lovpligtig revision. Hjemmelsmanglen derfor anset for "helbredt". Begge parter kunne derfor opretholde titlen som statsautoriseret revisor.

4.2. Klageren har anført, at han har indrettet sig i tillid til, at han kunne aflægge prøven uden tidsbegrensning, og at såfremt Revisorkommissionen eller Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 2005 havde været af den opfattelse, at en godkendelse til aflæggelse af egnethedsprøve skulle tidsbegrænset, havde det været naturligt og nødvendigt at indføre denne tidsbegrensning i godkendelsen, ligesom det ikke er rimeligt, at Erhvervsstyrelsen nu lægger vægt på forhold, som må have indgået i overvejelserne omkring godkendelsen i 2005.

Heroverfor gør styrelsen gældende, at der ikke er tale om, at der blev givet en tidsbegrænset godkendelse. Der er alene tale om, at de tekniske muligheder for at verificere ansøgernes berettigelse til at opnå gensidig anerkendelse har udviklet sig i løbet af de 11 år, der er gået mellem det tidspunkt, hvor ansøger opnåede tilladelse til at aflægge egnethedsprøve, til ansøger ønskede at udnytte denne mulighed.

For 2008 beroede godkendelsen af udenlandske titler på ansøgers oplysninger og på det kendskab, medlemmerne af den daværende Revisorkommission havde til den aktuelle udenlandske revisortitel. Af samme grund indeholder tilladelsen til at aflægge egnethedsprøve (se bilag ... og ...) følgende
passus: "Såfremt De består egnethedsprøven og opfylder de øvrige beskikkelsesbetingelser, som er anført i lov om statsautoriserede og registrerede revisorer, vil De kunne besikkedes som statsautoriserede revisor." Herved sikrede man sig, at skulle det efterfølgende vise sig, at den pågældende ikke opfyldte betingelserne i revisorloven - fx om at være berettiget til at foretage lovgivning - kunne besikkelsesafvises.

I denne sag har K hverken oplyst, at den norske titel ikke berettigede til at foretage lovgivning, eller oplyst, at han allerede havde en titel som dansk registreret revisor - den titel, der var grundlaget for at opnå gensidig anerkendelse i Norge som "statsautorisert revisor". Det er muligt, at oplysninger om den danske titel, der ligesom den danske titel som statsautoriserede revisor opfylde kravene i 8. direktiv, ville have ført til en afvisning af gensidigt at anerkende en norsk titel, der beror på denne danske titel. Og det er sikkert, at oplysninger om, at K ikke havde ret til at foretage lovgivning i kraft af sin norske titel, ville have ført til en afvisning af ansøgningen.

I dag verificeres oplysninger om udenlandske revisortitler via IMI, Informationssystemet for det Indre marked, som muliggør sikker udveksling af personfølsomme oplysninger mellem myndighederne i forbindelse med sager om anerkendelse. Systemet er etableret i 2008. Udveksling af oplysninger via IMI har siden 2012 haft et tværgående rets grundlag i forordningen om IMI (1024/2012).

Erhvervsstyrelsen er i denne sag ligesom i andre sager om tilbagekaldelse af afgørelser vedr. gensidig anerkendelse af udenlandske revisortitler meget opmærksom på ansøgers behov for at kunne indrette sig i tillid til en afgørelse. Ikke desto mindre finder styrelsen, at de 11 år, der er gået for K ønskede at indstille sig til egnethedsprøve på baggrund af en bortkommet tilladelse fra 2005, må tages som udtryk for, at adgangen til at aflægge egnethedsprøve ikke har været et afgørende element i K's karriereplanlægning.

Erhvervsstyrelsen finder, at offentlighedens berettigede forventning til de kompetencer, en statsautoriseret revisor som offentlighedens tillidsrepræsentant må forudsættes at have, vejer tungere end hensynet til en potentielt, fremadrettet berettiget forventning, der ikke er blevet udnyttet i 11 år. Det er i denne forbindelse skærpende, at de norske myndigheder oplyser, at K efter deres oplysninger heller ikke har praktisk erfaring som statsautoriserede revisor i Norge.

At Erhvervsstyrelsen i 2016 besluttede at undersøge baggrunden for K's tilladelse til at aflægge egnethedsprøve fra 2005, skyldtes dels, at tilladelsen var givet uden kendskab til den eksisterende danske titel, som var grundlaget for den norske titel, dels at K efter eget udsagn havde sin praktiske erfaring fra Danmark og Færøerne - ikke fra Norge. Da det således var klart, at den norske titel ikke var opnået som led i en fuld norsk revisoruddannelse, men som gensidig anerkendelse af den danske titel på et tidspunkt, hvor der på Færøerne var et opgør om afvisning af at anerkende revisorer med norsk titel (se således dommen afsagt af Sorinskrivarin i Foroyum den 2. februar 2015 i sag nr. BS 1072/2012), fandt styrelsen det berettiget at se nærmere på
baggrunden for K's tilladelse.


Styrelsen bemærker hertil, at forudsætningen om, at kun personer, der i det autorisationsgivende land er berettigede til egenhændigt at foretage lovpligtig revision, kan opnå gensidig anerkendelse som godkendt revisor i Danmark, ikke er et formalistisk krav, men derimod det centrale materielle indhold af bestemmelsen.

Godkendelsen af 29. september 2005 til aflæggelse af egnethedsprøve blev givet i strid med§ 4, jf. § 1, stk. 2, i den dagældende revisorlov. De norske myndigheder oplyser via IMI den 5. januar 2017 (se bilag ...), at "K har ikke ret til å være oppdragsansvarlig revisor i Norge. Etter det vi kjenner har han heller ikke praksis som revisormedarbeider fra Norge."

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at der i dette tilfælde ikke er grundlag for at vurdere manglen som uvæsentlig. Havde oplysningerne fra de norske myndigheder været tilgængelige for den daværende Erhvervs- og Selskabsstyrelse, var godkendelsen til at aflægge egnethedsprøve uden tvivl ikke blevet givet. Det bemærkes samtidig, at kravet om, at gensidig anerkendelse af udenlandske revisorer forudsætter, at den pågældende er berettiget til at foretage lovpligtig revision, er indispensabel.

4.4. Klageren har anført, at han har gennemført undervisning i international skatteret, som et led i sin efteruddannelse, men mangler formentligt få timer for at kunne opfylde de norske krav til efteruddannelse i skatteret, mens han i øvrigt opfylder kravene til de øvrige efteruddannelsesområder. Han ville således kunne søge og opnå godkendelse som ansvarlig revisor i Norge ved at gennemføre få timers efteruddannelse i international skatteret og tegne en revisoransvarsforsikring i Norge. Der er ikke i de af Erhvervsstyrelsen anførte grunde grundlag for at tilsidesætte/ annulere den i 2005 meddelte tilladelse til aflæggelse af egnethedsprøve.

Heroverfor bemærkes, at det er Erhvervsstyrelsens faste praksis i sager om gensidig anerkendelse af udenlandske revisorer, at styrelsen afstår fra at fortolke andre landes revisorlovgivning. Det skyldes dels, at variationen af de rettigheder, der knytter sig til en revisortitel er stor - og ikke altid kan ses umiddelbart af titlen, dels at der via IMI er mulighed for at undgå enhver fortolkningstvivl ved at spørge den kompetente myndighed om den pågældende revisor er berettiget til at udføre lovpligtig revision i overensstemmelse med 8. direktiv. For ansøgere med titler fra tredjelande stiller Erhvervsstyrelsen krav om en utvetydig erklæring om adgangen til at foretage lovpligtig revision fra tredjelandets kompetente myndighed. Der er ikke hjemmel til at dispensere fra kravet om berettigelse til at udføre lovpligtig revisi-
Det er derfor i overensstemmelse med hidtidig praksis, at styrelsen ikke ønsker at vurdere, hvorvidt K er tæt på eller langt fra at opfylde de norske krav. Der kan alene blive tale om en gensidig anerkendelse, såfremt K fuldt ud opfylder de norske krav.


Erhvervsstyrelsens afvisning af at anerkende en revisor, der næsten opfylder kravene for at opnå norsk autorisation, er således også et udslag for en bekymring for, at sagen, såfremt K får medhold i sin klage, vil medføre en risiko for omgåelse af det gældende krav om, at registrerede revisorer for at opnå titel som statsautoriseret revisor skal bestå revisoreksamen i modul B og C samt mundtlig eksamen.

Denne bekymring for omgåelse er særlig aktuel i denne sag, fordi K aldrig har praktiseret i Norge, og han har heller ikke hverken fra Danmark eller Færøerne selvstændig praktisk erfaring med revision af de virksomhedsformer, der er forbeholdt statsautoriserede revisorer i Danmark. Der er således ikke sket en udvikling af K's kompetence til selvstændigt at revidere stats- virksomheder, børsnoterede selskaber og finansielle virksomheder, der ville kunne berettige til titlen "statsautorisret revisor" i Danmark.

4.5. Afsluttende bemærkning

I skrivelse af 12. juni 2017 har advokat A i et supplerende indlæg anført følgende bemærkninger:

"...

Idet jeg henviser til Erhvervsstyrelsens skrivelse af 9/5 2017 har jeg følgende bemærkninger til styrelsens påstand og anbringender i sagen.

Jeg forstår skrivelsen således, at styrelsens hovedanbringende er, at godkendelsen af 29/9 2005 var i strid med den dagældende revisorlov, og at der herefter er tale om en hjemmelmangel, og at det efter almindelige forvaltningsretlige principper herefter var berettigt at annullere den meddelte
Jeg har endvidere forstået, at sagens akter fra 2005 er bortkommet.

Styrelsen antager, at den daværende Erhvervs- og Selskabsstyrelse ikke havde meddelt tilladelsen, såfremt de havde været bekendt med de forhold, som styrelsen nu gør gældende.

Det er en hypotetisk antagelse, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og revisorkommisionen ikke har haft de fornødne oplysninger i forbindelse med meddelelse af tilladelsen, og antagelsen er formentlig forkert.

Det må påhvile styrelsen at dokumentere, at der var tale om en hjemmelmangl, særligt når der er tale om en begunstigende tilladelse som i nærværende sag.

Den meddelte tilladelse er efter min opfattelse meddelt på et rigtigt og oplyst grundlag.

Styrelsen har lagt vægt på, at min klient ikke er "ansvarlig revisor" efter nu-gældende norske regler, om end han er tæt på at opfylde betingelserne.


Styrelsen opfordres til at oplyse, om man i forbindelse med sagsbehandlingen har indhentet og sammenholdt den gældende norske revisorlovgivning fra 2005 med den nu-gældende lovgivning.

Jeg mener derfor, at ankenævnet kan lægge til grund, at tilladelsen fra 2005 ikke lider af forvaltningsretlige mangler.

Jeg har noteret, at styrelsen under pkt. 4.4 anfører, at praksis i styrelsen er, at man ikke vurderer om en ansøger er tæt på eller langt fra at opfylde betingelserne for at opnår en tilladelse.

Denne praksis synes i modstrid med de af styrelsen citerede afgørelser J.nr. 2010-0023 I 64 og 2012-0027106, hvor man meddelte en frist til at udbedre manglerne ved en engelsk titel.

Styrelsen anfører under pkt. 4.3, at man på baggrund af en dom af 2/2 2015 fandt anledning til at se nærmere på tilladelsen i nærværende sag.

Den pågældende dom vedrørte ikke en norsk statsaut. revisor, men der blev i henhold til dommen afgivet vidnemforklaring af en revisor C, som blev statsaut. revisor med samme baggrund som min klient.

Styrelsen har endelig anført, at man har en bekymring, hvis godkendelsen opretholdes.
Jeg henviser til, at min klient er stats.aut. norsk revisor og kun mangler at gennemføre få timers undervisning i skatteret og tegne en forsikring for at opnå godkendelse som ansvarlig revisor i Norge.

Jeg kan endelig oplyse, at min klient har afventet med at indstille sig til egnetshedsprøven, da han i 2006 købte en revisionsforretning med deraf følgende arbejdspres.

Ankenævnet udtaler:
Det fremgår af sagen, at den af Erhvervsstyrelsen meddelte godkendelse af 29. september 2005 til klagers aflæggelse af egnetshedsprøve blev truffet ud fra de kriterier, der var gældende i den dagældende lov nr. 302 af 30. april 2003 om statsautoriserede og registrerede revisorer § 4, stk. 1, jf. § 1, stk. 2.

Af den dagældende lov om statsautoriserede og registrerede revisorer fremgår det:

§ 1. Denne lov omfatter betingelserne for beskikkelse af statsautoriserede og registrerede revisorer samt vilkårene for udførelse af opgaver i forbindelse med revision m.v., jf. stk. 2.
Stk. 2. Loven finder anvendelse ved revisors revision af regnskaber m.v. og supplerende beretninger samt ved revisors afgivelse af erklæringer og rapporter, der i øvrigt kræves i henhold til lovgivningen eller ikke udelukkende er bestemt til hvervsgiverens eget brug.

§ 4. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan beskikke personer, som godtgør i udlandet at have gennemført en uddannelse, der findes at kunne ligestilles med den i § 3, stk. 1, nr. 4 og 5, jf. stk. 3, omhandlede uddannelse, og som i øvrigt opfylder betingelserne i § 3, stk. 1 og 3, jf. stk. 5.
Stk. 2. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan i øvrigt, hvor særlige forhold gør sig gældende, tillade udenlandske revisorer at varetage konkrete hverv, hvortil der i lovgivningen kræves en statsautoriseret eller registreret revisor. En sådan tilladelse kan begrænses og betinges.

Bestemmelserne om gensidig anerkendelse i revisorloven var en implementering af det dagældende 8. direktiv, direktiv 84/253/EØF. Reglerne om gensidig anerkendelse var indeholdt i artikel 11, stk. 1, jf. art. 1, stk. 1, hvoraf fremgår:

Artikel 1
1. De i dette direktiv foreskrevne samordningsforanstaltninger gælder for medlemsstaternes love og administrative bestemmelser vedrørende personer, der skal foretage:
a) lovpligtig revision af årsregnskaber for selskaber samt kontrol af overensstemmelse mellem årsberetning og årsregnskab, for så vidt en sådan revision og en sådan kontrol er påkrævet i henhold til fællesskabsretten,  
b) lovpligtig revision af konsoliderede regnskaber for helheder af virksomheder samt kontrol af overensstemmelse mellem den konsoliderede årsberetning og det konsoliderede regnskab, for så vidt en sådan revision og en sådan kontrol er påkrævet i henhold til fællesskabsretten.

Artikel 11

1. Myndighederne i en medlemsstat kan meddele personer, som har opnået en del af eller samtlige deres kvalifikationer i en anden stat, autorisation, når de opfylder følgende to betingelser:

a) deres kvalifikationer skal af de kompetente myndigheder anses som ligeværdige med dem, der kræves i henhold til lovgivningen i den pågældende medlemsstat i overensstemmelse med dette direktiv,
b) de skal have ført bevis for, at de er i besiddelse af de juridiske kundskaber, der i den pågældende medlemsstat kræves til udførelse af lovpligtig revision af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede dokumenter. Myndighederne i den pågældende medlemsstat kan dog undlade at stille krav om et sådant bevis, såfremt de skønner, at de juridiske kundskaber, der er erhvervet i en anden medlemsstat, er tilstrækkelige.

Det følger ligeledes af den gældende revisorlov (lov nr. 468 af 17. juni 2008 § 1, stk. 2), at kun revisorer fra andre medlemsstater, der er berettigede til at foretage lovpligtig revision af regnskaber, kan godkendes som statsautorisert revisor i Danmark efter bestået egnetheidsprøve.

Da det er oplyst, at klager ikke i kraft af sin norske titel som "statsautorisert revisor" eller på andet grundlag har været berettiget til at foretage lovpligtig revision af årsregnskaber, finder Erhvervsankenævnet, at klager ikke opfyldte betingelserne for at blive godkendt til aflæggelse af egnetheidsprøve som sket ved Erhvervsstyrelsens afgørelse af 29. september 2005.

Erhvervsankenævnet finder på denne baggrund, at den meddelte godkendelse til aflæggelse af egnetheidsprøve var i strid med lovgivningen og som følge heraf må anses som ugyldig.

Da de af klager anførte hensyn, herunder indretningssynspunkter, ikke kan føre til andet resultat, tiltrædes det, at Erhvervsstyrelsen har annulleret den meddelte godkendelse til at aflægge egnetheidsprøve fra 29. september 2005.
27) Kendelse af den 29. november 2017 (J.nr. 17/00955)

Klager havde ikke opnået tilstrækkeligt og egnet revisorbevis, hvorfor påtale kunne tiltrædes.

Dagældende revisorlov §§ 16, 23 og 35 samt dagældende erklæringsbekendtgørelse § 5

(Finn L. Meyer Anders Hjulmand og Steen Mejer)

Ved klageskrivelse af 18. maj 2017 har K [statsautorisert revisor] klaget over, at Erhvervsstyrelsen ved afgørelse truffet den 20. april 2017 har meddelt en påtale i forbindelse med en udmeldt kvalitetskontrol for overtrædelse af revisorloven, herunder §§ 16 og 23 om god revisorskik, idet der ikke er opnået tilstrækkeligt revisionsbevis for udvalgte revisionsopgaver, samt overtrædelse af erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 7 og 9, idet revisors udtalelse om ledelsesberetningen ikke er modificeret.

Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 20. april 2017 hedder det:

"…

Afgørelse

Erhvervsstyrelsen påtaler, jf. revisorlovens § 35, stk. 6, nr. 2, at K har overtrådt revisorloven, herunder god revisorskik, og erklæringsbekendtgørelsen. Påtalen er begrundet i følgende forhold:


b) Revisorlovens § 23, stk. 1, og god revisorskik, jf. § 16, stk. 1, samt § 5, stk. 9 i erklæringsbekendtgørelsen er overtrådt i forbindelse med afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for B [ApS] for 2013/14, idet der ikke er dokumentation for, at der er indhentet tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis forud for afgivelse revisionspåtegningen.

c) Revisorlovens § 23, stk. 1, og god revisorskik, jf. § 16, stk. 1, er overtrådt ved afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for C [ApS] for 2014, idet der ikke er tilstrækkelig dokumentation for revision af selskabets omsætning og modtagne forudbetalinger. Derudover er der for enkelte områder ikke indhentet revisionsbevis for-
ud for afgivelse revisionspåtegningen.

d) Erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 7, er overtrådt ved afgivelse af udtalelse om ledelsesberetningen på årsregnskabet for B for 2013/14, idet revisors udtalelse om ledelsesberetningen ikke er modificeret.

…

**Indbringelse for Revisornævnet**

Ud over ovenstående afgørelse om påtale har Erhvervsstyrelsen besluttet at indbringe K for Revisornævnet, jf. revisorlovens § 35, stk. 7 og § 43, stk. 3. Indbringelsen er begrundet i forholdene, som er omtalt ovenfor under punkt a) - d).

K er ved Revisornævnets afgørelse af 21. maj 2014 i sag nr. 123/2013 ikendt bøde på 15.000 kr. for:

a) at revisionshandlinger og overvejelser i forbindelse af revision af fortsat drift ikke er tilstrækkelig dokumenteret i en sag
b) mangelfuld planlægning samt at udførelsen og konklusionen af en revision er ikke tilstrækkelig dokumenteret, og
c) mangelfuld planlægning og udførelse at et review.

Eindhvervsstyrelsen beslutning om at indbringe K for Revisornævnet er begrundet i, at der er tale om gentagelsestilfælde. Forholdende vedrører utilstrækkelig dokumentation for planlægning og udførelse af erklæringsopgaver, hvilket også var tilfældet i Revisornævnets sags. nr. sag nr. 123/2013, hvor K blev ikendt en bøde på 15.000 kr.

Til orientering kan det oplyses, at beslutningen, om at indbringe K for Revisornævnet, ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet, idet der er tale om et processuelt skridt.

Med hensyn til en nærmere beskrivelse af de enkelte forhold henvises til sagsfremstillingen nedenfor.

**Sagsfremstilling og begrundelse**

Kvalitetskontrollanten har i sin erklæring om den gennemførte kvalitetskontrol hos K, CVR-nr. ... afgivet følgende forbehold, konklusion og supplerende oplysninger:

"Forbehold

Ved gennemgang af konkrete erklæringsopgaver har vi i flere tilfælde konstateret, at det udførte arbejde og omfanget heraf er utilstrækkeligt og kun delvist dokumenteret i forhold til den på opgaven afgivne erklæring.

Samtidig har vi konstateret, at de afgivne erklæringer i flere tilfælde ikke overholder kravene i erklæringsbekendtgørelsen, idet der ikke er afgivet fornødne forbehold for manglende overholdelse af årsregnskabsloven."
Ved gennemgang af en konkret erklæringsopgave har vi konstateret at væsentlige forhold ikke er omtalt i revisionsprotokollen.

Virksomhedens procedurer for efterfølgende overvågning, som er beskrevet i virksomhedens kvalitetsstyringssystem, er ikke overholdt. Virksomheden har ikke dokumenteret overvågning af kvalitetsstyringssystemet og har ikke udført og dokumenteret overvågning på opgaveniveau i henhold til reglerne herom.

… [Udeladt, da ordlyden af forbeholdet er gentaget.]

**Konklusion**

Med undtagelse af det i forbeholdet anførte vedrørende overvågning, er vi ikke blevet bekendt med forhold, der giver anledning til at konkludere, at der ikke er etableret, implementeret og anvendt et hensigtsmæssigt kvalitetsstyringssystem.

Som følge af de anførte forbehold er det vor opfattelse, at revisors erklæringer på erklæringsopgaver ikke er i overensstemmelse med de udarbejdede arbejdspapirer og med lovgivningens krav.

**Supplerende oplysninger**

Uden at tage forbehold skal det oplyses, at vi har konstateret, at der på en underskriftsberettiget revisor ikke forefindes tilstrækkelig dokumentation for 3 af de i alt 125 indberettede efteruddannelses timer.

Gennemgang af de enkelte forhold

Ad a) Ved afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for A for 2014 er revisorlovens § 23, stk. 1, og god revisorskik, jf. § 16, stk. 1, overtrådt, idet der ikke er dokumentation for, at der er opnået tilstrækkelt og egnet revisionsbevis for indregnede igangværende arbejder for fremmed regning

1) Faktiske forhold

K har den 20. juli 2015 afgivet revisionspåtegning på årsregnskabet for A for 2014. Revisionspåtegningen er af givet med følgende forbehold, konklusion og supplerende oplysninger:

"**Forbehold**

_Grundlag for konklusion med forbehold_

**Konklusion med forbehold**

**Supplerende oplysninger vedrørende forhold i regnskabet**
Uden at modificere vor konklusion gør vi opmærksom på, at der er væsentlig usikkerhed om selskabets mulighed for at fortsætte driften. Vi henviser til note 1 i regnskabet, hvoraf fremgår, hvilke forudsætninger der skal opfyldes, for at selskabet kan fortsætte driften.

**Erklæring i henhold til anden lovgivning og øvrig regulering**

**Supplerende oplysninger vedrørende andre forhold**
Selskabet har den 31. december 2014 et tilgodehavende på 537 tkr. hos et medlem af ledelsen. Selskabets udlån er i strid med selskabslovens § 210 og kan være ansvarspådragende for selskabets ledelse. Selskabet har ikke rettidigt indberettet momsbeløb og A-skat m.v. til SKAT. Forholdet kan være ansvarspådragende for ledelsen."

Uddrag af årsregnskabet for A for 2014:

<table>
<thead>
<tr>
<th>t.kr.</th>
<th>2014</th>
<th>2013</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Årets resultat</td>
<td>777</td>
<td>-1.309</td>
</tr>
<tr>
<td>Balancesum</td>
<td>3.878</td>
<td>2.420</td>
</tr>
<tr>
<td>Egenkapital</td>
<td>-32</td>
<td>-809</td>
</tr>
<tr>
<td>Igangværende arbejder for fremmed regning</td>
<td>1.490</td>
<td>0</td>
</tr>
</tbody>
</table>


Kvalitetskontrollanten har bl.a. afgivet følgende konklusion i bilag 4 på den udførte kontrol af A:

"Ved kontrollen af enkeltsagen er det konstateret, at udførelsen af revisionsopgaven vedrørende revision af igangværende arbejder og omsætning ikke overholder lovgivningen og relevante standarders krav, samt at der ikke er den fornødne sammenhæng mellem arbejds.paperier og erklæring. Der er ikke opnået tilstrækkeligt re visionsbevis for selskabets igangværende arbejder og omsætning. Dette er ikke kommet til udtryk i den afgivne revisionspåtegning."

Kvalitetskontrollanten har endvidere anført følgende i bilag 4 vedrørende J. A:

Væsentlige fejl og mangler ved udførelse, dokumentation, konklusion:
Revision af igangværende arbejder ses at være mangelfuld dokumenteret. Selskabets direktør har opgjort en liste med de igangværende arbejder. Underskrivende revisor har skrevet at der er udført følgende handlinger:

"De enkelte poster er gennemgået med direktøren. Der er ikke et egentligt registreringssystem. Der findes kontrakter for alle arbejder. Efterfølgende er det meste faktureret."

Igangværende arbejde udgør t.kr. 1.490 ud af den samlede balancesum på t.kr. 3.878 svarende til 38,4 %.

Jf. mailen med opgørelsen af de igangværende arbejder er der i alt tale om 4 projekter. Det er ikke beskrevet hvorledes de pågældende kontrakter er revideret set i forhold til, at selskabet ikke har registreringssystemer til opgørelse igangværende arbejder. Der foreligger ikke kopi af nogen af aftalerne af de 4 projekter. Det er ikke beskrevet hvilke revisionshandlinger der er udført for at sikre fuldstændigheden, periodiseringen og værdiansættelsen af de igangværende arbejder. Dette betyder at selskabets omsætning for det pågældende regnskabsår kan være forkert.

..."

K har afgivet følgende bemærkninger til kvalitetskontrollantens gennemgang af sagen:


2) Revisors bemærkninger
K har afgivet følgende bemærkninger til forhold b):


Idet jeg henviser til mine bemærkninger til det generelle kvalitetsstyringssy-
stem skal jeg bemærke, at jeg ikke er enig i de konklusioner, som kontrollanten og Erhvervsstyrelsen drager på grundlag af kontrollantens observationer.


På grundlag af ovenstående er det min opfattelse, at der er indhentet tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis forud for afgivelse/frigivelse af revisionspåtegningen. Revisionspåtegningen er efter mine noter frigivet den 4. november 2014".

3) Retligt grundlag

Ifølge revisorlovens § 16, stk. 1, skal revisor udføre sine opgaver i overensstemmelse med god revisorskik. God revisorskik er en faglig norm, der har til formål at sikre, at opgaverne udføres i overensstemmelse med lovgivningen og praksis inden for revisorområdet

I henhold til § 23, stk. 1, i revisorloven skal revisorer og revisionsvirksomheder for enhver opgave efter revisorlovens § 1, stk. 2, udarbejde arbejdsbider, der dokumenterer grundlaget for den afgivne erklæring.

Det fremgår af dagældende erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 9, at revisionspåtegningen skal dateres og underskrives af den eller de revisorer, der er valgt til at foretage revisionen. Hvor en revisionsvirksomhed er valgt, underskrives revisionspåtegningen af den eller de revisorer, til hvem revisionen er overdraget.

Af erklæringsvejledningen fremgår det til § 5, stk. 9, at revisionspåtegningen skal dateres den dag, revisionen afsluttes. Dateringen af revisionspåtegningen kan tidligst ske den dag, hvor ledelsen godkender og underskriver regnskabet, da revisor påtegner det af ledelsen udarbejdede/godkendte regnskab.

I henhold til ISA 230, afsnit 7 og 8 skal revisor udarbejde revisionsdokumentation rettidigt. Revisor skal udarbejde revisionsdokumentation, som er tilstrækkelig til, at en erfaren revisor, som ikke har forudgående tilknytning til revisionen, er i stand til at forstå følgende:

1) arten, den tidsmæssige placering og omfanget af revisionshandlinger udført for at overholde ISA'er samt gældende lovgivning og øvrig regulering

2) resultaterne af udførte revisionshandlinger og det opnåede revisionsbevis, og
3) betydelige forhold, som er opstået under revisionen, konklusionerne herpå samt betydelige faglige vurderinger, der er foretaget for at komme frem til disse konklusioner.

Det følger af Al i det forklarende materiale til ISA 230, at rettidig udarbejdelse af tilstrækkelig og egnet revisionsdokumentation er med til at øge kvaliteten af revisionen og understøtter en effektiv gennemgang og vurdering af det opnåede revisionsbevis samt de konklusioner, der er nået, før revisors erklæring afgives. Dokumentation, som er udarbejdet, efter at revisionsarbejdet er udført, er sandsynligvis mindre nøjagtig end dokumentation, der er udarbejdet på det tidspunkt, hvor arbejdet blev udført.

Af A22 fremgår det, at afslutningen af samlingen af det endelige revisionsarkiv efter datoen på revisors erklæring er en administrativ proces, som ikke omfatter udførelse af nye revisionshandlinger eller nye konklusioner. Der kan dog ske ændringer i revisionsdokumentationen i løbet af den endelige samlingsproces, hvis disse er af administrativ karakter. Eksempler på sådanne ændringer kan være:

- sletning eller kassation af erstattet dokumentation
- sortering, samling og krydshenvisning af arbejdspapirer
- kvittering på afslutningstjeklister, som vedrører processen for samling af det endelige revisionsarkiv

4) Erhvervsstyrelsens vurdering


K har endvidere anført at planlægning, udførelse og dokumentation sagtens kan ske samme dag. Erhvervsstyrelsen er enig heri, og af lægerer ikke dette, så længe planlægning og udførelse ligger forud for eller på datoen for revisors underskrivelse af revisionspåtegningen.

Efter Erhvervsstyrelsens opfattelse er rettidig revisionsdokumentation væ-
sentlig for konklusionen på revisionen og dermed for den afgivne revisionspåtegning. Erhvervsstyrelsen finder, at det er væsentligt, at revisor har dokumentation for, at der er indhentet tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis forud for afgivelse revisionspåtegningen.

Erhvervsstyrelsen finder på baggrund af ovenstående, at K har overtrådt revisorlovens § 23, stk. 1, god revisorskik, jf. § 16, stk. 1 og § 5, stk. 9 i den dagældende erklæringsbekendtgørelse, idet revisor ikke har dokumentation for, at der er indhentet tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis forud for afgivelse revisionspåtegningen.

Ad c) Revisorlovens § 23, stk. 1, og god revisorskik, jf. § 16, stk. 1, er overtrådt ved afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for C for 2014, idet der ikke er tilstrækkelig dokumentation for revision af sel-skabets omsætning og modtagne forudbetalinger. Derudover er der for enkelte områder ikke indhentet revisionsbevis for afgivelse revisionspåtegningen.

1) Faktiske forhold

Uddrag af årsregnskabet for C for 2014:

<table>
<thead>
<tr>
<th>t.kr.</th>
<th>2014</th>
<th>2013</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Nettoomsætning</td>
<td>24.308</td>
<td>21.272</td>
</tr>
<tr>
<td>Årets resultat</td>
<td>-185</td>
<td>370</td>
</tr>
<tr>
<td>Balancesum</td>
<td>3.016</td>
<td>5.657</td>
</tr>
<tr>
<td>Egenkapital</td>
<td>640</td>
<td>825</td>
</tr>
<tr>
<td>Forudbetalte rejseomkostninger</td>
<td>892</td>
<td>1.116</td>
</tr>
<tr>
<td>Likvide beholdninger</td>
<td>1.739</td>
<td>4.283</td>
</tr>
</tbody>
</table>

Kvalitetskontrollanten har bl.a. afgivet følgende konklusion i bilag 4 på den udførte kontrol af C:

"Ved kontrollen af enkelsagen er det konstateret, at udførelsen af revisionsopgaven vedrørende revision af omsætning og modtagne forudbetalinger ikke overholder lovgivningen og relevante standarders krav, samt at der ikke er den forøde sammenhæng mellem arbejdsdokument og dokument. Der er ikke opnået til-strækkelig revisionsbevis for sel-skabets omsætning og modtagne forudbetalinger. Dette er ikke kommet til udtryk i den afgivne revisionspåtegning."

Kvalitetskontrollanten har endvidere bl.a. anført følgende i bilag 4 vedrørende C:

"Kort beskrivelse af sagen:
Sagen vedrører en revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger, afgivet den 30. marts 2015 på en klasse B

...

**Væsentlige fejl og mangler ved udførelse, dokumentation, konklusion:**

*Revision af selskabets omsætning og modtagne forudbetalinger er ikke tilstrækkelig dokumenteret for så vidt angår revisionsmålene periodisering og fuldstændighed.*

Kvalitetskontrollanten har afgivet følgende bemærkning til spørgsmål F.3. i bilag 4 til gennemgangen af C:

"Der er i revisionsinstrukseren beskrevet hvordan omsætningen indregnes og der henvises til revisionen af forudbetalte rejses.

Der er ikke beskrevet tilstrækkeligt hvilke substanshandlinger der er udført ved revisionen af omsætningen, for eksempel antal og hvilke stikprøver der er foretaget.

I revisionsdokumentationen er det anført, at alle forudbetalinger er gennemgået med ledelsen. Der er ikke dokumenteret hvilke revisionshandlinger der er foretaget vedrørende allerede indregnet omsætning.

Der mangler beskrivelse af de revisionshandlinger der er udført for at sikre korrekt periodisering og fuldstændighed af omsætningen.

På den baggrund anses revisionen af modtagne forudbetalinger heller ikke for at være tilstrækkeligt dokumenteret.

Kvalitetskontrollanten har afgivet følgende bemærkning til spørgsmål F.4. i bilag 4 til gennemgangen af C:

"*Ved revisionen af omsætningen er der ikke indhentet revisionsbevis på korrekt periodisering og fuldstændighed af omsætningen.*

Der foreligger ikke underliggende dokumentation der underbygger de beskrevne udførte handlinger under revisionen. Ved revisionen af forudbetalte rejses foreligger der en liste over de forudbetalte rejses - det er beskrevet under den udførte revision at listen og alle posterne er gennemgået med selskabets ledelse. Der er ikke dokumenteret revision af de indtægtsførte rejses hvorfor fuldstændigheden og periodiseringen af modtagne forudbetalinger ikke anses for tilstrækkelig."

Kvalitetskontrollanten har afgivet følgende bemærkning til spørgsmål F.16. i bilag 4 til gennemgangen af C:
"Der er på områderne egenkapital og likvide beholdninger (vurderet væsentligt i planlægningen) først udført revision den 31. maj 2015 og der er afgivet erklæring den 30. marts 2015."

2) **Revisors bemærkninger**

K har anført følgende til forhold c):

"Kontrollanten har bemærket, at der ikke er tilstrækkelig dokumentation for revision af omsætning og forudbetaled omkostninger.

Hvis kontrollanten havde gjort sig den ulejlighed at undersøge, hvordan periodiseringen foregår ville forståelsen af forudbetaled omkostninger og forudbetalinger være større.

Ved samtlige poster både for forudbetaled omkostninger og forudbetaling er angivet rejsemål og afrejsedato. Det fremgår derfor at samtlige poster vedrører en efterfølgende periode. At systemet har fungeret på denne måde er stikprøvesvis kontrolleret. Derudover er fakturering kontrolleret til de kvartalsvise angivelser, som ledelsen har oplyst til Rejsegarantifonden.

Man kan naturligvis hævde, at der skal tages et større antal stikprøver, men det væsentligste problem ved aflæggelse af regnskab i et rejsebureau er, at periodiseringssystemet fungerer.

Med hensyn til dateringer, kan jeg henvise til mine bemærkninger under det generelle kvalitetsstyringssystem samt ovenfor under punkt b."

3) **Retligt grundlag**

Revisor skal ifølge revisorlove ns§ 16, stk. 1, udføre sine opgaver i overensstemmelse med god revisorskik herunder gældende revisionsstandarder. God revisorskik er en faglig norm, der skal sikre, at opgaverne udføres i overensstemmelse med lovgivningen og praksis inden for revisorområdet.

I henhold til § 23, stk. 1, i revisorloven skal revisorer og revisionsvirksomheder for enhver opgave efter revisorlovens § 1, stk. 2, udarbejde arbejds papirer, der dokumenterer grundlaget for den afgivne erklæring.

Det fremgår af ISA 200, Den uafhængige revisors overordnede mål og revisionens gennemførelse, afsnit 15, at revisor skal planlægge og udføre revisionen med en professionel skepsis i erkendelse af, at der kan forekomme omstændigheder, som medfører, at regnskabet indeholder væsentlig fejlinformation.

Ifølge ISA 230 "Revisionsdokumentation", afsnit 5, er revisors mål at udarbejde dokumentation, der giver:

(c) tilstrækkelig og egnet dokumentation for grundlaget for revisors erklæring og
(d) bevis for, at revisionen blev planlagt og udført i overensstemmelse med ISA'er samt gældende krav i lovgivning og øvrig regulering.

Det følger af ISA 230, afsnit 7 og 8, at revisor rettidigt skal udarbejde revisionsdokumentation, som er tilstrækkelig til, at en erfaren revisor, som ikke har forudgående tilknytning til revisionen, er i stand til at forstå følgende:

(d) arten, den tidsmæssige placering og omfanget af revisionshandlinger udført for at overholde ISA'er samt gældende lovgivning og øvrig regulering.

(e) resultaterne af revisionshandlingerne og det opnåede revisionsbevis, og

(f) betydelige forhold, som er opstået under revisionen, konklusionerne herpå og betydelige faglige vurderinger, der er foretaget for at komme frem til disse konklusioner.

Det følger af ISA 500 "Revisionsbevis", afsnit 4, at det er revisors mål at udføre revisionshandlinger på en sådan måde, at revisor opnår tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis og bliver i stand til at drage rimelige konklusioner som grundlag for revisionskonklusionen.

4) Erhvervsstyrelsens vurdering

Revisionsdokumentationen indeholder ikke en beskrivelse af de revisionshandlinger, der er udført for at sikre periodisering og fuldstændighed af omsætningen. Der foreligger ligeledes ikke underliggende dokumentation, der underbygger de beskrivne udførte handlinger ved revisionen af omsætningen.

Der er derfor ikke dokumentation for, at der er indhentet revisionsbevis vedrørende periodisering og fuldstændighed af modtagne forudbetalinger. Forudbetalte rejseomkostninger udgør t.kr. 892 ud af den samlede balancesum på t.kr. 3.016, svarende til ca. 30 % af den samlede balancesum.

K anfører, at der ved samtlige poster både for forudbetalte omkostninger og forudbetalinge er angivet rejsemål og afrejsedato. Samtlige poster vedrører derved en efterfølgende periode. At systemet har fungeret på denne måde er stikprøvevis kontrolleret. Derudover er fakturering kontrolleret til de kvartalsvise angivelser, som ledelsen har oplyst til Rejsegarantifonden.

Ifølge det oplyste fra kvalitetskontrollanten, indeholder revisionsdokumentationen ikke beskrivelse af, hvilke substanshandlinger der er udført ved revisionen af omsætningen, for eksempel antal og hvilke stikprøver der er foretaget. Erhvervsstyrelsen bemærker, at det ikke er tilstrækkeligt, at revisor verbalt kan redegøre for udførte revisionshandlinger. Det skal kunne udledes af revisionsdokumentationen, hvilke revisionshandlinger der er udført, samt de opnåede resultater heraf.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at der ikke er tilstrækkelig dokumentation for omsætning og modtagne forudbetalinge, idet der ikke er dokumentation for revision af revisionsmålene periodisering og fuldstændighed.

Erhvervsstyrelsen finder, at K har overtrådt revisorlovens § 23, stk. 1, og god revisorskik, jf. § 16, stk. 1, ved afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for C for 2014, idet der et der ikke er tilstrækkelig dokumentation for revision af omsætning og modtagne udbedsninger. Derudover er der for enkelte områder ikke indhentet revisionsbevis forud for afgivelse revisionspåtegningen.

Ad d) Erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 7, er overtrådt ved afgivelse af udtalelse om ledelsesberetningen på årsregnskabet for JB for 2013/14, idet revisors udtalelse om ledelsesberetningen ikke er modificeret

1) Faktiske forhold
K har den 30. september 2014 afgivet revisionspåtegning uden forbehold eller supplerende oplysninger på årsregnskabet for B for 2013/14. K har afgivet følgende udtalelse om ledelsesberetningen i revisionspåtegningen:

"Udtalelse om ledelsesberetningen
Vi har i henhold til årsregnskabsloven gennemlæst ledelsesberetningen. Vi har ikke foretaget yderligere handlinger i tillegg til den udførte revision af årsregnskabet. Det er på denne baggrund vor opfattelse, at oplysningerne i ledelsesberetningen er i overensstemmelse med årsregnskabet."

Kvalitetskontrollanten har bl.a. afgivet følgende konklusion i bilag 4 på den udførte kontrol af B:

"Selskabet har modtaget en singulær gældseftergivelse på t.kr. 1.479. Indtægen har en væsentlig betydning for læsning af selskabets resultatopgørelse. Gældseftergivelsen er ikke omtalt i ledelsesberetningen. Dette er en overtrædelse af årsregnskabslovens § 77. Dette er ikke kommet til udtryk i den afgivne revisionspåtegning - hvor underskrevende revisor udtaler sig om, at oplysningen i ledelsesberetningen er i overensstemmelse med årsregnskabet.

... Gældseftergivelsen er ellers ikke omtalt noget sted. En gældseftergivelse af denne størrelse i sådan et selskab hør omtales."

2) Revisors bemærkninger
K anfører følgende til forhold d):
"Erhvervsstyrelsen bemærker, at erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 2 er overtrådt ved afgivelse om udtalelse om ledelsesberetningen på årsregnskabet for B for 2013/14, idet revisors udtalelse om ledelsesberetningen ikke er modificeret.

Jeg ser ikke noget belæg for at min udtalelse om ledelsesberetningen skulle have været modificeret. Jeg må derfor fastholde, at oplysningerne i ledelsesberetningen er i overensstemmelse med årsregnskabet.”

3) Retligt grundlag
Det følger af erklæringsbekendtgørelsen, § 5, stk. 1, nr. 7, at hvor ledelsesberetning er udarbejdet, skal revisor afgive en udtalelse om, hvorvidt revisors gennemlæsning af ledelsesberetningen, baseret på den udførte revision har givet anledning til bemærkninger. Det fremgår videre af erklæringsvedledningen, afsnit 5.7.1, at revisor ud fra sin viden om Regelgrundlaget skal tage stilling til, om der er fejl eller mangler i ledelsesberetningen.

Det fremgår videre af erklæringsbekendtgørelsen, § 5, stk. 7, at hvis revisor konstaterer, at der er uoverensstemmelse mellem oplysningerne i ledelsesberetningen og oplysningerne i årsregnskabet eller andre oplysninger og forhold, revisor er blevet bekendt med under sin revision - og oplysningerne skyldes fejl i ledelsesberetningen - skal udtalelsen indeholde oplysninger om, hvor uoverensstemmelserne består. Uvæsentlige uoverensstemmelser kræves ikke oplyst.

Det følger af den dagældende § 774 i årsregnskabsloven, at årsregnskabet ved væsentlige ændringer i virksomhedens aktiviteter eller økonomiske forhold skal suppleres med en ledelsesberetning, der redegør for disse ændringer.

Af Kommentarerne til årsregnskabsloven vedrørende § 77 fremgår det, at ændringene af virksomhedens aktiviteter og forhold må anses for at være væsentlige, hvis de er af en sådan karakter, at oplysning herom kan forventes at påvirke regnskabsbrugernes - herunder kreditorers og investorers - økonomiske beslutninger vedrørende virksomheden, jf. de almindelige kvalitetskrav i § 12, stk. 2. Det vil imidlertid altid bero på en konkret vurdering.

Det fremgår videre af kommentarerne til § 77, at oplysningsskravet sædvanligvis vil være relevant, hvis der er sket væsentlige ændringer i virksomhedens drift, beskæftigelse, investeringsomfang, finansieringsforhold eller kapitalgrundlag m.v., som har påvirket indeværende regnskabsår, eller som vil påvirke kommende regnskabsår. Er der forekommet enkeltstående, vigtige begivenheder af større betydning for virksomheden, bør disse omtales, ligesom ekstraordinære og usædvanlige forhold normalt er relevante om taltate. Foreligger der forhold, som forventes at medføre væsentlige, midlertidige eller varige ændringer i virksomhedens finansielle stilling, må sådanne forhold oplyses. Som eksempler nævnes optagelse eller forlængelse af lån, fusioner, koncernetableringer, nedlæggelse eller oprettelse af aktiviteter, opgivelse eller erhvervelse af markeder, foretagne strukturløseringer eller om-
4) Erhvervsstyrelsens vurdering
B har i regnskabet for 2013/14 modtaget en gældseftergivelse på 1.479 t.kr. Indtægten er indregnet under finansielle indtægter. Gældseftergivelsen er ikke omtalt i ledelsesberetningen eller i noterne til årsregnskabet.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering at indtægten har en væsentlig betydning for regnskabsbrugers forståelse af årsregnskabet, og at en gældseftergivelse af denne størrelse derfor bør omtales i ledelsesberetningen.

Erhvervsstyrelsen finder på baggrund heraf, at K har overtrådt erklæringsbekendtgørelsens § 5, stk. 7, idet han burde have modificeret sin udtalelse om ledelsesberetning ved afgivelse af revisionspåtegning på årsregnskabet for B for 2013/14.

I klageskrivelse af 18. maj 2017 har klager anført:

"…
Som begrundelse for min klage skal jeg anføre, at der i Erhvervsstyrelsens begrundelse ikke ses at være taget tilstrækkelig hensyn til nednævnte forhold.

a) A.
Jeg har i mit høringssvar til Erhvervsstyrelsen begrundet min holdning til dokumentationen af revisionen af igangværende arbejder. Jeg har ikke yderligere at tilføje.

b) B.


Min opfattelse bygger på det forhold, at systemet genbruger alt fra det foregående år, når det aktuelle regnskab åbnes, og at fastsættelse af væsentlighed sker efter en regnemodell indbygget i systemet. Idet der er udskrevet et regnskabsudkast 30. september 2014, har planlægningen og fastsættelsen af væsentlighed allerede på det tidspunkt været fastlagt. Idet der er tale om en kunde, som har været i systemet i mange år, og at der ikke er sket ændringer i forhold til tidligere, var der ikke behov for ændring af planlægningen.

Til orientering vedlægges kopi af den relevante dokumentation.

Mine bemærkninger til modifikation af påtegningen følger under punkt d.
c) C
Med hensyn til påstanden om, at dokumentationen ikke har været til stede ved afgivelsen af erklæringen, er det min opfattelse, at samme forhold som under punkt b gør sig gældende. Der er ikke fremskaffet dokumentation efter, at regnskabsudkastet er udarbejdet.

Bogføringssystemet er tilrettelagt med henblik på at indtægter først indrenges i resultatopgørelsen, når den pågældende rejse er afsluttet. Systemet er opbygget af hensyn til de krav om kvartalsvis rapportering, som kræves af Rejsegarantifonden.


Min revision af salg og forudbetalinger er baseret på en gennemgang af systemet (systemrevision). Erhvervsstyrelsens bemærkninger tyder på, at tankegangen er substansrevision af balanceposterne.

d) B
I forbindelse med revisionen af årsrapporten for 2013/14 for B har jeg genævnt ledelsesberetningen og fundet oplysningerne i overensstemmelse med årsregnskabsloven. I mit svar på Erhvervsstyrelsens høringsbrev, har jeg - efter endnu en vurdering - fastholdt min oprindelige konklusion.

Efter erhvervsstyrelsens opfattelse, skulle erklæringen have været modificeret. For at underbygge min påstand vedlægges en kopi af årsrapporten for 2013/14 for B. Jeg skal derfor anmode ankenævnet foretage en vurdering.

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 3. juli 2017 udtalt:

"...

1. Erhvervsstyrelsens påstand
Erhvervsstyrelsen nedlægger påstand om, at klagen ikke tages til følge.

2. Sagens faktiske omstændigheder

3. Begrundelse for Erhvervsstyrelsens påstand
Revisorløsningen har i brev af 14. oktober 2013 truffet afgørelse om, at revisionsvirksomheden E, CVR- nr. ..., skal gennemgå en fornyet kvalitetskontrol, jf. dagældende § 35, stk. 6, nr. 3, i lov nr. 468 af 17. juni 2008 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven). Den fornyede kvali-
tetskontrol blev udført i 2015. Revisorilsynet udpegede statsautoriseret revisor D som kvalitetskontrollant.


I den forbindelse blev K samt revisionsvirksomheden E, CVR-nr. ..., anmodet om at fremkomme med eventuelle bemærkninger til Erhvervsstyrelsens udkast til afgørelser.

K samt revisionsvirksomheden E har afgivet bemærkninger i to skrivelser dateret den 10. marts 2017.

Erhvervsstyrelsen har i forbindelse med vurderingen i afgørelserne inddraget de afgivne bemærkninger, men ikke fundet anledning til at ændre vurderingen i forhold til Erhvervsstyrelsens udkast til afgørelser af den 3. februar 2017.

Ad a) A
Erhvervsstyrelsen har ingen yderligere kommentarer til dette punkt.

Ad b) B

Hertil bemærker Erhvervsstyrelsen, at det fremgår af det vedlagte bilag for B vedrørende fastsættelse af væsentlighed, at dokumentet er ”Prepared by” AC den 08-11-2014 samt at det er ”Reviewed by” AC den 08-11-2014.
Erhvervsstyrelsen har ingen yderligere kommentarer til dette punkt.

Ad c) C
K anfører, at revisionen af salg og forudbetalinger er baseret på gennemgang af systemet (systemrevision). Det anføres endvidere, at Erhvervsstyrelsens bemærkninger tyder på, at tankegangen er subsansrevision af balanceposterne.

Erhvervsstyrelsen bemærker hertil, at kvalitetskontrollen tager udgangspunkt i revisors planlægning af opgaven. Af planlægningsnotatet for C fremgår det, at der udføres subsansrevision.

Erhvervsstyrelsen har ingen yderligere kommentarer til dette punkt.

Ad d) B
Erhvervsstyrelsen har ingen yderligere kommentarer til dette punkt.

"…"

I et supplerende indlæg af 14. august 2017 har klager anført:

"…
Til kontrollantens bemærkninger side ... kan tilføjes følgende:

2. Væsentlige fejl og mangler ved planlægningen:

Idet systemet genbruger planlægning, fastsættelse af væsentlighedsniveau m.v. er det min opfattelse, at disse forhold har været til stede ved åbning at nyt årsregnskab og derfor har foreligget senest 30. september 2014.

3. Væsentlige fejl og mangler ved udførelse, dokumentation, konklusion.

Udarbejdelsen af årsrapporten og revisionen er udført samtidig, og har derfor været afsluttet senest 30. december 2014. At der så kan være sat enkelte flueben efterfølgende, kan efter min mening ikke føre til den konklusion, som kontrollanten anfører.

4. Væsentlig overtrædelse af erklæringsbekendtgørelsen, herunder om væsentlige overtrædelser af den relevante begrebsramme.


Afslutningsvis skal jeg anføre, at påtegningen principielt skal dateres når re-

Ankenævnet udtaler:

Det følger af §§ 12 og 13, stk. 1, i lov nr. 631 af 8. juni 2016 om ændring af revisorloven, at kvalitetskontroller, der er iværksat efter § 29 som aftattet ved lov nr. 468 af 17. juni 2008 om revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven), og hvor der - som i denne sag - er gennemført kvalitetskontrol før lovens ikrafttræden, behandles efter de hidtil gældende regler.

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat ved lov eller i henhold til lov. Efter dagældende § 51 i revisorloven kan afgørelser truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i henhold til loven eller forskrifter udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet. Da Erhvervsstyrelsens påtale ikke er afgivet som led i en almindelig vejledningspligt - men for at irettesætte klager i overensstemmelse med styrelsens opfattelse af gældende ret som led i tilsynsarbejdet - finder ankenævnet, at klager har tilstrækkelig saglig interesse i at få ankenævnets prøvelse af grundlaget for den afgivne påtale, hvorfor ankenævnet realitetsbehandler klagen.

I henhold til dagældende revisorlovs § 16, stk. 1, skal revisorer udføre opgaver efter lovens § 1, stk. 2, herunder afgivelse af revisionspåtegninger på regnskaber, i overensstemmelse med god revisorskik, herunder udvise den nøjagtighed og hurtighed, som opgaverne beskaffenhed tillader. God revisorskik indebærer desuden, at revisor skal udvise professionel skepsis, integritet, objektivitet, fortrolighed, professionel adfærd, professionel kompetence og fornøden omhu ved udførelse af opgaverne.

I bemærkningerne til lovforslaget til§ 16 (2007/2 LF 120) anføres det blandt andet:

"…
Af stk. 1, 2. pkt. fremgår det, at opgaver omfattet af § 1, stk. 2 skal udføres i overensstemmelse med god revisorskik, herunder i overensstemmelse med
nøjagtighed og den hurtighed, som deres beskaffenhed tillader. I forhold til den gældende lov er begrebet »omhu« ikke længere medtaget, idet dette begreb i stedet indgår som en del af de nye etiske principper i stk. 1, 3. pkt. I forhold til den gældende lovs § 2, stk. 2 er det nu eksplicit anført, at nøjagtighed og hurtighed også anses for at være en del af god revisorskik.

God revisorskik« er herudover uændret i forhold til den gældende lov og udtrykker derfor som ovenfor nævnt blandt andet den adfærd, som den gode og omhyggelige, fagligt kompetente revisor udviser.

Bestemmelsen om god revisorskik udfyldes i stk. 1, 3. pkt. med et krav om, at revisor i sit arbejde i overensstemmelse med god revisorskik skal iagttage krav om integritet, objektivitet, fortrolighed professionel adfærd samt professionel kompetence og fornøden omhu.

God revisorskik udfyldes løbende i takt med den udvikling, der sker i samfundet og naturligvis indenfor erhvervet selv. Generelt betyder kravet om god revisorskik, at arbejdet skal udføres som en god og kompetent gennemsnitsrevisor ville udføre det tilsvarende arbejde, hverken mere eller mindre. Målestokken er således hverken den højt specialiserede ekspertrevisor inden for et bestemt område, eller den standard, som man vil kunne finde hos en dårlig og sjusket revisor.

God revisorskik synliggøres og udvikles især gennem domme, discipliner-nævnskendelser (revisornævnskendelser), responsa, revisionsstandarder og vejledninger, samt gennem praksis.

...”

Det fremgår af dagældende erklæringsbekendtgørelses § 5, stk. 7, at hvis revisor konstaterer uoverensstemmelse mellem oplysningerne i ledelsesberetningen og i årsregnskabet eller andre oplysninger og forhold, revisor er blevet bekendt med under sin revision - og oplysningerne skyldes fejl i ledelsesberetningen - skal udtalelsen indeholde oplysninger om, hvori væsentlige uoverensstemmelser består. Det fremgår af stk. 9, at revisionspåtegningen skal dateres og underskrives af den eller de revisorer, der er valgt til at foretage revisionen.

Det anføres i ISA 230, afsnit 5, at revisors mål er at udarbejde dokumentation, der giver c) tilstrækkelig og egnet dokumentation for grundlaget for revisors erklæring og d) bevis for, at revisionen blev planlagt og udført i overensstemmelse med ISA'er samt gældende krav i lovgivning og øvrig regulering.

Det anføres i ISA 230, afsnit 8, at revisor skal udarbejde revisionsdokumentation, som er tilstrækkelig til, at en erfaren revisor, som ikke har forudgående tilknytning til
revisionen, er i stand til at forstå følgende (d) arten, den tidsmæssige placering og omfanget af revisionshandlinger udført for at overholde ISA'er samt gældende lov-givning og øvrig regulering (e) resultaterne af revisionshandlingerne og det opnåede revisionsbevis, og (f) betydelige forhold, som er opstået under revisionen, konklusioneerne herpå og betydelige faglige vurderinger, der er foretaget for at komme frem til disse konklusioner.

Det anføres endelig i ISA 500, afsnit 4, at revisor skal opnå tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis for at blive i stand til at drage konklusioner, som er tilstrækkelige som grundlag for revisionen.

Af de grunde, der er anført af Erhvervsstyrelsen, tiltræder Erhvervsankenævnet, at klager ikke har godtgjort at have opnået tilstrækkeligt og egnet revisionsbevis i de pågældende erklæringsopgaver, jf. dagældende revisorlovs §§ 16 og 23, samt ikke i tilstrækkeligt omfang at have iagttaget dagældende erklæringsbekendtgørelses § 5, stk. 7 og 9. Ankenævnet bemærker herved, at det ved kvalitetskontrolbesøget ved stikprøve af udvalgte 4 selskabers årsregnskaber i flere tilfælde blev konstateret, at det udførte arbejde og omfanget heraf var tilstrækkeligt, og at der kun fandtes hel eller delvis dokumentation for egnet revisionsbevis, herunder blandt andet forbehold for manglende overholdelse af årsregnskabsloven i de af klager afgivne revisionserklæringer. Det bemærkes endvidere, at klager efter det oplyste ikke ses at have gjort notat om den fulgte procedure for overvågning af virksomhedens kvalitetsstyringssystem.

Herefter, og idet det af klageren anførte ikke kan føre til et andet resultat, tiltræder ankenævnet, at styrelsen har meddelt klager en påtale med et indhold som sket i medfør af den dagældende § 35, stk. 6, nr. 2, i revisorloven.
4.7. Hvidvaskloven

28) Kendelse af den 7. august 2017 (J.nr. 17/00338)

Stadfæstet, at klager skal legitimere og identificere sine kunderelationer og herved klarlægge den enkelte ejer- og kontrolstruktur.

Forvaltningslovens §§ 19, 22 og 24.

Hvidvasklovens §§ 12-14 og 25.

(Piya Mukherjee, Anders Hjulmand og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Erhvervsstyrelsens afgørelse af 6. januar 2017 hedder det, at:

”...

2. Afgørelse

Erhvervsstyrelsen treffer på baggrund af det ved kontrolbesøget konstaterede og i medfør af § 32, stk. 5 i hvidvaskloven afgørelse om, at:

• K skal legitimere og identificere sine virksomhedskunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 2-3, i forbindelse med etablering af kundeforholdet, jf. § 13, stk. 1 og § 14, stk. 1, CVR-nr. og adresse, klarlægge den enkelte ejer- og kontrolstruktur, samt legitimere virksomhedens reelle ejer. Såfremt virksomheden ud fra en konkret risikovurdering, jf. § 12, stk. 7, foretager en lempet legitimationshandling skal virksomheden fremover kunne godtgøre overfor Erhvervsstyrelsen, at der er foretaget en konkret risikovurdering, som er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask.

• K senest den 6. februar 2017 skal opdatere/udarbejde skriftlige interne regler, således de lever op til kravene i hvidvasklovens § 25 og indsende kopi heraf til Erhvervsstyrelsen.

Erhvervsstyrelsen gør samtidig for god orden skyld opmærksom på, at for- sætlig eller groft uagtsom overtrædelse af hvidvasklovens § 12, stk. 2-3 og §
14, stk. 1 og § 25, stk. 1, kan straffes med bøde, jf. lovens § 37, stk. 1. Ved særli
gt grove eller omfattende forædlige overtrædelser af hvidvasklovens §
12, stk. 2-3 og § 14, stk. 1, kan straffen stige til fængsel indtil 6 måneder, jf.
§ 37, stk. 2.

Erhvervsstyrelsen vil evt. aflægge selskabet et nyt kontrolbesøg på et senere
 tidspunkt med henblik på, at følge op på, om påbuddene og reglerne i hvi
dvaskloven generelt er overholdt.

3. Sagsfremstilling
Ehrvervsstyrelsen var den 5. december 2016 på varslet kontrolbesøg i hen
hold til hvidvasklovens § 32, stk. 1, hos K ..., på selskabets adresse, …

I kontrolbesøget deltog K1. Fra Erhvervsstyrelsen deltog A og B.
På mødet oplyste ejer og direktør K1, at revisionsfirmaet var starteden den 1.
 november 2005, og hans kone C er ansat i selskabet. Han oplyste videre, at
selskabet havde få fysiske kunder og det primært var mikro virksomheder
samt håndværker-, transportvirksomheder m.fl.

Ehrvervsstyrelsen spurgte ind til opmærksomheds-, undersøgelses- og note
ningspligten, hvorom ejer og direktør K1 forklarede, at de var opmærksomme
på deres kunder og spurgte ind til mistænkelig adfærd.

Ejer og direktør K1 oplyste, at der tidligere ikke var blevet indhentet bille
de-id, men at selskabet havde fået adgang til kundens skattemappe. Ejer og
direktør K1 oplyste videre, at der det seneste år var begyndt at blive indhen
tet kørekort, pas sundhedskort og årsopgørelser. Derudover udfyldte man et
kundeacceptskema på den enkelte kunde.

Ehrvervsstyrelsen orienterede om de forskellige krav til kundelegitimation
og identifikation, der følger efter hvidvaskloven afhængig af, om kunden er
en fysisk person eller en virksomhed. Derudover blev reglen for at vurdere
ens kunde som lavrisikokunde gennemgået.

Ehrvervsstyrelsen spurgte videre ind til opbevaring af dokumentation, hvor
til direktøren oplyste, at al dokumentation blev opbevaret elektronisk og do
kumentationen blev opbevaret i 5 år efter kundeforholdet er ophørt.

Ehrvervsstyrelsen spurgte videre ind til, om selskabet havde udarbejdet in
terne retningslinjer, som hvidvaskloven foreskriver. Ejer og direktør K1 ud
leverede en kopi af FDR's Kvalitetsmanual til FDRaudit.

Ved kontrolbesøget anmodede Erhvervsstyrelsen om på stedet at gennemse
dokumentation for 4 konkrete kunder, der på forhånd var udvalgt af Er
hvervsstyrelsen ud fra en tilsendt kundeliste.

Ved gennemgangen konstaterede Erhvervsstyrelsen, at selskabet i 3 kunde
sager ikke havde indhentet tilstrækkelig legitimationsoplysninger enten fx
kopi af kørekort, sundhedskort, eller sket klarlægning af ejer- og kontrol
struktur, eller foretaget en konkret risikovurdering af virksomheden ved
etableringen af kundeforholdet. Det blev videre konstateret, at selskabet havde adgang til kundernes skattemappe via Nem-ID.

4. Begrundelse

K ..., CVR-nr. ..., udover revisionsmæssig virksomhed, bl.a. udarbejdelse af regnskaber, samt indberetning af moms, A-skat mv., og er dermed omfattet af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 15.

Legitimation mv.

Det fremgår af hvidvasklovens § 12, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med hvidvasklovens § 12, stk. 2-8, herunder kræve at deres kunde legitimere sig, når der optages forretningsmæssig forbindelse med dem.

For fysiske kunder gælder efter hvidvasklovens § 12, stk. 2, at legitimationsproceduren skal omfatte navn, adresse og CPR-nr., eller anden lignende dokumentation, hvis kunden ikke har et CPR-nr.

For virksomhedskunder gælder efter hvidvasklovens § 12, stk. 3, legitimationsproceduren skal omfatte navn, adresse, CVR-nr. Virksomhedens ejer- og kontrolstruktur skal klarlægges og virksomhedens reelle ejer skal legitimeres.

I henhold til hvidvasklovens § 12, stk. 7, kan legitimationsproceduren, som nævnt ovenfor gennemføres ud fra en risikovurdering afhængig af risikoen ved den enkelte kunde eller forretningsforbindelse, produktet eller transaktionen, hvis virksomheden kan godtgøre overfor den tilsynsførende myndighed, at undersøgelsens omfang er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering. Det bemærkes, at denne risikovurdering aldrig kan føre til, at der ikke foretages nogen form for legitimationshandling.

Erhvervsstyrelsen konstaterede ved kontrolbesøget, at der ikke i forbindelse med stikprøve i 3 kundesager fra selskabets kundeliste var indhentet tilstrækkelig legitimationsoplysninger eller klarlægning af ejer- og kontrolstruktur eller foretaget en konkret risikovurdering af virksomheden ved etablering af kundeforholdet. Ved ikke at have foretaget konkrete risikovurderinger eller indhentet tilstrækkelig kundelegitimationsoplysninger og identifikation ved etablering af kundeforholdet findes selskabet at have overtrådt hvidvasklovens § 12, stk. 3.

Interne regler og uddannelse mv.

Efter gennemgang af selskabets interne regler anser Erhvervsstyrelsen disse for mangelfulde.

Det følger af hvidvasklovens § 25, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelig skriftlige interne regler om kundelegitimation, opmærksomheds-, undersøgelses- og noteringspligt, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelses- og instruktionssprogredamer for eventuelle medarbejdere for at forebygge hvidvask og ter-
rorfinansiering. Derudover skal virksomheden, jf. hvidvasklovens § 25, stk. 2, udpege en person på ledelsesniveau, der skal sikre at virksomhedenholder pligterne efter loven.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at selskabet ikke har udarbejdet tilstrækkelig skriftlige interne regler.

I klageskrivelse af 3. februar 2017 har klager anført:

"...

**Indledning**
Jeg vil indledningsvis kort beskrive forløbet omkring kontrollen foretaget den 5. december 2016.

Kontrollen foregået på min virksomheds adresse (...), hvor A og B fra Erhvervsstyrelsen og jeg havde et fælles møde.

Mødet forløb efter undertegnede opfattelse tilfredsstillende. Jeg gjorde rede for hvorledes reglerne omkring Hvidvask er implementeret i min virksomhed, herunder at jeg det seneste år siden har ændret de interne regler, således at alle nye kunder skal vise billedlegitimation (pas eller kørekort) samt syggesikringsbevis i forbindelse med første møde.


Det skal nævnes, at der ikke forelå billeddokumentation for den ultimative ejer af D A/S (D1) og E A/S (E1). Jeg oplyste, at jeg havde adgang til de personlige skattemapper for begge og har tidligere besøgt begge på deres privatadresse. Jeg har således slet ikke været i tvivl omkring deres identitet. I forbindelse med afslutningen af mødet fik B kopi af diverse ønskede materialer samt kopi af FDR Kvalitetsmanual, som er det kvalitetssystem jeg anvender i min revisionsvirksomhed.


Den 30. januar 2017 ringer jeg til B pr. telefon, for at få afklaret, hvorfor min og hendes opfattelse er så forskellige fra hinanden.

Under telefonsamtalen med B får jeg oplyst, at manglerne mht. legitimere
og identificere sine kundevirksomheder alene omfatter 2 og ikke 3 af de 4 valgte kontroller, og at dette i begge tilfælde skyldes manglende billedlegitimation.

På baggrund af pjecen fra FSR, Webinar med Erhvervsstyrelsen om Hvidvask (ligger på FSR's hjemmeside) og Hvidvaskloven, så mener jeg ikke, at det er et krav, at der foreligger billedlegitimation. B mener at dette er tilfældet, og er venlig at fremsende uddrag af vejledningen til Hvidvaskloven afsnit 10.4.3.2.

B olyser mig også, at jeg ikke behøver at være ked af det, da 99,9 % er i orden og det alene er den manglende billedlegitimering som er problemet. Desuden får jeg jo ingen bøder.

B og jeg gennemgik også min Kvalitetsmanual, hvor det fremkom, at hun mente, at jeg mangler stillingtagen til risikovurdering, risikostyring og ledelseskontrol.

Vi aftalte, at jeg fremsender mit klientacceptskema, som indeholder en stillingtagen til risikovurdering på kunden mht. Hvidvask.


Selve processen omkring, at Erhvervsstyrelsen fremkommer med en afgørelse, uden at sikre sig alle fakta i sagen anser jeg som meget kritisabelt. Til lige bør afgørelsen være så konkret, at jeg har klarhed over, hvilke mangler Erhvervsstyrelsen mener der er. Dette er ikke tilfældet. Se vedhæftet afgørelse.

Kommentarer til Sagsfremstillingen
Jeg driver min revisionsvirksomhed som enkeltmændsvirksomhed, hvor jeg alene betjener virksomheder, jf. ÅRL regnskabsklasse A og B.

Første gang jeg accepterer en kunde sker dette ved et fysik møde, hvor jeg får identitetsoplysninger og legitimation. Dette har tidligere primært været ved adgang til de ultimo ejetes skattemappe, heraf årsopgørelsen, samt selskabsdokumenter i form af vedtægter, stiftelsesdokument, ejerbog og fuldstændigt resume fra Erhvervsstyrelsen.

Det er korrekt, at jeg det seneste har ændret procedure med hensyn til legi-timation af nye kunder i form af yderligere billedlegitimering (pas, kørekort).

Jeg har ikke oplevet, at jeg har fået gennemgået reglener for, at kunden kan vurderes som lavrisikokunde. Dette må være den kundetype, hvor jeg ikke behøver legitimering, da jeg kender kunden identitet på forhånd.

**Kommentarer til begrundelse**

Begrundelse omkring legitimation mv. er af general karakter. Det er alene det sidste afsnit som tager udgangspunkt i min virksomhed. Heraf fremgår, at der er følgende mangler:

- Indhentet tilstrækkelig legitimationsoplysninger
- Klarlægning af ejer- og kontrolstruktur
- Foretage en konkret risikovurdering


Begrundelse omkring interne regler og uddannelse mv. så fremgår det alene, at mine interne regler er mangelfulde. Der er ingen begrundelse af hvad der mangler.

Efter telefon samtalen, så udtalte B at jeg mangler stillingtagen til risikovurdering, risikostyring og ledelseskontrol.

B har modtaget mit kundeacceptskema, hvoraf risikovurderingen, jf. Hvidvaskloven fremgår af pkt. 2.1 - 2.3. Jeg har aftalt, at fremsende dette igen.

Risikostyringen i forhold til min kundeportefølje er afklaret i forhold til, at jeg alene tager danske kunder, jf. ÅRL regnskabsklasse A og B, samt at jeg møder alle kunder fysisk første gang. Jeg har pt ingen revisionsmedarbejdere (kun en administrativ medarbejder), men hvis jeg havde, ville jeg godkende alle arbejdspapirer, hvorved jeg ville foretage en ledelseskontrol.

**Indsigelser til pkt. 1 - Legitimering**

Både med hensyn til D1 og E1, så har jeg identificeret personerne ved at have navn, adresse og cpr-nr. på begge ovennævnte personer. Jeg har mødt begge personer fysisk og tidligere besøgt dem på deres private bopæl. I forhold til D1, så har jeg også mødt både hans ægtefælle og datter. Vedrørende E1 så har jeg også kendskab til hans far - H, som også er min kunde. Tillige har jeg adgang til personernes skattemappe, idet jeg har udarbejdet selvangivelsen for ovennævnte personer.

Det fremgår af vejledningen af Hvidvaskloven pkt. 57, at Hvidvaskloven ikke stiller krav om forevisning af billedlegitimation.

Det fremgår også, af vejledningens pkt. 59, at årsopgørelsen kan danne grundlag for legitimering.

Indsigelser til pkt. 2 - Opdatere/udarbejde skriftlige interne regler
Som det fremgår af Erhvervsstyrelsen sagsfremstilling, så har jeg udleveret en kopi af FDR's Kvalitetsmanual, som er det kvalitetssystem jeg anvender i min revisionsvirksomhed.

Jeg vedlægger en kopi af afsnit 2 i denne kvalitetsmanual, som omhandler Hvidvaskloven og økonomiske forbrydelser.

I henhold til Erhvervsstyrelsens begrundelser omkring "interne regler og uddannelse mv.", så har sagsbehandleren fundet de interne regler for mangelfulde. Herefter citerer sagsbehandleren hvidvasklovens § 25, stk. 1, 1 pkt., hvoraf følgende fremgår:

a) Kundelegitimation
b) Opmærksomhedspligt
c) Undersøgelsespligt
d) Noteringspligt
e) Indberetning
f) Opbevaring af registreringer
g) Risikovurdering
h) Uddannelses- og instruktionsprogrammer

Pkt a)
De første afsnit under kapital 2. i FDR's kvalitetsmanual indeholder beskriver af, hvorledes kunderne identificeres og legimiteres.

Pkt b)

Det er således min opfattelse, at det fremgår af mine interne regler (FDR's kvalitetsmanual), at jeg skal være opmærksom på hvidvask, når særlige forhold er gældende.

Pkt c-f)
Følgende fremgår af kvalitetsmanualen.
"Vi har pligt til at indberette det, hvis vi får mistanke om, at en kunde hvidvasker penge eller finansierer terrorisme. Hvis vi har mistanke, har vi pligt til at undersøge mistanken og evt. indberette det. Vi må ikke informere kunden om mistanken.

Internt i K skal en mistanke om hvidvask eller finansiering af terrorisme meddeles til K1, som vil iværksætte en undersøgelse og evt. indberetning af mistanken. Vi har pligt til at dokumentere enhver mistanke og undersøgelsen heraf."
Som det fremgår ovenfor, så er det min vurdering, at ovennævnte regler adresserer undersøgelses-, noterings-, indberetningspligt og opbevaring af registreringer.

**Pkt g)**
Jeg vedlægger en "Opgaveaccept, ny kunde" og henviser til pkt. 2, der omhandler Hvidvaskloven. Her fremgår det af pkt. 2.1, at jeg skal vurdere risikoen for høj, normal eller lav. Således er der også interne regler for risikovurdering.

**Pkt h)**
Det fremgår af Kvalitetsmanualen, at "Instrukserne vedr. hvidvaskloven gennemgås en gang årligt på personalemødet i december."

Det er min vurdering, at jeg har interne regler omkring uddannelse af medarbejdere, samt instruktionsprogrammer (Kundeacceptskema).

Sagsbehandleren, har ikke i sin afgørelse forholdt sig til ovenstående.

Sidst i sin begrundelse skriver sagsbehandleren, at "Derudover skal virksomheden, jf. hvidvasklovens § 25, tk. 2, udpege en person på ledelsesniveau, der skal sikre at virksomheden overholder pligterne efter loven."

K er et enkeltmandsfirma, hvor der alene er en ansat, som administration medarbejder. Jeg, K1, statsautorisør revisor er indehaver og ansvarlig for overholdelse af disse regler. Selvom det endnu ikke er aktuelt, så fremgår det også af Kvalitetsmanualen, at såfremt der er forhold, så skal jeg, K1, straks orienteres. På denne baggrund er det til stor undren, at sagsbehandleren ikke er blevet klar over, at jeg er ansvarlig. Hvilket i øvrigt også fremgik af det møde vi havde.

Jeg er således helt uforstående over for afgørelsen. Jeg mener heller ikke det er på sin plads med et påbud, idet det kun er relevant, såfremt jeg ikke overholder reglerne om Hvidvask.

Jeg mener ikke, at mine interne regler er mangelfulde. Sidste ønsker jeg en forklaring på hvorfor Erhvervsstyrelsen er undtaget reglerne i forvaltningsloven, som påbyder både partshøring (forvaltningslovens Kap. 5) og begrundelse for en afgørelse (forvaltningslovens Kap. 6).

…

I anledning af klagen har Erhvervsstyrelsen i en redegørelse af 24. marts 2017 udtalt:

"…

**Sagens faktiske omstændigheder**
Den 5. december 2016 afleder Erhvervsstyrelsen et anmeldt kontrolbesøg hos K (hereafter "klager") i henhold til hvidvasklovens § 32, stk. 1.
I kontrolbesøget deltog K1, der er ejer, og fra Erhvervsstyrelsen deltog A og B.

Under besøget spurgt Erhvervsstyrelsen ind til klagers ansatte, kunder, aktiviteter samt klagers generelle kendskab til hvidvaskloven og klagers procedurer i forbindelse med efterlevelse af hvidvaskloven.


Som afslutning på kontrolbesøget udtog Erhvervsstyrelsen en række stikprøver i kunder på baggrund af en forud for mødet fremsendt kundeliste. Erhvervsstyrelsen bad i forbindelse hermed om, at se indhentet dokumentation for legitimering og identifikation for kunder.


Ad klagens punkt I - Legitimering
Erhvervsstyrelsen spurgt på kontrolbesøget bl.a. ind til klagers kendskab til hvidvasklovens krav til legitimering og identificering af kunder.

Klager oplyste i den forbindelse, at der tidligere ikke var blevet indhentet billede-id, men at klager havde fået adgang til kundens skattemappe. Klager oplyste videre, at der det seneste år var begyndt at blive indhentet kørekort, pas, sundhedskort og årsopgørelser. Derudover udfyldte man et kundaceptsskema på den enkelte kunde.

Erhvervsstyrelsen orienterede om de forskellige krav til kundelegitimation og identifikation, der følger efter hvidvaskloven afhængig af, om kunden er en fysisk person eller en virksomhed. Derudover blev reglen for at vurdere ens kunde som lavrisikokunde gennemgået.

Ved gennemgangen konstaterede Erhvervsstyrelsen, at klager i 2 kundesager og ikke 3 som anført i afgørelsen, ikke havde indhentet tilstrækkelig legitimationsoplysninger enten fx kopi af kørekort, sundhedskort eller foretaget en konkret risikovurdering af virksomheden/personer ved etablering af kundeforholdet. Det blev konstateret, at klager havde adgang til kundernes skattemappe via Nem-ID.

Det er således Erhvervsstyrelsens forsatte vurdering, at klager ikke i 2 kundesager, hvor der ikke var forevist/indhentet billede-id har foretaget supplerende handlinger som hvidvaskloven foreskriver.
I forhold til klagers efterfølgende indsigelser om konkrete kunder, som Erhvervsstyrelsen udtog stikprøve i, har Erhvervsstyrelsen nedenstående kommentarer.


Klager har ikke under kontrolbesøget godtgjort overfor Erhvervsstyrelsen, al manglende indhentelse af billede-id, blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering af kunden, herunder idet der ikke var noteret noget ned herom. Det er heller ikke blevet godtgjort, at der var foretaget supplerende handlinger, hvilket er et krav i de tilfælde hvor der ikke legitimeres på baggrund af billede-id.


Klager har ikke under kontrolbesøget godtgjort overfor Erhvervsstyrelsen, at manglende indhentelse af billede-id blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering af kunden, herunder idet der ikke var noteret noget ned herom. Det er heller ikke blevet godtgjort, at der var foretaget supplerende handlinger, hvilket er et krav i de tilfælde hvor der ikke legitimeres på baggrund af billede-id.

Erhvervsstyrelsen vurderer, at adgang til kunders skattemappe ikke i sig selv er tilstrækkelig til at opfylde hvidvasklovens krav til identificering og legitimering af kunder. Klager har ikke under kontrolbesøget godtgjort over for Erhvervsstyrelsen, at legitimationsproceduren blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering af den enkle kunde, herunder idet der ikke var noteret noget ned herom som godtgørelse for denne procedure.

Den 30. januar 2017 bliver Erhvervsstyrelsen kontaktet af klager, vedr. manglende legitimering og identificering af sine kunder. Med henvisning til pjece fra FSR og hvidvaskloven oplyser klager, at det er hans opfattelse, at der ikke er krav om indhentelse af billed-id. Erhvervsstyrelsen fremsender som opfølgning herpå uddrag fra vejledningen til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2. l. der omhandler legitimering af kunder, der er fysisk tilstede.

Det bemærkes yderligere i klagen, at manglende legitimering og identifikation af sine kunder alene omfattede 2 og ikke 3 af de 4 udvalgte kundesager, som anført i afgørelsen inden korrektionen, som skyldtes en slåfejl. Dette har ingen betydning, da uanset om det var 2 eller 3 kundesager, hvor der manglede indhentelse af billedlegitimation, ville konstateringerne foresat medføre påbud for manglende legitimering.
Ovenstående kommentarer relaterer sig til de forhold, der fremgår af klagen. Erhvervsstyrelsen skal imidlertid bemærke, at der i forbindelse med kontrolbesøget ikke kunne fremvises dokumentation for at der var foretaget yderligere foranstaltninger eller godtøgte at en risikovurdering var grund til, at der ikke var indhentet billede-id.

**Ad klagens punkt 2 - Opdatere/udarbejde skriftlige interne regler.**

På kontrolbesøget hos klager spurgte Erhvervsstyrelsen også indtil om klager havde udarbejdet interne retningslinjer, som hvidvaskloven foreskriver. Klager udleverede en kopi af FDR’s Kvalitetsmanual til FDRaudit, der er en fortrykt standard udarbejdet af Foreningen Danske Revisorer, hvori virksomheden har tilpasset kvalitetsmanualen til virksomheden.

Erhvervsstyrelsens gennemgang af de udarbejdede interne retningslinjer, viste at klager ikke i overensstemmelse med hvidvasklovens § 25, stk. 1 havde udarbejdet regler med udgangspunkt i virksomhedens egne forhold dvs. risikoaanlysen af virksomhedens forretningsmodel, kundetyper og produkter mv. og beskrive, hvad der påstår ved hvidvask og terrorfinansiering, hvordan dette kan tænkes at forekomme netop i denne virksomhed og de krav, som gælder i henhold til hvidvaskloven.

Det følger af vejledning til hvidvaskloven kapitel 8.2 at det ikke er tilstrækkeligt blot at indarbejde en afskrift af hvidvasklovens vejledning til loven eller en brancheforenings vejledning eller forslag til regningslinjer.

Erhvervsstyrelsen kunne ikke, ved en gennemgang af klagers interne regler genkende at de relaterede sig konkret til klagers virksomhed, men at de lignede en standard udarbejdet af klagers brancheforening, hvilket den standardiserede form og henvisning til FDR’S Kvalitetsmanual til FDR Audit, der er en fortrykt standard udarbejdet af Foreningen Danske Revisorer, hvori virksomheden har tilpasset kvalitetsmanualen til virksomheden.

Ovenstående førte til at Erhvervsstyrelsen i sin afgørelse fandt, at virksomhedens interne regler var mangelfulde og ikke opfyldte hvidvasklovens § 25.

Erhvervsstyrelsen begrundelse for, hvorfor de interne regler var mangelfulde, er anført meget generel. Baggrunden herfor er, at virksomhedens interne regler skal tage udgangspunkt i virksomhedens egen forretningsmodel og de risici, som der vurderes at være for, at virksomheden kan blive misbrugt til hvidvask eller finansiering af terrorisme.

Den 30. januar 2017, gennemgår klager og Erhvervsstyrelsen telefonisk virksomhedens kvalitetsmanual, som er anført i klagen under indsigelser til pkt. 2 punkter under pkt. a til pkt. h.

Erhvervsstyrelsen godkendte telefonisk de gennemgåedepunkter, med undtagelse af pkt g, som Erhvervsstyrelsen ikke finder tilstrækkelig for at opfylde kravet i hvidvaskloven. Efter gennemgangen af virksomhedens kvalitetsmanual, var Erhvervsstyrelsen således stadig af den opfattelse at virksomheden mangede at tage stilling til risikovurdering, risikostyring og le-

Hvad angår afgørelsens begrundelse, så har Erhvervsstyrelsen valgt at opli-
ste alle de punkter, som de interne regler skal indeholde, for at være i over-
ensstemmelse med hvidvaskloven. Dette kan anses som en checkliste for, at
klager opdatere de interne retningslinjer, så de er i overensstemmelse med
samtlige punkter.

**Sagens retlige omstændigheder**

Det følger af § 1, stk. 1, nr. 15 i hvidvaskloven, at loven finder anvendelse
for statsautoriserede og registrerede revisorer.

Det følger desuden af lovens § 32, stk. 1, at statsautoriserede og registrerede
revisorer er under tilsyn af Erhvervsstyrelsen.

Det skal bemærkes, at hvidvasklovens overordnede formål er, at bekæmpe
hvidvask og terrorfinansiering og at et grundlæggende element til denne be-
kæmpelse er "kend din kunde"-princippet. Princippet udmønter sig i hvi-
dvasklovens kapitel 4 i §§ 11-22, bl.a. ved krav om identifikation og legiti-
mation af kunden, der sikrer at kunden er den person, som kunden giver sig
ud fra at være, jf. vejledningen til hvidvaskloven kapitel 10.1.

Hvis kunden er en virksomhed, skal legtimationen omfatte navn, adresse
cvr-nr., eller anden lignende dokumentation, hvis virksomheden ikke har et
cvr-nr. Virksomhedens ejer- og kontrolstruktur skal klarlægges, og vir-
somhedens reelle ejere skal legitimeres, jf. § 12, stk. 3.

Således skal de af loven omfattede virksomheder kræve, at deres kunder le-
gitimerer sig, når optages forretningsmæssig forbindelse med disse, jf. §
12, stk. 1. Efter bestemmelsens stk. 2 -3, skal sådan legitimation bl.a. omfå-
tte navn, adresse og cvr-nr.

I henhold til vejledningen til hvidvaskloven kapitel 10.4.4.1, pkt. 94, skal en
virksomhedskunde altid indgå identifikation og legitimation af virksomhe-
den. Ydermere skal der ske identifikation og legitimation af virksomhedens
reelle ejere.

Virksomheden skal altid være overbevist om, at kunden er den, som kunden
udgiver sig for at være. Således må der ikke foreligge omstændigheder, som
can give anledning til tvivl herom, jf. vejledningens kapitel 10.4.3.2.1, pkt.
55.

Der stilles ikke krav om forevisning af billedlegitimation i hvidvaskloven,
men denne form for legitimation er imidlertid en sikker legitimationsmåde,
når en kunde møder fysisk op, da virksomheden herved har mulighed for at
sammenligne personens ansigt med billedet på legitimationsdokumentet.
Det anbefales derfor, at virksomheden forlanger forevisning af billedlegiti-
mation udstedt af offentlig myndighed, jf. vejledning til hvidvaskloven kapi-
tel 10.4.3.2.1, pkt. 58.
I de tilfælde hvor fysiske kunder ikke legitimeres på baggrund af billed-id, skal virksomheden kræve forevisning af anden gyldig dokumentation udstedt af offentligmyndighed og der bør normalt foretages supplerende handlinger, som havde kunden været en distancekunde, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 10.4.3.2.1, pkt. 59.


Det følger af hvidvasklovens § 13, stk. 1, 2, at legitimationsproceduren skal afsluttes i umiddelbar forlængelse af etablering af kundeforholdet. En verifikation af de af kunden afgivne legitimationsoplysninger, efter etablering af kundeforholdet, fx via efterfølgende opslag i CPR-registreret, anses således ikke i overensstemmelse med lovens krav til legitimationsproceduren.

I henhold til vejledningen til hvidvaskloven kapitel 10.4.7.1. pkt. 205, kan kravet om, at legitimationsproceduren skal være afsluttet inden udførelsen af et revisionsarbejde, ikke fraviges ud fra en risikovurdering.


De interne regler bør tage udgangspunkt i virksomhedens egne forhold, dvs. risikoanalysen af virksomhedens forretningsmodel, kundetyper og produkter mv. og beskrive, hvad der forståes ved hvidvask og terrorfinansiering, hvordan dette kan tænkes at forekomme netop i denne virksomhed og de krav, som gælder i henhold til hvidvaskloven., jf. vejledning til hvidvaskloven, kapitel 8.2. pkt. 10.

Det er ikke tilstrækkelig blot at indarbejde en afskrift af hvidvaskloven eller Finanstilsynets vejledning eller en brancheforeningsvejledning eller forslag til retningslinjer, som ikke giver medarbejderen tilstrækkelig information
om, hvordan reglerne skal administreres netop i denne virksomhed, jf. vejledning til hvidvaskloven kapitel 8.2. pkt. 11.

I henhold til vejledning til hvidvasklovens kapitel 8.5, skal virksomhedens risikostyring på hvidvaskområdet tage udgangspunkt i virksomhedens forretningsmodel og de risici, som der vurderes at være for, at virksomheden kan blive misbrugt til hvidvaskloven eller finansiering af terrorisme.

Virksomheden bør starte "ovenfra" med at foretage en kvalificeret analyse af, i hvor høj grad dens forretningsmodel og forretningsomfang indebærer en risiko for, at virksomheden kan blive udsat for misbrug i form af hvidvask af midler, der hidrører fra kriminalitet, eller terrorfinansiering.

Risikoanalyser bør baseres på en risikovurdering af virksomhedens kundetyper, produkter, leveringssystemer, dvs. den måde, som virksomheden stølter sine produkter til rådighed for kunderne på (fysisk fremmøde, internet osv.), forretnings- og transaktionsomfang og geografiske risici.

Ad Klager ønsker en forklaring på, hvorfor Erhvervsstyrelsen er undtaget reglerne i forvaltningsloven, som påbyder både partshøring (forvaltningsloven kap 5) og begrundelse for en afgørelse (forvaltningslovens kap 6).

Partshøring forvaltningslovens kap 5.
Det følger modsætningsvist af forvaltningslovens § 19, stk. 1, at hvor en part må anses at være bekendt med, at myndigheden er i besiddelse af bestemte oplysninger om en sags faktiske grundlag eller eksterne faglige vurderinger, og hvor disse oplysninger eller vurderinger er til ugunst for den pågældende part, og er af væsentlig betydning for sagens afgørelse, og parten har haft lejlighed til at fremkomme med en udtalelse, kan en myndighed træffe afgørelse uden yderligere partshøring.

I den konkrete sag, hvor der blev gennemført kontrolbesøg hos klager den 5. december 2016, blev klager gjort bekendt med, hvilke forhold der var blevet konstateret ikke at være i overensstemmelse med hvidvasklovens regler om kundelegitimering og mangler ved interne retningslinjer i forbindelse med kontrolbesøget. Erhvervsstyrelsen vurderer på denne baggrund, at klager forud for afgørelsen af 6. januar 2017 var gjort bekendt med hhv. afgørelsens indhold samt hvilke påbud Erhvervsstyrelsen havde påtænkt at give i sin afgørelse.

Erhvervsstyrelsen oplyste endvidere ved kontrolbesøget afd. 5. december 2016, at Erhvervsstyrelsen efterfølgende ville gennemgå klagers interne regler, og at det i en eventuel afgørelse ville fremgå, såfremt Erhvervsstyrelsen vurderede, at de interne regler ikke opfyldte kravene i henhold til hvidvasklovens § 25. Erhvervsstyrelsen konstaterer på denne baggrund, at klager var gjort bekendt med sagens faktiske grundlag.

På kontrolbesøget d. 5. december 2016, blev klager gjort bekendt med, at Erhvervsstyrelsen ikke anså ovennævnte forhold for at være i overensstemmelse med reglerne i hvidvaskloven, og at styrelsen på baggrund af de øb-
jektivt konstaterbare forhold agtede at træffe afgørelse. Klager havde under hele kontrolbesøget lejlighed til at udtale sig konkret om de enkelte punkter, der ville fremgå af afgørelsen, og som er nævnt ovenfor.

Erhvervsstyrelsen havde efterfølgende den 30. januar 2017 en telefonsamta- le med klager om Erhvervsstyrelsens afgørelse, hvor klager også fik muligid for at komme med sin udtalelse. Klager og Erhvervsstyrelsen gennem- gik i fællesskab de konkrete kundesager, der havde været udtaget til stikprøve, og yderligere i fællesskab gennemgik klagers interne retningslinjer.

På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at styrel- sens ikke har været forpligtet til at foretage partshøring, jf. forvaltningslo- vens § 19, stk. 1, modsætningsvist.

Begrundelse for en afgørelse kap 6.

Det følger af forvaltningslovens § 22, at en afgørelse, når den meddeles skriftligt, skal være ledsaget af en begrundelse, medmindre afgørelsen fuldt udgiver den pågældende part medhold.

Det følger endvidere i forvaltningslovens § 24, at en begrundelse for en af- gørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke af- gørelsen er truffet. Af § 24, stk. 2, følger, at begrundelsen endvidere om for- nødent skal indeholde en kort redegørelse for de oplysninger vedrørende sa- gens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgø- relsen.

Erhvervsstyrelsen meddeler virksomheden afgørelsen skriftligt. Afgørelsen er opbygget på følgende måde:

1) **Indledning:** Erhvervsstyrelsen beskriver bl.a. formålet med kontrol- besøget
2) **Afgørelse:** Erhvervsstyrelsen treffer afgørelse, herunder meddeler Erhvervsstyrelsen virksomheden om, at der evt. vil blive aflagt et nyt kontrolbesøg for at følge op på reglerne i hvidvaskloven generelt er blevet overholdt.
3) **Sagsfremstilling:** Erhvervsstyrelsen beskriver, hvem der har delta- get i kontrolbesøget, virksomhedens forpligtelser i henhold til hvid- vaskloven samt hvad der er konstateret ved gennemgang af kundesa- ger.
4) **Begrundelse:** Kort redegørelse for de oplysninger, der vedrører sa- gens faktiske omstændigheder, som er tillagt væsentlig betydning for afgørelsen, endvidere henviser der til den lovgivning, som afgørel- sen er truffet på baggrund af.

Det er Erhvervsstyrelsens vurdering, at afgørelsen fremsendt til klager d. 6. januar 2017 opfylder forvaltningslovens krav om begrundelse, jf. ovenstå- ende.

Klager har i øvrigt ikke fremført argumenter eller forhold, der giver Er-
hvervsstyrelsen anledning til at ændre sin afgørelse, hvorfor Erhvervsstyrelsen indstiller til, at Erhvervsankenævnet tiltræder den påklagede afgørelse.

I et supplerende indlæg af 26. april 2017 har klager yderligere bemærket:

”…
I henhold til Erhvervsstyrelsens redegørelse af 24. marts 2017, så skal jeg fremkomme med mine bemærkninger.

Denne skrivelse er disponeret således:

• Opsummering af de overordnet bemærkninger
• Uddybning af de overordnet bemærkninger

**Opsummering af de overordnet bemærkninger**

1. Manglende overholdelse af bestemmelserne for partshøring jf. Forvaltningslovens § 19, idet jeg ikke var bekendt med hvilke konklusioner, som Erhvervsstyrelsen havde konstateret i forbindelse med deres stikprøver (4 sager).


4. Der er foretaget en risikovurdering af kundeforholdet og i den forbindelse er det valgt at legitimeringen er foretaget uden anvendelse af billed-id.

5. Erhvervsstyrelsen har godkendt alle punkter, jf. min klage vedrørende de interne retningslinjer med undtagelse af pkt. g (Risikovurdering). Med hensyn til dette punkt fastholder jeg forsat, at det fremgår af mit kundeaftaleaktskema.

**Uddybning af de overordnet bemærkninger**

Pkt. 1 Manglende overholdelse af bestemmelserne for partshøring jf. Forvaltningslovens § 19, idet jeg ikke var bekendt med hvilke konklusioner, som Erhvervsstyrelsen havde konstateret i forbindelse med deres stikprøver (4 sager).

Det fremgår af forvaltningslovens § 19, stk. 1, at en myndighed ikke må træffe afgørelse for en part er gjort bekendt med vurderinger og givet denne part mulighed for at fremkomme med en udtalelse.
Jeg var ikke bekendt med Erhvervsstyrelsens vurdering af manglende legitimering i 2 sager (D A/S og E A/S).


Jeg blev ikke bekendt med Erhvervsstyrelsens vurderinger.

Erhvervsstyrelsen skriver at, "Erhvervsstyrelsen havde efterfølgende den 30. januar 2017 en telefonsamtale med klager om Erhvervsstyrelsens afgørelse, hvor klager også fik mulighed for at komme med sin udtalelse.", samt "På baggrund af ovenstående er det Erhvervsstyrelsens vurdering, at styrelsen ikke har været forpligtet til at foretage partshøring". Begge citater fremgår af Erhvervsstyrelsens redegørelse side 7, sidste og næstsidste afsnit.


Pkt. 2 Manglende overholdelse af bestemmelserne for partshøring jf. Forvaltningslovens § 19, idet Erhvervsstyrelsen efterfølgende ville gennemgå de interne regler. Jeg havde derfor ikke mulighed for at vide hvilke konklusioner Erhvervsstyrelsen ville nå frem til.

"Erhvervsstyrelsen oplyste endvidere ved kontrolbesøget af d. 5 december 2016, at Erhvervsstyrelsen efterfølgende ville gennemgå klagers interne regler, og at det i en eventuel afgørelse ville fremgå, såfremt Erhvervsstyrelsen vurderede, at de interne regler ikke opfyldte kravene i henhold til Hvidvasklovens § 25. Erhvervsstyrelsen konstaterer på denne baggrund, at klager var gjort bekendt med sagens faktiske grundlag", jf. Erhvervsstyrelsens redegørelse side 7, afsnit 5.


På denne baggrund anser jeg ikke at Erhvervsstyrelsen har overholdt bestemmelserne for partshøring jf. Forvaltningslovens § 19.

Pkt. 3 Manglende overholdelse af bestemmelserne for begrundelse jf. Forvaltningslovens § 22, idet begrundelserne må indeholde et administrativt skøn. I forbindelse med disse skøn, skal det begrundes hvilke hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen.


Ovenstående kan ikke betragtes som en begrundelse for, at jeg ikke har billed-id på 2 sager.
Det fremgår, at jeg ikke har klarlægning af ejer og kontrolstruktur. Dette er forkert, og vedrører ikke manglende billed-id.

At der ikke er foretaget en konkrete risikovurderinger. Dette er forkert. Det fremgår af bilag ... og ... fra Erhvervsstyrelsens redegørelse.

At jeg ikke har identifikation af kunderne. Dette er forkert, og vedrører ikke manglende billed-id.

Som det fremgår ovenfor, så indeholder ovenstående ikke en begrundelse for, hvorfor der skal være billed-id ved legitimeringen, samt at dette er forholdet som mangler.


Dette indeholder ikke nogen form for begrundelse.

Dette skal tillige ses i forhold til, at Erhvervsstyrelsen ved telefonsamtale af 30. januar 2017 alene nævner, at de manglende punkter vedr. risikovurdering, risikostyring samt ledelseskontrol. Efterfølgende i Erhvervsstyrelsens redegørelse skriver de, at alle punkt jf. min klage på nær punkt 9 (Risikovurdering) anses for tilfredsstillende.

Jeg fastholder derfor at der forst i 9 sager mangler begrundelser for afgørelsen af 6. januar 2017.
Pkt. 4 Der er foretaget en risikovurdering af kundeforholdet og i den forbindelse er det valgt at legitimeringen er foretaget uden anvendelse af billed-id.

Vedrørende D A/S, CVR nr. ... blev det konstateret, at jeg har legitimeret den reelle ejer ved hjælp af adgang til skattemappe, årsopgørelse samt fysisk været på kundens privatadresse. Dette fremgår af Erhvervsstyrelsens redegørelse, side 2, 2 sidste afsnit.

Jeg har ikke indhentet billed-id, hvilket fremgår i forbindelse med min risikovurdering jf. bilag ... pkt. ... (fra Erhvervsstyrelsens redegørelse). Heraf fremgår det, at jeg har vurderet risikoen som lav med hensyn til hvidvask og terrorfinansiering, hvorfor jeg ikke har indhentet billed-id.

Vedrørende E A/S, CVR nr. ... fremgår det af Erhvervsstyrelsens redegørelse side 3, afsnit 2, at den manglende indhentelse af billed-id ikke blev foretaget på baggrund af en konkret risikovurdering. Dette er forkert, det fremgår af bilag ... pkt. ... , at jeg har vurderet risikoen som lav med hensyn til hvidvask og terrorfinansiering. Dette er begrundelsen for, at jeg ikke har fundet det relevant at indhentet billed-id.

Pkt. 5 Erhvervsstyrelsen har godkendt alle punkter, jf. min klage vedrørende de interne retningslinjer med undtagelse af pkt. g (Risikovurdering). Med hensyn til dette punkt fastholder jeg forsat, at det fremgår af mit kundeacceptskema.

"Erhvervsstyrelsen godkendte telefonisk de gennemgåede punkter, med undtagelse af pkt. g, som Erhvervsstyrelsen ikke finder tilstrækkelig for at opfylde kravet i hvidvaskloven". jf. Erhvervsstyrelsens redegørelse, side 4, afsnit 7.

Punkt g vedrører risikovurdering af kundeforholdet.

Det er min opfattelse, at det tilsendte opgaveacceptskema afsnit 2 indeholder min risikovurdering med hensyn til Hvidvask. Tillige fremgår det af kvalitetshåndbogen afsnit 7, at opgaveacceptskemaet skal udfyldes forud for påbegyndelsen af opgaven.

Det er således min opfattelse, at jeg opfylder kravet i hvidvaskloven.

Afslutning
I forlængelse af min klage af 3. februar 2017, så er jeg forsat af den opfattelse, at

- Erhvervsstyrelsen har ikke opfyldt bestemmelserne om partshøring
- Erhvervsstyrelsen har ikke opfyldt bestemmelserne om begrundelse af afgørelsen
- Jeg har opfyldt bestemmelserne om legitimering af mine kunder ud fra en risikovurdering
- Jeg har tilstrækkelige interne regler med hensyn til lov om hvidvask.
Ankenævnet udtaler:

K er omfattet af hvidvaskloven, jf. lovens § 1, stk. 1 nr. 15 og 17.

Erhvervsstyrelsen findes efter det oplyste ikke at have til sidesat de almindelige sagsbehandlingsregler, der fremgår af forvaltningslovens §§ 19, 22 og 24 med den virknung, at det meddelte påbud er ugyldigt.

Det fremgår af § 12, stk. 1, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal have kendskab til deres kunder i overensstemmelse med stk. 2-8, herunder kræve, at deres kunder legitimerer sig, når der optages en forretningsmæssig forbindelse med disse. Efter § 12, stk. 2, skal legitimationen for kunder, som er fysiske personer, om fatte navn, adresse og cpr-nr. Hvis kunden er en virksomhed, skal virksomhedens ejer- og kontrolstruktur ifølge § 12, stk. 3, klarlægges, og virksomhedens reelle ejer legitimeres. Det fremgår af § 12, stk. 7, at legitimationsproceduren kan gennemføres ud fra en risikovurdering. Virksomheden eller personen skal dog kunne godtgøre over for den tilsynsførende myndighed, at undersøgelsens omfang er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering.

Af lovens § 25, stk. 1, fremgår det, at de af loven omfattede virksomheder og personer skal udarbejde tilstrækkelige skriftlige interne regler om kundelegitimation, opmærksomheds-, undersøgelses- og noteringspligt, indberetning, opbevaring af registreringer, intern kontrol, risikovurdering, risikostyring, ledelseskontrol og kommunikation samt uddannelses- og instruktionsprogrammer for medarbejderne for at forbygge og forhindre hvidvask og terrorfinansiering. Der skal endvidere udarbejdes tilstrækkelige skriftlige interne regler om overholdelse af Europa-Parlamentets og Rådets forordninger om oplysninger, der skal medsendes om betaler ved pengeoverførslер, hvor dette er relevant, og forordninger indeholdende regler om finansielle sanktioner mod lande, personer, grupper, juridiske enheder eller organer.

Erhvervsankenævnet lægger i overensstemmelse med Erhvervsstyrelsens sagsfremstilling til grund, at de interne regler i K om kundelegitimation m.v., der forelå ved Erhvervsstyrelsens forud anmeldte kontrolbesøg den 5. december 2016 - og som efter
det oplyste bestod af en kopi af FDR's kvalitetsmanual til FDRaudit - ikke opfyldte kravene i hvidvasklovens § 25.

Ankenævnet finder - navnlig under hensyn til, at det ved kontrolbesøget ved stikprøve blev konstateret, at der i to ud af 4 sager ikke var indhentet billedlegitimation - heller ikke, at klager har opfyldt kravene i hvidvasklovens § 12. Klager findes således ikke at have godt gjort, at undersøgelsens omfang - i de nævnte to sager - er tilstrækkelig i forhold til risikoen for hvidvask og terrorfinansiering, jf. lovens § 12, stk. 7, 2. pkt. Det bemærkes herved, at klager efter det oplyste ikke har gjort notat om baggrunden for den fulgte procedure, hvor der ikke blev indhentet billedlegitimation, eller har dokumenteret yderligere foranstaltninger i anledning af proceduren.

4.8. Forvaltningsloven

29) Kendelse af 23. juni 2017 (J.nr. 17/00975)
Ikke meddelt aktindsigt i Finanstilsynets interne e-mailkorrespondance samt oplysninger om andre fonde.

Forvaltningslovens §§ 9, 10, 12 og 14a.
(Malene Stadil, Piya Mukherjee, og Steen Mejer)


Sagens omstændigheder:

I Finanstilsynets afgørelse af 26. april 2017 hedder det:

"Afgørelse vedrørende anmodning om aktindsigt

Afgørelse
Finanstilsynet giver delvis aktindsigt i den pågældende sag. Vedlagt til dette brev fremsendes de dokumenter i den pågældende sag, som der ydes aktindsigt i.

Begrundelse
Aktindsigten er begrænset således, at interne arbejdsdokumenter ikke udleveres efter meroffentlighedsprincipippet i forvaltningslovens § 10. Finanstilsynet har valgt ikke at yde aktindsigt efter meroffentlighedsprincipippet, idet der udelukkende er tale om intern godkendelse af udkast til afgørelse overfor K, der er således tale om "brevveksling mellem forskellige enheder inden for samme myndighed”, som bemærkningerne til forvaltningslovens § 12 angiver som værende interne arbejdsdokumenter. Det er Finanstilsynets vurdering, at dokumenterne ikke indeholder oplysninger relevante for sagens belysning, som kan tale for anvendelse af meroffentlighedsprincipippet.

Herudover er aktindsigten begrenset til oplysninger vedrørende K, og der vedlægges således ikke oplysninger vedrørende de øvrige fonde, som blev kontaktet i samme sag.

…”
I klageskrivelse af 23. maj 2017 har bestyrelsesformand A på vegne af K anført:

„…

På vegne K påklages hermed det delvise afslag på aktindsigt, som Finanstilsynet har meddelt, jf. afgørelse af 26. april 2017 i sag nr. ...

Under klagesagen nedlægges påstand om, at der meddeles fuldstændig aktindsigt i samtlige dokumenter, der beror på sagen.

Til støtte for påstanden skal det anføres, at der er tale om en partsag, og det er af afgørende betydning for klager at få fuldstændig indsyn i alt, hvad der er foregået i relation til den konkrete sag. Klager risikere således at lide et retstab, såfremt klager ikke får fuldstændig indsyn i samtlig dokumenter

Det skal i den forbindelse præciseres, at der ikke er anført saglige grunde for at undertrykke de dokumenter, som styrelsen har meddelt afslag på aktindsigt i.

Til dette kommer, at styrelsens begrundelse for at meddele afslag har karakter af en ”massebegrundelse”; der tages således ikke konkret stilling til hvert enkelt dokument, og det oplyses ikke, hvorfor det i hvert enkelt tilfælde har været anset på påkøvet at undertrykke det enkelte dokument.

Endvidere må det konstateres, at Finanstilsynet ikke ses at have taget stilling til, om det enkelte dokument, der er undertrykt, indeholder eksempelvis faktiske oplysninger af en sådan karakter, at disse i medfør af ekstraheringsreglerne skulle have været udeleveret, uanset om dokumentet i øvrigt kunne undertrykkes.

Klagens modtagelse bedes venligst bekræftet, og vi imødeser i øvrigt en orientering om sagens videre forløb.

Afslutningsvis bemærkes, at vi naturligvis er til disposition, såfremt der måtte være behov for yderligere oplysninger og/eller en præcisering af ovenstående.

…“

I anledning af klagen har Finanstilsynet i redegørelse af 30. maj 2017 udtalt:

„…

1. Sagsfremstilling
As brev vedlægges som bilag ….

Ved brev af 26. april 2017 meddelte Finanstilsynet, at Finanstilsynet kun delvist kunne imødekomme As anmodning om aktindsigt. A fik aktindsigt i
alle dokumenter i sagen undtagen dokumenter, som vedrørte andre fonde end K og interne arbejdsdokumenter.

Finanstilsynet har begrundet afslaget for interne arbejdsdokumenter med, at der udelukkende er tale om intern godkendelse af udkast til den afgørelse i sagen, som senere blev fremsendt til parten. Finanstilsynet begrundede yderligere afvisningen med, at der ikke fremgik oplysninger, som var relevante for sagens belysning.

A har ved mail af 23. maj 2017 klaegt over Finanstilsynets afgørelse.

2. Retligt grundlag

Forvaltningsloven
§ 2 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om forvaltningslovens anvendelsesområde. Af stk. 1 fremgår:

"§ 2. Loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed."

§ 9 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om parters ret til aktindsigt i afgørelsessager. Af stk. 1 fremgår:

"§ 9. Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter."

Af bestemmelsens stk. 3, angives begrænsninger til retten til aktindsigt:

"Stk. 3. Den, der ansøger eller har ansøgt om ansættelse eller forfremmelse i det offentliges tjeneste, kan dog kun forlange at blive gjort bekendt med de dokumenter m.v., der vedrører den pågældendes egne forhold."

§ 10, stk. 1 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om parters ret til aktindsigt efter meroffentlighedsbegrebet:

"§ 10. Det skal i forbindelse med behandlingen af en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i dokumenter og oplysninger i videre omfang, end hvad der følger af §§ 12-15 b. Der kan gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger."

§ 12 i forvaltningsloven indeholder bestemmelser om myndigheders ret til at undtage interne arbejdsdokumenter:

Stk. 2. Dokumenter omfattet af stk. 1, der afgives til udenforstående, mister deres interne karakter, medmindre afgivelsen sker af retlige grunde, til forskningsmæssig brug eller af andre lignende grunde."

Følgende fremgår af lovforslag 145 af 8. februar 2013 vedrørende interne
dokumenter i de almindelige bemærkninger punkt 4.3.5:

"Der er i forvaltningsloven §§ 12-14 fastsat regler, som undtager visse dokumenter fra retten til aktindsigt. Det er herunder i § 12, stk. 1, fastsat, at retten til aktindsigt ikke omfatter en myndigheds interne arbejdsdokumenter. Som interne arbejdsdokumenter anses efter denne bestemmelse 1) dokumenter, der udarbejdes af en myndighed til eget brug ved behandlingen af en sag, 2) brevveksling mellem forskellige enheder inden for samme myndighed samt 3) brevveksling mellem en kommunalbestyrelse og dennes udvalg, afdelinger og andre administrative organer eller mellem disse organer indbyrdes."

3. Finanstilsynets vurdering

A har indgivet anmodning om aktindsigt på vegne K som part i sagen. På denne baggrund har Finanstilsynet behandlet anmodningen i henhold til forvaltningslovens regler.

I henhold til § 9 i forvaltningsloven har Finanstilsynet fremsendt alle dokumenter i sagen, som har dannet basis for Finanstilsynets afgørelse, og som indeholder faktuelle oplysninger om parten.

Finanstilsynet har ikke fremsendt kopier af oplysninger vedrørende de resterende fonde, som blev kontaktet i forbindelse med sagen. Disse oplysninger indeholder ikke faktuelle oplysninger om parten eller baggrunden for Finanstilsynets afgørelse, hvorfor Finanstilsynet har fundet det mere tungtvejende at tilbageholde oplysningerne om de enkelte fonde, som er modtaget i sagen i henhold til § 9, stk. 3 i forvaltningsloven.

§ 12 i forvaltningsloven angiver, at en myndighed kan undlade at yde aktindsigt i interne arbejdsdokumenter, og det fremgår af bemærkningerne til denne bestemmelse, at dette blandt andet er "brevveksling mellem forskellige enheder inden for samme myndighed". Finanstilsynet har i denne sag undladt at yde aktindsigt i en intern e-mailkorrespondance, hvor udkastet til den senere fremsendte afgørelse bliver godkendt af direktionen i Finanstilsynet. E-mail korrespondancen indeholder ingen faktuelle oplysninger ud over dem, som fremgår af afgørelsen i sagen, hvorfor Finanstilsynet ikke ser væsentlige grunde til, at der gives aktindsigt i disse.

Finanstilsynet har vurderet behovet for aktindsigt efter meroffentlighedsprincippet i forvaltningslovens § 10, men idet de dokumenter, som der ikke ydes aktindsigt i, ikke bidrager til belysning af sagens faktuelle omstændigheder eller grundlag for Finanstilsynets vurdering, som parten kan have interesse i, ses ikke grundlag for at yde aktindsigt i henhold til meroffentlighedsprincippet.

A har i klagen anført, at Finanstilsynet ikke har anført saglige grunden for at afvise aktindsigt i dokumenterne, at der ikke er taget stilling til hvert enkelt dokument, og at der ikke er taget stilling til, om hvert enkelt dokument indeholder faktiske oplysninger. Dette er Finanstilsynet ikke enig i.
Det fremgår af Finanstilsynets afgørelse om aktindsigt, vedlagt som bilag ..., at der er sket en konkret begrundelse for de dokumenter, der ikke gives aktindsigt i. Det er anført i afgørelsen, at interne arbejdsdokumenter ikke er delt, da der udelukkende er tale om intern godkendelse af afgørelsen, og da disse ikke indeholder oplysninger relevante for sagens belysning.

I forhold til dokumenter vedrørende andre parter i Finanstilsynets sag, har Finanstilsynet oplyst, at der er sket afgrensning til kun at give aktindsigt i oplysninger, som vedrører parten selv. Dette er i overensstemmelse med § 9, stk. 3 i forvaltningsloven.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at A på vegne af K har fået aktindsigt i alle dokumenter i sagen, som denne er berettiget til i henhold til forvaltningsloven.

Finanstilsynet fastholder på dette grundlag afgørelsen af 26. april 2017 om at yde delvis aktindsigt.

…”

A har ved skrivelse af 8. juni 2017 heroverfor bemærket:

”...
Jeg har noteret mig indholdet af nævnte skrivelse, herunder at der er enighed mellem parterne om, at anmodningen om aktindsigt skal afgøres ud fra reglerne i forvaltningsloven, da der er tale om et partsforhold.

Jeg undrer mig dog over Finanstilsynets henvisning til forvaltningslovens § 9, stk. 3, jf. skrivelsens side 3, andet afsnit in fine samt syvende afsnit in fine. Denne bestemmelse omhandler aktindsigt i sager om anstættelse og fremmelse i den offentlige forvaltning og ses derfor ikke at have relation til den foreliggende sag.

Selve den omstændighed, at der er tale om et partsforhold, indebærer, at der skal foreligge tungtvejende grunde, hvis man skal undtage dokumenter og/eller oplysninger fra aktindsigten.

Dette gælder også i relation til begrebet merooffentlighed, jf. forvaltningslovens § 10, og der kan i den forbindelse henvises til Forvaltningsloven med kommentarer af Niels Fenger, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013, side 370 f. Heraf fremgår det, at selve den omstændighed, at ansøgeren om aktindsigt har partstatus er et prioriteret kriterium.

Til dette kommer, at der ikke i sagen er modhensyn til andre parter. De eneste ”hensyn”, der herefter består, er at Finanstilsynet – uden at begrunde dette nærmere – åbenbart mener, at parten ikke skal have adgang til alle dokumenter/oplysninger i sagen.
Det fremgår således ikke, hvorfor Finanstilsynet mener, at der er et behov for at tilbageholde de omtalte oplysninger. Det fremgår endvidere ikke, hvilke konkrete hensyn, der kan begrunde en sådan tilbageholdelse i forhold til sagens eneste part.

Denne handlemåde efterlader derfor et helt åbenlyst spørgsmål: Hvad er det Finanstilsynet ønsker at skjule?

K har i denne sag oplevet, at der i Finanstilsynet er foregået en meget usædvanlig sagsbehandling, og det er fondens opfattelse, at Finanstilsynet tilsyneladende ønsker at sløre bl.a. baggrunden for sagens opkomst. Det er således også for at afdække dette forhold, at fonden har behov for aktindsigt i alle foreliggende oplysninger, herunder samtlige interne oplysninger i sagen. Det er derfor nærliggende at antage, at fonden kan lide et retstab, hvis anmodningen om fuldstændig aktindsigt ikke imødekommes.

…

Finanstilsynet har ved e-mail af 13. juni 2017 anført, at henvisningen til forvaltningslovens § 9, stk. 3 er en fejl, men at tilsynet fortsat finder, at K ikke er berettiget til aktindsigt i dokumenter, som vedrører andre parter i sagen, når disse dokumenter ikke indeholder oplysninger, som har indflydelse på afgørelsen overfor K.

Ankenævnet udtaler:

Ehvervsankenævnet har fået forelagt de i sagen foreliggende dokumenter, herunder også de dokumenter, som Finanstilsynet ikke har meddelt klager aktindsigt i.

K har som part i sagen ret til at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Forvaltningslovens § 10, stk. 1, indeholder bestemmelser om meroffentlighed. Det skal således i forbindelse med en anmodning om aktindsigt overvejes, om der kan gives aktindsigt i videre omfang, end hvad der følger af §§ 12-15, og der vil kunne gives aktindsigt i videre omfang, medmindre det vil være i strid med anden lovgivning, herunder regler om tavshedspligt og regler i lov om behandling af personoplysninger.

Det fremgår af forvaltningslovens § 12, at en myndigheds interne arbejdsdokumenter er undtaget fra aktindsigt.
Af de almindelige bemærkninger i lovforslag nr. 145 af 8. februar 2013 fremgår følgende vedrørende interne dokumenter:

"Der er i forvaltningsloven §§ 12-14 fastsat regler, som undtager visse dokumenter fra retten til aktindsigt. Det er herunder i § 12, stk. 1, fastsat, at retten til aktindsigt ikke omfatter en myndigheds interne arbejdsdokumenter, som interne arbejdsdokumenter anses efter denne bestemmelse 1) dokumenter, der udarbejdes af en myndighed til eget brug ved behandlingen af en sag, 2) brevveksling mellem forskellige enheder inden for samme myndighed samt 3) brevveksling mellem en kommunalbestyrelse og dennes udvalg, afdelinger og andre administrative organer eller mellem disse organer indbyrdes."

Finanstilsynet har ifølge det oplyste ikke meddelt aktindsigt i en internt e-mailkorrespondance, hvor udkastet til den senere fremsendte afgørelse bliver godkendt af direktionen i Finanstilsynet. Endvidere har tilsynet undladt at give indsigt i oplysningerne om de andre fonde, som er modtaget under sagen.

Da de dokumenter, som Finanstilsynet ikke har meddelt aktindsigt i, ikke indeholder oplysninger om sagens faktiske grundlag, som er relevante for sagens afgørelse, jf. nærmere forvaltningslovens § 14 a, tiltræder ankenævnet, at Finanstilsynet alene har meddelt aktindsigt i det omfang, det er sket ved den påklagede afgørelse.

5. SAGSSTATISTIK

Erhvervsankenævnet har i året 2017 modtaget 55 klagesager. Hertil kommer 14 sager fra tidligere år, som endnu ikke var afsluttede ved årets begyndelse. Af disse i alt 69 sager er der afsagt kendelse i 29 sager. 28 sager er afsluttet på anden måde, heraf blev 22 sager afvist på grund af manglende indbetaling af klagegebyr, og 2 sager blev afvist af andre grunde. 2 sager blev afsluttet ved, at den indklagede myndighed omgjorde sin afgørelse under behandlingen af sagen i ankenævnet, og 2 sager blev tilbagekaldt af klager. 12 sager var fortsat under behandling ved årets udgang.

Af de 29 kendelser, der blev afsagt i 2017, var der i 23 tilfælde tale om en stadfæstelse af den påklagede afgørelse. I 3 kendelser ændrede eller hjemviste ankenævnet den påklagede afgørelse og i 3 kendelser afviste nævnet klagen.

Oplysningerne for 2017 kan specificeres således:

Sagsstatistik 2017:

<table>
<thead>
<tr>
<th>Uafsluttede sager pr. 1. januar 2017:</th>
<th>14</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Indkommet i året:</td>
<td>55</td>
</tr>
<tr>
<td>Til behandling i alt:</td>
<td>69</td>
</tr>
</tbody>
</table>

Heraf:

| Afvist på grund af manglende gebyr: | 22 |
| Afvist af andre grunde: | 2 |
| Omgjort af indklagede: | 2 |
| Tilbagekaldt af klager: | 2 |
| Afsluttet uden kendelse i alt: | 28 |
| Afgjort ved kendelse: | 29 |
| Afsluttet i alt: | 57 |

| Uafsluttede sager pr. 31. december 2017: | 12 |
Kendelsesstatistik 2017:

Ankenævnets kendelser fordeler sig således på de enkelte sagsområder:

<table>
<thead>
<tr>
<th>Sagsområde</th>
<th>Stadfæstet</th>
<th>Ændret/ Hjemvist/ ophævet</th>
<th>Afvist</th>
<th>I alt</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Finansielle virksomheder</td>
<td>4</td>
<td>0</td>
<td>0</td>
<td>4</td>
</tr>
<tr>
<td>Aktie-, anparts- og partnerselskaber</td>
<td>7</td>
<td>0</td>
<td>0</td>
<td>7</td>
</tr>
<tr>
<td>Fonde</td>
<td>4</td>
<td>2</td>
<td>2</td>
<td>8</td>
</tr>
<tr>
<td>Årsrapport</td>
<td>5</td>
<td>0</td>
<td>0</td>
<td>5</td>
</tr>
<tr>
<td>Revisorer</td>
<td>2</td>
<td>0</td>
<td>0</td>
<td>2</td>
</tr>
<tr>
<td>Hvidvask</td>
<td>1</td>
<td>0</td>
<td>0</td>
<td>1</td>
</tr>
<tr>
<td>I alt</td>
<td>23</td>
<td>2</td>
<td>2</td>
<td>27</td>
</tr>
</tbody>
</table>
Bilag 1

Lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013 om Erhvervsankenævnet med senere ændringer


§ 1. Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov. Endvidere er ankenævnet klageinstans for afgørelser truffet af Rejsegarantifonden, i det omfang det er fastsat ved lov om en rejsegarantifond, samt for afgørelser truffet af virksomheder, der udover beføjelser på Fondsrådets vegne, i det omfang det er fastsat i lov om værdipapirhandel m.v.

Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sagshåndtering og afgørelse.

Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.


§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformand og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af erhvervs- og vækstministeren.

§ 4. Klager over de afgørelser, der træffes i medfør af § 1, stk. 1, skal indbringes for Erhvervsankenævnet.

Stk. 2. Sagsbehandlingen ved ankenævnet er skriftlig. Hvor særlige grunde taler derfor, kan formanden dog bestemme, at mundtlig forhandling skal finde sted.

§ 4 a. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte regler om, at skriftlig kommunikation til og fra Erhvervsankenævnet skal foregå digitalt.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om digital kommunikation, herunder om anvendelse af bestemte it-systemer, særlige digitale formater og digital signatur
el.lign.

Stk. 3. En digital meddelelse anses for at være kommet frem, når den er tilgængelig for adressaten for meddelelsen.


Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte regler om, at afgørelser og andre dokumenter, der udelukkende er truffet eller udstedt på grundlag af elektronisk databehandling, kan udstedes alene med angivelse af Erhvervsankenævnet som afsender.

§ 4 c. Hvor det efter lovgivningen er krævet, at et dokument, som er udstedt af andre end Erhvervsankenævnet, skal være underskrevet, kan dette krav opfyldes ved anvendelse af en teknik, der sikrer entydig identifikation af den, som har udstedt dokumentet, jf. dog stk. 2. Sådanne dokumenter sidestilles med dokumenter med personlig underskrift.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om fravigelse af underskriftskrav. Det kan herunder bestemmes, at krav om personlig underskrift ikke kan fraviges for visse typer af dokumenter.

§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.


§ 7. Erhvervs- og vækstministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

Stk. 2. Erhvervs- og vækstministeren kan bestemme, at Erhvervsankenævnet er klageinstans for administrative afgørelser truffet af færøske hjemmestyremyndigheder, hvis der indgås en aftale herom.

Lov nr. 315 af 14. maj 1997 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:


Stk. 2-5. (Udeladt)

Lov nr. 1052 af 23. december 1998 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 4

Loven træder i kraft den 1. januar 1999.

Lov nr. 427 af 6. juni 2002 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 3

Stk. 1. Loven træder i kraft den 1. juli 2002, jf. dog stk. 2.

Stk. 2. § 1, nr. 13, 14, 16-18, 35 og 39, træder i kraft den 1. oktober 2002. Økonomi- og erhvervsministeren fastsætter tidspunktet for ikrafttrædelsen af § 1, nr. 5, 8-12, 19, 26, 30, 31, 33, 34, 37 og 38, samt § 2.1)

1) Økonomi- og erhvervsministeren fastsatte i bekendtgørelse nr. 344 af 15. maj 2003 om ikrafttræden af lov om værdipapirhandel mv., at § 2 trådte i kraft den 1. juni 2003.

Lov nr. 1231 af 18. december 2012 indeholder følgende bestemmelse om ikrafttræden:

§ 69

Stk. 1. Loven træder i kraft den 1. januar 2013.

Stk. 2. Administrative forskrifter, der er udstedt i medfør af de hidtidige bestemmelser, vedbliver at være i kraft, indtil de ændres eller ophæves.

Erhvervsstyrelsen, den 10. december 2013

P.M.V.
Betina Hagerup

/ Lars Bunch
§ 135 i lov nr. 712 af 25. juni 2014 om Erhvervsdrivende fonde (ændring af lov om Erhvervsankenævnet)

§ 135. I lov om Erhvervsankenævnet, jf. lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013, foretages følgende ændring:

1. I § 2, stk. 2, 3. pkt., indsættes efter »herunder«: »fondsretlige forhold,«.

Ikrafttræden den 1. januar 2015.

---------------------------------------------

§ 15 i lov nr. 665 af 8. juni 2017 om ændring af lov om finsiel virksomhed mv.

§ 15. I lov om Erhvervsankenævnet, jf. lovbekendtgørelse nr. 1374 af 10. december 2013, som ændret ved § 135 i lov nr. 712 af 25. juni 2014, foretages følgende ændring:

1. I § 1, stk. 1, 2. pkt., ændres »lov om værdipapirhandel m.v.« til: »lov om kapitalmarkeder.«

Ikrafttræden den 3. januar 2018.
Bilag 2

Lovforslag med bemærkninger til det oprindelige lovforslag om Erhvervsankenævnet fra 1987

Lovforslag nr. L 85 – Forslag til lov om Industriministeriets Erhvervsankenævn

Fremsat den 18. november 1987 af industriministeren
(Nils Wilhjelm)

§ 1. Industriministeriets Erhvervsankenævn er klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, det fastsættes ved lov eller i henhold til lov. Stk. 2. Ankenævnet er i sin virksomhed uafhængig af instrukser vedrørende den enkelte sags behandling og afgørelse. Stk. 3. Ankenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed.


§ 3. Ved afgørelsen af den enkelte sag deltager formanden eller næstformanden, og 2 eller i særlige tilfælde 4 sagkyndige medlemmer, der udpeges af formanden efter regler fastsat af industriministeren.


§ 5. Ankenævnet kan tillade en tredjemand eller offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede styrelse.


§ 7. Industriministeren fastsætter nærmere regler for ankenævnets virksomhed, herunder regler om sagsbehandling og regler om, at klagerne skal betale et gebyr for at få behandlet en klage.

BEMÆRKNINGER TIL LOVFORSLAGET

Almindelige bemærkninger
1. Forslaget har til formål at oprette Industriministeriets Erhvervsankenævn.
   For Industriministeriet vedkommende er adgangen til at rekurere afgørelser i vidt omfang afskaffet, enten ved oprettelse af ankenævn, ved indførelse af en rådsorganisation med endelige afgørelser eller ved at gøre institutionernes afgørelser administrativt endelige. Dette er et led i en almindelig udvikling siden begyndelsen af 70-erne, hvor det blev anerkendt, at departementer ikke bør beskæftige sig med konkrete sagshandlinger, hverken som førstestains eller som ankeinstans.

2. I dag er der således på mange centrale lovgivningsområder under Industriministeriet oprettet ankenævn. Her skal peges på Monopolankenævnet, Patentanke-
   nævnet, Butikskistsankenævnet og Besætningsnævnet.

3. For borgere er klagebehandlingen ved ankenævn fremfor rekurs til ministeren mere betryggende under hensyn til ankenævnets uafhængige stilling og sam-
   mensætning. For centraladministrationen vindes der typisk ikke værdifuld indsigt i sagsområdet eller ef-
   fektive styringsmuligheder ved rekursbehandling. Sty.
   ring gennem tilfeldig ankesagsbehandling er ikke hensigtsmæssig.

3. Under Industriministeriet findes der stadig væsentlige områder, hvor adgangen til rekurs til at ind-
   bringe institutionernes afgørelser for departementet er uændret. Det er i særlig grad tilfældet for de institutioner, som administrerer selskabs- og kapitalmarked-
   lovgivningen, dvs. Aktieselskabs-Registeret, Bank- og Sparekassetilsynet samt i et vist omfang Forsikringstilsynet.
   Erhvervsankenævnets oprettelse er et led i Industriministeriets strukturomlægning, der bl.a. med-
   færer, at Aktieselskabs-Registeret omdannes til Er-
   hvervs- og Selskabsstyrelsen og Forsikringstilsynet og Tilsynet med Banker og Sparekasser sammenføres i Finansstilsynet.

   Lovforslaget har til formål primært at lade Erhvervsankenævnet være klageinstans for den lovgiv-
   ning, der administreres af ovennævnte styrelser.

   De sager, der for tiden bliver tale om at kunne ind-
   bringes for ankenævn, er afgørelser efter lov om ak-
   tieselskaber, lov om anpartsselskaber, lov om visse selskabers aflæggelse af årsregskab m.v., lov om ban-
   ker og sparekasser m.v., lov om visse kreditinstitutioner, lov om visse spare- og udlånsvirksomheder m.v., lov om investeringsforeninger, lov om Københavns
   Fondsbors, lov om en værdipapircentral, lov om real-
   kreditlignende lån og andelsboliglån m.v., lov om for-
   sikringsvirksomhed og lov om tilsyn med pensions-
   kasser.

   Herved opnås, at ankenævnet bliver kompetent i alle sammenlignelige sager, hvor et fælles ankenævns be-
   handling kan sikre ensartethed i praksis.

   Samtidig med oprettelsen af Erhvervsankenævnet
   nedlægges Forsikringsnævnet. Forsikringsnævnet har
   bl.a. behandlet klager over afgørelser
   efter bestemmelser i lov om forsikringssvrisomhed, der antages at være af særlig indgribende karakter
   eller af kompliceret art.

4. Forslaget har under udarbejdelsen været forelagt følgende til udtalelse: Industrirådet, LO, Dansk Ar-
   bejdsgiverforening, Arbejderbevægelsens Erhvervs-
   råd, Den danske Bankforening, Danmarks Sparekas-
   seforering, Danske Investeringssfirenings Fælles-
   reprentation, Foreningen af Fondsbørsvekselere-
   re, Foreningen af Firma-Pensionskasser, Pensions-
   kasse-rådet, Assuran-
   r-
   d-Societetet, FDB, Butiks-
   bedelens Fællesråd, Dansk Organisation for De-
   tailhandelskæder, Det Danske Handelskammer og
   Håndværksrådet.

5. Forslaget forventes ikke at medføre øget person-
   naleforbrug for staten. Forslaget vil medføre, at der skal ske en særskilt vederlæggelse til nævns-
   medlemmer. Det er ikke muligt at angive udgifterne, som vil blive afholdt inden for ministeriets rammer.

Bemærkninger til lovforslagets enkelte bestem-
mer

Til § 1

Ved oprettelse af Industriministeriets Erhvervsankenævnet er der takket afgørende vægt, at nævnet er uafhængigt af de øvrige administrative myndigheder, og at det både repræsenterer og råder over den for-

nødne sakgrund.

Nævnets status som en selvstændig og uafhængig myndighed er fastslået i stk. 2, hvor det er foreskre-
vet, at det ikke kan modtage instruktioner om, hvor-

ledes den enkelte sag skal afgøres. Ved stk. 3 fastslås det, at Erhvervsankenævnet er overste administrative myndighed med hensyn til de sager, der kan indbrin-

ges for nævnet. Nævnet er dog som andre administra-

tive myndigheder undergivet ombudsmændens kon-

tr. Nævnets afgørelser er undergivet den almindeli-

g domstolskontrol.

Til § 2

Efter forslaget forestås nævnets virksomhed af et

formandsskab samt et antal sagkyndige medlemmer. Som det fremgår af de almindelige bemærkninger, er det tanken, at nævnet skal behandle afgørelser, der træffes af Finansstilsynet i henhold til pengeinstitut-

lovregningen m.v. og forsikringslovregningen og af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen for så vidt angår sel-

kskabslovregningen. Nævnets opgave er at behold-e sager og træffe afgørelser efter en juridisk og fag-

messig bedømmelse af sagens omstændigheder. Ankenævnets opgave er således at behandle såvel de retlige som de hermed forbundne skønsmæssige for-

hold i de berørte styrelsers afgørelser. Afgrensningen af de spørgsmål, der kan indbringes for anke-

nævnet, er foretaget i de pågældende love. Nævnet

består af et formandsskab, der skal opfylde betingel-

serne for at blive udnævnt til landsdommer. Lovtek-

sten åbner mulighed for udpegning af såvel en for-

mand som eventuelle næstformænd, ligesom man har

undladt i loveteksten at tage stilling til, hvor mange
sagkyndige der skal udpeges. Det skyldes usikkerhed om, hvor mange sager der indbringes for nævnet. Opmærksomheden skal dog henledes på § 3, hvor det fastslås, at der ved afgørelsen af hver enkelt sag mindst deltager formanden og 2 sagkyndige.

Nævnet skal desuden bestå af uvidelige sagkyndige, der har en speciel sagkundskab på de områder, hvor nævnet får tillagt kompetencen til at behandle klagesager. Der agtes udpeget personer, der har kendskab til erhvervsforhold, herunder kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi samt forsikringsmatematik.

**Til § 3**

Der er mulighed for at bestemme, at 4 medlemmer deltager ved en sagshåndtering. Det vil f.eks. være tilfældet, hvor der er tale om en sag af kompliceret art, hvor det er påkrævet med flere sagkyndiges vurdering.

**Til § 4**
Det fastslås som hovedregel, at sagsbehandlingen under nævnsbehandlingen er skriftlig. Klageren vil naturligvis have krav på at blive gjort bekendt med sagens akter. Klageren og den myndighed, hvis afgørelse indklages, har adgang til efter begæring at møde for nævnet, medmindre nævnet skønner denne ret overflødig.

**Til § 5**
Der gives tredjemænd og offentlige myndigheder mulighed for at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed, såfremt de har retlig interesse i udfaldet af en for ankenævnet verserende sag. Afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en retlig interesse, træffes i første instans af ankenævnet. Ankenævnets afgørelse herom er underkastet domstolsprøvelse.

**Til § 6**
Som hovedregel har klager ikke opsættende virkning. Der er dog tillagt ankenævnet en mulighed for at bestemme, at klagen skal have opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.

**Til § 7**
Ministeren vil i medfør af denne bestemmelse udarbejde en række detaljregler, som man ikke har fundet nødvendigt at optage i selve loveteksten.
Bilag 3

Erhvervsministeriets bekendtgørelse nr. 1135 af 13. oktober 2017 om Erhvervsankenævnet

Bekendtgørelse om Erhvervsankenævnet

I medfør af §§ 3 og 7 i lov om Erhvervsankenævnet, jf. bekendtgørelse af lov nr. 1374 af 10. december 2013 fastsættes:

Kapitel 1

Erhvervsankenævnets kompetence og organisation

§ 1. Erhvervsankenævnet behandler klager over afgørelser, der er truffet af Erhvervsstyrelsen, Finanstilsynet, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller af den færøske registreringsmyndighed, i det omfang det er fastsat i den øvrige lovgivning.

Stk. 2. Ankenævnet kan i øvrigt behandle klager over afgørelser, hvor der ved lov eller i henhold til lov er fastsat bestemmelse om klageadgang til nævnet.


Stk. 2. Formandskabets og nævnets øvrige medlemmer kan genbeskikkes.

§ 3. Formanden tilrettelægger ankenævnets arbejde, herunder arbejdet i dets sekretariat. Formanden drager omsorg for indkaldelse til møder, leder møder og sørger for, at arbejdet udføres på en hensigtsmæssig måde.

Stk. 2. Formanden kan bemyndige en næstformand til at træde i sit sted, når formanden er forhindret.

Stk. 3. Formanden bestemmer om, og i bekræftende fald på hvilken måde nævnets afgørelser skal offentliggøres.


Stk. 2. Fordelingen af de enkelte sager mellem formanden og næstformænd bestemmes af formanden i samråd med næstformændene.

Stk. 3. I sager, der efter stk. 2 er fordelt til en næstformand, varetager denne de beføjelser, der efter bekendtgørelsen er henlagt til formanden.
§ 5. Formanden udpeger under hensyn til den enkelte sags beskaffenhed de sagkyndige, der skal deltage i sagens behandling og afgørelse, og bestemmer, om 2 eller 4 sagkyndige skal medvirke.

Stk. 2. Forudsætter afgørelsen kendskab til fondsretlige forhold, skal de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særlig kendskab til området. Vedrører afgørelsen en vedtægtssændring eller en frivillig opløsning ved likvidation i henhold til lov om erhvervsdrivende fonde, der forudsætter Civilstyrelsens samtykke, skalmindst en af de i 1. pkt. nævnte sagkyndige have særligt kendskab til permutationsretlige forhold.

Stk. 3. Forudsætter afgørelsen kendskab til kapitalmarkedsforhold, nationaløkonomi, forskningsmatematik eller forbrugerforhold, skal mindst en af de medvirkende sagkyndige udpeges blandt de sagkyndige, der har særligt kendskab til området.

§ 6. Ankenævnets arbejdssprog er dansk.

Kapitel 2

Sagens forberedelse

§ 7. Klage indgives skriftligt via e-mail til adressen ean@naevneneshus.dk eller pr. post til Erhvervsankenævnets sekretariat, Toldboden 2, 8800 Viborg.


Stk. 3. Ved klage over afslag på begæring om aktindsigt opkræves ikke gebyr.

§ 8. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan afvise klager, der ikke er omfattet af nævnets kompetence, er indgivet for sent, eller som er indgivet af en, som ikke er klageberettiget.

Stk. 2. Afvises en klage, tilbagebetaltes gebyret.


§ 10. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan tillade en tredjemand eller en offentlig myndighed, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, at indtræde i sagen til støtte for klageren eller den indklagede myndighed.

Stk. 2. Formanden kan bestemme, at en tredjemand eller en offentlig myndighed underrettes om
en sag, der er indbragt for nævnet, således at der gives den pågældende mulighed for at anmode om tilladelse til at indtræde efter stk. 1.


Stk. 2. Ankenævnet eller formanden på dets vegne kan anmode klageren eller tredjemand, der er indtrådt i sagen efter § 10, om at tilvejebringe oplysninger, der skønnes at have betydning for sagens bedømmelse. Fremkommer sådanne oplysninger ikke inden en fastsat frist, kan nævnet tillægge dette virkning til skade for den pågældende.

Stk. 3. Nævnet eller formanden på dets vegne kan i øvrigt indhente oplysninger, hvor det skønnes hensigtsmæssigt.

§ 12. Klageren eller den, der er indtrådt i sagen efter § 10, skal gøres bekendt med den redegørelse, der er nævnt i § 11, stk. 1, og med det materiale, der i øvrigt er fremkommet i sagen, medmindre adgangen til aktindsigt er begrænset i anden lovgivning. De pågældende skal have lejlighed til at afgive en udtalelse.


Kapitel 3

Sagens afgørelse

§ 13. I sager, der behandles skriftligt, træffer ankenævnet afgørelse på grundlag af skriftlig vorening, eventuelt i et møde. Formanden træffer bestemmelse herom.


Stk. 2. Er der truffet bestemmelse om mundtlig forhandling, underrettes klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen efter § 10, om tid og sted for den mundtlige forhandling.

Stk. 3. De i stk. 2 nævnte er berettigede til at møde sammen med eller ved advokat, revisor eller anden kyndig repræsentant, der har fuldmagt til at give møde. Formanden kan, hvis sagen efter sit indhold gør det ønskeligt, henstille, at der gives møde ved en repræsentant.

Stk. 4. Formanden bestemmer formen for den mundtlige forhandling, herunder i hvilken række-
følge de mødende skal have ordet, og hvornår forhandlingerne er afsluttet.

_Stk. 5._ Offentligheden eller andre end de, der er nævnt i stk. 3, har ikke adgang til den mundtlige forhandling, medmindre der blandt de mødende er enighed om det, og formanden efter forhandling med nævnets medlemmer tillader det.

§ 15. Ankenævnets afgørelser træffes ved almindeligt stemmeflertal.

_Stk. 2._ Er afgørelsen ikke truffet i enighed, skal afgørelsen indeholde mindretallets opfattelse.

_Stk. 3._ Afgørelsen skal begrundes og tilstilles klageren, den indklagede myndighed og den, der er indtrådt i sagen.

_Stk. 4._ Gives der klageren helt eller delvis medhold i den indbragte klage, eller ændrer den indklagede myndighed sin afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand, kan nævnet eller formanden på dets vegne træffe bestemmelse om hel eller delvis tilbagebetaling af det indbetalte gebyr.


_Stk. 2._ Bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsministeriets Erhvervsankævn nævn ophæves.

_Erhvervsministeriet, den 13. oktober 2017_

Brian Mikkelsen

/ Christian Lützen
Bilag 4

Fortegnelse over love og anordninger omfattet af Erhvervsankenævnets kompetence.

Lov om finansiel virksomhed
(lovbekendtgørelse nr. 1140 af 26. september 2017 med senere ændringer)

Lov om finansiel stabilitet
(lovbekendtgørelse nr. 875 af 15. september 2009 med senere ændringer).

Lov om investeringsforeninger m.v.
(lovbekendtgørelse nr. 1051 af 25. august 2015).

Lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v.
(lovbekendtgørelse nr. 1074 af 6. juli 2016).

Lov om værdipapirhandel m.v.

Lov om indskyder- og investorgarantiordning
(lovbekendtgørelse nr.917 af 8. juli 2015).

Lov om ejendomskreditselskaber
(lovbekendtgørelse nr. 1023 af 30. august 2017 med senere ændringer).

Lov om forsikringsformidling
(lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22. august 2013).

Lov om tilsyn med firmapensionskasser

Lov om betalinger
(lov nr. 652 af 8. juni 2017 med senere ændringer).

Lov om betalingskonti
Lov om finansielle rådgivere og boligkreditformidlerne
(lovbekendtgørelse nr. 1079 af 5. juli 2016).

Lov om et skibsfinansieringsinstitut
(lovbekendtgørelse nr. 851 af 25. juni 2014 med senere ændringer).

Lov om Lønmodtagernes Dyrtidsfond
(lovbekendtgørelse nr. 1109 af 9. oktober 2014 med senere ændringer).

Lov om Arbejdsmarkedets Tillægspension
(lovbekendtgørelse nr. 1110 af 10. oktober 2014 med senere ændringer).

Lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v.

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende ydelser
(lovbekendtgørelse nr. 950 af 14. august 2015).

Lov for Færøerne om oplysninger, der skal medsendes om betaler ved pengeoverførsler
(lovbekendtgørelse nr. 80 af 4. februar 2011)

Lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven)
(lov nr. 651 af 8. juni 2017).

Lov om fremgangsmåden ved anmeldelse m.v. af visse oplysninger hos Erhvervsstyrelsen
(lovbekendtgørelse nr. 1204 af 14. oktober 2013).

Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)
(lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015 med senere ændringer).
Anordning af ikrafttræden for Grønland af lov om aktieselskaber (anordning nr. 620 af 23. juni 2008).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om anpartsselskaber (anordning nr. 619 af 23. juni 2008).

Lov om erhvervsdrivende fonde (lovbekendtgørelse nr. 712 af 25. juni 2014 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om erhvervsdrivende fonde (anordning nr. 621 af 23. juni 2008).

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2013 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder (anordning nr. 622 af 23. juni 2008).

Lov om det europæiske selskab (SE-loven) (lov nr. 654 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Lov om administration af Det Europeiske Økonomiske Fællesskabs forordninger om indførelse af europæiske økonomiske firmagrupper (lovbekendtgørelse nr. 281 af 17. april 1997 med senere ændringer).

Lov om det europæiske andelsselskab (SCE-loven) (lovbekendtgørelse nr. 454 af 22. maj 2006 med senere ændringer).


Årsregnskabsloven
Anordning om ikrafttræden for Grønland af årsregnskabsloven (anordning nr. 625 af 23. juni 2008).

Bogføringslov (lovbekendtgørelse nr. 648 af 15. juni 2006 med senere ændringer).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af bogføringslov (anordning nr. 624 af 23. juni 2008).

Lov om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder (revisorloven) (lovbekendtgørelse nr. 1167 af 9. september 2016).

Anordning om ikrafttræden for Grønland af lov om statsautoriserede og registrerede revisorer (anordning nr. 623 af 23. juni 2008).

Lov om formidling af fast ejendom m.v. (lov nr. 526 af 28. maj 2014 med senere ændringer).

Lov om en rejsegarantifond (lovbekendtgørelse nr. 1101 af 3. september 2015).

Lov om fyrværkeri og andre pyrotekniske artikler (lovbekendtgørelse nr. 363 af 9. april 2013 med senere ændringer).

Lov om autorisation af virksomheder på el-, vvs og kloakinstallationsområdet (lov nr. 401 af 28. april 2014 med senere ændringer).

(Ultimo 2017)