



Folketinget, Christiansborg  
1240 København K  
Att.: Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg  
[folketinget@ft.dk](mailto:folketinget@ft.dk)

22. december 2011

**Anmodning om foretræde vedrørende lovforslag nr. L 59 – ændring af lov om finansiel virksomhed mv.**

Erhvervs- og vækstministeren har den 14. december 2011 fremsat lovforslag nr. L 59 om ændring af bl.a. lov om finansiel virksomhed. Der er tale om et større samlelovforslag.

Lovforslaget indebærer bl.a. en ændring af bestemmelsen i § 347 b i lov om finansiel virksomhed om såkaldte uvildige undersøgelser af forhold i en finansiel virksomhed ved f.eks. en advokat, så det i givet fald fremover vil være den finansielle virksomhed – og ikke som i dag Finanstilsynet – der vil være aftalepart i forholdet til den uvildige sagkyndige undersøger. Klientforholdet etableres således imellem den finansielle virksomhed og undersøgeren og ikke – som efter de gældende regler – imellem Finanstilsynet og undersøgeren.

Danske Advokater og Advokatrådet har under det lovforberedende arbejde flere gange tilkendegivet over for Erhvervs- og Vækstministeriet (Finanstilsynet), at den foreslåede ordning giver anledning til meget alvorlige betænkeligheder, navnlig i forhold til de udbudsretlige regler og den advokatretlige regulering.

Der henvises i den sammenhæng nærmere til de hørings svar, som Danske Advokater og Advokatrådet har afgivet henholdsvis den 24. og 25. august i år. Kopi af hørings svarene vedlægges, idet det tilføjes, at det fremsatte lovforslag er så godt som identisk med det lovudkast, som var i høring hen over sommeren 2011.

Det bemærkes også, at Erhvervs- og Vækstministeriet for nylig har sendt et lovudkast i høring, som lægger op til en tilsvarende bestemmelse om uvildige undersøgelser i lov om investeringsforeninger.

Erhvervs- og vækstministeren har i et høringsnotat af 14. december, jf. pkt. 5, side 10-13, knyttet en række kommentarer til de indvendinger imod ordningen, som er fremsat fra vores side, men det er vores opfattelse, at Erhvervs- og Vækstministeriet ikke har forholdt sig fyldestgørende til vores overvejelser og betænkeligheder.

H. C. Andersens Boulevard 45  
1553 København V

Telefon 33 43 70 00  
[mail@danskeadvokater.dk](mailto:mail@danskeadvokater.dk)  
[www.danskeadvokater.dk](http://www.danskeadvokater.dk)

Sagsnr. 2011-00730

*For det første* er der ikke redegjort nærmere for den analyse og de overvejelser om de centrale spørgsmål om pligt til forudgående offentliggørelse i forhold til de udbudsretlige regler, som ministeriet måtte have gjort sig, herunder i anledning af de to organisationers høringsvar.

*For det andet* indeholder hverken lovforslagets bemærkninger eller høringsnotatet nærmere overvejelser om de alvorlige betænkeligheder i forhold til den advokatretlige regulering, som forslaget rejser, og som efter vores opfattelse taler med meget betydelig vægt imod den foreslåede model for gennemførelse af uvildige undersøgelser.


Som det fremgår af Danske Advokaters og Advokatrådets høringsvar, rejser den foreslåede model til at gennemføre uvildige undersøgelser alvorlige spørgsmål i forhold til, om advokater inden for den advokatretlige regulerings rammer vil kunne påtage sig opgaven som uvildig undersøger. Det hænger navnlig sammen med spørgsmålet om, hvad det reelle forhold er, nemlig at det er Finanstilsynet, der bestiller og er adressat for undersøgelsen, og med advokaters tavshedspligt med hensyn til oplysninger i klientforhold. Forholdet imellem en advokat og en klient er således især karakteriseret ved et fortrolighedsforhold, som beskyttes af lovgivningen og ikke kan tilsidesættes. Lovforslaget indebærer et brud på dette fundamentale princip, idet undersøgeren, f.eks. en advokat, skal rapportere tilbage til Finanstilsynet om resultatet af sine undersøgelser, selv om der ikke består nogen klientrelation imellem myndigheden og advokaten. Et sådant brud på helt grundlæggende advokatretlige principper bør kun gennemføres, hvis meget stærke hensyn taler for det – og hvis problemstillingen er velbelyst i lovforslagets bemærkninger og høringsnotatet. Dette er desværre ikke tilfældet.

I ministerens høringsnotat er der således et afsnit (side 13) om advokater og faste klientforhold, hvor det bl.a. er anført, at der ikke sker indgreb i virksomhedens rettigheder i forhold til dennes faste advokat. Afsnittet er irrelevant for den foreliggende problemstilling, idet vi i høringsvarene ikke har forholdt os til spørgsmålet om forholdet mellem *advokater og faste klienter*, idet dette ikke ses at have nogen betydning i denne sammenhæng. En uvildig undersøgelse skal jo netop gennemføres af en sagkyndig person, som er uvildig i forhold til den konkrete finansielle virksomhed.

På den baggrund beder Danske Advokater og Advokatsamfundet om foretræde for Folketingets Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalg med henblik på at få lejlighed til i forbindelse med udvalgets behandling af lovforslaget at uddybe og nærmere begrunde de synspunkter og betænkeligheder, som forslaget giver anledning til.

Erhvervs- og vækstministeren modtager kopi af dette brev.

Med venlig hilsen



Paul Møllerup  
adm. dir.  
Danske Advokater



Torben Jensen  
generalsekretær  
Advokatsamfundet

Finanstilsynet  
Århusgade 110

2100 København Ø

[ministerbetjening@ftnet.dk](mailto:ministerbetjening@ftnet.dk) + [lvi@ftnet.dk](mailto:lvi@ftnet.dk)

KRONPRINSESSEGADE 28  
1306 KØBENHAVN K  
TLF. 33 96 97 98  
FAX 33 36 97 50

DATO: 25-08-2011  
SAGSNR.: 2011 - 2813  
ID NR.: 135812

**Høring - forslag til lov om ændring af finansiel virksomhed, lov om betalingstjenester og elektroniske penge, lov om værdipapirhandel mv., lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme og forskellige andre love**

Ved e-mail af 04-07-2011 har Finanstilsynet anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

**1. Forslag til ændring af lov om finansiel virksomhed § 347b**

**1.1. Baggrunden for lovforslaget – forholdet til udbudsreglerne mv.**

Indledningsvis bemærkes, at det fremsendte udkast til lovforslag er stort set enslydende med det forslag, Finanstilsynet sendte i høring i februar 2010, og som efter bemærkninger fra bl.a. Advokatrådet blev ændret til den nuværende formulering af § 347b i lov om finansiel virksomhed.

I forbindelse med de eksisterende reglers tilblivelse fremkom Advokatrådet med en række betænkeligheder ved den valgte lovgivningsmodel. Advokatrådet finder fortsat, at disse betænkeligheder taler med betydelig vægt imod at foretage den ændring, der nu igen lægges op til, hvorefter det er den finansielle virksomhed, der formelt antager en sagkyndig, men hvor vedkommende sagkyndige reelt er undergivet Finanstilsynets instruktionsbeføjelse mv.

Det fremgår af forslagens bemærkninger, at det egentlige formål med forslaget er at undgå, at undersøgelser som de her omhandlede, skal sendes i offentligt udbud.

Advokatrådet skal hertil bemærke, at såfremt udbudsreglerne findes at indebære en uhensigtsmæssig retsstilling, synes det mere passende at overveje justeringer i udbudsreglerne frem for gennem formelle regler at sløre den reelle retsstilling, nemlig at Finanstilsynet ønsker at kunne foretage en undersøgelse af en finansiel

virksomhed, men således at udgifterne hertil afholdes af virksomheden. Lægges det imidlertid til grund, at de nævnte undersøgelser er udbudspligtige, vil en lovændring der reelt har til formål at komme udenom denne forpligtelse rejse spørgsmål om omgåelse af Danmarks EU-retlige forpligtelser.

Advokatrådet skal endvidere bemærke, at der ikke i lovforslaget er redegjort tilstrækkelig præcist for de udbudsretlige hindringer for, at Finanstilsynet uden et udbud selv kan antage den sagkyndige bistand. Advokatrådet finder ikke det vil kræve et udbud, hvis Finanstilsynet efter de gældende regler overlader undersøgelsen til Kammeradvokaten. Advokatrådet skal endvidere bemærke, at den gældende ordning i vidt omfang svarer til granskningsreglerne i § 59 i lov om erhvervsdrivende fonde, hvorefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan udpege en sagkyndig til at foretage en nærmere granskning af en erhvervsdrivende fond. Advokatrådet bekendt forudsætter granskning ikke gennemførelse af offentligt udbud. Endvidere bemærkes, at den finansielle lovgivning på andre områder indeholder regler om udpegning af sagkyndige, se f.eks. lov om finansiell virksomhed § 199 om udpegning af revisor, § 231 om udnævnelse af likvidator og § 247a om udpegning af administrator. Endelig bemærkes, at der over de senere år er gennemført en række advokatundersøgelser hos forskellige offentlige myndigheder, herunder i centraladministrationen, uden at disse undersøgelser forinden har været sendt i offentligt udbud.

Advokatrådet er på det foreliggende grundlag derfor tvivlende overfor, om udbudsreglerne i deres nuværende form udelukker, at den eksisterende bestemmelse i § 347b kan anvendes uden et offentligt udbud, og finder, at den retlige analyse, der ligger til grund for lovforslagets antagelse herom, bør beskrives nærmere i bemærkningerne til lovforslaget. De bemærkninger, der ledsager det fremsendte lovudkast er således holdt i generelle og vage vendinger vedrørende grundlaget for antagelsen om udbudspligt. Advokatrådet skal derfor opfordre til, at denne retlige problemstilling med hensyn til spørgsmålet om de udbudsretlige reglers rækkevidde underkastes nærmere analyse *før* lovforberedelsen afsluttes. I den forbindelse bør også de særlige undtagelser for myndighedsudøvelse analyseres nærmere. Som led i analysen skal Advokatrådet anbefale, at der rettes spørgsmål til EU-Kommissionen med henblik på at afklare, om Kommissionen finder det foreneligt med fællesskabsreguleringen, hvis den eksisterende ordning fastholdes, uden at sagerne sendes i udbud.

## 1.2. Bemærkninger til den foreslåede bestemmelse

Advokatrådet finder fortsat grundlæggende, at bestemmelsen i § 347b bør afspejle de reelle forhold, nemlig at det er Finanstilsynet og ikke den undersøgte finansielle virksomhed, der er adressat for og bestiller af undersøgelsesrapporten. Den model, der anvendes i lovforslaget, hvorefter det formelt er den finansielle virksomhed, der bestiller en undersøgelse, men reelt efter ønske fra Finanstilsynet, giver anledning til meget væsentlige betænkeligheder.

Advokatrådet finder således, at modellen kan rejse en række væsentlige spørgsmål af fortrinsvis advokatregulatorisk karakter, herunder om en undersøgelse efter det foreliggende forslag vil kunne udføres af advokater inden for de gældende normer for advokaters adfærd. Det skyldes, at lovforslaget er bygget op, så klienten formelt er den finansielle virksomhed, der er under undersøgelse. Samtidig fremgår det imidlertid, at advokaten vil have pligt til at meddele Finanstilsynet oplysninger i visse tilfælde, og dermed tilsidesætte den tavshedspligt, der normalt gælder i klientforhold. Der er således tale om, at man via lovgivningen etablerer et trepartsforhold, som på helt centrale punkter bryder med grundlæggende principper for advokaters klientrelationer.

Advokatrådets bekymring knytter sig især til følgende bestemmelse i den foreslåede § 347 b:

*” Stk. 3. Den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed eller den fælles datacentral skal give de sagkyndige personer de oplysninger, der er nødvendige for gennemførelsen af den uvildige undersøgelse. ”*

Hensigten med bestemmelsen må være, at advokaten skal kunne påbyde klienten at udlevere oplysninger, og løbende videregive disse til en tredjepart – her Finanstilsynet. Dette vil bringe advokater i en helt særegen position i forhold til deres egen klient og vil kunne betyde, at advokaten kommer i direkte modsætningsforhold til klienten.

Advokatrådet finder, at bestemmelsen i stk. 3 i sig selv formentlig vil kunne håndteres derved, at advokaten alene anmoder om oplysninger, og såfremt disse ikke stilles til rådighed, da meddeler klienten, at den bestilte undersøgelse så ikke kan udføres. Dermed vil problemet ikke være et problem mellem advokat og klient, men – som det bør - mellem klienten og Finanstilsynet, men en sådan fremgangsmåde giver ikke Finanstilsynet nogen særlig sikker viden om, hvilke oplysninger, advokaten forgæves har efterspurgt, eller hvad der i øvrigt er årsagen til, at undersøgelsen ikke kan gennemføres som planlagt.

*” Stk. 4. De sagkyndige personer skal udlevere en kopi af den skriftlige rapport om undersøgelsen til Finanstilsynet senest samtidig med, at denne udleveres til den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed eller den fælles datacentral. ”*

Bestemmelsen er særegen og der er Advokatrådet bekendt ikke andre eksempler i lovgivningen på, at en advokat har pligt til at give en offentlig myndighed de samme oplysninger, som klienten får som led i rådgivningen. Det fremgår i øvrigt ikke af lovforslaget, om advokaten – sådan som det vil være normal praksis i klientforhold – må drøfte tilblivelsen af rapporten med den finansielle virksomhed, herunder fremsende udkast til rapport til gennemsyn og kommentarer mv. Bestemmelsen i sin nuværende form afspejler, at det reelt er Finanstilsynet, der er adressat for rapporten. Opretholdes forslaget om, at det er den finansielle virksomhed, der er klienten, vil det

formentlig være at foretrække, hvis bestemmelsen udformes, så det er klienten, der forpligtes til at give tilsynet en kopi. Bestemmelsen vil i givet fald kunne formuleres således:

*” Stk. 4. Den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed eller den fælles datacentral skal straks udlevere en kopi af den skriftlige rapport fra de sagkyndige personer til Finanstilsynet. ”*

Advokatrådet har endvidere væsentlige betænkeligheder ved forslaget til § 347b, stk.5:

*” Stk. 5. De sagkyndige personer skal straks give Finanstilsynet oplysninger om forhold, de bliver opmærksomme på i forbindelse med den uvildige undersøgelse, såfremt der er oplysninger af væsentlig betydning for virksomhedens risikoprofil eller forretningsmodel, som medfører en ikke uvæsentlig risiko for, at disse forhold kan udvikle sig således, at virksomheden vil miste sin tilladelse. ”*

Bestemmelsen må ses i sammenhæng med forslaget til § 347 b, stk. 1, 3. pkt.: *Finanstilsynet kan bestemme, at de sagkyndige personer løbende skal foretage afrapportering til Finanstilsynet om forhold i forbindelse med undersøgelsen.*

Advokatrådet skal foreslå, at bestemmelsen i stk. 5 helt udgår af lovforslaget, og at stk. 1, 3. pkt. i givet fald formuleres således:

*Finanstilsynet kan bestemme, at den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed eller den fælles datacentral løbende skal foretage afrapportering til Finanstilsynet om forhold, de sagkyndige personer måtte påpege som problematiske i forbindelse med undersøgelsen.*

De foreslåede ændringer kan i nogen grad afbøde nogle af de problemer, lovudkastet giver anledning til. Den foreslåede retsstilling giver i sin nuværende udformning anledning til væsentlige overvejelser i forhold til advokatreguleringen i øvrigt, og er desuden næppe hensigtsmæssig i det praktiske liv.

Retsplejelovens regulering af advokaters virksomhed bygger på den helt grundlæggende forudsætning, at advokater har tavshedspligt med hensyn til oplysninger i klientforhold. Med det foreliggende lovforslag gøres der meget alvorlige indgreb i tavshedspligten, fordi advokaten vil være forpligtet til at videregive oplysninger om klientens forhold til Finanstilsynet. En sådan særregulering er helt uforenelig med de grundlæggende hensyn, der ligger bag tavshedspligtreglerne, og Advokatrådet finder derfor, at der bør søges andre løsninger, der tilgodeser opretholdelsen af beskyttelsen af relationen imellem advokat og klient, herunder navnlig tavshedspligten. Advokatens tavshedspligt vil naturligvis til enhver tid kunne ophæves af klienten, som ved sit samtykke kan meddele tilladelse til, at oplysninger videregives. Dette samtykke vil imidlertid i givet fald skulle fremgå af den ramme for undersøgelsen, som Finanstilsynet sætter, og dermed

overtager Finanstilsynet reelt klientrollen. Det fremgår i øvrigt ikke, om advokaten må oplyse sin klient om, at oplysningerne er videregivet.

Forslaget synes udformet med sigte på rådgivere, som f.eks. revisorer mv., hvor det er mere sædvanligt, at en privat ydelse leveres og betales af den private, men hvor det er samfundsmæssige hensyn, der reelt bærer ønsket om kontrol, som det f.eks. gælder revisionsydelse (offentlighedens tillidsrepræsentant). Forslaget vil imidlertid i en række tilfælde formentlig betyde, at den sagkyndige er en juridisk ekspert, og i disse tilfælde, vil det antageligt være vanskeligt at finde rådgivere som på samme faglige niveau som advokater vil være i stand til at løse opgaven. Lovforslaget bør efter Advokatrådets opfattelse justeres, så det tager højde herfor. Det er således en hidtil så vidt ses uset regulering på samme tid at pålægge en virksomhed at antage f.eks. en advokat, pålægge pligt til at give advokaten alle nødvendige oplysninger til brug for undersøgelsen og pålægge advokaten indberetningspligt vedrørende visse oplysninger.

De advokatetiske regler indeholder følgende, vejledende anvisninger, som naturligvis må læses i lyset af en eventuel lovhjemmel til at påtage sig en opgave, men som samtidig synes at have som fundament, at advokaten alene kan tjene sin klients (berettigede) interesser:

”2. Almindelige principper

2.1.1. Uafhængighed

Under udøvelse af advokatvirksomhed skal en advokat altid bevare fuldstændig uafhængighed. Advokaten må således hverken lade sig påvirke af egne eller tredjemands uvedkommende interesser. En advokat må ikke gå på akkord med den professionelle standard og etik for at gøre sin klient, retten eller tredjemand tilpas.

2.2. Tillid og personlig integritet

En advokat skal ved opretholdelse af sin hæderlighed og personlige integritet altid tilstræbe, at han kan bevare klientens tillid.

2.3. Tavshedspligt

2.3.1. Tillid og fortrolighed mellem advokat og klient er en nødvendig forudsætning for advokatens virke. Diskretion er derfor en grundlæggende både juridisk og etisk pligt og ret for advokater, som skal respekteres ikke kun i det enkelte individs, men også i samfundets interesse.

2.3.2. En advokat skal behandle alle oplysninger, han som led i sin professionelle virksomhed bliver bekendt med, fortroligt.

2.3.3. Tavshedspligten gælder uden tidsbegrænsning.”

Advokatrådet har noteret sig, at der er indhentet oplysninger om retstilstanden i Storbritannien, men ikke i andre lande, der i højere grad kan sammenlignes med Danmark, ligesom beskrivelsen af den engelske retsstilling i lighed med beskrivelsen



af de danske udbudsretlige udfordringer er noget summarisk. Advokatrådet skal derfor opfordre til, at der indhentes nærmere oplysninger om såvel indholdet af - som erfaringerne med - den internationale regulering, der henvises til, og lignende oplysninger fra sammenlignelige lande i Europa.

Advokatrådet skal yderligere fremhæve, at de eksisterende regler, i modsætning til de regler, der nu foreslås, sikrer, at der fra begyndelsen af sagsforløbet vil være fokus på eventuelle interessekonfliktproblemer ved antagelsen af en sagkyndig. Det skyldes, at den advokat, der antages af Finanstilsynet, vil være forpligtet til at undersøge, om der er en risiko for en interessekonflikt mellem Finanstilsynets interesser som klient og eventuelle relationer til den finansielle virksomhed, der undersøges. Samme forpligtelse findes ikke tilsvarende i et tilfælde, hvor det er den finansielle virksomhed selv, der antager advokaten, og hvor der dermed ikke vil være advokatretlige problemer i at antage en advokat, der tidligere har bistået virksomheden.

I lovforslaget omtales problemstillingen således:

” Den finansielle virksomhed, den finansielle holdingvirksomhed eller den fælles datacentral udpeger selv den eller de sagkyndige personer. For at sikre, at der er tale om uvildige personer i forhold til virksomheden eller datacentralen, skal Finanstilsynet godkende den eller de sagkyndige personer, som virksomheden eller data-centralen lader foretage den uvildige undersøgelse. Det centrale for Finanstilsynets afgørelse er, om den eller de sagkyndige har tilknytning til virksomheden eller datacentralen, eller om der i øvrigt foreligger forhold, hvorefter der efter Finanstilsynets vurdering kan rejses tvivl om de pågældendes uvildighed i forhold til denne. Såfremt Finanstilsynet ikke kan godkende den eller de sagkyndige personer, skal virksomheden hurtigst muligt udpege en ny sagkyndig person. Proceduren gentages, indtil Finanstilsynet kan godkende den eller de udpegede personer. En manglende godkendelse fra Finanstilsynet skal begrundes i forhold til virksomheden mv.”

Ordningen er ganske særegen og bryder med princippet om frit advokatvalg, idet Advokatrådet ikke er bekendt med andre tilfælde i lovgivningen, hvor en borgers eller virksomheds antagelse af advokat er betinget af en offentlig myndigheds godkendelse. Endvidere skal Advokatrådet bemærke, at lovudkastet tilsyneladende indeholder en anden standard for, hvornår en advokat befinder sig i en interessekonflikt, end den standard, der i øvrigt antages at gælde efter retsplejelovens § 126 om god advokatskik. Lovudkastet synes således at basere sig på en standard, hvorefter der overlades Finanstilsynet et i realiteten diskretionært skøn. Der er således ikke i lovudkastet nærmere redegjort for, hvorvidt en advokat, der tidligere har foretaget konkret juridisk rådgivning i større eller mindre omfang for den finansielle virksomhed, der nu skal undersøges, er udelukket fra at foretage undersøgelsen. Bestemmelsen indebærer reelt, at det frie advokatvalg begrænses udover, hvad berettigede hensyn til at undgå en interessekonflikt kan bære. Hertil kommer, at bestemmelsen indebærer, at vurderingen af advokatens habilitet flyttes fra advokaten selv til Finanstilsynet. I praksis vil Finanstilsynet imidlertid have

særdeles begrænsede muligheder for at vurdere, om en konkret advokat er uvildig, blandt andet fordi advokaten uden samtykke fra sin klient vil være afskåret fra at redegøre for omfanget af sin hidtidige rådgivning mv. af klienten. Bestemmelsen vil desuden kunne betyde, at en virksomhed, der ønsker en bestemt advokat udpeget som sagkyndig, tvinges til at oplyse om omfanget af advokatens hidtidige rådgivning af virksomheden, herunder vedrørende forhold, som ikke er relevant for den aktuelle undersøgelse, eller som Finanstilsynet ikke i øvrigt i kraft af sine tilsynsbeføjelser ville kunne fremtvinge, idet oplysningerne må anses for undtaget fra de almindelige editionsregler mv., da der er tale om fortrolige oplysninger mellem en advokat og en klient.

Sammenfattende finder Advokatrådet, at ovenstående problemstillinger er af så fundamental og central betydning, at det må kræve særdeles tungtvejende grunde, hvis der skal foretages indgreb i klientens rettigheder i forhold til sin advokat. Advokatrådet finder ikke, at det med det foreliggende lovudkast i tilstrækkelig grad er sandsynliggjort, at der eksisterer sådanne tungtvejende grunde. Det fremgår således som nævnt ikke af lovudkastet, om der er foretaget en nærmere undersøgelse af muligheden for i stedet at undtage de nævnte undersøgelser fra udbudspligt, ligesom der ikke er redegjort for problemets omfang i praksis, herunder hvor ofte Finanstilsynet i givet fald vil have behov for at sende en undersøgelse i udbud. Advokatrådet skal derfor på det foreliggende grundlag anmode om, at forslaget undergives en fornyet overvejelse.

## **2. Forslag til ændring hvidvaskloven**

### **2.1. Lovudkastets nr. 7:**

Advokatrådet støtter den foreslåede ophævelse af hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 13, litra f. Med forslaget sikres, at den danske regulering af, hvornår advokater omfattes af hvidvasklovens regler, svarer til EU-direktivets bestemmelser, og dermed også til reguleringen i de øvrige EU-lande.

Den eksisterende regulering, der er væsentlig mere omfattende end det underliggende EU-direktiv foreskriver, har givet anledning til væsentlige, fortolkningsmæssige problemer, ligesom det eksisterende krav om indhentelse af ID-oplysninger i de sager, der omfattes af litra f, ikke kan antages i praksis at have haft nogen reel betydning for bekæmpelse af hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme, da de nævnte sager ikke indebærer en særlig risiko for hvidvask eller terrorismefinansiering. Advokatrådet er endvidere enig i, at de særlige hensyn, der ligger bag EU-direktivets særregulering af advokater, er væsentlig tungere end det anførte hensyn til at undgå brancheglidning, der har begrundet den hidtidige regulering.

## 2.2. Lovudkastets nr. 9 og nr. 11:

Lovudkastets nr. 9 og nr. 11 tilsigter at foretage en ny affattelse af definitionen af – og reglerne om – lejlighedskunder.

Hvidvaskloven indeholder i § 3 en række definitioner, som er styrende for terminologien i de efterfølgende bestemmelser.

I lovudkastets nr. 9 fastlægges en ny definition af begrebet lejlighedskunde. Der sondres i definitionen mellem kunder, der bistås med transaktioner og rådgivningsopgaver. Det er på baggrund af den anvendte sprogbrug imidlertid uklart, om den foreslåede eftersætning ”uden etablering af fast kundeforhold eller optagelse af forretningsmæssig forbindelse” alene knytter sig til rådgivningsopgaver, eller tillige finder anvendelse på bistand med transaktioner.

I lovudkastets nr. 11 nyaffattes de materielle krav til håndtering af lejlighedskunder. Bestemmelsen sondrer mellem lejlighedskunder med enkeltstående transaktioner (stk. 1) og lejlighedskunder med enkeltstående rådgivningsopgaver (stk. 2).

Advokatrådet har tidligere fortolket hvidvaskloven sådan, at advokater i praksis ikke ved deres betjening af kunder kunne være omfattet af reguleringen af lejlighedskunder. Denne fortolkning baserede sig imidlertid på de krav til kundekendskab, der var gældende på daværende tidspunkt. Det blev således antaget, at eftersom advokater, ifølge de advokatetiske regler, ikke kan modtage midler, som ikke kan henføres til en igangværende sag, var advokater, selv ved en enkelt transaktion for sin klient, omfattet af reglerne om faste kundeforhold.

I den mellemliggende periode er der imidlertid sket en væsentlig opstramning i hvidvasklovens krav til dokumentationskravene for indhentelse af ID-oplysninger på kunder. Det indebærer, at hvidvasklovens regler i dag i væsentligt omfang kræver overholdelse af formelle procedurer, som ikke tilsvarende gælder for advokater på de områder, der falder uden for hvidvaskreguleringen. Advokatrådet har på den baggrund genovervejet den hidtidige fortolkning af reglerne, og finder ikke længere, at samspillet mellem reglerne om god advokatskik og hvidvaskloven udelukker, at også advokater kan have lejlighedskunder. Advokatrådet vil derfor i sit tilsyn efter hvidvaskloven fremadrettet tage udgangspunkt i, at også advokater kan være omfattet af reglerne om lejlighedskunder.

Advokatrådet finder, at den sondring, der er indeholdt i den foreslåede § 14 mellem transaktioner og rådgivning for advokater typisk vil indebære, at advokatens rådgivning til en lejlighedskunde må henføres til stk. 2, idet der normalt er tale om rådgivning i forbindelse med en transaktion og kun sjældent vil være tale om bistand til at udføre en transaktion.

### 2.3. Lovudkastets nr. 12 og 19:

Advokatrådet finder, at der bør åbnes mulighed for, at alle virksomheder, der omfattes af hvidvaskloven, omfattes af muligheden i § 17. Advokatrådet finder således, at der både ud fra en risikovurdering, og ud fra hensynet til at undgå unødigt administration i forbindelse med loven, er tungtvejende grunde for at udvide anvendelsesområdet for § 17. Som minimum finder Advokatrådet, at der bør åbnes mulighed for, at virksomheder inden for samme profession kan stille de nævnte oplysninger til rådighed for hinanden.

Advokatrådet finder, at der i den forbindelse også må lægges vægt på, at loven allerede (i udkastets nr. 13) åbner mulighed for, at opgaven med at indhente id-oplysninger kan outsources. Eftersom der er mulighed for, inden for visse rammer, at outsource opgaven med at indhente id-oplysninger til virksomheder, som ikke gennem deres virke har et internt branchekendskab, bør det efter Advokatrådets opfattelse være ubetænkeligt at tillade, at virksomheder, der i øvrigt omfattes af loven, får mulighed for at udveksle id-oplysninger, hvor det er relevant, med deraf følgende særdeles betydelige ressourcebesparelser.

Ovennævnte bemærkninger gælder tilsvarende vedrørende forslaget i nr. 19 om fravigelse af legitimationskravet.

### 2.4. Lovudkastets nr. 20:

Advokatrådet skal henlede opmærksomheden på betydningen af, at denne bestemmelse i givet fald alene bør finde anvendelse på kundeforhold, der etableres efter lovens ikrafttræden.

Kopi af dette høringssvar er samtidig sendt til Justitsministeriet til orientering.

Med venlig hilsen



Torben Jensen

Finanstilsynet  
Juridisk Kontor  
Århusgade 110  
2100 København Ø

H.C. Andersens Boulevard 45  
1553 København V

Telefon 33 43 70 00  
service@danskeadvokater.dk  
www.danskeadvokater.dk

24. august 2011

**Vedr.: Høring over udkast til forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om betalingstjenester og elektroniske penge, lov om værdipapirhandel m.v., lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme og forskellige andre love (Bevilling af engagementer, tilladelse til og tilsyn med auktionsplatform for handel med CO<sub>2</sub>-kvorter og fælles datacentraler).**

## 1. Indledning

Finanstilsynet har den 4. juli 2011 sendt udkast til forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om betalingstjenester og elektroniske penge, lov om værdipapirhandel m.v., lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask af udbytte og finansiering af terrorisme og forskellige andre love (Bevilling af engagementer, tilladelse til og tilsyn med auktionsplatform for handel med CO<sub>2</sub>-kvorter og fælles datacentraler) i høring med anmodning om at modtage bemærkninger senest den 15. august 2011.

Det fremgår af høringen, at lovforslaget har til formål at gennemføre en række forskellige initiativer som opfølgning på den finansielle krise.

Indledningsvis bemærkes det, at det i forhold til selve lovgivningsprocessen er problematisk i forhold til hensynet til at sikre den fornødne lov kvalitet, at udkastet sendes i høring hen over sommerperioden.

Danske Advokater har efter drøftelse med Økonomi- og Erhvervsministeriet fået udsættelse med høringsfristen.

Som det fremgår af det følgende, har Danske Advokater alvorlige betænkeligheder i forhold til den del af lovudkastet, der handler om ændring af bestemmelsen i § 347 b i lov om finansiel virksomhed vedrørende uvildige undersøgelser.



*Sammenfattende* finder Danske Advokater, at det med hensyn til forslaget om uvildige undersøgelser er nødvendigt, at der i første række foretages en nærmere analyse og overvejelse af spørgsmålet om pligt til forudgående offentliggørelse under den gældende retstilstand, inden der tages endeligt stilling til, om der er behov for en lovændring. Danske Advokater lægger i den forbindelse vægt på, at det på ingen måde er entydigt, at der er pligt til forudgående offentliggørelse, og at spørgsmålet kan få vidtrækkende betydning uden for den konkrete bestemmelses anvendelsesområde.

Hertil kommer de alvorlige spørgsmål i forhold til den advokatretlige regulering, som efter Danske Advokaters opfattelse i sig selv taler med betydelig vægt mod den foreslåede model. Danske Advokater fastholder således også de alvorlige betænkeligheder i forhold til den advokatretlige regulering, som blev fremført i forbindelse med tilblivelsen af den eksisterende bestemmelse i § 347 b fra Advokatrådets og Danske Advokaters side, jf. nedenfor.

På den baggrund beder Danske Advokater om, at der, inden lovforberedelsen afsluttes, foretages en fornyet overvejelse af de centrale spørgsmål i forhold til de udbudsretlige regler, herunder ved en forelæggelse af problemstillingen for EU-kommissionen, og af de advokatretlige regler, der knytter sig til sådanne uvildige undersøgelser.

Nedenfor under pkt. 2 er der redegjort nærmere for Danske Advokaters bemærkninger til den del af lovudkastet, der går ud på at ændre bestemmelsen i § 347 b i lov om finansiel virksomhed om gennemførelse af uvildige undersøgelser.

I forlængelse heraf indeholder pkt. 3 en redegørelse for Danske Advokaters bemærkninger til den del af lovudkastet, som omhandler hvidvasklovgivningen.

Endelig er der under pkt. 4 nogle bemærkninger vedrørende de øvrige dele af lovudkastet.

## **2. Særligt om uvildige undersøgelser i medfør af lov om finansiel virksomhed (lovudkastets § 1, nr. 23)**

### **2.1. Baggrund**

Bestemmelsen i § 347 b blev indsat ved lov nr. 579 af 1. juni 2010 med ikrafttræden den 1. juli 2010 – det vil sige at loven på nuværende tidspunkt har været i kraft lidt over et år.

Forslaget går ud på at ændre § 347 b, så det fremover vil skulle være en finansiel virksomhed eller holdingselskab, der vil skulle være aftalepart i forhold til undersøgeren i stedet for som i dag Finanstilsynet – det vil sige, at Finanstilsynet vil skulle kunne påbyde en sådan virksomhed at få foretaget en undersøgelse.

Baggrunden for forslaget er efter det oplyste, at Finanstilsynet efter den gældende bestemmelse efter Finanstilsynets opfattelse kan være forpligtet i medfør af udbudsreglerne til at foretage en passende offentliggørelse, hvilket er uhensigtsmæssigt i forhold til tilsynets virksomhed mv.



Det fremgår af selve høringsbrevet, at formålet med ændringen er at sikre hurtige og effektive undersøgelser.

Det nu fremsendte forslag til en ændret formulering af bestemmelsen i § 347 b er stort set identisk med det forslag, som Finanstilsynet sendte i høring i februar 2010.

På baggrund af drøftelse med bl.a. Advokatsamfundet og Danske Advokater, jf. i den forbindelse også de af de to organisationer afgivne høringssvar henholdsvis af 22. februar 2010 og 23. februar 2010, blev den gældende bestemmelse udformet på den måde, at det er Finanstilsynet, der kan påbyde en finansiel virksomhed eller en finansiel holdingvirksomhed at afholde udgifterne til, at der bliver foretaget en sådan undersøgelse. Det er således Finanstilsynet, der er aftalepart.

Nedenfor under pkt. 2.2. er der redegjort for Danske Advokaters overordnede bemærkninger til det fremsendte forslag. Det gælder særligt med hensyn til spørgsmålet om forholdet til udbudsreglerne. I forlængelse heraf indeholder pkt. 2.3. Danske Advokaters bemærkninger til spørgsmålet om den foreslåede bestemmelses forhold til den advokatretlige regulering mv.

## **2.2. Særligt om forholdet til de udbudsretlige regler**

Det fremgår af bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse i § 347 b i lov om finansiel virksomhed, at formålet med den foreslåede ændring er gøre op med, at sådanne undersøgelser skal i udbud med den virkning, at der sker offentliggørelse.

I pkt. 2.6.2. om baggrunden for forslaget er i bemærkningerne i lovudkastet anført følgende:

### **"2.6.2. Baggrunden for forslaget**

Baggrunden for vedtagelsen af den gældende § 347 b i lov om finansiel virksomhed var, at udviklingen af de finansielle virksomheders størrelse og kompleksiteten i deres forretningsområder og risici medførte, at Finanstilsynet havde behov for yderligere redskaber med henblik på at sikre, at forhold, der var af væsentlig betydning for tilsynet med virksomhederne, blev undersøgt ved en uvildig undersøgelse således, at virksomhedens risici kunne blive afdækket nærmere. Undersøgelsen er tillige til gavn for den pågældende virksomhed, idet en uvildig undersøgelse giver virksomheden et mere nuanceret billede af de risici, som virksomheden påtager sig ved at operere inden for et område af en vis kompleksitet, hvorfor muligheden for at forebygge eventuelle tab forbedres. Den praktiske anvendelse af den gældende § 347 b i lov om finansiel virksomhed har givet erfaringer, der viser et behov for en ændring af bestemmelsen, således at denne bringes i overensstemmelse med de i øvrigt på det finansielle område gældende offentliggørelsesregler og i øvrigt affattes på en måde, der i højere grad end den nuværende sikrer hurtig og effektiv tilsynsvirksomhed.

#### **2.6.2.1. Reglerne for udbud**

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) gælder for alle offentlige myndigheder og offentligretlige organer. Direktivet fastsætter procedureregler, der skal følges ved indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsgøvelser. Direktivet fastsætter blandt andet regler for



udvælgelse af leverandører, tilbudsvurdering og kontrakttildeling. Finanstilsynets sagkyndige undersøgelser efter § 347 b i lov om finansiel virksomhed kan, afhængig af karakteren af undersøgelsen, være omfattet af direktivets bilag II A, hvorefter sagen skal i EU-udbud, eller direktivets bilag II B, herunder blandt andet kategori 27 om "andre tjenesteydelser", hvorefter sagen alene er delvist omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde, og som følge heraf ikke skal i fuldt EU-udbud.

Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) gælder for bygge- og anlægsarbejder samt indkøb af varer og tjenesteydelser. Efter § 15 a, stk. 1, nr. 3, i tilbudsloven finder afsnit II om vare- og tjenesteydelseskontrakter blandt andet anvendelse for "indhentning af tilbud og tildeling af ordrer på [...] offentlige tjenesteydelseskontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B [...], hvis værdi overstiger 500.000 kr.". I de tilfælde hvor Finanstilsynets sagkyndige undersøgelser efter § 347 b i lov om finansiel virksomhed efter en konkret og individuel vurdering er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, vil påbuddet om ekspertundersøgelser dermed skulle i udbud efter tilbudslovens regler, hvis værdien af undersøgelsen overstiger 500.000 kr. Det vurderes, at den overvejende del af undersøgelserne vil overstige den nævnte beløbsgrænse. Ved anvendelsen af § 347 b i lov om finansiel virksomhed kan Finanstilsynet således være forpligtet til at sende opgaven i udbud efter tilbudslovens regler.

Sagen kan endvidere have grænseoverskridende interesse og dermed være relevant for sagkyndige i de øvrige EU-lande. I disse tilfælde skal EU-Traktatens regler om fri bevægelighed for blandt andet tjenesteydelser samt grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling iagttages. Kommissionen har ved fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne (2006/C 179/02) fastlagt faktorer for, hvornår der kan foreligge grænseoverskridende interesse. Det fremgår heraf, at dette skal afgøres på grundlag af en evaluering af de omstændigheder, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde, som f.eks. kontraktens genstand og anslåede værdi, de særlige forhold der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis osv.) samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. Idet EU-Traktatens regler skal iagttages i de tilfælde, hvor der efter en konkret vurdering foreligger grænseoverskridende interesse, er det ikke muligt generelt at undtage sager i medfør af § 347 b i lov om finansiel virksomhed fra offentliggørelse alene ved at undtage disse fra tilbudslovens regler. Det er samtidig ikke entydigt, at EU-Traktatens undtagelsesbestemmelser kan finde anvendelse på disse sager. Dette betyder, at i de tilfælde, hvor sagen efter en konkret vurdering skal i udbud, skal påbuddet om en sagkyndig undersøgelse annonceres således, at alle relevante finanshuse mv., herunder i sager omfattet af udbudsdirektivet eller EU-Traktaten tillige europæiske finanshuse mv., kan tilgå udbuddet. Dette indebærer offentliggørelse af en udbudsannonce i internationale og nationale medier mv. Udbudsannoncen indeholder oplysninger om den finansielle virksomhed, beskrivelsen af de forhold som skal undersøges mv.

#### 2.6.2.2. Finanstilsynets tilsynsarbejde

Finanstilsynets tilsynsarbejde er af hensyn til den finansielle stabilitet underlagt nogle lovfæstede restriktioner. Finanstilsynet og de finansielle råd, Fondsrådet og Det Finansielle Virksomhedsråd, er således underlagt en skærpet tavshedspligt. Dette er nødvendigt, idet Finanstilsynet gennem sin tilsynsvirksomhed får et indgående indblik både i de tilsynsbelagte virksomheders forretningsforhold samt i deres kunders forhold. Dette





kendskab er afgørende for, at Finanstilsynet kan vurdere virksomhedernes risici og dermed sikkerheden for virksomhedernes kunder. Tavshedspligten er indført for at beskytte de tilsynsbelagte virksomheders forretningsmæssige forhold, så oplysningerne herom ikke kan misbruges i konkurrencemæssig sammenhæng og for at sikre, at oplysninger om tilsynsbelagte kunder ikke spredes i en videre kreds. Endelig har den til formål at sikre den tilsynsmæssige effektivitet, fordi de tilsynsbelagte virksomheder kan føle sig trygge ved at udlevere alle oplysninger, som Finanstilsynet måtte have behov for, for at føre et effektivt tilsyn.

Finanstilsynet kan bringe § 347 b i lov om finansiel virksomhed i anvendelse på alle stadier i sin tilsynsvirksomhed. Offentliggørelse af oplysninger om virksomheden – herunder offentliggørelse af hvilke forhold der skal undersøges i en uvildig undersøgelse – på et tidspunkt hvor der ikke foreligger en afgørelse, der konstaterer en overtrædelse af tilsynslovgivningen, men alene en afgørelse om indledning af en undersøgelse, er ikke i overensstemmelse med de øvrige offentliggørelsesregler på tilsynsområdet. Dette er særligt uhensigtsmæssigt i sager, som viser sig ikke at indeholde en overtrædelse af de regler, som Finanstilsynet fører tilsyn med. Det synes således dårligt stemmende med den tavshedspligt, som Finanstilsynet er underlagt i tilsvarende sager, at der skal ske offentliggørelse på et meget tidligt tidspunkt i de af § 347 b omfattede tilfælde. Herudover medfører kravet om offentliggørelse, at processen, indtil undersøgelsen kan igangsættes, forlænges betragteligt. Dette kan være uhensigtsmæssigt på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet af hensyn til tilsynsvirksomheden og den finansielle stabilitet ønsker en effektiv undersøgelse igangsat straks.

Den foreslåede ændring er således begrundet i hensynet til at sikre en hurtig og effektiv tilsynsvirksomhed og hensynet til at bringe reglen i overensstemmelse med de øvrige offentliggørelsesregler på området og dermed sikre en ensartet behandling af sagerne.”

Særligt med hensyn til spørgsmålet om forholdet til de udbudsretlige regler bemærker Danske Advokater, at beskrivelsen af de konkrete overvejelser om forholdet til de udbudsretlige regler i denne sammenhæng er summarisk. Der er således ikke i lovudkastets bemærkninger redegjort nærmere for de udbudsretlige overvejelser i forhold til den eksisterende model i lov om finansiel virksomhed § 347 b, som måtte være foretaget i den forbindelse.

Hertil kommer, at der ikke i lovudkastet er redegjort nærmere for erfaringerne med anvendelse af bestemmelsen i § 347 b i praksis, herunder i forhold til den rejste problemstilling og i forhold til omfanget og karakteren af de tilfælde, hvor der i givet fald ville kunne være spørgsmål om anvendelse af udbud.

På det foreliggende grundlag er det efter Danske Advokaters opfattelse ikke muligt nærmere at vurdere det grundlag og de overvejelser i forhold til de udbudsretlige regler, der ligger bag lovudkastet.

Danske Advokater er således af den opfattelse, at der er alvorlig tvivl om, hvorvidt uvildige undersøgelser omfattet af § 347 b er udbudspligtige ydelser.

Ydelser, der udføres på andet grundlag end en kontrakt, f.eks. love eller administrative bestemmelser, er ikke omfattet af udbudsreglerne, idet disse alene



finder anvendelse på indkøb af tjenesteydelser, som hviler på et kontraktretligt grundlag.

Det er efter Danske Advokaters opfattelse på ingen måde entydigt, at der under den gældende retstilstand er pligt til forudgående offentliggørelse af de uvildige undersøgelser, i den udstrækning der er tale om udpegningspligt pålagt ved lov som led i den tilsynsforpligtelse, der er pålagt Finanstilsynet. Der er imidlertid ikke i bemærkningerne til den foreslåede nye § 347 b taget stilling hertil.

Ved den nuværende ordlyd af bemærkningerne til lovforslaget kan der blive skabt en generel formodning for, at en offentlig myndighed vil være forpligtet til at afholde et offentligt udbud, når myndigheden som led i dens tilsynspligt foranlediger afholdelse af uvildige undersøgelser.

Såfremt lovforslaget vedtages i dets nuværende form, vil lovforarbejderne derfor også kunne få vidtrækkende betydning uden for bestemmelsens anvendelsesområde, i de tilfælde hvor der ikke på nuværende tidspunkt anvendes offentlige udbudsprocesser ved udpegningen af uvildige tredjemænd som led i varetagelsen af en ved lov etableret tilsynspligt. I den forbindelse kan der f.eks. peges på bestemmelsen om granskning i § 59 i lov om erhvervsdrivende fonde.

Finanstilsynets fortolkning af omfanget af udbudsreglerne har så betydelige retlige konsekvenser i forhold til en væsentlig undtagelsesbestemmelse til udbudsreglerne, at det bør ligge uden for enhver tvivl, hvorvidt Finanstilsynet konkret er omfattet af udbudspligten.

På den baggrund er det Danske Advokaters anbefaling, at det er nødvendigt at undersøge pligten til forudgående offentliggørelse under den gældende retsstilling nærmere, inden det vurderes, hvorvidt der er behov for en lovændring. Lovforslagets forhold til EU-retten bør derfor afdækkes ved forelægges af spørgsmålet for EU-Kommissionen.

I det omfang det efterfølgende måtte kunne lægges til grund, at der er tale om udbudspligtige ydelser, anbefaler Danske Advokater, at Finanstilsynet i givet fald i stedet overvejer at anvende en udbudsmodel med rammeaftaler og rammekontrakter for at sikre, at Finanstilsynet forbliver kontraktpart i forhold til den uvildige tredjemand og for at sikre, at fortroligheden opretholdes i forbindelse med de konkrete tilsynssager.

En egnet udbudsmodel kunne være en rammeaftale indgået med et bredt udvalg af leverandører kombineret med direkte tildeling i forbindelse med indgåelse af de individuelle rammekontrakter. Kriterierne for den konkrete udvælgelse vil i en sådan model være fastlagt forud for den enkelte kontrakttildelelse og bør udformes således, at ydelsens kvalitet har afgørende vægt ved den direkte tildeling.

Danske Advokater deltager gerne i videre drøftelser herom, ligesom man gerne bistår i forbindelse med en undersøgelse af lovforslagets forhold til EU-retten ved en forelæggelse af problemstillingen for EU-Kommissionen.



### 2.3. Særligt om forholdet til den advokatretlige regulering mv.

I forbindelse med tilblivelsen af den eksisterende bestemmelse i § 347 b i lov om finansiel virksomhed blev der peget på, at der bør være klarhed over den sagkyndiges præcise rolle og hverv giver.

Fra advokatside blev der i den forbindelse peget på, at en model, hvor det formelt er den finansielle virksomhed, der antager en sagkyndig, men kombineret med en række pligter i forhold til Finanstilsynet, rejser alvorlige spørgsmål i forhold til den advokatretlige regulering. Det gælder navnlig i forhold til advokaters tavshedspligt.

I den kommenterede høringsoversigt af 23. marts 2010, side 9, ad L 175, Folketingssamlingen 2009-10, er det af Økonomi- og Erhvervsministeriet anført, at "Med forslaget undgås tvivl om, hvem den sagkyndige reelt repræsenterer og udfører opgaven for."

Det nu foreliggende lovudkast og den heri foreslåede model rejser efter Danske Advokaters opfattelse fornyet tvivl netop om det reelle forhold; nemlig at det er Finanstilsynet, som initierer tilvejebringelse af en undersøgelsesrapport, og som tillige alt andet lige må anses for den primære modtager af denne. Dette, finder Danske Advokater, er meget betænkeligt. Der henvises i øvrigt til det, der er anført i det følgende.

Der henvises i den forbindelse til det, der er anført i lovudkastets pkt. 2.6.2, jf. det citerede ovenfor under pkt. 2.2., hvor det er anført, at baggrunden for bestemmelsen i § 347 b var, at udviklingen af de finansielle virksomheders størrelse og kompleksitet i deres forretningsområder og risici medførte, at Finanstilsynet havde behov for yderligere redskaber med henblik på at sikre, at der forhold, der var af væsentlig betydning for virksomhederne, blev undersøgt ved en uvildig undersøgelse, således at virksomhedens risici kunne blive afdækket nærmere.

Endvidere henvises til de specielle bemærkninger til bestemmelsen i lovudkastet, hvoraf det fremgår, at § 347 b fortsat vil give Finanstilsynet mulighed for, uden omkostninger for Finanstilsynet, at trække på ressourcer og ekspertviden, som ikke nødvendigvis er til stede i Finanstilsynet på det pågældende område eller tidspunkt.

Det fremgår også af lovudkastet, at det er Finanstilsynet, der bestemmer, hvilke forhold der skal undersøges, og hvordan undersøgelsen skal gennemføres.

Danske Advokater fastholder således fortsat de alvorlige betænkeligheder i forhold til navnlig den advokatretlige regulering, som blev fremført i forbindelse med tilblivelsen af den eksisterende bestemmelse i § 347 b fra Advokatrådets og Danske Advokaters side.

En regulering, som den i lovudkastet beskrevne, rejser dermed alvorlige spørgsmål i forhold til, om advokater overhovedet inden for den advokatretlige regulerings rammer vil kunne påtage sig opgaven som uvildig undersøger.

Det hænger som nævnt sammen med, at det efter lovudkastet vil være den finansielle virksomhed, som formelt vil være klienten, sammenholdt med, at der påhviler

undersøgeren eller den finansielle virksomhed nogle pligter i forhold til Finanstilsynet.

Disse pligter kan i korthed sammenfattes til følgende: **1)** pligt for den finansielle virksomhed til at give de sagkyndige personer de oplysninger, der er nødvendige for at gennemføre en uvildig undersøgelse (§ 347 b, stk. 3), **2)** pligt for de sagkyndige personer til at udlevere kopi af den skriftlige rapport om undersøgelsen til Finanstilsynet senest samtidig med, at denne udleveres til den finansielle virksomhed (§ 347 b, stk. 4) og **3)** pligt for de sagkyndige personer til straks at give Finanstilsynet oplysninger om forhold, de bliver opmærksomme på i forbindelse med den uvildige undersøgelse, såfremt der er oplysninger af væsentlig betydning for virksomhedens risikoprofil eller forretningsmodel, som medfører en ikke uvæsentlig risiko for, at disse forhold kan udvikle sig således, at virksomheden vil miste sin tilladelse (§ 347 b, stk. 5).

Hertil kommer, at det af den foreslåede bestemmelse i § 347 b, stk. 1, 3. pkt., fremgår, at Finanstilsynet kan bestemme, at de sagkyndige personer løbende skal foretage afrapportering til Finanstilsynet om forhold i forbindelse med undersøgelsen.

I de specielle bemærkninger til denne bestemmelse er det i lovudkastet anført, at dette vil give Finanstilsynet mulighed for, f.eks. på ugentlige møder, at modtage nødvendige oplysninger om undersøgelsens stade, hidtidige resultater, fremtidige forløb mv., og at en løbende afrapportering til Finanstilsynet kan medvirke til, at tilsynet løbende kan vurdere, om undersøgelsen er på rette spor, og om undersøgelsen eventuel skal suppleres med andre tilsynsaktiviteter.

I forhold til en model, hvor den finansielle virksomhed er aftalepart, vil bestemmelsen i § 347 b, stk. 3, sætte advokaten i en helt særegen og formentlig også vanskelig position i forhold til klienten (den finansielle virksomhed), herunder formentlig kunne indebære, at advokaten kan komme i et direkte modsætningsforhold til klienten.

Særligt med hensyn til § 347 b, stk. 4, bemærker Danske Advokater, at man med undtagelse af hvidvasklovgivningen ikke er bekendt med bestemmelser, der pålægger en advokat en pligt til at give en offentlig myndighed de oplysninger, som advokaten modtager fra klienten.

Hertil kommer, at undersøgelsesrapporten nødvendigvis vil være baseret på en række faktuelle forhold, og det vil være den praktiske fremgangsmåde, at rapporten i udkast sendes til den finansielle virksomhed til afklaring af, om faktum er korrekt forstået og gengivet. Sammenholdt med bestemmelsen i § 347 b, stk. 1, 3. pkt., er bestemmelsen efter Danske Advokaters opfattelse med til at understrege, at det reelt set er Finanstilsynet, der må anses for primær modtager af undersøgelsesrapporten.

Bestemmelsen i § 347 b, stk. 5, sammenholdt med § 347 b, stk. 1, 3. pkt., rejser ligeledes alvorlige spørgsmål i forhold til de advokatretlige regler. Det gælder navnlig forholdet til advokaters tavshedspligt med hensyn til oplysninger i et klientforhold, som er af helt fundamental karakter, jf. i øvrigt retsplejelovens regler. Den nu foreslåede model indebærer et alvorligt brud med advokatens tavshedspligt og de hensyn, der ligger bag tavshedspligtsreglerne. Der bør derfor efter Danske



Advokaters opfattelse tilvejebringes en løsningsmodel, som tager højde for navnlig advokaters tavshedspligt.

I den forbindelse henvises til det, der er anført i Danske Advokaters høringssvar af 23. februar 2010 om, at den konkrete vurdering af, hvem der i det enkelte tilfælde skal fungere som sagkyndig undersøger, navnlig bør ske i lyset af, hvilken opgave der konkret vil være tale om. I hvert fald i de tilfælde, hvor opgaverne i overvejende grad er af juridisk karakter, vil det naturlige og rigtige efter Danske Advokaters opfattelse være at udpege en advokat.

Efter lovudkastets § 347 b, stk. 2, udpeger den finansielle virksomhed de sagkyndige personer, men Finanstilsynet skal godkende de foreslåede sagkyndige personer.

Virksomheden skal efter bemærkningerne komme med en indstilling til Finanstilsynet. Ved vurderingen af, om de foreslåede sagkyndige kan godkendes, vil det centrale for Finanstilsynet ifølge de specielle bemærkninger til bestemmelsen være, om den eller de sagkyndige har tilknytning til virksomheden, eller om der i øvrigt foreligger forhold, hvorefter der efter Finanstilsynets vurdering kan rejses tvivl om de pågældendes uvildighed i forhold til denne. En manglende godkendelse skal ifølge bemærkningerne begrundes i forhold til virksomheden.

Den foreslåede bestemmelse med tilhørende bemærkninger, jf. ovenfor, rejser – i modsætning til den eksisterende model – tillige spørgsmål i forhold til retsplejelovens § 126 og de interessekonfliktregler, der gælder for advokater.

Lovudkastet ses således at overlade Finanstilsynet et skøn i det enkelte tilfælde, som i hvert fald potentielt er anderledes end den vurdering af interessekonflikter, der foretages i henhold til retsplejelovens § 126, og den praksis, der har udviklet sig i henhold hertil, samt de advokatetiske reglers bestemmelser om interessekonflikter. Der vil i øvrigt ske det, at selve vurderingen af, om der foreligger en interessekonflikt, vil blive flyttet fra advokaten selv til Finanstilsynet.

Det samme gælder med hensyn til princippet om frit advokatvalg, idet lovudkastet reelt indebærer, at Finanstilsynet som offentlig myndighed skal godkende en privat virksomheds antagelse af en konkret advokat.

I bemærkningerne under pkt. 2.6.3.1. i lovudkastet er der en helt kort henvisning til retstilstanden i Storbritannien på dette område. Danske Advokater bemærker i den forbindelse, at omtalen heraf er helt summarisk, og at der ikke er redegjort for retstilstanden i andre lande, som vi normalt i udgangspunktet ville sammenligne os med. Det bør overvejes at indhente yderligere oplysninger om retstilstanden i andre lande og erfaringerne hermed.

På den baggrund beder Danske Advokater om, at der foretages en fornyet overvejelse af de centrale spørgsmål i forhold til de udbudsretlige regler og advokatretlige regler, der knytter sig til sådanne uvildige undersøgelser.

Som anført ovenfor deltager Danske Advokater gerne i videre drøftelser herom, herunder også med hensyn til de udbudsretlige spørgsmål i forbindelse med en undersøgelse af lovforslagets indhold i forhold til EU-retten ved en forelæggelse af problemstillingen for EU-Kommissionen.



### 3. Særligt om hvidvasklovgivningen (lovudkastets § 4)

De foreslåede ændringer i hvidvaskloven, som sker på baggrund af bl.a. anbefalinger fra Financial Action Task Force (FATF), vil i forhold til advokater bl.a. indebære, at lovens anvendelsesområde præciseres.

Danske Advokater har følgende bemærkninger:

Lovudkastet går bl.a. ud på at ophæve den eksisterende bestemmelse i hvidvasklovens § 1, stk. 1, nr. 13, lit. f, om "anden forretningsmæssig rådgivning", således at loven ikke længere vil omfatte advokater, når de deltager med bistand ved planlægning eller udførelse af transaktioner for deres klienter med "anden forretningsmæssig rådgivning". Som det fremgår, er der tale om en dansk særregel.

Danske Advokater hilser - navnlig i lyset af de særlige regler og hensyn, der gælder om og knytter sig til fortroligheden mellem en advokat og dennes klient, samt behovet for klarhed i forhold til de pligter, der påhviler advokater i denne sammenhæng - den foreslåede begrænsning af lovens anvendelsesområde for advokater særdeles velkommen.

I den forbindelse bemærkes det, at Danske Advokater kan tilslutte sig den kritik fremført af Advokatrådet, som er gengivet i forslagetets almindelige bemærkninger under pkt. 2.13.1.2., side 36-37, herunder at den eksisterende bestemmelse i praksis har givet anledning til betydelig fortolkningstvivl.

Hertil kommer, at den danske regulering af, hvornår advokater er omfattet af hvidvasklovens bestemmelser, fremover vil svare til EU-direktivet og reguleringen i de andre EU-lande.

Det foreslås endvidere at samle bestemmelserne i §§ 17 og 18 i en mere klar bestemmelse, der angiver betingelserne for, at virksomheder eller personer omfattet af loven kan lægge oplysninger til grund, som er indhentet af tredjemand som led i opfyldelse af dennes egne krav.

Danske Advokater bemærker, at der i bestemmelsen i § 17, stk. 1, rettelig skal henvises til § 1, stk. 1, nr. 1-8.

Herudover bemærkes det, at alle virksomheder omfattet af hvidvaskloven efter Danske Advokaters opfattelse principielt bør være omfattet af princippet i § 17 i stedet for som i dag en delmængde heraf.

### 4. Øvrige bemærkninger

Danske Advokater har ikke bemærkninger til den foreslåede ændring af § 354, stk. 6, nr. 12, i lov om finansiel virksomhed, jf. lovudkastets § 1, nr. 24.

Med hensyn til de foreslåede ændringer af lov om værdipapirhandel m.v., jf. lovudkastets § 3, bemærker Danske Advokater vedrørende udkastets § 3, nr. 9 og 10, om ændring af værdipapirhandelslovens § 23, at prospektpligten også gælder ved videresalg af aktier, der tidligere har været genstand for et prospekt, medmindre den

særlige undtagelse om videresalg via finansielle formidlere, hvor der foreligger et gyldigt prospekt, finder anvendelse.

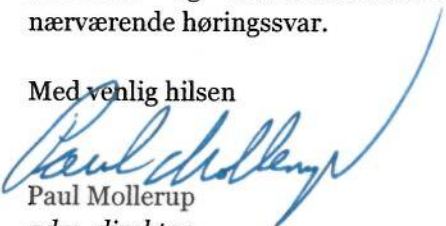
Finanstilsynet har imidlertid i en konkret sag i 2010 afgjort, at der ikke gjaldt prospektpligt ved et udbud af aktier, der allerede var optaget til handel og officiel notering. Det er uklart, om de påtænkte ændringer af værdipapirhandelslovens § 23, sammenholdt med de påtænkte ændringer af lovens § 43, jf. udkastets § 3, nr. 22 og 23 med tilhørende bemærkninger, ændrer denne retstilstand, og dette kunne med fordel præciseres i lovbemærkningerne.

Rent teknisk peges desuden på følgende:

1. På side 78 skal "§ 3, nr. 3" i tredje linje af andet nye afsnit rettelig være "§ 3, nr. 5".
2. På side 79 skal "§ 3, nr. 12" i sjette linje af første nye afsnit rettelig være "§ 3, nr. 13".
3. I første linje på side 82 bør "periode" ændres til "sammenhængende periode".
4. Referencen til "28 a, stk.1, 1-3. pkt., stk. 3, 4. pkt." i udkastets § 3, nr. 42, forekommer misvisende. For det første er der kun 3 sætninger i § 28 a, stk. 1, hvorfor ikke er anledning til at henvise til de enkelte dele heraf. Dernæst vil formuleringen medføre en hjemmel til at straffe Finanstilsynet. Der skal derfor formentlig alene henvises til 1. og 2. pkt. I stk. 3 skal henvisningen formentlig være til 3. pkt., idet der ellers indføres hjemmel til at straffe Finanstilsynet.
5. I fortsættelse af kommentaren under punkt 4 var det nærliggende i bemærkningerne til § 3, nr. 42, at medtage henvisninger til ændringerne af § 28 a, stk. 1 og stk. 3.

Økonomi- og Erhvervsministeriet samt Justitsministeriet modtager kopi af nærværende høringssvar.

Med venlig hilsen



Paul Møllerup  
adm. direktør