

# Advokaternes rolle

Fra oprydder til forebygger?



Professor dr.jur. Linda Nielsen

Kraka's Finanskrisekommission

1. august 2014

## Indholdsfortegnelse

<b>1. Formålet med rapporten</b> .....	<b>2</b>
<b>2. Finanskrisens årsager ud fra et juridisk perspektiv</b> .....	<b>3</b>
2.1 Deregulering.....	3
2.2 Produkternes kompleksitet.....	4
2.3 Ledelse, governance, bestyrelseskompetencer mv.....	4
<b>3. Advokaternes kompetenceprofil</b> .....	<b>5</b>
3.1. Virksomhedsoverdragelse – due diligence .....	5
3.2. Retssager .....	6
3.3. Specialistkompetencer om finansiel regulering .....	6
<b>4. Advokaters rolle som undersøger i de nødlidende banker</b> .....	<b>7</b>
4.1 Undersøgelsernes omfang og metoder .....	7
4.2 Advokaternes konklusioner – hvor ligger problemerne?.....	8
4.3 Undersøgelsernes resultater vedr. revisorerne .....	9
4.4 Retssager i kølvandet på undersøgelserne .....	10
<b>5. Reguleringens rammebetingelser, udvikling og udfordringer</b> .....	<b>11</b>
5.1 Skærpet regulering om kapitalforhold, solvens mv. ....	12
5.2 Komplekse finansielle produkter – øget privatkundebeskyttelse .....	12
5.3 Ledelse og virksomhedsstyring, corporate governance og compliance .....	14
<b>6. Kan advokaterne spille en større rolle?</b> .....	<b>16</b>
6.1 Behovet for en udvidet rolle synes at være til stede.....	17
6.2 Advokaternes ekspertise og erfaring er relevant og anvendelig .....	19
6.3 Legal audit i form af stikprøvekontrol af compliance og corporate governance? .....	21
<b>7. Konklusion og perspektivering</b> .....	<b>23</b>

## ADVOKATERNES ROLLE

### *Fra oprydder til forebygger?*

*Finanskrisens årsager er bl.a. knyttet til juridiske forhold, herunder deregulering, de mange komplekse produkter og ikke mindst ledelsesproblemer i bred forstand. Advokaterne har ekspertise inden for ledelsesforhold, særligt compliance, hvilket kommer til udtryk i deres almindelige virke og især i advokatundersøgelserne af de nødlidende banker. Advokatundersøgelserne har afdækket massive problemer i relation til bestyrelsesinvolvement, governance, compliance og kontrol. En lang række opstramninger af reguleringen har knækket dereguleringskurven og etableret, hvad nogle har kaldt en "regel-tsunami", men det er alment erkendt, at ændringer var nødvendige. Der er behov for opfølgning af, at reguleringen følges – compliance – og at det sker på en kompetent måde, der sikrer fornuft og til tider forsigtighed i bankvirksomhederne. Her kan advokaterne tænkes at spille en rolle: De har den juridiske ekspertise, og de har erfaringen med samspillet mellem compliance og kommercielle hensyn. De kan derfor med fordel supplere revisorernes og Finanstilsynets kontrol og fungere som kompetent sparringspartner for bestyrelsen. Dette kunne fx ske i form af lejlighedsvis "legal audit" (retlig revision) med det formål at fremme virkeliggørelsen af intentionen bag reglerne om ledelse og virksomhedsstyring. Håbet kunne også være, at dette sammen med andre tiltag kunne medvirke til, at kulturen i pengeinstitutterne bringes i god overensstemmelse med det relativt nye ledelseskodex for banksektoren. Herved kunne advokaternes rolle som "oprydder" suppleres med en rolle som "forebygger".*

### 1. Formålet med rapporten<sup>1</sup>

Da fokus er på advokaternes rolle, er det naturligt at se *finanskrisens årsager* gennem juridiske briller. Centrale årsager er lempelserne af den finansielle regulering, det store salg af vanskeligt gennemskuelige finansielle produkter, mangler i forhold til ledelse i bred forstand samt mangler ved revisorernes udførelse af deres kontrolopgaver<sup>2</sup>.

Der har ikke været særlig fokus på *advokaternes rolle* som medvirkende årsag til finanskrisen, hverken i det generelle medie billede eller i Rangvid-rapporten. Det hænger sammen med, at advokaternes rolle har været centreret om rådgivning og undersøgelser.

Advokaterne har vigtig ekspertise om Juridiske forhold, og kan have særligt ekspertise om finansiell regulering, ansvarsbedømmelser, ledelsesregler mv. De har derfor naturligt en vigtig

---

<sup>1</sup> Rapporten er venligst gennemlæst af ph.d.-studerende *Christoffer Eklund* samt advokat *Lars Lindencrone Petersen*, der begge har fremsat værdifulde kommentarer. Ansvar for indholdet er selvsagt mit alene. Sprogbrugen er søgt tilpasset sådan, at notatet også kan læses af ikke-jurister.

<sup>2</sup> "*Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring*", Rapport fra Udvalget om finanskrisens årsager, afgivet 18. september 2013. I det følgende er den benævnt "Rangvid-rapporten" efter udvalgets formand.

rolle som rådgiver for pengeinstitutterne og som varetager af deres klients interesser i retssager, både civilretlige og strafferetlige. Hertil kommer en særlig rolle, de har været tildelt som undersøger i forbindelse med nødlidende pengeinstitutter.

Advokaternes arbejde sker ikke i et tomrum. Deres rolle må naturligt ses i sammenhæng med den *regulering*, der er på området. De skal jo rådgive, undersøge og forsvare i overensstemmelse med den til enhver tid gældende lov med tilhørende bekendtgørelser, retspraksis, praksis fra Finanstilsynet osv. Da reguleringen har været udsat for store ændringer, og da der er en til tider ophedet diskussion, om reguleringen er overdrevet (regel-tsunami), tilpas eller for slap, er det naturligt at analysere advokaternes rolle i lyset af reguleringen og den udvikling, den har været udsat for de senere år. I et fremtidsperspektiv er det særligt relevant, om nye tiltag har overflødiggjort (yderligere) inddragelse af advokater.

De foretagne beskrivelser og analyser vil blive brugt til at præsentere nogle overvejelser om behovet for, mulighederne for og udfordringerne ved at *give advokaterne en større rolle* med det formål at bidrage til at begrænse risikoen for fremtidige finanskriser. Spørgsmålet er således, om nogle af disse ekspertiseområder og roller kunne udnyttes bedre ved tillige at benytte advokater som led i forebyggelsen af en ny finanskrise. Altså: Kan advokaters rolle som "oprydder" udbygges med en rolle som "forebygger" af fremtidige finanskriser?

## 2. Finanskrisens årsager ud fra et juridisk perspektiv

***- hvor det påvises, at årsagerne til finanskrisen bl.a. omfatter deregulering, komplekse produkter samt ledelsesproblemer i bred forstand.***

I tillæg til de rent økonomiske årsager til finanskrisen, herunder udviklingen i en række makroøkonomiske forhold, har der også været peget på årsager, der er knyttet til juridiske forhold. Det gælder ikke mindst spørgsmål om reguleringens tilstrækkelighed og hensigtsmæssighed, spørgsmål om mangler i forhold til ledelse i bred forstand samt spørgsmål om kontrol, herunder fra pengeinstitutternes revisorer. Dette har betydning for vurderingen af advokaternes rolle under finanskrisen og for behovet for "forebyggelse" mod en ny finanskrise. I Rangvid-rapporten påpeges således flere forhold med juridisk tilsnit eller relevans.<sup>3</sup>

### 2.1 Deregulering

En af de væsentlige årsager til finanskrisen er knyttet til reguleringens betydning. Den finansielle regulering blev op til finanskrisen lempet på visse centrale punkter, særligt de internationale regnskabsstandarder og kapitaldækningsregler, og da man i Danmark lagde vægt på, at reguleringen i Danmark ikke var strengere end i udlandet ("level playing field"), blev der slækket på kravene til bankernes polstring mod tab med øget udlånsvækst til følge. Samtidig opstod - særligt i USA - det, der benævnes "regulatorisk arbitrage", hvor finansielle virksomheder flyttede aktiviteter over på mindre regulerede eller ikke regulerede markeder. I det såkaldte "skygebankssystem" (omfattende fx kapital- og hedgefonde) var opbygningen af de betydelige risici

<sup>3</sup> Se i det hele Rangvid-rapporten s. 16-24, særlig s. 23, og s. 21.

ikke underlagt det traditionelle banksystems regulering og tilsyn. En blandt flere centrale årsager til, at den internationale finansielle krise generelt ikke blev forudset, var således det finansielle systems stigende kompleksitet. Dette rejser spørgsmålet, om den nugældende regulering er hensigtsmæssig som "bolværk" mod en ny finanskriser, og advokaternes rolle i denne forbindelse.

## 2.2 Produkternes kompleksitet

Det stigende salg af en række svært gennemskuelige finansielle produkter og pengeinstitutters egne aktier, har givet anledning til, at kunder – især private – har lidt betydelige tab. Det har ført til en stor stigning i antallet af klagesager hos Pengeinstitutankenævnet. *"Meget tyder på, at rådgivningen om visse af disse produkter ikke har været grundig nok."* Også dette rejser spørgsmål om advokaternes nuværende og fremtidige rolle i relation til rådgivningen.

## 2.3 Ledelse, governance, bestyrelseskompetencer mv.

Der peges også som en væsentlig årsag til finanskrisen på mangler i forhold til ledelsernes ansvar for pengeinstitutternes forretningsmodel og tilsynet hermed. Reguleringen og tilsynet med bankerne i Danmark var inden krisen baseret på en grundide om, at alene ledelserne i de finansielle institutter var ansvarlige for institutternes forretningsmodeller. Finanstilsynet havde mere fokus på de formelle regler end på pejlemærker for de valgte forretningsmodellers holdbarhed. Der var tale om en forholdsvis "mekanisk" tilgang i Finanstilsynets gennemgang af institutterns overholdelse af lovgivningen. Ganske vist advarede Finanstilsynet bankerne om visse risikable træk ved deres forretningsmodeller, herunder den kraftige udlånsvækst, og der blev givet en række påbud, men tilsynet var tilbageholdende med at fastsætte højere (individuelle) solvenskrav, bl.a. ud fra en vurdering af, at der ikke var tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag til mere proaktivt at gribe ind over for visse institutters uhensigtsmæssige forretningsmodeller. Dette rejser spørgsmålet, om reglerne på ledelsesområdet belært af erfaringen nu er tilstrækkelige til at dæmme op for alt for risikovillige ledere, og advokaternes rolle i denne forbindelse.

I relation til uforsvarlig ledelse som en af årsagerne til finanskrisen peges også på bestyrelseskompetencer, governance-strukturer samt omfanget af incitamentsaflønning. Rangvid-udvalget vurderer, at stigningen i incitamentsaflønning *"sandsynligvis har tilskyndet til ekstra risikotagning i nogle pengeinstitutter"*, og den anses at have *"været et symptom på en allerede høj risikotagning i nogle institutter samtidig med til dels utilstrækkelige bestyrelseskompetencer og governancestrukturer i de pågældende institutter. Udformningen af incitamentsaflønningen har i flere tilfælde været uhensigtsmæssig og forstærket den daglige ledelses incitament til at forfølge en kortsigtet og risikobetonet bankdrift. Det er ikke i aktionærernes interesser."* Desuden peges på, at ejer- og stemmeretsbegrænsninger kan holde storejere af kapital/kapitalbeviser, der ellers ville have stillet krav om mere professionel ledelse, væk fra flere, især mindre pengeinstitutter. *"Det kan ikke udelukkes, at disse begrænsninger har medvirket til, at flere af disse institutter er blevet nødlidende."*

Disse forhold rejser spørgsmål, om advokaterne kunne tillægges en udbygget rolle i forbindelse med sikringen af fornuftige ledelseskompetencer og governance-strukturer.

## 2.4 Revisorernes rolle

Endelig påpeges, at *revisorerne* som offentlighedens tillidsrepræsentanter, også i forhold til finansielle virksomheder, har varetaget en opgave, ”som ikke i alle tilfælde er blevet løst tilfredsstillende forud for krisen. Afviklingen af nødlidende pengeinstitutter har vist, at revisorers håndtering af en række forhold har været behæftet med alvorlige fejl og mangler.”

Denne kritik står i kontrast til fraværet af kritik af advokaternes rolle, som uddybes nedenfor. Selvom de ikke har været en del af problemet, kan de imidlertid godt tænkes at være en del af løsningen.

## 3. Advokaternes kompetenceprofil

***– hvor det påvises, at advokaternes kompetencer dels rummer generelle juridiske kundskaber om regelfortolkning og compliance, dels udgør en blanding af klassisk jura, administrative egenskaber og forretningsforståelse***

Advokaternes typiske kompetenceprofil har en multifacetteret karakter, der bl.a. omfatter førelsen af retssager, rådgivning i forbindelse med transaktioner, koncipering af kontrakter mv., men fællesnævneren for størstedelen af dette bredspektrede virke er den juridiske metode, hvor advokaten indsamler, strukturerer, analyserer og fortolker oplysninger om faktiske forhold og relevante juridiske regler. På denne baggrund kan advokaten foretage en retlig subsumption, der udmønter sig i en vurdering af, om en given faktisk disposition er i strid med retsstillingen på det pågældende område, eller hvordan en klient opnår en hensigtsmæssig retlig position inden for de rammer, som den juridiske regulering opstiller.

Den beskrevne juridiske metode er et særkende for juristers arbejde i almindelighed og er ikke som sådan forbeholdt advokaterne. Det er dog sædvanligvis advokater, der udfører de former for juridisk arbejde og dermed oparbejder de faglige kompetencer, der må anses for særligt at kunne understøtte arbejdet med at reducere risikoen for en fremtidig finansiell ustabilitet. Der til kommer, at advokaterne er underlagt en række særlige krav til den uafhængighed, etiske adfærd og fortrolighed mv., de skal udvise i forbindelse med udførelsen af deres virke.

### 3.1. Virksomhedsoverdragelse – due diligence

Et eksempel på en relevant form for juridisk arbejde, der sædvanligvis udføres af advokater, er juridiske undersøgelser (due diligence) i forbindelse med virksomhedsoverdragelser. Varetagelsen af denne type opgave medfører, at de involverede advokater indsamler og strukturerer ofte meget store mængder data om den pågældende virksomheds forhold, herunder virksomhedens finansiering, organisation, ledelse, medarbejderforhold, kunde- og leverandørkontrakter, anlægsaktiver, immaterielle rettigheder, forsikringsforhold. Formålet hermed er primært at identificere, kvantificere og om muligt afdække de juridiske, og som konsekvens heraf ofte også finansielle, risici, der knytter sig til den virksomhed, der ønskes overdraget. Ved rådgiv-

ning i erhvervsmæssige forhold kan advokaten trække på sine teoretiske kundskaber om retlige spørgsmål, sine praktiske og administrative færdigheder til fx at systematisere en arbejdsopgave og lede et møde og sin menneskelige og forretningsmæssige indlevelsessevne.<sup>4</sup>

### 3.2. Retssager

Et andet relevant eksempel på juridiske opgaver, der tilfalder advokaterne, er førelsen af erstatningssager. Varetagelsen af denne type opgave involverer bl.a. en juridisk vurdering af, om en person har handlet ansvarspådragende ved at agere i strid med juridiske regler eller almindeligt anerkendte handlenormer på det pågældende område. Advokaternes opgave involverer ligeledes en analyse af den skade og en opgørelse af det tab, som en ansvarspådragende adfærd måtte have medført, og en vurdering af, om der består den fornødne årsagssammenhæng mellem den ansvarspådragende adfærd og det indtrådte tab. Dette arbejde forudsætter, at de involverede advokater tilvejebringer og analyserer ofte betydelige mængder af faktuelle data om de foretagne dispositioner og deres konsekvenser, samt en grundig analyse af de krav, som den juridiske regulering eller anerkendte handlenormer stiller til adfærden på det pågældende aktivitetsområde.

Der kunne gives yderligere eksempler på advokaternes virke, men ovenstående tjener udmærket til at fremhæve nogle af advokaternes helt centrale opgaver og kompetencer: At indsamle, strukturere, analysere og fortolke ofte meget omfattende og komplicerede mængder af data af faktisk og juridisk karakter med henblik på at identificere og håndtere risici, vurdere kausale sammenhænge mellem udvist adfærd og resulterende konsekvenser, placering af ansvar og opgørelse af tab.

### 3.3. Specialistkompetencer om finansiell regulering

Hertil kommer, at en række advokater har opdyrket specialistkompetencer inden for den finansielle regulering, der danner grundlag for ydelsen af juridisk bistand til pengeinstitutter og andre finansielle virksomheder. Denne juridiske bistand kan antage mange former, herunder i relation til udarbejdelse af låne- og investeringsaftaler, dokumentation for sikkerhedsstillelse mv., men også i forbindelse med udarbejdelse af de politikker, retningslinjer og forretningsgange, der skal sikre, at den finansielle lovgivnings krav til ledelse og styring af finansielle virksomheder overholdes. Kapitalforhold indgår sjældent i rådgivningen, ligesom pengeinstitutterne kun i ret beskedent omfang søger rådgivning om compliance, dvs. sikringen af at regler og retningslinjer overholdes.

I kølvandet på finanskrisen er advokaternes traditionelle opgaver blevet suppleret med rollen som undersøger af årsagerne til en række pengeinstitutters økonomiske sammenbrud, samt om de pågældende pengeinstitutters tidligere ledelse, revision eller nærtstående har begået ansvarspådragende eller strafbare handlinger, der har medvirket til det økonomiske sammenbrud, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 4. Henset til advokaternes kompetenceprofil, som beskrevet ovenfor, har det været anset for nærliggende at benytte dem i denne kapacitet.

---

<sup>4</sup> Se herom i det hele *Mads Bryde Andersen: "Advokattretten", 2005 s. 75 ff.*

## 4. Advokaters rolle som undersøger i de nødlidende banker

**– hvor det påvises, at advokaterne har fingeren på pulsen med hensyn til de konkrete ledelsesudfordringer, der har ført til problemer i de nødlidende pengeinstitutter og dermed bidraget til finanskrisen**

I Danmark er nødlidende pengeinstitutter til forskel fra andre lande i vidt omfang ikke forsøgt videreført, men er blevet afviklet i regi af Finansiell Stabilitet A/S. I alt er 62 pengeinstitutter ophørt fra 2008 til 2013. Problemet har ofte været voldsom udlånsvækst, optimistiske vurderinger af kreditrisici, udlån langt ud over lokalområdet samt høj koncentration og utilstrækkelig styring af store engagementer, særligt indenfor erhvervssejendomme.

Finansiell Stabilitet A/S iværksætter altid en ekstern advokatundersøgelse af forholdene i et nødlidende pengeinstitut, som er blevet overdraget til afvikling. Kommissoriet for advokatundersøgelserne er at identificere de væsentligste årsager til det økonomiske sammenbrud og at vurdere, om der er begrundet mistanke om, at pengeinstituttets tidligere ledelse, revision eller nærtstående har begået ansvarspådragende og/eller strafbare handlinger, der har medvirket til det økonomiske sammenbrud. Advokatundersøgelserne omfatter bl.a. en vurdering af, om de politikker, retningslinjer og forretningsgange, som den finansielle lovgivning stiller krav om, har foreligget, og om disse har været fulgt, særligt med hensyn til bevilling af større låneengagementer mv. Advokatundersøgelserne er tale om partsindlæg, hvorved de ikke adskiller sig fra andre advokatydelse. Kritikpunkterne i forhold til disse nødlidende bankers forretningsmodel og drift er illustrerende for, hvilke behov der er for opstramning, og for det "rum", der kan være for en udvidelse af advokaters forebyggende rolle.

### 4.1 Undersøgelsesernes omfang og metoder

Der har været 12 advokatundersøgelser,<sup>5</sup> hvortil kommer retssager mod ledelse og revision i en række sager.<sup>6</sup> Et par eksempler kan illustrere undersøgelsesernes omfang og metode:

Omfanget er ofte overvældende. I Fjordbank Mors A/S er der fx oprettet datarum på over 30.000 sider og for Eik Bank A/S 9.500 sider, hvortil kommer tidligere direktørers mailboks med 31.000 e-mails og 240.000 filer. Redegørelsen om Skælskør Bank A/S og Max Bank A/S omfattede mere end 3.000 dokumenter.

Der er ofte foretaget opklarende samtaler med udvalgte medarbejdere, herunder i nogle tilfælde direktøren, men ikke med personer, hvis forhold er omfattet af undersøgelsen, da dette risikerer at være selvinkriminerende.

<sup>5</sup> Af disse står advokat *Carsten Fode* fra Kromann Reumert for de fire (Fjordbank Mors, Capinordic, Eik Banki, Eik Bank Danmark), mens *Mogens Skipper-Pedersen* fra Copenhagen Chambers og *Henrik Stenbjerre* står for de 5 (Roskilde Bank, EBH Bank, Løkken Sparekasse, Gudme Raaschou Bank og Fionia Bank), *Lars Lindencrone Petersen* fra Bech-Bruun 1 (Max Bank), *Jens Christensen* fra Koch/Christensen 1 (Amagerbanken) og *Søren Bergenser* 1 (Sparekassen Østjylland).

<sup>6</sup> Der er anlagt retssager i 7 tilfælde, bl.a. mod ledelse og ekstern revision i EBH Bank, Roskilde Bank, Løkken Sparekasse og Amagerbanken.



## 4.2 Advokaternes konklusioner – hvor ligger problemerne?

Det generelle billede, der tegner sig, er problemer med risikabel forretningsmodel, kreditgivning og ledelse. De nødlidende pengeinstitutter har i flere tilfælde haft for stor risikovillighed, der ikke har været i overensstemmelse med et forsigtighedsprincip, ligesom kreditsagsbehandlingen har været mangelfuld. I nogle tilfælde har bestyrelsen ikke i tilstrækkelig grad udfyldt sin rolle som kontrolorgan i forhold til direktionen, hvilket bl.a. har vist sig ved, at bestyrelsen ikke har forholdt sig til væsentlige spørgsmål og har accepteret praksis helt i strid med retningslinjerne fra bestyrelse til direktion. Samme konklusion fremgår af flere af Finanstilsynets rapporter<sup>7</sup> og af Rangvid-rapporten.

En række eksempler fra advokatundersøgelserne kan illustrere deres analyser og kritik:

Det siges om *Roskilde Bank A/S*, at den *"markante og stærke administrerende direktør"* havde som mål at udvikle banken fra at være en lokal bank til at være en betydelig sjællandsk bank, og denne vækstpolitik er løbende blevet taget til efterretning af bankens bestyrelse. Vækstpolitikken er gennemført på trods af mange og vedholdende påbud og risikooplysninger fra Finanstilsynets side. *"... Bankens ledelse har ikke forholdt sig til den ønskede størrelse af engagementer med højrisiko debitorer" og "store engagementer blev kun sjældent forelagt bestyrelsen, inden de blev bevilget"*. Et meget stort antal efterbevillinger fra bestyrelsen var udslag af, at bevillingsbeføjelser i et stort antal sager ikke har været overholdt – der var tale om et *"misbrug af kreditinstruksens undtagelsesbestemmelse om presserende sager"*. Desuden peges på *"mangelfuld håndtering af kreditsager og en dårlig kreditkultur, hvor kreditsagsbehandling skete uden iagttagelse af sædvanlige bankmæssige formkrav og dokumentation for bonitet mv., men ud fra en salgsorienteret kreditkultur og en kreditsagshåndtering, der var særdeles lemfældig, og hvor sædvanligt kredithåndværk var nedprioriteret. Retningslinjerne for kreditsagsbehandling blev ikke fulgt, og bankens centrale kreditfunktion, Team Kredit, havde hverken magt, gennemslagskraft eller ressourcer til at kræve reglerne efterlevet."*

Hos *Fjordbank Mors A/S* har bestyrelsen ifølge undersøgelsen i sin arbejdsform handlet uforsvarligt ved igennem flere år at acceptere, at direktionen i strid med bestyrelsens forretningsorden forelagde lånesager til beslutning, uden at bestyrelsen i tilstrækkelig tid forud for mødet havde modtaget de nødvendige oplysninger og dokumenter. Der var fastlagt politikker, retningslinjer og forretningsgange, men: *"Den faktiske kreditsagsbehandling ... efterlader ... et indtryk af ..., at erhvervsafdelingens og kreditafdelingens udarbejdelse af kreditindstillinger og kreditsagsbehandling, har været en ren formalitet, og ikke udtryk for en egentlig selvstændig kreditsagsbehandling og -vurdering, idet udlånsengagementerne i vid udstrækning har været "forhåndsgodkendt", "forhåndsbevilget" eller "aftalt" med ... direktør, og/eller kreditchef og underdirektør"*. Desuden viser referaterne fra bestyrelsesmøderne, at der ofte reelt var tale om efterbevillinger. På denne baggrund vurderes, at *"denne praksis for kreditsagsbehandling ... har været uforsvarlig"*.

Om *Eik Bank A/S* anføres i advokatundersøgelsen, at *"Bankens ledelse i en række tilfælde på et uforsvarligt grundlag har truffet beslutninger om kreditgivning til meget store og risikofyldte arrangementer uden at iagttage Bankens retningslinjer mv. for kreditgivning og uden at udnytte ressourcerne i Bankens kreditororganisation"*.

---

<sup>7</sup> De såkaldte § 352a-redegørelser om *Finanstilsynets rolle* under forløbet op til et pengeinstituts konkurs.

Advokatundersøgelsen af *EBH Bank A/S* medførte skarp kritik af bankens ledelse. Bankens tidligere direktør anses for at have foretaget uforsvarlig kreditgivning, at have tilsidesat bestyrelsens bevillingskompetence og at have undladt at etablere forsvarlige rammer og ressourcer på kreditområdet. Bestyrelsen findes ikke at have fastsat en overordnet kreditpolitik på ejendoms- og pantebrevsområdet og ikke at have vurderet nødvendigheden af at fastsætte grænser for bankens maksimale eksponering inden for dette område.

*Løkken Sparekasse* havde "en meget svag kreditstyring" karakteriseret ved "manglende indhentning af oplysninger" og "... utilstrækkelig vurdering af kundernes økonomiske styrke, inden lån blev bevilget".

Om *Amagerbanken A/S* siges det bl.a., at "*Amagerbankens ekspansive strategi, der desuden var kombineret med en betydelig risikoappetit og mangler i risikostyringen*" var blandt årsagerne til bankens sammenbrud. Banken valgte fx i nogle tilfælde, at "*engagementer blev videreført for bankens egen risiko, idet banken udvidede engagementerne for at undgå et finansielt sammenbrud hos debitor*", hvorved eksponeringen mod bankens svage kunder blev yderligere øget. Desuden var der manglende funktionsadskillelse mellem bankens ledelse og dens kreditsagsbehandling.

#### 4.3 Undersøgelsesresultater vedr. revisorerne

Advokatundersøgelserne har også omfattet en vurdering af, om det nødlidende pengeinstituts interne og eksterne revision har udført revisionen af pengeinstituttet i overensstemmelse med lovgivningens krav hertil. Revisors rolle og arbejde har ligeledes været genstand for Finanstilsynets kommentarer i tilsynets redegørelser. Det fremgår heraf bl.a.,<sup>8</sup> at revisor i flere tilfælde ikke har udvist tilstrækkelig professionel skepsis, ligesom der er påvist manglende kompetencer i forhold til udlånsområdet.

Eksempelvis har revisor i et tilfælde undladt at reagere på potentielt vildledende oplysninger i ledelsesberetningen i årsrapporten om sikkerhedsstillelse, ligesom revisor i et andet tilfælde har undladt at gøre bestyrelsen opmærksom på væsentlige identificerede svagheder på udlånsområdet i et pengeinstitut, herunder kritiske bemærkninger om ubevilgede overtræk, manglende bonitetsvurderinger og overskridelse af bevillingsbeføjelser. I et tredje eksempel har revisor udarbejdet en erklæring om, at pengeinstituttets forretningsgange og interne kontrolprocedurer var tilrettelagt og fungerede på betryggende vis, selvom der var væsentlige problemer med overholdelse af forretningsgange og mangelfulde kontrolprocedurer.

I nogle tilfælde er revisor indklaget for Revisornævnet, idet god revisorskik hævdes overtrådt i en række forhold.

---

<sup>8</sup> Rangvid-rapporten s. 291.

#### 4.4 Retssager i kølvandet på undersøgelserne

Advokatundersøgelserne har for nogle pengeinstitutters vedkommende konkluderet, at der *ikke* på det foreliggende grundlag synes at være baggrund for en sag om erstatning. I andre undersøgelser er der rejst erstatningssager ved domstolene.

I nogle tilfælde anses direktøren at bære hovedansvaret for pengeinstituttets sammenbrud, mens det i andre tilfælde er besluttet at indlede retlige skridt (også) over for (daværende) bestyrelsesmedlemmer og eventuelt revisor.

Finansiel Stabilitet A/S' direktør har betonet den præventive effekt og samfundshensynet:<sup>9</sup>

*"Vi vurderer, at der er en præventiv effekt og en samfundsinteresse i at få afklaret, om de tidligere ledelser i de nødlidende pengeinstitutter har pådraget sig et erstatningsansvar i forbindelse med pengeinstitutternes sammenbrud."<sup>10</sup>*

Der er også i enkelte sager anlagt straffesag, når forholdet anses at være af en vis grovhed. Strafansvaret er knyttet til en meget lang række af bestemmelser i den finansielle lovgivning,<sup>11</sup> og straffen kan være bøde eller fængsel indtil fire måneder. I en række tilfælde er der tale om straffebetingelser, der indeholder mange skønsmæssige elementer, og det kan derfor være vanskeligt at sige, hvornår strafansvar kan komme på tale:

*"Undlader et medlem af en finansiell virksomheds ... bestyrelse eller direktion at træffe nødvendige foranstaltninger i tilfælde af tab eller en nærliggende fare for tab af væsentlig størrelse ..." "Personer, der er knyttet til en finansiell virksomhed, og som giver urigtige eller vildledende oplysninger om forhold vedrørende virksomheden til en offentlig myndighed, til offentligheden ... eller til indskydere, ..., eller som gør sig skyldig i grov eller oftere gentaget forsømmelse eller skødesløshed, der kan medføre tab for virksomheden eller indskyderne ... eller andre investorer i den finansielle virksomhed."*

I henseende til straffesager spiller spørgsmål om fortrolighed og retssikkerhed en stor rolle for advokaterne og kan vel betragtes som et særkende ved deres værdier og virke.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Se Berlingske Business 23.6.2014. Her opgøres Finansiell Stabilitets samlede udgifter til advokathonorarer til undersøgelser og erstatningssager til i alt 175 mio. kr. Samtidig anføres, at Finansiell Stabilitet kører retssager og tvister for 6,5 mia. kr.

<sup>10</sup> Sagerne omfatter ca. 50 personer, herunder forhenværende direktører, bestyrelsesmedlemmer, ledende medarbejdere og revisorer. De anlagte sager forventes at vare 4-6 år. Finansiell Stabilitet er samlet set involveret som part i retssager og tvister med et samlet omfang på 7 mia. kr.

<sup>11</sup> Lov om finansiell virksomhed (i det følgende kaldt "FIL") § 373, se særligt stk. 6 og 7.

<sup>12</sup> Der er således blevet fremhævet mulige retssikkerhedsmæssige problemer ved, at personer, der i forlængelse af advokatundersøgelserne er blevet hængt ud ("dømt") i pressen, har haft vanskeligt ved at bevise deres eventuelle uskyld, hvilket er cementeret ved sager, hvor de efterfølgende har fået afslag på bevilling af fri proces.

## 5. Reguleringens rammebetingelser, udvikling og udfordringer

***– hvor det påvises, at der er sket en meget markant opstramning af den finansielle regulering både med hensyn til kapitalforhold, beskyttelse af privatkunder ved komplekse produkter mv. og ledelsesforhold***

Det arbejde, advokaterne udfører, afhænger i høj grad af, hvilke rammebetingelser der opstilles i det meget udbyggede regelsæt, der gælder for pengeinstitutterne. Samtidig er deregulering jo netop identificeret som en af de markante årsager til finanskrisen. Det er derfor også et område, hvor der er sket meget i kølvandet på finanskrisen.

Regellandskabet før finanskrisen var som omtalt ovenfor præget af deregulering, og et mantra om at forretningsmodellen udelukkende var ledelsens ansvar. Stramninger, indført efter finanskrisen, er mange og udbyggede og vedrører både kapitalkrav mv., bedre privatkundebeholdelse vedr. (komplekse) investeringsprodukter, samt øgede krav til ledelse, herunder nye krav til kompetencer, uddannelse og certificering samt begrænsninger i aflønningsformen.<sup>13</sup>

Fra EU er kommet en meget lang række skærpselser, og flere er på vej. Der er oprettet en ny tilsynsstruktur for at stå bedre rustet i fremtiden. Bestræbelserne er princippet om en "single rule book" med det formål at ensarte reguleringen af den finansielle sektor i EU. Der er således etableret et netværk af nationale finanstillsyn, der samarbejder med tre nye europæiske tilsynsmyndigheder.<sup>14</sup> Formålet er at fremme harmoniseringen af reglerne på tværs af medlemsstaterne og samtidig ensarte tilsynspraksis og -håndhævelse.<sup>15</sup> Bedre regulering af skyggebanksystemet er på tegnebrættet, og der forventes forslag om den grundlæggende organisering af banker.<sup>16</sup> Hertil kommer overvejelserne og debatten om en europæisk bankunion,<sup>17</sup> hvor der endnu ikke er taget stilling til spørgsmålet om dansk deltagelse.

Finanstilsynet har fået tilført øgede midler til bl.a. flere kontrolbesøg og inspektioner i pengeinstitutter, herunder ikke mindst i forhold til institutter under skærpet tilsyn. Opfølgningen på påbud er styrket, og Finanstilsynet har fået øgede muligheder for at udveksle og videregive oplysninger til Nationalbanken og anklagemyndigheden.

---

<sup>13</sup> Se i det hele Rangvid-rapporten s. 338 ff.

<sup>14</sup> EBA er den europæiske banktilsynsmyndighed, ESMA den europæiske værdipapirtilsynsmyndighed og EIOPA den europæiske tilsynsmyndighed for forsikrings- og arbejdsmarkedspensionsordninger. De har kompetence til at udarbejde bindende tekniske standarder, udstede henstillinger til medlemsstaterne i forbindelse med forkert anvendelse af EU-retten, agere på anmodning fra EU-Kommissionen i nødsituationer, mægle i tvister mellem tilsynsmyndigheder fra forskellige medlemsstater samt generelt arbejde for koordination og konvergens på regulerings- og tilsynsområdet i EU.

<sup>15</sup> Herudover er der taget initiativer i forhold til bl.a. ratingbureauer, aflønning, kursmanipulation og insiderhandel, handel med finansielle instrumenter, handel med derivater og forbedring af forbrugerbeskyttelsen. Se i det hele Rangvid-rapportens oversigt s. 341.

<sup>16</sup> Dette har baggrund i den såkaldte "Liikanen-rapport", som også drøfter krav om mere eller mindre skarpe adskillelser af forskellige aktiviteter inden for det samme pengeinstitut for at mindske at problemer på ét område går ud over aktiviteter på andre områder.

<sup>17</sup> Der blev i 2013 opnået enighed mellem Rådet og Europa-Parlamentet om rammerne for det fælleseuropæiske tilsyn, som forventes at træde i kraft i efteråret 2014. Den fælles tilsynsmekanisme er åben for deltagelse af ikke-eurolande.

Det er en overordnet læring fra krisen, at ”regulering baseret på at sikre robustheden i de enkelte kreditinstitutter – den ”mikroprudentielle regulering” – ikke er tilstrækkelig<sup>18</sup>”. Spørgsmålet i relation til advokaternes eventuelle rolle som finanskrise-forebyggere er, dels om de mange lovændringer har gjort yderligere indsats overflødig, dels om der er nogle områder, hvor advokaterne med fordel kan inddrages med det formål at gøre brug af deres særlige ekspertise.

### 5.1 Skærpet regulering om kapitalforhold, solvens mv.

Der har været overordentlig megen fokus på kapitalkrav. Mange af de stramninger, der har fundet sted i Danmark efter finanskrisen, udspringer i høj grad af EU-lovgivningen. EU's kapitalkravsdirektiv for pengeinstitutter (CRD IV) indeholder skærpede krav til størrelsen og kvaliteten af pengeinstitutternes kapital samt strammere krav til likviditet. Herudover lægges der op til begrænsninger på udlåns gearing. Endvidere har Finanstilsynet og Nationalbanken fået øget fokus på likviditetsrisici, ligesom der nu typisk opstilles mere voldsomme scenarier ved stress-test. Desuden er der fra 2012 og 2013 indført nye og skærpede regler om nedskrivninger og beregning af solvensbehov, bl.a. med det formål at give større transparens om kvaliteten af institutternes lånebøger og større klarhed om beregningen af solvensbehovet, hvilket har indebåret en opstramning for visse institutter.

Herudover er Det Systemiske Risikoråd etableret. Rådet har til opgave at overvåge og identificere opbygningen af risici og den finansielle stabilitet. Observationer og advarsler skal kommunikeres til specifikke parter og til offentligheden. Rådet kan udstede henstillinger, og en modtager, som ikke følger henstillingen, skal forklare sig.

Der har efter krisen været debat om kapitalkravene. På den ene side hævdes, at de ikke i tilstrækkelig grad sikrer, at ejerne af pengeinstitutterne selv bærer de reelle risici, som de kan påføre samfundsøkonomien. På den anden side sættes spørgsmålstegn ved, om kravene er blevet så høje, at de kan risikere at hæmme kreditgivningen i samfundet og derved sænke den økonomiske velstand.

Som det er fremført ovenfor, har advokater ikke i nævneværdig grad været brugt som rådgivere vedr. kapitalforhold mv., og kapitalforholdene har ikke været omfattet af advokatundersøgelserne, hvilket vel har sammenhæng med, at disse ikke ligger inden for advokaters specifikke ekspertise og erfaring. Det forekommer på denne baggrund ikke naturligt, at advokater tildeles en særlig udbygget og fremadrettet rolle i relation til kapitalforhold mv.

### 5.2 Komplekse finansielle produkter – øget privatkundebeskyttelse

Som nævnt var der i årene op til finanskrisen en betydelig stigning i udbuddet af komplekse investeringsprodukter, fx strukturerede produkter. Det stigende udbud blev i høj grad matchet af efterspørgsel fra almindelige husholdninger, der ikke nødvendigvis havde forudsætningerne

---

<sup>18</sup> Rangvid-rapporten s. 339.

for at forstå disse produkter, herunder hvilke risici de påtog sig.<sup>19</sup> Efter finanskrisen led mange privatkunder tab, og antallet af sager hos Pengeinstitutankenævnet eksploderede. De vedrørte ofte utilstrækkelig rådgivning. Andelen af sager, hvor kunder har fået medhold, er steget, men pengeinstitutterne har ikke altid fulgt afgørelserne, hvilket de efter loven heller ikke har pligt til.

Som følge af erfaringerne fra krisen og med det formål at bidrage til at genskabe tilliden til finanssektoren er der gennemført et regelgrundlag, som indebærer en markant skærpelse af beskyttelsen af privatkunder. Kravene til den rådgivning, som skal ydes til privatkunder, er blevet skærpet og udbygget. Det generelle billede er således at supplere fokus på information og gennemsigtighed med sikring af, at finansielle produkter har kvalitet og værdi for kunden. Samtidig præciseres, at det er ledelsen i pengeinstituttet, der er ansvarlige for at sikre, at der ydes god finansiell rådgivning til kunderne. Der er også overvejelser om forbud mod anvendelse af bonusordninger, som giver den ekspederende medarbejder incitament til at øge salget af bestemte produkter, eller i det mindste krav om oplysning om, at sådanne ordninger anvendes.<sup>20</sup>

Disse tiltag er en overbygning på en allerede eksisterende privatkundebeskyttelse, der bl.a. er udsprunget fra EU i form af de såkaldte MiFid-regler, men også er baseret på rent danske initiativer som led i ønsket om udvidet forbrugerbeskyttelse. Der er således siden indførelsen af god skik i 1975 sket en stor udvikling inden for privatkundebeskyttelsen i den finansielle sektor, og reglerne om investorbekskyttelse ved værdipapirhandel indeholder et udbygget sæt beskyttelsesregler, som bl.a. indebærer krav om, at rådgivningen skal være relevant, retvisende og fyldestgørende, således at den tilgodeser kundens interesser og give kunden et godt grundlag for at træffe beslutninger.<sup>21</sup> Finanstilsynet foretager løbende undersøgelser om god skik.

Hertil kommer risikomærkning af investeringsprodukter og lån, hvor "grøn, gul og rød" skal medvirke til at sikre, at privatkunder får en øget og vedvarende bevidsthed om risiciene. Der er tillige indført kompetencekrav til investeringsrådgivere, som skal have gennemgået et uddan-

---

<sup>19</sup> Det er i debatten fremhævet, at en rådgivers direkte økonomiske interesse i at foretage salg samt i nogle tilfælde utilstrækkelig rådgivning og en uigennemsigtig prisstruktur for rådgivningen kan gøre det vanskeligt for forbrugeren at få retvisende rådgivning.

<sup>20</sup> Se bl.a. *Finanstilsynets* rapport om salg af egne aktier fra 2009, *Finansforbundets* undersøgelse fra 2008 om medarbejder/rådgivers rolle samt *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens* spørgeskemaundersøgelse fra 2013, som har været medvirkende til en kommende ændring, således at det i højere grad synliggøres over for privatkunderne, at bankekspedienter kun vejleder i og sælger bankens egne og eventuelle samarbejdspartners produkter. Der er indført en række begrænsninger vedr. egne aktier/garantbeviser, herunder forbud mod lån til køb heraf. "Udvalget om erstatningsansvar ved rådgivning om finansielle produkter" har i februar 2014 afgivet en rapport. Se endelig Rapporten "*Consumer Market Study on Advice within the area of Retail Investment Services*", afgivet af EU-Kommissionen i 2011, der indeholder resultaterne af en undersøgelse af investeringsrådgivning af detailkunder baseret på "mystery shopping". Forekomsten af anbefalinger om investering i "uegnede papirer" varierer mellem landene, men topscorer var Danmark med 68 %. I 2011 fremsatte kommissionen forslag om revision af MiFid-direktivet, hvor der introduceres forbud mod modtagelse af præmiering fra tredje part, medmindre præmieringen i sin helhed gives videre til kunden, hvis investeringsrådgivningen skal betegnes som "uafhængig". Se også forslaget fra Peter Reedtz om faste priser og timesatser, se "Uvildig investeringsrådgivning – utopi eller realisme?" (2010). Endelig er der indført principper om, at den årlige gebyroversigt til forbrugerne er udbygget med angivelse af ÅOP (årlige omkostninger i %) for investeringsforeninger mv.

<sup>21</sup> De vigtigste bekendtgørelser omfatter god skik, investorbekskyttelse ved værdipapirhandel, prisoplysning i pengeinstitutter og risikomærkning af investeringsprodukter.

nellesforløb, som gør dem i stand til stedse at yde rådgivning om investeringsprodukter på forsvareligt grundlag. Rådgives om "røde" produkter, skal rådgiveren hvert 3. år bestå en prøve, godkendt af Finanstilsynet, der giver kompetencer inden for relevant lovgivning, investeringsprodukter og økonomisk forståelse. Fra 2014 skal finansielle rådgivere have Finanstilsynets tilladelse for at udøve virksomhed, de skal have den fornødne uddannelse og må alene betegne sig som uafhængig, hvis de ikke modtager provision fra den finansielle sektor. Endelig er Forbrugerombudsmanden blevet styrket. I Finanstilsynets strategi frem til 2015 er der fokus på bl.a. produktudviklingsfasen med det formål at undgå, at dårlige produkter bliver markedsført til privatkunder. Forventningen er, at et tiltag vil udmønte sig i en governance-baseret tilgang, hvor der stilles krav til de principper og processer, som produktudviklerne skal arbejde ud fra.

På dette område kan advokaterne eventuelt have en rolle ved i forbindelse med en tvist at rådgive om muligheden for at klage eller anlægge sag, chancen for at opnå erstatning, pengeinstituttets mulighed for at blive frifundet for erstatningsansvar mv., men der synes ikke at være en naturlig rolle for advokaterne i relation til at udvide rollen som finanskrise-forebygger.

### 5.3 Ledelse og virksomhedsstyring, corporate governance og compliance

EU's kapitalkravsdirektiv (CRD IV) indeholder også skærpede krav til pengeinstitutternes corporate governance, herunder aflønningsregler. Der er bl.a. med udgangspunkt heri i Danmark gennemført lovgivning med henblik på fx skærpet forebyggende tilsyn, øget åbenhed og gennemsigtighed i den finansielle sektor, bedre ledelse i finansielle virksomheder og begrænsninger på aflønningen.

Tilsynet med pengeinstitutter er blevet skærpet og er blevet mere proaktivt. Rammerne for Finanstilsynets arbejde og dets tilsynspraksis har således ændret sig markant efter krisens udbrud. Finanstilsynet skal nu bidrage til at opretholde og fremme finansiell stabilitet og tilliden til finansielle virksomheder og markeder. Samtidig har Finanstilsynet fået udvidede beføjelser til at gribe ind over for uholdbare forretningsmodeller og inkompetent ledelse. Erfaringen fra finanskrisen har således været, at tilsynet skal inddrage risikoprofilen i hele virksomhedens forretningsmodel<sup>22</sup> og ikke kun foretage en gennemgang af de enkelte engagementer. Inden for rammerne af lovgivningen har Finanstilsynet introduceret "tilsynsdiamanten" som pejlemærke for pengeinstitutternes forretningsmodeller<sup>23</sup> og mulighed for Finanstilsynet til at gribe tidligt ind over for adfærd, der ikke er i overensstemmelse med tilsynsdiamanten. Der er således i højere grad tale om et risikobaseret tilsyn, herunder indførelse af mere fremadskuende risikoindikatorer.

Der er tillige gennemført en række initiativer for at skabe øget åbenhed og gennemsigtighed om Finanstilsynets arbejde. Efter hver inspektion offentliggøres en redegørelse på virksomhedens og tilsynets hjemmeside, der beskriver tilsynets vurdering af virksomheden og de centrale

---

<sup>22</sup> I perioden frem til 2008 var *Finanstilsynets* opgave at påse, at institutterne overholdt lovgivningen. Der var tale om et "mikrotilsyn" mere end hensyn til den finansielle stabilitet. I 2009 lancerede Finanstilsynet en ny strategi, som lagde vægt på et offensivt tilsynsarbejde med skærpet fokus på de væsentlige risikofaktorer og holdbarheden af virksomhedens forretningsmodeller, se FIL § 344 og Rangvid-rapporten s. 165 og 171.

<sup>23</sup> *Tilsynsdiamanten* lægger vægt på store engagementer, udlånsvækst, funding-ratio, ejendomseksponeringer og likviditetsoverdækning, som erfaringsmæssigt er indikatorer på sårbare forretningsmodeller.

tilsynsreaktioner.<sup>24</sup> Endelig er Finanstilsynet som noget nyt underlagt en bestyrelse, der skal godkende tilsynsvirksomhedens tilrettelæggelse og fastlægge de strategiske mål for tilsynsvirksomheden, ligesom de skal godkende regler og vejledninger på de områder, hvor Finanstilsynet er bemyndiget til at udstede disse.

Advokatundersøgelserne dokumenterede, at der har været problemer i forhold til bestyrelser, der ikke varetog deres kontrolfunktion med tilstrækkelig gennemslagskraft – eller som det siges i Rangvid-rapporten var ”uvidende”. På denne baggrund er kravene til ledelsen og de enkelte medlemmer af bestyrelsen efterfølgende blevet skærpet, og Finanstilsynet reagerer nu mere konsekvent over for ulovligheder og inkompetence blandt ledelsesmedlemmer. Der er ligeledes øget fokus på sunde incitamentsstrukturer – eksempelvis aflønningspolitikens betydning for risikotagning.

Reglerne om egnethed og hæderlighed (”fit & proper”) for virksomhedens ledelse er blevet skærpet<sup>25</sup>. Det er blevet præciseret, at ledelsen løbende skal leve op til kravene om egnethed og hæderlighed, ligesom det – med henblik på at øge muligheden for at kunne afsætte ledelsen uden at komme i strid med proportionalitetshensynet – nu fremgår udtrykkeligt af bestemmelsen, at hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor skal tillægges vægt, når der konkret skal tages stilling til, om en ledelsesperson har udvist uforsvarlig adfærd. Dermed har Finanstilsynet fået langt bedre mulighed for at skride ind og påbyde et bestyrelsesmedlem i en finansiell virksomhed at nedlægge sit hverv, såfremt vedkommende ikke opfylder kravene til egnethed og hæderlighed.<sup>26</sup>

Der er desuden indført skærpede krav til ledelsens styring og indretning af en finansiell virksomhed. I 2012 er der således stillet nye skærpede krav til viden og erfaring i bestyrelsen i finansielle virksomheder, herunder skal der fremover i større pengeinstitutter altid være mindst et medlem af bestyrelsen med erfaring fra en anden relevant finansiell virksomhed. Bestyrelserne har i længere tid haft pligt til at gennemføre en årlig selvevaluering med henblik på at sikre, at bestyrelsen besidder den fornødne viden og erfaring i forhold til virksomhedens forretningsmodel. Fra 2012 skal denne selvevaluering indsendes til Finanstilsynet, som gennemgår evalueringerne, og hvis evalueringerne ikke har givet et tilfredsstillende billede af kompetencerne i bestyrelsen, kan anmode pengeinstitutterne om at foretage de fornødne justeringer af bestyrelsens sammensætning med henblik på at sikre, at bestyrelsen har de fornødne kompetencer. I praksis har Finanstilsynet i perioden 2010-2013 rejst 42 sager om fit & proper mod personer i finansielle virksomheder.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Herudover er rapporteringen til bestyrelsen blevet mere målrettet til dens behov; det er således blevet tydeligere, hvad Finanstilsynet forventer af virksomheden, og hvad Finanstilsynet vurderer de væsentligste risici er.

<sup>25</sup> Tidligere var det Finanstilsynets vurdering – støttet af Kammeradvokaten – at det med den dagældende formulering af reglen i FIL stort set ville være umuligt i praksis at afsætte et ledelsesmedlem, fordi det ville være så indgribende over for den pågældende person, at det ikke ville være proportionalt.

<sup>26</sup> Hvis påbuddet ikke efterkommes, kan pengeinstituttet straffes med bøde. Herudover kan der pålægges tvangsbøder, hvis pengeinstituttet ikke efterkommer et påbud om at afsætte en direktør, der ikke opfylder kravene til fit & proper. Endelig har Finanstilsynet skærpet det løbende tilsyn med, om de personer, der sidder i pengeinstitutternes ledelse, er egnede og hæderlige.

<sup>27</sup> Der er ikke truffet et tilsvarende antal afgørelser, da den pågældende ofte trækker sig fra posten, når udkastet til afgørelse sendes i høring.



Også sammensætningen af aflønningen i finansielle virksomheder har været genstand for interesse og tiltag. Det sker for at reducere risikoen for, at sammensætningen fører til overdreven risikovillighed. Ændringerne indebærer bl.a. et loft over den variable løndel for direktion og bestyrelse på 50 % af den faste løn, et loft på aktieoptioner eller lignende instrumenter til bestyrelse og direktion, så de højst udgør 25 % af den variable løndel, og et princip om, at udbetaling af variabel løn skal baseres på resultater over en længere periode, bl.a. sådan at mindst 40 % af den variable løndel – og mindst 60 % af større variable lønde – fordeles over mindst 3 år – for direktion og bestyrelse over mindst 4 år.

Endelig blev der i 2013 gennemført nye regler om certificering af revisorer i finansielle virksomheder, ligesom Finanstilsynet i 2013 har ændret revisionsbekendtgørelsen.<sup>28</sup> Disse to ændringer indebærer minimumskrav til revisors erfaring med revision af finansielle virksomheder samt relevant efteruddannelse, ligesom der er indført yderligere krav til revisors rapportering. Formålet med disse tiltag har været at øge kvaliteten af revisionen i de finansielle virksomheder.

Beskrivelsen og analysen af reguleringslandskabet viser med al ønskelig tydelighed, at der har været markante ændringer i den regulatoriske topografi. Det gælder med hensyn til kapitalforhold og solvens mv., det gælder forbrugerbeskyttelse, og det gælder ledelsesforhold. Der vil altid være en løbende debat, om reguleringsniveauet er udtryk for en fornuftig balance mellem frihedsgrader og restriktioner, mellem markedsforhold og beskyttelse osv. I Rangvid-rapporten<sup>29</sup> anføres herom bl.a.: "Udvalget finder, at en læring af krisen er, at strammere regulering og tilsyn er nødvendig."

Men analyserne ovenfor viser, at der også er en anden interessant diskussion, nemlig hvordan det bedst sikres, at reglerne rent faktisk efterleves i praksis. Her er advokatundersøgelserne interessante, fordi de har påvist, at man i en række nødlidende banker tilsyneladende ikke følte sig forpligtet af regler og retningslinjer. Der er derfor en klar udfordring i at sikre bedre overholdelse af reglerne. Det underbygges kraftigt af, at der som påvist af Rangvid-udvalget er en række mulige sammenhænge mellem corporate governance og udviklingen i institutterne.<sup>30</sup> Det vil derfor være interessant, om advokater med fordel kunne spille en udbygget rolle i fremtiden på dette felt.

## 6. Kan advokaterne spille en større rolle?

---

<sup>28</sup> Lov nr. 617 af 12. juni 2013 samt Bekendtgørelse om revisionens gennemførelse i finansielle virksomheder mv. samt finansielle koncerner. Hertil kommer en række internationale tiltag på revisionsområdet efter finanskrisen, fx fra International Auditing and Assurance Standards Board – (IAASB).

<sup>29</sup> Rangvid-rapporten s. 31.

<sup>30</sup> Rangvid-rapporten s. 287.

***- hvor det påvises, at der er behov for en opfølgning af, at det udbyggede regelsæt om ledelse, corporate governance og compliance følges, og at advokaterne med fordel kan udfylde denne rolle ved lejlighedsvis "legal audit" og samtidig kan fungere som sparringspartner for bestyrelsen***

Det synes umiddelbart konstruktivt at supplere advokaternes rolle som "oprydder" med en rolle som "forebygger". Dette understøttes af finanskrisens årsager sammenholdt med advokaternes ekspertise og kompetencer. Som fremhævet ovenfor vil det især være hensigtsmæssigt at overveje en udbygget rolle for advokaterne i relation til ledelse, corporate governance og compliance. Formålet kunne være at medvirke til en øget effektivisering af implementeringen af de gældende regelsæt. I det følgende skitseres derfor, om der må anses at være behov for at inddrage advokaterne, hvilken ekspertise og hvilke erfaringer der med fordel kan trækkes på, hvordan inddragelse konkret kunne ske, og hvilke udfordringer der vil være knyttet hertil. Disse overvejelser kan danne afsæt for en nærmere diskussion af fordele og ulemper ved at lade advokaterne spille en udbygget rolle i relation til understøttelsen af den fremadrettede finansielle stabilitet samt den nærmere udformning af et eventuelt konkret forslag herom.

### 6.1 Behovet for en udvidet rolle synes at være til stede

Blandt de markante årsager til finanskrisen var deregulering og problemer i relation til ledelse. Det er derfor naturligt, at en del af svaret på fremtidssikring mod en ny finanskris har været mere regulering – også om ledelse. Spørgsmålet er imidlertid, om øget regulering gør det alene, eller der skal sættes øget fokus også på implementeringen heraf for at sikre virkeliggørelse og gennemslagskraft. Regulering er jo ikke på alle områder en trylleformular, der får virkeligheden til at ændre sig og kulturen til at flytte sig. Advokatundersøgelserne dokumenterede markant og klart, at der trods relativt bastant regulering var en praksis, der ikke fulgte reguleringen, og en bestyrelse, der ikke udfyldte sin rolle – den var gal med compliance, og den var gal med corporate governance.<sup>31</sup>

Compliance er vigtig, men er dybt afhængig af, at det har ledelsesopbakning for at få gennemslagskraft. Det har tydeligt ikke været tilfældet i en del af de nødlidende pengeinstitutter. Da compliance er en del af den ret bastante regulering, hvor der stilles tydelige krav hertil, kan det undre, at det i nogle pengeinstitutter har været så stedmoderligt behandlet.

Corporate governance udgør et interessant eksempel på gode principper, som en del – især mindre – pengeinstitutter har afvist at implementere. Det overordnede billede har været, at de fleste pengeinstitutter ikke fulgte anbefalingerne om god selskabsledelse (corporate governance), at afvigelserne især gjaldt åbenhed og gennemsigtighed, bestyrelsens sammensætning og bestyrelsens og direktionens vederlag, og at der ofte blev givet identiske redegørelser for fravigelsen af principperne om corporate governance. Disse afvigelser skete typisk efter en skabelon udarbejdet af interesseorganisationen Lokale Pengeinstitutter (LOPI). Dette har medført, at bestyrelsesmedlemmerne typisk ikke er blevet valgt gennem en formel, grundig og gennemsigtig proces, ligesom anbefalinger om valgperiode og evaluering af bestyrelse og direktion ikke

---

<sup>31</sup> I Rangvid-rapporten s. 279: "Det centrale problem ser derfor ud til at være corporate governance."

er blevet fulgt og der ikke har været en vederlagspolitik. På denne baggrund er det konkluderet,<sup>32</sup> at afvigelserne fra anbefalingerne om bestyrelsens sammensætning og vederlag til bestyrelsen og direktionen hverken virker rimelige eller velbegrundede.

Koordineringen af praksis med hensyn til corporate governance og begrundelserne for at fravælge dele heraf er interessant, fordi det tyder på, at en del pengeinstitutter ganske enkelt ikke ønsker at følge principperne, og at man samstemmer forklaringerne. Dette kan måske betegnes som en flokmentalitet, hvilket i udenlandsk litteratur er set beskrevet som "herd behaviour" med "behavioural bias".<sup>33</sup> Denne fælles, koordinerede praksis viser, at der er et behov for at lade en uafhængig person sætte spørgsmålstegn ved denne praksis og eventuelt få den nuanceret og ændret. Herved kan man tage hensyn til alle de tre faktorer, der af og til i udenlandsk litteratur omtales i forbindelse med finanskrisen, nemlig "conflicts, complacency og complexity"<sup>34</sup> (konflikter, selvtilfredshed/laden stå til og kompleksitet).

Nu kunne man tro, at de øgede kompetence- og uddannelseskraav gjorde yderligere tiltag overflødige. Sådan er det imidlertid næppe. Om kravene kommer til at ændre situationen mærkbart og hurtigt, står lige nu hen i det uvisse. Selvom uddannelseskraav og erfaring fra en anden finansiel virksomhed kan være med til at øge kompetencerne, er det ingen sikkerhed for integritet, for mod til at en stå op mod stærk direktør og for vilje til at lægge det nødvendige arbejde i bestyrelshvervet. Antallet af nødlidende pengeinstitutter og advokatundersøgelserne har af-dækket, at ikke bare pengeinstitutterne, men også bestyrelserne i visse tilfælde har været nødlidende, og øgede formelle kraav er ikke nødvendigvis nogen garanti for, at bestyrelsesarbejdet udføres på betryggende vis.<sup>35</sup> Det er, hvad man kan opnå med loven, men er ingen garanti for, at det altid virker i virkelighedens verden. Der vil være behov for opfølgning.

Man kunne også tro, at erfaringerne fra finanskrisen ville sikre mod gentagelse af de fejl, der er blevet begået. Det er der imidlertid ikke noget, der tyder på. Erfaringerne om årsagerne til, at en række pengeinstitutter blev nødlidende under den tidligere krise i perioden 1987-93, er nemlig i meget høj grad sammenfaldende med erfaringerne fra den seneste krise.

Det er i relation til den tidligere finanskriser i 1987-1993 vurderet,<sup>36</sup> at "*en væsentlig del af forklaringen på institutophør... angiveligt er den daglige ledelses adfærd. Urealistisk vurdering af kreditrisiciene, manglende styring af store kunder, manglende overblik samt manglende interesse for kontrol af kreditrisici anføres at være de væsentligste enkeltårsager. Der*

---

<sup>32</sup> Se i det hele Rangvid-rapporten s. 288 med henvisning til Jakob Borup: "Corporate Governance i danske børsnoterede banker", Hovedopgave ved Institut for Økonomi, Aarhus Universitet (2010).

<sup>33</sup> Professor Steven L. Schwarcz: "The role of lawyers in the global financial crisis", Australian Journal of Corporate Law (2010) s. 214-26, særligt s. 218, hvor det siges: "... Failures to take a sufficiently long view of risk can also reflect a behavioural bias, such as herd behaviour."

<sup>34</sup> Professor Steven L. Schwarcz: "The role of lawyers in the global financial crisis", Australian Journal of Corporate Law (2010) s. 214-26, særligt s. 214.

<sup>35</sup> Det må dog selvsagt tages i betragtning, at de skærpede kompetencekraav ikke var gældende på tidspunktet for finanskrisen og advokatundersøgelserne.

<sup>36</sup> På baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt de medarbejdere i Finanstilsynet, som havde det mest indgående kendskab til de institutter, der ophørte under den forrige finanskriser 1987-93, se Rangvid-rapporten s. 361-364 med henvisninger til bl.a. Kim Abildgren og Jens Thomsen: "En fortælling om to bankkriser", Danmarks Nationalbank Kvartalsoversigt, 1. Kvartal, Del 1 (2011).

*er samtidig en nær sammenhæng mellem disse. Direktionens "vækstfiksering" i sammenhæng med instituttets volumensyge bidrager væsentligt til at forklare hændelsesforløbene." Det vurderes videre, "at en "svag" bestyrelse har været væsentligt medvirkende årsag i knap 2/3 af de undersøgte tilfælde. Betegnelsen "svag" er tvetydig, idet der både kan være tale om svaghed i faglig/uddannelsesmæssig henseende og i manglende gennemslagskraft i ledelsen af instituttet, Imidlertid vil det sidste meget ofte være en følge af det førstnævnte."*

Efter den forrige krise havde man "en tro på, at kreditinstitutterne havde lært af krisen og indlejret erfaringerne herved. På denne måde blev det ikke forebygget, at den seneste krise havde flere af de samme årsager som den tidligere krise."<sup>37</sup> Rangvid-udvalget "undrer sig ... over, at læringen fra den forrige krise tilsyneladende var glemt under optakten til den seneste krise, især i visse pengeinstitutter, men til dels også hos myndighederne."

På denne baggrund må det anses for fornuftigt ikke at læne sig for tungt op af en tillid til, at reglerne er på plads og lektionen nu er lært. Når der er retningslinjer, der ikke følges, compliance, der ikke bliver udført og/eller taget alvorligt, kontrol, der ikke udføres eller ikke virker, og bestyrelsesmedlemmer, der ikke udfylder opgavevaretagelsen, kan der meget let opstå problemer, hvilket ikke nødvendigvis viser sig i gode tider, men kan blive fatalt i dårlige tider.

Yderligere foranstaltninger synes at trænge sig på for ikke at gentage fejlene. Der er med andre ord et behov for at holde fast i kontrollen af ledelsesforhold, corporate governance og compliance. Hvis man herved kan medvirke til at sikre, at det vanskelige brydningsfelt mellem hensynet til henholdsvis vækst og stabilitet kan håndteres og afbalanceres på en mere betryggende måde, end erfaringerne fra visse pengeinstitutter i tiden op til finanskrisen har illustreret, vil meget være opnået. Erfaringerne kunne tyde på, at bestyrelserne i visse tilfælde har et udtalt behov for kompetent sparring for at kunne sikre et kvalificeret modspil til en stærk direktør.<sup>38</sup> Her kan advokaternes kompetencer og erfaring være gode at benytte.

## 6.2 Advokaternes ekspertise og erfaring er relevant og anvendelig

Advokaterne har som beskrevet ovenfor stor ekspertise inden for en række af de forhold, som er vigtige i bestræbelserne på at undgå en ny finanskrisen. Disse klassiske juridiske kompetencer er jævnlige kombineret med forretningsforståelse.

Som følge af deres uddannelse har advokaterne klare kompetencer, når det gælder compliance, idet det udgør en integreret del af advokaternes kompetencer at vurdere og kontrollere, om gældende regelsæt er overholdt. Behovet for indsats på dette område er åbenbart, hvilket er dokumenteret i advokatundersøgelserne. Samtidig er det et område, som kun i yderst begrænset omfang indgår i den rådgivning, advokaterne udøver som led i deres klassiske advokatrådgivning.

Også når det gælder corporate governance, har advokaterne klare kompetencer, idet de gældende anbefalinger ud fra princippet om "følg eller forklar" med en deraf følgende afvejning af

---

<sup>37</sup> Rangvid-udvalget s. 364, hvor det også påpeges, at der i højere grad end i dag var fokus på at udvikle og kvalitetssikre modeller for redning af pengeinstitutter.

<sup>38</sup> Som anført i Rangvid-rapporten s. 279 har der "ganske enkelt ikke været et reelt modspil til direktionen".

hensyn, ligger inden for deres kompetencefelt. Behovet for indsats på dette område er også dokumenteret, og der er grund til at tro, at advokaterne ved at udnytte deres kompetencer og erfaringer på disse områder kan spille en konstruktiv rolle i tillæg til deres klassiske advokatrolle.

En fornuftig udnyttelse af advokaternes kompetencer må afpasses efter revisorerne og Finanstilsynets opgaver og virkemåde.

*Revisorerne* kontrollerer regnskabsmæssige forhold og overholdelse af de krav, der stilles her-til,<sup>39</sup> men kontrollen og vurderingen omfatter ikke compliance i relation til den øvrige regulering og heller ikke spørgsmål i relation til corporate governanc eller om ledelsens beslutninger er forretningsmæssigt fornuftige.

Revisors rolle er at være "offentlighedens repræsentant", hvilket indebærer, at revisor skal være objektiv i sit virke, og at også hensynet til virksomhedens omverden skal varetages ved revisionen. Revisor er således ekstern og udfører en uafhængig kontrol af oplysningerne i ledelsens regnskab.

I *Krakas* undersøgelse af revisorer<sup>40</sup> påpeges bl.a., at en revisorcificeringsordning vil bevirke, at det er ret få personer, der vil leve op til de krav, der stilles for at blive revisor i et kreditinstitut, når ordningen er fuldt indfaset – formentlig ikke mere end 30-40 personer. "*Dermed skal 30-40 personer have ansvaret for revision af penge- og realkreditinstitutter med en balance på omkring 400 % af bruttonationalproduktet. Det er en meget omfattende opgave.*"

Advokaternes rolle har traditionelt været langt mere begrænset og afgrænset. De har ikke som revisorerne en direkte rolle som "vogter" (gatekeeper), og udfordringen er at fastholde dem som uafhængige sparringspartnere og dermed mere "frie fugle", men samtidig lade dem få et vist ansvar for at påpege problematiske forhold.

Finanstilsynets arbejdsopgaver omfatter kapitalkravenes overholdelse (solvenstilsyn), god selskabsledelse, risikostyring mv. (det såkaldte forsigtighedstilsyn) samt god skik, markedsføring, rådgivning mv. (adfærdstilsyn). Finanstilsynets inspektioner har ikke kunnet sikre den ønskede professionalisme og forsigtighed i kreditgivning mv. Det hænger formentlig bl.a. sammen med, at der kan være lang tid mellem inspektionerne. Finanstilsynet har næppe ressourcer til at øge frekvensen i inspektionerne væsentligt, og dette kan tale for, at advokater supplerer dette tilsyn med stikprøvemæssige kontroller inden for deres specielle ekspertiseområder. Samtidig komplicerer Finanstilsynets kontrolrolle deres mulighed for at være sparringspartnere, se herom nærmere nedenfor.

---

<sup>39</sup> Revisor skal afgive en erklæring om, hvorvidt års- og koncernregnskabet giver et retvisende billede af aktiver og passiver, økonomisk stilling samt resultat. Årsrapporten skal udarbejdes ud fra nogle grundlæggende principper om bl.a. klarhed og substans samt væsentlighed.

<sup>40</sup> Nicolaj Warming Larsen: "*Revisor certificeringsordningen – Hvor mange revisorer skal vi sætte vores lid til fremover?*" 03/04/14.

### 6.3 Legal audit i form af stikprøvekontrol af compliance og corporate governance?

En måde at udnytte advokaternes kompetencer på kunne være indførelse af lejlighedsvis stikprøvekontroller – ”legal audit” (retlig revision) – som supplement til revisorernes kontrol og Finanstilsynets inspektioner. På denne måde kunne advokaternes uafhængighed benyttes til at stille en række relevante spørgsmål, som måske ikke stilles af bestyrelsen, eller som medarbejdere ikke har gennemslagskraft til at sikre gennemført.

Konkret kunne formen være en hyppigere kontrol af helt afgørende forhold vedrørende compliance og corporate governance. Der skal ikke være tale om store, dyre undersøgelser på linje med advokatundersøgelserne af de nødlidende banker, men om mere stikprøvepris kontrol og sparring.

På compliance-området kunne relevante spørgsmål fx være: *Er de foreskrevne politikker og retningslinjer fra bestyrelsen til direktionen udarbejdet og ajourført? Følges disse i pengeinstituttets praksis? Vurderer bestyrelsen forretningsmodellen med særligt blik for risikofyldte eksponeringer? Bliver store arrangementer forelagt for bestyrelsen, således som de skal? Er kreditafdelingen sikret tilstrækkelige ressourcer og kompetencer? Er der udført sikringsakter vedrørende lån i form af tinglyste pantebreve? Er bestyrelsens drøftelser om disse vigtige spørgsmål baseret på kvalificerede notater? Er afvejningerne, der førte til den valgte løsning, afspejlet i bestyrelsesreferaterne?* Flere lignende spørgsmål kan med fordel stilles, og der kan i advokatundersøgelserne hentes inspiration til relevante spørgsmål. Netop disse forhold vil være velegnede til stikprøvekontrol, og kontrollen vil have stor betydning for pengeinstitutternes compliance.

Med hensyn til corporate governance er opgaven lidt anderledes. Her er det snarere en opgave at sørge for at bringe spørgsmålet på dagsordenen og eventuelt deltage i møder, hvor disse forhold diskuteres og overvejes. Herved kunne den ”fælles front” mod at følge principperne, som er beskrevet ovenfor, måske opblødes. Hvis bestyrelsen skal drøfte principperne med advokatens deltagelse, kan drøftelserne tænkes at blive udbygget, således at bestyrelsen får andre input end direktionens, og således at de måske kan få et bredere grundlag og en friere evaluering og drøftelse af bestyrelseskompetencer med et kvalificeret modspil fra en indsigtfuld sparringspartner. Relevante spørgsmål kunne fx være: *Har man opstillet mål for den samlede bestyrelses kompetencer? Er alle de nødvendige områder dækket hensigtsmæssigt ind? På hvilken måde kan det enkelte bestyrelsesmedlem bidrage til de samlede kompetencer? Er møderne udtryk for et tilstrækkeligt modspil til direktionen? Hvordan foregår den årlige evaluering af bestyrelseskompetencer? Hvad er de nærmere begrundelser for, at de enkelte anbefalinger er fraveget? Kunne de med fordel følges i videre omfang?*

I det hele taget kan ”legal audit” i form af stikprøvekontroller have former, der muliggør sparring mellem advokaten og bestyrelsen. En advokat kan således medvirke til at sætte fokus på problemområder, som bestyrelse og direktion herefter kan genoverveje og eventuelt rette op på.

Dette kan lettere ske end ved Finanstilsynets inspektioner, idet der ikke på samme måde er tale om, at den, der kontrollerer, tillige har myndigheden og forpligtelsen til at udstede påbud mv. ved overtrædelser. Åbenheden om Finanstilsynets reaktioner har mange positive aspekter, men det kan være svært at undgå, at den samtidig indebærer, at pengeinstitutter nødig vil

drøfte mere end højst nødvendigt med Finanstilsynet. Problematiske områder offentliggøres jo – og kan tilmed føre til påbud mv. Åbenhedens pris kan således let blive forsigtighed og tilbageholdenhed med oplysninger. Der bliver tale om "need to tell" og ikke "nice to tell" for at få sparring til eventuelle problemområder.

Legal audit giver en naturlig anledning til drøfte spørgsmål, som ellers kan være vanskelige at få taget fat på, da det i høj grad handler om bestyrelseskollegernes kompetencer og performance. Her vil en udenforstående, der starter og støtter debatten, kunne gøre det lettere at få indhold i drøftelserne. Udsigten til stikprøvekontroller må endvidere forventes at have en præventiv effekt, ikke mindst fordi bestyrelsen herved får kendskab til eventuelle problemområder, som påpeges af advokaten, hvilket kan have betydning i relation til eventuelt bestyrelsesansvar.

Ved at benytte advokater kunne man samtidig opnå en fleksibilitet, da brugen heraf kan tilpasses det til enhver tid værende behov, og der således kan skrues op og ned for hyppigheden og intensiteten.

Lejlighedsvis stikprøvekontroller må – rigtigt udført - forventes at kunne medvirke til at øge tilliden til pengeinstitutternes ledelser og deres compliance og corporate governance og dermed også være til fordel for branchen som helhed.

Dette skyldes ikke mindst den nære sammenhæng, der antages at være mellem problemer med compliance og corporate governance på den ene side og problemer med risiko og drift på den anden side. Når der gøres så meget ud af mangler i forhold til corporate governance, hænger det således bl.a. sammen med, at disse mangler, som anført i Rangvid-rapporten "*... illustrerer en række mulige sammenhænge mellem corporate governance og udviklingen i institutterne*".<sup>41</sup> Hyppigere fokus på compliance og corporate governance må derfor forventes at få indirekte betydning for andre forhold, idet overholdelse af disse regler og principper ikke er et mål i sig selv, men jo i høj grad er at sikre, at der er fornøden fokus på kreditgivning, risiko, bestyrelsesinvolvering osv. Manglende compliance og afvisning af corporate governance vil således være en "indikator" på, om der er væsentlige problemområder i driften af pengeinstituttet. Compliance og corporate governance er derfor vigtigere, end man måske umiddelbart kunne tro.

*Udfordringerne* er bl.a., knyttet til hjemlen til "legal audit", advokatetiske dilemmaer ved den rolle, advokaterne i så fald skal udføre samt hvem der skal betale udgifterne.

Der findes i den nugældende regulering regler, der giver mulighed for at pålægge et pengeinstitut at få foretaget en uvildig undersøgelse, men bestemmelsen er relativt snæver:

FIL § 347 b giver således mulighed for, at "*Finanstilsynet kan påbyde en finansiel virksomhed ... at afholde udgifterne til, at der bliver foretaget en uvildig undersøgelse af et eller flere forhold i den finansielle virksomhed ..., såfremt Finanstilsynet vurderer, at dette er af væsentlig betydning for tilsynet med virksomheden, og der ikke er tale om en for Finanstilsynet sædvanligt forekommende undersøgelse*". "*Den uvildige undersøgelse skal foretages af en eller flere sagkyndige personer.*"

---

<sup>41</sup> Se s. 287.

Det er tanken, at sådan uvildig undersøgelse skal give Finanstilsynet mulighed for at trække på ekspertviden, som ikke ellers er til stede i Finanstilsynet. De særligt sagkyndige kan fx være advokater eller revisorer, men de eksempler, der har været nævnt i motiverne til reglen, er ret specielle, hvorved fx almindelig overholdelse af god skik er udelukket.<sup>42</sup> Resultaterne skal afgives i en skriftlig rapport til Finanstilsynet, samtidig med at den afgives til pengeinstituttet. Hvis de sagkyndige bliver opmærksomme på forhold, som bevirker, at der er *"en ikke uvæsentlig risiko for"*, at virksomheden vil kunne miste sin tilladelse, skal de sagkyndige give Finanstilsynet meddelelse om disse forhold.

Det vil formentlig være hensigtsmæssigt at udbygge denne bestemmelse, sådan at den også giver mulighed for "lejlighedsvis stikprøvemæssige undersøgelser", hvor Finanstilsynet skønner, at det vil fremme tilsynsformålet væsentligt, at sagkyndig bistand inddrages på et særligt område. Typiske områder kunne være ledelsesforhold, herunder særligt compliance og corporate governance.

Det kan være en udfordring, at advokatens rolle er at være klientens repræsentant, men samtidig til en vis grad varetage samfundsmæssige interesser. Dette kendes dog fra revisorerne og fra bobestyrer-rollen, hvor der også er tale om en sådan balancegang. Det er i denne forbindelse vigtigt, at der ikke skal rapporteres til Finanstilsynet, medmindre der er tale om helt ekstraordinære og graverende forhold. Hermed øges mulighederne for en konstruktiv sparring. Spørgsmålet må imidlertid dyrkes nærmere<sup>43</sup>.

Udgifterne er som altid en udfordring. Efter den nugældende ordning i FIL § 347 b udredes udgifterne foreløbigt af Finanstilsynet, men afholdes endeligt af pengeinstituttet. Man kan argumentere for, at udgifterne ved eventuel "legal audit" på samme måde bør dækkes af branchen. Det vil svare til Indskydergarantifonden, hvor udgifter til tab dækkes, og alt andet lige kan det være billigere for pengeinstitutterne at bidrage til en forebyggende indsats. Udgifterne til denne "legal audit" må vurderes som relativt beskedne, hvis der alene er tale om stikprøvekontroller. Der skal således på ingen måde være tale om advokatundersøgelser på linje med de store og dyre advokatundersøgelser i de pengeinstitutter, der brød sammen under finanskrisen. Kontrollen bør formentlig iværksættes på initiativ af Finanstilsynet.<sup>44</sup>

## 7. Konklusion og perspektivering

Advokaternes rolle i forbindelse med finanskrisen har i særlig grad været knyttet til klassiske rådgivningsopgaver for bankerne samt advokatundersøgelser af eventuelt ansvar for direktion og bestyrelse i de nødlidende pengeinstitutter. Deres

---

<sup>42</sup> De eksempler, der er nævnt i motiverne, vedrører ret specielle situationer, fx værdien af og risikoen ved virksomhedens udlån til kommanditselskaber, der investerer i fast ejendom, risikoen i pantebrevsbeholdningen i et datterselskab, usædvanlige risici, komplicerede finansielle arrangementer o.l., se L 175 FT 2009-10 s. 73. Finanstilsynet skal godkende fagpersonen, og pengeinstituttet skal give de oplysninger, der er nødvendige for gennemførelsen af undersøgelsen. De sagkyndige vil være at opfatte som repræsentanter for Finanstilsynet, men kun i relation til forhold, der har betydning for undersøgelsen. Rapporten er ikke offentlig tilgængelig.

<sup>43</sup> Se herom fx de advokatetiske betænkeligheder, der er fremsat fra Advokatsamfundet og Danske Advokater i relation til fortrolighed og interessekonflikter i forbindelse med udformningen af L 175 (FIL § 347 b).

<sup>44</sup> Det må sikres, at udbudsreglerne ikke kommer til at virke som en hindring i praksis.



kompetencer omfatter en række ekspertiseområder og erfaringer, som med fordel kan bidrage til forebyggelsen af fremtidige finanskriser.

Det er derfor en nærmere overvejelse værd at undersøge, om advokaterne med fordel kan inddrages på et tidligere tidspunkt som finanskriseforebygger i form af "legal audit" (retlig revision). En lejlighedsvis stikprøvekontrol kunne udgøre et supplement til revisorerens kontrol og Finanstilsynets inspektioner. Hovedformålet med sådan stikprøvekontrol kunne være compliance, dvs. om reglerne overholdes, og dermed sikre, at direktion og bestyrelse implementerer de relevante regelsæt. Herudover kunne det være corporate governance, som er et af stedbørnene i den nuværende situation i en del pengeinstitutter.

Herved sikres bestyrelsen en kompetent sparringpartner, og det sikres, at der, oftere end tilfældet er nu, kan sættes fokus på forhold, som har stor betydning for pengeinstitutternes kreditgivning, risikoforhold, bestyrelsesinvolvering mv. til fordel for en tidlig indsats, hvis der er væsentlige problemområder.

Ved at indføre "legal audit" kunne muligheden for, at Finansrådets ledelseskodex<sup>45</sup> kommer på dagsordenen og implementeres, øges betragteligt. Det omfatter en del mere "bløde" anbefalinger, herunder "at medlemsvirksomhederne forholder sig til samtlige anbefalinger fra Komitéen for god Selskabsledelse", som kun fører til konstruktive resultater, hvis de rent faktisk påvirker adfærd og kultur i pengeinstitutterne. Skal det være mere end glittet papir, er det vigtigt, at pengeinstitutterne "walk the talk".

Med det formål at uddanne flere advokater til at have de fornødne kompetencer til at udøve denne legal audit på en konstruktiv måde, vil det være en fordel at lade finansiel forståelse og forretningsforståelse indgå i højere grad i den juridiske uddannelse.

---

<sup>45</sup> Finansrådets ledelseskodex af 22. november 2013.