

Offentlighed om det finansielle tilsyns afgørelser

af Claus Tønnesen



Claus Tønnesen
ct@forsikringogpension.dk

I sommer blev der i Danmark indført øget offentlighed om en række afgørelser, der træffes af de finansielle tilsynsmyndigheder. De finansielle erhverv bakkede op om grundideen med mere offentlighed, men havde foretrukket en grundigere lovforberedelse herunder en grundigere vurdering af forslagens konsekvenser.

Den 3. juni 2008 vedtog den danske Folketing en række ændringer af bl.a. lov om værdipapirhandel og lov om finansiel virksomhed med det formål at skabe øget offentlighed om de tilsynsavgørelser, som hhv. Fondsrådet og Det finansielle Virksomhedsråd træffer efter de nævnte love (Lovforslag L 124/2007-2008). Lovændringerne (idet følgende benævnt som Offentlighedspakken) bryder afgørende med de grundlæggende principper i dansk ret om fortrolighed omkring forretningsmæssige forhold i almindelighed og om tavshedspligt i den finansielle sektors virksomheder og omkring myndighedernes tilsyn på området i særdeleshed. Da udgangspunktet i Danmark – i modsætning til bl.a. Sverige – har været fortrolighed om myndighedernes tilsyn med og afgørelser vedrørende de finansielle virk-

somheder har de nye regler stor principiel betydning. Virkningen i praksis følges derfor med stor interesse i den finansielle sektor og i de (aktieudstedende) virksomheder i øvrigt, der berøres af den øgede offentlighed.

På værdipapirhandelsområdet (Fondsrådets afgørelser) supplerer de nye regler den gældende børs- og værdipapirhandelsregulering. På de øvrige områder, herunder afgørelser truffet i medfør af lov om finansiel virksomhed, der regulerer de almindelige tilsyn med pengeinstitutter, forsikringsselskaber, pensionskasser og realkreditvirksomheder mv. er der tale om et helt „nyt værktøj“ i reguleringen.

Claus Tønnesen er cand. jur. og vicedirektør i brancheorganisationen Forsikring & Pension samt dansk redaktør for Nordisk Forsikringstidsskrift.

Denne artikel har fokus på de almindelige tilsynssager efter lov om finansiell virksomhed, herunder de afgørelser som træffes af Det Finansielle Virksomhedsråd. Virksomhedsrådet træffer afgørelse i de vigtigste sager inden for tilsynsområdet.

De nye regler kort

1. Det generelle tilsynsområde

Der er pligt for myndighederne til at offentliggøre afgørelser truffet af Det Finansielle Virksomhedsråd på det generelle tilsynsområde med oplysning om virksomhedens navn.

Navnet kan fjernes fra offentliggørelsen, hvis medtagen af navnet på virksomheden vil medføre uforholdsmæssig stor skade for virksomheden. I bemærkningerne til forslaget er denne undtagelse gjort snæver. Betingelsen er, at virksomhedens fortsatte drift skal være truet som følge af offentliggørelsen, førend navnet kan fjernes. Navnet kan også fjernes fra offentliggørelsen, hvis efterforskningsmæssige hensyn taler herfor.

Det er Det Finansielle Virksomhedsråd, som beslutter, om offentliggørelse skal ske uden navns nævnelse. Det skal dog sikres, at virksomheden ikke ad omveje kan identificeres.

Fortrolige oplysninger om virksomhedens økonomi, forretningsgrundlag mv. samt om virksomhedens kunder vil ikke blive offentliggjort.

2. Aktindsigt i forbrugersager

I modsætning til hidtil er Finanstilsynets tavshedspligt ikke til hinder for allerede ved en sags start at give offentligheden aktindsigt i konkrete sager om finansielle virksomheders (manglende) overholdelse af reglerne om god skik i forhold til kunderne samt i en række andre kunderrelaterede sager. Aktindsigten gives kun på begæring, men alle kan forlange aktindsigt, f.eks. også journalister og almindelige forbrugere.

Aktindsigten kan begrænses efter de almindelige regler i offentlighedsloven, således at f.eks. interne arbejdsdokumenter i tilsynet eller oplysninger om virksomheders eller enkeltpersoners forhold kan undtages, hvis hemmeligholdelse er af væsentlig betydning for dem, oplysningerne vedrører.

3. Offentliggørelse af Finanstilsynets afgørelser i forbrugersager

Finanstilsynet skal informere offentligheden om tilsynets afgørelser i forbrugersager på det finansielle område, når sagerne er af almen interesse eller har betydning for forståelsen af forbrugerreglernes indhold og fortolkningen af dem. Der skal forud for offentliggørelsen ske en konkret vurdering af behovet for offentliggørelse samt af, om der er behov for at offentliggøre navnet på den pågældende finansielle virksomhed. Det er i lovbemærkningerne anført, at målet om at orientere offentligheden om regler og praksis ofte vil kunne nås uden at angive virksomhedens navn. Bemærkninger siger dog også, at der er grund til at angive virksomhedens navn, hvis der er behov for at advare kunderne mod at handle med en finansiell virksomhed, der groft eller gentagne gange overtræder de forbrugerbeskyttende regler i den finansielle lovgivning. Der kan også være behov for offentliggørelse med navn, hvis en mistanke om, at virksomheden ikke har overholdt de forbrugerbeskyttende regler, har været ubegrundet.

4. Udvidet partshøring i afgørelses-sager i Det Finansielle Virksomhedsråd (og Fondsrådet)

For at øge virksomhedernes retssikkerhed i de generelle tilsynssager, hvor offentliggørelse med nævnelse af virksomhedens navn er den altovervejende hovedregel, er der indført pligt for Finanstilsynet/Det Finansielle Virksomhedsråd til – medmindre sagen er meget hastende – at:

- a. Foretage udvidet partshøring af den pågældende virksomhed, således at også Finanstilsynets indstilling i sagen forelægges.
- b. Give den finansielle virksomhed lejlighed til foretræde for Det Finansielle Virksomhedsråd efter nærmere regler fastsat i rådets forretningsorden.

5. Anke

Det fremgår af lovbemærkningerne, at den finansielle virksomhed ikke vil kunne anke Det Finansielle Virksomhedsråds beslutning om offentliggørelse af en afgørelse med nævnelse af virksomhedens navn.

6. Ikrafttræden

Offentlighedsreglerne er trådt i kraft den 1. juli 2008 som Lov nr. 515 af 17. juni 2008.

Begrundelsen for øget offentlighed

Vi lever i en tid med øget offentlighed om næsten alting, bortset fra det helt personlige område, hvor tendensen i de senere år nærmest går i den modsatte retning mod større beskyttelse af individet.

De finansielle erhverv havde derfor heller ikke principielle indvendinger mod hensigten med forslaget om mere offentlighed om det finansielle tilsyns afgørelser. Det, der foregår i de finansielle virksomheder og hos tilsynsmyndighederne, skal kunne tåle offentlighedens kritiske blik.

Det er dog ikke det samme som, at ethvert forslag om mere offentlighed er fornuftigt. Der kan i nogle situationer være særlige grunde til at afveje hensynet til offentlighed over for andre samfundsmæssige interesser. Det er derfor interessant at se lidt nærmere på baggrunden for og formålet med Offentlighedspakken, således som disse forhold fremgår af forarbejderne.

Det er i den forbindelse tankevækkende, at den officielle begrundelse i de generelle lov-

bemærkninger til Offentlighedspakken ikke siger andet om forhistorie og formål, end at forslaget skal give større indsigt i, om spillereglerne på de finansielle markeder bliver overholdt. Og at udviklingen inden for værdipapirmarkedet med øget åbenhed og gennemsigtighed som middel til et velfungerende marked skal overføres til resten af den finansielle sektor.

Efter min mening havde det været forfriskende og skabt respekt, hvis man i lovbemærkningerne sagde tingene ligeud: Vi ønsker på det finansielle område endnu et middel i reguleringen! I stedet begrundes forslaget med hensynet til offentlighedens behov for kendskab til tilsynsmyndighedernes praksis. Det nævnes i den forbindelse ikke, at et sådant kendskab til regler og praksis – medmindre der decideret er behov for at advare offentligheden mod en konkret virksomhed – ligeså godt kan formidles, uden at man kender navnet på den pågældende finansielle virksomhed, hvis sag tilfældigvis udgør en prøvesag.

Som nævnt er forslaget ifølge lovbemærkningerne inspireret af udviklingen i almindelighed på værdipapirområdet. Det nævnes derimod ikke i lovbemærkningerne, at forslaget er en direkte politisk opfølgning på en spektakulær enkeltsag i Fondsrådet, dvs. netop en sag indenfor værdipapirområdet.

Sammenfattende er det svært at se, at lovforslagets indførelse af offentliggørelse med navn af hele det finansielle områdes generelle tilsynssager kan være begrundet i andet end et almindeligt ønske om øget offentlighed som et ekstra virkemiddel i det finansielle tilsyn. Hertil kommer, at det ikke bare nogenlunde præcist og nuanceret i forarbejderne er angivet, hvornår hensynet til virksomheden og dens fortsatte eksistens skal have sådan vægt, at offentliggørelse ikke skal ske. Der er ved reglerne om partshøring og foretræde samt rådsbehandling af offentliggørelsespørgsmålet sikret virksomhederne en vis retsbeskyttelse, men det havde været hensigtsmæssigt med et

klarere og mere gennearbejdet lovudkast til vejledning for afgørelsen af de konkrete sager om offentliggørelse. Og nogle lidt mere smidige kriterier for afvejningen af, om der skal gøres undtagelse, havde også været nyttigt.

International regulering og reglerne i andre lande

Ifølge lovbemærkningerne er det de danske myndigheders vurdering, at hovedreglen om offentliggørelse af den finansielle virksomheds navn i de generelle tilsynssager holder sig inden for EU-direktivernes bestemmelser om tavshedspligten inden for det finansielle område. Der henvises i den forbindelse andre EU-landes mere individuelle og fleksible fortolkning af begrebet fortrolige oplysninger i relation til offentliggørelse af en virksomheds navn samt den generelle udvikling i kravene til (= lempelse af) tavshedspligten i de nyere direktiver på værdipapirhandelsområdet. Heller ikke i denne sammenhæng foretages en nærmere analyse eller bedømmelse af rimeligheden i at analogisere forholdene på værdipapirområdet med det generelle tilsyn med finansielle virksomheder.

Det fremgår også af lovbemærkningerne, at en stikprøveundersøgelse af hjemmesider hos svenske, finske, tyske, britiske, hollandske og irske tilsynsmyndigheder har vist, at kun Finansinspektionen i Sverige regelmæssigt offentliggør konkrete afgørelser med angivelse af virksomhedens navn. I de øvrige lande sker der typisk ikke offentliggørelse, men sker det, er det med angivelse af navn på virksomheden.

Netop med hensyn til forholdene i Sverige synes lovbemærkningerne at overse en vigtig nuance. Det fremgår nemlig af Finansinspektionens cirkulæreskrivelse af 11.10.2006 til de finansielle erhvervsorganisationer indbefattet Försäkringsförbundet, at navnet på den finansielle virksomhed skal angives, hvis

tilsynsundersøgelsen viser „uppenbara brister i regelefterlevnad (lag og föreskrifter)....“. I Sverige indgår grovheden af virksomhedens forseelse således med stor vægt i vurderingen af, om virksomhedens navn skal offentliggøres. Til gengæld giver reglerne i Sverige ved grovere regelovertrædelser ikke plads for, at mulige skadevirkninger for virksomheden som følge af en offentliggørelse af navnet kan indgå i skønnet over, om navnet skal medtages.

Vurdering af lovforberedelsen og den vedtagne lov

1. Nye veje i det offentlige tilsyn med den finansielle sektor

Den nu gennemførte offentlighedspakke – især den del, der vedrører offentlighed om de generelle og vigtigste tilsynssager, som behandles i Det Finansielle Virksomhedsråd – udgør en væsentlig nydannelse ved at indføre et nyt virkemiddel i det finansielle tilsyn: Risikoen for en finansiell virksomhed for at blive hængt offentligt ud for ikke at overholde lovgivningen eller for at ville gå nye veje med tilsynsmyndighedernes velsignelse.

Det nye virkemiddel er samtidig et klart eksempel på den almindelige udvikling i det finansielle tilsyn, hvor formål og virkemidler gradvist – og for det meste ret upåagtet – ændres.

For et par årtier siden var hovedformålet med det finansielle tilsyn at sikre tilstrækkelig økonomisk styrke hos de finansielle virksomheder til at kunne honorere indgåede kontrakter. Tilsynsmyndighederne så det som deres opgave at skabe de bedste forudsætninger for økonomisk stærke og sunde finansielle virksomheder og koncentrerede sig om virksomhedens økonomiske forhold. Kom en finansiell virksomhed i vanskeligheder, deltog tilsynsmyndighederne aktivt i at få ført virksomheden videre så gnidningsløst som muligt for alle parter. Lovgivningen indeholdt ret

enkle og forgrovede solvensregler og tilsynet var koncentreret om overholdelse af disse regler.

Dette billede er gradvist ændret – bl.a. i lyset af udviklingen i Storbritannien (og USA) og i et vist omfang EU. De finansielle tilsyn har nu – udover solvenstilsynet, som tilmed er under forvandling (Solvency II i forsikring) – som opgave mere bredt at føre tilsyn med de finansielle virksomheders adfærd. Eksempler på de nye tilsynsområder og virkemidler er fit and proper – krav og andre krav til virksomhedsledelserne, god skik – regler om behandlingen af kunder i konkurrence/samspil med formueretlige regler, administrative bøder som sanktionsmulighed (bruges ikke i Danmark) og senest i Danmark indførelse af offentlighed om truffede tilsynsafgørelser.

Det er på nuværende tidspunkt, hvor reglerne lige er trådt i kraft, højst usikkert, hvilken betydning Offentlighedspakken vil få for de finansielle virksomheder. Risikoen for såkaldt run på den finansielle virksomhed skal indgå i vurderingen af, om der skal gøres undtagelse fra offentliggørelse. Et hensyn, der undertiden skal afvejes over for hensynet til at advare omverdenen mod at noget kan være galt. Men hvad hvis myndighederne vurderer (afgørende) forkert? Hvilken betydning vil risikoen for at blive hængt offentligt ud som følge af nye produkter eller forretningskoncepter, som for en sikkerheds skyld forelægges det finansielle tilsyn inden de sættes i søen betyde for evnen og lysten til innovation?

Disse spørgsmål er beklageligvis ikke belyst i forbindelse med forberedelsen af offentlighedspakken, selvom de berørte erhverv kraftigt appellerede til, at det burde være sket. Der er – i hvert fald ikke offentligt tilgængeligt – blevet gennemført en analyse af en årrækkes sager i Det Finansielle Virksomhedsråd med henblik på modelstudier.

Der ligger en garanti mod fejltagelser i det forhold, at det bredt sammensatte Virksom-

hedsråd skal tage stilling til, om der i en konkret sag skal ske fravigelse fra hovedreglen om offentliggørelse. Men lovreglens materielle indhold levner ikke meget plads for et afbalanceret skøn, hvor offentlighedens ofte ikke store behov for at kende virksomhedens navn afbalanceres over for hensynet til virksomhedens og dermed samfundets interesser i et smidigt fungerende, innovativt erhverv, hvor selvjustits spiller en afgørende rolle.

2. Forholdet til EU – reguleringen

Som nævnt tidligere erkendes det i lov-bemærkningerne, at udgangspunktet i EU-direktiverne på det finansielle område er en særlig, skærpet tavshedspligt. Det anføres endvidere, at der i EU-landene er en noget forskellig fortolkning af begrebet „fortrolige oplysninger“.

Det fremgår imidlertid også af lovbemærkningerne, at man fra myndighedernes side er opmærksom på, at de foreslåede regler om offentlighed er i hvert fald på kanten af direktivernes bestemmelser. Når man alligevel foreslår en fravigelse af princippet om tavshedspligt sker det med henvisning til, at der „blandt tilsynsmyndighederne i EU generelt (er) en tendens til større åbenhed på værdipapirhandelsområdet end den øvrige tilsynsvirksomhed“ og til den nævnte forskel i medlemslandene på afgrænsningen af begrebet „fortrolige oplysninger“.

Ud fra en juridisk synsvinkel forekommer argumentationen overfladisk og betænkelig.

Overfladisk, fordi der som nævnt ikke er gennemført en ordentlig analyse af konsekvenserne og forskellene på sager og hensyn inden for hhv. værdipapirområdet og de øvrige finansielle områder. Betænkelig, fordi det anerkendes, at en række EU-landes i det mindste tvivlsomme overholdelse af EU-direktiverne på området legitimerer et klart dansk brud på disse reglers formelle og til-tænkte indhold.

3. To juridiske spørgsmål

Som det er fremgået af denne artikel er der tale om en kompliceret lovgivning, der griber ind i mange forskellige regelsæt, herunder nogle mere grundlæggende om forvaltningens virkemåde og adgangen til indsigt i, hvad der foregår i den offentlige forvaltning.

Også set i dette perspektiv er det beklageligt, at der har været tale om hastværksarbejde. Det har som nævnt resulteret i uklare afgrænsninger, men også i deciderede fejl.

3.1. Anke af beslutninger om offentliggørelse

Afgørelser truffet af Det Finansielle Virksomhedsråd (og Finanstilsynet) kan som hovedregel påklages til Erhvervsankenævnet.

Det fremgår af lovbemærkningerne til offentlighedspakken, at Virksomhedsrådets beslutning om at offentliggøre en afgørelse med nævnelse af virksomhedens navn ikke kan påklages til Erhvervsankenævnet. Det fremgår ikke af bemærkningerne, hvilke (juridiske) overvejelser der ligger bag denne konstatering.

En nærliggende – måske den eneste – mulighed er, at beslutningen om offentliggørelse ikke betragtes som en afgørelse i lovgivningens forstand, der kan ankes, men som en såkaldt faktisk forvaltningsvirksomhed.

Dette synspunkt er imidlertid ikke forvaltningsretligt korrekt.

Det er fast antaget i dansk forvaltningsret, at forvaltningslovens procesregler og de almindelige regler om adgangen til at påklage forvaltningsafgørelser finder anvendelse på processuelle beslutninger, der indebærer væsentlige konsekvenser for de involverede parter.

Der er efter min mening ikke tvivl om, at Virksomhedsrådets beslutning om, at der skal ske offentliggørelse med navns nævnelse, er en selvstændig forvaltningsretlig afgørelse. Afgørelsen vil i alle tilfælde have væsentlig betydning for den involverede finansielle virksomhed.

Synspunktet underbygges af, at beslutningen om offentliggørelse jo samtidig rummer en stillingtagen til, at undtagelsesbestemmelsen om ikke at medtage navnet er uaktuel i den konkrete sag. En beslutning, som Virksomhedsrådet af egen drift skal træffe i hver enkelt sag.

Dette sikre forvaltningsretlige resultat kan man efter min mening ikke fravige ved at skrive noget andet i nogle (ubegrundede) lovbemærkninger.

Konklusionen må derfor være, at beslutninger om offentliggørelse med navns nævnelse vil kunne påklages til Erhvervsankenævnet. Og nævnet vil i overensstemmelse med de almindelige regler for nævnets virksomhed efter et konkret skøn (på virksomhedens begæring) kunne tillægge anken opsættende virkning.

Et resultat som alt i alt synes retssikkerhedsmæssigt betryggende.

3.2. Partshøring om Finanstilsynets indstilling om offentliggørelse

Der er som tidligere nævnt indbygget den retsgaranti, at den finansielle virksomhed, hvis navn påtænkes offentliggjort i forbindelse med en afgørelse, har adgang til at se hele udkastet til afgørelse, dvs. også forslaget til afgørelse samt begrundelsen for resultatet.

Bestemmelsen giver den finansielle virksomhed mulighed for at målrette sin indsats i forbindelse med det eventuelle foretræde for Det Finansielle Virksomhedsråd samt i en eventuel skriftlig reaktion over for myndighederne. Virksomheden får endvidere bedre tid til at forberede offentliggørelsen bl.a. i forhold til pressen. Der er således tale om en væsentligt retssikkerhedsmæssig beskyttelse.

Bestemmelsen er teknisk set afgrænset til at vedrøre tilfælde, „hvor der skal foretages partshøring efter forvaltningsloven“.

Den citerede begrænsning synes ikke velovervejet, og har næppe heller været tilsigtet.

Efter forvaltningslovens partshøringsregel er det således, at der (med nogle undtagelser) skal iværksættes partshøring, når følgende betingelser er opfyldt:

1. Myndigheden forbereder en bebyrdende afgørelse for parten
2. Myndigheden har i sagen bestemte faktiske oplysninger, som støtter det ugunstige resultat
3. Parten kender ikke oplysningerne eller har ikke kendskab til, at de indgår i sagsgrundlaget
4. Der skal være grund til at tro, at forelæggelsen af oplysningerne vil kunne få betydning for sagsudfaldet.

Partshøringen omfatter kun oplysninger, der opfylder de nævnte betingelser og ikke resten af sagen, herunder myndighedens vurdering og indstilling.

Forvaltningslovens formulering betyder, at der efter Offentlighedspakken ikke er pligt til partshøring, hvis parten må antages at kende alle ugunstige oplysninger, som tilsynet har i sin besiddelse. Der er heller ikke pligt til partshøring, hvis formodningen er, at parten ikke vil kunne bidrage yderligere til sagens oplysning – en situation, som formentlig ikke helt sjældent vil forekomme, såfremt sagen er grundigt forberedt i naturlig dialog med sagens parter.

Der vil derfor heller ikke i sådanne situationer være pligt til at iværksætte den udvidede partshøring, som er indeholdt i Offentlighedspakken.

Dette resultat synes ikke rimeligt. Den involverede finansielle virksomhed vil – uanset om der efter forvaltningsloven skal iværksættes partshøring om det faktiske grundlag i en sag – have en klar interesse i at kende udkastet til afgørelse og den nærmere begrundelse for dette.

Det haster derfor med at få præciseret Offentlighedspakken på dette punkt. Indtil det sker, må myndighederne følge princippet om meroffentlighed og i alle sager forelægge indstilling og begrundelse for den finansielle virksomhed inden sagens færdigbehandling.

Afslutning

Offentlighedspakken er blevet gennemført „på forkanten“ af den nuværende finanskrisen efter flere år med generel ro om forholdene i den finansielle sektor. Dens regler skal imidlertid både kunne fungere i rolige tider og under mere turbulente forhold.

Tiden vil vise, om Offentlighedspakkens kan det.