

Kendelse af 23. oktober 1995. 94-8.392.

Nægtet samtykke til vedtægtsændring i en fond, der var oprettet af et forsikringsselskab, da ændringen ville medføre, at forsikringsselskabet fik en bestemmende indflydelse på fonden, og da fonden og dens datterselskaber efter deres vedtægter kunne drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed.

Lov om forsikringsvirksomhed § 6.

(Merete Cordes, Peter Erling Nielsen og Ebbe Christensen)

Advokat A har på vegne K Fond den 2. februar 1994 klaget over, at Finanstilsynet i skrivelse af 7. januar 1994 (j.nr. 6611-0050) afviste at godkende et forslag fra fonden til ændring af vedtægterne om bestyrelsens sammensætning. Klagesagen omfatter endvidere Finanstilsynets henstilling til overvejelse om, at fondens og dens dattervirksomheders vedtægtsbestemte formål ændres.

Sagens omstændigheder:

Forsikringsselskabet B, gensidigt forsikringsselskab, er moderselskab i B koncernen, som omfatter forsikringsselskaber, en bank, investeringsselskaber m.m. Ifølge forsikringsselskabets vedtægter er det organiseret som en forening, hvis medlemmer er forsikringstagerne. Foreningens ledelse består af et Repræsentantskab (delegeretforsamling), et Tilsynsråd (bestyrelse) og en direktion. Den øverste myndighed er Repræsentantskabet, hvis 155 repræsentanter vælges af og blandt foreningens medlemmer. Repræsentantskabet vælger af sin midte 10 medlemmer til Tilsynsrådet. Endvidere vælger forsikringsselskabets medarbejdere 5 medlemmer af Tilsynsrådet.

I december 1986 besluttede forsikringsselskabet at oprette en fond, K Fond. Fondens grundkapital var ved stiftelsen på 16 mio. kr. Dens formål er ifølge vedtægternes § 2:

"a. at indstifte én eller flere prisbelønninger og uddele gaver i forbindelse med jubilæer eller andre mærkedage i forsikringsselskabet B og i selskaber kontrolleret af dette eller af Fonden. Priser og uddelinger kan ydes til de under Fondens formål faldende områder samt til videnskabelige, humanitære, sociale og andre almennyttige formål.

b. at udøve erhvervsvirksomhed inden for skadesforebyggelse samt støtte skadesforebyggende forskning og videreuddannelse af personer beskæftiget i forsikringsvirksomhed.

c. at udøve anden virksomhed, herunder erhvervsvirksomhed, der efter fondsbestyrelsens skøn står i naturlig forbindelse hermed."

Om bestyrelsens sammensætning er det i vedtægternes § 4 bestemt:

"Stk. 1 K Fondens bestyrelse består - bortset fra de medlemmer, der

måtte blive valgt i henhold til reglerne om medarbejderrepræsentation
- af seks medlemmer. Af de seks medlemmer skal tre have tilknytning

til dansk erhvervsliv, én være advokat og to udpeges af tilsynsrådet for B. De fire medlemmer, som ikke udpeges af tilsynsrådet for B, udpeges som følger: Advokaten udpeges af Advokatrådet og tre medlemmer udpeges af henholdsvis Foreningen af Jydske Landboforeninger, Dansk Arbejdsgiverforening og Landboforeningerne på Øerne.

..."

Fonden og forsikringsselskabet ejer hver 50 % af aktiekapitalen i C A/S. C A/S ejer 51 % af aktiekapitalen i D A/S. 46 % af aktiekapitalen i D A/S ejes af E A/S. Sidstnævnte selskab er et datterselskab af forsikringsselskabet, som ejer 67 % af aktiekapitalen i E A/S. D A/S har ifølge sine vedtægter følgende formål:

"Selskabets formål er at eje kapitalandele i andre virksomheder samt at udøve virksomhed med industri, ejendomsinvestering, ejendomsadministration, handel, serviceydelser, finansiering, teknisk og kommerciel rådgivning og i øvrigt enhver anden virksomhed, der efter bestyrelsens skøn står i forbindelse hermed."

D A/S ejer 100 % flere datterselskaber, heriblandt ejendomsselskaber.

Efter lov om forsikringsvirksomhed (nu lovbekendtgørelse nr. 963 af 29. november 1994) § 6, stk. 1, må et forsikringsselskab ikke drive anden virksomhed end den forsikringsvirksomhed, der angives i koncessionen, medmindre andet følger af § 6a.

Det anføres videre i § 6, stk. 2, at:

"Et forsikringsselskab antages at drive anden virksomhed, såfremt selskabet

1) udøver en bestemmende indflydelse over en erhvervsvirksomhed, der driver virksomhed af anden art end forsikringsvirksomhed eller virksomhed efter § 6a,

... "

Den 2. juni 1992 sendte advokat A et forslag til ændring af § 4 i vedtægterne for K Fond til Finanstilsynet med anmodning om tilsynets samtykke til ændringen. Advokat A henviste til, at den nuværende § 4 om bestyrelsens sammensætning var blevet til efter forhandling med tilsynet, idet K Fond ejede 50% af aktierne i "de finansielle B selskaber". På daværende tidspunkt kunne forsikringsselskabet B ikke drive de pågældende aktiviteter. Advokaten skrev endvidere: "Efter at forsikringslovgivningen forlængst er ændret, ønsker B nu af rationalitetsgrunde, at sammensætningen af bestyrelsen i Fonden bliver fri, og foreslår derfor, at § 4, ændres ... ". Ifølge det fremsendte forslag skulle bestyrelsen fremover bestå - bortset fra de medlemmer, der måtte blive valgt i henhold til reglerne om medarbejderrepræsentation - af 6 medlemmer udpeget af Tilsynsrådet for B. Finanstilsynet sendte forslaget til vurdering i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der i skrivelse af 28. december 1992 udtalte, at forslaget var i strid med den almindelige fondsretlige grundsætning om, at en fond skal ledes af en selvstændig og i forhold til stifterne

uafhængig bestyrelse, hvorfor mindst ét bestyrelsesmedlem skulle indtage en uvildig og uafhængig stilling i forhold til stifterne.

Efter yderligere brevveksling sendte advokat A den 29. marts 1993 et nyt forslag til Finanstilsynet og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen til vedtægternes § 4 om bestyrelsessammensætning:

"Stk. 1 K Fondens bestyrelse består - bortset fra de medlemmer, der

måtte blive valgt i henhold til reglerne om medarbejderrepræsentation eller i henhold til stk. 4 - af 11 medlemmer.

Stk. 2 Tilsynsrådet for B udpeger 10 bestyrelsesmedlemmer blandt de af Tilsynsrådets medlemmer, der er valgt af Repræsentantskabet for B.

Stk. 3 Et bestyrelsesmedlem, som skal indtage en uvildig og uafhængig stilling i forhold til B, udpeges af Repræsentantskabet for B. Det pågældende bestyrelsesmedlem må ikke være medlem af nogen af de kompetente forsamlinger - eller være ansat - i B eller dets koncernselskaber. Ej heller må det pågældende bestyrelsesmedlem ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje have tilknytning til sådanne personer.

Stk. 4 Såfremt medarbejderne ikke har valgt medlemmer af bestyrelsen efter de derom fastsatte regler i aktieselskabsloven, udpeger Tilsynsrådet for B yderligere 5 bestyrelsesmedlemmer blandt de medlemmer af Tilsynsrådet for B, der er valgt af medarbejderne i B-koncernen.

Stk. 5 Bestyrelsen konstituerer sig med en formand og en næstformand. Valgperioden er to år.

... "

I skrivelse af 30. april 1993 svarede Erhvervs- og Selskabsstyrelsen advokat A:

" ... at styrelsen - i relation til spørgsmålet om uvildighed - kan acceptere, i dette tilfælde, at ét af bestyrelsesmedlemmerne udpeges af repræsentantskabet for B. Dette medlem afgiver en tro og love-erklæring, hvoraf må fremgå, at det pågældende ikke er medlem af nogen af de kompetente organer - eller ansat i - B eller dets datterselskaber, således at det pågældende bestyrelsesmedlem kan erklære sig uafhængig i forhold til fondens stifter og øvrige bestyrelsesmedlemmer eller selskaber i koncernen."

I den påklagede afgørelse, der er stilet til advokat A, skrev Finanstilsynet:

" ...

Finanstilsynet skal således foranlediget meddele, at den foreslåede ændring af vedtægternes § 4 ikke umiddelbart kan godkendes.

Som førhen er problemet at undgå, at B gennem K Fond kan drive en virksomhed, som et forsikringsselskab ikke må drive i henhold til lov om forsikringsvirksomhed § 6 og § 6a.

Finanstilsynet skal derfor henstille til overvejelse, at K fonds vedtægter - nærmere bestemt § 2, litra b og c - udformes således, at fonden kun kan drive virksomhed, som er lovlig efter bestemmelserne herom i lov om forsikringsvirksomhed (§§ 6 og 6a), og at formålsbestemmelserne i K Fonds dattervirksomheder derefter gennemgås og justeres med henblik på, at bestemmelserne udformes således, at der ikke kan drives virksomhed, som er uforenelig med lov om forsikringsvirksomhed §§ 6 og 6a.

For en god ordens skyld bemærkes, at dette vil medføre, at selskaberne under K Fond vil være at anse som en del af B koncernen, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 3, stk. 1."

Afgørelsen indeholder sædvanlig vejledning om klage til Erhvervsankenævnet.

Over for Erhvervsankenævnet har klagerens advokat i klageskrivelsen og i supplerende skrivelser af 27. oktober og 30. december 1994 anført, at klageren ikke er enig i den måde, hvorpå Finanstilsynet fortolker §§ 6 og 6a i lov om forsikringsvirksomhed. Spørgsmålet er, hvorledes udtrykket "bestemmende indflydelse" i § 6, stk. 2, nr. 1, skal fortolkes, herunder om muligheden for at udnævne flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i fonden medfører, at B må anses for at "udøve en bestemmende indflydelse" over fonden. Herom har klageren henvist til lovbemærkningerne til § 6, stk. 2, nr. 1, (Folketingstidende 1988/89, Tillæg A, spalte 3354 f) hvoraf det ifølge klageren fremgår, at kærneområdet for bestemmelsen er tilfælde, hvor forsikringsselskabet er i besiddelse af kapitalandele eller ved f.eks. stemmeret eller aftale har bestemmende indflydelse på virksomhedens forretningsmæssige dispositioner. B har ikke kapitalandele i fonden, ligesom selskabet ikke har indflydelse på fondsbestyrelsens beslutninger i kraft af aftale eller vedtægter.

Efter klagerens opfattelse kan det forhold, at flertallet af bestyrelsesmedlemmerne i fonden er de samme som medlemmerne i Tilsynsrådet i B, ikke i sig selv medføre, at B udøver bestemmende indflydelse på fonden efter bestemmelsen i § 6, stk. 2, nr. 1, i lov om forsikringsvirksomhed. Et bestyrelsesmedlems arbejde i fonden, hvor B ikke har kapitalinteresser, kan ikke antages at være afgørende for, om medlemmerne i B vil genvælge et medlem til at sidde i Tilsynsrådet. De medlemmer, som udpeger Tilsynsrådet i B, vil derimod bedømme medlemmet på de beslutninger, der træffes i B.

Klageren har med henvisning til tilsynets redegørelse udtalt ikke at være enig i, at den omstændighed, at vedtægterne for fonden ændres som foreslået, medfører, at fonden "de facto ikke kan udøve anden virksomhed end den, der er forenelig med lov om forsikringsvirksomhed § 6 og § 6 a". Endvidere har klageren udtalt, at en ændring af vedtægten ikke kan bevirke nogen ændring i

den retsstilling, der gælder mellem B og C A/S samt dettes selskabs dattervirksomheder, herunder D A/S. Hvad enten det følger af almindelige regler, at D's virksomhed er omfattet af lov om forsikringsvirksomhed eller ej, må vedtægtsændringerne i fonden afgøres efter de fondsretlige regler uafhængig heraf. Fonden er et selvstændigt retssubjekt, som skal behandles efter de fondsretlige regler, hvorimod reglerne om forsikringsvirksomheder ikke er gældende for fonden.

Hvad angår henstillingen til overvejelse fra Finanstilsynet, om at udforme fondsvedtægternes § 2, litra b og c, således, "at fonden kun kan drive virksomhed, som er lovlig efter bestemmelserne herom i lov om forsikringsvirksomhed (§§ 6 og 6a), og at formålsbestemmelserne i K Fonds dattervirksomheder derefter gennemgås og justeres med henblik på, at bestemmelserne formuleres således, at der ikke kan drives virksomhed, som er uforenelig med lov om forsikringsvirksomhed §§ 6 og 6a", har klageren udtalt ikke at ville imødekomme denne henstilling, idet fonden og dens dattervirksomheder ikke kan anses for omfattet af de nævnte regler. Klageren har endvidere bemærket, at fonden ikke har taget stilling til, om de nævnte formålsbestemmelser er uforenelige med §§ 6 og 6a i lov om forsikringsvirksomhed.

Sammenfattende har klageren anført, at Finanstilsynet er forpligtet til at godkende de foreslåede vedtægtsændringer, da Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har accepteret den foreslåede ændring, og da K Fond ikke kan anses for omfattet af §§ 6 og 6 a i lov om forsikringsvirksomhed.

Finanstilsynet har i en redegørelse for sagen af 29. november 1994 fastholdt den trufne afgørelse. Tilsynet henviser til, at udformningen af fondens nugældende vedtægter er sket efter forhandlinger mellem tilsynet og B i 1988-89. Finanstilsynet udtalte i den forbindelse i en skrivelse af 4. oktober 1988, at det til stadighed må sikres, "at fondens bestyrelse ikke kan domineres af de af B's tilsynsråd udpegede bestyrelsesmedlemmer i fællesskab med medarbejderrepræsentanterne." Finanstilsynets daværende afgørelse vedrørende bestyrelsens sammensætning blev indbragt for Erhvervsankenævnet, men klagen blev tilbagekaldt i forbindelse med, at der opnåedes enighed mellem selskabet og tilsynet om udformningen af vedtægterne, herunder om bestyrelsens sammensætning.

Finanstilsynet har endvidere anført, at efter det nu fremsatte forslag skal 10 ud af fondsbestyrelsens 16 medlemmer direkte udpeges af Tilsynsrådet for B. Da der ikke for tiden er og hidtil ikke har været medarbejderrepræsentanter i fondens bestyrelse, vil Tilsynsrådet efter forslaget skulle udpege ialt 15 af de 16 fondsbestyrelsesmedlemmer. De af Tilsynsrådet udpegede medlemmer vil få en dominerende indflydelse i fondens bestyrelse og dermed på fonden og dens aktiviteter. Der skabes et så stort personsammenfald og en så væsentlig tilknytning mellem Tilsynsrådet og fondens bestyrelse, at der er etableret en dominerende indflydelse, selv om B ikke har kapitalandele i fonden.

Om arten af de aktiviteter, som forsikringsselskabet således får en dominerende indflydelse på, har Finanstilsynet henvist til de ovenfor gengivne bestemmelser om fondens formål, hvoraf det fremgår, at det bl.a. er fondens formål at udøve "anden virksomhed, herunder erhvervsvirksomhed, der efter fondsbestyrelsens skøn står i naturlig forbindelse hermed." Endvidere har Finanstilsynet henvist til den virksomhed, der drives af de selskaber, som fonden er medejer af, herunder D A/S, hvis formålsbestemmelse ligeledes er gengivet foran. Det er Finanstilsynets opfattelse, at B gennem Tilsynsrådets dominerende indflydelse i fonden samt gennem forsikringsselskabets ejerandele i C A/S og i E A/S vil have en dominerende indflydelse i D A/S og i dette selskabs datterselskaber. Forsikringsselskabet vil dermed drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed.

På baggrund af det således anførte udtaler Finanstilsynet:

"... at det er Finanstilsynets vurdering, at den foreslåede ændring af § 4 i vedtægterne for K Fond indebærer, at Tilsynsrådet for B får en dominerende indflydelse på fondens aktiviteter.

B vil således gennem denne indflydelse i fonden og gennem de kapitalandele, der direkte eller indirekte ejes i selskaber, der tillige direkte eller indirekte delvist ejes af fonden kunne udøve andre former for erhvervsvirksomhed, end de der er forenelige med lov om forsikringsvirksomhed § 6 og § 6a, jf. det ovenfor anførte eksempel vedrørende D A/S.

Den foreslåede vedtægtsændring vil således medføre, at forsikringsselskabet må antages at drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 6, stk. 2, hvilket ikke er tilladt i henhold til lov om forsikringsvirksomhed § 6, stk. 1.

Med hensyn til den henstilling til overvejelser Finanstilsynet gav i forbindelse med sin afgørelse af 7. januar 1994 ..., skal det bemærkes, at hensigten hermed var at give en anvisning på en praktisk løsning af problemet med vedtægtsændringen.

Selvom K Fond ikke er et datterselskab af B, og derved i teorien kan drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed m.v., så betyder den indflydelse Tilsynsrådet for B får i fondens bestyrelse sammen med den indflydelse, B har i kraft af sine ejerandele i selskaberne under fonden, at fonden de facto ikke kan udøve anden virksomhed end den, der er forenelig med lov om forsikringsvirksomhed § 6 og § 6a.

Samtidig betyder den beskrevne indflydelse, at selskaberne "under" fonden, ... ligeledes alene kan udøve virksomhed, der er forenelig med lov om forsikringsvirksomhed.

Såfremt man fra B's side indrettede sig i overensstemmelse med denne henstilling til overvejelser, ville der efter Finanstilsynets opfattelse alt andet lige ikke være noget til hinder for gennemførelse af den foreslåede vedtægtsændring."

Det bemærkes, at klagesagens behandling efter klagerens anmodning har været sat i bero fra klagens indgivelse og til oktober 1994, idet klagerens advokat i klageskrivelsen af 2. februar 1994 anmodede om, at sagen stilles i bero, indtil fondens ledelse havde tilendebragt nogle overvejelser om fondens fremtid. I skrivelse af 27. oktober 1994 meddelte advokaten, at man havde besluttet at opretholde klagen.

Ankenævnet udtaler:

Som anført af klageren driver K Fond ikke forsikringsvirksomhed, og fonden er ikke omfattet af lov om tilsyn med forsikringsvirksomhed. Ser man isoleret på **fondens** forhold, er Finanstilsynets godkendelse af de ønskede vedtægtsændringer ikke fornøden. Klageren har alligevel i skrivelsen af

2. juni 1992 anmodet om Finanstilsynets samtykke til vedtægtsændringerne. Efter det fremkomne må denne anmodning antages at skyldes et ønske fra klagerens side om at sikre, at udformningen af de nye vedtægter ikke kommer til at medføre, at **forsikringsselskabet** overtræder lov om forsikringsvirksomhed. Det fremgår af sagen, at Finanstilsynet har behandlet anmodningen ud fra denne forudsætning, jf. ordene i den påklagede skrivelse: "Som førhen er problemet at undgå, at B gennem K Fond kan drive en virksomhed, som et forsikringsselskab ikke må drive i henhold til lov om forsikringsvirksomhed § 6 og § 6a."

Erhvervs- og Selskabsstyrelsens godkendelse af vedtægterne i skrivelsen af 30. april 1993 vedrører fondens forhold og er sket efter fondsretlige regler, jf. ordene: "i relation til spørgsmålet om uvildighed" i skrivelsen. Denne afgørelse er derfor ikke til hinder for, at Finanstilsynet vedrørende forsikringsselskabets forhold efter lov om forsikringsvirksomhed når til et andet resultat.

Det fremgår af forslaget til vedtægtsændring, at 10 medlemmer af fondens bestyrelse udpeges af forsikringsselskabets Tilsynsråd blandt sine repræsentantskabsvalgte medlemmer. Så længe der ikke er medarbejdervalgte medlemmer i fondens bestyrelse, udpeger Tilsynsrådet yderligere 5 medlemmer af fondsbestyrelsen blandt sine medarbejdervalgte medlemmer. Endelig udpeger forsikringsselskabets Repræsentantskab det uvildige medlem. Forsikringsselskabets organer udpeger således samtlige medlemmer af fondens bestyrelse, og flertallet heraf udpeges blandt Tilsynsrådets repræsentantskabsvalgte medlemmer. Ankenævnet er enig med Finanstilsynet i, at forsikringsselskabet herved udøver en bestemmende indflydelse over fonden, jf. lov om forsikringsvirksomhed § 6, stk. 2, nr. 1. Da såvel fonden som selskaberne under fonden efter sine vedtægter kan drive anden virksomhed end forsikringsvirksomhed, åbner de foreslåede vedtægtsændringer mulighed for, at forsikringsselskabet kan overtræde lov om forsikringsvirksomhed § 6. Ankenævnet kan derfor tiltræde, at Finanstilsynet har afslået at give det ønskede samtykke.

For så vidt klagen også omfatter Finanstilsynets "henstilling til overvejelse" i skrivelsen af 7. januar 1994 bemærkes, at en henstilling fra Finanstilsynet i visse situationer kan have en sådan karakter, at den reelt må sidestilles med en afgørelse og derfor kan indbringes for Erhvervsankenævnet. Den foreliggende henstilling har imidlertid ikke en sådan karakter, men er alene en anvisning af en mulig løsning. Det stod klageren frit for at vælge en anden løsning, eventuelt at bibeholde den hidtidige ordning. Henstillingen kan derfor ikke indbringes for ankenævnet.

Ankenævnet stadfæster herefter den påklagede afgørelse.