

Finanstilsynet
Gl. Kongevej 74 A
1850 Frederiksberg C

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

DATO: 29. januar 2008
J.NR.: 04-014102-08-2612
REF.: rmm-hfe

Høring over udkast til forslag til lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love (IFRS)

Ved e-mail af 21. december 2007 har Finanstilsynet anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte udkast.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

De foreslåede ændringer i værdipapirhandelsloven

Det har længe været almindeligt antaget i dansk ret, at en erhvervelse af kontrol i et selskab i forbindelse med en aktieemission ikke ville udløse tilbudspligt. Denne praksis blev knæsat af OMX Den Nordiske Børs København A/S (der frem til september 2006 havde tilsynskompetencen vedrørende overtagelsestilbud) i en afgørelse fra 1999 (A&U 1999.2.1), hvor følgende udtaltes:

"I forbindelse med behandlingen af et forslag til ændring af værdipapirhandelslovens § 31 blev Københavns Fondsbørs af Økonomiministeriet anmodet om at oplyse, hvorvidt en emission efter Fondsbørsens opfattelse er lig med en overdragelse i værdipapirhandelslovens § 31's forstand. [...] Da det var Københavns Fondsbørs' opfattelse, at væsentlige dele af den oven for anførte argumentation [vedrørende fusion] vil dække etablering af en kontrollerende aktiepost i forbindelse med en kapitalforhøjelse, fandt Københavns Fondsbørs det mest nærliggende, med den ordlyd værdipapirhandelslovens § 31 havde fået, at fortolke § 31 således, at tilbudsreglerne i almindelighed ikke finder anvendelse ved emissioner."

Afgørelsen er siden hen fastholdt i en konkret sag, jf. A&U 2000.2.7 og har været fuldt i praksis siden da.

Den praksis vedrørende fusion der henvises til blev fastlagt af OMX Den Nordiske Børs København A/S i A&U 1998.2.2, hvori følgende udtaltes:

"Efter § 31 er det, der udløser tilbudspligten, således en "overdragelse" af aktier i et børsnoteret selskab, hvorved erhververen opnår bestemmende indflydelse i nærmere beskrevet omfang. Københavns Fondsbørs udtalte, at efter ordlyden vil den, der ved fusion opnår flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller ret til at udnævne flertallet af selskabets bestyrelsesmedlemmer, ikke være omfattet af tilbudspligten. Ved fusion opnås stillingen som hovedaktionær i almindelighed ikke ved overdragelse af aktier, men derimod gennem udstedelse af nye aktier. [...]. Den reelle beskyttelse ligger i aktieselskabslovens majoritetskrav og fusionsregler [...]. På grundlag af den sproglige udformning af § 31, kombineret med en vurdering af begrundelsen for tilbudsreglerne, dels af vanskelighederne ved anvendelsen af reglerne i fusionstilfælde, udtalte Københavns Fondsbørs, at Fondsbørsen fandt det mest nærliggende at fortolke § 31 således, at tilbudsreglerne i almindelighed ikke finder anvendelse ved fusioner. Der ses herved bort fra tilfælde, hvor formelle fusionsløsninger anvendes med det formål at omgå reglerne om tilbudspligt ved overdragelse af kontrollerende aktieposter."

Med den foreslåede ændring af værdipapirhandelsloven vil en erhvervelse af kontrol i et selskab i forbindelse med aktieemissioner udløse tilbudspligt, medmindre erhververen opnår dispensation fra tilbudspligten.

Den foreslåede ændring er dels begrundet i et ønske om at øge investorbeskyttelsen og dels i et ønske om at bringe de danske regler i overensstemmelse med praksis i andre europæiske lande, herunder Sverige, Norge, Finland, England og Tyskland. Praksis i disse lande er imidlertid ikke nærmere oplyst i lovforslaget.

Lovforslaget må forventes at give anledning til visse praktiske vanskeligheder for aktørerne, herunder kan følgende forhold fremhæves:

Lovændringen tager ikke stilling til det forhold, at man i en aktieemission ikke nødvendigvis på forhånd kan sige med sikkerhed, om en storaktionær vil opnå kontrollerende indflydelse eller ej. Lovforslagets bemærkninger bør derfor indeholde vejledning om, hvorledes denne problemstilling kan/bør adresseres for at undgå at en storaktionær utilsigtet bliver omfattet af tilbudspligten, jf. § 31, stk. 4.

Rent teknisk er det ofte en emissionsbank, der erhverver aktierne og derefter - i en simultan transaktion - videresælger dem til deres kunder. Herved kan bankerne risikere, at der opstår spørgsmål om tilbudspligt for banken, hvis de blot kortvarigt sidder med kontrollen, da § 31 ikke efter sin ordlyd siger noget om varigheden af kontrollen. Denne usikkerhed bør undgås via en præcisering i lovbemærkningerne, der kunne have følgende ordlyd; "Det er forudsat, at tilbudspligten ikke omfatter emissionsbanker, der som et normalt led i en emission tegner aktierne med henblik på umiddelbart efterfølgende videresalg".

Det bør præciseres i lovbemærkningerne, at lovændringen ikke tilsigter at ramme "garanterede emissioner". Som lovændringen fremstår nu, kan der herske tvivl om, at



den vil kunne begrænse mulighederne for at lave garanterede emissioner. Såfremt en emissionsbank - der garanterer emissionen - risikerer at få kontrollerende indflydelse og dermed at udløse tilbudspligt, vil det være en hæmmende faktor for en ellers vel-fungerende markedspraksis, og dette gælder uagtet dispensationsmuligheden, da der ikke vil være tid til at afvente en sådan.

Lovforslaget tager ikke stilling til, om opnåelse af kontrol via fusion er omfattet. Eftersom det ikke nævnes i lovbemærkningerne, kan dette ikke antages at være tilfældet, men det vil være hensigtsmæssigt, såfremt det fremhæves udtrykkeligt, idet den gældende praksis vedr. emissioner og fusioner henviser til hinanden.

Det forekommer uhensigtsmæssigt generelt at anføre, at kontrol etableret ved en emission (men altså ikke en fusion) medfører tilbudspligt. En "fusion" kan således også skabes ved en aktieombytning (apportindskud), og det er umiddelbart vanskeligt at se, hvorfor det skal behandles anderledes end en selskabsretlig fusion. Det bør derfor præciseres, at emissionsudvidelsen alene gælder ved kontant indskud, men ikke ved apportindskud i form af en aktieombytning.

De foreslåede ændringer i hvidvaskloven

Indledende bemærkninger:

Advokatrådet skal indledningsvis bemærke, at de fremsatte ændringsforslag til hvidvaskloven, jf. lovforslagets § 5, i det væsentligste ikke er forårsaget af en EU-retlig forpligtelse til at foretage ændringer i den danske implementeringslov. Der er således tale om ændringer, der dels skyldes anbefalinger fra internationale organer og dels skyldes et ønske herom fra de ansvarlige myndigheder i Danmark, og kun i meget begrænset omfang ændringer, Danmark er forpligtet til at gennemføre.

Endvidere har Advokatrådet noteret sig, at flere af ændringsforslagene er begrundet i, at den eksisterende hvidvasklov rent lovteknisk indeholder en række fejl, der nu søges rettet.

Advokatrådet skal på den baggrund bemærke, at hvidvasklovens systematik og indhold på en række områder lovgivningsteknisk ikke lever op til de kvalitetskrav, man kan stille til en så indgribende regulering i den enkelte borgers retssikkerhed. Der er således eksempler på, at der er modstrid mellem lovens ordlyd og bemærkningerne til lovforslaget bag loven. Der er endvidere eksempler på, at centrale, herunder retssikkerhedsmæssigt vigtige bestemmelser, er formuleret så uklart, at det ikke er muligt med tilstrækkelig sikkerhed at fastlægge bestemmelseernes rækkevidde. Det gælder f.eks. en for borgerens retssikkerhed helt central bestemmelse om undtagelse til advokaters indberetningspligt.

Advokatrådet anfægter ikke, at der på de områder, hvidvaskloven regulerer, er behov for, at de indberetningspligtige virksomheder og personer bidrager til at forebygge og

opklare alvorlig kriminalitet og terrorisme. De foranstaltninger, de indberetningspligtige i denne anledning skal foretage, repræsenterer imidlertid indgreb i privatlivets fred og i en række tilfælde også fortrolighedsforholdet mellem den indberetningspligtige og den, der indberettes uden at få underretning herom. Dette stiller ganske særlige krav til omhu ved udformningen af reguleringen, men hvidvaskloven er efter Advokatrådets opfattelse et eksempel på lovgivning, der ikke lever op til de krav om klarhed og entydighed, der normalt finder anvendelse og overholdes ved udstedelse af lovgivning i Danmark, herunder implementeringslovgivning.

Advokatrådet skal på den baggrund anbefale, at der på nuværende tidspunkt alene gennemføres de ændringer, der er nødvendiggjort af EU-retlige forpligtelser, mens de øvrige forslag udsættes på, at der gennemføres en grundig og systematisk gennemgang af hvidvaskloven og de underliggende direktiver med henblik på at udforme en ny, og gennearbejdet hvidvasklov. Dette vil efter Advokatrådets opfattelse kræve, at der nedsættes en arbejdsgruppe bestående af bl.a. repræsentanter for de virksomheder, der omfattes af lovens krav om indhentelse af identitetsoplysninger, indberetningspligt mv. Advokatrådet stiller sig gerne til rådighed herfor med henblik på at bidrage til en bedre lovkvalitet og dermed en bedre retssikkerhed for de borgere og virksomheder, som berøres af loven.

§ 5, nr. 3: Ændringen af § 3, stk. 1, nr. 6

Ændringen foreslås ifølge bemærkningerne på baggrund af gennemførelsesdirektivet (Direktiv 2006/70/EF). Dette direktiv indeholder en nærmere præcisering af, hvad der forstås ved politisk udsatte personer, deres familiemedlemmer og nære medarbejdere. Direktivet er således væsentlig mere detaljeret end implementeringsforslaget, der som det fremgår af bemærkningerne foreslås ændret til "en kortere og mere generel definition".

Endvidere fremgår det, at der etableres hjemmel til at udstede en bekendtgørelse, der nærmere definerer, hvad der forstås ved en politisk udsat person.

Advokatrådet har ikke bemærkninger til den anvendte implementeringsmåde, forudsat at den forholdsvis detaljerede definition af begrebet politisk udsat person, der anvendes i gennemførelsesdirektivets artikel 2, kommer til at fremgå af den ledsagende bekendtgørelse. Advokatrådet finder det således afgørende, at der enten i loven eller i bekendtgørelsen indsættes en tilsvarende definition med henblik på at yde nærmere vejledning om, hvad der forstås ved begrebet.

§ 5, nr. 5: Ændring af § 7

Efter den gældende hvidvasklov er der alene underretningspligt i tilfælde, hvor der er mistanke om, at transaktionen har tilknytning til en strafbar handling, der efter loven kan udløse mindst 1 års fængsel. Med lovforslaget foreslås dette strafferammekrav ophævet.



Advokatrådet finder ikke, at hvidvaskdirektivet nødvendiggør den foreslåede ændring, som er meget vidtgående, og som vil bevirke, at navnlig pengeinstitutter vil kunne indberette næsten enhver handling som afviger fra en kundes normale handlingsmønster. Ændringen kan derfor muligvis føre til en voldsom stigning i antallet af indberetninger af helt harmløse transaktioner.

Direktivet indeholder i artikel 1 en definition af begrebet "hvidvaskning af penge". Det fremgår heraf, at der skal være tale om en "kriminal handling". Begrebet "kriminal handling" er defineret i direktivets artikel 3, stk. 4, som henviser til, at der skal være tale om "alvorlige overtrædelser". Begrebet "alvorlige overtrædelser" er defineret i artikel 3, stk. 5. De deri nævnte som litra a-e nævnte forbrydelsestyper er alle omfattet af en strafferamme i den danske straffelov på minimum et år. Herudover er der efter litra f mulighed for, at andre kriminalitetstyper, der er omfattet af en strafferamme på 1 års fængsel, kan inddrages i definitionen. Det følger heraf, at kriminalitetstyper, der efter dansk ret er undergivet en strafferamme på mindre end et års fængsel ikke omfattes af hvidvaskdirektivets definition på hvidvask.

Den foreslåede ændring er således udtryk for en langt mere vidtgående regulering end påkrævet i hvidvaskdirektivet, hvilket efter Advokatrådets opfattelse burde fremgå klart af lovforslagets bemærkninger. Det fremgår alene af bemærkningerne, at den foreslåede ændring er begrundet i nogle anbefalinger fra IMF. Advokatrådet må imidlertid – i lyset af indgrebets omfattende karakter – efterlyse klare indikationer for, at den foreslåede lovændring på afgørende måde vil bidrage til at forebygge eller opklare organiseret kriminalitet eller terrorisme. Hensynet til borgernes retssikkerhed må kræve, at der er proportionalitet mellem indgrebet i borgernes grundlæggende rettigheder og de resultater, der kan forventes.

Advokatrådet bemærker endvidere, at det ikke er hensigtsmæssigt på dette område at indføre regler i Danmark der væsentligt afviger fra reglerne i de øvrige europæiske lande. Advokatrådet finder således, at en ændring som den foreslåede i givet fald bør ske gennem en ændring af hvidvaskdirektivet, så ændringen slår igennem i alle EU-landene. Advokatrådet skal herved henvise til, at en række af de virksomheder, der omfattes af hvidvaskreglerne betjener såvel nationale som internationale kunder og klienter. Disse kunder og klienter vil i et vist omfang være bekendt med hvidvaskreglerne, og dermed reglerne om indberetningspligt ved mistanke om hvidvask i forbindelse med alvorligere kriminalitet. Derimod kan det ikke forventes, at de udenlandske kunder og klienter er bekendt med særlige nationale regler, der er videregående end de fælles europæiske regler. I de tilfælde, hvor det efter en indberetning viser sig, at der ikke er tale om et ulovligt forhold, vil det i en række tilfælde være vanskeligt for den indberetningspligtige at bevare et fortroligt forhold til sin kunde eller klient. Dette vil blive yderligere skærpet i forhold til udenlandske kunder og klienter, der oplever at blive indberettet for forhold, der i deres hjemlande anses for af så forholdsvist begrænset betydning, at der ikke er grundlag for at pålægge den erhvervsdrivende indberetningspligt. Advokatrådet finder således også på denne baggrund, at

den byrde, staten lægger på danske indberetningspligtige, og som ikke fremgår af de fælleseuropæiske regler, er uforholdsmæssig stor.

Særligt for advokater skal Advokatrådet anføre, at der med hvidvaskloven er gennemført et historisk, og enkeltstående brud på de grundlæggende regler om advokaters tavshedspligt, idet advokater også omfattes af lovens indberetningspligt i en række sager. Dette brud har hidtil blandt andet været retfærdiggjort med, at virksomheder og personer, der begår alvorlig kriminalitet, og efterfølgende opsøger rådgivning hos blandt andet advokater, ikke bør kunne dække sig bag advokaternes tavshedspligt, hvis advokaten får mistanke om, at en transaktion er et forsøg på at hvidvask af kriminelle midler. Denne argumentation kan imidlertid efter Advokatrådets opfattelse ikke begrunde, at advokater i ethvert tilfælde skal undergives pligt til underretning, hvis der opstår mistanke om hvidvask. Overalt i lovgivningen, hvor der stilles krav om, at personer, der har tavshedspligt bryder denne, indgår det som en væsentlig forudsætning, at tavshedspligten alene kan brydes, hvis der er proportionalitet mellem hensynet til borgerens interesse i tavshedspligtens opretholdelse og hensynet til, at oplysningerne kommer til myndighedernes eller andre berettigedes kundskab. Advokatrådet skal herved henvise til regler i retsplejelovens § 170 stk. 2, om pålæg til advokater og læger om at afgive forklaring trods tavshedspligten, og til straffelovens § 152e, nr. 2 om videregivelse af oplysninger til varetagelse af åbenbar almen interesse.

Advokatrådet finder på den baggrund ikke, at der er grundlag for at pålægge f.eks. advokater, der har en udstrakt tavshedspligt, videregående underretningspligt i tilfælde, hvor der alene er tale om mindre alvorlig kriminalitet. Advokatrådet finder således, at hensynet til at bevare et fortrolighedsforhold mellem advokat og klient, der er selve grundlaget for advokatens rolle i en demokratisk retsstat, vejer væsentlig tungere end hensynet til, at myndighederne opnår kendskab til den forestående transaktion. Advokatrådet skal i den forbindelse henvise til, at advokater allerede i dag er afskåret fra at yde rådgivningsmæssig eller anden bistand til gennemførelse af transaktioner for personer, der mistænkes for at ville udnytte transaktionen til hvidvaskning. Det følger således af de advokatetiske regler, at advokater ikke må bistå klienter i gennemførelse af strafbare forhold, herunder transaktioner, der har til formål at vaske kriminelle midler hvide. Det gælder, hvad enten der er tale om udbytte fra større eller mindre kriminalitet. En undtagelse af advokater fra underretningspligten vil således ikke medføre, at der ydes anden og yderligere bistand til et kriminelt forehavende sammenlignet med, vis underretningspligten udvides. Endvidere vil bistand til hvidvaskning efter omstændighederne være strafbart for advokaten som medvirken til hæleri.

Såfremt der er politisk ønske om at gennemføre en generel skærpelse af underretningskravet, finder Advokatrådet det derfor nødvendigt, at der gennemføres en undtagelse for advokater med henblik på ikke at udhule tavshedspligten yderligere.

**§ 5, nr. 6: Ændring af § 9, § 11 og §20, stk. 2.**

Det bemærkes, at der efter såvel den gældende som den foreslåede affattelse af § 7 alene skal foretages underretning, hvis mistanken ikke kan afkræftes. Det forudsættes herved, at den indberetningspligtige i et vist omfang undersøger sin mistanke, inden der skrives til underretning. Vedtages de foreslåede ændringer af § 9, § 11 og § 20, stk. 2, vil der efter loven ikke længere skulle foretages sådanne undersøgelser med henblik på at afkræfte mistanken i de tilfælde, der omfattes af de nævnte bestemmelser. Dette er efter beskrivelsen i forarbejderne så vidt ses ikke hensigten, og Advokatrådet skal på den baggrund anbefale, at de foreslåede ændringer udgår af lovforslaget.

§ 5, nr. 7: Ændring af § 12, stk. 3, 2. pkt.

Efter den gældende bestemmelse skal der foretages "rimelige" foranstaltninger for at klarlægge en virksomheds reelle ejere, hvilket i loven er defineret som de fysiske personer, der ejer eller kontrollerer virksomheden, typisk som følge af mindst 25% ejerskab.

Hvidvaskdirektivet indeholder ikke et absolut krav om, at der skal foretages rimelige foranstaltninger til klarlæggelse af det reelle ejerforhold. Der er alene tale om et eventuallkrav, jf. direktivets artikel 8. Den danske lovgivning er således i forvejen strengere end påkrævet efter direktivet.

Når kravet er fastlagt som "rimelige" foranstaltninger, hænger det sammen med, at det i en række tilfælde er enkelt at opfylde kravet – typisk gennem opslag i et selskabsregister mv. I visse tilfælde er det imidlertid væsentlig mere kompliceret at foretage en sikker identifikation af alle reelle ejere. I disse tilfælde har såvel direktivet som den hidtidige danske regulering ikke villet pålægge de omfattede virksomheder større byrder. Det bemærkes i den sammenhæng, at der i Danmark ikke eksisterer noget ejerskabsregister med oplysninger om, hvem der er medejere af selskaber mv.

Endvidere følger det af såvel den danske lovgivning som af direktivet, at kravet om "rimelige foranstaltninger" kan administreres efter en risikovurdering, så der alene udfoldes rimelige foranstaltninger med henblik på identifikation af den reelle ejer i tilfælde, hvor der efter en risikovurdering er særlig grund hertil.

Med det nu foreliggende forslag skærpes kravene til danske indberetningspligtige betydeligt, idet der nu tilsyneladende altid skal indhentes sikre oplysninger om den reelle ejer – også i tilfælde, hvor der ikke er nogen grund til at nære mistanke om hvidvask eller terrorfinansiering. Dette krav vil alene være gældende i Danmark, og ikke i de øvrige EU-lande, og som også nævnt er der derfor en betydelig risiko for, at det vil besværliggøre danske virksomheders erhvervsudøvelse med udenlandske kunder og klienter.



Advokatrådet skal herudover særligt fremhæve, at der savnes nærmere begrundelse for, hvorfor der skal indhentes sådanne oplysninger – i hvert fald i de tilfælde, hvor der ikke er en konkret mistanke om hvidvaskning eller terrorfinansiering. Indhentelse af identitetsoplysninger tjener det formål, at den indberetningspligtige, hvis der opstår mistanke, kan give myndighederne de nødvendige oplysninger om kunden, så myndighederne kan indlede efterforskning mod kunden. Desuden tjener kravet om indhentelse af identitetsoplysninger det formål, at myndighederne, hvis der på et senere tidspunkt skulle opstå mistanke om ulovlige forhold, kan opnå kendskab til, hvem der står bag en transaktion. Advokatrådet anerkender, at det for myndighederne kan være en hjælp, at der hos danske indberetningspligtige er indsamlet fuldstændige oplysninger om alle kunder og klienter. Advokatrådet finder det imidlertid fuldt ud tilstrækkeligt som grundlag for myndighedernes efterforskning, hvis danske indberetningspligtige er i stand til med sikkerhed at identificere den virksomhed, der har været kunde i Danmark, og de personer, der tegnede virksomheden i kundeforholdet. På dette grundlag burde myndighederne herefter selv kunne finde frem til de reelle ejere, hvis dette er relevant i forbindelse med en efterforskning af et kriminelt forhold. Advokatrådet skal endvidere bemærke, at det allerede følger af hvidvaskloven, at der i de tilfælde, hvor der viser sig konkret mistanke om hvidvask eller terrorfinansiering efter omstændighederne skal indhentes såkaldt udvidede identitetsoplysninger. Den foreslåede skærpelse vil derfor reelt alene have betydning i de mange tilfælde, hvor der indhentes identitetsoplysninger, men hvor der aldrig bliver noget grundlag for mistanke om, at der er tale om et kriminelt forehavende hos kunden. I disse tilfælde er det efter Advokatrådets opfattelse fuldt tilstrækkeligt, at kravene til virksomhederne fastsættes som ”rimelige foranstaltninger”, hvorved undgås, at den indberetningspligtige tvinges til omfattende, og vanskelige undersøgelser, herunder krav til kunden om udlevering af oplysninger, som kunden ikke finder har rimelig tilknytning til den konkrete sag.

Til § 5, nr. 8: Ændring af § 15

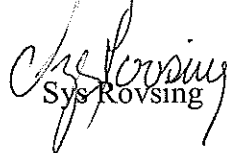
Efter den gældende bestemmelse indtræder der en pligt til at identificere den reelle ejer, hvis der hos den af loven omfattede virksomhed opstår formodning om, at en kunde handler på baggrund af et fuldmagtsforhold.

Efter den foreslåede bestemmelse, skærpes bestemmelsen, så de virksomheder, der omfattes af hvidvaskloven skal fastslå, om der er tale om et fuldmagtsforhold. Ændringen består således i, at der påhviler virksomhederne en aktiv forpligtelse til at undersøge, om der skulle være et fuldmagtsforhold. Det fremgår ikke nærmere af loven, hvordan dette i praksis skal undersøges. Advokatrådet går imidlertid ud fra, at det vil være tilstrækkeligt, at den indberetningspligtige spørger kunden, om denne handler på baggrund af et fuldmagtsforhold, og at svaret i almindelighed uprøvet kan lægges til grund.

Advokatrådet

Kopi af høringsvaret er sendt til Folketingets Retsudvalg.

Med venlig hilsen


Sys Røvsing