

Finanstilsynet
Århusgade 110

Sendt på mail til hoeringer@ftnet.dk, rav@ftnet.dk og bya@ftnet.dk

Den 30. januar 2019

Høring over lov om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love og om ophævelse af lov om statsligt kapitalindskud i kreditinstitutter

DOK. NR.:
FAID-
873754581-
63798

(Gennemførelse af den politiske aftale om yderligere initiativer til styrkelse af indsatsen mod hvidvask og terrorfinansiering og gennemførelse af anbefalinger fra arbejdsgruppen for eftersyn af den finansielle regulering)

FA takker for høring af den 2. januar 2019.

Indledende bemærkninger

FA anerkender behovet for yderligere regulering. Derfor kan FA overordnet set støtte styrkelsen af lovgivningen på området.

FA har dog nogle betænkeligheder og overvejelser i forbindelse med de ansættelsesretlige konsekvenser af forslaget, og hvordan ændringerne skal fortolkes i praksis ude i virksomhederne.

FA er mest bekymret for, at § 75b bliver strafbelagt og dets samspil med § 344, stk. 1. Derudover har FA fokus på de praktiske udfordringer og konsekvenser af at tidligere ansatte omfattes af whistleblowerordningen. Der henvises til bemærkningerne på side 3 til § 1 nr. 15-19 og nr. 48.

FA har desuden konkrete bemærkninger til ændringerne af anvendelsesområdet for lov om forsikringsformidling, idet kreditinstitutter og investeringsselskaber nu også omfattes af kompetencekravene, hvis de udøver accessorisk forsikringsformidling.

FA er også bekymret for den økonomiske byrdevurdering, som efter FA's vurdering kan være skønnet for lavt afhængig af, hvordan reglerne konkret udmøntes.

FA har følgende konkrete bemærkninger til de enkelte lovændringer:

Ad § 1, nr. 11 – udvidelse af ansatte omfattet af fit & properkrav

Lovforslaget indebærer, at alle pengeinstitutter vil blive underlagt krav om identificering af institutternes nøglepersoner. Definitionen af nøglepersoner er ansatte, der i det daglige er en del af den faktiske ledelse, og ansatte, der er ansvarlige for en nøglefunktion, herunder den ansvarlige for risikostyringsfunktionen, compliancefunktionen, kreditområdet, den interne revision og hvidvaskforebyggelse, jf. lovforslagets § 1, nr. 11. Disse ansatte bliver underlagt fit &

proper krav, og der hjemles en mulighed for, at Finanstilsynet kan påbyde virksomheden at afsætte den ansatte.

Det betyder, at alle pengeinstitutter skal være opmærksomme på, hvilke funktioner der er nøglefunktioner ved fx organisationsændringer eller fratrædelser.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at *"Eftersom en nøgleperson indgår i et ansættelsesretligt forhold med pengeinstituttet, vil det være op til pengeinstituttet at træffe beslutning om, hvilke ansættelsesretlige konsekvenser et påbud om afsættelse af en nøgleperson vil skulle medføre. Det betyder, at det hører under pengeinstituttets kompetence at beslutte, om den pågældende nøgleperson skal afskediges som følge af påbuddet, eller om den pågældende kan varetage en anden stilling i pengeinstituttet."*

FA foreslår, at det indføres i bemærkningerne, at et påbud om afsættelse af en nøgleperson udgør en saglig opsigelses- eller bortvisningsgrund.

Det fremgår af lov om finansiel virksomhed § 351, stk. 8., at en ansat eller en virksomhed kan få prøvet et påbud om afsættelse ved domstolene. Anmodning herom skal indgives til Finanstilsynet inden 4 uger efter, at påbuddet er meddelt. Anmodningen har ikke opsættende virkning.

FA opfordrer lovgiver til at tage stilling til den situation, hvor en virksomhed op siger en nøgleperson på baggrund af et påbud fra Finanstilsynet om at afsætte nøglepersonen. Den ansatte er uenig i påbuddet og anmoder om at få sagen indbragt for domstolen. Domstolen finder – efter et længere sagsforløb – at påbuddet om afsættelse ikke kan opretholdes. Hvordan stiller det virksomheden og medarbejderen?

FA bemærker desuden overordnet set, at der er tale om et indgreb i den arbejdsretlige ulovbestemte ledelsesret. FA kan på nuværende tidspunkt støtte op om, at de pågældende funktioner underlægges fit & properkrav.

FA er dog betænkelig ved udvidelse af fit & proper-kravene til ansatte på lavere niveau i virksomhederne fremover. Det er helt principielt et indgreb i virksomhedernes ret til at lede og fordele og antage og afskedige arbejdskraft.

Ad § 1, nr. 12 – Sund virksomhedskultur

FA er enig i, at de finansielle virksomheder overordnet set skal have en sund virksomhedskultur.

Det fremgår af forarbejderne, at *"Politikken vil skulle fastlægge de overordnede rammer for pengeinstituttets virksomhedskultur for alle niveauer i organisationen. Politikken vil skulle sikre og fremme en sund virksomhedskultur, der forebygger hvidvask og anden økonomisk kriminalitet."*

Der indføres en hjemmel, til at Erhvervsministeren kan fastsætte nærmere regler om indholdet og efterlevelsen af denne nye bestemmelse.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at det Europæiske Banktilsynsmyndigheds retningslinjer EBA GL 2017/11 af 21. marts 2018 om intern ledelse vil indgå som fortolkningsbidrag ved udarbejdelsen af bekendtgørelsen.

Det fremgår af § 1 nr. 37, at Finanstilsynet kan påbyde et pengeinstitut at afsætte en direktør, hvis denne ikke opfylder sin forpligtelse til at sikre en sund virksomhedskultur. Bestemmelsen strafbelægges i øvrigt.

FA opfordrer lovgiver til hurtigst muligt at udarbejde den tilknyttede bekendtgørelse i lovforslagets § 70a stk. 5 især under hensyn til de sanktioner, der er tilknyttet bestemmelsen.

Ad § 1, nr. 14 – Krav om dokumentation for opfølgning på indberetninger til virksomhedens whistleblowerordning

Bestemmelsen indebærer, at en finansiel virksomhed vil skulle dokumentere, hvordan virksomheden løbende har fulgt op på indberetninger til virksomhedens whistleblowerordning.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at dokumentationskravet er skriftlighed og hvis muligt, skal det ske elektronisk. Whistleblowerindberetninger vil imidlertid kunne indeholde persondata, som nyder beskyttelse efter persondatalovgivningen. FA savner derfor en stillingtagen til, hvordan virksomhederne rent persondataretligt skal håndtere opbevaringen af dokumentationen for opfølgning på indberetningerne. Lovgiver kunne - i den forbindelse - med fordel indføre en hjemmel som angiver hvor længe, dokumentationen skal opbevares.

Ad § 1, nr. 15-19 – "tidligere ansatte"

FA støtter whistleblowerordningen i lov om finansiel virksomhed, idet ordningen er en fornuftig kanal, hvor ansatte har mulighed for at gøre opmærksom på overtrædelser eller potentielle overtrædelser af den finansielle regulering overfor virksomheden eller Finanstilsynet på en sikker og anonym måde.

FA har noteret sig, at anvendelsesområdet for whistleblowerordningen udvides til også at omfatte tidligere ansatte. Der indføres altså regler om, at tidligere ansatte beskyttes på samme måde som nuværende ansatte.

FA har dog en række retssikkerhedsmæssige betænkeligheder. Helt konkret ønsker FA klarhed over, hvad 'tidligere' dækker over som begreb. Er der tale om alle tidligere ansatte? Skal indberetningen være sket, mens den tidligere ansatte var ansat hos virksomheden?

Derudover har FA en række specifikke overvejelser til bestemmelsen:

De almindelige forældelsesregler

FA overvejer i forlængelse heraf, hvordan beskyttelsen af tidligere ansatte spiller sammen med forældelsesreglerne. FA antager, at forældelseslovens § 4 gælder. I så fald foreslår FA derfor, at dette præciseres i de specielle lovbemærkninger. Hvis de almindelige forældelsesregler ikke gælder, anmoder FA lovgiver om at tage stilling til dette spørgsmål i lovbemærkningerne.

Tilbagevirkende kraft

FA er bekymret for, om der er tale om lovgivning med tilbagevirkende kraft, hvilket der øjensynligt ikke er taget hensyn til i lovforslaget. Derfor opfordrer FA til, at der i bemærkningerne tages stilling til, om det gælder med tilbagevirkende kraft: Kan tidligere ansatte, der er fratrukket før lovens ikrafttræden, støtte ret på bestemmelsen?

FA ønsker i givet fald en vurdering af, om det er bydende nødvendigt at lovgive med tilbagevirkende kraft, herunder om lovgiver har foretaget den fornødne vurdering af de retssikkerhedsmæssige overvejelser.

Overvejelser i forhold til persondataretten

FA bemærker i øvrigt, at udvidelsen af anvendelsesområdet til tidligere ansatte medfører en række bekymringer i forhold til persondataretten. Fra et praktisk perspektiv skal der være udtrykkelig hjemmel til opbevaring og behandling af persondata i relation til whistleblowere i form af tidligere ansatte.

Anonymitet, misbrug og omstrukturering

FA bemærker, at der fra et ansættelsesretligt perspektiv er to hensyn i sager om whistleblowere, hensynet til medarbejderen og hensynet til dem, der anmeldes. FA er helt enig i, at der skal tages hensyn til den ansatte, som indberetter en overtrædelse eller potentiel overtrædelse af den finansielle lovgivning.

Men FA bemærker også, at der er hensyn at tage til andre medarbejders og virksomhedens retssikkerhed. Den medarbejder, der anmeldes/anklages har også rettigheder, der skal tilgodeses og afvejes.

Det fremgår fx af EU-Kommissionens forslag til whistleblowerordning, at *"Mere specifikt kræves det, at de indberettende personer skulle have rimelige grunde til at mene, at de indberettede oplysninger var korrekte på tidspunktet for indberetningen. Dette er en vigtig beskyttende mekanisme mod ondsindede eller bedrageriske indberetninger og sikrer, at dem, der bevidst indberetter forkerte oplysninger, ikke kan få fordel af beskyttelse."* (KOM 2018/0106 (COD), s. 13 og art. 17 stk. 2).

Dette hensyn er af væsentlig betydning for at undgå misbrug og bør derfor også iagttages i den danske whistleblowerordning.

Herudover bemærker FA, at en virksomhed – på grund af muligheden for anonymitet – ikke kan vide, om en ansat har foretaget whistlebloweranmeldelse. Således vil en virksomhed utilsigtet risikere at komme i karambolage med beskyttelsesreglerne i situationer, hvor der reelt er tale om sagligt begrundede afskedigelser.

FA savner en stillingtagen til, hvordan virksomhederne skal håndtere dette i praksis.

Variabel løn - § 1, nr. 16

Lov om finansiel virksomhed begrænser finansielle virksomheders muligheder for at tildele ansatte, der er væsentlige risikotagere, variabel løn, jf. lov om

finansiel virksomhed § 77a m.fl. Reglerne kræver bl.a. at de finansielle virksomheder foretager backtesting og har bestemmelser om clawback i bonusaftaler.

FA er bekymret for, hvordan aflønningsreglerne og de nye regler om tidligere ansatte spiller sammen. Vi er især bekymret for, hvordan reglerne om backtesting og clawback spiller sammen med reglerne om sanktionsreglerne i forhold til whistleblowere.

Fx kan man forestille sig den situation, at en tidligere ansat – der under sin ansættelse var vurderet som en væsentlig risikotager – har modtaget et større bonusbeløb, der udbetales over 4 år i overensstemmelse med lønpolitik og regler herom. Hvis virksomheden på grund af en backtesting kommer frem til, at den ansatte skal have et mindre beløb i bonus, er virksomheden forpligtet til at gøre dette, hvilket er til skade for den ansatte.

Virksomheden vil efter reglerne i lov om finansiel virksomhed være forpligtet til at udbetale et clawback'et bonusbeløb. Samtidig risikerer virksomheden utilsigtet at forbyde sig mod whistleblowerbeskyttelsesreglerne.

FA savner en stillingtagen til, hvordan virksomhederne skal agere i den situation, hvor to forskellige regelsæt kan kolliderer. FA ønsker bl.a. svar på følgende spørgsmål:

- Hvordan sikres det, at virksomheder berettiget kan nedsætte en bonus fx som følge af backtestingen over for en potentiel, anonym whistleblower?
- Hvordan kan finansielle virksomheder holde styr på – under hensyntagen til persondataretten - om en tidligere ansat er whistleblower?

FA foreslår, at lovgiver tager stilling til samspillet mellem persondataretten og de særlige aflønningsregler i lov om finansiel virksomhed i lovbemærkningerne i lyset af de skærpede krav til whistleblowerordningen.

Ad § 1, nr. 48

Det fremgår af bestemmelsen, at overtrædelse af reglerne i § 75a stk. 1 og § 75b stk. 1 som noget nyt strafbelægges med bøde. Der ændres ikke på reglen i FIL § 344, stk. 1, om at Finanstilsynet ikke påser overholdelsen af § 75b stk. 1, under henvisning til, at tilsyn med ansættelsesretlige anliggender falder uden for Finanstilsynets kompetencer og tilsynsvirksomhed.

Det betyder, at virksomheder kan straffes med bøde, hvis de udsætter en ansat eller en tidligere ansat for en ufordelagtig behandling.

Med forslaget åbnes der også op for, at Finanstilsynet kan politianmelde en overtrædelse af § 75b stk. 1. Dermed skal Finanstilsynet foretage en ansættelsesretlig vurdering efter reglerne i forskelsbehandlingsloven (§ 16, stk. 3), af, om der er tale om ufordelagtig behandling.

Det er FA's vurdering, at det ikke ligger inden for tilsynets almindelige kompetence og tilsynsvirksomhed, som det i øvrigt også fremgår af lovbemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 48.

Denne kompetence ligger enten hos domstolene, ved en privatretligt aftalt voldgift eller i det fagretlige system via faglig voldgift. FA er derfor bekymret for denne nyskabelse især fordi, der ikke ændres på, at Finanstilsynet ikke har tilsynsbeføjelse på dette område jf. § 344, stk. 1.

Den sædvanlige, arbejdsretlige tilgang er, at en arbejdsgivers uberettigede opsigelse eller anden ugunstig behandling med give medarbejderen ret til en økonomisk kompensation, typisk i form af en godtgørelse. Det hører til sjældenhederne, at den samme handling tillige kan medføre et strafansvar for arbejdsgiveren.

FA opfordrer til, at konsekvensen af at overtræde reglerne alene er, at medarbejderen kan kræve en godtgørelse.

Ad processuelle regler

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 1, nr. 15, at en ansat eller tidligere ansat skal gøre sit krav gældende ved at anlægge et civilretligt søgsmål ved de almindelige domstole. Derudover fremgår det, at uoverensstemmelser for det overenskomstdækkede områdes vedkommende også behandles i det fagretlige system, f.eks. ved voldgift.

FA bemærker derfor, at der bør tilføjes, at uoverensstemmelser også kan behandles ved almindeligt aftalte private voldgifter som udspringer af ansættelsesaftaler, jf. også voldgiftsloven. Sådanne aftaler er almindeligt accepteret og anvendt bredt og balancerer hensynet til både den ansatte og til virksomheden.

Privat voldgift vælges ofte i ansættelsesretlige sager for at få truffet en afgørelse hurtigere og på den måde sikre, at både virksomhed og medarbejder kan komme videre.

FA anbefaler derfor, at lovgiver tilføjer til lovbemærkningerne, at uoverensstemmelser efter § 75b stk. 1 også kan behandles i en privat aftalt voldgift.

Ad § 2, nr. 1 – Lov om forsikringsformidling - udvidelse af anvendelsesområdet

Det fremgår af lovforslaget, at lov om forsikringsformidling bringes i overensstemmelse med EU-Kommissionens fortolkning af direktivet. Det betyder, at kreditinstitutter og investeringsselskaber også er forsikringsformidlere, hvis de udøver forsikringsdistribution. Dette også i den situation hvor forsikringsdistributionen kan karakteriseres som accessorisk forsikringsformidling.

Konkret betyder det, at ansatte i pengeinstitutter, hvis eneste forsikringsdistribution består i at sælge fx rejseforsikringer i tilknytning til et kreditkort, vil være omfattet af kompetencekravene. Det betyder, at de underlægges en hårdere regulering end ansatte i finansieringsselskaber/detailhandel på udbud af samme produkter. Sidstnævnte ansatte skal som accessoriske

forsikringsformidlere alene have passende viden om de samme produkter, jf. lovens §11, stk. 2.

FA finder det uheldigt, at der dermed skabes ulige konkurrencevilkår og forskellig forbrugerbeskyttelse i forhold til de samme forsikringsprodukter afhængig af, om de udbydes via pengeinstitutter eller finansieringsselskaber/detailhandlere.

FA finder det derfor vigtigt, at der fra dansk side i forbindelse med den kommende revision af IDD (senest 23. februar 2021) arbejdes for lige konkurrencevilkår og ensartet forbrugerbeskyttelse i forhold til alle typer af virksomheder, der formidler de samme forsikringsprodukter, herunder accessoriske forsikringsprodukter.

FA vil desuden opfordre til, at den eksisterende kompetencekravsbekendtgørelse (BEK nr. 363 af 26/04/2018) revideres som følge af lovændringen med henblik på at øge fleksibiliteten i bekendtgørelsen.

Det fremgår af bekendtgørelsens § 8, stk. 1, nr. 3, at udbudte prøver skal bestå af både en teoretisk og praktisk del. I den reviderede bekendtgørelse bør der gives mulighed for, at ansatte, som fx alene distribuerer rejseforsikringer knyttet til et kreditkort, kan nøjes med at bestå en rent teoretisk prøve, fx en multiple choice test. Dermed vil testen i både omfang og omkostninger bedre modsvare de forholdsvis simple kompetencekrav, der bør stilles i forhold til denne type af forsikringsdistribution.

Erhvervsministeriet vurderer da også, at udgifterne til efterlevelse af de reviderede kompetencekrav vil være af mindre karakter. Denne vurdering forudsætter imidlertid, at prøverne for de nye målgrupper ikke kommer til at omfatte en praktisk del. Der er tale om et meget stort antal ansatte, som med denne lovændring bliver omfattet af kompetencekravene, og et krav om at deres kompetenceprøve også skal omfatte en praktisk del vil medføre store udgifter for virksomhederne i forbindelse med efterlevelse af kompetencekravene.

FA foreslår derfor, at bekendtgørelsens §8, stk. 1, nr. 3 tilføjes følgende tekst: *"Prøver i produkter, der er tilknyttet et kreditinstituts hovedydelse, består alene af en teoretisk del"*.

I den reviderede bekendtgørelse bør det desuden fremgå, at de nye målgrupper, der med lovændringen bliver omfattet af kompetencekravene, får en tilsvarende overgangsordning på tre år, som den der findes i bekendtgørelsen for de oprindelige målgrupper.

FA drøfter løbende behovet for justeringer af bekendtgørelsen som følge af lovændringen med sine medlemsvirksomheder og forbeholder sig ret til at vende tilbage med yderligere ønsker om ændringer.

Øvrige bemærkninger

På baggrund af ovenstående henviser FA til Finans Danmarks og Forsikring & Pensions øvrige bemærkninger til lovforslaget.

Med venlig hilsen



Merete Preisler
Underdirektør, advokat (H)
mep@fanet.dk

Telefon: +45 3391 4700

Direkte: +45 3338 1613