

Kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-6608).

Bestyrelsesmedlemmer i B (andelskasse) pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år, da der er grund til at antage, at de ikke vil kunne varetage deres hverv på forsvarlig måde.

Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 4, § 351, stk. 2 og stk. 6, jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

(Lone Møller, Susanne Nielsen og Steen Mejer)

Ved fire skrivelser af 12. juli 2016 har advokat A på vegne af K (K1, K2, K3 og K4) klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelser af 15. juni 2016 har påbudt dem at nedlægge deres hverv som medlemmer af bestyrelsen i B.

Der henvises i denne sag tillige til sagerne under Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4747 og j.nr. 2016-4752.

Sagens omstændigheder:

Ved skrivelser af 15. juni 2016 traf Finanstilsynet afgørelse i forhold til de fire bestyrelsesmedlemmer i B, K1, K2, K3 og K4. De fire afgørelser er i det væsentligste enslydende. I afgørelsen vedrørende K1 hedder det:

”Påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B, jf. § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed

1. Afgørelse

Finanstilsynet påbyder i medfør af § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i B jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed. Påbuddet skal opfyldes senest den 15. juli 2016.

Varigheden af påbuddet er bestemt til 5 år fra dags dato, jf. § 351, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Afgørelsen har været forelagt for Finanstilsynets bestyrelse.

2. Sagsfremstilling

B (herefter instituttet) er et mindre pengeinstitut med 15 ansatte. Instituttet er under skærpet tilsyn. Instituttet er en andelskasse, hvor andelshaverne på generalforsamling vælger repræsentantskabet, der efterfølgende vælger bestyrelsen. Ejerandelen er hovedsageligt fordelt mellem tre investorer, der tilsammen kontrollerer ca. 90 pct. af instituttet (C udgør ca. 30 pct., D og selskaber, han kontrollerer, udgør ca. 30 pct. og tredjepart ca. 30 pct.).

Bestyrelsen har gennem en længere periode haft stor udskiftning, og ultimo 2015 udgjordes bestyrelsen af:

- D, bestyrelsesformand (indtrådt den 12. november 2015 og udtrådt 19. maj 2016)
- E, næstformand i bestyrelsen, (indtrådt den 16. april 2015)
- K1, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 12. november 2015)
- F, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 7. juli 2014 og udtrådt den 15. marts 2016)
- G, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 4. juni 2014)
- H, bestyrelsesmedlem (indtrådt den 22. januar 2015)

D ejer aktiemajoriteten i I, hvor han er Managing Partner samt medlem af bestyrelsen. D er gift med J, som udover at arbejde som juridisk rådgiver og complianceansvarlig for instituttet også arbejder som jurist i I.

G har frem til den 27. januar 2016 siddet i bestyrelsen for I, hvor han i dag arbejder som konsulent.

K1 er administrerende direktør samt medlem af bestyrelsen i W.

K er tidligere bestyrelsesformand, som indtrådte den 22. januar 2015 og var bestyrelsesformand fra den 16. april 2015 til sin udtræden den 7. december 2015.

2.1 Påbud i rapport om undersøgelse af B af 11. maj 2015

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 26. januar til den 3. februar 2015 en undersøgelse af instituttet. Undersøgelsens resultater blev præsenteret for instituttet ved et afsluttende møde den 10. marts 2015, hvorefter den endelige rapport blev sendt den 11. maj 2015. Rapporten vedlægges som bilag

Finanstilsynet gav i den forbindelse instituttet en række påbud og påtaler, hvor tre af påbuddene var rettet direkte mod bestyrelsen. Sidstnævnte angik bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling og bestyrelsens samlede viden og erfaring.

Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet konstaterede, at bestyrelsens forretningsorden gav mulighed for, at man kunne anvende eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne.

Finanstilsynet bemærkede også flere tilfælde, hvor bestyrelsen havde anvendt eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne.

Finanstilsynet påpegede, 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, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1289 af 9. december 2014 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B skal derfor indsnævre muligheden i forretningsordenen for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtager fortrolige oplysninger.”

I instituttets redegørelse af 11. august 2015 som opfølgning på påbuddene oplyste instituttet, at man havde ændret bestyrelsens forretningsorden for at indsnævre muligheden for anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne. Det fremgår herefter af forretningsordenen:

”Der må ikke deltage uvedkommende personer ved møderne, hvis der behandles emner omfattet af lov om finansiel virksomhed § 117 (tavs-hedsbestemmelserne). Suppleanter til bestyrelsen kan deltage i bestyrelsesmøder.

[...]

Bestyrelsen kan beslutte at ansatte i B kan deltage i et bestyrelsesmøde, eventuelt alene i enkelte punkter på dagsordenen. Tilsvarende kan bestyrelsen beslutte, at rådgivere i enkeltstående tilfælde kan deltage. Ansatte eller rådgivere, der deltager på bestyrelsesmøder, modtager kun informationer, som relevant og påkrævet.”

Redegørelsen vedlægges som bilag ...

Bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling

Finanstilsynet kunne konstatere, at mails vedrørende bevilling af en eksponering, hvor et bestyrelsesmedlem var inhabilt, blev sendt til vedkommende, hvilket svarer til, at vedkommende er til stede ved behandlingen, idet vedkommende har mulighed for – via andre kanaler end mail-strengen – at påvirke de andre bestyrelsesmedlemmers beslutning.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B påbydes at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke må være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtager mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen er truffet.”

Hertil oplyste instituttet i ovennævnte redegørelse, jf. bilag ..., at man søgte problemstillingen vedrørende inhabile bestyrelsesmedlemmers deltagelse ved bestyrelsesmøderne imødekommet ved øget opmærksomhed og indskærpelse af at undgå dette.

Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Finanstilsynet bemærkede, at instituttet havde været igennem en turbulent periode, hvor der var sket stor udskiftning af både bestyrelsen og direktionen. Det blev på den baggrund påpeget, at den store udskiftning indebar en større risiko for tab af viden om og indsigt i instituttet, en større risiko for svigt i væsentlige forretningsmæssige sagsgange og kontroller samt et behov for større fokus på bevaring og styrkelse af ledelsens viden og kompetencer vedrørende drift og ledelse af pengeinstitutter.

Undersøgelsen af 11. maj 2015 indeholdt et betydeligt antal påbud og påtaler henset til instituttets enkle forretningsmodel og det forhold, at instituttet var blevet undersøgt for mindre end et år siden. Enkelte af påbuddene var således også gentagelser fra de to foregående undersøgelser i 2014 og 2013.

Finanstilsynet meddelte på den baggrund instituttet følgende påbud:

”B skal på denne baggrund sikre, at den samlede bestyrelse samt direktionen besidder den fornødne viden om Bs egne forhold samt de lovgivningsmæssige krav, der stilles til Bs virksomhed og interne forhold til at kunne sikre en fornuftig drift af B fremadrettet.”

Finanstilsynet foreslog samtidig, at bestyrelsesmedlemmer kunne deltage i relevante kurser, og at instituttets bestyrelse og direktion skulle sikre sig kendskab til Finanstilsynets korrespondance og reaktioner vedrørende brud på lovgivningen siden 2013 for på den måde at forebygge, at lignende forhold ville gentage sig.

Instituttet oplyste, jf. bilag ..., at man havde styrket bestyrelsens samlede kompetencer ved K3's indtræden i bestyrelsen som næstformand, og Ks indvælgelse som ny bestyrelsesformand. K skulle herefter holde en fast og tæt dialog med instituttets nye direktør L (herefter direktøren).

Vedrørende Finanstilsynets forslag om at efteruddanne bestyrelsesmedlemmerne havde K og direktøren tilmeldt sig det årlige bestyrelsesseminar hos Finanssektorens Uddannelsescenter den 10. og 11. september 2015, ligesom direktion og bestyrelse ville være repræsenteret på De Mindre Sparekassers konference for bestyrelser og direktioner den 26. og 27. september 2015.

Det fremgik endvidere af redegørelsen, at instituttet i forbindelse med indvælgelsen af nye bestyrelsesmedlemmer ville overveje at tilbyde et introduktionsforløb til instituttet for at gøre introduktionen endnu hurtigere og grundigere.

Instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag

Finanstilsynet konstaterede, at beslutningsgrundlaget for bestyrelsens bevillinger fremstod mangelfulde flere steder. I den forbindelse bemærkede Finanstilsynet, at der i flere tilfælde manglede:

- Oplysninger om formålet med kreditter.

- Analyser og stillingtagen til kundernes fremtidige indtjening og likviditet.
- Analyser af kundernes reelle formue samt en nærmere vurdering af værdien af sikkerheder.
- Angivelser af, hvorvidt eksponeringerne var i overensstemmelse med instituttets kreditpolitik, herunder eksponeringens størrelse i forhold til kreditpolitikens grænser.

På baggrund af ovenstående, samt det forhold at bestyrelsens protokol ikke afspejlede de på møderne førte drøftelser, blev der givet nedenstående påbud:

”B påbydes at sikre, at bestyrelsens protokol afspejler de på møderne førte drøftelser, herunder de væsentligste risikovurderinger og trufne beslutninger samt forudsætningerne herfor.”

I forlængelse af ovenstående modtog instituttet endvidere følgende påbud:

”B påbydes at præcisere og uddybe forretningsgangen for bevilling af eksponeringer, så den på fyldestgørende måde beskriver fremgangsmåden for bevilling af eksponeringer og de forhold, den enkelte medarbejder skal lægge vægt på i den forbindelse.”

Det bemærkes, at instituttet allerede på møde med Finanstilsynet den 8. december 2014 vedrørende udviklingen i instituttet, herunder instituttets strategi for fremtiden, blev informeret om det mangelfulde beslutningsgrundlag.

Der blev derudover givet 25 påbud og påtaler til instituttet (se bilag ...), hvor det var konstateret, at instituttet havde udvist grundlæggende mangler ved bl.a.:

- a) Bestyrelsens og direktionens arbejde, herunder
 - beslutningen om dispensation fra krav om andelsbevis,
 - bestyrelsens håndtering af outsourcing,
 - bestyrelsens protokollering,
 - risikostyringsfunktionen og
 - rapportering til bestyrelsen på kredit- og markedsrisikoområdet.
- b) Kreditområdet, herunder
 - instituttets kreditkomite,
 - bevillingsbeføjelser,
 - kreditpolitikken,
 - forretningsgangen for værdiansættelse af sikkerheder og
 - forretningsgangen for bevilling af eksponeringer.
- c) Markedsrisikoområdet, herunder
 - instrukser til direktionen på markedsrisikoområdet og
 - kontrolforanstaltninger på markedsrisikoområdet.

2.2. Påbud ved afsluttende møde den 15. marts 2016

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 7. til den 11. december 2015 en ny undersøgelse af instituttet. Finanstilsynet konstaterede på den baggrund, at instituttet fortsat havde udfordringer på ledelsesniveau, og ved afsluttende møde den 15. marts 2016 blev der meddelt instituttet 12 påbud, hvoraf flere af påbuddene relaterede sig til påbuddene afgivet i maj 2015. Plancher af 15. marts 2016 udarbejdet til brug for det afsluttende møde vedlægges som bilag Liste over samtlige påbud givet på det afsluttende møde af 15. marts 2016 vedlægges som bilag

Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent ved bestyrelsesmøder

Finanstilsynet meddelte ligesom ved inspektionen i 2015 instituttets bestyrelse et påbud om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

Finanstilsynet konstaterede ved den seneste undersøgelse, at instituttet i meget vidt omfang har anvendt M som ekstern konsulent ved bestyrelsesmøder.

M arbejder som general counsel i C [fodnote: C har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven.]. Det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet den 12. november 2015, at D er med til at beskrive M som en vigtig rådgiver i forbindelse med fastlæggelse af fremtidige processer, da M har specialer inden for strategi, effektivisering og digitalisering samt udvikling af processer herom. Der ses ikke af protokollatet at have været en drøftelse af, hvori Ms rolle mere præcist skal bestå, ligesom der ikke er taget stilling til, om Ms tilstedeværelse strider mod bestyrelsens forretningsorden og påbud af maj 2015.

Af samme protokollat fremgår, at D anførte, at han var bekendt med, at finansielle virksomheder ikke generelt kunne have observatører til stede ved møderne af hensyn til tavshedsbelagte kundeoplysninger. Da M imidlertid repræsenterede en anden virksomhed, der var underlagt tilsyn, mente D desuagtet, at M kunne agere en vigtig rådgiver for instituttet.

Ved de efterfølgende bestyrelsesmøder drøftedes Ms tilstedeværelse ikke, idet der blot blev henvist til det fortsatte behov for hans specialviden.

Finanstilsynet anmodede i forbindelse med undersøgelsen instituttet om at oplyse, hvorvidt der var indgået en kontrakt med M om, hvilke konsulent-ydelser han skulle levere, og i bekræftende fald fremsende kontrakten. Finanstilsynet har ikke modtaget en konsulentkontrakt eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for instituttet. M modtager efter det oplyste ikke løn eller honorar fra instituttet.

Udover den fortsatte tilstedeværelse af uvedkommende personer på bestyrelsesmøderne konstaterede Finanstilsynet, at brugen af eksterne konsulenter var øget fra et sporadisk brug af forskellige konsulenter til nu at have en nærmest permanent karakter. Finanstilsynet konstaterede på den baggrund,

at instituttet i praksis ikke havde foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne, jf. påbud af maj 2015.

Påbuddet på det afsluttende møde den 15. marts 2016 blev meddelt med henvisning til, at den fortsatte brug af eksterne konsulenter var i strid med bilag 6, punkt 8, i bekendtgørelse nr. 1321 af 25. november 2015 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (herefter ledelsesbekendtgørelsen) og indebar en betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Det følger af bilag 6, punkt 8, i ledelsesbekendtgørelsen, at bestyrelsen i enkeltstående tilfælde kan beslutte, at der kan være rådgivere tilstede ved et eller flere angivne punkter på dagsordenen. Da der hverken var tale om enkeltstående tilfælde, eller at bestyrelsen havde angivet, hvilke punkter på dagsordenen M skulle deltage i, var Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Bestyrelsen havde heller ikke taget konkret stilling til, hvori Ms arbejde for instituttet bestod, udover et meget generelt opdrag beskrevet af D og K1.

Finanstilsynet konstaterede endvidere, at M gentagne gange havde fået udleveret skriftligt materiale med kundeoplysninger i forbindelse med behandling af kreditindstillinger på bestyrelsesmøderne, hvilket var i strid med reglerne for videregivelse af fortrolige oplysninger i medfør af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet vurderede i den forbindelse, at videregivelsen af disse fortrolige oplysninger var uberettiget, da Ms rolle i instituttet var udefineret, og da det således ikke var dokumenteret, at videregivelse af oplysningerne skete som led i et berettiget virke for instituttet.

Bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstillinger

Finanstilsynet konstaterede i forbindelse med undersøgelsen, at foranstaltningerne vedrørende opfølgningen på påbuddet fra maj 2015 var utilstrækkelige, da behandlingen af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmerne fortsat var i strid med § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Det fremgår således af bestyrelsesprotokollatet fra den 26. november 2015, at

”bestyrelsen havde forinden mødet fået tilsendt bestyrelseskreditreferat fra den 11. november 2015 som bilag 3.1., syv creditsager til orientering som bilag 3.2., kreditindstillinger vedrørende G, D og J, N, O og P som bilag 3.3., med underbilag for O og P som henholdsvis bilag 3.3. 1 og 2 [...]”

Finanstilsynet vurderede i forbindelse med påbuddet, at det stred mod § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, og bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, at inhabile bestyrelsesmedlemmer var til stede under behandlingen af deres egne creditsager. Finanstilsynet lagde til grund, at det var bestyrelsesmedlemmernes forpligtigelse at sikre sig, at bestyrelsen kunne handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det fremgik ikke af bestyrelsesprotokollaterne fra mødet, at K1 havde forholdt sig til, hvorvidt bestyrelsesmedlemmerne ved at modtage egne kreditindstillinger overtrådte § 131 i selskabsloven, jf. § 88, i lov

om finansiel virksomhed, og bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed.

Bestyrelsens samlede viden og erfaring

Finanstilsynet meddelte ligesom ved inspektionen i 2015 instituttet et påbud om, at instituttet skal sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af instituttet fremadrettet.

Finanstilsynet konstaterede i den forbindelse, at instituttet fortsat havde stor udskiftning i bestyrelsen. Dette sås bl.a. ved, at instituttets daværende bestyrelsesformand udtrådte i april 2015, samtidig med en ny næstformand blev valgt ind. Der indtrådte to nye bestyrelsesmedlemmer i november 2015. Bestyrelsesformand K udtrådte i december 2015 efter ca. 1 år i bestyrelsen. Instituttet fik ny administrerende direktør i januar 2016, hvorefter direktionen bestod af to direktører.

Finanstilsynet bemærkede ligeledes, at instituttets tiltag for at styrke bestyrelsens samlede viden og erfaring måtte anses for utilstrækkelige, da man kun havde efteruddannet den nyligt udtrådte bestyrelsesformand samt instituttets ene direktør. Der var derudover ikke sket særlige tiltag i forhold til den øvrige ledelse.

Det fremgik af bestyrelsesprotokollatet, at K1 var blevet tilbudt et introduktionsforløb til instituttet, hvilket han afslog, da K1 var af den opfattelse, at han havde et indgående kendskab til bl.a. instituttets historik. Introduktionskurset til instituttet var instituttets ovenfor nævnte tiltag til styrkelse af nye indvalgte bestyrelsesmedlemmer. Instituttets tiltag til efterlevelse af det ovennævnte påbud fra maj 2015 blev på den baggrund anset som utilstrækkelige.

Finanstilsynet konstaterede ligeledes, at instituttet fortsat havde flere styringsmæssige mangler, og at instituttet i flere tilfælde havde overtrådt den finansielle lovgivning. Flere af overtrædelserne var af helt grundlæggende forhold for drift af et pengeinstitut, bl.a. i forhold til ledelsesbekendtgørelsen og reglerne om konsolidering af eksponeringer i henhold til artikel 395 i kapitalkravsforordningen [fodnote: Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber og om ændring af forordning (EU) nr. 648/2012.] (herefter CRR).

Påbuddet blev således også givet på baggrund af de styringsmæssige mangler, som bl.a. fremgik ved følgende:

- Bestyrelsen udviste et væsentligt ukendskab til kravene til kreditbevilling i bl.a. bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Bestyrelsen foretog ikke tilstrækkelige vurderinger og analyser i forbindelse med kreditgivning, herunder af risiciene.
 - Dette fremgik eksempelvis ved bevillingen til Q (herefter P), som behandles nedenfor.

- Som følge af mangelfuld kreditbehandling og for ukritisk kreditgivning manglede bestyrelsen overblik over flere af instituttets største eksponeringer, hvilket påførte instituttet betydelige kreditrisici.
- Bestyrelsen udviste væsentligt ukendskab til finansielle regler herunder til reglerne om outsourcing og koncerninterne transaktioner.
 - Instituttet havde ingen retningslinjer for koncerninterne transaktioner, hvilket er et krav i § 5 i bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner, jf. § 181 i lov om finansiel virksomhed.
 - Instituttet havde desuden bevilget en kredit på 1,5 mio. kr. til R i december 2015 til en rente på 0 pct. og uden oprettelsesgebyr. I henhold til § 4 i bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner skal disse indgås på markedsbaserede vilkår, hvilket instituttets transaktion med R ikke opfyldte.

Instituttet havde bevæget sig ind på nye forretningsområder uden at have et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag og tilbundsgående analyser, eksempelvis i forhold til samarbejdet med O A/S og S. En beslutning om ændring af forretningsmodellen forudsætter, at denne træffes på et tilstrækkeligt oplyst grundlag.

Erhvervelse af visse aktiviteter fra I

Finanstilsynet meddelte endvidere påbud om, at bestyrelsen skulle sikre et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag ved erhvervelse af nye aktiviteter. Derudover blev der meddelt påbud om, at bestyrelsen skulle sikre, at inhabile medlemmer ikke deltog i behandlingen af erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet havde gentagne gange tilkendegivet over for instituttet, at Finanstilsynet om muligt ville orienteres ved påbegyndelse eller erhvervelse af nye aktiviteter.

Finanstilsynet blev som følge heraf den 9. oktober 2015 på et møde præsenteret for en sammenlægning af instituttets og I's aktiviteter. Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Godt halvanden måned efter mødet besluttede bestyrelsen alligevel at købe R af I, hvilket alene er en del af I's aktiviteter.

Ved bestyrelsesmøde den 12. november 2015 havde D udtrykt ønske om, at instituttet overtog nogle af I's aktiviteter, som efter Ds opfattelse ville ligge naturligt i et pengeinstitut, og han tilkendegav, at han ville medbringe et beslutningsgrundlag på det kommende bestyrelsesmøde. D gav ikke udtryk for, hvorledes en sådan overtagelse sås at være i instituttets interesse samt, hvorvidt dette kunne holdes inden for instituttets forretningsmodel. Der blev ikke – hverken fra K1s eller de øvrige bestyrelsesmedlemmers side – stillet spørgsmålstejn ved, hvorvidt D havde mandat fra den øvrige bestyrelse i instituttet til at medbringe et beslutningsgrundlag, eller om dette var i strid med habilitetsreglerne og principperne for god selskabsledelse.

På det efterfølgende bestyrelsesmøde den 26. november 2015, hvor instituttet besluttede at overtage R fra I, forelagde D (som sælger) en salgspræsentation for bestyrelsen (som køber). D havde desuden medbragt materiale vedrørende transaktionen, hvor Ds eget forslag til prisfastsættelse bl.a. fremgik. Prisforslaget indeholdt bl.a. et ønske om, at D modtog betaling i form af nyudstedte andelsbeviser. Disse andelsbeviser skulle indgå med en pris svarende til indre værdi uagtet, at øvrige andelshavere ikke ville kunne handle andelsbeviser til denne pris.

Det fremgår ikke af protokollatet, at bestyrelsen blev præsenteret for andet materiale. Den tidligere bestyrelsesformand K havde på bestyrelsesmøde den 17. september 2015 udtrykt ønske om, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af R, da der ville være tale om en handel mellem nærtstående parter. En sådan værdiansættelse ses ikke at være indhentet.

Salgspræsentationen og transaktionsmaterialet udgjorde således beslutningsgrundlaget for bestyrelsen. Både D og hans ægtefælle J var til stede under præsentationen og forlod først lokalet efter salgspræsentationen og bestyrelsens indledende diskussion af prisen for R.

D har således deltaget i behandlingen af købet af R, hvori han havde en særskilt økonomisk interesse, i og med han repræsenterede sælger. Som bestyrelsesmedlem for instituttet, som i denne sammenhæng er køber, burde K1 varetage instituttets interesser og vurdere, at D ikke kunne fremlægge en objektiv redegørelse for R. Det var derfor ikke tilstrækkeligt, at D forlod lokalet, da den endelige beslutning skulle tages, da han inden da havde haft mulighed for at påvirke bestyrelsens endelige beslutning. D burde således slet ikke have været til stede under bestyrelsens behandling af spørgsmålet om købet, idet dette hindrede, at bestyrelsen kunne have en fri drøftelse uafhængig af særinteresser.

Derudover burde K1 som medlem af bestyrelsen have sikret sig, at der forelå et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag til bestyrelsen uafhængigt af Ds særinteresser som sælger.

I marts 2016 meddelte Finanstilsynet påbud om, at instituttets ledelse inden erhvervelse eller påbegyndelse af nye forretningsområder og aktiviteter altid skal 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. Dette påbud er bl.a. begrundet i bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag om erhvervelse af R af I.

Et pengeinstitut skal således forinden erhvervelse eller påbegyndelse af nye aktiviteter 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. Endvidere bør det altid forinden afdækkes, hvorvidt den pågældende aktivitet lovligt kan udøves inden for de

påtænkte rammer. Bestyrelsen havde ikke foretaget en sådan grundig analyse af disse forhold.

I stedet udgjordes bestyrelsens beslutningsgrundlag alene af Ds salgspræsentation og Ds forslag til prisfastsættelse som nævnt ovenfor. D havde i sin rolle som sælger udarbejdet en præsentation over selve transaktionen, som ikke indeholdt en analyse af ovenstående. Finanstilsynet lagde på den baggrund til grund, at D, der var inhabil ved bestyrelsens behandling af erhvervelsen fra I, i høj grad havde været medvirkende til, at bestyrelsens beslutning om at erhverve R skete på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag. Hverken K1 eller den øvrige bestyrelse forholdt sig til kvaliteten af beslutningsgrundlaget, trods det forhold at D var åbenlyst inhabil i denne sag.

Finanstilsynet konstaterede efterfølgende, at erhvervelsen medførte følgende overtrædelser af den finansielle regulering:

- Konstruktionen krævede værdipapirhandelstilladelse, hvilket R ikke havde.
- § 181 i lov om finansiell virksomhed og bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner [fodnote: Bekendtgørelse nr. 904 om koncerninterne transaktioner af 1. september 2004.] var overtrådt.
- Direktionens videredelegeringsbeføjelser til R i § 70-instruksen kunne medføre outsourcing, hvilket er et bestyrelsesanliggende og skal ske i overensstemmelse med kravene hertil i outsourcingbekendtgørelsen [fodnote: Bekendtgørelse nr. 1304 om outsourcing af væsentlige aktivitetsområder af 25. november 2010.].

Instituttets tilstrækkelige bevillingsgrundlag i kreditindstillinger

Finanstilsynet meddelte påbud om, at instituttet skulle sikre tilstrækkelige og overskuelige beskrivelser af alle relevante forhold omkring ansøgernes relationer samt personlige og økonomiske forhold, således at instituttet sikrede et forsvarligt bevillingsgrundlag i alle kreditindstillinger. Instituttet skulle samtidig sikre, at beslutningsgrundlaget ved bevillinger var betryggende og i overensstemmelse med kravene i bilag 1, punkt 14, i ledelsesbekendtgørelsen.

Finanstilsynet konstaterede ved den seneste undersøgelse endnu engang mangler ved instituttets kreditgivning, og instituttet modtog derfor nye påbud på dette område, da Finanstilsynet vurderede forholdene for værende uforsvarlig kreditgivning.

Finanstilsynet vurderede, at instituttets kreditindstillinger og beskrivelser heraf i flere tilfælde på trods af påbuddet i 2015 ikke virkede betryggende. Indstillingerne og beskrivelserne virkede flere steder rodede og ustrukturerede, havde ikke tilstrækkelig beskrivelse eller analyse af vigtige økonomiske oplysninger, eller ikke var fremhævet/opstillet på en let overskuelig måde. De var samtidig vanskelige at danne sig et overblik over og var overvejende eksponeringer med ejerkredsen samt ejerkredsens netværk.

Et eksempel herpå var bevillingen til Q. Der var bevilliget et stående lån på t.kr. 4.000 med to års løbetid (til 10 pct. p.a.) til Q Denmark ApS under stiftelse.

Likviditeten skulle bruges til *"udviklingsformål i koncernen, særligt køb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor"*. Koncernen bestod af moderselskabet Q, Inc. (USA), der var noteret på Oslo Børs, og datterselskabet Q Ltd. (Malta).

Det var instituttets opfattelse, at der var tale om en investeringskredit til P mod pant i et børsnoteret udenlandsk selskab. Der skulle etableres pant i aktier for nom. t.kr. 6.000 i moderselskabet og ubegrænsede kautioner fra de to øvrige koncernselskaber. Der skulle etableres en stop-loss aftale ved 30 pct. kursfald på aktierne i forhold til kursen på etableringstidspunktet. I låneindstillingen var børsværdien af de pantsatte aktier angivet til 8 mio. kr.

Det fremgik af låneindstillingen, at *"I er i færd med en større kapitalrejsning / obligationsudstedelse, hvorfor nærværende lån er et bridgelån. B forventes at erstatte denne lånesag med et tilsvarende obligationsopkøb."* For bevillingen var det anført, at der var god sikkerhed, god økonomisk udvikling i moderselskabet, god rente på lån af en pæn størrelse og mulighed for yderligere indtjening via R's forestående transaktion. Imod bevilling var det anført, at der var tale om lidt ukendt land. Bevillingen var vedlagt seneste kvartalsregnskaber fra moderselskabet, prospekt og regnskab for 2014.

Kreditindstillingen indeholdt ikke regnskabsanalyser. I forhold til sikkerheden var der ikke analyseret på risikoen for værdien af pant i aktier i koncernen, hvis selskabet blev nødlidende, og det dermed blev nødvendigt for instituttet at realisere pantet. Tilsvarende var der ikke analyseret på risikoen ved at yde lån til et selskab i en udenlandsk koncern, som kan have en række andre bankforbindelser i andre lande. I tilfælde af at selskabet blev nødlidende, ville instituttet skulle forholde sig til en række spørgsmål på tværs af jurisdiktioner, hvilket var uden for instituttets normale virkefelt.

Bestyrelsen sås således ikke at have forholdt sig til de usikkerheder, der kunne være forbundet med ovenstående kreditgivning. Tværtimod konstateredes det, at der er tale om "lidt ukendt land", uden at dette gav anledning til at foretage yderligere analyser af forholdene. Dette på trods af, at Finanstilsynet i 2015 havde påtalt instituttets mangelfulde kreditgivning.

Et andet eksempel på bestyrelsens utilstrækkelige bevillingsgrundlag var eksponeringen mod O A/S. Ved det afsluttende møde den 15. marts 2016 anførte Finanstilsynet O A/S-eksponeringen som et eksempel på utilstrækkeligt bevillingsgrundlag. Finanstilsynet fremhævede i den forbindelse instituttets manglende risikovurdering, selvom instituttet anførte, at modellen på mange måder var uprøvet både juridisk og administrativt. Finanstilsynet anførte tillige, at der ikke forelå oplysninger om og analyse af koncernforholdene, men alene regnskabsmateriale for moderselskabet (O Group A/S), der kautionerer for en gæld på ca. 34 mio. i datterselskabet (O A/S), at det var

uklart hvilket O-selskab, der ydes lånet og som kautionerer, og at der ikke var en vurdering af, om der skulle ske konsolidering.

Det var efter Finanstilsynets opfattelse ydermere problematisk, at denne beslutning blev taget i forbindelse med et kundeforhold, som var kommet til instituttet via C, som har et kundeforhold med O A/S, og som K1 er medejer af og direktør for. Kreditbevillingen blev over for bestyrelsen præsenteret af M, der arbejder for C. Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at bestyrelsen foretog en egentlig vurdering af eventuelle habilitetsproblemer vedrørende beslutningen om eksponeringen mod O A/S. Det var Finanstilsynets vurdering, at der på baggrund af K1s forskelligartede interesser i indstillingen kunne rejses begrundet tvivl om, hvorvidt K1 ville være i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage instituttets interesser, og han som følge heraf var inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling eksponeringen mod O A/S.

Finanstilsynet har derudover på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.2 vedrørende erhvervelsen af R konstateret, at bestyrelsen fortsat ikke protokollerer i overensstemmelse med bilag 6, punkt 10, i ledelsesbekendtgørelsen.

Det fremgår således af høringssvaret:

”Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragtning”.

Finanstilsynet kan på den baggrund konstatere, at bestyrelsen på trods af tidligere påbud fortsat har store udfordringer med protokollering, selvom det er en grundlæggende del af bestyrelsesarbejdet, og at bestyrelsen i maj 2015 modtog påbud herom.

3. Det retlige grundlag

Hvervet som bestyrelsesmedlem i en finansiel virksomhed er forbundet med særligt ansvar. Det følger således af § 64 i lov om finansiel virksomhed, at medlemmer af bestyrelsen i finansielle virksomheder skal opfylde særlige krav til egnethed og hæderlighed for at kunne varetage deres hverv. Det følger af bemærkningerne [fodnote: Der henvises i afsnit 3 til de almindelige og de specielle bemærkninger til lov nr. 579 af 1. juni 2010 (lovforslag nr. L 175, 2009/1), de specielle bemærkninger til lov nr. 403 af 28. april 2014 (lovforslag nr. L119, 2013/1), og de specielle bemærkninger til lov nr. 268 af 25. marts 2014 (lovforslag nr. L133, 2013/1).] til bestemmelsen, at kravene til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed er begrundet i hensynet til den samfundsmæssige interesse i at opbygge og bevare en stabil og veldrevet finansiel sektor.

§ 64 blev nyaffattet ved lov nr. 579 af 1. juni 2010 [fodnote: Lovforslag nr. L 175, 2009/1.]. Med nyaffattelsen blev det for det første tydeliggjort, at kravene til egnethed og hæderlighed udover at være opfyldt ved indtræden i ledelsen i den finansielle virksomhed skal være opfyldt løbende under udøvelsen af stillingen. For det andet blev det fremhævet, at hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlems adfærd giver grund til at antage, at vedkommende ikke kan varetage sin stilling [fodnote: Dagældende § 64, stk. 2, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed. Det følger nu af § 64, stk. 4 i samme lov.]. Ændringen af § 64 skete som led i en generel styrkelse af Finanstilsynets tilsynsvirksomhed.

Efter lovændringen i 2010 foretager Finanstilsynet en vurdering af, om ledelsen fortsat lever op til kravene om egnethed og hæderlighed, hvis der i forbindelse med tilsynet med virksomheden er givet alvorlige påbud og påtaler, eller hvis virksomheden sidder påbud fra Finanstilsynet overhørig. Samlet medførte lovændringen og den ændrede tilsynspraksis en skærpelse af kravene til ledelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed, idet Finanstilsynets mulighed for indgriben blev lempet overfor ledelsesmedlemmer, hvis adfærd giver grund til at antage, at den pågældende ikke kan varetage den konkrete stilling i den finansielle virksomhed.

§ 64 i lov om finansiell virksomhed skal således ses i nær sammenhæng med tilsynsbestemmelsen i § 351 i lov om finansiell virksomhed, som giver Finanstilsynet mulighed for at gribe ind overfor ledelsespersoner i en finansiell virksomhed, som ikke længere lever op til kravene i § 64.

Krav til bestyrelsesmedlemmers adfærd

Det fremgår af § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed, at et medlem af bestyrelsen i en finansiell virksomhed ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde.

Det betyder, at Finanstilsynet kan gribe ind over for et bestyrelsesmedlem, hvis den pågældende har udvist eller udviser en adfærd, som giver grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage stillingen på forsvarlig måde. Efter bemærkningerne til bestemmelsen, anvendes den bl.a. i den situation, hvor et bestyrelsesmedlem har en sådan uorden i sin privatøkonomi, at dette forhold må anses for særdeles belastende for varetagelsen af bestyrelseshvervet, eller i situationer hvor et bestyrelsesmedlem i gentagne tilfælde har været en del af ledelsen i virksomheder, der er gået konkurs. Andre eksempler kan være åbenbare ledelsessvigt, manglende overholdelse af påbud fra en offentlig myndighed eller grovere misbrugssituationer.

Finanstilsynet skal løbende vurdere, om ledelsen af en finansiell virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis eller regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Det betyder, at Fi-

nanstilsynet skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedernes ledelse lever op til kravet i § 64, stk. 3, nr. 4, hvis Finanstilsynet i forbindelse med en undersøgelse bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde.

Hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor

Som anført ovenfor blev § 64 revideret ved lov nr. 579 af 1. juni 2010. Ifølge den dagældende § 64, stk. 2, nr. 4, skal hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor inddrages i vurderingen af, om et ledelsesmedlems adfærd giver grund til at antage, at vedkommende ikke kan varetage sin stilling. Den subjektive vurdering af bestyrelsesmedlemmets adfærd skal således suppleres af denne betragtning, når proportionaliteten i et konkret indgreb overfor bestyrelsesmedlemmet skal vurderes. I de oprindelige bemærkninger [fodnote: Lov nr. 579 af 1. juni 2010 (lovforslag nr. L 175, 2009/1).] er det som eksempel anført, at indgreb overfor et ledelsesmedlem skal kunne ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sit kendskab til markedsforholdene og den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, med mindre der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift. Inddragelse af tilladelse til drift af finansiell virksomhed kan ske som følge af grove eller gentagne overtrædelser af bl.a. lov om finansiell virksomhed eller regler udstedt i medfør af denne, jf. § 224 i lov om finansiell virksomhed.

§ 64, stk. 4, i lov om finansiell virksomhed, hvorefter Finanstilsynet ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen lever op til kravene skal lægge vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, blev indsat ved lov nr. 403 af 28. april 2014. Det fremgår af bemærkningerne [fodnote: Lovforslag nr. L 119, 2013/1], at tillidshensynet i § 64, stk. 4, er begrundet i, at svigt fra ledelsens side i en finansiell virksomhed har en afsmitende effekt på den finansielle sektors omdømme og derfor også på samfundets tillid til sektoren. Det følger videre, at dette gør sig gældende uanset størrelsen af den finansielle virksomhed. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, der alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.

Påbud om afsættelse

Finanstilsynet kan i henhold til § 351, stk. 2, i lov om finansiell virksomhed, påbyde et medlem af bestyrelsen i en finansiell virksomhed at nedlægge sit hverv i den finansielle virksomhed indenfor en af Finanstilsynet fastsat frist, hvis den pågældende efter § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiell virksomhed, har udvist en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig måde.

Finanstilsynet skal i henhold til § 351, stk. 6, i lov om finansiell virksomhed, fastsætte varigheden af påbuddet.

4. Høring

Finanstilsynet sendte den 18. marts 2016 udkast til afgørelse i høring hos bestyrelsesmedlemmet.

Finanstilsynet modtog den 8. april 2016 høringssvar fra advokat A, der repræsenterer bestyrelsesmedlemmet. Høringssvar vedlægges som bilag

Høringssvaret har givet anledning til en ændring af afgørelsens opbygning. Sagsfremstillingen (afsnit 2) indeholder en beskrivelse af de faktuelle forhold, som tidligere har været i høring i instituttet, dels i forbindelse med undersøgelsen i starten af 2015 og dels i forbindelse med den seneste undersøgelse. Sagsfremstillingens afsnit 2.2 indeholder således en gengivelse af de forhold, som er konstateret i forbindelse med den seneste undersøgelse af instituttet, og som instituttet er blevet hørt om på afsluttende møde i marts 2016. Det er på baggrund af disse forhold, at Finanstilsynet har foretaget en vurdering af K1s adfærd jf. § 64, stk.3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed

Høringssvaret har derudover givet anledning til præciseringer i afsnit 2 "Sagsfremstilling" og afsnit 5 "Vurdering". Høringssvaret har endvidere givet anledning til nedenstående bemærkninger, som bl.a. udgør Finanstilsynets bemærkninger til de allerede givne påbud. De anførte punkter refererer til høringssvaret, hvoraf de i afsnit 4 citerede tekster fremgår.

4.1. Høringssvaret

Pkt. 2.1 Bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent

"Finanstilsynet tilkendegiver i Udkastet, at bestyrelsen ved at lade M deltage i bestyrelsesmøder som konsulent har overtrådt lov om finansiel virksomhed (herefter FIL) § 117 samt ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 [fodnote: BEK nr. 1321 af 25. november 2015].

Ved høringssvar af 29. februar 2016 underskrevet af advokat Jacob S. Arrevad vedrørende udkast til politianmeldelse for overtrædelse af FIL § 117 (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385) beskrives udførligt hensynene bag anvendelse af eksterne konsulenter i B, hvorfor der i det hele henvises hertil (se bilag ...).

Derudover henvises der i det hele til professor, dr.jur. Ts notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed, der er udarbejdet for W (se bilag ...), idet det bemærkes, at det er Ts vurdering, at bestemmelsen i FIL § 117 ikke generelt er til hinder for, at M deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Ms virke som konsulent for B.

Det skal i øvrigt bemærkes, at B aktivt har forsøgt at få en forståelse af Finanstilsynets holdning til FIL § 117 ved telefonisk at have været i kontakt med U, Finanstilsynet, den 26. januar 2016. Svaret på henvendelse var imidlertid, at det var en lang og akademisk diskussion, og at Finanstilsynet i øvrigt ikke ønskede at gå dybere ned i emnet."

Høringssvarets pkt. 2.1 har givet anledning til præcisering af sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives. Påbuddet blev meddelt på baggrund af bestyrelsens fortsatte anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder. Finanstilsynet har redegjort for baggrunden for påbuddet i nedenstående afsnit, hvor Finanstilsynets bemærkninger til ovenstående høringssvar fremgår.

Retligt grundlag for påbuddet

Ledelsesbekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i bl.a. § 70, stk. 2, og § 71, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed. § 70 indeholder de grundlæggende krav til bestyrelsens opgaver i forbindelse med den overordnede ledelse af en finansiel virksomhed og varetagelsen af dennes tilsynsfunktion. § 71 indeholder krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring og fastlægger de overordnede krav til bl.a. virksomhedens organisation, procedurer og ressourcer. Det overordnede formål med ledelsesbekendtgørelsen er, at kravene til finansielle virksomheders ledelse og styring skal understøtte en betryggende drift af disse virksomheder. Bekendtgørelsen udmønter således de overordnede krav i bl.a. §§ 70 og 71. De nærmere krav til virksomhederne er beskrevet i bilag 1-7 i bekendtgørelsen.

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 finansiel virksomhed. § 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiel virksomhed.

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

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 angivne punkter på dagsorden. Det følger af nr. 9, 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 finansiel virksomhed. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i instituttets 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 Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende i relation til instituttet og i flere tilfælde indebærer en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet har ved påbuddet lagt vægt på, at instituttet i maj 2015 blev meddelt påbud om at sikre, at muligheden for brug af eksterne rådgivere blev indsnævret i forretningsordenen, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger, og at M på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på alle bestyrelsesmøder, 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. I påbuddet er det ikke tillagt vægt, hvilken betegnelse M havde. Det har således været uden betydning for Finanstilsynets påbud, hvorvidt M har deltaget i bestyrelsesmøderne som rådgiver, konsulent eller observatør, da det afgørende er, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne må anses for uvedkommende for instituttet. Instituttet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra 2015 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne.

Der er i høringssvaret henvist til to bilag (høringssvarets bilag ... og ...), der begge forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilagene er udarbejdet under den forudsætning, at der foreligger en ansættelsesaftale mellem M og instituttet, og at M dermed kan betragtes som ansat af instituttet, jf. henvisningen i bilag ... til ansættelsesaftale dateret den 9. december 2015. Finanstilsynet har trods anmodning ikke tidligere modtaget en ansættelsesaftale og bemærker, at det af høringssvarets bilag ... fremgår, at M ikke er ansat i instituttet, idet han bistår bestyrelsen som en midlertidig foranstaltning.

Finanstilsynet bemærker, at uanset om der måtte foreligge en ansættelsesaftale af 9. december 2015 mellem M og instituttet, har M deltaget uden en ansættelsesaftale og et egentligt opdrag ved bestyrelsesmøderne den 12. og 26. november 2015.

Det er i denne sammenhæng Finanstilsynets vurdering, at en aftale, der giver en rådgiver mulighed for fast at deltage under alle punkter på bestyrel-

sesmøder, udover at stride mod ledelsesbekendtgørelsen, vil stride mod instituttets egen forretningsorden.

Endvidere bemærkes det, at Finanstilsynet ikke er bekendt med, at instituttet har rettet henvendelse til Finanstilsynet vedrørende fortolkningen af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet kan oplyse, at M har rettet henvendelse til Finanstilsynet desangående, men at Finanstilsynet med henvisning til sin tavshedspligt afslog at drøfte fortrolige forhold vedrørende instituttet med denne.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet 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, jf. § 117 i lov om finansiel virksomhed, og at dette forhold skal indgå i vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.1.1 Mundtlig tilkendegivelse fra tidligere bestyrelsesformand

"Finanstilsynet gør i Udkastet gældende, at tidligere bestyrelsesformand i B, K, mundtligt over for Finanstilsynet har tilkendegivet, at en af årsagerne til hans udtræden af bestyrelsen i utide, var, at han var uenig i tilstedeværelsen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne."

Finanstilsynet har udeladt afsnittet indeholdende tidligere bestyrelsesformand Ks tilkendegivelser, da Finanstilsynet ikke har tillagt tilkendegivelserne vægt ved vurderingen af bestyrelsesmedlemmets adfærd, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Pkt. 2.2.1 Valget af D som bestyrelsesformand

"Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 12. november 2015, at D i forbindelse med konstitueringen som formand "udtrykte håb om, at han ikke ville blive betragtet for inhabil i alt for mange tilfælde". Udtalelsen relaterede sig til, at V tidligere i 2015 indgik aftale om henvisningsprovision, når kunder blev henvist fra V til B."

Det er ligeledes refereret fra bestyrelsesmødet den 12. november 2015, at "der var enighed om, at D ikke ville være inhabil, blot fordi I havde henvist en kunde til B, og denne kundes forhold skulle behandles af den ene eller anden grund. Bestyrelsen lagde netop vægt på at få tilført kompetencer og viden. HO tilføjede, at der naturligvis forsat kunne blive tale om inhabilitet, men at der skulle tages stilling i hver konkret situation, der måtte opstå."

Af bestyrelsesprotokollatet fra 17. december 2015 fremgår det, at "KEH oplyste desuden om, at en tidligere indgået henvisningsaftale med I ville blive afregnet for henvisninger modtaget i indeværende år. Aftalen om henvisningsprovision ville ikke blive fornyet efter årsskiftet, idet D nu var trådt ind i bestyrelsen, og ikke potentielt ønskede at være inhabil i lånebehandlingerne på grund af henvisningsprovision"

Det skal i den forbindelse understreges, at der efter Ds indtræden i bestyrelsen ikke er blevet behandlet kreditindstillinger i bestyrelsen, som V fik henvisningsprovision for.

Det gøres gældende, at Finanstilsynet ikke i Udkastet har foretaget en konkret vurdering af Ds "mange forskelligartede særinteresser". Der gøres blot en bemærkning om, at de foreligger. B mener, at Finanstilsynet ikke uden en konkret vurdering kan fastslå, om og i givet fald hvilke særinteresser D har. Der er således tale om en ikke-underbygget påstand, som ikke bør tillægges vægt ved Finanstilsynets afgørelse.

Endvidere tager Finanstilsynet ikke stilling til, om Ds påståede særlige interesser er væsentlige og stridende mod Bs interesser, hvilket er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88. I øvrigt ses dansk ret ikke at stille særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet, der rækker ud over kravene til de almindelige bestyrelsesmedlemmer.

Finanstilsynet har endvidere selv konstateret, at der ikke har vist sig at være et reelt problem, idet bestyrelsen ikke har anset D for at være inhabil i et omfattende antal tilfælde, og idet Finanstilsynet så vidt ses heller ikke har kunnet påvise et omfattende antal situationer, hvor formanden har været inhabil. Der henvises i denne forbindelse til side 7 i professor, dr.jur. Ts notat om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i FIL, der er udarbejdet for W (se bilag ...) (herefter benævnt Inhabilitetsnotatet).

Det ovenfor refererede fra bestyrelsesprotokollaterne vidner netop om, at bestyrelsen har identificeret og taget stilling til habilitetsproblematikken samt handlet ud fra den konkrete udfordring med fremtidig risiko for inhabilitet ved ikke at forny henvisningsaftalen med V. På det grundlag har bestyrelsen truffet passende foranstaltninger mod potentiel inhabilitet."

Finanstilsynet er enig i, at D ikke kan anses for generelt inhabil i bestyrelsesarbejdet, og at der ikke i dansk ret stilles særlige krav til en bestyrelsesformands habilitet. Finanstilsynet har på baggrund af pkt. 2.2.1 i høringssvaret valgt at beskrive de tilfælde, hvor der forelå inhabilitet i forbindelse med beskrivelsen af de meddelte påbud under afsnit 2 i sagsfremstillingen.

Pkt. 2.2.2 Overtagelse af R

"Det skal oplyses, at R er en hjemmeside, hvor købs- og salgsinteresser for handel med noterede værdipapirer opslås. Handlen med noterede værdipapirer sker nu i B, efter at B den 1. februar 2016 overtog aktiviteterne tilknyttet R fra R.

Siden sommeren 2015 har der været drøftelser uden for bestyrelsesmøderne vedrørende, om det kunne være hensigtsmæssigt at sammenlægge

aktiviteterne i R med B, såfremt Finanstilsynet fastholdt, at denne aktivitet krævede tilladelse som værdipapirhandler.

Finanstilsynet har i øvrigt siden 2011, hvor D overtog aktiviteterne forbundet med R, flere gange været opmærksom på aktiviteterne, blandt andet gennem undersøgelser af X samt Y. Ingen af disse undersøgelser har imidlertid foranlediget Finanstilsynet til at vurdere aktiviteterne som en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed med baggrund i, at aktiviteterne krævede tilladelse som værdipapirhandler eller tilsvarende.

Bestyrelsen fandt det på bestyrelsesmødet den 26. november passende at få en præsentation af R, herunder vilkårene for overtagelsen. Det er almindelig praksis og i overensstemmelse med selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at køber og sælger mødes for at høre hinandens holdninger, herunder at relevant materiale fremlægges og vilkårene for transaktionen drøftes. Bestyrelsen lagde stor vægt på, at såvel D som J og senere G forlod bestyrelsesmødet, når de egentlige drøftelser vedrørende købet af R fandt sted. Bestyrelsens ageren skete således inden for rammerne af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, der tillader, at et inhabilt bestyrelsesmedlem redegør for det pågældende emne. [fodnote: Jf. side 8 i Inhabilitetsnotatet.] B mener således, at Finanstilsynets påstand om inhabilitet fsva. dette forhold hviler på en ukorrekt anvendelse af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Beslutningen om at overtage R blev ikke udelukkende truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet fremlagte præsentationsmateriale, som det ellers fremgår af Udkastet. Bestyrelsen, i denne sammenhæng primært repræsenteret ved bestyrelsesmedlem og K3, har således haft indgående korrespondance med sælger, herunder sælgers advokat, Z, og sælgers revisor, Æ om relevante poster i præsentationsmaterialet, Rs budget og balance samt virksomhedsoverdragelsesaftalen med bilag. I forbindelse med denne korrespondance blev der stillet – og svaret på – uddybende spørgsmål vedrørende de udvalgte poster og foretaget yderligere undersøgelser.

Det skal understreges, at D langt fra fik den pris for R, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter at han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser, og bestyrelsen havde mulighed for at drøfte sagen, så længe de ønskede.

Det gøres gældende af Finanstilsynet i Udkastet, at K ønskede, at revisionen skulle foretage en værdiansættelse af R. Dette fremgår imidlertid ikke af bestyrelsesprotokollatet den 17. september 2015, idet følgende er ført til protokol:

"Bs retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og I overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion

og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsens drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EUR og bytteforholdet mellem B og I. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalg til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusion, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tankerne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til vedtægterne. I var som udgangspunkt ikke en reguleret virksomhed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte R."

Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem hele I og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. R er imidlertid en overordentlig beskeden del af I og beskæftiger ikke engang ét årsværk [fodnote: Hvilket illustreres ved det faktum, at R fra den 30. november 2015 til den 1. februar 2016 (hvor R på daværende tidspunkt lå i R) alene har foretaget i alt 36 handler i forskellige unoterede værdipapirer, hvilket har genereret indtægter i form af kurtage på i alt kr. 75.736,42 jf. bilag til e-mail af 22. februar 2016.]. I forbindelse med overtagelsen af R overtog B godt nok to medarbejdere, men selve aktiviteterne relateret til R har alene udgjort et halvt årsværk.

Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af købsprisen for R, blev købsprisen afhængig af Rs fremtidige performance – den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle værdien af R. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der alle var enige i, at R var en god forretningsmulighed, som var blevet forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. På baggrund af disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke var nødvendig.

Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragtning. Det gøres hertil gældende, at der ikke ses at være nogen revisionsmæssige bemærkninger til

værdiansættelsen af R i den efterfølgende grundige revision af Bs årsrapport for 2015.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.2 valgt at beskrive påbuddet vedrørende instituttets køb af R, herunder inhabilitet, samlet, hvorfor der henvises til bemærkningerne til høringssvarets pkt. 2.4. Tilsvarende har høringssvaret ført til, at forholdet er beskrevet samlet under sagsfremstillingen i afsnit 2.

Finanstilsynet bemærker herudover, at der er flere oplysninger i ovenstående høringssvar, som omhandler Ds forhold som ejer af I og Finanstilsynet. Finanstilsynet er underlagt tavshedspligt, jf. § 354 i lov om finansiel virksomhed, og kan derfor ikke kommentere på denne del af høringssvaret i K1s afgørelse.

Pkt. 2.2.3 Behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer

”Finanstilsynet anfører med henvisning til påbuddet af maj 2015, at bestyrelsens behandling af kreditindstillinger vedrørende bestyrelsesmedlemmer fortsat er utilstrækkelig, hvilket begrundes i, at bestyrelsesmedlemmer har fået tilsendt materiale vedrørende kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse.

Det er korrekt, som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, at bestyrelsesmedlemmer, der i det konkrete tilfælde var inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditindstillinger, hvori de selv havde en interesse, fik adgang til sådanne kreditindstillinger, som forud for mødet blev gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale på Bs it-portal for bestyrelsen (Admincontrol).

Ved f.eks. bestyrelsesmødet den 26. november 2015 er kreditindstillinger vedr. G, D og J og N gjort tilgængelige for samtlige bestyrelsesmedlemmer sammen med alt øvrigt bestyrelsesmateriale.

Det er Bs opfattelse, at der ikke er lovgivningsmæssige eller andre hindringer for, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer forevises deres egne kreditindstillinger, hvilket efter B erfaring også er praksis hos andre andelskasser og banker, og hvilket underbygges af Inhabilitetsnotatet. Afgørende er det alene, at det berørte bestyrelsesmedlem ikke involveres i beslutningsprocessen for bevillingen af den kredit, hvori det pågældende bestyrelsesmedlem har en interesse.

Der henvises i denne forbindelse til Inhabilitetsnotatet idet det bemærkes, at det er Ts vurdering, at selskabslovens § 131, jf. FIL § 88 ikke er til hinder for, at et bestyrelsesmedlem orienteres om den øvrige bestyrelses behandling af et spørgsmål, som medlemmet ikke må deltage i behandlingen af på grund af inhabilitet.

Det er i den forbindelse afgørende at slå fast, at fremsendelse af bestyrelsesmateriale ikke har medført, at de berørte bestyrelsesmedlemmer blev involveret i beslutningsprocessen, eller at de har haft nogen form for indvirkning på den øvrige bestyrelses vurdering af kreditindstillingerne.”

Høringssvarets pkt. 2.2.3 relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning. Påbuddet blev meddelt som følge af, at Finanstilsynet har kunnet konstatere, at bestyrelsesmedlemmer i flere tilfælde har modtaget egne kreditsager til orientering forud for bestyrelsesmøderne, jf. sagsfremstillingen under afsnit 2. Instituttet modtog i maj 2015 et lignende påbud.

Retligt grundlag for påbuddet

§ 131 i selskabsloven finder anvendelse på andelskasser, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, og har følgende ordlyd:

”§ 131. Et medlem af ledelsen må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem kapitalselskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem kapitalselskabet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis vedkommende har en væsentlig interesse deri, der kan være stridende mod kapitalselskabets.”

Bestemmelsen er en videreførelse af § 58 i aktieselskabsloven. Det følger af bemærkningerne til selskabsloven [Lov nr. 470 af 12. juni 2009 (lovforslag nr. L 170, 2008/1).], at bestemmelsen ikke alene forbyder et medlem af ledelsen at deltage i afstemningen i de omhandlede tilfælde af interessekonflikter mellem den pågældende og kapitalselskabet, men overhovedet at deltage i behandlingen. Det følger videre af forarbejderne, at det forhold, at det inhabile medlem ikke kan deltage i behandlingen af et bestemt emne, ikke hindrer, de øvrige bestyrelsesmedlemmer i at bede den pågældende medlem om en redegørelse for emnet.

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

”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.”

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (nu Erhvervsstyrelsen) har i notat af 16. februar 1996 [fodnote: ¹ Gengivet i Erhvervsankenævnets kendelse nr. 96-76.437 af 11. februar 1997.] om habilitetsreglen i § 58 vedrørende fortolkning af ”væsentlig interesse” anført følgende:

”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 modselskabets interesse, jf. bestemmelsens formulering "kan være stridende". Det vil derfor være uden betydning, om man kan 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”

Herudover følger det af bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen, jf. § 78 i lov om finansiel virksomhed, vedrørende bevilling af eksponering mod bestyrelsesmedlemmer:

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

Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet

Finanstilsynet gentog ved det afsluttende møde i marts 2016 påbuddet om at sikre, at personer i instituttet, 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, jf. bilag 6, punkt 13, i ledelsesbekendtgørelsen og § 131 i selskabsloven, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. Indholdet af påbuddet svarer endvidere til § 13, stk. 5, i instituttets egne vedtægter, der anfører, at behandling af sager, der vedrører et bestyrelsesmedlem eller dennes pårørende, sker uden bestyrelsesmedlemmets tilstedeværelse, og punkt 1.2.7 i instituttets forretningsorden.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet vurderet, at deltagelse i en sags behandling ikke kan afgrænses til deltagelse på bestyrelsesmøde eller i selve beslutningen.

Det er et grundlæggende princip for god selskabsledelse, at bestyrelsen kan handle uafhængigt af væsentlige særinteresser. Det er således essentielt for en bestyrelse, at inhabile bestyrelsesmedlemmer, som har en væsentlig særinteresse, ikke deltager i afstemning eller i øvrigt medvirker ved sagens behandling, hvor den pågældende kan påvirke bestyrelsens beslutning. Et inhabilt bestyrelsesmedlem skal således forlade lokalet under hele bestyrelsens behandling af og afstemning om sagen. Bestyrelsesmedlemmet anses bl.a. for inhabilt, når bestyrelsesmedlemmet selv eller ægtefællen har en særlig økonomisk interesse i sagens udfald, eller personen deltager i ledelsen af eller i øvrigt har en nær tilknytning til en anden juridisk person med en særlig interesse i sagens udfald.

Finanstilsynet finder, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem gennem bestyrelsesarbejdet får kendskab til sin egen kreditindstilling, udgør et habilitetsproblem. En kreditindstilling indeholder skøn, subjektive vurderinger m.v. og oplysninger om personlige forhold. Formålet med at afskære et inhabilt bestyrelsesmedlem fra at deltage i behandlingen af egne kreditindstillinger er at sikre, at den pågældende ikke er i stand til at udøve en sådan indflydelse på de øvrige medlemmer, at det forhold, at den pågældende ikke kan deltage i afstemningen, alene bliver en formalitet. Den ansatte i instituttet, der udarbejder kreditindstillingen, kan også være påvirket af, at det bestyrelsesmedlem, som kreditindstillingen vedrører, modtager kreditindstillingen. Der er dermed risiko for, at behandlingen af sagen/kreditindstillingen er mindre kritisk.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at ”almindelige kunder” heller ikke får tilsendt instituttets kreditindstillinger, hvorfor det formodes, at der ikke er

tale om en almindelig orientering om kreditbehandling, som der henvises til både i høringssvaret og dets bilag 3.

Finanstilsynet har ved meddelelsen af påbuddet lagt vægt på, at det forhold, at et bestyrelsesmedlem får oplysning om instituttets interne skøn, vurderinger m.v. samt eventuelle efterfølgende mails indeholdende drøftelser om bevillingen, medfører en risiko for, at medlemmet kan påvirke de øvrige bestyrelsesmedlemmer og derved behandlingen af sagen, når bestyrelsesmedlemmet er bekendt med instituttets anbefalinger. Det følger således af forarbejderne til den tidligere gældende § 58 i aktieselskabsloven, 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, dvs. bestyrelsesmedlemmets rum for deltagelse i behandlingen af sin egen kreditsag eller kreditsager, hvori bestyrelsesmedlemmet har en betydelig ejerandel i det selskab, der skal indgås en aftale med, skal fortolkes snævert. På den baggrund er det Finanstilsynets vurdering, at der ikke er tale om en orienteringssag.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet om at sikre, at inhabile bestyrelsesmedlemmer og personer i instituttet ikke er til stede ved bestyrelsens behandling af den pågældende sag eller på anden måde har mulighed for at påvirke bestyrelsens beslutning.

Pkt. 2.2.4 Behandling af låneindstilling for O

”Finanstilsynet tilkendegiver, at K1 er inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af O som følge af, at O er kunde hos C og ligeledes indgår i et kundeforhold med B, hvorved K1 skulle have haft en særskilt økonomisk interesse i sagen.

Købet af fordringerne fra O-gruppen er, som Finanstilsynet korrekt anfører, kommet i stand som følge af, at M og K1 har opnået forbindelse til O via C-gruppen.

Det er korrekt, at der ikke blev taget stilling til, hvorvidt M kunne fremlægge sagen. Dette anså alle for at være helt naturligt og fornuftigt, da han havde kontakten med og viden om O og derfor indgående kunne gøre rede for sagen. M er i sin egenskab af konsulent ikke omfattet af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til K1s mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C' kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B.

Det er afgørende at fastslå, at C ikke ville nyde økonomisk gavn af, at O solgte sine fordringer til B frem for til nogen af O's eksisterende samarbejdspartnere, Ø og et jysk selskab med likviditetsoverskud, idet C alene opnår indtjening i form af et betalingsgebyr, når betalingerne af for-

dringerne gennemføres, uanset hvem der ejer fordringerne på betalings-tidspunktet.

Under alle omstændigheder var C' økonomisk interesse i O's salg af fordringer ganske lille. Dette kan i det konkrete tilfælde illustreres med følgende udregningseksempel:

Hvis en erhverver køber fordringer fra O for kr. 10 mio., vil O have mulighed for at udlåne yderligere kr. 10 mio. til nye kunder. Ud af et udlån på kr. 10 mio. vil statistisk set ca. 70 pct. af debitorerne betale penge tilbage via kreditkort (C). De resterende tilbagebetalinger vil normalt ske som almindelige bankoverførsler. Debitorernes tilbagebetaling af kr. 7 mio. (dette skal kontraktmæssigt ske over 2 år) vil indbringe C gebyrer på maksimalt kr. 70.000, idet O betaler 1 pct. af overførselssummen i gebyr til C.

Set fra Bs synspunkt vil køb af ovennævnte fordringer for kr. 10 mio. indbringe kr. 1,1 mio. i rentemarginal over 2 år, og selv henset til, at K1s procentuelle andel af B kun er halvt så stor som hans andel af C, så har K1 ud fra en økonomisk kalkule en væsentligt større interesse i Bs økonomiske interesse i denne sag.

Det kan således konkluderes, at K1 ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af O, der var stridende mod Bs interesser, hvilket som nævnt er nødvendigt for at statuere inhabilitet, jf. selskabslovens § 131, jf. FIL § 88.

Det gøres yderligere gældende, at D og G ikke har haft nogen "særskilt interesse" i kreditbevillingen, idet denne creditsag er kommet til B via M. Den er derfor ikke omfattet af provisionsaftalen mellem B og V.

Det følger således, at Os kreditbevilling ikke resulterer i, at der skal betales henvisningsprovision til V, da O netop ikke er blevet henvist fra V. Hverken D eller G var derfor inhabile i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditbevilling til O, da de ligeledes ikke havde nogen væsentlig interesse i bestyrelsens behandling af O, der var stridende mod Bs interesser."

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvarets pkt. 2.2.4 valgt at præcisere sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2.

For så vidt angår vurderingen af, om K1 var inhabil i forbindelse med bestyrelsens behandling af O-indstillingen, er det Finanstilsynets vurdering, at K1 havde en væsentlig interesse i udfaldet af bestyrelsens beslutning, som kunne være stridende mod instituttets interesser, hvorfor han i medfør af selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, ikke måtte deltage under sagens behandling.

Selskabsloven § 131 angiver ikke, hvornår der foreligger en væsentlig interesse, og enhver interesse medfører ikke nødvendigvis inhabilitet.

Der skal 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 virksomhedens interesser. Bestemmelsen er udtryk for grundlæggende god selskabsledelse og har til formål at hindre forfølgelse af særinteresser, som kan være i modstrid med virksomhedens.

Finanstilsynet har ved vurderingen af K1s habilitet i forbindelse med bestyrelsens beslutning om købet af O A/S' fordringer lagt til grund, at punktet blev sat på bestyrelsens dagsorden 14 dage efter K1s indtræden i bestyrelsen på foranledning af K1 og General Counsel i C. M. M præsenterede indstillingen for bestyrelsen, herunder O A/S' koncept for fakturahåndtering, som bestod i rentefri kredit til kunder, der handlede på internettet for beløb op til 4000 kr. M oplyste i den forbindelse, at O A/S var en stor kunde hos C, jf. protokollat fra bestyrelsesmøde af 26. november 2015 (bilag ...).

Det er i høringssvaret anført, at C' økonomiske interesse i O A/S' salg af fordringer var ganske lille, hvilket er illustreret ved et regneeksempel. Dette står i kontrast til Ms oplysning på bestyrelsesmødet om, at O A/S var en stor kunde hos C. Finanstilsynet bemærker i den forbindelse, at regneeksemplet ikke er dokumenteret.

Høringssvaret indeholder herudover en beregning af instituttets fortjeneste, idet det i den forbindelse er anført, at instituttets fortjeneste ville være højere end C' og derved K1s potentielle fortjeneste. Finanstilsynet bemærker, at beregningen af instituttets potentielle fortjeneste ikke forelå på tidspunktet for bestyrelsens beslutning om godkendelse af indstillingen, jf. sagsfremstillingen i afsnit 2 om bestyrelsens utilstrækkelige bevillingsgrundlag for O-eksponeringen. I relation til vurderingen af habilitet er det imidlertid uden betydning, at det muligt inhabile medlem selv vurderer, at den potentielle fortjeneste for virksomheden er større end sin egen potentielle fortjeneste eller den potentielle fortjeneste for den virksomhed, man er direktør for.

Inhabilitet er således ikke betinget af, at der konkret kan påvises en modstridende interesse, og at denne interesse er af økonomisk værdi. Det er tilstrækkeligt, at der består en mulighed for, at interessen strider mod virksomhedens interesse, jf. bestemmelsens formulering "kan være stridende". Det er endvidere uden betydning, om man kan have tillid til, at den pågældende er i stand til at undlade at varetage modstående interesser ved udøvelsen af sit ledelseshverv.

På baggrund af det samlede forløb i forbindelse med bestyrelsens behandling af O-indstillingen var det Finanstilsynets vurdering, at der var begrundet tvivl om, hvorvidt K1 var i stand til fuldstændigt og loyalt at varetage instituttets interesser, og at han var inhabil under behandlingen af indstillingen i sin helhed. Det kan efter Finanstilsynets vurdering ikke tillægges betydning i relation til habilitetsvurderingen, hvorvidt O A/S kunne have lagt sine forretninger hos en anden bankforbindelse, da habilitetsvurderingen skal ske på baggrund af K1 forhold.

Det fremgår endvidere af høringssvaret, at K1 ikke var inhabil, idet kreditbevillingen blev forelagt bestyrelsen af M. Da habilitetsvurderingen som anført oven for skal ske på baggrund af K1s forhold, er dette forhold uden betydning. Finanstilsynet bemærker, at netop denne sammenblanding af personlig tilknytning til selskaber og de kunder, der ydes lån til, er problematisk i forhold til habilitet.

Finanstilsynet fastholder endvidere, at de øvrige bestyrelsesmedlemmers vurdering af K1s habilitet blev foretaget på et utilstrækkeligt grundlag. Efter Finanstilsynets opfattelse udgjorde det ikke en tilstrækkelig vurdering af K1s habilitet, at bestyrelsen forholdt sig til, at det var i både instituttets og O A/S' interesse at opnå størst mulig merudlån.

Det fremgår af høringssvaret at: *”Det er også korrekt, at der ikke blev taget stilling til K1s mulige inhabilitet. Når dette ikke er sket, er det fordi alle involverede anså det for naturligt, at B udnyttede C’ kontakt til potentielle kunder til at skabe ansvarligt merudlån i B.”* En sådan grundlæggende præmis om, at instituttet og de virksomheder, som bestyrelsens medlemmer har bragt ind som kunder i instituttet, altid har sammenfaldende interesser i form af merudlån, strider efter Finanstilsynets vurdering mod bestyrelsens generelle forpligtelse til at påse, om der foreligger inhabilitet.

De øvrige bestyrelsesmedlemmer burde således konkret have overvejet K1s interesse i indstillingen, særligt henset til at indstillingen blev præsenteret af en ansat i den virksomhed, som K1 til daglig er direktør for og medejer af. Bestyrelsesmedlemmerne burde endvidere have overvejet, om denne form for merudlån var i instituttets interesse, herunder om det lå inden for instituttets forretningsmodel, og om instituttet i så fald havde de fornødne kompetencer. Uden en sådan grundig gennemgang af kundeforholdets betydning for instituttet, kan bestyrelsen ikke vurdere det enkelte bestyrelsesmedlems mulige habilitetsproblemer, idet eventuelle modstridende interesser ikke bliver blotlagt.

Pkt. 2.2.5 Kreditindstilling vedrørende Q Denmark

”Q Denmark blev formidlet til B af M. Kreditbevillingen til Q Denmark blev således ikke omfattet af den overordnede provisionsaftale mellem V og B, eftersom sagen netop ikke blev henvist fra V. Dermed medførte kreditbevillingen til Q Denmark ikke, at der blev betalt henvisningsprovision til V fra B.

På dette grundlag gøres det gældende, at hverken D eller G gennem deres tilknytning til V på nogen måde har haft en “særskilt økonomisk interesse” i kreditbevillingen til Q Denmark. D og G var derfor ikke inhabile i forbindelse med behandlingen af kreditbevillingen til Q Denmark.

Det bør nævnes, at Finanstilsynet i Udkastet på ingen måde har underbygget deres argumentation for vurderingen af D og Gs anførte inhabilitet i denne sag. Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til

det anvendte retsgrundlag. Dette er ikke tilfældet her, hvor der synes at foreligge en retlig mangel, jf. forvaltningslovens § 24.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringsvaret valgt at behandle kreditbevillingen af P i et samlet afsnit, hvorfor der henvises til pkt. 2.5. Finanstilsynet har derudover valgt at udelade afsnittet vedrørende G og Ds habilitet i forbindelse med P-bevillingen.

Pkt. 2.3 Bestyrelsens samlede viden og erfaring

”Det er korrekt, at der har været den af Finanstilsynet anførte udskiftning i Bs ledelse.

Bs tidligere direktør, Å, ophørte i februar 2014 med sit virke i B, efter at han blev bortvist af den daværende bestyrelse. Det var denne direktør, der ud over at foretage en række uretmæssige udlån blandt andet også lod B gennemføre lånefinansierede køb af andelsbeviser i B samt tillod manglende forretningsgange og mangelfulde bestyrelsesprotokollater. Å skrev under på bortvisningen uden indsigelser og erkendte derved rigtigheden af de beskrevne forhold, samt at han havde været ansvarlig herfor. Efterfølgende udbetalte ledelsesforsikringen som følge af Ås culpøse handlinger kr. 1,8 mio. til B. Bestyrelsen vurderer, at dette var en helt korrekt håndtering af sagen af den daværende bestyrelse.

Da B herefter stod uden direktør, udnævntes først AA midlertidigt til ny direktør. AA var egentlig gået på pension, men indvilgede grundet sagens hastende karakter i at beklæde direktørposten indtil den rigtige person var fundet. Herefter blev AB udnævnt som direktør. Han viste sig dog på trods af en indgående ansættelsesproces ikke at passe ind i den strategi, som de nye investorer havde lagt for B.

Siden da har J og senere L været direktør i B. Da J fortsat er ansat i B og har overleveret sin viden til L, er der således ikke ved ansættelsen af L gået nogen viden tabt. Med ansættelsen af N som yderligere direktør pr. 1. december 2015, mener B, at direktionen blev styrket yderligere, herunder er den nødvendige viden blevet overleveret til N, og ved den samtidige fastholdelse af L har B sikret, at der ikke er gået viden tabt i denne proces. N har en bred erfaring fra store banker i ind- og udland og medbringer specifikke lederkompetencer og viden fra den finansielle sektor, herunder bevaring og udvikling af kundeforhold, håndtering af kreditindstillinger samt betydelig forståelse for regulatoriske ændringer. [fodnote: Se N CV i bilag 4 f.]

Det er ikke muligt for B at bestemme, at bestyrelsesmedlemmer eller ansatte skal forblive i B. Men på baggrund af de enorme udfordringer, som B var ramt af i foråret 2014, er det Bs klare vurdering, at hverken den daværende direktion eller bestyrelse havde en sådan viden eller erfaring, der retfærdiggjorde at fastholde dem. I øvrigt vil en virksomhed i forandring behøve forskellige kompetencer på forskellige tidspunkter.

Hvad angår bestyrelsens sammensætning bemærkes i øvrigt:

For så vidt angår AC, så udtrådte han i april 2015 dels som følge af, at han grundet sin alder ikke længere ønskede at have en så tidskrævende bestyrelsespost, dels på baggrund af, at han var indtrådt i bestyrelsen, idet D ikke kunne sidde i bestyrelsen, så længe hans hustru var direktør, hvilket ikke længere var tilfældet.

For Ks vedkommende, så fratrådte han i december 2015, hvilket skyldtes, at han reelt ikke længere havde hovedandelshavernes opbakning.

For netop at undgå at få for stor udskiftning i bestyrelsen har B valgt at anvende eksterne konsulenter med henblik på at tilføre kompetencer i kortere perioder uden dermed at få en stor udskiftning i bestyrelsen.

Henset til den nuværende bestyrelses samlede erfaring, viden og uddannelse (se hertil CV for hver enkelt bestyrelsesmedlem i bilag 4), er det Bs klare vurdering, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet. Det kan i den forbindelse nævnes, at B pr. 1. april 2016 har ansat endnu en advokat.

Vi skal minde om, at samtlige bestyrelses- Det skal nævnes, at B afventer godkendelse fra Finanstilsynet på Ds ansøgning herom, idet D dog tidligere har opnået 'fit & proper' godkendelse i anden sammenhæng. og direktionsmedlemmer hver især af Finanstilsynet er blevet vurderet til at besidde en viden og erfaring, som gør dem 'fit & proper' [fodnote: Det skal nævnes, at B afventer godkendelse fra Finanstilsynet på Ds ansøgning herom, idet D dog tidligere har opnået 'fit & proper' godkendelse i anden sammenhæng.], hvilket er udtryk for, at de hver især har fyldestgørende erfaring og således er i stand til at bestride hvervet som bestyrelsesmedlem i B. Denne viden og erfaring er kun blevet større i den mellemliggende periode.

En udskiftning af hele bestyrelsen i B på én gang, som det kræves i Udkastet, vanskeliggør i endnu højere grad end hidtil, at der sker den nødvendige fastholdelse af viden omkring Bs administration, forretning, procedurer samt risikostyring. En udskiftning af hele bestyrelsen på én gang vil derfor indebære en større risiko for (i) tab af viden om og indsigt i B og (ii) svigt i væsentlige forretningsgange og kontroller.

Vi har noteret os Finanstilsynets bemærkning om, at det forhold, at K1 og D i forbindelse med tiltrædelse som bestyrelsesmedlem afslog at deltage i et tilbudt introduktionsforløb til B, medvirker til bedømmelsen af, at B ikke har gjort tilstrækkelige tiltag til at efterleve Finanstilsynets påbud fra maj 2015 om at sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besidder den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af B fremadrettet.

Hertil skal jeg bemærke, at da K1 respektive D indtrådte i Bs bestyrelse den 12. november 2015, var begge erklæret 'fit & proper' af Finanstilsynet, og begge havde således erfaring fra anden finansiel institution⁴. Manglende deltagelse i kurser i perioden frem til igangsættelse af Finanstilsynets undersøgelse den 7. december 2015 synes ikke at kunne ændre herved.

Det er endvidere vigtigt at understrege, at K1 oplyser, at han i forbindelse med sin tiltræden som bestyrelsesmedlem foretog en grundig due diligence-undersøgelse af Andelskasse, herunder satte sig indgående ind i Finanstilsynets korrespondance med B og dets reaktioner vedrørende brud på lovgivningen siden 2013. Det er på dette grundlag, at K1 ikke modtog introduktionskursus. K1 havde bestemt ingen indvendinger mod at deltage i kurset, men det vurderedes, at han allerede var i besiddelse af den viden, som kurset kunne tilføre.

D forestod i sin egenskab af direktør i I due diligence-undersøgelsen i forbindelse med I' erhvervelse af ejerandele i B i 2014. D besad således ved sin indtrædelse i bestyrelsen allerede en detaljeret viden om B og dens forretningsaktiviteter.”

Pkt. 2.3 relaterer sig til påbud vedrørende bestyrelsens samlede viden og erfaring meddelt ved afsluttende møde den 15. marts 2016. Høringssvaret har givet anledning til præcisering af sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2.

Finanstilsynet bemærker, at det forhold, at bestyrelsesmedlemmerne hver især er individuelt fit & proper-godkendt, ikke er tillagt betydning ved meddelelse af påbud eller i nærværende sag, der angår bestyrelsesmedlemmets adfærd efter indtræden i bestyrelsen jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

Det skal nævnes, at instituttets forretningsmodel, siden godkendelserne er givet, er blevet ændret fra en traditionel andelskasse til nu at være langt mere vækstivrig med bl.a. investeringskreditter og et udtalt ønske fra bestyrelsens side om at gå ind på nye og uprøvede forretningsområder.

Pkt. 2.4 Erhvervelse af visse aktiviteter i I

”Ved overtagelsen af R fulgte en medarbejder, der havde arbejdet med køb og salg af unoterede aktier i ca. 25 år. Aktiviteterne i R har ikke på noget tidspunkt beskæftiget et helt årsværk. Flere bestyrelsesmedlemmer og direktør N har kompetencer, viden og erfaring på området, hvilket Bs investeringsansvarlige også besidder. I forbindelse med overtagelsen fulgte der desuden forretningsgange på området. Således var de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer tilstede i forbindelse med købet.

Overtagelsen af aktiviteten havde været drøftet på bestyrelsesplan siden sommeren 2015, idet det dog alene er nævnt på bestyrelsesmøder af 17. september 2015 og 12. november 2015 (begge bestyrelsesprotokollater har Finanstilsynet tidligere modtaget).

Finanstilsynet havde i en langvarig periode på over flere år drøftet med I, hvorvidt R var en aktivitet, der krævede tilladelse som minimum værdipapirhandler – en tilladelse som I ikke havde. I november 2015 blev I enig med Finanstilsynet om snarest at overdrage aktiviteten til B. Finanstilsynet har således længe haft kendskab til og indsigt i den påtænkte overdragelse og aktivitet.

Bs daværende bestyrelsesformand K var den eneste deltager fra B på mødet med Finanstilsynet den 9. oktober 2015. Der fremgår følgende af bestyrelsesprotokollatet den 22. oktober 2015 om dette møde:

"Formanden redegjorde for, at Bs indtjening som tidligere nævnt var under pres og burde forbedres. Det havde derfor været overvejet at sammenlægge B med I for at øge forretningsomfang og kompetence. Dette havde resulteret i den udsendte præsentation til mødet i Finanstilsynet den 9. oktober 2015.

Formanden havde forelagt præsentationen for Finanstilsynet, som havde tilkendegivet, at en fusion ville blive betragtet som en ansøgning om en helt ny bank, hvilket ville kræve godkendelse på forhånd. Finanstilsynet havde ikke kunnet se nogen umiddelbare synergier, ligesom de havde påpeget, at risikobilledet ville blive forrykket. Tilsynet mente, at der ville være en forøget risiko ved f.eks. k/s udlån, valutaforretninger, underwriting og finansiell rådgivning. Tilsynet havde påpeget, at track record for den slags omdannelser af banker ikke var god. Desuden var tilsynet ikke sikker på, at alle aktiviteterne i I lovligt kunne drives i et pengeinstitut, og tilsynet ville kræve, at B fik udarbejdet juridiske responsa herom. Finanstilsynet havde ikke mange bemærkninger til en omdannelse til aktieselskab, men nævnte, at udbetaling af udbytte ville kræve tilsynets godkendelse, ligesom indfrielsestilbud til andelshaverne ville kræve prospekt."

Der ses således ikke at være tale om, at Finanstilsynet advarer mod, at B skulle overtage den yderst begrænsede aktivitet, som R udgør, som består i at sammenkæde et købsønske med et salgsønske af unoterede værdipapirer, uden at køber og sælger møder hinanden, hvilket i øvrigt synes at være en oplagt aktivitet for et pengeinstitut.

Såvel B som I anvendte eksterne rådgivere i form af advokater og revisorer, men heller ikke med en sådan hjælp lykkedes det desværre at gennemføre overdragelsen uden fejl. Overdragelsen af R fandt sted via overdragelse af selskabet R, der var et hertil nyoprettet datterselskab til I.

Finanstilsynet tilkendegav over for B i forlængelse af overdragelsen, at formidlingen af værdipapirer ikke fortsat måtte ske i R, idet datterselskabet ikke havde licens til at udøve den form for finansiell virksomhed, som aktiviteterne i R krævede.

Denne fejl blev derfor rettet straks efter, at Finanstilsynet havde påpeget forholdet, og aktiviteten blev kun drevet i datterselskabet i to måneder. Herefter overtog B disse aktiviteter. Der er redegjort nærmere om dette

over for Finanstilsynet i brev af 5. februar 2016 vedrørende høring om R' aktiviteter, der udgjorde svar på Finanstilsynets høringsbrev af 28. januar 2016 (j.nr. 6517-0116), i brev af 17. februar 2016 vedrørende samme forhold, der udgjorde svar på Finanstilsynets høringsbrev af 15. februar 2016 (j.nr. 6252-0317) samt i brev af 5. april 2016 vedrørende høring til udkast til politianmeldelse af R, der udgjorde svar til Finanstilsynets høringsbrev af 30. marts 2016 (j.nr. 6517-0116).

Selv om overdragelsen reelt skete på moderselskabsniveau, er det korrekt, at Rs aktiviteter formelt lå i R. Bestyrelsen er derfor enig i Finanstilsynets bedømmelse af dette forhold og skal beklage, at R' aktiviteter ikke allerede i forbindelse med den oprindelige overdragelse blev lagt i B. Bestyrelsen skal dog gentage, at det reelt set var B, der drev aktiviteterne i R.

Med henvisning til Finanstilsynets oplysning om, at bestyrelsen skulle have besluttet at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelsen af aktiviteterne i R skal følgende gentages fra afsnit 2.2 om inhabilitet:

Følgende fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 17. september 2015

Bs retailbank skulle fortsætte, men man kunne godt overveje at tilføje nogle merchant bank opgaver. Således kunne en fusion mellem Andelskasse og I overvejes. Formanden havde også drøftet denne mulighed med revisionen, og et udkast til en tidsplan for en eventuel fusion og omdannelse var blev udarbejdet, og denne blev udleveret til bestyrelsen.

I forbindelse med bestyrelsen drøftelser blev det fremhævet, at der ingen beslutninger skulle tages, og derfor var ingen inhabile på det nuværende tidspunkt. Desuden drøftede bestyrelsen et øget kapitalkrav på 5 mio. EU og bytteforholdet mellem B og I. Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.

Formanden havde nedsat et lille udvalg til at arbejde med de praktiske udfordringer, der kunne være forbundet med en eventuel fusion, således at formanden kunne forevise Finanstilsynet for tankerne. Repræsentantskabet skulle ligeledes inddrages i henhold til vedtægterne. I var som udgangspunkt ikke en reguleret virksomhed, selvom der pågik nogle drøftelser herom med Finanstilsynet vedrørende den såkaldte R.

Det blev således drøftet, at hvis der skulle foretages en fusion mellem hele I og B, skulle det overvejes at udarbejde en revisionsvurdering. R er imidlertid en overordentlig beskeden del af I og beskæftiger ikke engang ét årsværk. I forbindelse med overtagelsen af R overtog B godt nok to medarbejdere, men selve aktiviteterne relateret til R har alene udgjort et halvt årsværk.

Som følge af, at der blev aftalt en earn-out-model for erlæggelse af købsprisen for R, blev købsprisen afhængig af Rs fremtidige performance, og den endelige købspris ville således reelt komme til at afspejle værdien af R. Endvidere blev den største del af købesummen erlagt med andele i B, hvilket resulterede i en udvanding af de eksisterende andelshavere. Dette blev tiltrådt af alle Bs hovedandelshavere, der alle var enige i, at R var en god forretningsmulighed, som var blevet forhandlet ned i et passende prisleje. Dette indebar, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. På baggrund af disse faktorer, vurderede bestyrelsen, at en revisionsvurdering ikke var nødvendig.

Bestyrelsesmedlemmer har efterfølgende oplyst, at bestyrelsen på bestyrelsesmødet drøftede behovet for en revisionsvurdering af prisen på R, uden at dette blev ført til protokol. Bestyrelsen fandt imidlertid, at flere af de tilstedeværende var bedre og mere erfarne end en revisor i overtagelse af virksomheder og værdiansættelse heraf. Bestyrelsen besluttede derfor på baggrund af den aftalte earn-out-model for erlæggelse af overtagelsessummen, at der ikke skulle igangsættes en revisionsvurdering af værdien af R alene ud fra en formel betragtning.

Vi minder om, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af R i den efterfølgende indgående revision af Bs årsrapport for 2015.”

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvaret valgt at behandle pkt. 2.2.2 og 2.4 under ét. Det har ligeledes givet anledning til præciseringer i sagsfremstillingen i afgørelsens afsnit 2. Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om bestyrelsens mangelfulde beslutningsgrundlag samt håndtering af habilitet forbundet ved erhvervelsen af R.

Finanstilsynet kan som beskrevet i pkt. 2.2.2 ikke oplyse om forhold, som Finanstilsynet har fået kendskab til gennem tilsynsvirksomhed, hvor K1 ikke er part, hvorfor der ikke kommenteres på afsnittet om Finanstilsynets drøftelser med I.

Bestyrelsens beslutningsgrundlag ved erhvervelse af R

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at beslutningen om overtagelsen af R ikke udelukkende blev truffet på baggrund af det på bestyrelsesmødet den 26. november 2015 fremlagte præsentationsmateriale, men at bestyrelsen ved K3 også har haft indgående korrespondance med sælger (I) samt dennes advokat og revisor.

Det skal hertil bemærkes, at Finanstilsynet i brev af 18. december 2015 anmodede instituttet om at indsende det komplette beslutningsgrundlag for erhvervelsen af aktiviteter fra I. Finanstilsynet har på den baggrund modtaget anpartsoverdragelsesaftale underskrevet af D, urevideret balance pr. 30. november 2015 fra R, protokollater fra bestyrelsesmøder i instituttet, hvor overdragelsen er drøftet, og præsentationsmaterialet vedr. overdragelsen

(Projekt Exchange), som er fremlagt på bestyrelsesmødet den 26. november 2015.

Finanstilsynet har således ikke i forbindelse med denne anmodning eller senere modtaget den i høringssvaret omtalte korrespondance.

Det anføres endvidere under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at det ikke er korrekt, når det i Finanstilsynets udkast til afgørelse anføres, at instituttets daværende formand K på bestyrelsesmødet den 17. september 2015 ønskede revisionens værdiansættelse af R, da de pågældende bemærkninger herom refererer til det tilfælde, hvor det besluttes at gennemføre en fusion med I i sin helhed. Det anføres dernæst, at bestyrelsen, uden at det blev ført til protokols, drøftede behovet for revisionsvurderingen af prisen på R efterfølgende, men at bestyrelsen undlod at gå videre hermed, da den selv følte sig mere kompetent hertil.

Finanstilsynet skal i den forbindelse påpege, at Finanstilsynets bemærkning herom i afgørelsen referer til følgende bemærkning i referatet fra mødet den 17. september 2015:

”Netop fordi der var gengangere mellem kapitalejerne i B og I, ville det være rigtig at bruge revisionen i forbindelse med værdiansættelser.”

Finanstilsynet lægger i afgørelsen ikke afgørende vægt på, om bemærkningen alene referer til R eller til I i sin helhed. Der lægges derimod afgørende vægt på, at bestyrelsen ikke har fået foretaget den pågældende værdiansættelse af revisionen eller fået foretaget nogen anden uafhængig vurdering heraf, inden bestyrelsen traf sin beslutning om overtagelsen af R. Institutet har efter det oplyste alene fået udleveret den omtalte ureviderede balance af 30. november 2015 over R, som er udarbejdet af sælgers revisor. Henset hertil, samt at der netop er tale om en handel mellem nærtstående parter, finder Finanstilsynet derfor ikke, at den foretagne værdiansættelse af R, som indgår i det beslutningsgrundlag for overtagelsen, er foretaget på et betryggende grundlag.

Det skal endvidere hertil bemærkes, at instituttets eksterne revision i punkt 2.2 på side 907 i revisionsprotokollatet til årsrapporten for 2015 (se bilag ...) bl.a. anfører følgende vedrørende R:

”Vi har i forbindelse med vores revision modtaget en erklæring med høj grad af sikkerhed for værdiansættelsen af datterselskabets aktiver og forpligtelser. Erklæringen er udarbejdet af statsaut. Revisor Æ, der ligeledes er revisor for sælger, I.

I forbindelse med vores revision er vi efter vores opfattelse ikke blevet forelagt dokumentation, der i tilstrækkelig grad understøtter de i overdragelsesbalancen indeholdte beløb for knowhow, 2.885 t.kr., og software, 2.564 t.kr., og det er derfor vores opfattelse, at beløbet i sin helhed vedrører goodwill. Immaterielle aktiver er således præcenteret som goodwill i koncernregnskabet.”

Det er således heller ikke korrekt, når instituttet i pkt. 2.2.2 og 2.4 i høringsvaret anfører, at der ikke var nogen revisionsmæssige bemærkninger til værdiansættelsen af R i den efterfølgende indgående revision af instituttets årsrapport for 2015.

Instituttet gør i pkt. 2.4 gældende, at Finanstilsynet efter instituttets opfattelse ikke havde advaret instituttet mod overtagelsen af aktiviteterne fra I. Endvidere gøres gældende, at de anvendte eksterne rådgivere heller ikke var opmærksomme på mulige problemer herved.

Finanstilsynet skal heroverfor påpege, at det er instituttets, herunder særligt ledelsens, eget ansvar, at den ved udøvelsen af sin virksomhed og påbegyndelse af nye aktiviteter i enhver henseende overholder gældende lovgivning. Dette gælder uanset omfanget og karakteren heraf, og uanset at instituttet lader sig bistå af eksterne rådgivere. Herudover skal Finanstilsynet endnu engang henvise til mødet med instituttets daværende bestyrelsesformand i Finanstilsynet den 9. oktober 2015, hvor formanden bl.a. præsenterede overvejelserne omkring en sammenlægning af instituttets og I' aktiviteter, hvorefter Finanstilsynet opfordrede instituttet til at genoverveje dette tiltag og de juridiske udfordringer, der kunne være forbundet hermed.

Instituttet gør i pkt. 2.4 endeligt gældende, at de nødvendige ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer var til stede i forbindelse med købet af R.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at nuværende direktør N ikke var ansat i instituttet, da man besluttede at erhverve R.

Derudover bemærkes det, at R grundet sin manglende værdipapirhandlertilladelse ikke var underlagt tilsyn, hvorfor Finanstilsynet ikke har haft beføjelse til at undersøge selskabets interne forhold nærmere. Finanstilsynet har dog i afgørelsen lagt til grund, at det af instituttet indsendte beslutningsgrundlag, som står nævnt ovenfor, udgør det komplette beslutningsgrundlag for overtagelsen af R. Da dette beslutningsgrundlag ikke indeholder nogen dokumenteret forudgående analyse af lovgrundlaget vedrørende Rs virksomhed, behovet for yderligere ressourcer, interne retningslinjer samt viden og kompetencer for lovligt og på betryggende vis at kunne udøve den pågældende virksomhed, er det Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsens beslutning om at erhverve R blev truffet på et ufuldstændigt beslutningsgrundlag.

Det anføres i høringssvaret, at over 90 pct. af andelshaverne stod bag beslutningen om at købe R. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at D, som er konstateret inhabil, udgør en tredjedel af de 90 pct. Derudover ændrer det anførte ikke ved Finanstilsynets vurdering af beslutningsgrundlagets utilstrækkelighed.

Bestyrelsens håndtering af habilitet ved instituttets erhvervelse af R

Der henvises til det retlige grundlag som beskrevet i pkt. 2.2.3.

Det anføres under pkt. 2.2.2 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 instituttet anser fremgangsmåden ved beslutningen om overtagelsen af R 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, at både D, J og G var inhabile i forhold til bestyrelsens behandling af og efterfølgende beslutning om overtagelsen af R fra I på mødet den 26. november 2015, hvorfor de hverken måtte deltage i beslutningen eller i øvrigt medvirke ved sagens behandling.

Finanstilsynet har ved sin afrapportering på det afsluttende møde den 15. marts 2016 også lagt til grund, at D og G 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 J skulle forlade bestyrelsesmødet under selve behandlingen af overtagelsen af R og bestyrelsens eventuelle beslutning herom.

Det er dog Finanstilsynets vurdering, at den af D og I (sælger) udarbejdede og fremlagte præsentation af overdragelsen ud over rene gengivelser af faktum indeholdte så mange subjektive vurderinger og tilkendegivelser omkring fordelene ved instituttets overtagelse af R, samtidig med, at der ikke heri var gengivet analyser af mulige problemstillinger eller risici herved, at præsentationen reelt måtte betegnes som salgsmateriale der i høj grad var egnet til at påvirke den resterende bestyrelses drøftelser og beslutninger herom, snarere end en redegørelse, der er baseret på faktuelle oplysninger.

D står som bestyrelsesmedlem samtidig for fremlæggelsen af præsentationen i instituttets bestyrelse (køber), trods sin åbenlyse dobbeltrolle og dermed mulige modstridende interesser som repræsentant for både sælger og køber. Bestyrelsens drøftelser og beslutning om overtagelsen af R vil derfor i høj grad kunne påvirkes af præsentationen og Ds fremlæggelse heraf. Dermed ville bestyrelsen kunne blive påvirket af interesser, der var i modstrid med instituttets.

Det fremgår endvidere af bestyrelsesprotokollatet fra mødet den 26. november 2015, at der under Ds fremlæggelse samtidig pågår egentlige drøftelser

og holdningstilkendegivelser i bestyrelsen, hvorved den egentlige behandling af overtagelsen reelt er påbegyndt, mens både D, J og G er til stede.

Den anvendte fremgangsmåde på bestyrelsesmødet i instituttet den 26. november 2015 indebærer derfor efter Finanstilsynets vurdering 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 instituttets vedtægter.

Det anføres under pkt. 2.2.2 i høringssvaret, at D langt fra fik den pris for R, som han ønskede. Således må bestyrelsens drøftelser, efter han forlod mødet, have været frie og uafhængige af særinteresser.

Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det i overensstemmelse med almindelige habilitetsbetragtninger ikke kan tillægges nogen vægt ved vurderingen af inhabile personers deltagelse i behandlingen af og beslutningen om emner, hvorvidt de pågældendes tilkendegivne ønsker bliver fuldt ud tilgodeset eller ej.

Pkt. 2.5 Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag

"Bs bestyrelse er uforstående over for Finanstilsynets meget generelle betragtning om uforsvarlig kreditgivning og er meget uenig i, at der ikke har været gennemført en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til Q.

Finanstilsynets konkrete eksempel i Udkastet angående bevillingen til Q ved bestyrelsesmødet den 26. november 2015 skal i det følgende behandles nærmere.

Bestyrelsen havde i forbindelse med godkendelse af kreditindstillingen fået forelagt og gennemgået moderselskabet til Qs, AD Inc.'s årsrapport for 2014, kvartalsrapporter for 2. og 3. kvartal 2015, cash flow budget for november 2015 og frem, endnu ikke vedtagne budgetter for 2016 og børsprospekt fra marts 2015, hvor alle tilgængelige oplysninger om selskabet er oplyst. Af børsprospektet fremgår ligeledes de risikovurderinger, som moderselskabet havde foretaget. En egentlig regnskabsanalyse var ikke med i kreditindstillingen, eftersom det netop blev betragtet som en investeringskredit. Bestyrelsen vurderede imidlertid indgående ovennævnte materiale. Bestyrelsen granskede endvidere diverse aktieanalyser fra uafhængige analysehuse, bl.a. fra det norske analysehus Norne, som følger aktien tæt, og en større mængde regnskabstal blev ligeledes gennemgået på bestyrelsesmødet.

Bestyrelsen lagde bl.a. vægt på, at det var positivt, at Q havde en særdeles lav gæld i forhold til markedsværdien af selskabet, samt at denne gæld primært var til en række større aktionærer. Bestyrelsen vurderede derfor, at konkursrisikoen var meget beskedent.

Selskabets drift blev ligeledes gennemgået og diskuteret på bestyrelsesmødet. Særligt indtjeningens robusthed blev diskuteret og analyseret. Q

havde en strategi om at bruge alt potentielt overskud på yderligere markedsføring. Markedsføringsomkostningerne udgjorde derfor en betydelig del af driftsomkostningerne. Derfor var der som udgangspunkt ikke budgetteret med noget stort overskud for 2016, men i tilfælde af vanskeligheder kunne selskabet blot nedjustere udgifterne til markedsføring, da dette først ville få konsekvenser et godt stykke frem i tid, og dermed skabe en positiv drift.

Som det fremgår af bestyrelsesprotokollatet fra 26. november 2015, blev eksponeringen betragtet som en investeringskredit; altså en kredit uden afvikling. Derfor var cash-flowet for Q ikke interessant at få analyseret nærmere, hvilket også fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Det fremgår desuden, at bestyrelsen fik oplyst, at regnskabet for 2014 ikke var retvisende, idet der var fundet en større oprydning sted i det år. M redegjorde nærmere herfor, idet han havde et indgående kendskab til sagen.

Bestyrelsen godkendte indstillingen med stop-loss allerede ved et 30 pct. tab; det vil sige ved kursfald på 30 pct. set i forhold til etableringstidspunktet, hvilket fremgår af bestyrelsesprotokollatet. Med denne forsigtige tilgang fandt bestyrelsen det forsvarligt at godkende indstillingen. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at en stop-loss-mekanisme på 30 pct. efter almindelig praksis må siges at være endog meget konservativt.

Helt overordnet vurderes det, at en investeringskredit med en indbygget stop-loss-mekanisme er en helt sædvanlig lånetype, der betragtes som meget sikker, eftersom der netop er en automatisk stop-loss-mekanisme indbygget. Det er derfor også almindeligt anerkendt, at der netop ved en sådan lånetype i mindre grad er behov for at forholde sig til debtors betalingsevne, idet man i højere grad forholder sig til aktiverne.

I øvrigt skal det påpeges, at moderselskabet AD (senere Q INC), i hvis aktier B fik pant, er en meget likvid aktie, hvilket blandt andet var noget, som i hvert fald et bestyrelsesmedlem bekræftede under mødet. Dette er imidlertid ikke ført til protokol, da det forekom alle oplagt. Bestyrelsen hentede rapporter om aktiens omsættelighed på Oslo Børs' hjemmeside. Der var på daværende tidspunkt en daglig omsætningsvolumen på omkring 1 mio. aktier (et tal der er steget betydeligt siden da). B kunne således påregne at kunne realisere sine sikkerheder inden for få dage. Man anså derfor ikke aktien for at være illikvid.

Eftersom der er tale om en investeringskredit, hvor det primære fokus er på pant i et bestemt aktivt, har bestyrelsen ikke anvendt lang tid på at forholde sig til inddrivelse af aktiepant i Norge, da denne jurisdiktion anses for at være på linje med Danmark, når det kommer til processen og omkostningerne ved at inddrive et aktiepant. Emnet blev berørt på bestyrelsesmødet, men der blev ikke lagt så meget vægt på forholdet, at det endte med at blive ført til protokol.

At udtrykket "lidt ukendt land" er anvendt i indstillingen er netop udtryk for ansvarlighed, hvor der åbent gives udtryk for, at dette lån ikke er et

helt sædvanligt område for B. Bestyrelsen har i det nævnte eksempel bevilget en investeringskredit med en meget høj rente, som alene kunne opnås som følge af, at låntager havde behov for at kunne handle hurtigt til en børsnoteret virksomhed, som blev anset for at være solid og med en god sikkerhedspakke.

Bestyrelsen anser i øvrigt fortsat dette for at være en særdeles gunstig forretning; ikke mindst set i lyset af, at kursen på de pantsatte aktier er fordoblet, siden lånet blev ydet; bl.a. som følge af, at én af Sveriges største kapitalforvaltere, AE, har investeret meget betydeligt i Q.

Det gøres på baggrund af ovenstående gældende, at bestyrelsen netop har forholdt sig til de væsentlige risici, der var forbundet med kreditgivning til Q, hvorfor der ikke foreligger en mangelfuld kreditvurdering, men derimod en meget grundig vurdering af de likvide børsnoterede aktier, som B fik sikkerhed i i forbindelse med bevillingen af investeringskredit.

Vedrørende de forskellige bestyrelsesmedlemmers habilitet i forbindelse med bevillingen til Q henvises til afsnit 2.2 ovenfor om inhabilitet. Det er således bestyrelsens overbevisning, at ingen bestyrelsesmedlemmer er inhabile i denne sag, hvilket underbygges af Inhabilitetsnotatet.”

Punktet relaterer sig til påbud meddelt over for instituttets bestyrelse på det afsluttende møde den 15. marts 2016 om instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag. Høringssvaret har givet anledning til uddybning af baggrunden for påbuddet.

Finanstilsynets vurderede, at instituttets generelle kreditgivning kontinuerligt var uforsvarlig, navnlig på baggrund af, at instituttets kreditindstillinger i vidt omfang er utilstrækkelige og ustrukturerede, idet de ikke indeholder tilstrækkelige beskrivelser og analyser af centrale økonomiske forhold, og ofte ikke en tilstrækkelig vurdering af risiciene ved eksponeringerne.

Eksponering med P (eksempel på uforsvarlig kreditgivning/utilstrækkeligt beslutningsgrundlag).

Det fremgår af høringssvaret, at ”B mener der er foretaget en tilstrækkelig grundig analyse af lånet til Q.”

Finanstilsynet har ved brev af 18. december 2015 bedt instituttet fremsende det komplette beslutningsgrundlag, som blev forelagt bestyrelsen i forbindelse med bevillingen af P.

Finanstilsynet har den 8. januar 2016 modtaget materiale fra instituttet, hvoraf det fremgår, at der er tale om det komplette beslutningsgrundlag, som har været forelagt bestyrelsen. Det må derfor kunne lægges til grund, at Finanstilsynet har modtaget det fulde beslutningsgrundlag, og der kan derfor ikke lægges vægt på, at høringssvaret nævner en række forhold, som bestyrelsen angiveligt skulle have drøftet i forbindelse med bevillingen, bl.a. sel-

skabets drift, indtjeningens robusthed og likviditeten i aktierne, og som ikke fremgår af bestyrelsesprotokollat eller låneindstillingen.

Det følger af bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen, at væsentlige forudsætninger og vurderinger i forbindelse med kreditgivning, skal fremgå af beslutningsgrundlaget, hvilket ikke er tilfældet.

Finanstilsynet vurderer, at kreditindstillingen er uforsvarlig af følgende grunde:

- Instituttets analyser og vurdering af risiciene er utilstrækkelige, og opfylder ikke kravene i bilag 1, nr. 14, i ledelsesbekendtgørelsen.
- Instituttet bevilger en investeringskredit på 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag til ”udviklingsformål i koncernen, særligt opkøb af danske licenser og oprettelse af dansk kontor”, hvilket ikke forekommer særlig præcist. Finanstilsynet må dog af instituttets høringsvar forstå, at der faktisk er tale om en investeringskredit. Lånet ydes uden krav om risikospredning på de aktiver, der investeres i. P kan således investere hele lånet i samme aktiv. Det medfører en betydelig risikokoncentration og er langt fra markedsstandard på området, hvor der normalt opereres med klare spredningskrav til investeringerne. Derved fraviger instituttet desuden også sin egen forretningsgang for bevilling af eksponeringer, jf. ”brug af stop-loss klausuler ved sikkerhedsstillelse i værdipapirer” (pkt. f). Denne fravigelse er ikke anført i kreditindstillingen.
- Det fremgår af bestyrelsesprotokollatet, at instituttet ikke mener selskabets cash-flow er relevant, da der er tale om en investeringskredit. Det er imidlertid væsentligt at forholde sig hertil af hensyn til en vurdering af debtors fremtidige udvikling og dermed forventede tilbagebetalingsevne.
- Instituttet tager pant i moderselskabets aktier, hvilket er meget usædvanligt pant for en investeringskredit. Et pant er instituttets værn mod, at selskabet ikke kan betale lånet tilbage den dag, det måtte forfalde. Hvis selskabet ikke kan betale sit lån, vil dette formentligt have en væsentlig negativ betydning for værdien af moderselskabets aktier, hvorved anvendeligheden af moderselskabets aktier som pant kan være stærkt forringet. Instituttet forholder sig ikke til denne problemstilling.
- En bevilling af en investeringskredit på ca. 10 pct. af instituttets kapitalgrundlag med pant i kun en aktie og uden spredningskrav er meget usædvanligt og svarer ikke til den kreditkvalitet, som Finanstilsynet ser i sammenlignelige pengeinstitutter.

Instituttets bestyrelse fik forelagt sagen af M, som deltager i ledelsen af P og dermed må formodes ikke at være objektiv i forhold til selskabet. Det ses

ikke, at instituttet reelt har udarbejdet sit eget selvstændige beslutningsgrundlag, hvilket er helt fundamentalt for kreditgivning.

Den fremlagte låneindstilling er således ikke udarbejdet i instituttets BEC-kreditsystem, og fremstår meget mangelfuld.

Det fremgår heller ikke, hvem der har udarbejdet låneindstillingen, hvilket ellers er normal kutyme i instituttet. Dette er ikke i overensstemmelse med god kreditpraksis, og det som Finanstilsynet ser i andre pengeinstitutter.

At bevillingen – som det fremgår af protokollatet fra bestyrelsesmødet – kunne medføre et behov for at justere instituttets forretningsmodel og politik, burde i sig selv også have fået bestyrelsen til at foretage en tilbundsående analyse af forholdene.

Kreditgivning i øvrigt

Finanstilsynet har herudover flere gange påpeget overfor instituttet, at værdiansættelsen af instituttets sikkerheder ikke er korrekt. Instituttet modtog således påbud om dette ved de seneste to undersøgelser.

Dette vanskeliggør et overblik over, hvad instituttet reelt tillægger i sikkerhedsværdi på de stillede sikkerheder og øger risikoen for, at instituttet ikke får opgjort en forsigtig og realistisk sikkerhedsværdi i sin vurdering af risikoen ved sine eksponeringer, hvilket medfører væsentlig risiko for, at instituttet kan få tab på eksponeringerne, som følge af forkert opgjorte eller for optimistiske vurderinger af sikkerhederne.

Finanstilsynet har desuden ved de to seneste undersøgelser konstateret mangler ved instituttets skriftlige retningslinjer på kreditområdet.

Instituttet har således, trods påbud herom, ikke en forretningsgang for opgørelse af store eksponeringer, ligesom instituttet fortsat har problemer med at foretage korrekt samkonsolidering i henhold til artikel 395 i CRR.

Instituttets store udskiftning og udvidelse af medarbejderstaben skærper i sig selv kravene til instituttets skriftlige retningslinjer, som skal sikre, at instituttet til enhver tid yder betryggende kreditgivning.

Instituttet har endvidere påtaget sig flere eksponeringer med grupper af indbyrdes forbundne kunder. Det er derfor meget væsentligt, at instituttet har tilstrækkelige skriftlige retningslinjer og forretningsgange på kreditområdet, så rammerne for en betryggende kreditgivning er til stede.

Det er Finanstilsynet vurdering, at instituttets administrative organisation på kreditområdet ikke er betryggende, hvilket understreges af, at det har været nødvendigt at indskærpe dette gentagne gange overfor instituttet i form af påbud.

Sammenfattende fastholder Finanstilsynet påbuddet vedrørende instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Pkt. 3.1 K1

"Finanstilsynet bemærker angående Ms konsulentrolle, at "M flere gange har præsenteret nye aktiviteter i form af S og O, som C – og dermed K1 – har en særskilt interesse i."

For så vidt angår S skal det oplyses, at C-gruppen – og dermed K1 – ikke, hverken direkte eller indirekte, har nogen ejerinteresse i S. S er heller ikke – og vil højst sandsynligt aldrig blive – kunde i C. På det grundlag gøres det gældende, at K1 ikke har en særskilt interesse i at lade M deltage på bestyrelsesmøderne.[fodnote: For så vidt angår K1 interesse i O henvises til afsnit 2.2.4 vedr. behandling af låneindstilling for O.]

Finanstilsynet opfordres til at redegøre for, hvorfor de mener, at K1 har en særskilt interesse i S."

Finanstilsynet har på baggrund af høringssvaret udeladt afsnittet vedrørende K1s særskilte interesse i S.

Pkt. 6 Processuelle bemærkninger

"Afvent afgørelse af sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger

Eftersom bestyrelsens anvendelse af ekstern konsulent på bestyrelsesmøder ses at være en væsentlig del af Finanstilsynets begrundelse for at udstede påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv, skal jeg anmode Finanstilsynet om at berostille nærværende sag, indtil der foreligger afgørelse i sagen vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger, jf. FIL § 117.

Bemærkninger til Finanstilsynets fremgangsmåde

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet har udsendt et høringsbrev med et så omfattende materiale og så mange involverede personer med blot tolv arbejdsdages svarfrist – i forbindelse med påskedagene, herunder at Finanstilsynet i forlængelse heraf har afvist at give nogen form for fristforlængelse.

Som følge af den meget korte svarfrist, har B haft begrænset tid til besvarelse, og det forbeholdes at fremkomme med yderligere indlæg og oplysninger.

Som nævnt foretog Finanstilsynet i perioden 7. december til 11. december 2015 en ny undersøgelse af B. Der blev afholdt fysisk møde herom den 15. marts 2016, hvor der blev udleveret 43 plancher, som Bs ledelse ikke havde haft mulighed for at forberede sig på, da der blev først var arrangeret et telefonmøde herom dagen før det fysiske møde. Det forhold finder jeg også kritisabelt. Hvis B havde kunnet forberede sig, havde flere misforståelser omkring fakta og jura kunnet imødegås.

Endvidere finder jeg det kritisabelt, at denne høring finder sted, inden B er blevet præsenteret for Finanstilsynets endelige rapport om ovennævnte

te inspektion, herunder har haft mulighed for at forholde sig til og imødegå de påbud eller påtaler, der måtte fremgå af denne.

Jeg har som nævnt anmodet Finanstilsynet om aktindsigt i Finanstilsynets dokumenter og notater, der gengiver Ks tilkendegivelser i forbindelse med nærværende sag, herunder det fulde notat, som Finanstilsynet må formodes at have udarbejdet som dokumentation af samtalen med K. I den forbindelse har jeg bedt om udsættelse af sagen under henvisning til, at jeg har brug for at gennemgå de dokumenter, der gengiver Ks tilkendegivelser. Jeg finder det kritisabelt, at jeg ikke har fået mulighed for at gennemgå dette materiale, idet mødet mellem Finanstilsynet og K fremstår som at have haft særlig indflydelse på Finanstilsynets vurdering af sagen.

Retlig mangel

Det er kritisabelt, at Finanstilsynet i Udkastet ikke henviser til retsgrundlaget, herunder lovgrundet, i forbindelse med vurderingerne af habilitet.

Det er en grundlæggende forudsætning for en forvaltningsafgørelse, at der sker en konkret argumentation under henvisning til det anvendte retsgrundlag, jf. forvaltningslovens § 24. Dette er ikke tilfældet ved vurderingerne af habilitet, hvor Finanstilsynet synes at have været i en sådan vildfarelse om anvendelsen af selskabslovens § 131, jf. FIL § 88, at der foreligger en retlig mangel.

Opfordring til møde

Under hensyn til sagens omfang og karakter skal bestyrelsesmedlemmerne anmode om, at de ved et møde med Finanstilsynet kan forelægge og nærmere gennemgå de omtalte kritikpunkter, førend Finanstilsynet forelægger deres endelige udkast til afgørelse om nedlæggelse af bestyrelsessherv i B for Finanstilsynets bestyrelse. Der er således en række forhold, hvor en tilstrækkelig nuanceret redegørelse herfor forudsætter, at der sker en mundtlig drøftelse, hvormed sagen kan skæres yderligere til.

Alternativ sanktionsmulighed

Såfremt nærværende høringssvar ikke ændrer Finanstilsynets generelle indstilling til sagen, skal jeg dog anmode om, at Finanstilsynet overvejer muligheden for at lade nogle af bestyrelsesmedlemmerne forblive i bestyrelsen, således at erfaring og viden om Bs administration, forretning, procedurer samt risikostyring fastholdes i bestyrelsen.

Bestyrelsesmedlemmernes reaktion på afgørelse

Det skal bemærkes, at såfremt bestyrelsesmedlemmerne bliver mødt af påbud om nedlæggelses af deres bestyrelsessherv i B, agter samtlige bestyrelsesmedlemmer i yderste konsekvens at indbringe sagen for domstolene. Endvidere tager bestyrelsesmedlemmerne generelt forbehold for at gøre et erstatningskrav gældende mod Finanstilsynet.

Opsættende virkning

Såfremt Finanstilsynet vælger at fastholde sine udkast til afgørelser, skal B anmode om, at Finanstilsynet indstiller til, at afgørelserne kan gives opsættende virkning ved indbringelse for Erhvervsankenævnet eller domstolene.”

På baggrund af den af bestyrelsen, herunder K1, udviste adfærd er det Finanstilsynets vurdering, at sagen er af hastende karakter. Det er Finanstilsynets vurdering, at såfremt der ikke straks gribes ind, vil det omfattende ledelsessvigt og den udviste adfærd medføre en betydelig risiko for, at instituttet træffer nye beslutninger, hvor der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden ikke vil kunne fortsætte sin drift. Finanstilsynet har her lagt vægt på eskaleringen af ledelsessvigt, der er sket efter K1s indtræden i bestyrelsen.

Finanstilsynet og instituttet (repræsenteret ved D, E, K4, J og advokaterne AF og A fra AG (advokatvirksomhed) afholdt på opfordring af instituttet, møde den 15. april (se bilag ...). Det på mødet fremkomne har ikke givet anledning til ændringer i afgørelsen.

5. Vurdering og konklusion

En bestyrelse udgør det øverste ledelsesorgan i en finansiell virksomhed og har det endelige ansvar for virksomhedens ledelse og styring. Det er således bestyrelsens opgave dels at varetage den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden og dels at sikre, at virksomheden drives forsvarligt og i overensstemmelse med gældende lovgivning. Drift af finansielle virksomheder er som følge af deres samfundsmæssige betydning underlagt et omfattende regelsæt, og en bestyrelse har som konsekvens heraf en lang række forpligtelser og opgaver. Der stilles derfor høje krav til kompetenceniveauet i bestyrelsen, og ethvert bestyrelsesmedlem bør være sig bevidst om det ansvar, der følger med bestyrelseshvervet. Det er afgørende for bestyrelsens udførelse af sine opgaver, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer udviser integritet og uafhængighed i bestyrelsesarbejdet.

Instituttet er under skærpet tilsyn, og der er konstateret alvorlige styringsmæssige mangler i instituttets ledelse og drift. Det er Finanstilsynets vurdering, at bestyrelsen har medvirket til uforsvarlig kreditgivning på et utilstrækkeligt bevillingsgrundlag. En forsvarlig kreditgivning er af afgørende betydning for drift af pengeinstitutter. Bestyrelsen har samtidig udvist manglende forståelse for den finansielle lovgivning, som i mange tilfælde er overtrådt, og bestyrelsen ses ikke at have foretaget den fornødne prioritering og forankring af efterlevelse af tidligere givne påbud.

Finanstilsynet har i vurderingen af denne sag lagt vægt på en række beslutninger truffet af den samlede bestyrelse i forbindelse med udøvelsen af deres hverv som bestyrelsesmedlemmer.

Som det fremgår ovenfor, gav Finanstilsynet i maj 2015 instituttet en række påbud på baggrund af instituttets brug af eksterne konsulenter, videregivelse af fortrolige oplysninger, utilstrækkelige oplysninger i forbindelse med kre-

ditgivning, manglende kompetencer i bestyrelsen, inhabilitet og ufyldstgørende beslutningsgrundlag ved ændringen af forretningsmodellen med købet af R.

Det fremgår ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at K1 på noget tidspunkt har italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015 eller i øvrigt har taget tiltag til efterlevelse af disse, hvilket Finanstilsynet opfatter som et udtryk for manglende rettidig omhu til at efterleve påbuddene.

Finanstilsynet lægger vægt på, at instituttet i maj 2015 modtog et påbud om at indsnævre muligheden i forretningsordenen for brugen af eksterne rådgiver ved bestyrelsesmøderne og sikre, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger. Desuagtet er brugen af ekstern rådgiver/konsulent fortsat efter meddelelsen af påbuddet. Bestyrelsens brug af ekstern rådgiver/konsulent er endvidere i praksis øget fra et sporadisk brug af forskellige rådgiver/konsulenter til at have en nærmest permanent karakter, idet M deltager fast på bestyrelsesmøderne uden egentligt opdrag og tilmed forelægger kreditindstillinger for bestyrelsen. Instituttet har således ikke i praksis foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne eller til at sikre, at der ikke uberettiget videregives fortrolige oplysninger til disse.

Finanstilsynet har konstateret, at K1 indtog en aktiv rolle i beslutningen om Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne. K1 medvirkede således til at træffe beslutningen trods sin viden om påbuddet og sin forpligtelse til som bestyrelsesmedlem at medvirke til efterlevelsen af påbuddet. Det er Finanstilsynets vurdering, at K1 skulle have sikret, at bestyrelsens brug af eksterne konsulenter i forhold til dagsordenspunkterne på bestyrelsesmøderne var i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, og at der generelt blev etableret betryggende foranstaltninger med henblik på at undgå uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med bestyrelsesmøderne. Forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger er et grundlæggende element i bestyrelsesarbejdet i finansielle virksomheder. Manglende overholdelse heraf kan bl.a. have en afsmittende effekt på samfundets tillid til den finansielle sektor.

Finanstilsynet vurderer, at K1s adfærd i denne forbindelse har været medvirkende til, at Finanstilsynet i marts 2016 meddelte endnu et påbud om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne, særligt når der behandles fortrolige oplysninger, som ikke lovligt kan videregives.

Finanstilsynet vurderer endvidere, at Ms tilstedeværelse ikke udelukkende er i instituttets interesse. Finanstilsynet finder det således betænkeligt, at M fremlægger kreditindstillinger ved bestyrelsesmøderne. Finanstilsynet vurderer, at M fungerer som salgsrepræsentant for bl.a. C og P frem for som instituttets rådgiver. Dette er bl.a. eksemplificeret ved behandlingen af kreditindstillingerne vedrørende P og O A/S, hvor der er berettiget tvivl om, hvorvidt M varetog andre interesser end instituttets. Der er i denne forbin-

delse et udpræget interessesammenfald mellem K1s og M, hvorfor K1 burde have erkendt, at Ms deltagelse ikke udelukkende var i instituttets interesse.

Derudover burde K1 have udvist væsentlig større agtpågivenhed i forhold til at sikre et forsvarligt bevillingsgrundlag i alle kreditindstillinger, herunder have sikret at beslutningsgrundlaget ved bevillinger var betryggende og i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, bl.a. i forbindelse med kreditbevillingen vedrørende P, hvor K1 ikke forholdt sig til de usikkerheder, der kunne være forbundet med kreditgivningen.

Finanstilsynet har konstateret en eskalering af bestyrelsens overtrædelse af grundlæggende habilitetsregler fra tidspunktet for K1s indtræden i bestyrelsen. Det er derudover Finanstilsynets vurdering, at K1 har handlet i strid med forsvarlig selskabsledelse ved at se bort fra de åbenbare habilitetsproblemer, der bl.a. blev konstateret i forbindelse med Ds medvirken i salget af R til instituttet, behandling af kreditindstillinger og ved bestyrelsens behandling af indstillingen vedrørende O A/S, hvor K1 var inhabil.

Finanstilsynet anser det som en skærpende omstændighed, at der er tale om fortsatte forhold, og det ikke af bestyrelsesprotokollaterne kan ses, at efterlevelsen af påbuddene har været ledelsesmæssigt forankret i bestyrelsen eller prioriteret i bestyrelsesarbejdet.

Det er Finanstilsynets vurdering, at de mange påbud er udtryk for bestyrelsens, herunder K1s, manglende fokus på overholdelse af grundlæggende regler, der har til formål at sikre en betryggende drift af instituttet, herunder kravene til god selskabsledelse, som skal understøtte den betryggende drift. Påbuddene vidner endvidere om en grundlæggende mangel på forståelse fra bestyrelsens side om, hvad det indebærer at drive finansiell virksomhed. Det er en skærpende omstændighed, at sådanne grundlæggende overtrædelser sker gentagende gange.

Det er Finanstilsynets vurdering, at K1 har udvist passivitet i forbindelse med sit hverv som medlem af bestyrelsen. Det ses ikke af bestyrelsesprotokollaterne, at K1 på noget tidspunkt har italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015, hvilket Finanstilsynet opfatter som et udtryk for manglende rettidig omhu til at efterleve påbuddene.

Finanstilsynet finder efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, at K1s varetagelse af bestyrelseshvervet er utilstrækkelig, og at hans adfærd giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet på forsvarlig vis.

Ved vurderingen af om K1 har udvist en uansvarlig adfærd, der medfører, at han skal nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem, har Finanstilsynet lagt vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor og det forhold, at ledessvigt i en enkelt finansiell virksomhed kan have afsmitende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og samfundets tillid til sektoren. På baggrund af Finanstilsynets kendskab til instituttet vurderer Finanstilsynet, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for

en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift, med mindre der sker meget væsentlige ændringer i instituttets ledelse og drift.

Finanstilsynet bemærker, at K1 ikke har været medlem af bestyrelsen i hele perioden fra meddelelse af påbuddene i 2015 og undersøgelsen i 2016. Det er Finanstilsynets vurdering, at man som nyindvalgt bestyrelsesmedlem indtræder på lige vilkår med de allerede siddende bestyrelsesmedlemmer. Det er således det nyindvalgte bestyrelsesmedlems pligt at sætte sig ind i instituttets forretningsmodel og historik, herunder eventuelle påbud fra Finanstilsynet. Det tillægges således ikke betydning, at K1 indtrådte i bestyrelsen efter, at påbuddene i maj 2015 blev meddelt instituttet. Finanstilsynet har i den forbindelse lagt vægt på det samlede forløb, herunder særligt K1s håndtering af habilitet samt udvist passivitet, som har muliggjort bestyrelsens uforsvarlige selskabsledelse, og hans afvisning af at deltage i det tilbudte introduktionsforløb.

Finanstilsynet finder efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, at K1s adfærd som medlem af bestyrelsen i instituttet giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem på forsvarlig vis, hvorfor Finanstilsynet påbyder K1 at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet, jf. § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed. Påbuddet skal opfyldes senest den 15. juli 2016.

Varigheden af påbuddet er bestemt til 5 år fra dags dato, jf. § 351, stk. 5, i lov om finansiel virksomhed.

Afgørelsen har været forelagt for Finanstilsynets bestyrelse.
...

I fire enslydende klageskrivelser af 12. juli 2016 har advokat A anført:

**”KLAGE OVER FINANSTILSYNETS AFGØRELSE AF 15. juni 2016
VEDRØRENDE PÅBUD OM NEDLÆGGELSE AF BESTYRELSES-
HVERV**

På vegne af [klager] skal jeg hermed påklage Finanstilsynets afgørelse af 15. juni 2016 vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B efter § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 4, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 6521-0079) (herefter "Afgørelsen"). Kopi af Afgørelsen med bilag fremsendes sammen med dette indlæg.

1. Finanstilsynets afgørelse

I Afgørelsen finder Finanstilsynet, at [klager]s adfærd som medlem af bestyrelsen i B giver grund til at antage, at han ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem på forsvarlig vis. I Afgørelsen påbyder Finanstilsynet på den baggrund i medfør af § 351, stk. 2, jf. § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed [klager] at nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i B.

2. Mundtlig forhandling

Grundet sagens komplekse karakter og helt særlige forhold skal [klager] anmode Erhvervsankenævnet om, at sagen forhandles mundtligt ved afholdelse af møde i Erhvervsankenævnet.

3. [klagers] rolle i B og de afgørende forhold, der ligger til grund for Afgørelsen

Som begrundelse for at påklage Afgørelsen henvises i det hele til mit høringssvar af 8. april 2016 vedrørende udkast til afgørelser indeholdende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv i B (Finanstilsynets j.nr. 6521-0077 m.fl.), som er vedlagt som bilag ... til Afgørelsen. I forlængelse heraf skal nedenstående bemærkninger til Afgørelsen fremhæves og yderligere bemærkes.

3.1 Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

Fakta og argumentationen i Afgørelsen vedrørende bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder hviler på de samme forhold, som har været genstand for særskilt behandling i Finanstilsynets sag vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385).

Finanstilsynet har efterfølgende frafaldet ovennævnte sag, hvilket fremgår af Finanstilsynets brev af 21. juni 2016 til bestyrelsesmedlemmerne samt advokat AH (bilag ...). Finanstilsynet meddeler i brevet, at det er Finanstilsynets vurdering, at det ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af lov om finansiel virksomhed § 117 i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet. Denne begrundelse synes i sig selv bemærkelsesværdig, idet der er tale om et strafbart forhold. Baggrunden herfor må øjensynligt være, at Finanstilsynet efter nærmere overvejelse ikke mener at have en tilstrækkelig stærk sag mod Bs bestyrelse til at få bestyrelsen dømt for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed. Denne konklusion kan jeg naturligvis kun tilslutte mig, idet der efter min vurdering som nævnt nedenfor slet ikke er sket nogen overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed.

Det skal fremhæves, at bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder spiller en væsentlig rolle i Finanstilsynets argumentation i Afgørelsen. Med Finanstilsynets afslutning af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, synes hele argumentation i Afgørelsen, for så vidt angår bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, at fremstå endog ganske vag og usaglig og bør således ikke tages til indtægt.

I den kontekst skal jeg yderligere bemærke, at § 117 i lov om finansiel virksomhed generelt ikke er til hinder for, at Bs bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter, som deltager i bestyrelsesmøder, og bestyrelsen har været berettiget til at videregive fortrolige oplysninger. På den baggrund har Bs be-

styrelse ikke overtrådt hverken § 117 i lov om finansiel virksomhed eller ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, pkt. 8 ved at lade M deltage i bestyrelsesmøder som konsulent. Finanstilsynets påstand herom er uhjemlet. Derudover bemærkes det, at Afgørelsen fejlagtigt anfører, at professor Ts notat om tavshedspligt efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (bilag ... til hørings svaret vedrørende nedlæggelse af bestyrelseshverv) refererer til en ansættelsesaftale mellem B og M, hvilket ikke er korrekt, idet det fremgår af notatet, at der er tale om en konsulentaftale.

Supplerende skal det bemærkes, at det på side 7 i Afgørelsen fremgår, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for B. Bs direktør L har imidlertid bekræftet, at konsulentaftalen med M fysisk blev udleveret til specialkonsulenterne U og AI på Finanstilsynets inspektion i januar 2016. Jeg bilægger for god ordens skyld en kopi af Ms konsulentaftale og fortrolighedsaftale (bilag ... henholdsvis bilag ...).

4. Retlige bemærkninger

Det fastholdes, at Finanstilsynet i Afgørelsen anvender en materiel forkert opfattelse af retsgrundlaget i relation til videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed samt inhabilitetsspørgsmålet efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed. For så vidt angår inhabilitetsspørgsmålet skal jeg her henvise til afsnit 3 i Ts notat om nogle konkrete spørgsmål om inhabilitet for bestyrelsesmedlemmer efter selskabslovens § 131, jf. § 88 i lov om finansiel virksomhed, der er vedlagt som bilag ... til mit høringssvar vedrørende påbud om nedlæggelse af bestyrelseshverv.

Afgørelsen fremstår i sammenhæng med de identiske afgørelser for den resterende del af bestyrelsen – ud over at indebære en ufuldstændig retsanvendelse – som et forsøg på en væsentlig stramning af Finanstilsynets nuværende praksis for afgørelser om nedlæggelse af bestyrelseshverv, som ikke ses hjemlet i § 64, stk. 3, nr. 4, i lov finansiel virksomhed. En øjeblikkelig afsættelse af hele bestyrelsen i B fremstår som en uforholdsmæssig rigoristisk sanktion, der vil medføre, at Bs viden og erfaring i bestyrelsen går tabt, og som derved vil skabe unødvendig usikkerhed samt have en negativ effekt på Bs drift.

Det bemærkes, at Afgørelsen anfører en række faktuelle fejl. Det fremgår således fejlagtigt, at D fortsat er bestyrelsesformand desuagtet, at det blev meddelt Finanstilsynet den 20. maj 2016, at D udtrådte af bestyrelsen i B. Derudover fremgår det, at D ejer en stor del af I, hvilket ikke længere er tilfældet, idet Finanstilsynet den 26. maj 2016 blev meddelt, at Ds samlede besiddelse af aktier i I var blevet afhændet. Ydermere er det ikke som anført C, der besidder ejerandele i B, men retteligt W.

På vegne af [klager] indbringer jeg med henvisning til ovenstående indlæg Finanstilsynets afgørelse for Erhvervsankenævnet. Det fastholdes således, at [klager] ikke modvirker en fornuftig og forsvarlig forvaltning af B.
...

I anledning af klagen har Finanstilsynet i fire i det væsentligste enslydende redegørelser af 17. august 2016 udtalt:

” ...

1. Sagsfremstilling

Instituttet er et mindre pengeinstitut, som Finanstilsynet har ført skærpet tilsyn med siden den 1. maj 2012.

Et institut underlægges skærpet tilsyn, såfremt der er risiko for, at instituttets tilladelse indenfor en overskuelig fremtid vil blive inddraget. Instituttet blev indledningsvist underlagt skærpet tilsyn som følge af kapitalproblemer før den nuværende ejer-/ledelseskreds havde indflydelse på instituttet. Det er sædvanlig praksis, at et institut fortsætter under skærpet tilsyn, til der er gået en vis periode, hvor Finanstilsynet konstaterer, at risikoen for inddragelse af tilladelsen er blevet væsentlig mindre.

Finanstilsynet gennemførte primo 2015 en undersøgelse af instituttet, som førte til mere end 25 påbud og påtaler over for instituttet. Tre af påbuddene var rettet direkte mod bestyrelsen og omhandlede bestyrelsens samlede viden og erfaring, bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter og bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med behandling af kreditindstillinger. Herudover blev der meddelt påbud vedrørende instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag og en række andre forhold, der tilsammen viste et institut, der dels havde væsentlige styringsmæssige mangler dels generelt havde vanskeligt ved at forstå og overholde den finansielle lovgivning.

Finanstilsynet gennemførte i december 2015 endnu en undersøgelse af instituttet. Finanstilsynet kunne konstatere, at instituttet fortsat havde grundlæggende udfordringer på ledelsesniveau og alvorlige styringsmæssige mangler. Der blev ved det afsluttende møde i marts 2016 meddelt 12 påbud, hvoraf flere relaterede sig til påbuddene afgivet i maj 2015. Nedennævnte påbud gav anledning til, at Finanstilsynet vurderede klagers adfærd:

- Gentagelse af påbud i relation til bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter.
- Gentagelse af påbud om bestyrelsens håndtering af habilitet i relation til kreditindstillinger.
- Gentagelse af påbud i relation til bestyrelsens samlede viden og erfaring.
- Påbud om at bestyrelsen skulle sikre et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i relation til erhvervelse af nye aktiviteter.
- Gentagelse af påbud i relation til instituttets utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Finanstilsynet henviser i øvrigt til sagsfremstillingen i afgørelsens side 1-15.

Klageskriftet giver anledning til at kommentere på følgende faktuelle omstændigheder:

Finanstilsynet anerkender, at D er trådt tilbage som bestyrelsesformand. Finanstilsynet bemærker dog, at D var bestyrelsesformand ved samtlige af de forhold, som er gjort gældende i afgørelsen. Det har således ikke betydning for bedømmelsen af klagers udviste adfærd, at D efterfølgende er trådt tilbage som bestyrelsesformand.

Derudover anerkender Finanstilsynet, at W – og ikke C – besidder ejerandelene i instituttet. Finanstilsynet bemærker dog, at dette ikke har nogen materiel betydning for vurderingen af klagers udviste adfærd, eftersom klager er direktør og bestyrelsesmedlem i og kontrollerer begge selskaber.

For så vidt angår spørgsmålet om udleveringen af konsulentaftalen henvises til afsnit 3.3. nedenfor.

2. Retligt grundlag

Det følger af § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, at Finanstilsynet kan påbyde et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed at nedlægge sit hverv inden for en af Finanstilsynet fastsat frist, hvis denne efter § 64, stk. 2 eller 3, i lov om finansiel virksomhed ikke kan bestride hvervet.

§ 64, stk. 2 og 3, i lov om finansiel virksomhed indeholder krav til ledelsesmedlemmernes egnethed og hæderlighed. Det fremgår af § 64, stk. 3, nr. 4, at et bestyrelsesmedlem ikke må have udvist eller udvise en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på forsvarlig måde. Det fremgår af bemærkningerne [fodnote: Lovforslag nr. L 175 fremsat den 26. marts 2010.], at Finanstilsynet skal kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen, ”dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde”.

Det fremgår herudover af bemærkningerne, at Finanstilsynet løbende skal vurdere, ”om ledelsen af en finansiel virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske”.

Det præciseres endvidere i bemærkningerne hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. Hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således, at indgreb kan

ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Kravet om at inddrage hensynet til opretholdelsen af tilliden til den finansielle sektor i vurderingen fremgår i dag af § 64, stk. 4, i lov om finansiel virksomhed.

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 i lov om finansiel virksomhed krav om, at finansielle virksomheder skal have effektive former for virksomhedsstyring, og derudover 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. 1026 af 30. juni 2016 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.”

§ 117 indeholder et forbud mod bestyrelsesmedlemmers og ansattes uberettigede videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger opnået i forbindelse med deres virke i en finansiel virksomhed. Finansielle virksomhe-

ders særlige tavshedspligt medfører, at bestyrelsesmøder i finansielle virksomheder som udgangspunkt er forbeholdt bestyrelsesmedlemmerne.

3. Vurdering

3.1. Generelle bemærkninger

Finanstilsynet bemærker indledningsvist, at der er foretaget en konkret og individuel vurdering af hvert enkelt bestyrelsesmedlems egnethed, dog således at vurderingerne er foretaget på baggrund af samme hændelsesforløb i instituttet.

Det fremgår af klageskriftet, at der er tale om en ”øjeblikkelig afsættelse af hele bestyrelsen”. Hertil skal Finanstilsynet bemærke, at der i afgørelsen er fastsat en frist på én måned for klager til at nedlægge sit hverv, hvorfor der ikke var tale om øjeblikkelig afsættelse. Finanstilsynet vurderede i den forbindelse på baggrund af sit kendskab til instituttet, at det omfattende ledelsessvigt og den af klager udviste adfærd medførte en betydelig risiko for, at klager ville medvirke til at træffe nye beslutninger, som indebærer en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift. En udskiftning af instituttets ledelse var på den baggrund nødvendig og proportional.

3.2. Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøderne

Det er i klageskriftet anført, at § 117 i lov om finansiel virksomhed ikke generelt er til hinder for, at instituttets bestyrelse kan anvende eksterne konsulenter. Finanstilsynet anerkender denne betragtning, men der er i afgørelsen foretaget en konkret vurdering af Ms tilstedeværelse på bestyrelsesmøderne.

Finanstilsynet har ved meddelelse af påbuddet i maj 2016 om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved instituttets bestyrelsesmøder lagt til grund, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne var uvedkommende i relation til instituttet, og i flere tilfælde udgjorde en nærliggende risiko for at være i strid med § 117 i lov om finansiel virksomhed. Finanstilsynet lagde ved påbuddet vægt på, at instituttet 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, og at M på trods heraf og uden egentligt opdrag deltog som fast rådgiver på bestyrelsesmøderne, herunder forelagde kreditindstillinger for bestyrelsen. Finanstilsynet vurderede, at forholdene derudover stred mod bilag 6, nr. 8, i ledelsesbekendtgørelsen, hvoraf følger, at bestyrelsen i *enkeltstående* tilfælde kan tillade, at rådgivere kan være til stede under *angivne* punkter på bestyrelsesmødet. Tilsvarende bestemmelser følger af punkt 1.2.9 i instituttets forretningsorden. Det ses intet sted i bestyrelsesprotokollaterne, at klager tog stilling til, under hvilke konkrete angivne dagsordenspunkter Ms tilstedeværelse var relevant.

Der er i klageskriftet henvist til et notat udarbejdet af professor dr.jur. T, der forholder sig til det retlige grundlag for Finanstilsynets påbud. Bilaget er udarbejdet under den forudsætning, at der forelå en konsulentaftale/ansættelsesaftale mellem M og instituttet:

”M deltager i bestyrelsesmøder i B som led i Ms virke som konsulent for B. Konsulentopgaven er nærmere beskrevet i en aftale.”

Finanstilsynet har trods gentagende anmodninger herom ikke tidligere modtaget en konsulentaftale/ansættelsesaftale og bemærker samtidig, at den fremsendte konsulentaftale (klageskriftets bilag ...) er dateret den 9. december 2015. Det bemærkes, at der ikke er tidsmæssig sammenhæng mellem fortrolighedsaftalen (klageskriftets bilag ...) og konsulentaftalen (klageskriftets bilag ...), som er dateret henholdsvis den 15. juni 2015 og den 9. december 2015, altså cirka et halvt år efter hinanden. Finanstilsynets bemærkninger til sagsforløbet vedrørende udlevering af konsulentaftale/ansættelsesaftale følger nedenfor.

Finanstilsynet bemærker, at klager ikke mener, at det er korrekt, når Finanstilsynet henviser til en ansættelsesaftale mellem M og instituttet, men at det derimod skulle fremgå af notatet, at der er tale om en konsulentaftale. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at det fremgår af notatet, at professor dr.jur. T referer til en *aftale*. Finanstilsynet har ikke tillagt det materiel betydning, om Ms aftale betegnes som en ansættelsesaftale eller en konsulentaftale, idet det afgørende er, om tilstedeværelsen har været vedkommende for bestyrelsens arbejde. Instituttet har således ikke efterlevet Finanstilsynets påbud fra 2015 om at sikre, at der ikke er uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne.

Såfremt Erhvervsankenævnet vurderer, at den nu fremsendte konsulentaftale bør tillægges betydning, anfører Finanstilsynet, at M har deltaget ved minimum to bestyrelsesmøder henholdsvis den 12. og den 26. november 2015 uden et egentligt skriftligt eller mundtligt præciseret opdrag, hvorfor påbuddet, der blev givet instituttet, er berettiget. Klager har ikke dokumenteret, at der foreligger et egentlig opdrag i form af en præcist og konkret formuleret konsulentaftale eller lignende, som kan berettige Ms tilstedeværelse i perioden forud for den 9. december 2015. Finanstilsynet finder, at der er tale om et så bredt og ukonkret formuleret opdrag, at Finanstilsynet ikke finder det godtgjort, at M 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 med instituttets forretningsorden også vil være i strid med ledelsesbekendtgørelsen. Finanstilsynet finder således ikke, at det omtalte notat kan tillægges vægt i den konkrete sag.

I høringssvaret til den påklagede afgørelse henviser klager til høringssvar af 29. februar 2016 (vedrørende Finanstilsynets j.nr. 5019-0385), hvor det anføres, at Ms tavshedspligt i C kan sidestilles med og anvendes til at berettige modtagelse af fortrolige oplysninger. Finanstilsynet skal hertil bemærke, at

C har tilladelse som et betalingstjenesteinstitut efter betalingstjenesteloven og i øvrigt ikke er omfattet af lov om finansiel virksomhed, hvorfor Finanstilsynet ikke finder denne sammenligning retvisende.

Derudover er det Finanstilsynets vurdering, at en tavshedspligt opnået i forhold til en persons virke i én finansiel virksomhed ikke kan udstrækkes til andre virksomheder. Dette gælder uanset, om sådanne virksomheder også er underlagt tilsvarende tavshedspligt efter den finansielle lovgivning.

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 eventuel tavshedspligt i C eller en underskrevet fortrolighedsaftale på, hvorvidt modtagelsen må anses for berettiget.

Finanstilsynet bemærker endvidere, at instituttets brug af eksterne konsulenter går fra at være sporadisk til at have en nærmest permanent karakter, efter M introduceres i bestyrelsen som deltager ved samtlige bestyrelsesmøder. Derudover fremgår det af bestyrelsesprotokollaterne (**bilag ... og ...**), at M primært har deltaget i drøftelserne på de dagsordenpunkter, der omhandler ejerkredsens øvrige aktiviteter. Der er således end ikke tale om, at M 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 Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne.

Det er Finanstilsynets vurdering, at klager skulle have sikret, at bestyrelsens brug af eksterne konsulenter i forhold til dagsordenpunkterne på bestyrelsesmøderne var i overensstemmelse med ledelsesbekendtgørelsen, og at der generelt blev etableret betryggende foranstaltninger med henblik på at undgå uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger i forbindelse med bestyrelsesmøderne. Forbuddet mod at videregive fortrolige oplysninger er et grundlæggende element i bestyrelsesarbejdet i finansielle virksomheder. Manglende overholdelse heraf kan bl.a. have en afsmittende effekt på samfundets tillid til den finansielle sektor. Det skal samtidigt ses i lyset af, at instituttet allerede i 2015 fik meddelt påbud om at indskrænke anvendelsen af eksterne konsulenter.

Sammenfattende er det Finanstilsynets vurdering, at formålet med ledelsesbekendtgørelsens bestemmelser om udenforståendes deltagelse på bestyrelsesmøder dels er 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 virksomheder 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 & proper-godkendes, ikke deltager som uformelle bestyrelsesmedlemmer, som det synes at være tilfældet med Ms deltagelse. Med en sådan ordning ville der ske en omgåelse af reglerne i ledelsesbekendtgørelsen.

Klageskriftet henviser til en særskilt sag, som også udspringer af undersøgelsen af instituttet ultimo 2015, hvor Finanstilsynet har undersøgt, om der skulle ske politianmeldelse af klager vedrørende uberettiget videregivelse af fortrolige oplysninger efter § 117 i lov om finansiel virksomhed (Finanstilsynets j.nr. 5019-0385). Finanstilsynet bemærker, at der er tale om to separate sager. Det er ikke korrekt, når klager henviser til, at faktum og argumentationen i den påklagede afgørelse hviler på de samme forhold, som behandlet i sagen om politianmeldelsen.

Sagen om mulig politianmeldelse blev således behandlet efter § 117 i lov om finansiel virksomhed. Sagen blev afsluttet uden politianmeldelse af klager. Det fremgår af brev af 21. juni 2016 (klageskriftets bilag ...), at "[...] det [er] fortsat Finanstilsynet vurdering, at det ikke kan udelukkes, at der er sket en overtrædelse af lov om Finansiell virksomhed § 117 i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne".

Påbuddet om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøderne blev meddelt overfor instituttet på det afsluttende møde i marts 2016 med hjemmel i bilag 6, nr. 7-9, i ledelsesbekendtgørelsen. Herudover bemærkede Finanstilsynet, at Ms deltagelse i bestyrelsesmøderne indebar "en meget betydelig risiko for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed", hvilket fortsat er Finanstilsynets vurdering, jf. brev af 21. juni 2016. Finanstilsynet har således ikke ændret i vurderingen af forholdet, som klager anfører. Det er imidlertid klagers manglende efterlevelse af påbuddet fra 2015 om samme forhold, der indgik som ét blandt flere kritisable forhold ved vurderingen af klagers adfærd efter § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed.

Det forhold, at Finanstilsynet ikke politianmeldte klager for overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed, fører ikke til en anden vurdering af klagers adfærd.

3.3. Udlevering af konsulentaftalen

Finanstilsynet er ikke enig i gengivelsen af forløbet vedrørende Finanstilsynets anmodning om en kopi af konsulentaftalen eller tilsvarende vedrørende Ms arbejde for instituttet.

Klager anfører i klageskriftet, at det fremgår på side 7 i afgørelsen, at Finanstilsynet ikke har modtaget en konsulentaftale eller anden dokumentation vedrørende Ms arbejde for instituttet. Klager anfører i forlængelse heraf, at instituttets direktør L har bekræftet, at konsulentaftalen med M 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 Ms konsulentaftale.

Finanstilsynet gennemførte en undersøgelse af instituttet 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 instituttets direktør L om en kopi af den aftale om konsulentbistand, som instituttet havde

indgået med M. 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 L. Finanstilsynet spurgte specifikt, om der var tale om det fulde aftalegrundlag, hvilket L bekræftede. Det bemærkes, at konsulentaftalen mellem instituttet og M er dateret dagen efter dette møde nemlig den 9. december 2015, og dermed dagen efter at Finanstilsynet overfor instituttet havde påpeget problemerne ved, at der ikke forelå en egentlig aftale om opdrag m.v.

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

Som svar på denne anmodning modtog Finanstilsynet brev af 8. januar 2016 fra instituttet (**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 9.”

For så vidt angår M, var alene fortrolighedsaftalen af 15. juni 2015 vedlagt, denne gang i underskrevet stand. Det fremgår ikke af instituttets brev, at der skulle foreligge en decideret konsulentkontrakt for M, og instituttet skrev som anført ovenfor, at alle indgåede kontrakter var vedlagt instituttets brev. Konsulentaftalen mellem instituttet og M 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 M. Finanstilsynet har, som det ses af ovenstående, flere gange efterspurgt det fulde aftalegrundlag med M, 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 det afsluttende møde 15. marts 2016 og i selve rapporten har anført ikke at have modtaget selve aftalen.

3.4. Øvrige væsentlige forhold for den samlede vurdering

Finanstilsynet har ved afgørelsen lagt vægt på en række beslutninger truffet af den samlede bestyrelse, bl.a. flere tilfælde af medvirken til uforsvarlig kreditgivning på utilstrækkeligt bevillingsgrundlag og manglende kompetencer og forståelse for den finansielle lovgivning, som i flere tilfælde er overtrådt.

Herudover har Finanstilsynet lagt vægt på bestyrelsens manglende forankring og prioritering af efterlevelse af Finanstilsynets påbud på området for god selskabsledelse, bl.a. flere alvorlige overtrædelser af habilitetsreglerne i forbindelse med bestyrelsesarbejdet. Klager har på intet tidspunkt italesat instituttets mangelfulde efterlevelse af påbuddene fra maj 2015 ved udøvelsen af deres hverv. Finanstilsynet konstaterede således i forbindelse med undersøgelsen af instituttet en gennemgående passivitet hos klager, hvilket har været en medvirkende årsag til de kritisable forhold, herunder har muliggjort enkelte bestyrelsesmedlemmers varetagelse af egne interesser frem for instituttets. Som det fremgår af afgørelsen finder Finanstilsynet i flere tilfælde, at bevillingsgrundlaget for kreditindstillinger var ubetyrsggende, og at dette navnlig var tilfældet i sager, hvor enkelte eller flere bestyrelsesmedlemmer potentielt havde særinteresser knyttet til den virksomhed, som indstillingen angik. Finanstilsynet har ikke kunne konstatere en styrkelse af ledelsen af instituttet, efter påbuddene blev meddelt i maj 2015. Finanstilsynet har tværtimod i flere tilfælde konstateret en forværring.

Finanstilsynet har således ikke begrundet afgørelsen i en enkelt overtrædelse i forbindelse med anvendelsen af ekstern konsulent, som klageskriftet lægger op til. Tværtimod er afgørelsen, som det også fremgår af disse, begrundet i en lang række forhold. Det er væsentligt her at fremdrage, at de mange påbud, som instituttet modtog i 2015 og 2016, vidner om en grundlæggende mangel på forståelse fra klagers side om, hvad det indebærer at drive finansiell virksomhed. Det er efter Finanstilsynets opfattelse en skærpende omstændighed, at mange af påbuddene fra 2015 gentages i 2016, hvilket må ses som et vidnesbyrd om, at klager ikke har haft de fornødne kompetencer eller vilje til at rette op på de kritisable forhold.

Det er således Finanstilsynets vurdering, at den samlede udviste adfærd giver grund til at antage, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at instituttet inden for en kort årrække ikke vil kunne fortsætte sin drift, medmindre der sker meget væsentlige ændringer i instituttets samlede ledelse og drift.

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 på trods af tidligere påbud om at begrænse anvendelsen af eksterne konsulenter. Det er derudover Finanstilsynets vurdering, at deltagelsen hverken kan antages at have været berettiget eller haft en relevans for løsningen af konkretiserede opgaver.

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 over-

trædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed i forbindelse med Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne, men at Finanstilsynet har valgt ikke at foretage yderligere undersøgelser af forholdet, giver ikke anledning til at ændre påbuddet eller bedømmelsen af klagers udviste adfærd.

Afslutningsvis bemærkes, at afgørelsen er truffet på grundlag af en samlet vurdering af klagers adfærd som bestyrelsesmedlem i instituttet, jf. vurderingen i afsnit 5 i afgørelsen. Finanstilsynet fastholder, at den af klager udviste adfærd giver grund til at antage, at klager ikke vil varetage sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet på forsvarlig vis.

Finanstilsynet fastholder derfor påbuddet efter § 351, stk. 2, i lov om finansiel virksomhed, hvorefter klager skulle nedlægge sit hverv som bestyrelsesmedlem i instituttet.

...”

Ved skrivelse af 14. september 2016 er advokat A fremkommet med følgende yderligere bemærkninger:

” ...

Som advokat for K1, G, E og K4 skal jeg herved fremsætte vore bemærkninger til Finanstilsynets udtalelser af 17. august 2016 i ovennævnte sag i Erhvervsankenævnet (herefter "Udtalelserne"). Idet Erhvervsankenævnet behandler klagerne under én sag, og Afgørelserne er foretaget på baggrund af samme hændelsesforløb og i øvrigt fremstår nærmest identiske, er vore bemærkninger til Udtalelserne samlet i denne skrivelse.

1. Øvrige påklagede sager

B har til Erhvervsankenævnet separat påklaget de i Afgørelserne nævnte påbud fra Finanstilsynet vedrørende Bs brug af eksterne konsulenter samt vedrørende bestyrelsens håndtering af habilitet (Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752). Vi skal derfor i det hele henvise til Bs bemærkninger i disse separate sager i Erhvervsankenævnet (bilag ... og bilag ...).

2. Bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder

2.1 § 117 i lov om finansiel virksomhed

Finanstilsynets anfører, at frafaldet af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed ikke fører til en anden vurdering af bestyrelsesmedlemmernes adfærd. Hertil skal det bemærkes, at det fremgår af Afgørelserne, at "*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 Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøder er uvedkommende i relation til instituttet og i flere tilfælde indebærer en overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed.*" (Afgørelsernes punkt 4.1 under overskriften 'Finanstilsynets bemærkninger til påbuddet').

Der er en klar sammenhæng mellem ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, nr. 7-9 og § 117 i lov om finansiel virksomhed, idet bestemmelserne bygger på at forebygge videregivelse af fortrolige oplysninger. Sagsforløbet i nærværende sag bygger på de samme forhold som i den nu frafaldte sag vedrørende § 117 i lov om finansiel virksomhed. Idet § 117 i lov om finansiel virksomhed nævnes flere gange og behandles i Afgørelserne, må forholdet vedrørende denne bestemmelse unægtelig have haft indflydelse på Finanstilsynets vurdering af bestyrelsesmedlemmerne. Det fastholdes derfor, at Finanstilsynets afslutning af sagen om overtrædelse af § 117 i lov om finansiel virksomhed bør tages til indtægt i vurderingen af nærværende afgørelse.

Finanstilsynet anfører, at Ms tilstedeværelse ved bestyrelsesmøderne er uvedkommende. Hertil må det gøres gældende, at B er nærmest til at vurdere, hvorvidt Ms deltagelse er relevant ud fra en ledelsesmæssig og strategisk betragtning.

Ms opgaver er bredt definerede, og M har ifølge konsultentaftalen en juridisk og økonomisk uddannelsesmæssig baggrund og en erfaring som bl.a. *general counsel* for en anden finansiel virksomhed. Herved besidder M sådanne kompetencer, som meget bredt favner de opgaver, som påhviler bestyrelsen i en finansiel virksomhed. Følgelig er Ms deltagelse på bestyrelsesmøderne som rådgiver sagligt begrundet, når bestyrelsen har vurderet, at der var rimelig grund til at tro, at M kunne bidrage til at træffe de rigtige forretningsmæssige beslutninger med tanke på Ms uddannelsesmæssige baggrund og relevante erfaring.

2.2 Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752 – brug af eksterne konsulenter

B har den 8. september 2016 fremsendt deres bemærkninger til Finanstilsynets udtalelser i Erhvervsankenævnets j.nr. 2016-4752. Vi skal derfor henvise til denne skrivelse fra B, der beskriver forholdet nærmere (Se bilag ...).
...

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

Ankenævnet udtaler:

I henhold til § 64, stk. 3, nr. 4, i lov om finansiel virksomhed må et medlem af bestyrelsen i en finansiel virksomhed ikke have udvist eller udvise en sådan adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Ved vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen lever op til kravet i stk. 3, nr. 4, skal der lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, jf. lovens § 64, stk. 4.

Af bestemmelsens forarbejder (lovforslag nr. 175 af 26. marts 2010 – under bemærkningerne til de enkelte bestemmelser) fremgår blandt andet:

”I nr. 4 foreslås det, at Finanstilsynet får beføjelse til at kunne gribe ind over for et medlem af bestyrelsen eller direktionen, dersom den pågældende har udvist eller udviser en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at den pågældende ikke vil varetage hvervet eller stillingen på forsvarlig måde. Bestemmelsen foreslås bl.a. anvendt i den situation, hvor bestyrelsesmedlemmets eller direktørens private økonomi er i en sådan uorden, at selve dette forhold må anses for særdeles belastende for varetagelsen af den overordnede ledelse af den finansielle virksomhed. Som eksempler på økonomisk uorden kan nævnes at vedkommende har restancer, er indberettet som dårlig betaler eller lignende.

...

Finanstilsynet skal endvidere løbende vurdere, om ledelsen af en finansiell virksomhed sker på betryggende vis og gribe ind, hvis bestyrelsen eller direktionen har handlet til skade for virksomheden. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedens ledelse ikke har sikret en ordentlig kreditstyring, har undladt at efterleve krav om god administrativ praksis og regnskabspraksis, eller har undladt at iværksætte fyldestgørende kontrolprocedurer. Hertil kommer andre tilfælde, hvor forsømmelser, dumdristighed eller passivitet har skadet den finansielle virksomhed, eller der er risiko for, at dette vil ske.

De finansielle virksomheder, som er kollapsede under den nuværende finansielle krise, har generelt været karakteriseret ved, at virksomhederne havde anlagt en meget ekspansiv og risikopræget strategi, og at ledelsen ikke havde sikret sig, at der var effektive og tilstrækkelige kontrolprocedurer til at styre virksomhedens risici. Det er hensigten med den nye affattelse af stk. 2, nr. 4, at sikre, at Finanstilsynet, hvis det i forbindelse med dets inspektioner bliver bekendt med, at en virksomhed drives på en risikopræget og ledelsesmæssig mangelfuld måde, skal tage stilling til, om medlemmerne i virksomhedens ledelse lever op til kravet i bestemmelsen. Det er ligeledes hensigten, at der fremover er mulighed for at tillægge hensynet til tilliden til den finansielle sektor og dermed hensynet til at bevare den finansielle stabilitet, større betydning, når det skal vurderes om et indgreb overfor et siddende ledelsesmedlem er proportionalt i forhold til de forsømmelser, vedkommende har udvist.

Som noget nyt fremgår det eksplicit, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af et ledelsesmedlems adfærd. Det præciseres hermed, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal indgå i vurderingen af, om et ledelsesmedlem har udvist eller udviser en adfærd, der indebærer en risiko for, at vedkommende ikke kan varetage sit hverv eller sin stilling på forsvarlig vis. En tillid som fordrer, at det ledelsesmæssige råderum er mere snævert for f.eks. en direk-

tør i et pengeinstitut eller bestyrelsesformanden i et forsikringsselskab, end for personer, som leder virksomheder i andre brancher.

Det har hidtil været således, at man har benyttet den samme proportionalitetsvurdering i forbindelse med indgreb efter reglerne om egnethed og hæderlighed i den finansielle lovgivning, som den, der benyttes efter straffelovens § 78, stk. 2, om personer som udøver virksomhed, hvortil der kræves en særlig offentlig autorisation eller godkendelse.

Benyttes denne vurdering, indebærer det imidlertid, at det i praksis er stort set umuligt at gribe ind over for ledelsesmedlemmer, som har vist sig uegnede til at stå i spidsen for en finansiell virksomhed, men som ikke kan fjernes med henvisning til de mere objektivt konstaterbare kriterier i § 64, stk. 1, nr. 1 - 3. Tilsidesættelse af det mere skønspregede krav i § 64, stk. 2, nr. 4, vil som oftest ikke være proportionale efter den nuværende proportionalitetsvurdering i henhold til straffelovens § 79 om rettighedsfrakendelse. Det har hidtil været vurderingen, at der skal være helt klare tegn på, at virksomheden havde lidt skade eller at dette ville ske umiddelbart efter. Derimod ville et indgreb mod et ledelsesmedlem, hvis handlinger endnu ikke havde manifesteret sig i økonomiske vanskeligheder ikke kunne anses for proportionalt.

Med den nye formulering af stk. 2, nr. 4, fastslås det, at hensynet til at opretholde og sikre den fremtidige tillid til den finansielle sektor skal inddrages, når proportionaliteten i en konkret vurdering eller i et konkret indgreb over for et ledelsesmedlem, skal vurderes. For at opretholde tilliden til den finansielle sektor fordres det således at indgreb kan ske på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og sit kendskab til markedsforholdene samt til den konkrete virksomhed vurderer, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at virksomheden inden for 2-3 år ikke vil kunne fortsætte sin drift, hvis ikke der sker meget væsentlige ændringer i virksomhedens ledelse og drift.

Hertil kommer, at da ledelsessvigt og økonomiske problemer i en enkelt finansiell virksomhed har en afsmittende effekt på hele den finansielle sektors omdømme og det omgivende samfunds tillid til sektoren, vil ledelsessvigt i selv små finansielle virksomheder kunne have betydning for tilliden til den samlede branche. Man kan således ikke, blot fordi der er tale om en lille virksomhed eller en virksomhed, som alene beskæftiger sig med et begrænset område, udlede, at ledelsessvigt ikke har betydning for tilliden til den samlede finansielle sektor.”

Påbud i Finanstilsynets rapport af 11. maj 2015

Det fremgår af sagen, at Finanstilsynet i perioden fra den 26. januar til den 3. februar 2015 gennemførte en undersøgelse af B, der førte til, at der i en rapport af 11. maj 2015 blev meddelt et betydeligt antal påbud og påtaler, heraf tre påbud, som var rettet direkte mod bestyrelsen.

Det ene af disse påbud angik bestyrelsens anvendelse af eksterne konsulenter ved bestyrelsesmøder, og i påbuddet blev det anført, at B skulle indsnævre muligheden i forretningsordenen for at give eksterne rådgivere adgang til bestyrelsesmøder samt sikre, at disse ikke uberettiget modtog fortrolige oplysninger.

Det andet påbud angik bestyrelsens håndtering af habilitet i forbindelse med kreditindstilling, idet tilsynet kunne konstatere, at mails i bevillingssager, hvor et bestyrelsesmedlem var inhabilt, desuagtet blev sendt til vedkommende. B blev påbudt at sikre, at bestyrelsesmedlemmer, som ikke måtte være til stede ved behandlingen af en sag, ikke modtog mail-korrespondance om sagen, før en endelig beslutning i sagen var truffet.

I et tredje påbud rettet direkte mod bestyrelsen påbød Finanstilsynet B at sikre, at den samlede bestyrelse samt direktionen besad den fornødne viden om Bs egne forhold samt de lovgivningsmæssige krav, der stilles til Bs virksomhed og interne forhold til at kunne sikre en fornuftig drift af B fremadrettet. Påbuddet var blandt andet begrundet i, at B havde været igennem en periode med stor udskiftning i bestyrelsen og direktionen med deraf følgende større risiko for tab af viden om og indsigt i B samt større risiko for svigt i væsentlige forretningsmæssige sagsgange og kontroller.

Herudover indeholdt rapporten af 11. maj 2015 en række påbud og påtaler, herunder angående sparekassens utilstrækkelige bevillingsgrundlag. For enkelte af påbuddene var der tale om gentagelser fra de to foregående undersøgelser i 2013 og 2014.

Påbud i Finanstilsynets rapport af 17. maj 2016

Finanstilsynet gennemførte i perioden fra den 7. til den 11. december 2015 samt den 21. januar 2016 en ny undersøgelse af B, hvilken undersøgelse førte til, at der i en rapport af 17. maj 2016 blev meddelt B 12 påbud.

Finanstilsynet meddelte – i lighed med påbuddet i rapporten af 11. maj 2015 – instituttets bestyrelse påbud om at sikre, at der ikke var uvedkommende personer til stede ved bestyrelsesmøder, særligt ved behandling af fortrolige oplysninger, som ikke

lovligt kunne videregives. Finanstilsynet konstaterede således blandt andet, at B ikke havde foretaget betryggende foranstaltninger til at indsnævre brugen af eksterne konsulenter på bestyrelsesmøderne, som der var givet påbud om i maj 2015.

Finanstilsynet gentog endvidere påbuddet om bestyrelsens håndtering af habilitet i relation til kreditindstillinger, idet tilsynet fandt, at Bs foranstaltninger til opfølgning på påbuddet fra maj 2015 var utilstrækkelige.

Disse to påbud meddelte B i rapport af 17. maj 2016 – der som anført var gentagelser af påbud fra 2015 – er tiltrådt af Erhvervsankenævnet ved kendelse afsagt samtidig med denne kendelse.

Herudover meddelte Finanstilsynet i rapporten af 17. maj 2016 på ny instituttet påbud om at sikre, at den samlede bestyrelse og direktion besad den fornødne viden om lovgivningsmæssige krav og drift af pengeinstitutter til at kunne sikre en forsvarlig drift af instituttet fremadrettet. Erhvervsankenævnet kan tiltræde de af tilsynet til grund for dette påbud anførte bemærkninger om, at B fortsat havde stor udskiftning i bestyrelsen, og at Bs tiltag for at styrke bestyrelsens samlede viden og erfaring måtte anses som utilstrækkelige, idet man kun havde efteruddannet den nyligt udtrådte bestyrelsesformand og den ene direktør, men ikke foretaget tiltag i forhold til de øvrige ledelsesmedlemmer og at andelskassens tiltag for at styrke bestyrelsens samlede viden og erfaring måtte anses som utilstrækkelige, idet man kun havde efteruddannet den nyligt udtrådte bestyrelsesformand og den ene direktør, men ikke foretaget tiltag i forhold til de øvrige ledelsesmedlemmer.

Endvidere gentog Finanstilsynet i rapporten af 17. maj 2016 påbuddet vedrørende Bs utilstrækkelige bevillingsgrundlag.

Det fremgår af sagen, at der i B forud for påbuddene i 2015 og 2016 angående utilstrækkelige bevillingsgrundlag var eksponeringer, hvis størrelse var meget betydelige i forhold til Bs størrelse, og at mange af eksponeringerne var med ejerkredsen og dennes netværk. Det fremgår endvidere, at der i forbindelse med bestyrelsens behandling af kreditindstillinger i mange tilfælde ikke blev foretaget økonomiske analyser af låntager og skete afklaring af fornødne juridiske spørgsmål angående f.eks.

modtagelse af sikkerheder, ligesom kreditvurderinger af kunder og stillede sikkerheder efter det oplyste må anses for klart utilstrækkelige. Erhvervsankenævnet tiltræder efter de foreliggende oplysninger, at de utilstrækkelige bevillingsgrundlag i kraft af bevillingernes størrelse i forhold til Bs kapitalgrundlag medførte risici for Bs mulighed for fortsættelse af driften i forhold til lovens kapitalkrav.

Klagernes adfærd

Erhvervsankenævnet lægger til grund, at klagerne, der alle var medlemmer af bestyrelsen i B ved udgangen af 2015, har deltaget i de beslutninger, der har ført til i hvert fald de påbud, der blev meddelt i rapporten af 17. maj 2016 og med viden om de tidligere meddelte påbud i rapporten af 11. maj 2015 angående samme forhold.

Ankenævnet finder efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger om klagernes adfærd som bestyrelsesmedlemmer i B, at de ikke har udøvet deres ledelsesmæssige funktioner på betryggende vis, hvorved B er blevet drevet på en risikopræget og mangelfuld måde, således at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at B inden for få år ikke vil kunne fortsætte sin drift, såfremt der ikke sker meget væsentlige ledelses- og driftsmæssige ændringer.

Ankenævnet finder på denne baggrund og i øvrigt af de grunde, der er anført af Finanstilsynet, at K1, K2, K3 og K4 har udvist en sådan adfærd, at der er grund til at antage, at de ikke vil varetage hvervene som bestyrelsesmedlemmer i B på forsvarlig måde, jf. lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 3, nr. 4. Der er ved vurderingen lagt vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor, jf. lovens § 64, stk. 4. Det tiltrædes derfor, at de er pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år regnet fra Finanstilsynets afgørelse den 15. juni 2016, jf. lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 2 og stk. 6, jf. § 64, stk. 3, nr. 4.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelser af 15. juni 2016.