

Kendelse af 16. april 2010 (J.nr. 2009-0019205)

Anmodning om aktindsigt imødekommet.

Lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 3, nr. 3, samt offentlighedslovens § 4.

(Preben Lund Hansen, Suzanne Helsteen og Jan Uffe Rasmussen)

Ved skrivelse af 22. april 2009 har advokat A på vegne af K (investeringsforening) klaget over Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009, hvorved Finanstilsynet agter at imødekomme en begæring fra advokat B, der repræsenterer et netværk af investorer i [konkret værdipapir]..., om aktindsigt i Finanstilsynets sag j. nr. ... vedrørende overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod

Klagen har under sagens behandling i ankenævnet været tillagt opsættende virkning.

Sagens omstændigheder:

I en redegørelse af 28. maj 2009 har Finanstilsynet om sagens faktiske omstændigheder udtalt:

"...

1. Sagsfremstilling

Finanstilsynet indledte ved brev af 19. november 2008 en sag vedr. overholdelse af god skik for investeringsforeninger mod ... - i det følgende kaldet hedgeforeningen - og C.

Den 19. marts 2009 modtog Finanstilsynet en anmodning om aktindsigt i sagens (j.nr. ...) dokumenter fra advokat B, der repræsenterer et netværk af utilfredse investorer. ...

Det fremgår af forarbejderne [L 124, Folketingssamlingen 2007-2008 (2. samling)] til ændringen af Finanstilsynets tavshedspligt i sager om god skik, der trådte i kraft den 1. juli 2008, at Finanstilsynet, forinden der gives aktindsigt i en sag, skal høre de berørte finansielle virksomheder. Derfor informerede Finanstilsynet ved brev af 25. marts 2009 hedgeforeningen og C om, at der var begæret aktindsigt i sagen, og at Finanstilsynet agtede at udlevere samtlige sagens dokumenter. ...

Hedgeforeningens advokat, A, meddelte ved brev af 30. marts 2009 ..., at han fandt det stærkt betænkeligt, hvis advokat B fik aktindsigt i sagens dokumenter, idet denne var ved at forberede et eller flere sagsanlæg mod foreningen, og man notorisk måtte forvente, at sagens bilag ville blive fremlagt under en sådan sag. Han anførte derfor, at der burde nægtes aktindsigt under henvisning til offentlighedslovens § 13, stk. [1, nr.] 6. Desuden anførte han, at Finanstilsynets udkast til afgørelse, som hedgeforeningen havde fået sendt i høring, måtte anses for at være internt arbejds materiale og dermed undtaget fra aktindsigt efter offentlighedslovens § 7.

Finanstilsynet meddelte ved brev af 2. april 2009 ... hedgeforeningens advokat, at offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6 har karakter af en opsamlingsbestemmelse, der giver hjemmel til at nægte aktindsigt i tilfælde, hvor væsentlige hensyn til beskyttelse af andre offentlige og private interesser gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendigt. Det var Finanstilsynets vurdering, at der ikke i den konkrete sag forelå sådanne hensyn.

Finanstilsynet meddelte desuden, at retten til aktindsigt omfatter alle dokumenter, der er udgået fra en offentlig myndighed, når dokumenterne må antages at være kommet frem til adressaten. Finanstilsynets udkast til afgørelse kunne derfor ikke betegnes som et internt arbejdsdokument og dermed heller ikke undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 7.

Finanstilsynet fastholdt derfor, at tilsynet ville give advokat B aktindsigt og anmodede om, at indsigelser hertil skulle være Finanstilsynet i hænde senest mandag den 6. april 2009.

Hedgeforeningens advokat fremsendte pr. fax den 6. april 2009 et brev med supplerende indsigelser. ... Advokatens brev kom på grund af en ekspeditionsfejl i Finanstilsynet ikke frem til sagsbehandleren, hvorfor Finanstilsynet 6. april

2009 imødekom ansøgningen om aktindsigt og fremsendte sagens dokumenter til advokat B. Da tilsynet dagen efter blev bekendt med hedgeforeningens indsigelser, tilbagekaldte man det fremsendte materiale fra advokat B under henvisning til den skete ekspeditionsfejl og med anmodning om, at advokaten skulle se bort fra materialets indhold.

Finanstilsynet foretog herefter en fornyet vurdering af sagen og meddelte ved brev af 21. april 2009, at man fortsat var af den opfattelse, at der ikke er hjemmel til at undtage sagen eller visse af sagens dokumenter fra aktindsigt, og at man derfor havde truffet endelig afgørelse om, at disse skulle udleveres. Finanstilsynets brev er vedlagt

Da hedgeforeningens advokat tidligere havde meddelt, at man ville anke en evt. imødekommelse af aktindsigtsbegæringen, meddelte Finanstilsynet dog samtidig, at sagens dokumenter ville blive fremsendt til advokat B, medmindre Finanstilsynet inden 3 dage fra dato havde modtaget meddelelse om, at spørgsmålet var indbragt for Erhvervsankenævnet.

..."

I Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 hedder det blandt andet:

"...

Finanstilsynet har følgende bemærkninger til Deres indsigelser:

Finanstilsynets skærpede tavshedspligt i sager vedrørende god skik blev fjernet ved lov nr. 515 af 17. juni 2008. Det indebærer, at der er adgang til aktindsigt i dokumenter vedrørende sager om god skik efter reglerne i offentlighedsloven. Det følger af denne lovs §§ 4 og 5, at som udgangspunkt har enhver ret til aktindsigt i en sag, der behandles af en forvaltningsmyndighed, og at retten til aktindsigt omfatter alle dokumenter, der vedrører sagen, med mindre oplysninger i et dokument eller dokumentet som sådan kan undtages efter bestemmelserne i lovens §§ 7-14.

Med den begrundelse og det i Finanstilsynets brev af 2. april 2009 fremførte er det fortsat Finanstilsynets klare opfattelse, at der ikke kan nægtes aktindsigt i sagen.

Finanstilsynet vil i det følgende uddybe, hvorfor Finanstilsynet finder, at det ikke er muligt at undtage Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. februar 2009 og Deres klients svar af 9. marts 2009, idet De i deres breve af 30. marts og 6. april 2009 særligt er fremkommet med indsigelser mod, at disse dokumenter udleveres. De har i den forbindelse henvist til offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og § 13, stk. 1, nr. 6.

Offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2 giver mulighed for at undtage oplysninger om "tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomiske betydning...".

Det er altså alene oplysningstyper, som angivet i bestemmelsen, og som desuden er af væsentlig økonomisk betydning, der kan undtages. Derimod er der ikke mulighed for at undtage dokumenter, som uden at indeholde sådanne oplysninger, ville kunne have en økonomisk betydning for en virksomhed, fra aktindsigt i henhold til § 12, stk. 1, nr. 2.

Finanstilsynets udkast til afgørelse indeholder efter Finanstilsynets opfattelse ikke konkrete oplysninger om Deres klients drifts- eller forretningsforhold. I dokumentet beskrives Deres klients markedsføringsmateriale, som har været udleveret til offentligheden, og der foretages herefter en vurdering af dette materiale i forhold til reglerne om god skik. Disse vurderinger indeholder heller ikke konkrete oplysninger om Deres klients forretningsforhold.

Finanstilsynet gør samtidig opmærksom på, at det følger af offentlighedslovens § 12, stk. 2, at alene specifikke oplysninger, der ikke er omfattet af aktindsigt efter § 12, stk. 1, nr. 2, skal fjernes, og at den, som søger aktindsigt, skal gøres bekendt med dokumentets øvrige indhold.

Finanstilsynet finder på den baggrund ikke, at § 12, stk. 1, nr. 2 kan begrunde en undtagelse af dokumentet eller konkrete oplysninger heri fra aktindsigt.

De har endvidere gjort gældende, at aktindsigt i de to dokumenter med tilhørende bilag bør nægtes i henhold til offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, som giver mulighed for at undtage oplysninger i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlig hensyn til private interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet. De har her fremhævet, at der er tale om et dokument af foreløbig karakter og kommentarer hertil, som hvis det kommer til offentlighedens kendskab, vil kunne påføre Deres klient væsentlig økonomisk skade, hvis det fremlægges i den kommende erstatningssag.

Finanstilsynet har allerede i tilsynets brev af 2. april 2009 oplyst, at bestemmelsen er en opsamlingsbestemmelse, som efter forarbejderne kun finder anvendelse, når det er klart påkrævet. Vurderingen heraf må derfor ske i lyset af, at det vil medføre en begrænsning i det generelle og dominerende princip om offentlighed, og at det sker af hensyn, som ikke specifikt er opregnet i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser. Dette indebærer, at muligheden for at undtage oplysninger fra aktindsigt skal fortolkes indskrænkende.

Det er fortsat Finanstilsynet opfattelse, at der ikke foreligger omstændigheder der nødvendiggør, at Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. februar 2009 undtages fra aktindsigt. Det forhold, at der er tale om et udkast til afgørelse og ikke Finanstilsynets endelige afgørelse, finder tilsynet ikke i sig selv kan begrunde en hemmeligholdelse. Finanstilsynet lægger i den forbindelse vægt på, at der er tale om et dokument, som ikke længere er et internt arbejdsdokument, at det tydeligt fremgår af dokumentet, at der er tale om et udkast, og at tilsynet i forbindelse med udleveringen kan påpege dette. Finanstilsynet finder således ikke, at der er en reel risiko for, at det, hvis det kom til offentlighedens kendskab, ville kunne fremtræde som Finanstilsynets endelige afgørelse i sagen.

Finanstilsynet finder heller ikke, at den blotte risiko for, at de pågældende dokumenter inddrages i en evt. erstatningssag, kan tillægges betydning, idet der under alle omstændigheder skal foretages en selvstændig prøvelse af de rejste erstatningskrav. Her vil Finanstilsynets vurdering af, om markedsføringsmaterialet er i overensstemmelse med god skik, kun være et blandt flere elementer i en sådan prøvelse.

De har sluttelig anført, at det ikke bør komme Deres klient til skade, at tilsynet har valgt at sende et udkast i høring frem for at drøfte sagen med deres klient på et møde. Finanstilsynet skal henlede Deres opmærksomhed på, at Finanstilsynet efter § 345, stk. 9, er forpligtet til at sende et udkast til afgørelse i høring, forinden en sag forelægges det Finansielle Virksomhedsråd. Finanstilsynet har således fulgt den sagsbehandlingsgang, der følger af lovgivningen.

Det er på baggrund af ovenstående fortsat Finanstilsynets opfattelse, at tilsynet ikke har mulighed for at undtage de nævnte dokumenter for aktindsigt, og at samtlige sagens dokumenter skal udleveres. Finanstilsynet vil derfor udlevere dokumenterne til adv. B, medmindre Deres klient inden 3 dage fra dato har indbragt sagen for Erhvervsankenævnet og tilsynet har modtaget meddelelse herom.
..."

Ved skrivelse af 22. april 2009 har advokat A klaget over afgørelsen. I uddybende klageskrivelse af 7. maj 2009 anføres det blandt andet:

"...

Offentlighedsloven

Som begrundelse for at påklage Finanstilsynets seneste afgørelse henviser jeg for det første til de indsigelser, jeg har fremsat i mine breve til Finanstilsynet af henholdsvis 30. marts 2009 og 6. april 2009. Det er således fortsat min opfattelse, at disse indsigelser danner grundlag for, at materialet undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2 eller § 13, stk. 1, nr. 6.

Det gøres i den forbindelse yderligere gældende, at Finanstilsynets begrundelse, for at tilsynets udkast til afgørelse ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, efter min opfattelse bygger på en fejlagtig fortolkning af bestemmelsens indhold og sagens faktum.

Finanstilsynet har således anført, at tilsynets udkast til afgørelse ikke indeholder konkrete oplysninger om min klients drifts- eller forretningsforhold. Finanstilsynet finder på denne baggrund ikke grundlag for at undtage dokumentet fra aktindsigt i medfør af denne bestemmelse, uanset om udlevering af dokumentet vurderes at kunne have en væsentlig økonomisk betydning for min klient. Det anføres i den forbindelse, at der efter tilsynets opfattelse ikke er mulighed for at undtage dokumenter, der uden at indeholde oplysninger om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, vil kunne have økonomisk betydning for en virksomhed.

Jeg er imidlertid ikke enig med Finanstilsynet i denne vurdering, idet det forhold, at en virksomhed modtager et udkast til påtale fra en offentlig myndighed for ikke at overholde gældende regler på virksomhedens område, i høj grad må karakteriseres som et forretningsforhold, som det er i virksomhedens interesse ikke at udbrede til offentligheden, ved at der gives aktindsigt i dokumentet.

Et dokument, der indeholder et sådant udkast til påtale, vil derfor efter min opfattelse kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, uanset om dokumentet indeholder oplysninger om virksomhedens drifts- og forretningsforhold i øvrigt. En sådan undtagelse af dokumentet vil dog naturligvis forudsætte, at bestemmelsens krav om økonomisk betydning for virksomheden er opfyldt, ligesom en konkret vurdering skal føre til, at virksomhedens interesser, i den konkrete sag må veje tungere, end hensynet til at offentligheden informeres om det pågældende forhold.

I nærværende sag, hvor der alene er tale om en foreløbig afgørelse fra Finanstilsynet, er det herefter min opfattelse, at hensynet til at beskytte min klients forretningsforhold må veje tungere, end hensynet til at offentligheden får adgang til et udkast, der efterfølgende vil kunne afsvækkes eller eventuelt helt bortfalde. Min klient risikerer således at lide betydelig økonomisk skade som følge af det heraf følgende forventelige tab af tillid til min klients virksomhed, ligesom den foreløbige afgørelse, som jeg tidligere har anført, med al sandsynlighed vil komme til at indgå i en erstatningssag mod min klient med en ganske betydelig vægt.

Jeg kan i den forbindelse henvise til Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1983-543-7 refereret i "Offentlighedsloven med kommentarer", 3. udgave side 229. Afgørelsen vedrørte adgangen til aktindsigt i fødevareanalyseresultater vedrørende bakterieforekomster i ost, der blev udarbejdet med henblik på at hindre, at sundhedsfarlige partier blev bragt på markedet. Justitsministeriet udtalte, at oplysninger i analyserapporter om, at et parti ost var sundhedsfarligt ikke var en oplysning, der kunne undtages fra aktindsigt, selv om oplysninger af denne karakter på såvel kort som på langt sigt kunne skade det pågældende mejeris omdømme og dermed afsætningsmulighederne.

I tilfælde, hvor analyseresultaterne alene var foreløbige, og resultatet ikke entydigt viste om osten var sundhedsfarlig, udtalte Justitsministeriet derimod, at man var enig med Landbrugsministeriet i, at der i disse tilfælde kunne påføres det enkelte mejeri en betydelig økonomisk skade i konkurrencen med andre mejerier, hvorfor de foreløbige resultater kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, forudsat at det var muligt at tilbageholde osten, indtil der forelå et endeligt resultat.

På denne baggrund er det min helt klare opfattelse, at Finanstilsynets foreløbige udkast til afgørelse i nærværende sag ligeledes bør undtages fra aktindsigt i medfør af denne bestemmelse. Dette bestyrkes af, at der i nærværende sag, der vedrører en mulig overtrædelse af § 2 i bekendtgørelse nr. 1252 af 24. oktober 2007 om god skik for investeringsforeninger, specialforeninger mv., er tale om oplysninger af langt mindre alvorlig karakter end i den refererede afgørelse, der omhandlede oplysninger om, hvorvidt de pågældende produkter var sundhedsskadelige.

Endvidere vil den økonomiske skade min klient risikerer at lide i forhold til min klients konkurrenter, hvis Finanstilsynets foreløbige udkast til afgørelse videregives til offentligheden, være meget betydelig, jf. mine bemærkninger ovenfor. Der kan i den forbindelse også henvises til, at der er tale om en sag, der på nuværende tidspunkt allerede har særdeles stor bevågenhed i pressen. Endvidere bemærkes det, at det ifølge ... responsum fra Jesper Lau Hansen fremgår, at min klients markedsføringsmetoder ikke har adskilt sig fra min klients konkurrenters. Også på denne baggrund vil det derfor efter min opfattelse være helt urimeligt byrdefuldt for min klient, hvis det foreløbige udkast til afgørelse, hvoraf dette forhold netop ikke fremgår, udbredes til offentligheden.

Endelig bemærkes det, at Finanstilsynet den 1. maj 2009 har sendt et nyt udkast til påtale i høring hos min klient. Dette udkast, ..., er modereret særdeles betydeligt og adskiller sig meget væsentligt fra den foreløbige afgørelse af 4. februar 2009. Den første udgave af den foreløbige afgørelse er således på flere meget væsentlige punkter ikke længere udtryk for Finanstilsynets holdning. Det kan dog befrygtes, at dette forhold ikke vil have pressens interesse, hvis den første udgave af den foreløbige afgørelse videregives. Også dette forhold bestyrker efter min opfattelse, at det vil være urimeligt byrdefuldt for min klient, hvis afgørelsen videregives.

Såfremt Erhvervsankenævnet ikke måtte være enig i mine synspunkter vedrørende forståelsen af, hvilke dokumenter og oplysninger, der kan undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, gøres det gældende, at aktindsigt under alle omstændigheder bør undtages i medfør af lovens § 13, stk. 1, nr. 6, da hemmeligholdelse på ovenstående baggrund er klart påkrævet af hensyn til min klients interesser.

Lov om Finansiell virksomhed

I mit brev til Finanstilsynet af 6. april 2009, gjorde jeg gældende, at såfremt Finanstilsynet - i stedet for at sende dokumentet i høring hos min klient - havde indkaldt min klient til et møde, hvor man kunne have drøftet de rejste spørgsmål, så ville det pågældende udkast ikke være blevet udarbejdet, hvilket nu bestyrkes yderligere af, at udkastet efterfølgende er blevet modereret meget væsentligt. Jeg gjorde i den forbindelse gældende, at Finanstilsynets valg af sagsbehandlingsform ikke burde være min klients risiko.

Finanstilsynet har i sin afgørelse om aktindsigt af 21. april 2009 afvist dette synspunkt med henvisning til § 345, stk. 9 i lov om finansiell virksomhed, idet Finanstilsynet efter denne bestemmelse er forpligtet til at sende et udkast til afgørelse i høring. Finanstilsynet gør på denne baggrund gældende, at tilsynet alene har fulgt den sagsbehandlingsform, der fremgår af lovgivningen.

Jeg bemærker dog i den anledning, at den pågældende bestemmelse efter min opfattelse på ingen måde er til hinder for, at Finanstilsynet kunne have indkaldt til et møde, hvor man kunne drøfte de pågældende problemer, i stedet for at lave et udkast til en skriftlig afgørelse. Det eneste bestemmelsen fastslår er således, at når tilsynet har lavet et udkast til afgørelse, skal dette sendes i høring.

Det gøres derfor fortsat gældende, at Finanstilsynets sagsbehandlingsform, ikke bør være min klients risiko i relation den skade min klient risikerer at lide, hvis udkastet bliver undergivet aktindsigt.

Inhabilitet

Det gøres endeligt gældende, at Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 er ugyldig som følge af inhabilitet.

Det fremgår således af forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, at den, der virker inden for den offentlige forvaltning, er inhabil, hvis der foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed.

Det gøres i den forbindelse gældende, at den pågældende sagsbehandler var inhabil, da hun den 21. april 2009 traf afgørelse om at meddele advokat B aktindsigt.

Den sagsbehandlingsfejl hun havde udøvet, da hun traf afgørelse om at give aktindsigt den 6. april 2009 uden at tage stilling til mine indsigelser, og hvorefter hun udleverede dokumenterne samme dag, kan således have givet hende anledning til bevidst eller ubevidst at ønske at komme frem til det samme resultat, da hun traf sin afgørelse den 21. april 2009. På denne måde ville den skadevirkning, det kan have haft for min klient, at dokumenterne blev udleveret, inden der var taget stilling til mine indsigelser, langt bedre kunne retfærdiggøres.

Endvidere ville tilsynet på denne måde kunne undgå en eventuel sag med advokat B, der over for tilsynet har gjort gældende, at han ikke mener, at Finanstilsynet var berettiget til at tilbagekalde det allerede udleverede materiale. Hvis tilsynet således havde imødekommet mine indsigelser og nægtet aktindsigt ved afgørelsen af 21. april 2009, ville det med stor sandsynlighed have medført en tvist med B om, hvorvidt han ville være berettiget til at benytte de

informationer, han havde fået ved den fejlagtige fremsendelse af materialet. En sådan tvist kunne imidlertid undgås ved at træffe den samme afgørelse, som den Finanstilsynet traf den 6. april 2009.

Der foreligger derfor omstændigheder, der set fra min klients synsvinkel bestemt er egnede til at vække tvivl om, hvorvidt den afgørelse, der blev truffet den 21. april 2009 var fuldstændig upartisk, eller om afgørelsen på den ene eller anden måde var påvirket af ovennævnte uvedkommende hensyn.

Jeg kan i denne sammenhæng endvidere henvise til Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1993-523-10, der er refereret i "Forvaltningsloven med kommentarer", 3. udgave, side 195, vedrørende læger ansat ved Levnedsmiddelstyrelsen, som offentligt havde udtalt sig om en konkret klagesag inden denne var afgjort.

Justitsministeriet udtalte i den anledning, at hvis den pågældende havde udtalt sig vurderende om sagen eller på anden måde havde indiceret, at den pågældende var forudindtaget med hensyn til afgørelsen af sagen, ville sådanne udtalelser medføre, at den pågældende var inhabil.

I nærværende sag har den pågældende sagsbehandler ikke bare udtalt sig om sagen, men har truffet en decideret afgørelse, der var udtryk for sagsbehandlerens vurdering af sagen, og som blev meddelt sagens parter med de deraf følgende konsekvenser. Afgørelsen blev dog tilbagekaldt som følge af den begåede sagsbehandlingsfejl, men fjorten dage senere traf den samme sagsbehandler en afgørelse med et fuldstændig identisk resultat. Dette sammenholdt med de ovennævnte forhold vedrørende muligheden for på denne måde at retfærdiggøre skadevirkningerne ved den begåede sagsbehandlingsfejl og muligheden for at undgå en klage/tvistesag om advokat Bs brug af informationerne medfører, at der med rette rejses kan spørgsmål om, hvorvidt Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009 har været fuldstændig upartisk.

Afgørelsen af 21. april 2009 er derfor efter min opfattelse ugyldig som følge af inhabilitet."

I førømtalte redegørelse af 28. maj 2009 har Finanstilsynet yderligere udtalt:

"...

2. Afgørelsens retlige baggrund

Lov om finansiell virksomhed

Det følger af lovens § 354, stk. 3, at Finanstilsynets skærpede tavshedspligt ikke finder anvendelse på oplysninger i sager om god skik, jf. lovens § 43 og bekendtgørelser udstedt i medfør heraf. Dette indebærer, at sådanne oplysninger kan udleveres efter begæring om aktindsigt efter offentlighedslovens og forvaltningslovens almindelige regler herom.

Ifølge lov om finansiell virksomhed § 345, stk. 9, omfatter adgangen til partshøring hele udkastet til afgørelse i sager, hvor der efter forvaltningsloven skal foretages partshøring.

Offentlighedsloven

Offentlighedslovens § 4 giver med de undtagelser, der er nævnt i lovens §§ 7-14, enhver adgang til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i en administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens myndighed.

Ifølge lovens § 7 omfatter retten til aktindsigt ikke en myndigheds interne arbejdsdokumenter som defineret i bestemmelsens nr. 1-3. Er et dokument sendt til en ekstern part anses det ikke længere for at være et internt arbejdsdokument.

Oplysninger kan undtages fra aktindsigt efter lovens § 12, stk. 1 nr. 2, hvis de vedrører "...drifts eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, som oplysningerne angår, at begæringen ikke imødekommes". Omfattes kun en del af et dokument af bestemmelsen i stk. 1, skal der gives aktindsigt i dokumentets øvrige indhold, jf. § 12, stk. 2.

Desuden kan retten til aktindsigt begrænses i det omfang, det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn til private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet, jf. lovens § 13, stk. 1, nr. 6.

Forvaltningsloven

...

Offentlige myndigheder er efter forvaltningslovens § 27 bundet af en tavshedspligt. Tavshedspligten forpligter de, som virker inden for den offentlige forvaltning, til at hemmeligholde oplysninger, som er betegnet som fortrolige, eller når det i øvrigt er nødvendigt at hemmeligholde disse for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser, herunder navnlig

".... enkeltpersoners eller private selskabers eller foreningers interesse i at beskytte oplysninger om deres personlige eller interne, herunder økonomiske forhold" (§ 27, stk. 1, nr. 6).

3. Finanstilsynets vurdering

Forholdet til offentlighedsloven

Finanstilsynet er af den opfattelse, at der ikke kan nægtes aktindsigt i tilsynets sag jr. nr. 600-0461 og at der heller ikke i sagens dokumenter er oplysninger, som vil kunne undtages fra aktindsigt.

Finanstilsynet skal i den forbindelse fastholde, at offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, efter tilsynets opfattelse ikke kan anvendes til at nægte advokat B aktindsigt i den samlede sag eller dele heraf. Som anført i Finanstilsynets brev af 21. april 2009 har bestemmelsen karakter af en opsamlingsbestemmelse, der giver hjemmel til at nægte aktindsigt i tilfælde, hvor væsentlige hensyn til beskyttelse af andre offentlige og private interesser end nævnt i §§ 12 og 13, stk. 1, nr. 1-5, gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendig.

Det er i forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i § 2, stk. 2, nr. 4, i offentlighedsloven af 1970 forudsat, at der kun vil blive gjort brug af bestemmelsen i tilfælde, hvor hemmeligholdelse af hensyn til det offentlige eller enkeltpersoners interesse er klart påkrævet. Det indebærer, at bestemmelsen må fortolkes i lyset af, at det vil medføre en begrænsning i det generelle og dominerende princip om offentlighed, og at det sker af hensyn, som ikke specifikt er opregnet i lovens øvrige undtagelsesbestemmelser. Dette medfører, at muligheden for at undtage oplysninger fra aktindsigt skal fortolkes indskrænkende.

Finanstilsynet finder ej heller, at hedgeforeningen har anført forhold, der kan begrunde at sagen eller dokumenter heri, herunder særligt Finanstilsynets udkast til afgørelse af 4. februar 2009, undtages fra aktindsigt.

Det forhold, at der i sagen er et udkast til afgørelse og ikke Finanstilsynets endelige afgørelse, finder tilsynet ikke i sig selv kan begrunde en hemmeligholdelse. Finanstilsynet lægger i den forbindelse vægt på, at der er tale om et dokument, som ikke længere er et internt arbejdsdokument, at det tydeligt fremgår af dokumentet, at der er tale om et udkast, og at tilsynet i forbindelse med udleveringen kan påpege dette. Finanstilsynet finder således ikke, at der er en reel risiko for, at det, hvis det kom til offentlighedens kendskab, ville kunne fremtræde som Finanstilsynets endelige afgørelse i sagen.

Finanstilsynet er ikke enig i, at risikoen for, at hedgeforeningen vil lide økonomiske skade eller tab af tillid i forbindelse med udleveringen af dokumentet i sig selv kan begrunde, at man skal tilsidesætte det klare udgangspunkt om, at der er adgang til aktindsigt i sagens dokumenter.

Finanstilsynet finder heller ikke, at sandsynligheden for, at sagens dokumenter inddrages i en evt. erstatningssag, kan tillægges betydning, idet det som ovenfor anført må stå retten klart, at der er tale om dokumenter fra en endnu ikke afsluttet sag og da retten under alle omstændigheder skal foretages en selvstændig prøvelse af de rejste erstatningskrav. Finanstilsynets vurdering af, om markedsføringsmaterialet er i overensstemmelse med god skik, vil kun være et blandt flere elementer i en sådan prøvelse.

Endelig finder Finanstilsynet ikke, at det er korrekt, når hedgeforeningens advokat anfører Justitsministeriets afgørelse i sag L.A: 1983 -543 -7 bør føre til, at der nægtes aktindsigt i Finanstilsynets udkast til afgørelse. Det fremgår således af afgørelsen, at § 12, stk. 1, nr. 2, vil kunne benyttes til at undtage foreløbige testresultater fra aktindsigt, men det præciseres samtidig, at bestemmelsen forudsætter, at der foretages en konkret vurdering af oplysningernes mulige skadevirkninger for den berørte virksomhed i hvert enkelt tilfælde.

Finanstilsynet kan i øvrigt henvise til tilsynets breve af 2. april og 21. april 2009, hvori Finanstilsynet har redegjort for, hvorfor sagen eller dele heraf efter Finanstilsynets opfattelse ikke kan undtages fra aktindsigt med henvisning til offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, eller 13, stk. 1, nr. 6.

Forholdet til lov om finansiel virksomhed

Hedgeforeningen har gjort gældende, at hvis Finanstilsynet havde valgt at afholde et møde og der have drøftet de rejste spørgsmål frem for at sende et udkast til afgørelse i høring, ville der ikke i dag eksistere et sådan dokument.

Finanstilsynet finder dette forhold irrelevant, idet dokumentet eksisterer og indgår i sagen, og der ikke i offentlighedsloven findes en hjemmel til at undtage dokumenter fra aktindsigt med den begrundelse.

Inhabilitet

Finanstilsynet har fulgt den sædvanlige arbejdsgang ved behandlingen af spørgsmålet om aktindsigt. Det er naturligvis ikke Finanstilsynets sædvanlige arbejdsgang, at rettidigt modtagne indsigelser ikke bliver taget i betragtning, men den omstændighed, at den pågældende sagsbehandler træffer afgørelse vedrørende indsigelserne den 21. april 2009 efter fejlagtigt at have fremsendt akterne den 6. april 2009, er ikke i strid med tilsynets sædvanlige arbejdsgang og medfører efter tilsynets opfattelse ikke, at sagsbehandleren er inhabil og dermed ej heller, at afgørelsen er ugyldig.

Netop fordi der var tale om en ekspeditionsfejl, der havde ført til, at akterne fejlagtigt blev fremsendt den 6. april 2009, blev sagen af sagsbehandleren drøftet med såvel kontoret ledelse samt tilsynets direktion. Den pågældende sagsbehandler har således ikke truffet afgørelsen egenhændigt og har dermed heller ikke kunnet tage egne hensyn.
..."

Ved skrivelse af 8. juli 2009 har advokat A yderligere anført:

"...

Det bemærkes for det første, at jeg ikke er enig med Finanstilsynet i, at jeg ved mit brev af 30. marts 2009 gjorde gældende, at aktindsigt burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 6, og at tilsynets udkast til afgørelse skulle være undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 7, idet der var tale om et internt arbejdsdokument.

Jeg henviser til, at det fremgår af mit brev af 30. marts 2009, at jeg gjorde gældende, at aktindsigt burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Hvis Finanstilsynet ikke var enig heri, gjorde jeg gældende, at aktindsigt i stedet burde nægtes i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, idet jeg herved bl.a. henviste til, at Finanstilsynets foreløbige udkast til påtale reelt havde karakter af at være et foreløbigt internt arbejdsdokument, der som sådan ville have været undtaget fra aktindsigt, hvis ikke dokumentet var blevet sendt ud af huset.

Finanstilsynets vurdering

1. Forholdet til offentlighedsloven

Finanstilsynet har i dette afsnit indgående behandlet spørgsmålet om, hvorvidt der kan nægtes aktindsigt i sagens dokumenter i medfør af offentlighedslovens § 13, stk. 1, nr. 6, og understreget, at dette ifølge forarbejderne til bestemmelsen skal begrænses til tilfælde, hvor hemmeligholdelse er klart påkrævet, hvilket tilsynet imidlertid ikke mener gør sig gældende i nærværende sag.

For så vidt angår de argumenter jeg har fremsat over for Erhvervsankenævnet om, hvorfor aktindsigt efter min opfattelse bør nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, har tilsynet dog slet ikke taget stilling hertil. Tilsynet har således alene anført, at det efter tilsynets opfattelse ikke er korrekt, når jeg anfører, at Justitsministeriets afgørelse i sag L.A. 1988-547-7 bør føre til, at der nægtes aktindsigt i nærværende sag, idet dette må bero på en konkret vurdering.

Sidstnævnte er jeg for så vidt enig i, men jeg savner Finanstilsynets begrundelse for, hvorfor en sådan konkret vurdering i nærværende sag bør føre til, at aktindsigt ikke kan nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2.

Finanstilsynet har således på ingen måde taget stilling til de argumenter for det modsatte resultat, som jeg har fremført over for Erhvervsankenævnet ..., herunder at Finanstilsynets begrundelse for, at tilsynets udkast til afgørelse ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, efter min opfattelse bygger på en fejlagtig fortolkning af bestemmelsens indhold og sagens faktum, idet Finanstilsynet har henvist til, at tilsynets udkast til afgørelse ikke indeholder konkrete oplysninger om min klients drifts- eller forretningsforhold.

... jeg [er] imidlertid ikke enig med Finanstilsynet i, at dette forhold skulle føre til, at aktindsigt ikke kan nægtes i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2. Når en virksomhed modtager et udkast til påtale fra en offentlig myndighed for ikke at overholde gældende regler på virksomhedens område, må dette således i sig selv karakteriseres som et forretningsforhold, som det er i virksomhedens interesse ikke at udbrede til offentligheden, ved at der gives aktindsigt i dokumentet.

... et sådant udkast til påtale [vil] derfor, efter min opfattelse kunne undtages fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, uanset om dokumentet indeholder oplysninger om virksomhedens drifts- og forretningsforhold i øvrigt. En sådan undtagelse vil dog som nævnt forudsætte, at bestemmelsens krav om økonomisk betydning for virksomheden er opfyldt, ligesom en konkret vurdering skal føre til, at virksomhedens interesser, i den konkrete sag må veje tungere, end hensynet til at offentligheden informeres om det pågældende forhold.

Dette krav mener jeg fortsat er opfyldt i nærværende sag, hvor der alene er tale om et udkast til afgørelse fra Finanstilsynet, hvorfor hensynet til at beskytte min klients forretningsforhold må veje tungere, end hensynet til at offentligheden får adgang til et udkast, der efterfølgende vil kunne afsvækkes eller eventuelt helt bortfalde.

Finanstilsynet har ikke har fremført andre argumenter herimod, end at ovennævnte afgørelse fra Justitsministeriet - efter tilsynets opfattelse - ikke kan føre til dette resultat.

Jeg tillader mig derfor at gå ud fra, at tilsynet i øvrigt er enig i min argumentation vedrørende bestemmelsen i offentlighedslovens § 12, stk. 1, nr. 2, og jeg skal derfor så meget desto mere fastholde, at aktindsigt bør nægtes i medfør af denne bestemmelse.

2. Forholdet til lov om finansiel virksomhed

For så vidt angår dette afsnit henviser jeg til mit brev til Erhvervsankenævnet af 7. maj 2009.

3. Inhabilitet

Finanstilsynet har som begrundelse for, at den pågældende sagsbehandler ikke var inhabil, da hun traf afgørelse den 21. april 2009 efter tidligere fejlagtigt at have truffet en identisk afgørelse den 6. april 2009, for det første henvist til, at dette ikke er i strid med tilsynets sædvanlige arbejdsgang.

Der er her tale om en begrundelse, der reelt er uden indhold, idet det forhold, at tilsynet tidligere har fulgt samme arbejdsgang, ikke siger noget om, hvorvidt de pågældende sagsbehandlere har været inhabile i nærværende eller tidligere sager.

Finanstilsynet har endvidere henvist til, at netop fordi der var tale om en ekspeditionsfejl fra sagsbehandlerens side den 6. april 2009, blev afgørelsen af 21. april 2009 ikke truffet af sagsbehandleren alene, men derimod drøftet med såvel kontorets ledelse som med tilsynets direktion.

Det bemærkes i den forbindelse, at Finanstilsynet tilsyneladende har været opmærksom på, at der kunne være et habilitetsproblem. Tilsynet burde derfor have ladet en anden sagsbehandler træffe afgørelsen af 21. april 2009 eller i det mindste have ladet det fremgå af afgørelsen, at denne ikke var truffet af den pågældende sagsbehandler alene.

Da dette imidlertid ikke fremgår nogen steder i afgørelsen, der også alene er underskrevet af sagsbehandleren selv, er det fortsat min opfattelse, at der - set fra min klients synsvinkel - foreligger omstændigheder ved tilsynets afgørelse, der er egnede til at vække begrundet tvivl om, hvorvidt afgørelsen var fuldstændig upartisk."

Finanstilsynet har den 2. september 2009 heroverfor bemærket:

"...

Offentlighedsloven har det klare udgangspunkt, at der er adgang til aktindsigt i dokumenter, som indgår i det offentlige sagsbehandling. Derfor skal bestemmelserne i § 10, 12 og 13, som angiver undtagelserne fra denne hovedregel, anvendes efter deres ordlyd, og fortolkninger af disse bestemmelsers anvendelsesområde skal tilsvarende være indskrænkende.

Det fremgår klart af § 12, stk. 1, nr. 2, at det er oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder, eller om drifts- eller forretningsforhold, der kan undtages fra aktindsigt. Dette understreges desuden af, at det af § 12, stk. 2, fremgår, at der er adgang til aktindsigt i et dokumentes øvrige indhold i de situationer, hvor kun en del af dokumentet er omfattet af undtagelsesmulighederne i stk.1.

Finanstilsynet finder således ikke, at bestemmelsen i § 12, stk. 1, nr. 2, giver mulighed for at betegne et helt dokument som et forretningsforhold, fordi virksomheden kan have en økonomisk interesse i dets hemmeligholdelse, og dermed undtage det fuldstændigt fra aktindsigt. Der skal foretages en konkret gennemgang af dokumentet, og kun oplysninger af den karakter, som specifikt er nævnt i bestemmelsen kan undtages fra aktindsigt.

Finanstilsynet har i forbindelse med sagens behandling foretaget en sådan gennemgang af tilsynets udkast til afgørelse og har ikke fundet, at det indeholdt specifikke oplysninger om hverken tekniske indretninger eller fremgangsmåder, eller drifts- eller forretningsforhold, som burde ekstraheres fra dokumentet. ... har da også over for tilsynet tilkendegivet, at det var offentliggørelsen af Finanstilsynets vurdering i udkastet som potentielt kunne være til skade for virksomheden.

...

Endelig skal tilsynet bemærke, at det forhold, at der ikke er flere underskrifter på afgørelsen ikke kan tages som udtryk for, at sagen ikke har været drøftet og afgørelsen truffet i samråd med andre i tilsynet. Så det forhold, at det alene er en underskrift på afgørelsen er ikke ensbetydende med, at den pågældende sagsbehandler har truffet afgørelsen alene. Det er sædvanligt, at en sagsbehandler med den pågældendes erfaring er eneunderskriver af afgørelser."

Klager er ikke fremkommet med yderligere bemærkninger.

Ankenævnet udtaler:

Finanstilsynets skærpede tavshedspligt gælder ikke for så vidt angår sager vedrørende god skik, jf. lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 3, nr. 3.

Ifølge offentlighedslovens § 4 kan enhver med de undtagelser, der er nævnt i §§ 7-14, forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i en administrativ sagsbehandling i forbindelse med den virksomhed.

Ankenævnet finder ikke, at der er oplyst omstændigheder, der efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der påføres K økonomisk tab, såfremt der meddeles aktindsigt i det ønskede materiale, herunder Finanstilsynets udkast til afgørelse af 2. april 2009. Efter karakteren af det materiale, der ønskes aktindsigt i, findes der heller ikke at foreligge sådanne omstændigheder, at væsentlige hensyn til beskyttelse af Ks interesser i øvrigt gør en undtagelse fra offentlighedsprincippet nødvendig.

Herefter, og da det af K i øvrigt anførte ikke kan føre til et andet resultat, stadfæster Ankenævnet derfor Finanstilsynets afgørelse af 21. april 2009.