

ERHVERVSANKENÆVNET

Nævnenes Hus * Toldboden 2 * 8800 Viborg * Tlf. 72 40 56 00 * ean@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

Kendelse af 5. september 2022 – j.nr. 22/03370

Stadfæstet afslag på anmodning om aktindsigt i sag om et pengeinstitut, der var forventeligt nødlidende, jf. § 224 a, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Lov om finansiel virksomhed, §§ 344, 354 og 355, stk. 1 og 7, og offentlighedslovens § 7, stk. 1, § 35. (Allan Nejbjerg, Finn Møller og Steen Mejer)

Kendelse

AA [udenlandsk selskab]

mod

Finanstilsynet

Ved skrivelse af 15. marts 2022 har AA [udenlandsk selskab] klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse af 17. februar 2022, hvorved tilsynet har meddelt afslag på en anmodning om aktindsigt af 14. februar 2022 i bilag 1 til Finanstilsynets afgørelse af 13. september 2018 om, at Bank BB var forventeligt nødlidende, jf. § 224 a, stk. 1, nr. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Sagens omstændigheder:

Af AA [udenlandsk selskab]'s anmodning om aktindsigt af 14. februar 2022 fremgår det blandt andet:

”...

Please see below a copy of the first page of the report that we are looking for (translate in English)
This extract has been provided by a third party who wishes to charge us a significant amount of money to disclose the full contents of **your report** to us. I would greatly appreciate it if you can help us with this matter by providing a copy of the original report in Danish.”

Anmodningen om aktindsigt er bilagt et skærbillede af et dokument, hvorpå der blandt andet står følgende:

”FINANSTILSYNET

(Danish Financial Supervisory Authority) Annex 1 – Inspection of Bank BB 2018”

Det fremgår af skærbilledet, at dokumentet er dateret 6. september 2018.

Finanstilsynet har efterfølgende meddelt afslag på aktindsigt i dokumentet, som styrelsen har identificeret til at være bilag 1 til tilsynets afgørelse af 13. september 2018 om, at Bank BB er forventeligt nødlidende, jf. § 224 a, stk. 1, nr. 1 i lov om finansiel virksomhed.¹

I Finanstilsynets afgørelse om aktindsigt af 17. februar 2022 hedder det blandt andet:

”...

there is an annex to the Danish FSA’s decision from the 13th of September 2018 regarding Bank BB, which seems to be the administrative files you are referring to and have attached in a translated version the front page of in your email.

Decision

The Danish FSA cannot meet your request on access to administrative files.

Reasons

It is the assessment of the Danish FSA that you do not have the legal status of a party according to the Financial Business Act, section 355. This means that your request on access to the annex regarding the inspection in Bank BB constitutes a request on access to administrative files under the Access to Public Administration Files Act.²

According to the Access to Public Administration Files Act, section 35, the right of access to files and documents is limited by statutory confidentiality rules. The legal basis for the confidentiality of the Danish FSA is located in the Financial Business Act, section 354 (1), which prescribes an extended confidentiality rule relating to confidential information that the employees of the Danish FSA receive in the course of their supervisory and resolution duties. There are certain exemptions to the confidentiality rule set out in subsection (3)-(7). It is the Danish FSA’s assessment that you cannot gain access to the requested files, as you are not covered by the abovementioned exemptions to the confidentiality rule. Therefore, the Danish FSA cannot meet your request on access to administrative files, cf. section 35 in the Access to Public Administration Files Act.

¹ Dagældende lovbekendtgørelse nr. 2497 af 15. december 2021 af lov om finansiel virksomhed. ² Lovbekendtgørelse nr. 145 af 24. februar 2020 af lov om offentlighed i forvaltningen.

The extended confidentiality rule is justified by a series of specific considerations. The overriding consideration relates to the Danish FSA's ability to conduct effective supervision with financial entities. It is crucial, that the financial entities can pass on information to the Danish FSA in safe assurance that the information will not be passed on. This is particularly important in context with the Danish FSA's authority to require all information from financial entities that the Danish FSA deems necessary. Therefore, information received in the course of supervisory and resolution duties, is considered confidential and not available to the public. You request access to information, which is obtained through the Danish FSA's supervision of the financial area. The Danish FSA usually publishes a statement from inspections, where some of the results are presented. Other not-published information is confidential information relating to the supervisory duties of the Danish FSA.

The exemption to the confidentiality rule is set out in the Financial Business Act section 354 (5) states, that the Danish FSA can pass on confidential information in a civil lawsuit, if the financial entity is declared bankrupt and the information does not relate to consumer relations or a third party, that has been involved in a rescue attempt of the financial entity. However, Bank BB is not declared bankrupt, as it is under the administration of Finansiel Stabilitet. The exemption is therefore not applicable in this instance.

If confidential information is made publically available, it generally loses its confidential status. In this case, the Danish FSA has not made the information publically available, but it can be obtained from an unknown third party for a "significant amount of money". It is the Danish FSA's assessment, that even though the information can be obtained for exchange of money, it is not publically available and therefore still confidential. It is regrettable that a third party is charging you money to disclose the information, but the Danish FSA cannot disclose confidential information.

Furthermore, the principle of extended openness prescribed in section 14 (1) in the Access to Public Administration Files Act does not apply to your request on access, since access to the files would be in violation with the confidentiality of the Danish FSA."

Ved skrivelse af 15. marts 2022 har AA [udenlandsk selskab] klaget til Finanstilsynet over tilsynets afgørelse. Af klageskrivelsen fremgår:

"This appeal is made to the Danish Commerce and Companies Appeals Board (Erhvervsankenævnet).

...

Background

By way of background, we act on behalf of CC, (the "Lead Claimant"), who is based in the UK. There are several other investors based in the UK (the "UK Claimants") who, like the Lead Claimant, invested with various brokers. The common feature is that these and all other such investors were induced by fraud to transfer their funds to Bank BB (hereafter "bank BB"), all of which were therefore lost.

...

The Lead Claimant and all other Claimants (collectively the "Claimants") invested significant sums of money online, having been induced to believe that they were undertaking genuine FX transactions (or other forms of genuine investment), whereas in reality such transactions were bogus.

...

In spring 2018, a dispute between the former owners of bank BB started and resulted in DD A/S selling its shareholding in bank BB to some of the people who had heavily used bank BB (in cooperation with DD A/S) to launder stolen money.

This change in the shareholders and after another onsite inspection resulting in another disastrous report dated 6th September 2018. The report confirms that bank BB was heavily used for money laundering and terrorist financing in the years 2016, 2017 and 2018 with increasing its level on international payments – above all for foreign customers offering payment services – drastically.

...

Appeal

Financial Business Act, section 355

We note that the refusal of Annex 1 is based on the Danish FSA's assessment that we do not have the legal status of a party according to the Financial Business Act, section 355 and subsequently our request of Annex 1 constitutes a request on access to administrative files under the Access to Public Administration Files Act. This assessment is rejected in its entirety.

...

It is submitted that the material requested is manifestly of direct and significant importance to the pending litigation against bank BB by the Lead Claiming and thus in the interests of the Claimants as a whole. We attach a copy of the EFRI Report prepared by the EFRI-Initiative dated [dato 1], which makes this very clear. It is of the utmost importance that we are able to establish that what is stated in the attached EFRI Report, which appears to have been largely based on the material we now seek, is factually and legally correct. We respectfully suggest that the Claimants are in equally as good a position to have this, as was the compiler of this report.

Access to Public Administration Files Act, section 35

...

In the event that our request is in fact deemed to constitute a request under the Access to Public Administration Files Act, section 35, we respectfully disagree with the Danish FSA's assessment that we cannot gain access to the material identified in Annex 1; for the reasons set out above, we are advised that the requested disclosure, which is manifestly in the interests of justice, is lawful and is not precluded by any applicable rule of confidentiality.

As you may know, we attempted to obtain a copy of Annex 1 from EE, the Co-Founder of the EFRI-Initiative, strictly for the purpose of the proposed proceedings, and have been informed that they require a contribution amounting to 5.000 EUR to cover their own investigations and expenses in obtaining Annex 1. It has hard to believe that the EFRI-Initiative was in any better position to obtain Annex 1 than the claimants are.

We note your comments that if confidential information is publicly available, it generally loses its confidentially status. However, in reality Annex 1 **is** now available. This third party lawfully obtained it and published its findings within attached report and the requested material has therefore lost any confidentiality that might otherwise have attached to it."

Finanstilsynet har den 21. marts 2022 oversendt klagen til Erhvervsankenævnet og i den forbindelse afgivet udtalelse om klagen over afslag på aktindsigt. Af udtalelsen fremgår blandt andet:

”The Danish Financial Supervisory Authority (the Danish FSA) hereby give their statement to AA [udenlandsk selskab] (appellant) appeal to the decision by the Danish FSA from the 17th of February 2022.

...

In the appeal from the appellant, the assessment regarding the legal status of a party is contested. The appellant states that:

...

The appellant seems to be referring to section 355(7) in the Financial Business Act, which is not applicable in this case, because it does not concern a violation subject to Part 9 in the Financial Business Act.

The appellant is of the opinion, that there are further grounds for releasing the information. The appellant states:

...

The Danish FSA reiterates, that the information has not been made publically available by the Danish FSA. Even though the information is potentially obtainable from a third party for a monetary contribution, it is the Danish FSA’s assessment, that this does not make the information publically available. The Danish FSA does not have any insight to the information offered by the third party, we can therefore not confirm, whether it is the information that the appellant is requesting from the Danish FSA. The Danish FSA will not comment on whether the information is obtained legally by the third party.

4. Conclusion

It was the Danish FSA’s assessment, that the appellant did not have the legal status of a party according to the Financial Business Act, section 355. The requested information is considered confidential, therefore, the request could not be granted by the rules in Access to Public Administration Files Act.

Furthermore, the arguments in the appellants appeal are either not applicable or not in line with the assessment made by the Danish FSA.

Based on this, the Danish FSA upholds its decision from the 17th of February 2022.”

Ankenævnet udtaler:

Aktindsigt efter forvaltningsloven:²

Den, der er part i en sag, hvori der er eller vil blive truffet afgørelse af en forvaltningsmyndighed, kan forlange at blive gjort bekendt med sagens dokumenter, jf. forvaltningslovens § 9, stk. 1.

Det fremgår af § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, at som part i forhold til Finanstilsynet anses den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed, forsikringsholdingvirksomheden, den blandede holdingvirksomhed, den udenlandske finansielle virksomhed eller den udenlandske finansielle holdingvirksomhed, som Finanstilsynet har truffet eller vil træffe afgørelse over for i medfør af denne lov, jf. dog stk. 2 og 3, der vedrører tilfælde, hvor andre end de i stk. 1 nævnte virksomheder anses som part.

Af lovbemærkningerne til § 355, stk. 1, (L 176 af 12. marts 2003, § 354) fremgår blandt andet:

”Stk. 1 medfører, at det som udgangspunkt alene er den finansielle virksomhed eller den finansielle holdingvirksomhed, der er part i forhold til Finanstilsynet.

...

Det særlige partsbegreb er nødvendigt for at undgå en udhuling af Finanstilsynets tavshedspligt, da parter adgang til aktindsigt efter forvaltningsloven ikke tilsidesættes af tavshedspligtsreglerne. Det fremgår bl.a. af ombudsmandens praksis, at det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb fortolkes bredt, jf. FOB 1987 64, hvor ombudsmanden tillagde Indlånerforeningen i 6. juli Banken partsstatus i forhold til tilsynets sag om anmeldelse af betalingsstandsning.

Bestemmelsen medfører, at kunder i finansielle virksomheder ikke er parter i forhold til Finanstilsynet. Dette gælder, uanset hvilken interesse de måtte have i en given sag, f.eks. fordi tilsynet kræver ekstraordinære hensættelser på deres lån. Dog kan kunder, der klager over, at en finansiel virksomhed ikke overholder god skik eller reglerne om videregivelse, blive part i den

² Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22. april 2014 af forvaltningsloven.

del af sagen, jf. bemærkningerne til stk. 4. Ligeledes vil aktionærer i en finansiel virksomhed heller ikke være parter i tilsynets sag om den pågældende virksomhed.

Partsstatus indebærer bl.a. adgang til efter forvaltningslovens regler at få fortrolige oplysninger i den del af en sag, som vedrører den pågældende, samt mulighed for at indbringe Finanstilsynets afgørelse herom for Erhvervsankenævnet.
...”

Af lovbemærkningerne til § 355 (L 10 af 4. oktober 2017) fremgår endvidere:

”§ 355 i lov om finansiel virksomhed indeholder en opregning af, hvem der er part i forhold til Finanstilsynet i sager omfattet af lov om finansiel virksomhed, forskrifter fastsat i medfør af lov om finansiel virksomhed og en række nærmere angivne forordninger. Opregningen er udtømmende, og bestemmelsen udgør således en afvigelse fra det almindelige forvaltningsretlige partsbegreb.”

Ifølge undtagelsesbestemmelsen i § 355, stk. 7, 1. pkt., kan Finanstilsynet, når tilsynet tager en sag op om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. lovens kapitel 9, give visse partsbeføjelser til andre fysiske eller juridiske personer end de i stk. 2 og 3 nævnte.

Erhvervsankenævnet bemærker vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt klager har partsstatus i forhold til den i sagen omhandlede afgørelse truffet af Finanstilsynet, at klager i sin egenskab af repræsentant for en række mulige sagsøgere som udgangspunkt ikke anses som part i forhold til Finanstilsynets afgørelse, jf. § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Erhvervsankenævnet bemærker ligeledes, at allerede fordi klagers anmodning om aktindsigt ikke vedrører en sag om videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. lovens kapitel 9, er der ikke grundlag for at tilkende klager partsbeføjelser efter § 355, stk. 7, 1. pkt.

Klager kan således ikke anses som part i forhold til Finanstilsynets afgørelse af 13. september 2018, jf. § 355, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, hvorfor klagers anmodning om aktindsigt må vurderes ud fra bestemmelserne i lov om offentlighed i forvaltningen (herefter offentlighedsloven), da forvaltningsloven alene finder anvendelse i forhold til sagens parter.

Aktindsigt efter offentlighedsloven:

Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed, jf. offentlighedslovens § 7, stk. 1, dog med de undtagelser, der følger af §§ 19-35, jf. lovens § 7, stk. 2.

Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv, jf. offentlighedslovens § 35.

Af lovbemærkningerne til offentlighedslovens § 35 (L 144 af 7. februar 2013) fremgår:

”Efter bestemmelsen, der er identisk med den gældende lovs § 14, 1. pkt., begrænses pligten til at meddele oplysninger efter offentlighedslovens regler om aktindsigt af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv.

Omfattet af udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der ud fra særlige hensyn har fastsat tavshedspligt med hensyn til nærmere angivne forhold. Således er de tavshedspligtbestemmelser i særlovgivningen, der alene gentager eller henviser til de almindelige tavshedspligtbestemmelser i straffeloven og forvaltningsloven, ikke omfattet af det nævnte udtryk.

Vurderingen af, om en tavshedspligtbestemmelse i det enkelte tilfælde skal henregnes til de særlige tavshedspligtbestemmelser, vil bero på en fortolkning af den pågældende bestemmelse, hvor det under hensyn til bestemmelsens ordlyd og forarbejder må vurderes, om tavshedspligten er fastsat på baggrund af særlige hensyn.

Udtrykket »særlige bestemmelser om tavshedspligt« omfatter også tavshedspligtforskrifter, der er indeholdt i umiddelbart anvendelige EU-retsakter, navnlig forordninger. Det samme gælder tavshedspligtforskrifter i andre EU-retsakter eller i folkeretlige traktater, der ved lov eller i henhold til lov er tillagt gyldighed her i landet.

Retsvirkningen af, at der foreligger en særlig tavshedspligtbestemmelse, er, at de forhold, der er omfattet af bestemmelsen, ikke er undergivet aktindsigt efter offentlighedsloven. Hvis kun en del af oplysningerne i et dokument er omfattet af en særlig tavshedspligtbestemmelse, vil myndigheden skulle meddele aktindsigt i dokumentets øvrige indhold.

Endvidere har en særlig tavshedspligtbestemmelse den konsekvens, at forvaltningsmyndigheden vil være afskåret fra efter eget skøn at give meroffentlighed, medmindre myndigheden selv er rådig over den interesse, der tilsigtes beskyttet ved tavshedspligten.”

I henhold til § 354 i lov om finansiel virksomhed har Finanstilsynet tavshedspligt i forhold til fortrolige oplysninger, som tilsynet får kendskab til gennem tilsynsvirksomheden. Af lovbemærkningerne (L 64 fremsat den 27. oktober 2004, § 1, nr. 65) til ændring af § 354 fremgår:

”Det foreslås, at bestemmelsens ordlyd præciseres, således at det udtrykkeligt fremgår, at den udelukkende omhandler fortrolige oplysninger samt oplysninger, som Finanstilsynet har modtaget i forbindelse med sin tilsynsvirksomhed.

Formålet hermed er at gøre det tydeligere, at oplysninger, som Finanstilsynet modtager i forbindelse med sin reguleringsvirksomhed og sin informationsvirksomhed ikke er omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt. Ændringen indebærer, at det tydeliggøres, at fortrolighed i relation til disse dele af Finanstilsynets virksomhed alene skal vurderes i forhold til lov om offentlighed i forvaltningen og forvaltningsloven.

Stk. 1 indeholder hovedreglen om Finanstilsynets tavshedspligt. Efter bestemmelsen i stk. 1 må Finanstilsynets ansatte, personale, som udfører serviceopgaver for Finanstilsynet samt eksperter ansat af Finanstilsynet ikke videregive de fortrolige oplysninger, som modtages i forbindelse med tilsynsvirksomheden. Tavshedspligten omfatter også oplysninger, som Finanstilsynet modtager fra udenlandske myndigheder. De finansielle direktiver indeholder også regler om tavshedspligt.

Tavshedspligten er i høj grad baseret på et ønske om at beskytte de finansielle virksomheders kunder, det være sig privatpersoner eller erhvervskunder. Hertil kommer et ønske om af konkurrencemæssige grunde at beskytte de finansielle virksomheders forretningsmæssige forhold. Herudover er Finanstilsynets tavshedspligt en afgørende betingelse for den tilsynsmæssige effektivitet. For at tilsynet kan få alle nødvendige oplysninger i en given sag, må

de finansielle virksomheder og kunderne kunne nære tillid til, at tilsynet ikke videregiver fortrolige oplysninger.

...

Ved fortrolige oplysninger forstås oplysninger om en finansiell virksomheds forretningsmæssige forhold og kunders forhold samt andre oplysninger, som efter deres karakter er fortrolige. Oplysninger, som efter deres karakter er offentlige, f.eks. regnskaber og fondsbørsmeddelelser, er ikke omfattet af tavshedspligten. Tilsvarende gælder oprindeligt fortrolige oplysninger, som uden om tilsynet er blevet offentliggjort af andre kanaler i en grad, at det er blevet almindeligt kendt.

Ved oplysninger, der efter deres karakter er fortrolige, forstås, oplysninger, der ikke direkte relaterer sig til enkelte kunders eller virksomheders forhold. Det drejer sig bl.a. om oplysninger om økonomiske eller forretningsmæssige forhold for personer og selskaber, som ikke er kunder i egentlig forstand, men som f.eks. kautionerer for kunder, har ejerandele i den finansielle virksomheds kunder eller på anden vis har en personlig, økonomisk eller forretningsmæssig tilknytning til kunder uden selv at være det.

Begrebet »tilsynsvirksomhed« skal ses i forhold til de pligter, der er pålagt Finanstilsynet i kapitel 21 om tilsyn i lov om finansiell virksomhed. Det medfører bl.a., at sager, der relaterer sig til tilsynsforpligtelsen i § 344, hvorefter Finanstilsynet påser overholdelsen af loven og regler udstedt i medfør heraf, samt undersøgelser efter § 346 er omfattet af tilsynsvirksomheden. I modsætning hertil er oplysninger, som Finanstilsynet modtager som led i sin reguleringsvirksomhed og informationsvirksomhed ikke omfattet. Udstedelse af bekendtgørelser med hjemmel i loven er ikke omfattet af tilsynsvirksomheden, ligesom udarbejdelse af årsberetningen er en del af informationsvirksomheden til trods for, at det følger af § 353 i tilsynskapitlet, at Finanstilsynet skal afgive en årlig beretning.

Adgangen til aktindsigt i Finanstilsynets sager efter offentlighedsloven begrænses af Finanstilsynets tavshedspligt, jf. § 14, 1. pkt., i lov om offentlighed i forvaltningen. Det er dog udelukkende adgangen til aktindsigt efter offentlighedsloven, der er begrænset. Parter rettigheder herunder adgang til aktindsigt skal afgøres efter forvaltningsloven. Afgørelse af hvem der er part i forhold til Finanstilsynet, træffes efter lov om finansiell § 355.

...”

Ankenævnet har gennemgået de dokumenter, som klager har anmodet om aktindsigt i, og finder, at oplysningerne er omfattet af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed, jf. § 344 i lov om finansiel virksomhed, og dermed omfattet af tilsynets skærpede tavshedspligt, jf. lovens § 354, stk. 1, hvorfor oplysningerne er undtaget fra aktindsigt, jf. offentlighedslovens § 35. Dette gælder tillige i anonymiseret form. Ankenævnet bemærker i den forbindelse, at de af klager anførte forhold om hensigten med anmodningen ikke kan tillægges vægt ved vurderingen af klagers ret til aktindsigt.

Adgangen til meroffentlighed efter offentlighedslovens § 14 gælder ikke, såfremt dette vil være i strid med tavshedspligtsreglerne, jf. § 14, stk. 1, 2. pkt.

Ankenævnet finder endelig for så vidt angår den omstændighed, at det ønskede dokument måtte være kommet tredjemand i hænde, jf. de i sagen foreliggende oplysninger, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurdering af, at dokumentet ikke dermed er blevet offentligt tilgængeligt. Det er ligeledes ankenævnets vurdering, at dokumentet ikke – af denne årsag eller anden – skulle være blevet offentliggjort i en grad, så dokumentet er blevet almindeligt kendt, jf. ovenfor nævnte lovbemærkninger om ændring af § 354 i lov om finansiel virksomhed. Dokumentet er således fortsat omfattet af Finanstilsynets tavshedspligt.

Det tiltrædes på denne baggrund, at klager ikke er meddelt aktindsigt efter offentlighedsloven.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 17. februar 2022.