

Erhvervs- og Vækstministeriet
Slotsholmsgade 10-12

1216 København K

cke@evm.dk

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

DATO: 22. april 2013
SAGSNR.: 2013 - 911
ID NR.: 232007

Høring - over rapport fra Udvalget om Systemisk Vigtige Finansielle Institutioner i Danmark

Ved e-mail af 15-03-2013 har Erhvervs- og Vækstministeriet anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte.

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

1. Kriterier for udpegning af SIFI'er

I betragtning af de betydelige konsekvenser, det har at blive udpeget til et systemisk vigtigt finansielt institut ("SIFI"), finder Advokatrådet af retssikkerhedsmæssige årsager, at kriterierne for udpegning af SIFI'er bør fastlægges ved lov.

Advokatrådet har ingen indvendinger mod, at den i SIFI-Rapporten beskrevne procedure gennemføres, hvor Det Systemiske Risikoråd hvert år henstiller til Finanstilsynet, hvilke danske kreditinstitutter der bør udpeges som SIFI'er, og hvor det Systemiske Risikoråd endvidere kan henstille til regeringen at revurdere kriterierne for at identificere SIFI'er, forudsat at sådanne ændringer af kriterierne fastsættes ved lov.

2. Fastsættelse af det ekstra kapitalkrav

Det fremgår af SIFI-Rapporten, at det ekstra kapitalkrav ("SIFI-Kravet") bør revurderes hvert år i forbindelse med, at Finanstilsynet efter henstilling fra Det Systemiske Risikoråd revurderer sin identifikation af SIFI'er.

Advokatrådet finder af retssikkerhedsmæssige årsager, at størrelsen af et eventuelt ekstra kapitalkrav eller præcise kriterier for beregning af et ekstra kapitalkrav bør fastlægges ved lov.

Det fremgår endvidere af SIFI-Rapporten, at SIFI-Kravet vil kunne justeres et halvt procentpoint op eller ned baseret på en kvalitativ vurdering, men SIFI-Kravet kan ikke være mindre end 1 pct.

Hvis dette forslag opretholdes, bør det, efter Advokatrådets opfattelse, i forbindelse med udarbejdelse af lovgivningen på området tydeliggøres, hvorledes sammenhængen er mellem denne regel og reglerne om solvensbehov og Finanstilsynets mulighed for at fastsætte individuelle solvenskrav. Det bemærkes i denne forbindelse, at det fremgår af CRDIV, at de kompetente myndigheder (Finanstilsynet), ved vurderingen af, om der skal fastsættes et individuelt solvenskrav, skal tage hensyn til den systemiske risiko¹.

3. Finanstilsynets beføjelser

SIFI- Rapporten foreslår, at Finanstilsynet tildeles en række beføjelser, herunder:

- Hjemmel til at udpege SIFI'er efter henstilling fra Det Systemiske Risikoråd og revidere udpegningen hvert år.
- Hjemmel til at revurdere eventuelle ekstra kapitalkrav hvert år i forbindelse med, at Finanstilsynet efter henstilling fra Det Systemiske Risikoråd revurderer sin identifikation af SIFI'er.
- At godkende genopretningsplaner for SIFI'er.
- At Finanstilsynet kan kræve genopretningsplanen iværksat tidligere end ved manglende overholdelse af SIFI-Kravet, f.eks. hvis initiativerne i planen tager væsentlig tid om at få effekt.
- At krisehåndteringsplaner udarbejdes af krisehåndteringsmyndigheden² i tæt samarbejde med Finanstilsynet og Danmarks Nationalbank og med inddragelse af instituttet.
- At Finanstilsynet skal kunne træffe afgørelse om, at en SIFI skal overgå til krisehåndtering, såfremt SIFI'en ikke af Finanstilsynet vurderes levedygtig.
- Mulighed for at kræve begrænsninger af udbytte, bonus og renter på Tier 1 (hybrid)-instrumenter.
- Mulighed for at kræve begrænsning i muligheden for at betale forfaldne renter på Tier 2-instrumenter.
- Mulighed for at foranledige indkaldelse af generalforsamling.
- Mulighed for at kræve udskiftning af direktions- og bestyrelsesmedlemmer, hvis søjle II-kravet ikke er overholdt.

¹ Følgende fremgår af direktivets artikel 100, stk. 3: *"For the purposes of determining the appropriate level of own funds on the basis of the review and evaluation carried out in accordance with Title VII, Chapter II, Section III, the competent authorities shall assess whether any imposition of an additional own funds requirement in excess of the capital requirement is necessary to capture risks to which an institution is or might be exposed, taking into account the following:*

.....

(d) the assessment of systemic risk."

² Den myndighed, som i SIFI-Rapporten anbefales etableret og som ifølge SIFI-Rapporten skal tillægges ansvaret for krisehåndtering af SIFI'er og som ifølge SIFI-Rapporten bør tildeles en række lovbestemte kompetencer til krisehåndtering af kreditinstitutter.

- At stille krav til gearingen som led i tilsynsprocessen i forhold til SIFI'ers likviditet ud fra en konkret og individuel vurdering.

Sådanne beføjelser for Finanstilsynet må fastsættes ved lov.

Af retssikkerhedsmæssige hensyn finder Advokatrådet, at der i den kommende lovgivning om SIFI'er tillige bør fastsættes rammer for Finanstilsynets udøvelse af disse omfattende skønsmæssige beføjelser.

Særligt om udpegning af SIFI'er og fastsættelse af SIFI-Kravet henvises til afsnit 0 og 0.

4. Ad Søjle II-krav

Definition

Følgende fremgår af note 13 på side 11 i SIFI-Rapporten:

"I denne rapport benævnes det individuelle solvensbehov eller et individuelt solvenskrav synonymt som søjle II-kravet."

Dette er efter Advokatrådets opfattelse ikke en fuldt ud korrekt måde at anskue de to krav på, og det kan give anledning til eventuelle fejlslutninger i den resterende del af SIFI-Rapporten.

Solvensbehovet er i lov om finansiel virksomhed ("FIL") § 124, stk. 4, defineret på følgende måde:

"Pengeinstitutters og realkreditinstitutters bestyrelse og direktion skal på baggrund af vurderingen i henhold til stk. 1³ opgøre instituttets individuelle solvensbehov. Solvensbehovet skal udtrykkes som den tilstrækkelige basiskapital i procent af de risikovægtede poster. Solvensbehovet kan ikke være mindre end solvenskravet efter stk. 2, nr. 1, og minimumskapitalkravet i stk. 2, nr. 2."

Det af pengeinstituttet eller realkreditinstituttet beregnede solvensbehov er derfor udtryk for en særskilt samlet beregning af, hvad den samlede basiskapital bør være, baseret på de risici, som pengeinstituttet eller realkreditinstituttet har påtaget sig. Opgørelsen foretages uafhængigt af de til enhver tid gældende solvenskrav og minimumskapitalkrav. En forøgelse af solvenskravet eller minimumskravet i FIL vil derfor ikke i sig selv medføre en forøgelse af pengeinstituttets eller realkreditinstituttets solvensbehov. Hvis solvenskravet i FIL § 124, stk. 2, nr. 1, f.eks. forøges fra 8 pct. til 10 pct., og et pengeinstitut har opgjort sit solvensbehov til 12 pct., vil solvensbehovet ikke blive ændret som følge af forøgelsen af solvenskravet,

³ *"Pengeinstitutters og realkreditinstitutters bestyrelse og direktion skal sikre, at instituttet har en tilstrækkelig basiskapital og råder over interne procedurer til risikomåling og risikostyring til løbende vurdering og opretholdelse af en basiskapital af en størrelse, type og fordeling, som er passende til at dække instituttets risici."*

da det allerede overstiger det nye solvenskrav, og da solvensbehovet skal opgøres uafhængigt af de regulatoriske krav.

Der er derfor ikke tale om et tillæg til solvenskravet eller minimumskapitalkravet, hvilket også er tydeliggjort af, at det fremgår af FIL § 124, stk. 4, sidste pkt., at solvensbehovet ikke kan være mindre end solvenskravet og minimumskapitalkravet.

Solvensbehovet fastsættes alene af pengeinstituttets eller realkreditinstituttets bestyrelse og direktion, jf. FIL § 124, stk. 5, mens det alene er Finanstilsynet, der træffer afgørelse om et individuelt solvenskrav, jf. FIL § 124, stk. 5.

Hvis pengeinstituttet eller realkreditinstituttet ikke overholder sit solvensbehov, skal pengeinstituttet indberette dette til Finanstilsynet, jf. FIL § 75, stk. 3. Finanstilsynet kan ikke med hjemmel i FIL § 225 fastsætte en frist til opfyldelse af solvensbehovet, hvis Finanstilsynet ikke har fastsat et individuelt solvenskrav i henhold til FIL § 124, stk. 5. De nye regler i FIL § 225 vedrører kun overskridelse af et individuelt solvenskrav fastsat i medfør af FIL § 124, stk. 5.

Det individuelle solvenskrav er defineret i FIL § 124, stk. 5:

"Finanstilsynet kan fastsætte et højere individuelt solvenskrav end det, der fremgår af stk. 2, nr. 1 i form af et tillæg til det solvenskrav. Finanstilsynet kan endvidere stille krav til, hvilken type kapital der skal opfylde tillægget."

Et individuelt solvenskrav forudsætter derfor, at Finanstilsynet har truffet afgørelse i henhold til FIL § 125, stk. 5, og et individuelt solvenskrav kan alene besluttes af Finanstilsynet og ikke af pengeinstituttets eller realkreditinstituttets bestyrelse eller direktion.

Det er derfor efter Advokatrådets opfattelse ikke korrekt, når Søjle II-kravet i SIFI-Rapporten skal betragtes som tillæg til de øvrige kapitalkrav.

Det ses endvidere ikke af CRDIV, at der er en hjemmel til at tillægge SIFI-kravet til solvensbehovet.⁴

Sammensætningen af kapitalen i søjle II-kravet

Følgende fremgår af note 13 på side 11 i SIFI-Rapporten:

⁴ Følgende fremgår af CRDIV artikel 72: *"Institutions shall have in place sound, effective and complete strategies and processes to assess and maintain on an ongoing basis the amounts, types and distribution of internal capital that they consider adequate to cover the nature and level of the risks to which they are or might be exposed. These strategies and processes shall be subject to regular internal review to ensure that they remain comprehensive and proportionate to the nature, scale and complexity of the activities of the institution concerned."*

"Det vil fremadrettet være udgangspunktet, at søjle II-kravet alene kan opfyldes med egentlig kernekapital. Ændringen af lov om finansiel virksomhed i december 2012 indebærer således, at Finanstilsynet kan bestemme hvilken type kapital, det enkelte institut skal benytte for at opfylde søjle II-kravet. Det fremgår af bemærkningerne til loven, at Finanstilsynet skal foretage en konkret og individuel vurdering af det enkelte instituts forhold, men at udgangspunktet vil være, at Finanstilsynet vil stille krav om, at søjle II-kravet skal opfyldes ved egentlig kernekapital. Det fremgår supplerende af bemærkningerne, at anden ansvarlig kapital, som automatisk konverteres til egentlig kernekapital eller nedskrives ved brud på solvensbehovet eller en relevant grænse for egentlig kernekapital, også vil kunne komme i betragtning."

Dette er efter Advokatrådets opfattelse ikke en fuldt ud korrekt beskrivelse af den gældende retsstilling, hvis Søjle II-kravet defineres som i SIFI-Rapporten.

Der er ikke hjemmel i FIL til, at Finanstilsynet kan fastsætte sammensætningen af den basiskapital, der anvendes til at dække det af pengeinstituttets eller realkreditinstituttets bestyrelse og direktion fastsatte solvensbehov.

Finanstilsynet kan kun stille krav til, hvilken type kapital tillægget til solvenskravet skal bestå af, jf. FIL § 125, stk. 5, sidste pkt. Hvis Finanstilsynet stiller krav om et tillæg på 4 procentpoint til solvenskravet, således at det samlede solvenskrav er 12 pct., er det kun sammensætningen af tillægget på 4 procentpoint, som Finanstilsynet kan træffe beslutning om, mens pengeinstituttet eller realkreditinstituttet inden for lovgivningens rammer træffer beslutning om sammensætningen af de resterende 8 procentpoint.

5. Definition af koncern

Det fremgår, at SIFI'er identificeres på koncernniveau på baggrund af institutternes⁵ balance set i forhold til BNP, institutternes indlån i Danmark som andel af sektorens samlede indlån i Danmark og institutternes udlån i Danmark som andel af sektorens samlede udlån i Danmark.

Det fremgår ikke klart af SIFI-Rapporten, hvilken koncern beregningen foretages i forhold til. Der er efter Advokatrådets opfattelse tre mulige måder at opgøre koncernens balance på:

1. Den selskabsretlige koncern inkl. f.eks. forsikringsselskaber.
2. Den koncern som reglerne i lov om finansiel virksomhed kapitel 12 finder anvendelse på.
3. Koncernen bestående af pengeinstitutter og realkreditinstitutter.

⁵ Det antages, at "institutternes" i denne sammenhæng skal forstås som "koncernernes".

Advokatrådet forudsætter, at det er den i nr. 2 angivne koncern, der henvises til, og at der ved sektoren forstås summen af nævnte regnskabsposter opgjort på koncernbasis, men dette bør af retssikkerhedsmæssige årsager præciseres i de endelige regler.

6. Krisehåndteringsbufferen

Forholdet til reglerne om basiskapital

Det fremgår af SIFI-Rapporten, at der stilles følgende krav til krisehåndteringsbufferen:

"Konkret bør der fastsættes minimumskrav til den konvertible gæld, der sikrer, at den er til stede, når der er behov for den. Sådanne krav vil omfatte, at:

- *Den oprindelige løbetid skal være på mindst 2 år*
- *Instituttet skal sikre, at under 1/8 del af kapitalen forfalder i samme kvartal*
- *Instrumentet ikke kan forfalde til tilbagebetaling, hvis summen af egentlig kernekapital og krisehåndteringsbufferen efter tilbagebetalinger er under 10,125 pct. af de risikovægtede poster*
- *Førtidig indfrielse eller tilbagebetaling ved udløb alene kan ske med Finanstilsynets godkendelse."*

Krisehåndteringsbufferen vil derfor ikke nødvendigvis være basiskapital i henhold til reglerne i bekendtgørelsen om basiskapital og de kommende regler i CRDIV.

Det fremgår endvidere af SIFI-Rapporten, at gælden skal konverteres til egentlig kernekapital eller nedskrives, senest når instituttets egentlige kernekapital falder til under 5,125 pct. af de risikovægtede poster, samt at SIFI'en ved konverteringen overgår til krisehåndtering⁶. Endelig fremgår det, at konverteringsvilkårene bør udformes, så eksisterende aktionærer kan imødesee en mærkbar udvanding og derfor har et klart incitament til at bidrage med ny kapital i genopretningsfasen.

Det bør tydeliggøres, om krisehåndteringsbufferen både kan omfatte lån, der kan konverteres, og lån, der kan nedskrives. Hvis krisehåndteringsbufferen omfatter lån, der kan nedskrives, vil dette ikke medføre en udvanding af de eksisterende aktionærer, men derimod en forøgelse af værdien af aktiekapitalen, da nedskrivning af lån vil forøge værdien af aktiekapitalen.

Det anbefales, at kravene til forholdet mellem krisehåndteringsbufferen og de elementer, der kan indgå i basiskapitalen, tydeliggøres i forbindelse med udformningen af de endelige regler.

7. Krisehåndtering

SIFI-Rapporten indeholder i kapitel 4 en overordnet beskrivelse af en række værktøjer, der skal kunne bringes i anvendelse i forbindelse med håndtering af en

⁶ Det er uklart om dette også indtræder ved nedskrivning.

krise i en SIFI, bl.a. med henvisning til det kommende direktiv om genopretning og afvikling af kreditinstitutter.

Gennemførelse af disse forslag vil, som det også fremgår af SIFI-Rapporten, kunne medføre, at der opstår en række juridiske spørgsmål. Da reglerne er overordnet beskrevet, har Advokatrådet imidlertid valgt ikke på nuværende tidspunkt at give detaljerede kommentarer til denne del af SIFI-Rapporten.

8. Gældende regler om hybrid kernekapital

Det fremgår af SIFI-Rapporten, Bilag 2: Oversigt over aktieklasser, at hybrid kernekapital endvidere skal kunne konverteres til aktiekapital eller tilsvarende, hvis instituttet ikke opfylder kapitalkravet eller på anden måde er nødlidende.

Advokatrådet skal gøre opmærksom på, at dette ikke er et krav i de gældende regler i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital. Det fremgår alene af bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, at den hybride kernekapital kan udgøre op til 50 pct. af kernekapitalen efter visse fradrag, hvis aftalen om hybrid kernekapital opfylder de nævnte krav. Hvis der ikke er mulighed for konvertering, kan den hybride kernekapital kun udgøre op til 35 pct. af kernekapitalen efter visse fradrag, men der er ikke noget krav om en konverteringsmulighed.

Med venlig hilsen



Torben Jensen