

Kendelse af 3. juni 2010 (J.nr. 2009-0019732)

Påtale fra Finanstilsynet konkret anset som en forvaltningsafgørelse, som følgelig kunne realitetsbehandles af ankenævnet.

Lov om Erhvervsankenævnet § 1, stk. 1 samt § 18 og § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v.

(Anders Hjulmand, Mads Bryde Andersen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 14. juli 2009 har advokat A på vegne af K klaget over, at Finanstilsynet den 8. juli 2009 har påtalt, at foreningen handlede i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt kollektive investeringsforeninger m.v., da foreningen udarbejdede salgsbrochuren om K, fordi brochuren ikke udgør en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen. Finanstilsynets beslutning om at offentliggøre påtalen påklages ligeledes.

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 31. august 2009 har Finanstilsynet om sagen faktiske omstændigheder udtalt:

"...

Finanstilsynet indledte ved brev af 19. november 2008 en sag vedrørende overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod K (herefter benævnt K).

Finanstilsynet modtog den 1. december 2008 en redegørelse for sagen fra K og udarbejdede på denne baggrund et udkast til afgørelse, som sendtes i høring hos K. Udkastet indeholdte både et påbud om at sikre overensstemmelse mellem Ks risikoangivelse i henholdsvis prospekt og markedsføringsmateriale og en påtale for overtrædelse af § 3 i bekendtgørelse 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger m.v.

Finanstilsynet modtog den 9. marts 2009 høringssvar fra K, og på baggrund af høringssvaret samt et møde med K foretog Finanstilsynet en tilpasning af sagen. Påbuddet blev fjernet fra sagen, og påtalens hjemmel blev ændret til § 2 i bekendtgørelse nr. 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger mv. Dette udkast til påtale blev sendt til udtalelse hos K den 1. maj 2009. Ved en beklagelig fejl fremgik det af følgeskrivelsen, at der var tale om en "høring over afgørelse", hvilket skete som følge af, at sagen tidligere havde indeholdt ovennævnte påbud og således været en forvaltningsretlig afgørelse indtil fjernelsen heraf.

Efter endt høring blev udkastet til påtale med de fornødne tilpasninger forelagt Det Finansielle Virksomhedsråd den 8. juli 2009. I det endelige udkast påtaler Finanstilsynet, at K har handlet i strid med § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v. (herefter benævnt LIS). Det Finansielle Virksomhedsråd tiltrådte udkastet til påtalen, og Finanstilsynet offentliggjorde herefter den 10. juli 2009 påtalen på sin hjemmeside, jf. LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1.

..."

I klageskrivelse af 14. juli 2009 har advokat A anført:

"...Jeg skal herved påklage ... afgørelse af 8. juli 2009 fra Finanstilsynet, hvor tilsynet har meddelt min klient, K, en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv. Det gøres i den forbindelse gældende, at påtalen fra Finanstilsynet er en forvaltningsretlig afgørelse, der kan påklages i medfør af § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv.

Jeg skal endvidere påklage Finanstilsynets beslutning om at offentliggøre afgørelsen, idet dette efter min opfattelse er en særskilt afgørelse, der kan påklages i medfør af § 131 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger mv.

Endelig skal jeg begære klagemålene tillagt opsættende virkning, idet det dog hertil bemærkes, at Finanstilsynet - uanset mine protester ... - offentliggjorde afgørelsen på tilsynets hjemmeside www.ftnet.dk den 10. juli.

Som det fremgår af ... korrespondance[n], har Finanstilsynet anført, at hverken påtalen eller beslutningen om at offentliggøre denne efter tilsynets opfattelse er forvaltningsretlige afgørelser, der kan påklages. Finanstilsynet har derfor heller ikke givet min klient klagevejledning.

Jeg er imidlertid ... ikke enig med Finanstilsynet heri, og det er i den forbindelse min opfattelse, at påtalen under alle omstændigheder kan indbringes for Erhvervsankenævnet med henblik på nævnets stillingtagen til, hvorvidt der foreligger en forvaltningsretlig afgørelse, som nævnet har kompetence til at behandle.

Finanstilsynet har erklæret sig enig i, at det vil være op til Erhvervsankenævnet at afgøre, dette spørgsmål, såfremt min klient indgiver klage til nævnet.

Inden jeg udarbejder en klage vedrørende påtalens materielle indhold, skal jeg derfor anmode Erhvervsankenævnet om at tage stilling til, hvorvidt Finanstilsynets påtale af 8. juli 2009 og offentliggørelsen heraf er forvaltningsretlige afgørelser, som kan indbringes for nævnet.

Forvaltningsretlig afgørelse

Som begrundelse for, at der er tale om forvaltningsretlige afgørelser, henviser jeg til... korrespondance[n] med Finanstilsynet, hvoraf det bl.a. fremgår, at selv en indskrænkende fortolkning af forvaltningslovens afgørelsesbegreb, hvorefter der lægges vægt på om beslutningen overvejende er af retlig karakter, der som sit hovedformål har at fastlægge, hvad der er eller skal være ret i en bestemt situation, vil føre til, at påtalen i nærværende sag er en forvaltningsretlig afgørelse. Det er således netop påtalens formål at fastlægge indholdet af, hvad der efter § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger mv. skal anses for at være redelig forretningsskik og god praksis ved markedsføringen af investeringsbeviser i hedgeforeninger.

Uanset at jeg har gjort dette gældende over for Finanstilsynets og i den forbindelse har opfordret tilsynet til at begrunde, hvorfor påtalen efter tilsynets opfattelse ikke er en forvaltningsretlig afgørelse, har tilsynet ikke begrundet denne opfattelse nærmere.

Jeg har endvidere efterlyst tilsynets begrundelse for, hvorfor tilsynet i den sideløbende sag, der p.t. verserer for Erhvervsankenævnet vedrørende aktindsigt, i tilsynets første udkast til påtale af 4. februar 2009, har argumenteret for, at tilsynet i medfør af lov om finansiel virksomhed § 345, stk. 9, var forpligtet til at sende det første udkast til påtale i høring hos min klient. Det fremgår således af den pågældende bestemmelse, at denne forpligtelse kun gælder i sager, hvor der skal foretages partshøring i medfør af forvaltningslovens § 19 og Finanstilsynet har altså således tidligere behandlet sagen, som om den var omfattet af forvaltningsloven. Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynet også har sendt tilsynets efterfølgende udkast til påtale af 1. maj 2009 til partshøring hos min klient.

Finanstilsynet har ikke svaret på, hvad der er baggrunden for, at tilsynet nu tilsyneladende har ændret opfattelse vedrørende påtalens retlige karakter.

Opsættende virkning

Da påtalen efter tilsynets opfattelse er endelig og ikke kan påklages, ligesom den allerede er offentliggjort på Finanstilsynets hjemmeside, er spørgsmålet om opsættende virkning af klagemålet ikke af reel betydning.

Det har imidlertid principiel betydning for min klient at få afklaret, hvorvidt min klients klagemål ville være blevet tillagt opsættende virkning, såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at påtalen og offentliggørelsen heraf kan påklages til nævnet, hvorfor jeg ligeledes skal bede nævnet tage stilling til dette spørgsmål."

I førømtalte redegørelse af 31. august 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

"...

1. Afgørelsens retlige grundlag

Det følger af LIS § 18, stk. 1, at "Foreninger skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for forretningsområdet."

LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., fastslår, at "Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og de regler, der er udstedt i medfør af loven, undtagen § 34, stk. 1 og 2, samt overholdelsen af foreningens vedtægter". Bestemmelsen fastsætter Finanstilsynets generelle adgang og pligt til at påse overholdelsen af loven. Dernæst udgør den Finanstilsynets implicitte hjemmel til at udstede påbud og påtaler, hvor dette ikke følger eksplicit af andre bestemmelser i loven.

Endvidere fremgår det af LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1, at: "Finanstilsynet skal orientere offentligheden om sager, som er behandlet af Finanstilsynet, anklagemyndigheden eller domstolene, og som er af almen interesse eller af betydning for forståelsen af bestemmelser om god skik, jf. § 18 og bekendtgørelser udstedt i medfør af § 18, stk. 2".

Finanstilsynet har i nærværende sag påtalt, at K har handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. LIS § 18, stk. 1.

Påtalen er udstedt i medfør af LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., og Finanstilsynet har offentliggjort påtalen i medfør af LIS § 123 b, stk. 1, nr. 1, da det er Finanstilsynets vurdering, at påtalen har almen interesse.

2. Finanstilsynets vurdering

Det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb

Det følger af forvaltningslovens § 2, stk. 1, at "loven gælder for behandlingen af sager, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed".

Af forarbejderne til forvaltningslovens § 2 fremgår, at der med udtrykket "truffet afgørelse" sigtes til "udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde".

Endvidere følger det af forarbejderne til § 2, at administrativ sagsbehandling falder uden for lovens anvendelsesområde, da denne virksomhed ikke tager sigte på "at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede personer". Forarbejdernes specielle bemærkninger antages i den juridiske teori at være udtryk for en relativt snæver forståelse af afgørelsesbegrebet.

I forlængelse af den traditionelle fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb findes der i den juridiske teori en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet. Af de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven fremgår, at lovens formål er at "sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører den pågældendes egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de truffe afgørelser og baggrunden herfor, og bl.a. dette tages til indtægt for en bredere forståelse af lovens anvendelsesområde.

Som fortaler for en udvidende fortolkning henviser Folketingets Ombudsmand Hans Gammeltoft Hansens (herefter Ombudsmanden) endvidere til, at det fremgår af forvaltningslovens forarbejder, at principperne for god forvaltningsskik forudsættes opretholdt og videreudviklet – og at der blandt disse principper ligger muligheden for "i visse tilfælde at lade partsbeføjelser, der mere eller mindre svarer til forvaltningslovens, finde tilsvarende anvendelse uden for lovens eget anvendelsesområde".

I medfør heraf giver Ombudsmanden følgende definition på en forvaltningsretlig afgørelse: "en offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse om forhold af væsentlig betydning for de berørte medmindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser". Om den udvidende definitions kerneområde skriver Ombudsmanden, at der "er... et bestemt kriterium der trænger sig på i forståelsen af hvilke blandt forvaltningens retsakter, der skal anses for afgørelser. Det er væsentligheden for den eller de berørte borgere".

Det bemærkes at højesteretsdommer, professor, dr., jur. Jens Peter Christensen I UfR 2003B, side 230/2, i relation til Ombudsmandens argumentation skriver: "... nok forudsættes det i forvaltningslovens forarbejder, at der skulle være

fortsat dynamik i begrebet »god forvaltningsskik«, men... det er noget andet – og principielt meget anderledes – at lade en tilsvarende dynamik præge fortolkningen af loven. Spørgsmålet er vel, om et sådant retsudviklende skridt, der gør op med forarbejdernes begrebsbrug og kobler den forventede dynamik vedrørende god forvaltningsskik til en tilsvarende dynamik vedrørende lovfortolkningen, ikke rettelig bør overlades til lovgivningsmagten. Efter min opfattelse må svaret være bekræftende”. I tråd hermed ses bl.a. U.2005.2111H, hvor Højesteret stadfæster en dom fra Østre Landsret, hvorefter retten, i en sag om tildeling af lokallønstillæg, afviser at anvende en dynamisk fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb og i stedet anvender det klassiske afgørelsesbegreb.

I skellet mellem den traditionelle og den udvidende fortolkning er det springende punkt, at sidstnævnte inddrager forvaltningsmyndighedens tilkendegivelser (modsat ”afgørelser”), hvis disse har væsentlig betydning for modtageren og er af bindende karakter.

Sammenholdes den traditionelle og den udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb, er der dog to centrale elementer, der for begge fortolkninger kræves opfyldt, for at der foreligger en forvaltningsretlig afgørelse; Afgørelsen/tilkendegivelsen skal 1) fastsætte overfor modtageren, hvad der er ret i et konkret tilfælde, og 2) være bindende.

Ad 1. Ved den nærmere afgrænsning af, hvad det indebærer, at en forvaltningsmyndighed ”fastsætter hvad der er ret i et konkret tilfælde”, sondres der i den juridiske teori mellem konstaterende og konstitutive forvaltningsakter. Førstnævnte anses som hovedregel ikke som forvaltningsretlige afgørelser, hvorimod sidstnævnte gør.

Ombudsmanden skriver i FOU 2001.261: ”De konstaterende forvaltningsakter kendetegnes ved at de ikke skaber, ændrer eller ophæver retsforhold, men blot fastslår hvad der også før afgørelsen var gældende. De konstitutive forvaltningsakter er derimod karakteriseret ved at de skaber, ændrer eller ophæver retsforhold.”

Sondringen mellem de konstaterende og de konstitutive forvaltningsakter sker således ved en afvejning af, om den foreliggende forvaltningsakt skaber, ændrer eller ophæver et retsforhold.

Ad 2. Som følge af at en forvaltningsretlig afgørelse er retligt bindende for modtageren, følger det implicit heraf, at den som hovedregel kan gennemtvinges retligt. Således fremgår det af den juridiske teori, at en forvaltningsretlig afgørelse ”... i forhold til en enkelt eller en bestemt flerhed af borgere tilsigter at fastslå retstilstanden (gennemtvungeligt) i det konkrete tilfælde”.

At en forvaltningsretlig afgørelse hviler på et princip om gennemtvungelighed er tilsvarende lagt til grund af Ombudsmand i en egen drift-undersøgelse af 1999 (EDP 1999.693ff). I en sammenligning mellem vejledninger og påbud skriver Ombudsmanden: ”Formelt er der således knyttet en sanktionsretlig virkning til tilsidesættelse af et påbud, som ikke foreligger ved undladelse af at efterleve en vejledning. Jeg finder derfor ikke at kunne lægge til grund at tilsynets vejledninger er afgørelser i forvaltningslovens forstand”.

Finanstilsynets påtaler

Finanstilsynet anvender påtaler som advarsel over for virksomheder, hvis det konstateres, at disse efter Finanstilsynets opfattelse har begået en lovovertrædelse, som ikke længere består. Anvendelsen af påtaler sker både, hvor en lovovertrædelse vedrører en situation af midlertidig karakter, der nu er afsluttet, og hvor en virksomhed af egen drift har bragt forholdet i orden.

Finanstilsynet anvender en påtale som alternativ til en beslutning om politianmeldelse (hvilket heller ikke er en afgørelse og således heller ikke kan indbringes for Erhvervsankenævnet), og består lovovertrædelsen stadig, anvendes der ikke en påtale.

Et bærende element ved Finanstilsynets påtaler er, at de ikke skaber nogen retsvirkning i forhold til de virksomheder, som de er rettet imod.

En påtale angiver alene Finanstilsynets fortolkning af et givent handlingsforløb, som en virksomhed har været

involveret i, uden at dette medfører nogen pligt for den modtagende virksomhed til at foretage eller ophøre med at foretage sig noget.

Set i forhold til Finanstilsynets øvrige reaktionsmuligheder, såsom eksempelvis påbud, der uden tvivl er forvaltningsretlige afgørelser, har påtaler karakter af vejledninger, der anskueliggør, hvorledes Finanstilsynet vil reagere fremover, hvis modtageren af påtalen genoptager den adfærd, som gav anledning til påtalen. I forhold til den konkrete sag konstaterer påtalen alene det faktum, at der efter Finanstilsynets vurdering er sket en lovovertrædelse.

Kan Finanstilsynets påtaler indbringes for Erhvervsankenævnet

Den forvaltningsretlige afgørelse er karakteriseret derved, at den omfatter udfærdigelse af retsakter, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde. Den udvidende fortolkning, som blandt andet defineret af Ombudsmanden, udvider definitionen derved, at afgørelsesbegrebet omfatter tilkendegivelser om forhold af væsentlig betydning for de berørte. Det bemærkes, at Højesteret efterfølgende har afvist den udvidende fortolkning (fsva. det ansættelsesretlige område), jf. ovenfor

Fælles for begge fortolkninger af afgørelsesbegrebet er som nævnt, at de forudsætter, at forvaltningens tilkendegivelse for det første fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i det konkrete tilfælde og for det andet er bindende.

Som beskrevet kan vurderingen af, hvornår en forvaltningsmyndighed har fastsat, hvad der er ret i et konkret tilfælde som hovedregel ske ved en afvejning af, om myndigheden skaber, ændrer eller ophæver ret i forhold til et konkret tilfælde. De konstitutive forvaltningsakter, der som hovedregel ikke regnes som forvaltningsakter, fastslår blot, hvad der også før afgørelsen var gældende.

Som fremhævet er et bærende element ved Finanstilsynets påtaler, at de ikke skaber nogen retsvirkning i forhold til de virksomheder, som de er rettet imod. I forhold til den konkrete sag tilkendegiver Finanstilsynets påtale alene det faktum, at der efter Finanstilsynets vurdering skete en lovovertrædelse, der ikke længere er aktuel, og hvor Finanstilsynet som følge heraf ikke kan give et påbud (en afgørelse) om at standse den ulovlige adfærd.

Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at de påtaler, som tilsynet udsteder, ikke fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i det konkrete tilfælde i den forstand, som er forudsat i forvaltningsloven. I det konkrete tilfælde har den udstedte påtale ikke i forhold til K skabt, ændret eller ophævet et retsforhold.

Som nævnt gælder det endvidere, at en forvaltningsretlig afgørelse pr. definition er bindende. Blandt andet har Ombudsmanden således knyttet afgørelsesbegrebet op på et princip om gennemtvungelighed/sanktionsopfølgning.

Finanstilsynets påtaler er alene konstaterende og indeholder ikke en handlepligt, hvorfor det savner mening at tale om sanktionering i forhold hertil.

Finanstilsynet finder således ikke, at påtalen i den konkrete sag opfylder nogen af de to krav, som en forvaltningsretlige afgørelse skal opfylde, hvad enten der anvendes en traditionel eller en udvidende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Kan offentliggørelse af Finanstilsynets påtaler indbringes for Erhvervs-ankenævnet

Den nuværende formulering af LIS § 123 b, hvorefter Finanstilsynet skal orientere offentligheden om sager vedrørende blandt andet god skik, blev indsat i loven i 2008.

Det følger af de almindelige bemærkninger til § 123 b, at bestemmelsen tilsigter mere "åbenhed og gennemsigtighed om tilsynet med de finansielle virksomheders overholdelse af forbrugerbeskyttelsesreglerne" samt en styrkelse af Finanstilsynets mulighed for at orientere "offentligheden om sager for derved at udbrede kendskabet til Finanstilsynets

praksis og forhindre lignende sager i at opstå". Bestemmelsens giver således Finanstilsynet mulighed for at yde en fyldestgørende og præventiv informationsvirksomhed.

Formuleringen af § 123 b fastslår, at Finanstilsynet skal orientere offentligheden, hvis det vurderes, at en sag har almen interesse eller betydning for forståelsen af de bestemmelser, der fremgår af stk. 2. Finanstilsynet træffer dermed ikke afgørelse om, hvor vidt der skal ske offentliggørelse, da det følger af bestemmelsen, at Finanstilsynet skal orientere offentligheden, hvis det vurderes, at sagen har almen interesse eller betydning for forståelsen af pågældende bestemmelser. Det faktum, at bestemmelsen indebærer en sådan vurdering, medfører efter Finanstilsynets fortolkning ikke, at offentliggørelsen er en forvaltningsretlig afgørelse.

Af de specielle bemærkninger til § 123 b fremgår: "Påtænker Finanstilsynet at offentliggøre en forenings navn, vil den berørte forening blive orienteret, inden Finanstilsynet udsender en pressemeddelelse". Heraf følger, at det tillige er forudsat i loven, at en beslutning om at foretage en offentliggørelse ikke er en forvaltningsretlig afgørelse med heraf følgende ret til høring m.v., idet ikke engang en beslutning om offentliggørelse af navn giver anledning til krav om partshøring. Det er således alene udtryk for god forvaltningsvirksomhed, at Finanstilsynet orienterer den berørte virksomhed, inden der sker en offentliggørelse.

Samlet set finder Finanstilsynet, at såvel ordlyden af § 123 b som det overordnede formål med loven (som angivet i de almindelige bemærkninger) samt de specielle bemærkninger fastslår, at den orientering af offentligheden, som Finanstilsynet foretager i medfør af LIS § 123 b, alene er faktisk forvaltningsvirksomhed – ikke en forvaltningsretlig afgørelse.

..."

Heroverfor har advokat A ved skrivelse af 20. oktober 2009 bemærket:

"...

Det fremgår af Finanstilsynets bemærkninger ..., at Finanstilsynets reviderede udkast til påtale blev sendt i høring hos min klient den 1. maj 2009, og at det i den forbindelse alene skyldtes en beklagelig fejl, at det af følgeskrivelsen til min klient fremgik, at der var tale om en "høring over afgørelse". Denne fejl skyldtes – ifølge Finanstilsynet – det forhold, at afgørelsen tidligere havde indeholdt et påbud, der utvivlsomt er en forvaltningsretlig afgørelse, men som imidlertid var udgået i det reviderede udkast. Afgørelsen indeholdt herefter alene en påtale, der ifølge tilsynets bemærkninger ikke er en afgørelse i forvaltningsretlig henseende.

På denne baggrund forekommer det så meget desto mere mærkværdigt, at Finanstilsynet – ud over at begå den beklagelige fejl med den fremhævede formulering i følgebrevet – sendte hele udkastet til afgørelse i høring hos min klient, inden denne skulle forelægges for Det Finansielle Virksomhedsråd, der i henhold til § 345, stk. 2, nr. 2, i lov om finansiel virksomhed rådgiver tilsynet i principielle sager og tilsynssager om redelig forretningsskik og god praksis, der har videregående betydelige følger for finansielle virksomheder.

Det fremgår således af lovens § 345, stk. 9, at i sager, hvor der skal foretages partshøring efter forvaltningsloven, omfatter adgangen til partshøring hele udkastet til afgørelse.

Såfremt Finanstilsynet ikke anså påtalen for at være en afgørelse, forekommer det derfor ulogisk, at hele udkastet blev sendt i partshøring hos min klient i medfør af denne bestemmelse, inden sagen blev forelagt for Det Finansielle Virksomhedsråd. Endvidere forekommer det mærkværdigt, at det ikke alene er i følgebrevets overskrift, at udkastet til påtale er omtalt som en afgørelse, men at denne terminologi anvendes konsekvent i hele brevet (syv steder på én side), ligesom tilsynet selv fremhæver bestemmelsen i § 345, stk. 9, i lov om finansiel virksomhed. Endelig savner det mening, at udkastet til påtale også indeholder en klagevejledning, om at afgørelsen kan påklages til Erhvervsankenævnet. ...

Afgørelsens retlige grundlag

Påtalen

Finanstilsynets endelige afgørelse om, at min klient meddeles en påtale for at have handlet i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. LIS § 18 er udstedt i medfør af LIS § 116, stk. 1, 1. pkt., hvorefter Finanstilsynet påser overholdelse af loven og de regler, der er udstedt i medfør heraf.

Afgørelsen er i høj grad udtryk for et skøn, idet LIS § 18 er en generalklausul, hvis nærmere indhold må fastlægges i praksis. Det vil derfor efter min opfattelse være retssikkerhedsmæssigt betænkeligt, såfremt der ikke er mulighed for at indbringe en sådan skønsmæssig afgørelse for en anden administrativ myndighed.

Dette gælder, uanset om afgørelsen er meddelt som et påbud, der kan sanktioneres eller som en påtale, der ikke kan sanktioneres. Den skønsmæssige afgørelse af, hvorvidt § 18 i LIS er overholdt, vil således under alle omstændigheder være bindende for modtageren. Endvidere vil afgørelsen være bindende for Finanstilsynet selv, der ud fra en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning vil være bundet til at anlægge en tilsvarende fortolkning af bestemmelsen i lignende sager.

Det vil derfor også være i strid med toinstansprincippet, såfremt Finanstilsynet kan træffe en sådan skønsmæssig afgørelse, uden at der er mulighed for at indbringe denne for anden administrativ myndighed.

Det giver derfor mening, når det af Karnov note 80 til bestemmelsen i LIS § 18 fremgår, at Finanstilsynet fører tilsyn med god-skik reglernes overholdelse og i den forbindelse foretager en vurdering af, om foreningernes aftaler og vilkår over for medlemmerne er i overensstemmelse med de offentligretlige regler på området, og at tilsynets afgørelser herom kan indbringes for Erhvervsankenævnet af den, som afgørelsen retter sig imod

Som det fremgår af ovennævnte sagsfremstilling, har Finanstilsynet også selv behandlet sagen som en afgørelsessag over for min klient med deraf følgende sagsbehandlingsgarantier over for min klient. Min klient er således - indtil Finanstilsynets endelige afgørelse forelå - blevet partshørt om samtlige af tilsynets udkast til afgørelser, herunder udkast, der alene indeholdt en påtale. Udkastene indeholdt endvidere klagevejledning, om at tilsynets afgørelse kunne påklages til Erhvervsankenævnet.

Min klient har derfor haft en berettiget forventning om, at forvaltningslovens sagsbehandlingsgarantier også ville gælde for min klient, når tilsynets endelige afgørelse forelå. Finanstilsynet havde dog en anden opfattelse heraf, idet man så snart afgørelsen forelå, meddelte min klient, at denne ville blive offentliggjort den følgende dag, og at hverken afgørelsen eller beslutningen om at offentliggøre denne var forvaltningsretlige afgørelser, der kunne påklages.

Det er imidlertid min opfattelse, at der er tale om en bebyrdende forvaltningsretlig afgørelse, når en myndighed (Finanstilsynet) - efter igennem længere tid at have behandlet en sag efter forvaltningslovens regler med de deraf følgende sagsbehandlingsgarantier - træffer afgørelse om, at sagen ikke længere skal behandles efter disse regler.

En afgørelse om at behandle en sag efter forvaltningslovens sagsbehandlingsregler må således være bindende for myndigheden, der herefter ikke kan være berettiget til af egen drift - og uden partshøring eller klageadgang for den pågældende borger/virksomhed - at træffe en bebyrdende afgørelse om, at borgeren/virksomheden ikke længere skal have de sagsbehandlingsgarantier, der følger af forvaltningslovens regler.

Finanstilsynet har derfor ikke været berettiget til af egen drift og uden partshøring endsige orientering af min klient at bestemme, at forvaltningslovens sagsbehandlingsregler ikke længere skulle finde anvendelse på den meddelte påtale, efter at disse sagsbehandlingsregler i øvrigt havde fundet anvendelse gennem hele sagsforløbet.

Offentliggørelse

Finanstilsynet har endvidere truffet afgørelse om at offentliggøre påtalen i medfør af bestemmelsen i § 123 b, stk. 1, nr. 1, i LIS. Denne afgørelse, der er bebyrdende for min klient, beror ligeledes på et skøn, idet påtalen efter Finanstilsynets vurdering er af almen interesse eller af betydning for forståelsen af bestemmelsen i lovens § 18. Min klient burde derfor have haft lejlighed til at udtale sig om denne afgørelse forud for offentliggørelsen, ligesom det udøvede skøn også i denne situation bør kunne prøves af en anden administrativ myndighed.

Det er i øvrigt i denne sammenhæng værd at bemærke, at det fremgår af Karnov note 416 til bestemmelsen i LIS § 123 b, at orientering om Finanstilsynets sager efter bestemmelsen skal ske, når Finanstilsynet har truffet afgørelse i en sag.

Finanstilsynets vurdering
Indskrænkende fortolkning

Det fremgår af Finanstilsynets bemærkninger om det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb, at der med forvaltningslovens udtryk "truffet afgørelse" sigtes til udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.

Som jeg gjorde gældende i min klage til Erhvervsankenævnet, er det min opfattelse, at Finanstilsynets påtale selv ud fra denne ordlyd, der er udtryk for en indskrænkende fortolkning af lovens anvendelsesområde, er omfattet af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Påtalen fastlægger således i en konkret foreliggende sag det retlige indhold af en særdeles vagt formuleret lovmæssig generalklausul om, at hedgeforeninger skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for foreningsområdet. Hvorvidt påtalen kan sanktioneres eller ej kan herefter ikke være afgørende for, hvorvidt min klient skal tillægges de rettigheder, der følger af, at en sag om meddelelse af en påtale for ikke at have overholdt loven anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse.

Det ville således efter min opfattelse være dybt betænkeligt, såfremt en myndighed i en konkret sag kunne træffe afgørelse om, at en virksomhed eller en person havde overtrådt loven og offentliggøre dette på myndighedens hjemmeside, uden at den pågældende skulle have mulighed for at udtale sig om denne afgørelse eller i øvrigt påklage denne. Dette vil dog ikke desto mindre være konsekvensen af Finanstilsynets bemærkninger om, at påtalen ikke er en forvaltningsretlig afgørelse, og at tilsynet derfor ikke har været forpligtet til at følge forvaltningslovens sagsbehandlingsregler.

Endvidere vil konsekvensen af tilsynets bemærkninger være, at min klient tilsyneladende ville have været bedre stillet ved at fortsætte den mulige lovovertrædelse frem for at ophøre med denne.

Ifølge Finanstilsynets bemærkninger har tilsynet således ændret den oprindelige afgørelse, der både indeholdt et påbud og en påtale, til alene at indeholde en påtale, idet den lovovertrædelse, der udløste påbuddet, ikke længere var aktuel. Dette havde efter tilsynets opfattelse den konsekvens, at sagen herefter ikke længere var omfattet af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler og den deraf følgende beskyttelse af min klient. Dette giver dog efter min opfattelse ikke nødvendigvis mening, idet den beskyttelse af virksomheden/borgeren, der ligger i, hvilke sagsbehandlingsregler der anvendes, efter min opfattelse ikke bør afhænge af, hvorvidt en mulig lovovertrædelse er ophørt eller fortsat består. Beskyttelsen ved at have ret til at blive hørt og påklage en afgørelse er set fra borgerens eller virksomhedens synspunkt lige så påkrævet, hvis forholdet er ophørt, som hvis det fortsat består, idet ingen kan være interesseret i at blive stempet som lovovertræder, uanset om forholdet fortsat består, og om den pågældende lovovertrædelse i øvrigt er strafsanktioneret.

Jeg skal derfor fastholde, at Finanstilsynets påtale til min klient er en forvaltningsretlig afgørelse, og at dette gælder, uanset om man anvender en indskrænkende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Udvidende fortolkning

Ovennævnte gælder så meget desto mere, hvis den udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet - som navnlig Folketingets Ombudsmand er fortalende for - anvendes.

Efter denne fortolkning skal en offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse om forhold af væsentlig betydning for den/de berørte anses for forvaltningsretlige afgørelser, med mindre andet fremgår eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser.

Jeg har ovenfor redegjort for, at Finanstilsynets påtale er bindende, og at den også er ensidig og utvivlsomt. Der kan næppe heller være tvivl om, at det har væsentlig betydning for min klient, hvorvidt min klient, hvis eksistens er afhængig af kundernes tillid og som derfor nøje tilstræber at overholde gældende ret, har overtrådt bestemmelser om redelig forretningsskik og god praksis. Det har derfor tilsvarende væsentlig betydning for min klient, hvorvidt en afgørelse om, at min klient har overtrådt loven på dette punkt, bliver offentliggjort eller ej.

Finanstilsynet har endvidere selv anerkendt afgørelsens væsentlige betydning for min klient, idet Finanstilsynet forelagde sagen for Det Finansielle Virksomhedsråd. Det fremgår således - som tidligere nævnt - af § 345, stk. 2, nr. 2, i den finansielle virksomhedslov, at Det Finansielle Virksomhedsråd rådgiver tilsynet i sager om redelig forretningsskik og god praksis, der har videregående betydelige følger for finansielle virksomheder.

Der kan derfor heller ikke være tvivl om, at Finanstilsynets påtale skal anses for en forvaltningsretlig afgørelse efter det udvidede afgørelsesbegreb.

Finanstilsynet har anført, at dette fordrer, at to betingelser er opfyldt, nemlig 1) at afgørelsen fastsætter over for modtageren, hvad der er ret i et konkret tilfælde, og 2) at afgørelsen er bindende.

Den første betingelse er efter min opfattelse opfyldt allerede fordi, der netop er tale om en konkret begrundet afgørelse i en enkelt sag rettet til en bestemt modtager, der fastslår, hvad der i dette konkrete tilfælde var ret henholdsvis uret.

Finanstilsynet har dog henvist til, at den første betingelse som hovedregel kun er opfyldt, såfremt der er tale om en konstitutiv forvaltningsakt, der skaber, ændrer eller ophæver et retsforhold. Finanstilsynet har i den forbindelse henvist til Folketingets Ombudsmands afgørelse, FOU2001.261, hvor Ombudsmanden redegør for sondringen mellem konstaterende og konstitutive forvaltningsakter.

Hertil bemærkes imidlertid, at det forhold, at Ombudsmanden bruger samme betegnelse ("forvaltningsakter") om både de konstaterende og de konstitutive forvaltningsakter - hvilken betegnelse netop er udtryk for, at der foreligger en forvaltningsmæssig afgørelse om, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde - medfører, at der i begge tilfælde må antages at være tale om forvaltningsretlige afgørelser med deraf følgende sagsbehandlingsgarantier. Der kan herved bl.a. henvises til "Forvaltningsret Almindelige Emner", 3. udgave 1997 af Jens Garde m.fl., s. 70. ff., hvoraf det tillige fremgår, at et (gennemtvungeligt) påbud fra kommunalbestyrelsen om at berigtige et forhold, som er i strid med byggeloven, er en konstaterende forvaltningsakt, der alene fastslår, hvad borgeren i forvejen er forpligtet til.

Et sådant påbud må dog ikke desto mindre anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse. Der kan herved for det første henvises til Finanstilsynets egne bemærkninger, hvorefter påbud "uden tvivl er forvaltningsretlige afgørelser". Der kan endvidere henvises til "Forvaltningsloven med kommentarer" 3. udgave 1999 af John Vogter side 109-110, hvor det anføres, at det centrale område for forvaltningslovens bestemmelser er forvaltningsmyndighedernes ensidige udfærdigelse af konkrete retsakter, forvaltningsakterne, der i praksis bl.a. betegnes som tilladelse, forbud, påbud mv.

I henhold til ovenstående er et påbud med andre ord en forvaltningsretlig afgørelse, uanset om det betragtes som en konstaterende eller en konstitutiv forvaltningsakt, og der er ikke grundlag for at antage, at dette ikke skulle gælde tilsvarende for den påtale, Finanstilsynet har meddelt min klient.

I den forbindelse er det endvidere værd at bemærke, at Finanstilsynet - på tilsynets egen hjemmeside (www.finanstilsynet.dk) - har optrykt påtalen under kategorien "afgørelser", hvor man bl.a. også kan finde diverse påbud, som tilsynet har meddelt.

Endvidere bemærkes, at Finanstilsynets påtale efter min opfattelse også må anses som en konstitutiv forvaltningsakt, der skaber et retsforhold. Dette hænger sammen med, at påtalen på bindende vis fastslår en fortolkning af en generalklausul, der ikke var kendt før påtalen blev meddelt, og som også i fremtiden skal have bindende virkning for

min klient.

Som nævnt ovenfor er det også min klare opfattelse, at den anden betingelse om, at afgørelsen skal være bindende, er opfyldt. Finanstilsynets henvisning til afgørelsen EDP 1999.693, der omhandler en egen drifts undersøgelse af Arbejdstilsynets vejledninger, der efter min opfattelse ikke kan sammenlignes med Finanstilsynets påtale i nærværende sag, ændrer ikke herved.

Det bemærkes i øvrigt, at Højesterets dom U2005.2111H efter min opfattelse ikke kan fortolkes således, at den skulle være udtryk for, at Højesteret ikke anerkender det udvidede afgørelsesbegreb, således som dette er defineret af Ombudsmanden. Det fremgår således klart af dommens præmisser, at baggrunden for, at forvaltningsloven ikke fandt anvendelse i sagen, var, at den omhandlede afgørelse om fordeling af lokallønsmidler blev truffet på baggrund af en privatretlig aftale mellem Finansministeriet og Centralorganisationerne og ikke som led i sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af en offentligretlig retsakt. Der var med andre ord ikke tale om, at Højesteret tilsidesatte Ombudsmandens udvidede afgørelsesbegreb som defineret ovenfor.

Forvaltningsretlig afgørelse eller faktisk forvaltningsvirksomhed

Jeg har ovenfor redegjort for, at Finanstilsynets påtale til min klient må anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse, uanset om der anvendes en udvidende eller en indskrænkende fortolkning af det forvaltningsretlige afgørelsesbegreb.

Jeg er dog opmærksom på, at den forvaltningsretlige litteratur og praksis, hvori der sondres mellem forvaltningsretlige afgørelser og faktisk forvaltningsvirksomhed, ikke udtrykkeligt giver svar på, hvorvidt meddelelse af en påtale for at have overtrådt loven skal anses for en afgørelse eller faktisk forvaltningsvirksomhed.

Det må dog efter min opfattelse stå klart, at påtalen på alle væsentlige punkter kan sammenlignes med en forvaltningsretlig afgørelse, som f.eks. et påbud, hvorimod den klart adskiller sig fra det, der i teorien fremstilles som faktisk forvaltningsvirksomhed.

I "Forvaltningsret", 1. udgave 1994, af Hans Gammeltoft Hansen m.fl. side 42, fremstilles faktisk forvaltningsvirksomhed således som et residualbegreb, der dækker al den forvaltningsvirksomhed, der ikke går ud på at fastsætte, hvad der skal være ret eller uret i et foreliggende tilfælde.

I "Forvaltningsloven med kommentarer" 3. udgave 1999 af John Vogter, side 116, fremstilles faktisk forvaltningsvirksomhed som administrativ sagsbehandling så som patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning, der ikke tager sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner.

I "Forvaltningsret - Sagsbehandling" 4. udgave 1995 ved Jens Garde og Karsten Revsbech, side 24, er det vedrørende afgørelsesbegrebet anført, at hovedområdet for forvaltningsloven er den sagsbehandling, der finder sted i forbindelse med udstedelse af konkrete forvaltningsakter, og at faktisk forvaltningsvirksomhed som f.eks. patientbehandling og undervisning falder uden for loven.

Det er efter min vurdering utvivlsomt, at Finanstilsynets påtale til min klient, ikke er omfattet af de ovennævnte definitioner af "faktisk forvaltningsvirksomhed", og derfor i stedet må anses for at være en forvaltningsretlig afgørelse. ..."

Advokat A har den 4. marts 2010 fremsendt yderligere materiale til brug for ankenævnets behandling af sagen og er ved skrivelse af 18. marts 2010 fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Efter § 1, stk. 1, i lov om Erhvervsankenævnet er ankenævnet klageinstans for administrative afgørelser i det omfang, dette er fastsat i lov eller i henhold til lov. I henhold til § 131 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt

andre kollektive investeringsordninger m.v. kan afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til denne lov eller regler udstedt i medfør af loven indbringes for Erhvervsankenævnet.

Finanstilsynet har ved skrivelse af 8. juli 2009 overfor K påtalt, at foreningen handlede i strid med redelig forretningsskik og god praksis, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger, specialforeninger samt andre kollektive investeringsforeninger m.v., da foreningen udarbejdede salgsbrochuren om K, fordi brochuren efter Finanstilsynets opfattelse ikke indeholdt en afbalanceret beskrivelse af produktets egenskaber og de risici, der er forbundet med investeringen.

Erklæringer fra Finanstilsynet om, hvad tilsynet anser som gældende ret, er ikke i sig selv afgørelser, der kan påklages til Erhvervsankenævnet. Den foreliggende påtale fra Finanstilsynet er ikke afgivet som led i en almindelig vejledningspligt, men for at få K til at agere på en bestemt måde, som Finanstilsynet finder er i overensstemmelse med gældende ret. Påtalen indgår dermed som en målrettet del af hele det tilsynsarbejde, som fremgår efter § 116, jf. § 18 i lov om investeringsforeninger og specialforeninger samt andre kollektive investeringsordninger m.v.

I hvert fald under disse omstændigheder finder ankenævnet, at klageren har en saglig interesse i at få ankenævnets prøvelse af grundlaget for den givne påtale er i orden.

Erhvervsankenævnet realitetsbehandler herefter klagen.