

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt fredag den 2. december 2016

Sag 204/2016

Finanstilsynet ved advokat Peter Hedegaard Madsen kærer Østre Landsrets kendelse af 24. juni 2016 om vidneførsel i sagerne:

Finansiel Stabilitet (tidl. Roskilde Bank A/S)

(advokat Christian Alsøe)

mod

Niels Valentin Hansen

(advokat Arvid Andersen)

Arne Gotlieb Wilhelmsen

(advokat Jacob Goldschmidt)

Allan H. Christensen

(advokat Thomas Bøgelund Norvold)

Peter Müller

(advokat Søren Halling-Overgaard)

Niels Erik Qvist Krüger

(advokat Thomas Fogt)

Peter Holm

(advokat Mogens Gaarden)

Asger Ib Mardahl-Hansen

(advokat Morten Samuelsson)

Ove Flemming Holm

(advokat Asger Tue Pedersen)

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab,

Tommy Nørskov Rasmussen og

Palle Valentin Kubach

(advokat Georg Lett for alle)

og

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab,

Tommy Nørskov Rasmussen og

Palle Valentin Kubach

(advokat Georg Lett for alle)

mod

Søren Kaare-Andersen

(advokat Søren Juul)

I tidligere instans er afsagt kendelse af Østre Landsrets 7. afdeling den 24. juni 2016.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Poul Søgaard, Thomas Rørdam, Jens Peter Christensen, Lars Hjortnæs og Anne Louise Bormann.

Påstande

Kærende, Finanstilsynet, har nedlagt følgende påstande:

Principalt:

Det tillades ikke, at Henrik Bjerre-Nielsen, Flemming Nytoft Rasmussen og Jørgen S. Jørgensen indkaldes som vidner i sagen.

Samtidig pålægges Finanstilsynet at besvare spørgsmål fra sagens parter på skriftligt grundlag ved fremlæggelse af myndighedserklæring om de faktiske forhold vedrørende Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank A/S i årene 2005-2008, herunder de tre ekstraordinære undersøgelser af Roskilde Bank A/S, der resulterede i rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008, idet tavshedspligten ophæves i relation til fortrolige oplysninger om kundeforhold for så vidt angår juridiske personer, hvor der er truffet beslutning om konkursbehandling, tvangsopløsning eller likvidation.

Subsidiært:

Det tillades, at Henrik Bjerre-Nielsen, Flemming Nytoft Rasmussen og Jørgen S. Jørgensen indkaldes som vidner i sagen til afgivelse af forklaring om de faktiske forhold vedrørende Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank A/S i årene 2005-2008, herunder de tre ekstraordinære undersøgelser af Roskilde Bank A/S, der resulterede i rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008, idet tavshedspligten ophæves i relation til fortrolige oplysninger om kundeforhold for så vidt angår juridiske personer, hvor der er truffet beslutning om konkursbehandling, tvangsopløsning eller likvidation.

Indkærede, Finansiel Stabilitet, har påstået stadfæstelse.

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Tommy Nørskov Rasmussen og Palle Valentin Kubach har anført, at de kan støtte den principale påstand, som Finanstilsynet bebudede i dets ansøgning om kæretilladelse, hvorefter tavshedspligten for Henrik Bjerre-Nielsen, Flemming Nytoft Rasmussen og Jørgen S. Jørgensen ikke ophæves, således at de pågældende ikke kan afkræves vidneforklaring om tavshedsbelagte forhold.

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Tommy Nørskov Rasmussen og Palle Valentin Kubach har endvidere protesteret mod Finanstilsynets subsidiære påstand, idet påstanden ikke er omfattet af ansøgningen om kæretilladelse og derfor heller ikke af kæretilladelsen.

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Tommy Nørskov Rasmussen og Palle Valentin Kubach har endelig anført, at landsrettens fortolkning af lov om finansiel virksomhed § 354 rummer så meget tvivl, at der må forelægges spørgsmål herom for EU-Domstolen.

Sagsfremstilling

Finanstilsynet foretog i perioden 22. februar 2005 til 10. marts 2005 undersøgelse af Roskilde Bank A/S. På et møde den 17. marts 2005 redegjorde Finanstilsynet for undersøgelsens konklusioner for Roskilde Banks bestyrelse, direktion og revision. Undersøgelsens konklusioner er gengivet i Finanstilsynets rapport af 21. april 2005, hvoraf fremgår bl.a.:

”1. Protokollerne

Bestyrelsesprotokol

...

Protokolleringen af bestyrelsens forhandlinger er kortfattet og indeholder ikke en beskrivelse af de på møderne førte drøftelser om bl.a. bevillingssager, markedsrisikoområdet m.m.

...

- Finanstilsynet skal i henhold til § 71 i lov om finansiel virksomhed pålægge banken at indrette sig således, at samtlige bilag, som bestyrelsen har modtaget, fremgår af bilagsprotokollen, og at bilagsprotokollen indrettes således, at risikoen for efterfølgende tilføjelser, rettelser eller udeladelser er mindst mulig, hvilket kan ske ved, at hver side påføres initialer af formanden eller et andet medlem af bestyrelsen.

...

8. Solvensbehov

...

- Det er Finanstilsynets vurdering, at banken ikke på alle områder har taget højde for lovgivningens krav til opgørelse af bankens individuelle solvensbehov, jf. lovbemærkningerne til § 124, stk. 3, i lov om finansiel virksomhed.”

Finanstilsynet foretog i perioden 23.-27. og 30.-31. oktober 2006 en afgrænset undersøgelse af Roskilde Bank A/S. På et møde den 17. november 2006 redegjorde Finanstilsynet for undersøgelsens konklusioner for Roskilde Banks ledelse ved bankdirektør Niels Valentin Hansen, underdirektør Allan Christensen og afdelingsdirektør Per Bank Hansen. Undersøgelsens konklusioner er gengivet i Finanstilsynets rapport af 3. januar 2007, hvoraf fremgår bl.a.:

”3. Kreditområdet

3.1. Engagementerne

Banken indberettede i alt 32 engagementer, hvoraf 28 engagementer relaterede sig til ejendomssektoren. Sidstnævnte udgjorde primo oktober 2006 10,7 mia. kr.

...

Engagementerne blev ved gennemgangen vurderet ud fra 2 scenarier: dels en normal situation og dels et stressscenarie. I sidstnævnte scenarie anvendte tilsynet følgende kriterier:

1. Hvis engagementet bestod i belåning af udlejningsejendomme, blev der indregnet en nedgang i nettoglejindtægten med 15 pct. samt en rentestigning på 2,5 pct-point.
2. Hvis engagementet bestod i belåning af projektejendomme m.v. har Finanstilsynet foretaget et konkret skøn over forventede realisationspriser ved en konjunktur-nedgang. Der er tilstræbt et scenarie med en væsentlig konjunktur-nedgang, men ikke en alvorlig krise (som erfaringsmæssigt ville kunne medføre, at f.eks. ubebyggede grundarealer ikke kan sælges).

Det er Finanstilsynets opfattelse, at følgende [11] engagementer indeholder en særlig høj risikovurdering ud fra scenarie 2:

...

Gennemgangen af disse engagementer viste, at der ud fra Finanstilsynets vurdering skulle afsættes en buffer i bankens solvensbehov svarende til ca. 1,2 mia. kr. Opgørelsen er som normalt ved opgørelse af kreditrisici i ganske stort omfang baseret på skøn og dermed også behæftet med en betydelig usikkerhed.

3.2. Kreditstyringen og kontrolmiljø

Gennemgangen gav anledning til følgende bemærkninger til kreditstyringen:

- Ved de seneste bevillinger, har banken ved 28 ud af de 32 indberettede engagementer bevilliget engagementerne som presserende. Dette indebærer, at bestyrelsen først efterfølgende får mulighed for at udtrykke sin holdning til engagementsudvidelsen.
- Bevillingsansøgningerne indeholder som udgangspunkt ikke en risikovurdering af bevillingerne.
- Kreditkontoret har ikke siden sidste undersøgelse udarbejdet vurderinger af bankens risiko på de brancher, hvor banken er eksponeret kraftigst.
- Bankens ledelse har ikke forholdt sig til, hvor stort et engagementsvolumen man ønsker, at banken skal have med debitorer med en høj risikoprofil.
- Kreditkontoret mangler ressourcer til en dybere regnskabsmæssig vurdering af debitorernes regnskabsmæssige oplysninger m.v.

Finanstilsynet skal på denne baggrund give banken den risikooplysning, at ovenstående forhold er usædvanlige i et pengeinstitut af bankens størrelse.

...

3.4. Samlet konklusion vedrørende kreditområdet

På baggrund af undersøgelsen var det Finanstilsynets konklusion, at der skulle fastsættes et højere solvenskrav end det af banken indberettede solvensbehov på 8,5 pct. pr. 30. september 2006.

...”

Rapporten er underskrevet af vicekontorchef Jørgen S. Jørgensen og fuldmægtig Allan Nielsen.

Der blev den 5. juli 2007 afholdt et møde hos Finanstilsynet. Fra Finanstilsynet deltog direktør Henrik Bjerre-Nielsen, vicedirektør Flemming Nytoft Rasmussen, vicedirektør Peter Sylvest Larsen og vicekontorchef Jørgen S. Jørgensen. Fra Roskilde Bank deltog bestyrelsesfor-

mand Peter Müller og administrerende direktør Søren Kaare-Andersen. Følgende fremgår bl.a. af det referat, som Søren Kaare-Andersen udarbejdede:

”Det første emne der blev taget op var regnskabssagen i 2005, altså de gruppevise nedskrivninger. Man var fra Tilsynets side af den opfattelse, at det havde været en meget træg procedure, og at det var en ukorrekt sagsfremstilling, der var kommet fra Roskilde Bank, og at vi dybest set bare havde regnet bagfra, således at man kunne have den samme korrektivkonto efter de nye regler. Sagen eller forløbet efterlod det indtryk, at Roskilde Bank var vrangvillig og ikke på højde med situationen.

Ligeledes var det Tilsynets holdning, at bankens eksterne revisor ikke var kompetent. Efter et direkte spørgsmål fra SKA, bekræftede Tilsynet, at man ikke ville være negativ indstillet over for en udskiftning af denne.

Den næste sag der blev gennemgået var solvenssagen ultimo 2006. Der blev ved gennemgangen fra Finanstilsynets side gjort opmærksom på, at de havde en Top 20 over risikofyldte banker og også en Top 20 over risikofyldte faktorer, som betød noget for en bank – sagt på en anden måde at hvis man lå på den Top 20 liste, så lå man ikke særligt godt.

De kunne så i øvrigt sige, at vi på de fleste punkter lå blandt de 5 i toppen – altså de 5 dårligste – og det var inden for nøglefaktorer som udlånsvækst, engagementskoncentration, udlåns gearing, lav solvens, lav kernekapital, stram likviditet, ubalance mellem ud- og indlån, ejendomsrisiko (de gjorde opmærksom på at de 32 engagementer over 10 % var de 28 ejendomsengagementer). Punkter som risikostyring og bonitet vurderede Tilsynet, at vi var dårlige på samt at vi ikke lavede tilstrækkelige følsomhedsvurderinger ved mærkbare konjunkturændringer.

Det vil sige, at vi i de beregninger vi havde præsenteret Tilsynet for havde undervurderet de omkostninger der var i tilfælde af, at konjunkturerne gik den anden vej, og at vi undervurderede effekten af faldende salgspriser.

Engagementerne blev i forhold til Tilsynets engagementsforhold rated under middel for langt de fleste, og nogle af dem langt under middel.

Solvensbehovet, som banken havde gjort op, var i underkanten, og kreditadministrationen var under al kritik, og kreditstyringen var mangelfuld.

Bestyrelsen var ikke tilstrækkeligt informeret, fordi følsomhedsanalyser ikke var blevet forelagt bestyrelsen.

Så alt i alt en gennemgang af, hvorfor Finanstilsynet mente, at Roskilde Bank var en af de mest risikofyldte banker i Danmark.

...

Det var således Tilsynets opfattelse, at selve beregningen af solvensen havde været mangelfuld, og at hele forløbet omkring solvensberegningen viste, at banken var meget modvillig.

Endvidere var til Tilsynets opfattelse, at det kun var på grund af pres fra Tilsynet at vi overhovedet fik de nødvendige modeller og den nødvendige forståelse af risici.

Tilsynet anførte specifikt hele problematikken omkring offentliggørelsen af solvensberegningen, og det at der blev givet et påbud til banken som banken undlod at følge, mente man i Tilsynet var aldeles uhørt – de havde i øvrigt aldrig nogen sinde været udsat for det før fra nogen finansiell virksomhed.

Dernæst var Tilsynet aldeles pikeret over at vi, da vi så endelig offentliggjorde solvensbehovet, skjulte det som en opjustering. Det syntes de var en "rød klud".

Tilsynet rejste sagen omkring overskridelsen af FiL § 145 ultimo 2006 omkring Centerplan A/S, altså overskridelsen af 25 % grænsen i vores engagement med Centerplan. De var af den opfattelse, at en bank af vores størrelse simpelthen ikke burde lave den slags fejl.
..."

Finanstilsynet foretog i perioden 10.-14. december 2007 en afgrænset undersøgelse af Roskilde Bank. På et møde den 20. december 2007 redegjorde Finanstilsynet for undersøgelsens konklusioner for Roskilde Banks direktion og en række afdelingschefer. Undersøgelsens konklusioner er gengivet i Finanstilsynets rapport af 7. februar 2008, hvoraf fremgår bl.a.:

"1. Kreditområdet

1.1. Bevillingsprocessen m.v.

1.1.1. Presserende tilfælde

...

Finanstilsynet kunne konstatere på undersøgelsen i 2007, at banken fortsat, som alt overvejende hovedregel, lader kreditudvalget bevillige ændringer i de ved denne undersøgelse gennemgåede engagementer ved anvendelse af direktionsinstruksens bestemmelser om presserende tilfælde.

Tilsynet skal henlede bankens opmærksomhed på pkt. 31, pkt. 5 i § 71-vejledningen, hvoraf fremgår, at bestyrelsen skal foretage bevillinger af de betydende engagementer i pengeinstituttet. Det er Finanstilsynets vurdering, at alle engagementer gennemgået ved denne undersøgelse er betydende engagementer i Roskilde Bank.

...

1.1.2. Værdiansættelse af sikkerheder

Finanstilsynet kunne konstatere, at banken i enkelte tilfælde havde taget projektengagementer som stadigvæk var i projektstadiet, op til fuld sikkerhed, som hvis projektet havde været færdigt. Banken oplyste ved inspektionen, at det ikke var hovedreglen, og at man under alle omstændigheder ville ændre sin praksis.

...

1.1.3. Risikovurdering

Det konstateredes ved undersøgelsen, at bevillingsansøgninger kun i enkeltstående tilfælde har indeholdt en risikovurdering af bevillingerne.

- Finanstilsynet skal som risikooplysning meddele, at dette er usædvanligt i et pengeinstitut af bankens størrelse.

1.1.4. Grænser for risikoeksponering

Finanstilsynet kunne konstatere ved undersøgelsen, at banken rater sine erhvervskunder. Det konstateredes samtidig, at bankens ledelse ikke havde forholdt sig til, hvor stort et engagementsvolumen, man ønsker, at banken skal have med debitorer med en lav rating d.v.s. med en høj risikoprofil.

- Finanstilsynet skal som risikooplysning meddele, at dette er meget usædvanligt i et pengeinstitut af Roskilde Banks størrelse.

1.2 De gennemgåede engagementer

Banken indberettede i alt 33 engagementer, hvoraf 31 engagementer relaterede sig til ejendomssektoren. De gennemgåede engagementer udgjorde ultimo september 2007 16,6 mia. kr. De gennemgåede engagementer var udvalgt således, at de engagementer i bankens bøger, der var gennemgået ved undersøgelsen i 2006 blev gennemgået på ny.

...

Engagementerne er ved denne undersøgelse vurderet ud fra et stressscenarie, hvor tilsynet tog udgangspunkt i et konkret skøn over forventede realisationspriser ved en konjunkturedgang. Der er tilstræbt et scenarie med en væsentlig konjunkturedgang, men ikke en alvorlig krise (som erfaringsmæssigt ville kunne medføre, at f.eks. ubebyggede grundarealer ikke kan sælges).

Det er Finanstilsynets opfattelse, at følgende [29] engagementer indeholder en særlig høj risiko.

...

Gennemgangen af disse engagementer viste, at der i disse engagementer er en udækket risiko i størrelsesordenen ca. 1,2 mia. kr. Opgørelsen er som normalt ved opgørelse af kreditrisici i ganske stort omfang baseret på skøn og dermed også behæftet med en betydelig usikkerhed.

...

1.4.1 Kontrolprocedurer

Denne gennemgang afslørede, at banken mangler at indføre kontrolprocedure der sikrer, at der sker en korrekt identifikation af, at der er objektiv indikation for værdiforringelse.

...

- Finanstilsynet skal på denne baggrund påbyde banken at indføre kontrolprocedurer, der sikrer, at der sker korrekt identifikation af, at der er objektiv indikation for værdiforringelse.

...

- Finanstilsynet skal i henhold til pkt. 25 i § 71-vejledningen sammenholdt med § 52, stk. 3, i regnskabsbekendtgørelsen, give banken påbud om at udarbejde strategier for hvert udlån med objektiv indikation for værdiforringelse. Fristen for opfyldelsen af dette påbud sættes til datoen for modtagelsen af denne rapport.

...

- Finanstilsynet skal på denne baggrund påbyde banken at vurdere, hvorvidt de ukorrigerede fejl, der følger af ovennævnte, set i sammenhæng med øvrige ukorrigerede fejl i årsregnskabet er af en sådan størrelse, at dette skal oplyses i årsrapporten for 2007.

...

- Tilsynet skal i lyset af ovennævnte forløb påtale, at banken ikke i udgangssituationen havde opstillet betalingsrækker for samtlige delengagementer.

I regnskabsbekendtgørelsens § 52, stk. 2, er opstillet en række kriterier for, hvornår objektiv indikation for værdiforringelse kan anses for at være indtruffet.

- Tilsynet skal i lyset af ovennævnte forløb påbyde banken, at denne, når et engagement opfylder mindst ét af disse kriterier, opstiller betalingsrækker for samtlige delengagementer med henblik på en vurdering af, hvorvidt der er indtruffet objektiv indikation for værdiforringelse.

...”

Rapporten er underskrevet af vicekontorchef Jørgen S. Jørgensen og fuldmægtig Allan Nielsen.

Roskilde Bank indgik den 24. august 2008 en overdragelsesaftale med Nationalbanken og Det Private Beredskab til Afvikling af Nødlidende Banker, Sparekasser og Andelskasser, hvorved banken med virkning fra 25. august 2008 overdrog samtlige aktiver, herunder bl.a. udlånsportefølje, navn, ejendomme mv. og al gæld og andre forpligtelser, bortset fra hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital, til den af Nationalbanken og Det Private Beredskab nyetablerede bank, Bankaktieselskabet af 24. august 2008, som siden skiftede navn til Roskilde Bank A/S.

Den 6. oktober 2008 anmeldte den gamle Roskilde Bank betalingsstandsning, og den 17. oktober 2008 blev bankens navn ændret fra Roskilde Bank A/S til Selskabet af 1. september 2008 A/S, som blev taget under konkursbehandling ved Skifteretten i Roskildes konkursdekret af 3. marts 2009.

Den 24. februar 2010 anlagde Roskilde Bank A/S (nu Finansiell Stabilitet) erstatningssag mod bankens tidligere direktør, underdirektør, bestyrelsesformand, tre bestyrelsesmedlemmer og revision med påstand om betaling af 1 mia. kr. i erstatning for utilstrækkelighed i og ved ledelsen og revisionen af Roskilde Bank i årene op til bankens sammenbrud (perioden 2005-2008).

Anbringender

Finanstilsynet har overordnet anført bl.a., at landsrettens kendelse indebærer en generel ophevelse af de pågældende embedsmænds skærpede tavshedspligt i relation til et meget bredt og vidtrækkende spørgetema, som reelt indebærer, at der kan ske videregivelse af samtlige fortrolige oplysninger om kundeforhold fra perioden 2005-2008, herunder også oplysninger om kunder og engagementer, der er uden direkte betydning for bevisbedømmelsen. Et så bredt spørgetema for afhøringen af en embedsmand er ikke i overensstemmelse med Højesterets kendelse af 13. januar 1998 (UfR 1998.444), og afgørelsen er for vidtgående i forhold til den sagsoplysning, der er formålet med vidneførslen.

Bestemmelsen i lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 5, om videregivelse af fortrolige oplysninger vedrørende finansielle virksomheder, der er erklæret konkurs, finder ikke anvendelse i forhold til Roskilde Bank og kan derfor ikke begrunde, at beskyttelseshensynene bag tavshedspligten i § 354, stk. 1, ikke længere skulle gøre sig gældende. Roskilde Banks finansielle virksomhed blev pr. 10. august 2009 overdraget til Finansiell Stabilitet som led i en aftale med Danmarks Nationalbank og Det Private Beredskab, og banken afvikles for Finansiell Stabilitets regning og risiko. Det var således alene det tomme selskab, hvori den finansielle virksomhed indtil da havde været drevet, som blev taget under konkursbehandling. Beskyttelseshensynet bag tavshedspligten gør sig derfor stadig gældende for den finansielle virksomhed, som videreføres i regi af Finansiell Stabilitet.

Dertil kommer, at beskyttelsen af fortrolige oplysninger, der knytter sig til kundeforhold, opretholdes, selv om en finansiell virksomhed måtte blive erklæret konkurs, jf. lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 5. Det vil således alene være fortrolige oplysninger, som ikke knytter sig til den finansielle virksomheds kunder, der vil kunne videregives under en civil retssag.

Der er ikke grund til at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen, idet der ikke foreligger fortolkningstvivil i relation til Rådets 2. direktiv af 15. december 1989 (89/646/EØF) artikel 16. Direktivet blev i øvrigt bragt til ophør den 15. juni 2000 og kan derfor ikke længere danne grundlag for et præjudicielt spørgsmål. Det gældende EU-retlige grundlag for bestemmelserne om Finanstilsynets tavshedspligt er rettelig Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 artikel 53, stk. 1. Heller ikke denne bestemmelse giver anledning til at forelægge spørgsmål for EU-Domstolen. De spørgsmål, som sagen angår, knytter sig ikke til fortolkning af artikel 53, stk. 1, men vedrører derimod retsplejelovens § 169 og afvejningen af hensynet til sagens oplysning over for hensynet til beskyttelsen af fortrolige oplysninger, herunder om en erklæring fra Finanstilsynet er tilstrækkelig.

Finanstilsynet har til støtte for den *principale påstand* navnlig gjort gældende, at Finanstilsynet i en skriftlig myndighedserklæring på fyldestgørende og fuldt ud betryggende vis vil kunne redegøre for de faktiske omstændigheder, herunder i relation til de tre ekstraordinære undersøgelser af Roskilde Bank, der resulterede i rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008, som Finansiell Stabilitet ønsker afdækket i henhold til spørgetemaet. En myndighedserklæring vil være et bedre bevismiddel end vidneafhøringer, når henses til, at vidnerne skal udtale sig om forhold vedrørende perioden 2005-2008, og at vidnerne ikke råder over den samme dokumentation som Finanstilsynet. En sådan erklæring vil kunne afgives uden at videregive fortrolige oplysninger, dvs. oplysninger om tidligere kunder og deres engagementer i Roskilde Bank.

Et afhøringsstema med et så generelt indhold som det foreliggende er ikke egnet til at danne grundlag for afhøring af forhenværende og nuværende embedsmænd i Finanstilsynet, og der er en udpræget risiko for, at embedsmændene under afhøringen kan komme til at videregive fortrolige oplysninger om kunder og disses engagementer i Roskilde Bank, som ikke er nødvendige for sagens oplysning, og som kan medføre betydelig skadevirkning for tidligere kunder i banken og for Finanstilsynets tilsynsvirksomhed.

Finanstilsynet anerkender, at hvis de faktiske omstændigheder i sagen ikke kan belyses på anden vis, vil hensynet til sagens oplysning under helt særlige omstændigheder konkret kunne begrunde, at tavshedspligten ophæves for så vidt angår fortrolige kundeoplysninger, når den pågældende finansielle virksomhed ikke længere eksisterer. Hvis en finansiell virksomhed

således er under konkursbehandling eller er blevet tvangsopløst, vil der ikke være samme behov for at beskytte de oplysninger, der kunne være skadelige for virksomheden, hvis de blev delt med en konkurrerende virksomhed. Beskyttelseshensynet over for tidligere kunder, der f.eks. er likvideret, tvangsopløst eller taget under konkursbehandling, vil være mindre tungtvejende, end hvis der er tale om en virksomhed, der er i drift, og som derfor er udsat for konkurrence.

Til støtte for den *subsidiære påstand* gøres det navnlig gældende, at vidnernes besvarelse af spørgsmål ikke kan omfatte fortrolige oplysninger om kundeforhold, der vedrører juridiske personer, der fortsat eksisterer og har kommercielle aktiviteter, idet hemmeligholdelsen i så fald må veje tungere end hensynet til sagens oplysning.

Finansiell Stabilitet har navnlig anført, at betingelserne for at ophæve tavshedspligten for de pågældende nuværende og tidligere medarbejdere i Finanstilsynet er opfyldt.

Lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 5, bestemmer, at fortrolige oplysninger kan videregives under en civil retssag, når en finansiell virksomhed er erklæret konkurs eller trådt i likvidation, og såfremt oplysningerne ikke vedrører kundeforhold eller tredjemand, der er eller har været involveret i forsøg på at redde virksomheden.

Roskilde Bank er erklæret konkurs ved konkursdekret af 3. marts 2009. Det er den konkursramte Roskilde Bank og kundeoplysningerne hidrørende fra den konkursramte Roskilde Bank, der er genstand for søgsmålet og de vidneforklaringer, der er fremsat begæring om. Betingelsen i lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 5, er derfor opfyldt.

Indførelsen af bestemmelsen i lov om finansiell virksomhed § 354, stk. 5, tilsigtede at gennemføre Rådets 2. direktiv af 15. december 1989 (89/646/EØF) artikel 16. Direktivet er siden erstattet af den sprogligt uændrede bestemmelse i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 artikel 53, stk. 1. Direktivbestemmelsen, der har til formål at harmonisere den finansielle lovgivning – og således ikke retsplejen – må på dette punkt anses for umiddelbart og direkte anvendelig. Bestemmelsen indeholder ingen særregler for kundeoplysninger. En eventuel dansk særregel, der baseres på praksis fra før direktivet, må derfor under alle omstændigheder fortolkes indskrænkende.

Selv om lov om finansiel virksomhed § 354, stk. 5, ikke automatisk måtte hjemle mulighed for videregivelse af de i sagen omtvistede kundeoplysninger, begrænser bestemmelsen ikke domstolenes adgang til i medfør af retsplejelovens § 169, stk. 2, at ophæve tavshedspligten. Bestemmelsen pålægger heller ikke domstolene at være særligt tilbageholdende med ophævelse af tavshedspligt efter lov om finansiel virksomhed § 354.

Beskyttelsesbehovet for kunder, der er taget under insolvensbehandling, er mindre tungtvæjende, men heraf følger ikke, at tavshedspligten vedrørende andre kundeoplysninger aldrig bør ophæves. De omtvistede fortrolige oplysninger vedrører i øvrigt alene oplysninger om kundeforhold, der knytter sig til kunder, der er tvangsopløst, erklæret konkurs eller under anden insolvensbehandling. Der er på denne baggrund ingen anledning til at forelægge noget spørgsmål for EU-Domstolen.

Ordlyden af forarbejderne til retsplejelovens § 169, stk. 2, lægger op til, at spørgsmålet om vidnepligt beror på en konkret afvejning af det offentlige interesse i hemmeligholdelse over for forklaringens betydning for sagens oplysning. Landsretten har foretaget denne afvejning bl.a. efter forelæggelse over 26 retsdage af en ekstrakt på mere end 28.000 sider. Landsretten har ved afgørelsen lagt vægt på bl.a., at de pågældende kundeforhold allerede i meget vidt omfang indgår i retssagen.

Flere af de pågældende kundeforhold har været genstand for omtale i medier og bøger, herunder bogen ”Blændværk”, som blev offentliggjort i 2009, hvilket var før anlæggelsen af denne sag. I denne bog er flere af personerne bag engagementerne omtalt, ligesom også størrelsen af engagementerne er anført.

Der er derfor samlet set tale om kundeoplysninger, der både efter direktivbestemmelsen og efter retsplejelovens § 169, stk. 2, kan videregives under en civil retssag vedrørende et insolvent pengeinstitut.

I relation til spørgsmålet om anvendelse af en skriftlig erklæring fra Finanstilsynet bemærkes, at udgangspunktet efter retsplejelovens § 297 er, at skriftlige erklæringer kun kan træde i ste-

det for forklaringer fra personer, der ville kunne afhøres som vidner, hvis retten konkret finder det ubetænkeligt.

Det følger af retspraksis vedrørende retsplejelovens § 297, at skriftlige erklæringer navnlig kan træde i stedet for vidneforklaringer, hvor der er tale om et enkelt og afgrænset spørgsmål, eller hvor en erklæring er eneste reelle mulighed for at få oplysningerne frem. En videregående adgang for tjenestemænd til at lade erklæringer træde i stedet for forklaringer er i øvrigt afvist i betænkning 316/1962 om vidner.

Det er ubestridt, at der er behov for oplysninger om en række konkrete beslutninger, møder og vurderinger vedrørende Finanstilsynets omfattende tilsyn med Roskilde Bank i perioden 2005-2008. De faktiske forhold, der skal belyses, er omfattende, komplekse og detaljerede. Med vidneforklaringerne ønskes det bl.a. belyst, hvad omfanget og karakteren var af det materiale, som Finanstilsynet fik udleveret fra eller forevist af banken – både samlet set og i relation til de enkelte kritisable kundeforhold. Derudover ønskes nærmere belyst, hvordan Finanstilsynet vurderede kvaliteten af det modtagne materiale, hvilke oplysninger der blev efterlyst, og hvordan bankens stillingtagen var til Finanstilsynets anmodninger om oplysninger mv. Finanstilsynets karaktergivning for de enkelte engagementer kan ikke ses af Finanstilsynets rapporter. Karaktergivningen påberåbes af parterne, og det har derfor betydning at kende dem.

Som led i tilsynsforretningerne blev der holdt en række møder mellem Finanstilsynet og Roskilde Bank. I møderne deltog både kreditafdelingens sagsbehandlere og ledelse, intern og ekstern revision og bankens ledelse. Det fremgår af den fremlagte korrespondance og forklaringerne under sagen, at der har været afholdt møder i foråret 2005, i sommeren og efteråret 2006 og i vinteren 2007. Der foreligger plancher fra mødet afholdt den 17. marts 2005 og den 20. december 2007 og et mødereferat af 23. juli 2007 udarbejdet af bankens daværende direktør, Søren Kaare-Andersen, vedrørende et møde i Finanstilsynet den 5. juli 2007. Der foreligger ikke i øvrigt referater af møderne, herunder ingen referater godkendt af Finanstilsynet. Oplysninger fra Finanstilsynet om de personer i banken og bankens rådgivere, som Finanstilsynet var i dialog med ved tilsynsforretningerne, og om synspunkter under møderne er derfor af betydning.

Oplysninger afgivet ved en skriftlig erklæring alene vil være uhensigtsmæssig og utilstrækkelig. Parterne og landsretten skal ikke afskæres fra at stille supplerende og uddybende spørgsmål. En erklæring vil heller ikke lige så godt som mundtlige forklaringer belyse de konkrete forhold ved Finanstilsynets flersidige og til dels skærpede tilsyn med banken.

I en række tidligere sager vedrørende insolvente pengeinstitutter har der været afgivet vidneforklaringer af medarbejdere fra Finanstilsynet om tilsvarende forhold, herunder med gennemgang og/eller vurdering af konkrete engagementer. Finanstilsynet har ikke godtgjort eller redegjort for, at omstændighederne i nærværende sag er afgørende forskellige fra tidligere praksis.

Vedrørende Finanstilsynets subsidiære påstand har Finansiell Stabilitet anført, at afgrænsningen bør ske, således at tavshedspligten tillige ophæves i forhold til fysiske personer, der er afgået ved døden, frakendt retten til at drive virksomhed indtil videre, eller hvor der er truffet beslutning om konkursbehandling, tvangsopløsning eller likvidation.

Ernst & Young Godkendt Revisionsaktieselskab, Tommy Nørskov Rasmussen og Palle Valentin Kubach har anført, at sagens parter på sagens nuværende stadie ikke bør stille skriftlige spørgsmål til Finanstilsynet. Finanstilsynet bør ikke blande sig i proceduren i den verserende sag, og tilsynet har ikke nogen selvstændig interesse i Højesterets afgørelse om, hvorvidt tilsynet skal besvare skriftlige spørgsmål. Hvis vidneforslen nægtes, skal landsretten – efter en kontradiktorisk proces – tage stilling til, om der skal stilles spørgsmål til Finanstilsynet.

Det fremgår af Rådets 2. direktiv af 15. december 1989 (89/646/EØF) artikel 16, stk. 1, 2. afsnit, at det er en minimumsbetingelse for videregivelse af fortrolige oplysninger under en civil sag, at der er tale om et kreditinstitut, der er erklæret konkurs eller trådt i likvidation som følge af en domstolsafgørelse. Da der ikke foreligger en sådan domstolsafgørelse i denne sag, må det være udelukket at give tilladelse til afhøring af nuværende eller tidligere medarbejdere i Finanstilsynet. Det er således efter direktivets artikel 16, stk. 1, 2. afsnit, ikke afgørende, hvorvidt oplysninger om kundeforhold vedrører juridiske personer, der fortsat eksisterer, eller ej. Der er ikke hjemmel i direktivet for en sådan afvejning.

En fortolkning, der svarer til Finanstilsynets subsidiære påstand eller landsrettens resultat, må i hvert fald rumme så meget fortolkningstvivil, at spørgsmålet i givet fald må forelægges for EU-Domstolen.

Det følger af betænkning 316/1962, at der kun i nogle få særlige tilfælde vil være forhold, hvor vidneforklaringen kan antages at være af afgørende betydning for sagens udfald.

Det taler imod ophævelse af tavshedspligten, at der har været gennemført en omfattende skønsforretning med supplerende spørgsmål, der hovedsageligt blev udarbejdet af Finansiell Stabilitet. Skønsforretningen omhandlede de revisionsmæssige forhold i Roskilde Bank og dermed revisionens forhold. Endvidere er der stillet spørgsmål og tillægsspørgsmål til Foreningen af Statsautoriserede Revisorers responsumudvalg.

Det taler endvidere imod ophævelse af tavshedspligten, at der er fremlagt et omfattende bilagsmateriale vedrørende Finanstilsynets undersøgelser af Roskilde Banks forhold. I den forbindelse er samtlige Finanstilsynets afgørelser vedrørende banken, herunder en lang række skrivelser og breve mellem tilsynet og banken, fremlagt.

Det taler endelig imod ophævelse af tavshedspligten, at en vidneafhøring har en begrænset bevisvægt. Dette gælder navnlig, når der foreligger skriftlige beviser, der omhandler samme forhold, som det må antages, at vidneafhøringerne skal belyse, og når vidnerne vil skulle afhøres om forhold, som ligger 10 år tilbage i tiden. Vidneafhøringerne kan derfor samlet set ikke antages at få afgørende betydning for sagens udfald, jf. retsplejelovens § 169, stk. 2.

Højesterets begrundelse og resultat

Finansiell Stabilitet har anmodet om, at tavshedspligten ophæves for Henrik Bjerre-Nielsen, Flemming Nytoft Rasmussen og Jørgen S. Jørgensen, der alle var ansat i Finanstilsynet i perioden 2005-2008, således at de kan afgive vidneforklaring om faktiske forhold vedrørende Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank i 2005-2008, der resulterede i Finanstilsynets rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008. Finansiell Stabilitet har for Højesteret anført, at de fortrolige oplysninger, der ønskes forklaring om, alene vedrører juridiske og fysiske personer, hvor der er truffet beslutning om konkursbehandling, likvidation eller

tvangsopløsning, eller som er afgået ved døden eller frakendt retten til at drive virksomhed indtil videre.

Finanstilsynet har for Højesteret erklæret sig villig til at fremlægge en myndighedserklæring om disse forhold, dog således at tavshedspligten kun ophæves i relation til fortrolige oplysninger om kundeforhold for så vidt angår juridiske personer.

Sagen angår således for Højesteret, dels i hvilket omfang hensynet til hemmeligholdelse efter lov om finansiel virksomhed § 354 bør vige for hensynet til sagens oplysning, jf. retsplejelovens § 169, stk. 2, dels om oplysningerne fra Finanstilsynet bør gives ved vidneforklaringer eller i form af en skriftlig erklæring.

Højesteret finder, at der ikke er grundlag for præjudiciel forelæggelse af spørgsmål for EU-Domstolen.

Efter retsplejelovens § 169, stk. 2, kan retten pålægge en person, der handler i offentligt eller dermed ligestillet hverv, at afgive forklaring om forhold, hvor den pågældende i det offentlige interesse er pålagt tavshedspligt, hvis forklaringen må antages at være af afgørende betydning for sagens oplysning.

Ved afgørelsen må der ske en afvejning af de hensyn, der ligger bag tavshedspligten, over for hensynet til sagens oplysning.

Sagen mod Roskilde Banks tidligere ledelse og revision vedrører et erstatningskrav på 1 mia. kr. for utilstrækkelighed i ledelsen og revisionen i årene op til bankens sammenbrud. Der er tale om en sag, der er henvist til landsretten, fordi den er af principiel karakter, jf. retsplejelovens § 226, stk. 1. Ved Finanstilsynets rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008 blev påpeget en lang række kritisable forhold ved driften af Roskilde Bank. De tre medarbejdere har deltaget i Finanstilsynets tilsyn med banken og i møder med bankens ledelse og revision, og der foreligger kun i meget begrænset omfang referater af Finanstilsynets møder med Roskilde Bank i den anførte periode.

På denne baggrund tiltræder Højesteret, at vidneforklaringerne må antages at være af afgørende betydning for sagens oplysning.

Det fremgår af forarbejderne til § 354 i lov om finansiel virksomhed (Folketingstidende 1994-95, tillæg A, lovforslag nr. L 160, sp. 1983), at tavshedspligten har til formål at beskytte pengeinstitutterne og deres kunder mod udlevering af fortrolige oplysninger og samtidig give Finanstilsynet mulighed for effektivt at udøve den lovpligtige tilsynsvirksomhed.

Roskilde Bank er erklæret konkurs. Det selskab, som overtog bankens aktiviteter, og som nu indgår i Finansiell Stabilitet, overtog aktiviteterne med henblik på afvikling. De kunder, hvis økonomiske forhold kan blive belyst ved forklaringerne, er erklæret konkurs, tvangsopløst, likvideret, afgået ved døden eller frataget retten til at drive virksomhed. Oplysninger om kunders økonomiske forhold indgår i forvejen i betydeligt omfang i sagen i ikke anonymiseret form.

Højesteret finder herefter, at hensynene bag tavshedspligten må vige for hensynet til sagens oplysning.

Efter sagens karakter og under hensyn til, at der kun i begrænset omfang foreligger referat af de møder mv., som Finansiell Stabilitet ønsker oplysninger om, finder Højesteret, at hensynet til sagens oplysning ikke i tilstrækkeligt omfang kan tilgodeses ved, at der i stedet indhentes en skriftlig erklæring fra Finanstilsynet.

Højesteret stadfæster herefter landsrettens kendelse med de ændringer, der er tilkendegivet af Finansiell Stabilitet.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse ændres, således at tavshedspligten for Henrik Bjerre-Nielsen, Flemming Nytoft Rasmussen og Jørgen S. Jørgensen ophæves i relation til fortrolige oplysninger om kundeforhold for så vidt angår fysiske og juridiske personer, hvor der er truffet afgørelse om konkursbehandling, tvangsopløsning eller likvidation, eller som er afgået ved døden eller

frakendt retten til at drive virksomhed indtil videre, og således at de nævnte vidner skal afgive forklaring om de faktiske forhold vedrørende Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank A/S i årene 2005-2008, herunder de tre ekstraordinære undersøgelser af Roskilde Bank A/S, der resulterede i rapporter af 21. april 2005, 3. januar 2007 og 7. februar 2008.

Finanstilsynet skal i sagsomkostninger for Højesteret inden 14 dage fra denne højesteretskendelses afsigelse betale 20.000 kr. til Finansiell Stabilitet. Beløbet forrentes efter rentelovens § 8 a.