



Advokatsamfundet
Kronprinsessegade 28
1306 København K

Danske Advokater
H. C. Andersens Boulevard 45
1553 København V

Kære Torben Jensen og Paul Møllerup

Tak for jeres brev af 22. december 2011 vedrørende lovforslag nr. L 59 som bl.a. vedrører et forslag om at ændre reglerne om uvildige undersøgelser af forhold i finansielle virksomheder m.v.

I anfører i jeres brev og i de høringssvar, som I har afgivet i forbindelse med det lovforberedende arbejde, at det er jeres opfattelse, at lovforslaget rejser en række spørgsmål af bl.a. advokatregulatorisk karakter. I anfører i den forbindelse, at det er tvivlsomt, om advokater inden for de nuværende advokatretlige rammer vil kunne påtage sig opgaven som uvildig undersøger, fordi det forhold, at det er den finansielle virksomhed, der er aftalepart, vil sætte advokaten i en helt særegen og formentlig vanskelig position i forhold til virksomheden, herunder at særligt kravet om, at advokaten løbende skal foretage afrapportering til Finanstilsynet om forhold i forbindelse med undersøgelsen findes problematisk.

Det fremgår af Advokatsamfundets høringssvar af 25. august 2011, der er bilagt jeres brev, at advokatens tavshedspligt naturligvis til enhver tid vil kunne ophæves af klienten, som ved sit samtykke kan meddele tilladelse til, at oplysninger videregives. Og at det i øvrigt ikke fremgår, om advokaten må oplyse om, at oplysningerne er videregivet.

I den sammenhæng vil jeg gerne understrege, at eftersom afrapporteringskravet vil følge af loven, og det også er i virksomhedens interesse, at der bliver gennemført en uvildig undersøgelse, vil det være naturligt, at det kommer til at fremgå af opdraget, som den finansielle virksomhed skal tiltræde, at undersøgeren foretager afrapportering til Finanstilsynet. Det skal også bemærkes, at der ikke er noget til hinder for, at den uvildige undersøger orienterer den finansielle virksomhed om de oplysninger, som der videregives til Finanstilsynet.

Kravet om, at de uvildige undersøgere skal give Finanstilsynet oplysninger om forhold, som de bliver opmærksomme på i forbindelse med undersøgelsen, er indsat for at sikre, at Finanstilsynet orienteres hurtigst muligt om væsentlige problemer i den finansielle virksomhed. Det er vigtigt at være opmærksom på, at der ifølge lovforslaget skal være tale om oplysninger af *væsentlig betydning* for virksomhedens risikoprofil eller forretningsmodel, som indebærer en ikke uvæsentlig risiko for, at disse

ERHVERVS - OG
VÆKSTMINISTEREN

25 JAN. 2012

ERHVERVS- OG
VÆKSTMINISTERIET
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

Tlf. 33 92 33 50
Fax 33 12 37 78
CVR-nr. 10 09 24 85
evm@evm.dk
www.evm.dk

forhold kan udvikle sig således, at virksomheden vil miste sin tilladelse. Det er således helt essentielt i forhold til tilsynsvirksomheden – og i sidste ende for at sikre den finansielle stabilitet – at Finanstilsynet modtager sådanne oplysninger, og bestemmelsen er således yderst væsentlig.

Det skal desuden bemærkes, at den uvildige undersøggers opdrag er at foretage en objektiv undersøgelse af nærmere afgrænsede forhold i den finansielle virksomhed. Der er således ikke tale om en situation, hvor den uvildige undersøger, herunder fx. en advokat eller anden juridisk person, har til opdrag at skulle varetage den finansielle virksomheds interesser eller i øvrigt på anden vis arbejde for at beskytte virksomheden som en advokat almindeligvis gør. Der er derimod tale om, at den uvildige undersøger efter sit opdrag skal agere som en objektiv sagkyndig tredjemand, der som følge af sin særlige sagkundskab skal foretage en undersøgelse af nærmere fastlagte forhold af væsentlig betydning for den finansielle virksomheds risikoprofil eller forretningsmodel.

Derudover anfører I nogle bemærkninger vedrørende de udbudsretlige regler. I den forbindelse kan jeg oplyse at Finanstilsynet ved en konkret sag har anvendt den nugældende bestemmelse om uvildige undersøgelser og rådførte sig der med Kammeradvokaten omkring spørgsmålet om udbud. Kammeradvokaten anførte, at Finanstilsynet var forpligtet til i henhold til EU-traktatens regler at foretage en passende grad af offentliggørelse af anskaffelsesprocessen. Derudover har Finanstilsynet været i dialog med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med lovforslagets udarbejdelse.

Det fremgår af lovforslagets bemærkninger, at de tjenesteydelser, der er omfattet af udbudsdirektivet, er opdelt i to kategorier, henholdsvis bilag II A- og bilag II B-ydelser. Bilag II A-ydelser skal altid i udbud, mens bilag II B-ydelser kun delvist er omfattet af direktivets anvendelsesområde og som følge heraf ikke skal i fuldt EU-udbud. 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 kontrakten skal i EU-udbud, eller bilag II B, hvorefter kontrakten ikke skal i fuldt EU-udbud, men hvor der skal foretages en passende grad af offentliggørelse af anskaffelsesprocessen (annoncering m.v.).

Dertil kommer, at uanset om kontrakten med en undersøger anses som en bilag II A- eller en bilag II B-ydelse, kan den have en klar grænseoverskridende interesse og være relevant for sagkyndige i de øvrige EU-lande. I disse tilfælde skal EU-traktatens regler om fri bevægelighed samt de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling iagttages. Ifølge praksis fra EU-domstolen indebærer princippet om gennemsigtighed en forpligtelse til at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. Det er således ikke muligt gene-

relt at undtage kontrakter om undersøgelser fra kravet om en passende grad af offentliggørelse, jf. i øvrigt i det hele lovforslagets bemærkninger.

Som det også fremgår af høringsnotatet til lovforslaget, har denne offentliggørelsespligt den væsentlige ulempe, at der skal ske offentliggørelse af oplysninger om en finansiel virksomhed og en beskrivelse af hvilke forhold, der skal undersøges i en uvildig undersøgelse. Offentliggørelse af undersøgelsen kan mistænkeliggøre et forhold i den finansielle virksomhed på et tidspunkt, hvor der ikke foreligger en afgørelse, der konstaterer en overtrædelse af tilsynslovgivningen, og dermed påføre virksomheden skadelige virkninger uden grund. Offentliggørelse på et meget tidligt tidspunkt i disse sager stemmer desuden dårligt overens med den tavshedspligt, som Finanstilsynet er underlagt i tilsvarende sager. Herudover medfører offentliggørelsespligten, at processen, indtil undersøgelsen kan igangsættes, forlænges betragteligt. Dette kan være et problem på et tidspunkt, hvor Finanstilsynet af hensyn til tilsynsvirksomheden og den finansielle stabilitet ønsker en effektiv undersøgelse igangsat straks.

Det har i den forbindelse – også efter drøftelser med jer – været overvejet om det kunne være en mulighed at indgå rammeaftaler og rammekontrakter med et bredt udvalg af mulige undersøgere for at sikre, at Finanstilsynet forbliver kontraktpart.

Det er imidlertid vurderingen, at det ikke i denne sammenhæng er hensigtsmæssigt at gøre brug af rammeaftaler med en række undersøgere, som dækker forskellige ekspertiseområder.

Brug af indgåelse af rammeaftaler vil således forudsætte, at Finanstilsynet kan foruddiskontere de relevante kompetencer og på forhånd vil skulle indgå en lang række aftaler med virksomheder, som vurderes at være i besiddelse af kompetencer inden for forskellige ekspertiseområder, eksempelvis revisorer, it-specialister m.v. Det er Finanstilsynets erfaring og vurdering, at de opgaver, som de uvildige undersøgere vil skulle udføre, ofte vil være meget individuelle og kræve helt særlige eksperter inden for afgrænsede områder.

De undersøgelser, som kan være relevante for Finanstilsynet at få gennemført, kan være meget forskelligartede, og det synes derfor ikke hensigtsmæssigt eller særligt effektivt på forhånd at skulle udvælge en kreds af uvildige undersøgere, inden de konkrete undersøgelser kendes og iværksættes. Samtidig må det forventes, at det for nogle undersøgelser vil være nødvendigt at finde de uvildige undersøgere i udlandet, fordi de forhold, som skal undersøges, vedrører aktiver eller processer, som befinder sig i udlandet. Det er således ikke muligt på forhånd at vide, om der er brug for en uvildig rådgiver fra Danmark eller et andet land i verden. Det skal i den sammenhæng bemærkes, at det er Finanstilsynets erfaring og vurdering, at kvaliteten af en undersøgelse er mere afgørende for virksomhederne end f.eks. prisen for undersøgelsen, og det gælder særligt i

en situation, hvor resultatet af undersøgelsen kan have betydning for, om virksomheden kan bevare sin tilladelse som finansiel virksomhed.

Herudover er der ved brug af rammeudbud øget risiko for, at der kan opstå inhabilitetsproblemer, hvis virksomheden, som skal undersøges, alene kan vælge en sagkyndig, som har indgået en rammeaftale med Finanstilsynet. Hvis Finanstilsynet på forhånd har indgået en rammeaftale med en eller flere undersøgere, som alle har inhabilitetsproblemer i forhold til den virksomhed, som skal undersøges, vil rammeaftalen ikke kunne benyttes, og det vil være nødvendigt at indgå en aftale med en anden undersøger, som der ikke er indgået en rammeaftale med. Det vil indebære at der skal iværksættes en egentlig udbudsproces, og at der skal foretages en passende grad af offentliggørelse af anskaffelsesprocessen.

Det er min opfattelse, at det er vigtigt at sikre, at Finanstilsynet ikke er forpligtet til at foretage offentliggørelse af anskaffelsesprocessen, og derved offentliggøre forhold omkring den finansielle virksomhed m.v. på et tidligt stadie, som kan have skadelige virkninger for virksomheden, hvis det bliver offentliggjort. Det er samtidig essentielt at fremskynde processen af hensyn til den finansielle virksomhed og effektiviteten i tilsynsvirksomheden. Ændringen er desuden vigtig af hensyn til at bringe reglen i overensstemmelse med de øvrige offentliggørelsesregler på området og dermed sikre en ensartet behandling af sagerne og virksomhederne.

Det er derfor min opfattelse, at de anførte hensyn er særdeles vægtige og således taler for at opretholde lovforslaget om, at i de tilfælde, hvor Finanstilsynet påbyder en finansiel virksomhed at få foretaget en uvildig undersøgelse, skal den finansielle virksomhed selv kontrahere med en af Finanstilsynet godkendt sagkyndig.

Med venlig hilsen



Ole Sohn