

Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-4752).

Pengeinstitut pålagt at sikre at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke deltager i bestyrelsens behandling af sag samt pålagt at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder.

Lov om finansiel virksomhed § 88 og § 117 samt selskabslovens § 131.

(Lone Møller, Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved to klageskrivelser af 2. juni 2016 har K klaget over, at Finanstilsynet den 17. maj 2016 har påbudt ”K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning” og at ”Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.”

Der henvises i denne sag tillige til sagerne under Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4747 og j.nr. 2016-6608.

Sagens omstændigheder:

Efter at have foretaget en undersøgelse af K afgav Finanstilsynet den 17. maj 2016 følgende rapport:

”Rapport om undersøgelse af K

Finanstilsynet gennemførte i perioden 7. til 15. december 2015 samt 21. januar 2016 en undersøgelse af K.

Grundlaget for undersøgelsen var materiale udarbejdet af K i overensstemmelse med Finanstilsynets breve af 11. september 2015.

Undersøgelsens resultater blev fremført for Ks ledelse på afsluttende møde i Finanstilsynet den 15. marts 2016.

Denne rapport indeholder de væsentligste observationer, der har betydning for Ks ledelse.

Rapporten er opdelt i følgende afsnit:

1. Finanstilsynets samlede vurdering
 - 1.1. Sammenfatning og risikovurdering
2. Væsentligste observationer
 - 2.1. Ks solvensbehov
 - 2.2. Bestyrelsens og direktionens arbejde
 - 2.2.1. Erhvervelsen af aktiviteter fra A
 - 2.2.2. Habilitet
 - 2.2.3. Ks brug af eksterne konsulenter
- ...

Af afsnit 1.2 fremgår tilsynets væsentligste vurderinger, som efterfølgende underbygges af observationer i afsnit 2.

På undersøgelsen meddeler Finanstilsynet enten påbud, påtaler eller risikooplysninger.

Påbud anvendes i de tilfælde, hvor Finanstilsynet påbyder en bestemt adfærd eller handling fremover. Det kan både være, fordi et institut handler på en lovstridig måde, eller fordi instituttet undlader at handle, hvor handling er påkrævet.

Påtaler anvendes i de tilfælde, hvor Finanstilsynet konstaterer, at der har fundet en lovovertrædelse sted, men hvor lovovertrædelsen ikke længere består.

Risikooplysninger anvendes, når Finanstilsynet vurderer, at der er behov for at henlede et instituts opmærksomhed på, at det har en særlig forøget risiko på et område, uden der foreligger en lovovertrædelse.

I det følgende henviser ”ledelsesbekendtgørelsen” til bekendtgørelse om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. af 25. november 2015. ”CRR” henviser i det følgende til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber.

I medfør af § 2 i ”Bekendtgørelse om finansielle virksomheders m.v. pligt til at offentliggøre Finanstilsynets vurdering af virksomheden m.v.” af 5. maj 2014 (herefter betegnet offentlighedsbekendtgørelsen) skal Finanstilsynet udarbejde en redegørelse, som K skal offentliggøre. Denne redegørelse indeholder Finanstilsynets vurdering af K, herunder de centrale påbud, påtaler og risikooplysninger, som K har modtaget fra Finanstilsynet. Denne redegørelse, som K skal offentliggøre senest tre hverdage efter modtagelsen, vedlægges denne rapport som bilag.

1. Finanstilsynets samlede vurdering

1.2 Sammenfatning og risikovurdering

Ks forretningsmodel har traditionelt været baseret på udlån til køb af andelsboliger samt til finansiering af privatkunders øvrige behov. K har imidlertid iværksat en hurtig omlægning af forretningsmodellen, så den nu i langt højere grad også omfatter forbrugslån, investeringskreditter, handel med unoterede værdipapirer og andre investeringsaktiviteter samt samarbejder med fintech virksomheder.

Finanstilsynet har ved undersøgelsen konstateret flere væsentlige mangler i forhold til bestyrelsens arbejde.

Således er grundlaget for flere af bestyrelsens seneste beslutninger om væsentlige nye tiltag og større bevillinger behæftet med væsentlige mangler, da der ikke er foretaget grundlæggende analyser af risiciene herved eller vurderinger af de juridiske konsekvenser heraf. Dette har bevirket, at K ikke har tilstrækkeligt overblik over risiciene i flere af de nyeste større eksponeringer, samt at flere af tiltagene har medført alvorlige overtrædelser af den finansielle lovgivning. Bestyrelsens beslutninger og bevillinger er dermed udtryk for manglende omhu og uforsvarlig kreditgivning.

Finanstilsynet har desuden konstateret en række væsentlige interessekonflikter og habilitetsproblemer i forhold til bestyrelsens behandling af låneindstillinger og andre emner. Således har bestyrelsesmedlemmer og andre personer deltaget ved bestyrelsens behandling, selv om de samtidig gennem ansættelse eller deltagelse i ledelsen hos modparten/ansøgeren har haft en egeninteresse i sagens udfald.

Den omfattende deltagelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsens behandling af kreditbevillinger og centrale strategiske og økonomiske beslutninger, uden at der har været indgået konsulentaftaler, eller deres opdrag på anden måde er nærmere defineret, indebærer endvidere en betydelig risiko for overtrædelse af reglerne om uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i lov om finansiel virksomhed, hvorfor konsulenternes deltagelse i det pågældende omfang ikke har været berettiget.

Finanstilsynet finder herudover rapporteringen til bestyrelsen på kreditområdet og markedsrisikoområdet mangelfuld.

K modtager på den baggrund flere alvorlige påbud om at rette op på disse forhold samt et påbud om at sikre, at Ks bestyrelse og direktion opbygger den fornødne viden til at kunne sikre en forsvarlig drift af K.

På baggrund af de væsentlige mangler ved bestyrelsens arbejde og alvorlige lovovertrædelser, har Finanstilsynet endvidere fundet grundlag for at foretage en fornyet vurdering af bestyrelsens fortsatte egnethed og hæderlighed til at bestride posten som bestyrelsesmedlemmer.

K modtager herudover flere påbud om oprettelse og tilretning af skriftlige retningslinjer på kreditområdet, markedsrisikoområdet samt likviditetsområdet.

Endelig modtager K en risikooplysning om sin eksponering mod B aktien, som ligger til sikkerhed for en række eksponeringer med C, idet selskabets virksomhed og økonomiske sårbarhed samt Ks manglende forsøg på at realisere B-sikkerhederne indebærer en væsentlig risiko for, at K kommer til at foretage yderligere mernedskrivninger.

Finanstilsynet har på undersøgelsen gennemgået 61 udvalgte eksponeringer. Der er i alt gennemgået eksponeringer for 122 mio. kr., svarende til 42 pct. af Ks samlede eksponeringer. Derudover er samtlige eksponeringer med bestyrelsen og direktionen gennemgået.

Finanstilsynet har på baggrund af gennemgangen fundet behov for yderligere nedskrivninger i Ks eksponeringer for i alt 642 t.kr. Siden undersøgelsestidspunktet er B aktien dog faldet yderligere i værdi, hvilket forventeligt vil øge mernedskrivningsbehovet betydeligt.

K har ultimo september 2015 opgjort sit individuelle solvensbehov til 10,9 pct., mens solvensprocenten er opgjort til 18,5 pct. Finanstilsynet finder på baggrund af undersøgelsen ikke anledning til at fastsætte et højere solvenskrav. K bør dog fortage en indgående vurdering af, hvorvidt de mangler omkring ledelsens arbejde og andre styringsmæssige mangler, som Finanstilsynet påpeger i denne rapport, samt de forventede omkostninger til udbedring heraf, skal medføre yderligere et tillæg i Ks solvensbehov for operationelle risici.

K er fortsat under skærpet tilsyn

2. Væsentlige observationer

Finanstilsynet redegør i det følgende for undersøgelsens væsentligste observationer.

2.1 Ks solvensbehov

K har pr. 30. september 2015 indberettet følgende oplysninger om Ks kapitalgrundlag:

- Tilstrækkeligt kapitalgrundlag: 23,0 mio. kr.
- Tilstrækkeligt kapitalgrundlag i procent: 10,9.
- Solvensprocent: 18,5.
- Egentlig kernekapitalprocent: 13,4.

På undersøgelsen har Finanstilsynet gennemgået Ks solvensbehov, som er opgjort til 10,9 pct. efter 8+ metoden. Finanstilsynet har ikke ud fra undersøgelsen fundet grundlag for at kræve et højere solvensbehov.

2.2 Bestyrelsens og direktionens arbejde

2.2.1 Erhvervelsen af aktiviteter fra A

Ks bestyrelse besluttede på bestyrelsesmødet den 26. november 2015 at erhverve aktiviteterne i D fra A.

Forinden erhvervelse eller påbegyndelse af nye aktiviteter skal et pengeinstitut altid sikre sig, at det har de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer i organisationen til at kunne håndtere den pågældende aktivitet på betryggende vis. Der skal ligeledes foretages en analyse af de forretningsmæssige rammer og mulige risici ved den påtænkte aktivitet. Endeligt skal det altid forinden afdækkes, hvorvidt der kan være lovgivningsmæssige begrænsninger for udøvelsen af den pågældende aktivitet.

Forud for Ks erhvervelse af aktiviteterne i D burde K have foretaget grundig analyse af alle disse forhold. Finanstilsynet har derfor anmodet K om at fremlægge det fulde beslutningsgrundlag for bestyrelsens beslutning om overtagelsen af aktiviteterne i D og har på den baggrund fået forelagt følgende materiale:

- En af sælger udarbejdet præsentation over selve transaktionen ("Projekt Exchange"), som ikke indeholder nogen analyse af nævnte de forhold.
- Aftalegrundlaget for overdragelsen, der alene omtaler vilkårene for overdragelsen.
- En ikke revideret balance over D's aktiver og passiver pr. 30. november 2015, der er udarbejdet af sælgers (A) revisor.
- Referaterne fra bestyrelsens møder herom, som blot overordnet skitserer bestyrelsens drøftelser og overvejelser omkring overtagelsen.

Det fremgår endvidere af referatet fra bestyrelsesmødet den 17. september 2015, at bestyrelsen besluttede at ville bruge Ks revision i forbindelse med værdiansættelsen af D, da der er gengangere mellem kapitalejerne i A og K. Denne værdiansættelse er dog ikke foretaget.

Det omtalte beslutningsgrundlag indeholder herefter ikke nogen analyse eller vurdering af hverken behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer eller viden og kompetencer i organisationen ved en overtagelse af D. Der er heller ikke foretaget en analyse af de forretningsmæssige rammer eller mulige risici i forhold til aktiviteterne i D. Endeligt har K ikke afdækket eventuelle lovgivningsmæssige begrænsninger herved.

På trods heraf har K alligevel gennemført transaktionen. Beslutningen herom giver i det hele taget indtryk af at være hastet igennem.

Det er på den baggrund Finanstilsynets vurdering, at K ikke har sikret sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag forud for beslutningen om erhvervelsen af aktiviteterne i D fra A.

Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at der forinden ikke er sket en betryggende værdiansættelse af aktiviteterne, da ledelsen alene har holdt sig til den af sælgers revisor opstillede ureviderede balance af 30. november

2015 over D og ikke har fået foretaget nogen anden uafhængig vurdering af Ks egen revision eller andre.

Finanstilsynet har endvidere gentagne gange tidligere tilkendegivet over for K, at Finanstilsynet om muligt ville orienteres ved påbegyndelse eller erhvervelse af nye aktiviteter. I overensstemmelse hermed fik Finanstilsynet ved møde med Ks daværende bestyrelsesformand den 9. oktober 2015 forelagt en overordnet fremtidsplan for K ("Projekt Sleeping Dog"), hvori bl.a. en sammenlægning med A's aktiviteter indgik. Finanstilsynet bad i den forbindelse K om at genoverveje blandt andet dette tiltag og de juridiske udfordringer, som kunne være forbundet hermed.

Finanstilsynet har efterfølgende konstateret, at konstruktionen har medført en række overtrædelser af den finansielle regulering:

- Konstruktionen kræver værdipapirhandlertilladelse, hvilket D ikke har.
- Reglerne om koncerninterne transaktioner i § 181 i lov om finansiel virksomhed, og bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner er ligeledes overtrådt.
- Direktionens videredelegeringsbeføjelser til D i § 70-instruksen kan endeligt medføre outsourcing, hvilket er et bestyrelsesanliggende og skal ske i overensstemmelse med kravene hertil i outsourcingbekendtgørelsen.

I henhold til § 71, stk. 1, nr. 4 og 5, i lov om finansiel virksomhed, skal K have effektive former for virksomhedsstyring, herunder effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som K er eller kan blive udsat for, samt de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse.

I henhold til § 2, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen, skal Ks bestyrelse og direktion træffe foranstaltninger, der er tilstrækkelige til, at K drives betryggende.

- Påbud (a): Ks ledelse skal inden erhvervelse eller påbegyndelse af nye forretningsområder og aktiviteter altid sikre sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i form af passende analyser af lovgrundlaget, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt at kunne udøve aktiviteterne og på betryggende vis håndtere de risici, der er forbundet med de pågældende forretningsområder og aktiviteter.

2.2.2 Habilitet

På tidspunktet for bestyrelsens beslutning om erhvervelsen af D fra A er E både bestyrelsesmedlem i K (køber) og hovedaktionær, bestyrelsesmedlem samt direktør i A (sælger), og F er både bestyrelsesmedlem i K og bestyrelsesformand i A.

Begge deltager sammen med Es ægtefælle, G, på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, trods det nære forhold til både køber og sælger. E (som sælger) fremlægger selv en præsentation for resten af bestyrelsen (som køber). E havde desuden medbragt materiale vedrørende transaktionen, hvor bl.a. hans eget forslag til prisfastsættelse fremgik.

Det følger af lov om finansiel virksomhed § 88, stk. 1, jf. selskabslovens § 131, at et medlem af ledelsen ikke må deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem K og den pågældende selv eller om aftale mellem K og tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod Ks. E og F må i overensstemmelse hermed alene afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål hertil. Under selve behandlingen af overtagelsen af D og bestyrelsens eventuelle beslutning herom skal de sammen med G have forladt bestyrelsesmødet.

Bestyrelsen har ikke ved siden af Es materiale ladet udarbejde et selvstændigt og uafhængigt skriftligt beslutningsgrundlag over erhvervelsen af D.

Det skriftlige grundlag for bestyrelsens beslutning udgøres derfor alene af de af E og A udarbejdede og fremlagte præsentationer over overdragelsen og transaktionen, som meget ensidigt fremhæver erhvervelsen som en fordel for K. De indeholder eksempelvis ikke oplysninger vedrørende krav om værdipapirhandelstilladelse, hvilket må anses for en væsentlig oplysning, der utvivlsomt burde indgå i et fyldestgørende beslutningsgrundlag.

E står som bestyrelsesmedlem endvidere for fremlæggelsen af præsentationen i Ks bestyrelse, trods sin åbenlyse dobbeltrolle og dermed mulige modstridende interesser som repræsentant for både sælger og køber. Bestyrelsens drøftelser og beslutning om overtagelsen af D vil derfor i høj grad kunne påvirkes af præsentationen og Es fremlæggelse heraf samt af Fs og Gs tilstedeværelse. Dermed vil bestyrelsen kunne blive påvirket af interesser, der er i modstrid med Ks.

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015, at der under fremlæggelsen samtidig pågår egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, herunder om prisen for erhvervelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt er påbegyndt, mens både E, G og F er til stede.

E og F har således deltaget i bestyrelsens behandling af købet af D, selv om de som følge af deres roller i A også repræsenterer sælgers særskilte økonomiske interesser i forbindelse med handlen. Som bestyrelsesmedlem for K, burde både E og F dog alene varetage Ks interesser. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at de forlader lokalet, da den endelige beslutning skal tages, da de inden da har haft mulighed for at påvirke bestyrelsens endelige beslutning. Hverken E, F eller G burde således have været til stede under bestyrelsens behandling af spørgsmålet om købet, idet dette hindrer, at bestyrelsen kan have en fri drøftelse uafhængig af særinteresser.

Derudover burde bestyrelsen have sikret sig, at den havde modtaget et beslutningsgrundlag, som var uafhængigt af de inhabile medlemmers eventuelle særinteresser.

Den anvendte fremgangsmåde på bestyrelsesmødet i K den 26. november 2015 indebærer efter Finanstilsynets vurdering derfor en overtrædelse af bestemmelsen om inhabilitet i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i Ks vedtægter.

G, fremlægger som complianceansvarlig endvidere den af hende udarbejdede årlige compliancerapport på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvorefter den behandles af bestyrelsen, herunder E. Det fremgår dog ikke af bestyrelsesprotokollen, at bestyrelsen i den forbindelse drøfter Es mulige inhabilitet som følge af ægteskabet med G.

Finanstilsynet har tidligere påpeget habilitetsproblemer overfor K. K modtog således ved sidste undersøgelse i 2015 et påbud om at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som var inhabile i forhold til behandlingen af egne låneansøgninger, ikke modtog mail-korrespondance herom, før den endelige beslutning var truffet.

- Påbud (b): K skal sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

2.2.3 Ks brug af eksterne konsulenter

K fik ved sidste undersøgelse i 2015 et påbud om at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger.

Finanstilsynet påpegede i den forbindelse, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt deltagelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet henledte endvidere opmærksomheden på § 117, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter bl.a. bestyrelsesmedlemmer ikke uberettiget må videregive fortrolige oplysninger.

På trods heraf er Ks brug af eksterne konsulenter ved bestyrelsens møder steget ganske betydeligt.

H, der er general counsel hos I, som også ejer en kvalificeret ejerandel af K, har således mere eller mindre permanent deltaget som ekstern konsulent ved bestyrelsens møder fra november 2015 til og med februar 2016, herunder ved behandling af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger. Han har desuden fået udleveret skriftligt materiale med sådanne kundeoplysninger.

Trods forespørgsel herom har Finanstilsynet ikke modtaget en konsulentkontrakt eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for K. Bestyrelsen har heller ikke ifølge bestyrelsesprotokollen taget konkret stilling til, hvori Hs arbejde for K består, udover et meget generelt opdrag. H har efter det oplyste ikke modtaget løn eller honorar fra K.

Det følger af bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan beslutte, at der kan være rådgivere tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen. Det følger dog også af bilag 6, pkt. 9, at der uanset pkt. 8 ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger.

Efter Finanstilsynets vurdering er den fortsatte brug af eksterne konsulenter i strid med bilag 6, pkt. 8 og 9, i ledelsesbekendtgørelsen, og indebærer en meget betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, da Hs rolle i K ikke er nærmere defineret, og da der hverken har været tale om enkeltstående tilfælde, eller er angivet, hvilke punkter på dagsordenen H skulle deltage i, ligesom bestyrelsen ikke konkret har forholdt sig til, hvorvidt en videregivelse af fortrolige kundeoplysninger kunne være berettiget i de enkelte sager.

Det forhold, at der er tale om en gentagelse af påbuddet fra den sidste undersøgelse, er en skærpende omstændighed.

- Påbud (c): Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

...”

Ved skrivelser af 2. juni 2016 klagede K over to af de i Finanstilsynets rapport indeholdte påbud, dels påbuddet vedrørende habilitet, dels påbuddet vedrørende Ks brug af eksterne konsulenter. I klageskrivelsen vedrørende habilitet anførte K:

” ...

K har modtaget Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016, bilag ..., hvori der er afgivet følgende påbud, litra b, i afsnit 2.2.2:

K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsen beslutning.

K er naturligvis overordnet enig i, at de personer, der deltager i behandlingen af en sag, skal være habile, men påbuddet påklages til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

De konkrete forhold

I redegørelsen bilag ... nævnes to konkrete forhold, der ligger til grund for påbuddet:

- Behandlingen af købet af D fra A
- Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

I forbindelse med Gs rolle som complianceansvarlig og fremlægger af compliancerapport på bestyrelsesmøde, hvor hendes mand er bestyrelsesmedlem, skal det bemærkes, at alle i bestyrelsen var bekendt med, at G og E var gift. Dette var helt åbenlyst for alle, og derfor blev det ikke ført til referat, at dette forhold var accepteret. Det er ikke muligt at medtage alle åbenlyse forhold i referater. Det er desuden Ks opfattelse, at en manglende bemærkning i referat ikke kan retfærdiggøre en sådan påtale.

K er heller ikke enig i, at der forelå inhabilitet i forbindelse med købet af D og henviser til Ks høringsbrev bilag ... afsnit Dette høringsvar er udarbejdet på baggrund af Finanstilsynets udkast til nedlæggelse af bestyrelseshverv for bl.a. bestyrelsesmedlem J, bilag

For en god ordens skyld vedlægges som bilag ... mødereferat fra 26. november 2015, se især punkt 8, hvor af det fremgår, at E, F og G alene var til stede under præsentationen af købet og under afklarende spørgsmål. Men de var ikke til stede under selve behandlingen og beslutningen om købet.

I den sammenhæng henvises desuden til vedlagte bilag ..., som er dr.jur. Søren Mørups notat om inhabilitet, som er udarbejdet i forbindelse med Ks høringsbrev bilag ..., se især afsnit

Finanstilsynet har endvidere påpeget en række forhold omkring habilitet i K i Finanstilsynets udkast til påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv for blandt andet bestyrelsesmedlemmet J. Det fremgår således af bilag ..., at tilsynet lægger følgende forhold til grund for afgørelsen i udkastet om nedlæggelse af bestyrelseshverv:

- Js deltagelse i behandling af køb af fordringer fra K
- Es og Fs inhabilitet i forhold til K
- Es og Fs inhabilitet i forhold til L
- Hs inhabilitet
- Fremsendelse af materiale til inhabile bestyrelsesmedlemmer vedr. deres egne lånesager

Som det fremgår af Ks samlede svarbrev for alle bestyrelsesmedlemmerne, bilag ... afsnit er Ks og de berørte bestyrelsesmedlemmer ikke enige i disse betragtninger. Denne sag skulle efter det oplyste afgøres i Finanstilsynets bestyrelse den 14. juni 2016.

...”

I den anden klageskrivelse af 2. juni 2016 fra K – klagen over påbuddet vedrørende brug af eksterne konsulenter – anføres det:

”K har modtaget Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016, bilag ..., hvori der er afgivet følgende påbud, litra c, i afsnit 2.2.3:

Ks bestyrelse skal sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

K kan naturligvis overordnet tiltræde påbuddets ordlyd, men påbuddet påklages til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

Påbud om anvendelse af ekstern konsulent

Baggrunden for Finanstilsynets påbud er, at H, der er uddannet cand.jur. og civiløkonom og arbejder som general counsel hos I, en anden reguleret virksomhed, hvis ejerkreds også har betydelige ejerinteresser i K, siden efteråret 2015 har haft til opgave som konsulent at lave en grundig gennemgang af hele Ks forretningsområde, herunder også bevillingsområdet og bestyrelsesarbejdet.

Som led i udførelsen af sit hverv har H derfor deltaget i bestyrelsesmøder, hvor der er blevet behandlet fortrolige kundeoplysninger, og H har deltaget i behandlingen af en del konkrete lånesager. Ks opfattelse er, at dette er fuldstændigt legitimt, og at overladelsen af fortrolige oplysninger således ikke er uberettiget. Finanstilsynet er imidlertid af en anden opfattelse og har derfor afgivet det her omhandlede påbud.

Parternes argumenter i sagen fremgår af de vedlagte bilag ... og K skal særligt henvise til bilag ..., der er et notat udarbejdet af professor, dr.jur. M.

Finanstilsynet nævner, at K også ved undersøgelsen i januar 2015 fik påbud om anvendelsen af eksterne konsulenter. Der fremgår følgende af Ks svarbrev af 11. august 2015 bilag ... på Finanstilsynets tidligere undersøgelse: ”Påbuddet 2.2.4, side 10, om at indsnævre muligheden for eksterne rådgiveres adgang til bestyrelsesmøder og deres modtagelse af fortroligt materiale er ligeledes imødekommet ved en ændring af bestyrelsens forretningsorden, punkt 1.2.9.” Denne forretningsgang vedlægges som bilag Således mente K at have imødekommet påbuddet fra januar 2015.

Supplerende skal det bemærkes, at det på side 10 i Finanstilsynets redegørelse af 17. maj 2016 fremgår, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for K. Ks daværende direktør N har imidlertid bekræftet, at konsulentaftalen med H fysisk blev udleveret til specialkonsulenterne O og P på Finanstilsynets inspektion i januar 2016. Konsulentaftalen vedlægges som bilag ...

...”

I anledning af klagen har Finanstilsynet afgivet to redegørelser af 8. juli 2016. I den ene redegørelse udtalte Finanstilsynet:

” ...

1. Sagsfremstilling

Klager fik i 2015 påbud om at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke må være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtager e-mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen er truffet. Baggrunden for påbuddet var, at Finanstilsynet ved undersøgelse af klager i maj 2015 konstaterede, at bestyrelsesmedlemmer modtog e-mails med deres egne kreditindstillinger, hvilket betød, at vedkommende havde mulighed for – via andre kanaler end e-mail-strengen – at påvirke de andre bestyrelsesmedlemmers beslutning i relation til kreditindstillingen og dermed i realiteten var til stede ved behandlingen (**bilag ..., punkt ...**).

I forbindelse med den seneste undersøgelse konstaterede Finanstilsynet igen, at bestyrelsen havde store udfordringer med håndteringen af habilitet. Finanstilsynet kunne bl.a. konstatere, at inhabile bestyrelsesmedlemmer deltog i behandlingen af sager, hvor de var inhabile. Derudover konstaterede Finanstilsynet – trods påbuddet fra 2015 vedrørende habilitet – at klager generelt undlader at forholde sig til habilitetsspørgsmål og har vanskeligt ved at håndtere disse i praksis.

2. Retligt grundlag

Habilitet og interessekonflikter

Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem pengeinstituttet og den pågældende selv, eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem pengeinstituttet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en ”væsentlig interesse” deri, der kan være stridende mod pengeinstituttets interesse, jf. § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

Af § 131 i selskabsloven følger det¹, at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalsekskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen. Det følger videre, at det forhold, at det inhabile medlem ikke kan deltage i behandlingen af et bestemt emne, ikke hindrer de øvrige bestyrelsesmedlemmer i at bede det pågældende medlem om en redegørelse for emnet. Bestemmelsen i selskabsloven er en videreførelse af § 58 i [aktieselskabsloven](#).

¹ Lov nr. 470 af 12. juni 2009 (lovforslag nr. L 170, 2008/1, de specielle bemærkninger til den forslåede § 131).

Af betænkning nr. 1498 fra november 2008 om modernisering af selskabsretten, afsnit 9.4.1.5. om habilitet og beslutningsdygtighed i bestyrelsen, side 321, fremgår følgende om § 58 i aktieselskabsloven:

”Aktieselskabslovens § 58 tager sigte på de situationer, hvor der kan være tvivl om et ledelsesmedlems mulighed for loyalt at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen gælder, uanset om medlemmet i den konkrete situation rent faktisk viser sig i stand til at varetage selskabets interesser. Bestemmelsen skal forstås meget bredt og omfatter alle situationer, hvor der kan være tvivl om habiliteten.”

I forhold til praksis vedrørende fortolkningen af den tidligere § 58 i aktieselskabsloven er der i Erhvervsstyrelsens notat af 16. februar 1996 om habilitetsreglen i § 58, som er gengivet i Erhvervsankenævnets kendelse nr. 96-76.437 af 11. februar 1997², anført følgende vedrørende fortolkning af ”væsentlig interesse”:

”Hvor der er tale om en aftale med tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, er et bestyrelsesmedlem eller en direktør kun inhabil, såfremt den pågældende har en væsentlig interesse deri, som kan være stridende med selskabets interesse.

Det bemærkes, at en tredjemand kan være enhver fysisk eller juridisk person.

Bestemmelsen angiver ikke, hvornår der foreligger en sådan væsentlig interesse. Med anvendelsen af formuleringen ”væsentlig interesse” er det klart, at ikke enhver interesse medfører inhabilitet. Der må således foreligge en interesse af en sådan karakter hos den pågældende, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt denne vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets interesser. Dette skal ses i sammenhæng med at bestemmelsen har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som er i modstrid med selskabets.

Erik Werlauff, Selskabsret, (herefter Werlauff) p. 680, anfører, at et bestyrelsesmandat i et andet selskab, med hvilken der skal indgås aftale, ofte vil indebære en sådan interessekonflikt, som medfører inhabilitet. Hertil kan man tilføje, at det eksempelvis ligeledes vil kunne medføre inhabilitet, at et bestyrelsesmedlem har en betydelig aktiebesiddelse i et selskab, som der skal indgås en aftale med, eller at der består et slægts- eller venskabsforhold mellem en direktør og en person, som selskabet skal anlægge søgsmål mod.

Inhabilitet er ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen er stridende mod selskabets interesse, jf. bestemmelsens formulering ”kan være stridende”. Det vil derfor være uden betydning, om man kan

² Erhvervsankenævnet ses ikke at have taget stilling til dette på et senere tidspunkt, hvorfor det fortsat kan tillægges vægt.

have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

[...]

Sammenfattende må det konkluderes, at den juridiske litteratur overvejende støtter den opfattelse, at et inhabilt medlem må afstå fra at deltage i den forudgående drøftelse. Den juridiske litteratur må tillige antages at støtte den opfattelse, at et inhabilt ledelsesmedlem ikke, som følge af inhabiliteten, er afskåret fra enhver medvirken i forbindelse med behandlingen. Den pågældende vil således kunne medvirke til sagens oplysning, eller i øvrigt kunne stille sin eventuelle ekspertise til rådighed for den øvrige bestyrelse eller direktion.

Samtidig er det klart, at det påhviler de øvrige bestyrelsesmedlemmer, og især bestyrelsesformanden, at påse, om der foreligger et forhold efter § 58.”

Der stilles flere steder i den finansielle lovgivning skærpede krav til finansielle virksomheders beslutningsprocedurer og indretning af virksomheden til imødegåelse af habilitetsproblemer og interessekonflikter. Foruden den generelle habilitetsregel i § 131 i selskabsloven indeholder § 71, stk. 1, nr. 6, i lov om finansiell virksomhed de overordnede krav til indretning af virksomheden med hensyn til adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter. Disse krav er nærmere defineret i ledelsesbekendtgørelsen, som er udstedt med hjemmel i § 71, stk. 2, i lov om finansiell virksomhed, og som nærmere fastlægger kravene til indretningen og styringen af finansielle virksomheder.

Der er fastsat særlige regler i bekendtgørelse nr. 1321 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen) om bevilling af eksponering mod bestyrelsesmedlemmer, jf. § 78 i lov om finansiell virksomhed. Det følger således bl.a. af bilag ..., punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, at:

”Det skal udtrykkeligt anføres i bevillingsprotokollen henholdsvis forhandlingsprotokollen, når der behandles eksponeringer omfattet af § 78, stk. 1 og 4, i lov om finansiell virksomhed. De pågældende bestyrelsesmedlemmer og direktører må ikke være til stede under sagens behandling, og det skal protokolleres, at de ikke er til stede.”

Det bemærkes, at efter klagers vedtægter sker behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse, jf. § 13, stk. 5 (**bilag ...**).

Som § 13, stk. 5, er formuleret, er der tale om en generel habilitetsregel, der gælder alle sager vedrørende et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende. Pårørende vil i denne sammenhæng almindeligvis også omfatte ægtefæller. Bestemmelsen vil således også gælde Es tilstedeværelse ved behandling af spørgsmål, som vedrører G, herunder spørgsmål, der vil kunne få væsentlig betydninger for hendes stilling og arbejdsopgaver som complianceansvarlig.

Compliancefunktionen

Et pengeinstitut skal endvidere have metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for virksomhedens manglende overholdelse af den for virksomheden gældende lovgivning, markedsstandarder eller interne regelsæt (compliancerisici), jf. § 17, stk. 1, i ledelsesbekendtgørelsen. Et pengeinstitut skal have en compliancefunktion, der fungerer uafhængigt, og som skal kontrollere og vurdere, om metoderne og procedurerne efter stk. 1 og de foranstaltninger, der træffes for at afhjælpe eventuelle mangler, er effektive, jf. § 17, stk. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

For at sikre at compliancefunktionen kan varetage sine ansvarsområder korrekt og uafhængigt skal direktionen udpege en medarbejder, der er ansvarlig for compliancefunktionen og rapportering til bestyrelsen og direktionen. Rapportering om de i denne bestemmelse omhandlede forhold til bestyrelsen og direktionen skal ske mindst én gang årligt. Den complianceansvarlige skal i øvrigt have mulighed for at udtale sig direkte til bestyrelsen, hvis den complianceansvarlige skønner det nødvendigt, jf. § 17, stk. 4, nr. 2, i ledelsesbekendtgørelsen.

Krav til indholdet af referater i bestyrelsens forhandlingsprotokol

Bestyrelsens forhandlingsprotokol skal afspejle de på møderne førte drøftelser, herunder skal væsentlige risikovurderinger og trufne beslutninger samt forudsætninger for disse fremgå. Det skal fremgå, hvilke medlemmer der har været til stede på et møde. Har andre personer end medlemmer af bestyrelsen været til stede, skal dette også fremgå, jf. bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

3. Finanstilsynets bemærkninger

Foranstaltninger til imødegåelse af inhabilitet og interessekonflikter er særligt vigtige i finansielle virksomheder, da en betydelig andel af aktiviteterne består i at håndtere andres indskud og økonomiske midler, hvorfor beslutninger og arbejdsgange ikke må påvirkes af uvedkommende interesser, som potentielt kan være modstridende med kundens eller den finansielle virksomheds egne interesser. Ledelsen i finansielle virksomheder skal derfor i sit arbejde have særlig fokus på imødegåelse af eventuelle problemer i en sådan henseende.

Klager har også i overensstemmelse med disse principper fastlagt i § 13, stk. 5, i sine vedtægter, at behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse.

3.1. Behandlingen af købet af D fra A

Finanstilsynets påbud om at sikre, at personer i klager, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning er primært begrundet i fremgangsmåden ved bestyrelsens beslutning om at overtage aktiviteterne i D, som efter tilsynets opfattelse indebæ-

rer en overtrædelse af habilitetsbestemmelserne i § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

Det anføres i klageskriftets bilag ... under punkt ... i høringssvaret og dertilhørende bilag, at det er almindelig praksis og i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Det anføres endvidere i den forbindelse, at klager anser fremgangsmåden ved beslutningen om overtagelsen af D som fuldt ud i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Finanstilsynet er enig i, at det er i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, at uafhængige parter mødes for at drøfte forretninger, herunder fremlægger relevant materiale og drøfter vilkårene for en transaktion. Det kan imidlertid være problematisk, hvis en deltager har nær tilknytning til begge involverede parter, og der derfor kan opstå interessekonflikter og problemer omkring inhabilitet i forhold til behandlingen af et emne og de beslutninger, som skal træffes herom.

Det bestrides ikke i høringssvaret (klageskriftets bilag ...), at både E, G og F var inhabile i forhold til bestyrelsens behandling af og efterfølgende beslutning om overtagelsen af D fra A på mødet den 26. november 2015, hvorfor de hverken måtte deltage i beslutningen eller i øvrigt medvirke ved sagens behandling.

Finanstilsynet har også lagt til grund i rapporten, at E og F i overensstemmelse med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, alene måtte afgive en forudgående mundtlig eller skriftlig redegørelse og besvare supplerende spørgsmål i forhold til denne redegørelse, hvorefter de sammen med G skulle forlade bestyrelsesmødet under selve behandlingen af overtagelsen af D og bestyrelsens eventuelle beslutning herom.

Det er dog Finanstilsynets vurdering, at den af E og A (sælger) udarbejdede og fremlagte præsentation af overdragelsen ud over rene gengivelser af faktum indeholdte så mange ensidige og subjektive vurderinger og tilkendegivelser om fordelene ved klagers overtagelse af D, at præsentationen ikke kunne sidestilles med en redegørelse baseret på faktuelle oplysninger, som beskrevet i forarbejderne til § 58 i aktieselskabsloven. Præsentationen måtte således reelt betegnes som salgsmateriale, der i høj grad var egnet til at påvirke den resterende bestyrelses drøftelser og beslutninger herom på et subjektivt grundlag (**bilag ..., ... og ...**).

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015 (klageskriftets bilag ..., punkt ...), at der under Es fremlæggelse pågik egentlige drøftelser og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt var begyndt, mens både E, G og F var til stede.

Det skal hertil påpeges, at F ikke forlod lokalet samtidig med E og G, men deltog i drøftelserne om prisfastsættelsen af D, inden han forlod lokalet.

Finanstilsynet har på den baggrund vurderet, at flere inhabile personer var til stede under punktet om overtagelse af D på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvilket er en overtrædelse af habilitetsbestemmelsen i § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere er det en overtrædelse af § 13, stk. 5, i instituttets vedtægter.

Klager har under punkt 2.2.2 i høringssvaret (klageskriftets bilag ...) anført, at E langt fra fik den pris for D, som han ønskede. Heraf kan der efter klagers opfattelse udledes, at bestyrelsens drøftelser må have været frie og uafhængige af særinteresser, efter at E forlod mødet.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det afgørende for, om en person anses for inhabil er, at der kan rejses en begrundet tvivl om, hvorvidt personen vil være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage selskabets interesser. Det er således ikke udfaldet af bestyrelsens beslutning, herunder om den inhabile person reelt påvirkede beslutningen mod selskabets interesse. Den pris, som D, blev handlet til, er derfor uden betydning for vurderingen af Es og øvrige personers habilitet.

3.2. Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

I relation til bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig fremhæver klager følgende bemærkning i undersøgelsesrapporten:

”G, fremlægger som complianceansvarlig endvidere den af hende udarbejdede årlige compliancerapport på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvorefter den behandles af bestyrelsen, herunder E. Det fremgår dog ikke af bestyrelsesprotokollen, at bestyrelsen i den forbindelse drøfter Es mulige inhabilitet som følge af ægteskabet med G.”

Klager bemærker i den forbindelse, at alle i bestyrelsen var bekendt med, at G og E var gift. Dette var helt åbenlyst for alle, og derfor blev det ikke ført til referat, at dette forhold var accepteret. Det er ikke muligt at medtage alle åbenlyse forhold i referater. Det er desuden Ks opfattelse, at en manglende bemærkning i referatet ikke kan retfærdiggøre en sådan påtale.

Finanstilsynet skal bemærke, at på tidspunktet for afholdelse af mødet den 26. november 2015 var E både bestyrelsesmedlem, medlem af klagers repræsentantskab og indehaver af en kvalificeret andel af klager, hvorfor han havde væsentlig indflydelse i klager og de beslutninger, der blev truffet i ledelsen. Es ægtefælle, G, var samtidig complianceansvarlig for klager.

Bestyrelsens drøftelser og beslutninger skal i alle henseender være frie og uafhængige af uvedkommende personlige og økonomiske hensyn og interesser. Dette gælder også i relation til compliancefunktionen. Dette fører bl.a. til, at E ikke kunne deltage i bestyrelsens behandling og beslutninger i spørgsmål om vurdering af indhold og kvalitet af den complianceansvarliges

rapportering til bestyrelsen, den complianceansvarliges kompetencer og ressourcer eller andre forhold, som i væsentligt omfang vil kunne få indflydelse på den complianceansvarliges arbejde og opgaveløsning.

Finanstilsynet har endvidere vurderet, at relationen mellem G og E i ledelsesmæssig sammenhæng kan medføre en indvirkning på direktionens udøvelse af sine ledelsesbeføjelser og beslutninger i forhold til compliancefunktionen efter bl.a. § 17, stk. 4, i ledelsesbekendtgørelsen, da direktionen samtidig er underlagt bestyrelsens instrukser og ledelsesbeføjelser, hvilket ikke kan udelukkes vil kunne få betydning ved direktionens valg og beslutninger i relation til compliancefunktionen.

Det er på baggrund af ovenstående forhold derfor oplagt, at bestyrelsen inden fremlæggelsen og behandlingen af den af G udarbejdede compliance-rapport skulle have drøftet habilitetsspørgsmålet og truffet de nødvendige forholdsregler, herunder også henset til § 13, stk. 5, i klagers vedtægter (**bilag ...**). Dette er en væsentlig drøftelse og vurdering, som skal fremgå af referatet i bestyrelsesprotokollen, jf. bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

Klagers bemærkning om, at alle i bestyrelsen var bekendt med, at G og E var gift, hvorfor det ikke blev ført til referat, at dette forhold var accepteret, ændrer ikke herved.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsesmedlemmer i flere tilfælde har deltaget i behandlingen af sager, hvor de selv var inhabile. Det er endvidere Finanstilsynets vurdering, at klager generelt har undladt at forholde sig til habilitetsspørgsmål på trods af tidligere påbud herom.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at give klager påbud om at sikre at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.
...

I den anden redegørelse udtalte Finanstilsynet følgende:

” ...

1. Sagsfremstilling

Klager fik i 2015 påbud om at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne konsulenter adgang til bestyrelsesmøder, og sikre at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger. Finanstilsynet havde i forbindelse med en undersøgelse af klager i maj 2015 konstateret en udvidet mulighed for anvendelse af eksterne konsulenter, som Finanstilsynet vurderede udgjorde en væsentlig risiko for, at udenforstående uberettiget kunne modtage fortrolige oplysninger om bl.a. kundeforhold. Finanstilsynet

påpegede, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde og alene ved et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i bekendtgørelse nr. 1289 af 9. december 2014 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. [fodnote: Nu bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.].

I forbindelse med den seneste undersøgelse konstaterede Finanstilsynet en betydelig stigning i brugen af eksterne konsulenter, fra et sporadisk brug af forskellige konsulenter til en permanent tilstedeværelse af H på klagers bestyrelsesmøder. H er general counsel hos I, som også ejer en kvalificeret ejerandel af klager. Det er således konstateret, at H i perioden november 2015 til og med februar 2016 (bilag ...) deltog på alle bestyrelsesmøder ved alle angivne punkter på dagsordenen, herunder ved behandling af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger. Han fik desuden udleveret skriftligt materiale med sådanne kundeoplysninger. Dette førte til Finanstilsynets fornyede påbud i 2016.

Finanstilsynet har ikke – trods gentagende anmodninger – modtaget en konsulentaftale eller anden egentlig dokumentation vedrørende Hs arbejde for klager, før indgivelsen af nærværende klage.

2. Retligt grundlag

De grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dennes tilsynsfunktion fremgår af § 70 i lov om finansiel virksomhed. Endvidere indeholder § 71 dels krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring dels fastlægger bestemmelsen de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 7, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed er der med bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (i det følgende benævnt ledelsesbekendtgørelsen) udstedt nærmere regler, der udmønter de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en betryggende drift af disse virksomheder. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 i ledelsesbekendtgørelsen.

En bestyrelse skal som led i varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. § 3, nr. 8, jf. bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen. Bilag 6 i ledelsesbekendtgørelsen indeholder de nærmere krav til tilrettelæggelsen af arbejdet i bestyrelsen, herunder bestyrelsesmøder og bestyrelsens forhandlinger. Bilag 6, nr. 7-9, har følgende ordlyd:

”7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.

8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.

9) Uanset pkt. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i FiL.”

Bestemmelserne er begrundet i hensynet til finansielle virksomheders særlige tavshedsforpligtelse, som følger af § 117 i lov om finansiell virksomhed. § 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiell virksomhed.

3. Finanstilsynets vurdering

Finansielle virksomheders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne. Det følger således af bilag 6, nr. 7 og 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at ansatte, rådgivere og aktionærer efter bestyrelsens beslutning i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsorden. Det følger af bilag 6, nr. 9, i ledelsesbekendtgørelsen, at der uanset ovenstående ikke må være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter bl.a. § 117 i lov om finansiell virksomhed. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i klagers forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet fra 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder lagt til grund, at Hs tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende i relation til klager, og i flere tilfælde udgør en nærliggende risiko for at være i strid med § 117 i lov om finansiell virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at klager i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, og at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, men at H på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på bestyrelsesmøderne, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet har vurderet, at forholdene strider mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf det følger, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under angivne punkter på bestyrelsesmødet.

Der er i klagen henvist til et notat udarbejdet af professor dr.jur. M (klageskriftets bilag ...), der forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilaget er udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og klager:

”H deltager i bestyrelsesmøder i K som led i Hs virke som konsulent for K. Konsulentopgaven er nærmere beskrevet i en aftale.”[Fodnote: Klageskrifts bilag ... s.]

Finanstilsynet har trods gentagende anmodninger herom ikke tidligere modtaget en konsulentaftale og bemærker samtidig, at den fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) er dateret den 9. december 2015. Klagers supplerende bemærkning vedrørende udleveringen af konsulentaftale behandles separat nedenfor. Det bemærkes i øvrigt, at der ikke er tidsmæssig sammenhæng mellem fortrolighedsaftalen (bilag ... s. ...) og konsulentaftalen, som er dateret henholdsvis den 15. juni 2015 og den 9. december 2015, altså cirka et halvt år efter hinanden.

Finanstilsynet finder, at der er tale om et så bredt og ukonkret formuleret opdrag, at Finanstilsynet ikke finder det godtgjort, at H berettiget har kunnet modtage fortrolige oplysninger eller hans deltagelse har haft relevans for udførelsen af en egentlig og konkretiseret konsulentopgave. Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrelsesmøder, udover at stride mod klagers forretningsorden også vil være i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet finder således ikke det omtalte notat retvisende i den konkrete sag.

Såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at den nu fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) bør tillægges betydning, anfører Finanstilsynet, at H har deltaget ved minimum to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og den 26. november 2015 uden et egentligt skriftligt eller mundtligt præciseret opdrag, hvorfor påbuddet er berettiget. Klager har ikke dokumenteret, at der foreligger et egentligt opdrag i form af en præcist og konkret formuleret konsulentaftale eller lignende, der kan berettige Hs tilstedeværelse i perioden forud for den 9. december 2015. Finanstilsynet har alene kunne konstatere et så bredt og upræcist formuleret opdrag, at det ikke har været muligt at konstatere, hvori Hs arbejde for instituttet reelt bestod. Finanstilsynet finder således ikke det omtalte notat retvisende i den konkrete sag.

Finanstilsynet finder ikke, at man, som klager har anført i klageskriftet (klageskriftets bilag ...), kan sidestille og anvende Hs tavshedspligt i I, der har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven og i øvrigt ikke er omfattet af lov om finansiel virksomhed, til at berettige modtagelse af fortrolige oplysninger. Det afgørende i forhold til § 117 i lov om finansiel virksomhed er ikke om den som modtager de fortrolige oplysninger kan hemmeligholde dem, men om den pågældende overhovedet er berettiget til at modtage dem. Derfor ændrer hverken en eventuel tavshedspligt i I eller en underskrevet fortrolighedsaftale på, hvorvidt modtagelsen må anses for berettiget.

Finanstilsynet finder det på den baggrund ikke godtgjort, at H har deltaget i bestyrelsesmøderne med et egentligt opdrag. Derudover kan Finanstilsynet konstatere, at H som minimum har deltaget i to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og 26. november 2015 uden den konsulentaftale, som klager nu

har fremsendt, hvorfor det er Finanstilsynets vurdering, at H uberettiget har modtaget fortrolige oplysninger, da videregivelsen af oplysningerne ikke kan konstateres at have været nødvendige for Hs varetagelse af en specifik opgave for klager.

Klager anfører tillige, at ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, punkt 8, ikke er overtrådt. Hertil skal Finanstilsynet påpege, at det følger af bilag 6, punkt 8, at:

”Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i pkt. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.”
(min understregning).

Som anført ovenfor kan H ikke sidestilles med klagers rådgiver, da der ikke ved samarbejdets påbegyndelse eller senest på tidspunktet for deltagelse i bestyrelsesmøderne den 12. og 26. november 2015 forelå en konsulentaftale, som nærmere beskrev Hs opdrag. Derudover følger det af bestemmelsens ordlyd, at udenforstående alene i enkeltstående tilfælde kan være til stede ved nærmere angivne punkter på dagsordenen, og ikke som H, der har deltaget fast under hele møder.

Finanstilsynet bemærker hertil, at klagers brug af eksterne konsulenter går fra at være sporadisk til at have en nærmest permanent karakter efter E og J [fodnote: Som er ejer af I Holding A/S.] indtræder i bestyrelsen. Derudover fremgår det af bestyrelsesprotokollaterne (bilag ... og ...), at H primært har deltaget i drøftelserne på de dagsordenpunkter, der omhandler ejerkredsens øvrige aktiviteter. Der er således end ikke tale om, at H kun er deltagende, når der drøftes forhold vedrørende effektivisering m.v., som er det bestyrelsen oprindeligt på bestyrelsesmødet den 12. november 2015 angav som begrundelse for Hs deltagelse på bestyrelsesmøderne. Klager har i klageskriftets bilag ..., side ..., fremført, at H havde implicit samtykke til deltagelse i bestyrelsesbehandlingen fra de personer, hvis sager blev behandlet på bestyrelsesmødet, idet disse personer var bekendt med Hs rolle på bestyrelsesmøderne. Det er dog ubestridt, at der på de samme bestyrelsesmøder blev gennemgået ordinære bankkunders creditsager. Deltagelse i drøftelser heraf falder teknisk set uden for Hs eventuelle mandat/opdrag, hvorfor H under alle omstændigheder har deltaget i drøftelser, som falder uden for noget opdrag, uanset hvilken fortolkning af opdraget, der anlægges. Finanstilsynet må derfor konkludere, at H har deltaget i dagsordenpunkter, hvor hans tilstedeværelse ikke har haft relevans, og dermed indebærer en betydelig risiko for, at han har modtaget oplysninger, han ikke lovligt kunne modtage, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Sammenfattende er det Finanstilsynets vurdering, at formålet med ledelsesbekendtgørelsens bestemmelser om udenforståendes deltagelse på bestyrelsesmøder er dels hensynet til tavshedsforpligtelsen dels at sikre, at det er de af repræsentantskabet eller generalforsamlingen valgte bestyrelsesmedlemmer, der som kollektivt ledelsesorgan træffer beslutningerne og står til ansvar herfor. Bestyrelsesmøder er lukkede møder. For finansielle virksomhe-

der gælder yderligere særlige krav til bestyrelsesmedlemmer i form af bl.a. egnetheds- og hæderlighedsvurdering, og det er derfor centralt, at udenforstående, som ikke skal fit and proper-godkendes, ikke deltager som uformelle bestyrelsesmedlemmer, som det synes at være tilfældet med Hs deltagelse. Med en sådan ordning ville der ske en omgåelse af reglerne i ledelsesbekendtgørelsen.

Særligt klagers gengivelse af forløbet vedrørende Finanstilsynets anmodning om en kopi af konsulentaftalen eller tilsvarende vedrørende Hs arbejde for klager er Finanstilsynet ikke enig i gengivelsen.

Klager anfører i klageskriftet, at det fremgår på side 10 i Finanstilsynets rapport, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Hs arbejde for klager. Klager anfører i forlængelse heraf, at klagers direktør N har bekræftet, at konsulentaftalen med H blev udleveret fysisk til to medarbejdere fra Finanstilsynet i forbindelse med Finanstilsynets inspektion i instituttet i januar 2016. Klager har i forbindelse med indsendelsen af klageskriftet vedlagt kopi af Hs konsulentaftale.

Finanstilsynet gennemførte en undersøgelse af klager i perioden fra den 7. til den 15. december 2015 og den 21. januar 2016. Ved gennemgang af ledelsesområdet den 8. december 2015 bad Finanstilsynet klagers direktør N om en kopi af den aftale om konsulentbistand klager havde indgået med H. Finanstilsynet understregede i den forbindelse, at man ønskede en kopi af det fulde aftalegrundlag.

Finanstilsynet fik samme dag alene udleveret fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 af N. Finanstilsynet spurgte specifikt, om der var tale om det fulde aftalegrundlag, hvilket N bekræftede. Det bemærkes, at konsulentaftalen mellem klager og H er dateret dagen efter dette møde nemlig den 9. december 2015, og dermed dagen efter at Finanstilsynet overfor klager havde påpeget problemerne ved, at der ikke forelå en egentlig aftale om opdrag m.v.

Ved brev af 18. december 2015 anmodede Finanstilsynet klager om enten at indsende eller bekræfte, at Finanstilsynet havde modtaget alt materiale vedrørende de af klager indgåede kontrakter om konsulentbistand ved udøvelse af klagers virksomhed, herunder eventuelle konsulentaftaler med H (brevets punkt 4). Det fremgår af brevet, at Finanstilsynet alene havde modtaget fortrolighedsaftale mellem klager og H uden underskrifter. Kopi af Finanstilsynets brev fremlægges som bilag

Som svar på denne anmodning modtog Finanstilsynet brev af 8. januar 2016 fra klager, der fremlægges som bilag Det fremgår af brevets ad. 4:

”Som ønsket af Finanstilsynet vedlægges alle indgående kontrakter om konsulentbistand. Der er tale om 11 stk. kontrakter, som er samlet i bilag”

For så vidt angår H var alene fortrolighedsaftalen af 15. juni 2015 vedlagt, denne gang i underskrevet stand. Det fremgår ikke af klagers brev, at der

skulle foreligge en decideret konsulentkontrakt for H, og klager skrev som anført ovenfor, at alle indgåede kontrakter var vedlagt klagers brev. Konsulentaftalen mellem klager og H af 9. december 2015 var ikke en del af de vedlagte konsulentaftaler.

På baggrund af ovenstående skal Finanstilsynets bestride, at Finanstilsynet i forbindelse med inspektionen i januar 2016 eller på et tidligere tidspunkt modtog konsulentaftalen med H. Finanstilsynet har, som det ses af ovenstående, flere gange efterspurgt det fulde aftalegrundlag med H, og Finanstilsynet er flere gange blevet bekræftet i, at det fulde aftalegrundlag, i form af en fortrolighedserklæring, var udleveret til Finanstilsynet. Finanstilsynet modtog ej heller konsulentaftalen ved Finanstilsynets besøg den 21. januar 2016.

Finanstilsynet bemærker, at klager først i sit klageskrift til Erhvervsankenævnet har gjort dette synspunkt gældende, uagtet at Finanstilsynet både ved afsluttende møde 15. marts 2016 og i selve rapporten har anført ikke at have modtaget selve aftalen.

Det fremgår således ikke af klagers høringssvar af 8. april 2016 vedrørende Finanstilsynets udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i K eller i den – ganske omfattende – skriftveksling Finanstilsynet har haft med klager efter undersøgelsen.

4. Konklusion

På baggrund af ovenstående er det Finanstilsynets vurdering, at der er sket en væsentlig forøgelse af permanent deltagelse af eksterne konsulenter i bestyrelsen. Det er Finanstilsynets vurdering, at deltagelsen hverken kan antages at have været berettiget eller haft en relevans for løsningen af konkretiserede opgaver.

På baggrund heraf fastholder Finanstilsynet afgørelsen om, at give klager påbuddet om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Det forhold, at Finanstilsynet ved brev af 21. juni 2016 har meddelt, at det efter Finanstilsynets vurdering ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed i forbindelse med Hs deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet, giver ikke anledning til at ændre påbuddet.

...”

Ved skrivelser af 8. september 2016 er K fremkommet med yderligere bemærkninger. Angående klagen over påbuddet vedrørende habilitet anføres det:

”...

K skal hermed fremkomme med udtalelser i ovennævnte sag på baggrund af Finanstilsynets skrivelse af den 8. juli 2016.

Som det fremgår af Ks indbringelse af klagen til Erhvervsankenævnet af 2. juni 2016, er K naturligvis overordnet enig i påbuddets ordlyd, nemlig at de personer, der deltager i behandlingen af en sag, skal være habile, men påbuddet påklages som nævnt til Erhvervsankenævnet, da Finanstilsynets vurdering af de konkrete omstændigheder, der har givet anledning til påbuddet, må antages at være forkert.

Helt generelt er det Ks vurdering, at der arbejdes meget med habilitets-spørgsmål i K, hvor dette tages alvorligt. Dette fremgår også af bestyrelsens referater, hvor inhabile bestyrelsesmedlemmer og andre forlader lokalet, når et emne skal behandles, og en afgørelse træffes, hvis der samtidig kan være risiko for inhabilitet.

Vedrørende behandlingen af købet af D fra A

K er enig i, at når et sådan handel mellem nærtstående skal behandles, kan der opstå interessekonflikter, og i den konkrete situation var alle tilstedeværende netop også klar over, at E, G og F var inhabile.

Men bestyrelsen havde også et legitimt behov for at få sagen korrekt oplyst og at høre sælgeren (Es) opfattelse, inden bestyrelsen selv, efter E, G og F havde forladt lokalet, drøftede og behandlede sagen og tog beslutning herom. K er således enig med tilsynet i, at de tre personer var inhabile i sagen, og derfor forlod de mødet, som det fremgår af referatet.

Finanstilsynets opfattelse af, at det materiale, som bestyrelsen fik forelagt, var for ensidigt, er mere et spørgsmål, om hvorvidt bestyrelsen kunne træffe en korrekt beslutning end et spørgsmål om habilitet. Bestyrelsen i K var meget erfaren også i virksomhedsoverdragelser og kunne derfor hurtigt sætte sig ind i beslutningen om at købe D. Der har desuden efterfølgende vist sig, at bestyrelsen tog en meget rigtig beslutning, da de lod K overtage D, idet denne aktivitet alene medfører, at hele Ks drift for første halvår bliver positivt.

Det er kun naturligt, at bestyrelsen i forbindelse med præsentationen begynder at kommentere mulighederne i forslaget. Der var tale om en engageret bestyrelse, der gerne ville belyse alle muligheder. Derfor kommenteres der undervejs - også for at høre sælgers reaktioner på disse bemærkninger.

F forlod mødet efter E og G, idet han syntes, at han havde nogle særlige oplysninger, som bestyrelsen skulle forholde sig til. Som det tydeligt fremgår af referatet, talte F prisen ned på D. Dette er vel et udtryk for en objektiv holdning på trods af inhabilitet.

Der ses slet ikke at være nogen grund til at tro, at bestyrelsens drøftelser, efter de nævnte personer havde forladt mødet, ikke skulle have været frie og uafhængige af inhabiles interesser.

Finanstilsynet ses ikke at forholde sig til det af professor, dr. jur. Søren Mørup udarbejdede notat, der er vedlagt Ks anke til Erhvervsankenævnet af 2.

juni 2016. Selv om notatet er udarbejdet for I Holding A/S, er notatet en objektiv beskrivelse af dansk ret. Der henvises derfor igen til notatet især punkt 3, hvor spørgsmålet, om et inhabilt bestyrelsesmedlem må præsentere en sag, inden han forlader mødet, bliver behandlet. Det konkluderes her, at Ks beslutning om at købe D ikke var i strid med selskabslovens § 131.

Bestyrelsens stillingtagen til Gs rolle som complianceansvarlig

Ved Gs forelæggelse af en compliancerapport var der ikke tale om behandling ”af spørgsmål om aftaler mellem kapitalselskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende” som nævnt i selskabslovens § 131 om inhabilitet. Desuden må det lægges til grund, at behandlingen af compliancerapporten ikke gjorde, at nogen havde en væsentlig eller særlig interesse, der kunne medføre inhabilitet.

Efter lovens ordlyd er der således ikke tale om inhabilitet.

Med behandlingen af rapporten blev der ikke taget stilling til en sag, der vedrørte G som person, som hvis det havde været tale om løndrøftelser eller behandling af hendes kundeforhold i K.

Heller ikke med henvisning til Ks vedtægter forelå der inhabilitet. Det fremgår her – i overensstemmelse med lovgivningen – at behandlingen af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse. Bestyrelsens behandling af compliancerapporten ses ikke at være en sag, der vedrører G som person. Compliancerapporten er blot en opgave, som hun havde arbejdet med.

Konklusion

Det er herefter Ks konklusion, at sagen om Ks køb af D blev behandlet korrekt og under hensyntagen til tilstedeværendes inhabilitet, ved at den endelige beslutning blev taget i enerum uden inhabiles tilstedeværelse. I den forbindelse lægges der vægt på dansk rets opfattelse af begrebet inhabilitet. Finanstilsynet findes at anvende et udvidet begreb af inhabilitet, der ikke findes hjemmel for i dansk ret.

Desuden er det Ks opfattelse, at der ikke var inhabilitet, da Gs forelagde compliancerapporten for bestyrelsen.

...”

I den anden skrivelse af 8. september 2016 – vedrørende brug af eksterne konsulenter – anførte K:

...”

K skal hermed fremkomme med udtalelser i ovennævnte sag på baggrund af Finanstilsynets skrivelse af 8. juli 2016.

Finanstilsynet anfører i sin svarskrivelse, at man ikke finder professor, dr.jur. Ms notat ”retvisende” i den konkrete sag, idet tilsynet skriver, at no-

tatet er ”udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og klager”. Dette er ikke korrekt.

Professor, dr.jur. Ms notat er ikke udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en ansættelsesaftale mellem H og K. Således skrives der indledningsvist i notatet, at M netop er i besiddelse af konsulentaftalen af 9. december 2015. M er således af den opfattelse, at konsulentaftalen er tilstrækkelig konkret i sin formulering til, at H retmæssigt kunne overlades de givne oplysninger.

Det skal i den forbindelse nævnes, at det ikke var været nogens hensigt, at H skulle deltage ”fast” i Ks bestyrelsesmøder. I den forbindelse henvises til bestyrelsesreferaterne i bilag

K mener, at Finanstilsynets påbud fra 2015 er imødekommet som beskrevet i Ks svarbrev af 12. august 2015: ”Påbuddet 2.2.4, side 10, om at indsnævre muligheden for eksterne rådgiveres adgang til bestyrelsesmøder og deres modtagelse af fortroligt materiale er ligeledes imødekommet ved en ændring af bestyrelsens forretningsorden, punkt 1.2.9.” Finanstilsynet havde ingen bemærkninger efter modtagelsen af dette brev.

K er ikke enig med Finanstilsynet i, at H ikke havde et ”egentlig opdrag”, idet der henvises til konsulentaftale samt diverse mundtlige drøftelser med bestyrelsen. Disse drøftelser er så vidt muligt nedskrevet og en del af referaterne. Derfor vedlægges som bilag ... bestyrelsesreferater fra 12. og 26. november samt 17. december og 21. januar 2016. Formuleringen af Hs konsulentaftale er foretaget ud fra det behov, man fandt på det daværende tidspunkt, men med mulighed for at behovet udviklede sig efterhånden, som konsulentundersøgelsen udviklede sig. Det skal i øvrigt oplyses, at H ikke har deltaget i bestyrelsesmøder siden 21. januar 2016.

Med hensyn til Finanstilsynets henvisning til bestyrelsens forretningsorden skal det oplyses, at den i december 2015 blev opdateret således, at der kom til at stå følgende om eksterne rådgivere: ”Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i K kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene i enkelte punkter på dagsordenen. Tilsvarende kan bestyrelsen beslutte, at rådgivere i enkeltstående tilfælde eller så længe det måtte være nødvendigt kan deltage. Ansatte eller rådgivere, der deltager på bestyrelsesmøder, modtager kun information, som er relevant og påkrævet.” Således har bestyrelsen i henhold til sin forretningsorden, ankeskriftets bilag ..., ret til at have eksterne rådgivere, der deltager i bestyrelsesmøder, når det besluttes fra gang til gang.

Den nævnte fortrolighedsaftale af 15. juni 2015 blev indgået, da H skulle se på Ks processer i forhold til Ks it-leverandør Q. Denne arbejdsrelation havde ikke noget at gøre med det senere opståede behov for effektivisering af bestyrelses- og kreditarbejdet.

Da der opstod behov for en ny skriftlig aftale, blev denne indgået endeligt den 9. december 2015.

Bestyrelsen drøftede således nøje emnet, hvilket fremgår af bestyrelsesreferater, der henvises til bilag

Hs tavshedspligt i I er nævnt for at beskrive, at H er ganske klar over konsekvens og alvoren af de oplysninger, som er blevet ham overladt.

I øvrigt henvises til tidligere fremsendt høringsbrev fra advokat R af 29. februar 2016 samt tillægsbrev her til af 7. marts 2016 på Finanstilsynet daværende ønske om at politianmelde K. I dette høringsbrev med tillægsbrev beskrives udmærket, hvorfor bestyrelsen kunne bruge en ekstern konsulent og lade ham deltage på bestyrelsesmøder i en kortere periode.

Hjemmel

Ledelsesbekendtgørelsen er udstedt i medfør af bl.a. FIL §§ 70-71. Derfor skal bestemmelserne i bilag 6, nr. 7-9 have hjemmel i disse bestemmelser eller andre bestemmelser i loven (som angivet i bekendtgørelsen indledningsvist). Det har bilag 6, nr. 7-9, ikke.

Bestemmelserne har kun "hjemmel" i § 3, nr. 8, i bekendtgørelsen, der har hjemmel i FIL §§ 70-71. Man kan imidlertid ikke udvide sin hjemmel i en bekendtgørelse på denne måde, det vil sige ved at indskyde en "hjemmel": Den regulering, der er i bekendtgørelsen, skal have hjemmel i loven. FIL §§ 70-71 vedrører slet ikke, hvem der kan deltage i bestyrelsesmøder, og bilag 6, nr. 7-9 har derfor slet ikke hjemmel. Disse bestemmelser kan derfor ikke bringes i anvendelse.

Hvis man legede med tanken om, at der var hjemmel, er det næste problem, at bestemmelserne i en bekendtgørelse skal være saglige og ikke må være mere vidtgående end formålet tilsiger. En fortolkning, hvorefter man generelt afskærer en konsulent som H fra at deltage i alle møder, vil ikke være saglig og proportional set i forhold til formålet at sikre overholdelse af tavshedspligten.

Konklusion

Det er således fortsat Ks opfattelse, at H havde fået overladt oplysninger berettiget i henhold til gældende ret.
..."

Ankenævnet har ikke fundet grundlag for at imødekomme en anmodning om mundtlig forhandling.

Ankenævnet udtaler:

1. Habilitet

Et medlem af ledelsen i en andelskasse må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem K og den pågældende selv eller søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem K og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod Ks interesse, jf. § 88, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed, jf. § 131 i selskabsloven.

På tidspunktet for Ks bestyrelses beslutning om køb af D fra A var E både bestyrelsesmedlem i K og hovedaktionær, bestyrelsesmedlem og direktør i A, og F var medlem af bestyrelsen i K og samtidig bestyrelsesformand i A. Begge deltog sammen med Es ægtefælle, G på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, hvor Ks overtagelse af D blev behandlet. Af bestyrelsesprotokollatet fra mødet fremgår det, at der under Es fremlæggelse af det af ham og A udarbejdede salgsmateriale vedrørende overdragelsen finder en egentlig drøftelse sted vedrørende overtagelsen. Endvidere fremgår det, at F ikke forlod lokalet forud for drøftelserne om prisfastsættelsen af D.

Ankenævnet kan således tiltræde Finanstilsynets vurdering af, at flere personer, som må anses for inhabile, var til stede under punktet om overtagelse D på bestyrelsesmødet den 26. november 2015, og at dette er en overtrædelse af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed.

Allerede af den grund tiltræder ankenævnet således også, at Finanstilsynet har påbudt K at sikre, at personer i K, som må anses for inhabile i forhold til en bestemt sag, ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af sagen eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

§ 71, stk. 1 og 2, i lov om finansiel virksomhed er sålydende:

”En finansiel virksomhed, en finansiel holdingvirksomhed og en forsikringsholdingvirksomhed skal have effektive former for virksomhedsstyring, herunder

- 1) en klar organisatorisk struktur med en veldefineret, gennemskelig og konsekvent ansvarsfordeling,
- 2) en god administrativ og regnskabsmæssig praksis,
- 3) skriftlige forretningsgange for alle de væsentlige aktivitetsområder,
- 4) effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om de risici, som virksomheden er eller kan blive udsat for,

- 5) de ressourcer, der er nødvendige for den rette gennemførelse af dens virksomhed, og hensigtsmæssig anvendelse af disse,
- 6) procedurer med henblik på adskillelse af funktioner i forbindelse med håndtering og forebyggelse af interessekonflikter,
- 7) fyldestgørende interne kontrolprocedurer,
- 8) betryggende kontrol- og sikringsforanstaltninger på it-området,
- 9) en skriftlig lønpolitik, der er i overensstemmelse med og fremmer en sund og effektiv risikostyring, og
- 10) personalemæssige og økonomiske ressourcer, der er nødvendige for at sikre tilstrækkelige muligheder for introduktions- og efteruddannelseskurser til medlemmer af bestyrelsen og direktionen.

Stk. 2. Finanstilsynet kan fastsætte nærmere regler om de foranstaltninger, som en finansiel virksomhed, en finansiel holdingvirksomhed og en forsikringsholdingvirksomhed skal træffe for at have effektive former for virksomhedsstyring, jf. stk. 1 og 3.”

Finanstilsynet har i medfør af § 71, stk. 2, udstedt bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 (ledelsesbekendtgørelsen), som indeholder følgende bestemmelser om compliance:

”§ 17. Virksomheden skal have metoder og procedurer, der er egnede til at opdage og mindske risikoen for virksomhedens manglende overholdelse af den for virksomheden gældende lovgivning, markedsstandarder eller interne regelsæt (compliance).

Stk. 2. Virksomheden skal have en compliancefunktion, der fungerer uafhængigt, og som skal kontrollere og vurdere, om metoderne og procedurerne efter stk. 1 og de foranstaltninger, der træffes for at afhjælpe eventuelle mangler, er effektive.

...

Stk. 4. For at sikre at compliancefunktionen kan varetage sine ansvarsområder korrekt og uafhængigt, skal direktionen sikre, at følgende betingelser opfyldes:

- 1) Compliancefunktionen skal have de nødvendige ressourcer, den nødvendige kompetence og sagkundskab samt adgang til alle relevante oplysninger.
- 2) En medarbejder, der er udpeget af direktionen, skal være ansvarlig for compliancefunktionen og rapportering til bestyrelsen og direktionen. Rapportering om de i denne bestemmelse omhandlede forhold til bestyrelsen og direktionen skal ske mindst én gang årligt. Den complianceansvarlige skal i øvrigt have mulighed for at udtale sig direkte til bestyrelsen, hvis den complianceansvarlige skønner det nødvendigt.
- 3) Medarbejdere, der er involveret i compliancefunktionen, må ikke deltage i leveringen af de tjenesteydelser eller udførelsen af de aktiviteter, de kontrollerer.

- 4) Metoden til at fastsætte vederlag til medarbejdere i compliancefunktionen må ikke bringe deres uafhængighed i fare.”

På baggrund af de citerede bestemmelser kan ankenævnet endvidere tiltræde Finanstilsynets vurdering af de mulige habilitetskonflikter, herunder på mødet den 26. november 2015, som kunne opstå som følge af, at G var complianceansvarlig, og hendes ægtefælle E var bestyrelsesformand.

2. Ks brug af eksterne konsulenter

Bestyrelsesmedlemmer i en finansiel virksomhed må ikke uberettiget videregive fortrolige oplysninger, som de under udøvelsen af deres hverv er blevet bekendt med, jf. § 117, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.

Af bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl., bilag 6, følger:

”...

- 7) Bestyrelsen kan beslutte, at ansatte i den finansielle virksomhed samt bestyrelsesmedlemmer og ansatte i andre selskaber i koncernen kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene ved enkelte punkter på dagsordenen.
- 8) Bestyrelsen kan ligeledes i enkeltstående tilfælde beslutte, at der kan være andre personer end de i nr. 7 nævnte, eksempelvis aktionærer eller rådgivere, til stede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen.
- 9) Uanset nr. 7 og 8 må der ikke være uvedkommende personer til stede ved et bestyrelsesmøde eller ved et punkt på bestyrelsesmødets dagsorden, hvor der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives efter reglerne om videregivelse af fortrolige oplysninger i kapitel 9 i lov om finansiel virksomhed.

...”

Det fremgår af sagen, at den klagende andelskasse den 11. maj 2015 af Finanstilsynet blev påbudt at indsnævre muligheden i bestyrelsens forretningsorden for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger. Finanstilsynet påpegede i den forbindelse, at bestyrelsen alene kunne tillade konsulenter at deltage i enkeltstående tilfælde, og alene for så vidt deltagelsen angik et eller flere punkter på dagsordenen, ikke hele møder, jf. bilag 6, pkt. 8, i ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet henledte endvidere opmærksom-

heden på § 117, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter bl.a. bestyrelsesmedlemmer ikke uberettiget må videregive fortrolige oplysninger.

Det fremgår endvidere, at H i perioden fra november 2015 til og med i hvert fald januar 2016 deltog i alle K's bestyrelsesmøder ved alle angivne punkter på dagsordenen, herunder ved behandlingen af sager indeholdende fortrolige kundeoplysninger.

På denne baggrund tiltræder Erhvervsankenævnet, at Finanstilsynet den 17. maj 2016 har påbudt Ks bestyrelse at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Hverken den omstændighed, at K efter påbuddet af 11. maj 2015 har ændret sin forretningsorden punkt 1.2.9., eller at det ikke måtte have været klagers hensigt, at H – der var opmærksom på betydningen af en tavshedspligt – skulle deltage ”fast” i Ks bestyrelsesmøder, kan føre til et andet resultat.

Ankenævnet tiltræder herefter de to påklagede påbud, som er meddelt K ved Finanstilsynets afgørelse af 17. maj 2016.