

Kendelse af 5. juli 1993. 93-8.240.

Ansvarlig indskudskapital, der ikke opfylder lovens krav, kunne ikke medregnes ved opgørelsen af en banks solvensprocent uanset overgangsregler.

Bank- og sparekasselovens § 21, stk. 1, og § 22, stk. 2. Lov nr. 306 af 16. maj 1990 § 6 og § 7.

(Børge Dahl, Gert Kristensen og Ebbe Christensen)

K Bank A/S har i skrivelse af 2. februar 1993 klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 22. januar 1993 (j.nr. 521-0033, F 7858) meddelte banken, at den ansvarlige indskudskapital, som banken optog i 1986, ikke kan medregnes ved opgørelsen af bankens solvensprocent i 1993 og fremover.

Sagens omstændigheder:

I 1986 optog K Bank A/S to lån som ansvarlig indskudskapital på ialt 115 mio. USD. Lånene forfalder den 30. juli 1995.

Ved lov nr. 327 af 24. maj 1989 om ændring af lov om banker og sparekasser m.v. blev betingelserne for at medregne ansvarlig indskudskapital ved beregningen af pengeinstitutters solvens skærpet. Af hensyn til allerede optaget ansvarlig indskudskapital, der ikke levede op til de skærpede krav, blev der i lovens § 3 indført en overgangsordning, hvorefter allerede optaget ansvarlig indskudskapital kunne medregnes ved beregningen af solvensprocenten indtil udgangen af 1992, såfremt endelig låneaftale var indgået den 1. januar 1989.

Ved lov nr. 306 af 16. maj 1990 om ændring af lov om banker og sparekasser m.v. med flere love (i det følgende kaldet: ændringsloven) ændredes beregningsprincippet for pengeinstitutters solvensprocent som følge af EF-solvensdirektivet, Rådets direktiv af 18. december 1989 om solvensnøgletal for kreditinstitutter (89/647/EØF). Der blev ved ændringsloven indført valgfrihed mellem to solvensprocenter, idet solvenskravet er opfyldt, enten hvis den ansvarlige kapital udgør mindst 8 procent af de vægtede aktiver og ikke balanceførte poster, eller hvis den ansvarlige kapital og den ansvarlige indskudskapital udgør mindst 10 procent af det samme. Et af de to solvenskrav skal til enhver tid være opfyldt. Betingelserne for ansvarlig indskudskapital i lovens § 22 blev ikke skærpet yderligere i forhold til skærpelsen i 1989, men blev formuleringsmæssigt ændret. Ændringsloven trådte i kraft den 1. januar 1991 og indeholder bl.a. nedenstående to overgangsregler (ændringslovens § 6 og § 7). Ændringsloven gav lovens § 21, stk. 1 (om solvens) følgende ordlyd:

"§ 21. Den ansvarlige kapital i et pengeinstitut skal til enhver tid udgøre mindst 8 pct. af dets vægtede aktiver og ikke balanceførte poster. Solvenskravet anses endvidere for opfyldt, såfremt et pengeinstituts ansvarlige kapital og ansvarlige indskudskapital, jf. § 22, stk. 2, udgør mindst 10 pct. af dets vægtede aktiver og ikke balanceførte poster. Finanstilsynet fastsætter nærmere regler for opgørelse af solvensprocenten."

§ 22, stk. 2 (der opregner betingelserne for ansvarlig indskudskapital) fik følgende formulering:

"Stk. 2. For ansvarlig indskudskapital gælder følgende betingelser:

- 1) Det skal fremgå af låneaftalen, at kapitalen kun kan forfalde til betaling før den aftalte forfaldsdato, såfremt pengeinstituttet træder i likvidation eller erklæres konkurs.
- 2) Långiverens krav mod pengeinstituttet skal efterstilles al anden ikkeefterstillet gæld. Ansvarlig indskudskapital, der er opsagt til udbetaling, hæfter uanset opsigelsen, når opsigelsesfristen udløber efter anmeldelse af betalingsstandsning, beslutning om likvidation eller afsigelse af konkursdekret.
- 3) Kapitalen skal have en oprindelig løbetid eller et opsigelsesvarsel på mindst 5 år. Finanstilsynet kan efter anmodning fra pengeinstituttet tillade, at ansvarlig indskudskapital tilbagebetales før tiden.
- 4) Beløbet skal være indbetalt.
- 5) Ansvarlig indskudskapital må ikke udgøre mere end 40 pct. af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21 a, stk. 3.
- 6) Den supplerende kapital må ikke sammen med ansvarlig indskudskapital udgøre mere end 100 pct. af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21 a, stk. 3.
- 7) Det beløb, hvormed den ansvarlige indskudskapital medtages, indskrænkes årligt med 20 pct. af den oprindelige kapital de sidste 5 år inden den aftalte forfaldsdato.
- 8) Beholdningen af egne beviser samt egne beviser, der tjener som sikkerhed for lån eller garantier, som er ydet af pengeinstituttet, modregnes i pengeinstituttets ansvarlige indskudskapital med et beløb beregnet efter de under nr. 7 fastsatte regler."

Overgangsreglen i ændringslovens § 6:

"§ 6

Stk. 1. Uanset bestemmelsen i § 1, nr. 22 (§ 21, stk. 1, 1. pkt.) skal et pengeinstituts ansvarlige kapital til enhver tid udgøre mindst 10 pct. i 1991 og 1992 og 9 pct. i 1993 og 1994 af dets vægtede aktiver og ikke balanceførte poster.

Stk. 2. Til opfyldelse af solvenskravet i stk. 1 kan der i 1991 og 1992 medregnes ansvarlig indskudskapital, der er indgået aftale om inden den 1. januar 1991, med indtil 40 pct. og i 1993 og 1994 med indtil 20 pct. af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21 a, stk. 3.

Stk. 3. I 1995 kan der til opfyldelse af solvenskravet i § 21, stk. 1, 1. pkt., medregnes ansvarlig indskudskapital med indtil 10 pct. af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21 a, stk. 3."

Overgangsreglen i § 7:

"§ 7

Uanset bestemmelsen i § 1, nr. 22 (§ 22, stk. 2) kan pengeinstitutter indtil udgangen af 1992 medregne ansvarlig indskudskapital til opfyldelse af solvenskravet i overensstemmelse med de tidligere regler, såfremt der den 1. januar 1989 var indgået endelig låneaftale om ansvarlig indskudskapital i overensstemmelse med de dagældende bestemmelser."

Nærværende sag vedrører, om den ansvarlige indskudskapital K Bank optog i 1986 skal opfylde kravene i lovens § 22, stk. 2, for efter ændringslovens § 6, stk. 2, at kunne indgå i beregningen af bankens solvensprocent i 1993.

Den 2. oktober 1992 skrev K Bank til Finanstilsynet og bad Finanstilsynet om at bekræfte bankens fortolkning af overgangsreglerne i ændringsloven. Det fremgår af bankens skrivelse, at banken fortolker ændringslovens overgangsordning således, at banken som følge af ændringslovens § 7 sammenholdt med bank- og sparekasselovens § 22, stk. 2, nr. 7), i 1992 kan medregne den omtalte ansvarlige indskudskapital med 100 procent og i 1993 med 20 procent, alt under skyldig hensyntagen til begrænsningen i ændringslovens § 6, stk. 2 og 3. Ved skrivelse af 22. oktober 1992 bekræftede Finanstilsynet bankens fortolkning. Ved skrivelse af 16. december 1992 tilføjede Finanstilsynet imidlertid, at "ansvarlig indskudskapital, som er optaget før den 1. januar 1989 i henhold til de dagældende regler, ikke kan medregnes ved opgørelse af pengeinstituttets solvensprocent efter den 1. januar 1993."

Da banken var uenig med Finanstilsynet for så vidt angår nævnte tilføjelse, henvendte den sig til tilsynet og fremsendte bl.a. et af bankens juridiske afdeling udarbejdet responsum. I dette responsum henvises bl.a. til lovens ordlyd og dens motiver, til et svar fra ministeren til folketingsudvalget, til udtalelser fra Den Danske Bankforening henholdsvis Finansrådet om forståelsen af loven og til en artikel i en bog, udgivet af Finanstilsynet. Det gøres gældende, at der intetsteds i det nævnte materiale differentieres mellem lån optaget før og efter den 1. januar 1989. Som konklusion anføres, at der ikke er lovhjemmel til at skelne mellem lån optaget før og efter den 1. januar 1989 i relation til, hvorvidt disse lån kan indregnes i solvensprocenten i årene 1993 til 1995.

I en skrivelse fra banken af 11. januar 1993 henvises til det tidligere fremsendte responsum, og der gives følgende oplysninger om forfaldsklausulerne for de to lån, der er optaget som ansvarlig indskudskapital:

"...

Juridisk Afdeling har nu gennemgået de 2 låns forfaldsgrunde. Forfaldsgrundene er identiske og indeholder følgende hovedelementer, der medfører lånenes forfald:

- 15 dags forsinkelse med lånets hovedstol og rente,
- anden misligholdelse i forbindelse med selve låneaftalen, som ikke er ophørt inden 30 dage efter skriftligt påkrav,
- manglende betaling af anden gæld, som forfalder før den aftalte forfaldsdag som følge af misligholdelse eller manglende betaling af gæld ved forfaldstid,
- likvidation/opløsning med undtagelse af fusion og rekonstruktion, hvor betalingsrisikoen på lånene ikke forøges,
- "brugelige panteforhold" eller iøvrigt hvor banken bliver sat under administration,
- arrest i bankens aktiver som medfører væsentlig indskrænkning i bankens almindelige drift, hvor en sådan arrest ikke er ophørt inden 60 dage efter foretagelsen,
- betalingsstandsning eller trussel herom, eller hvis banken ophører med en væsentlig del af sit forretningsområde, eller er ude af stand til at betale sin gæld efterhånden, som denne forfalder,
- påbegyndt retsforfølgning i henhold til Konkurslovens regler, medmindre sådanne retsforfølgningsskridt ikke ophører inden 45 dage,
- banken selv indgiver anmodning om konkurs, likvidation eller påbegynder frivillig akkord.

Til Tilsynets brug vedlægges kopi af afsnittet om "Events of Default" i lånedokumenterne.

..."

I den påklagede afgørelse af 22. januar 1993 skrev Finanstilsynet:

"Finanstilsynet har på baggrund af en henvendelse fra K Bank på ny vurderet, hvorvidt den af K Bank i 1986 optagne ansvarlige indskudskapital kan medregnes i 1993 ved opgørelse af bankens solvensprocent.

I forbindelse hermed har K Bank den 11. januar 1993 fremsendt kopi af kontraktens forfaldsklausuler (Events of Default).

Efter gennemgang af kontraktens forfaldsklausuler samt de af banken fremsendte bemærkninger finder Finanstilsynet, at den i 1986 optagne ansvarlige indskudskapital ikke kan medregnes ved opgørelse af bankens solvensprocent i 1993 og fremover.

På foranledning af bankens henvendelse skal tilsynet redegøre for den gældende retsstilling vedrørende ansvarlig indskudskapital.

Lovgivningens bestemmelser om betingelserne for medregning af ansvarlig indskudskapital blev skærpet i 1989 ved vedtagelse af lov nr. 327 af 24. maj 1989.

1989-loven indeholdt en overgangsbestemmelse, hvorefter pengeinstitutterne indtil udgangen af 1992 kunne medregne ansvarlig indskudskapital til opfyldelse af solvenskravet i overensstemmelse med de tidligere regler, såfremt der den 1. januar 1989 var indgået endelig låneaftale om ansvarlig indskudskapital i overensstemmelse med de dagældende bestemmelser, jf. § 3 i lov nr. 327 af 24. maj 1989.

Ovennævnte overgangsbestemmelse indebar, at den af K Bank i 1986 optagne ansvarlige indskudskapital kunne medregnes indtil udgangen af 1992, uanset at kapitalen ikke opfyldte kravene i 1989-loven.

I lov nr. 306 af 16. maj 1990 blev reglerne i bank- og sparekasselovens § 21 om beregning af pengeinstitutters solvensprocent ændret med ikrafttræden den 1. januar 1991.

1990-loven indeholdt ligeledes en overgangsbestemmelse, hvorefter pengeinstitutternes solvensprocent i 1991 og 1992 skulle udgøre mindst 10 %, og i 1993 og 1994 skulle solvensprocenten udgøre mindst 9 %.

Overgangsreglerne fremgår af § 6 i lov nr. 306 af 16. maj 1990. Lovens § 6, stk. 2, indeholder bestemmelser om pengeinstitutternes mulighed for ved medregning af ansvarlig indskudskapital at opfylde ovennævnte solvenskrav.

I henhold til § 6, stk. 2, kan ansvarlig indskudskapital i 1991 og 1992 medregnes med indtil 40 % af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21a, stk. 3, (fradrag for pengeinstituttets beholdning af egne aktier, immaterielle aktiver og årets løbende underskud). I 1993 og 1994 kan ansvarlig indskudskapital medregnes med indtil 20 % af kernekapitalen efter fradrag i henhold til § 21 a, stk. 3.

Såfremt pengeinstitutterne medregnede ansvarlig indskudskapital til opfyldelse af ovennævnte solvenskrav på 10 % henholdsvis 9 %, var det dog en betingelse, at der var indgået aftale om optagelse af den ansvarlige indskudskapital før den 1. januar 1991, jf. § 6, stk. 2, i lov nr. 306 af 16. maj 1990.

Ovennævnte bestemmelse om tidspunktet for indgåelse af aftalen om optagelse af ansvarlig indskudskapital (før den 1. januar 1991) var en betingelse for, at den ansvarlige indskudskapital kunne medregnes ved opgørelse af pengeinstituttets solvensprocent. Da der ikke i 1990-loven var nogen henvisning til tidligere gældende

regler, skulle kapitalen opfylde lovens almindelige krav til ansvarlig indskudskapital, jf. lovens § 22, stk. 2. Indholdet af denne bestemmelse svarer til 1989-lovens.

K Bank fremsendte den 11. januar 1993 kopi af de forfaldsklausuler, som er indeholdt i de 2 aftaler om ansvarlig indskudskapital, som K Bank optog i 1986. Disse aftalers forfaldsklausuler opfylder ikke de gældende betingelser for ansvarlig indskudskapital, idet det fremgår af § 22, stk. 2, nr. 1, i lov om banker og sparekasser m.v., at:

"det skal fremgå af låneaftalen, at kapitalen kun kan forfalde til betaling før den aftalte forfaldsdato, såfremt pengeinstituttet træder i likvidation eller erklæres konkurs."

Den af K Bank optagne ansvarlige indskudskapital indeholder en række forfaldsklausuler, som er i strid med lovens § 22, stk. 2, nr. 1.

På baggrund af ovennævnte redegørelse er det som nævnt Finanstilsynets opfattelse, at den ansvarlige indskudskapital, som K Bank optog i 1986, ikke kan medregnes ved opgørelse af bankens solvensprocent i 1993 og fremover.

...

Det følger af bank- og sparekasselovens § 52b, at afgørelser truffet af Finanstilsynet i henhold til bank- og sparekasseloven eller forskrifter udstedt i medfør af loven kan indbringes for Industriministeriets Erhvervsankenævn senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende."

I klageskrivelsen af 2. februar 1993, i et supplerende indlæg af 24. marts 1993 og i det nævnte responsum har banken bl.a. anført, at det er forkert, når Finanstilsynet i ændringslovens § 6, stk. 2, indfortolker, at den der nævnte ansvarlige indskudskapital skal opfylde betingelserne i bank- og sparekasselovens § 22, stk. 2, for at kunne benyttes ved beregningen af solvensprocenten i 1993. Ansvarlig indskudskapital må skulle forstås som ansvarlig indskudskapital optaget i henhold til de på optagelsestidspunktet gældende regler i bank- og sparekasseloven med den eneste begrænsning, at aftalen herom skal være indgået inden 1. januar 1991. Såfremt ansvarlig indskudskapital i ændringslovens § 6, stk. 2, skal opfylde betingelserne i lovens § 22, stk. 2, vil det kræve en direkte henvisning hertil. Overgangsordningen i § 6, stk. 2, er en ny overgangsordning for ansvarlig indskudskapital, hvorimod overgangsordningen i § 7 blot er en gentagelse af den tidligere overgangsordning fra 1989-loven. De to overgangsordninger har hver sin baggrund og hver sit sigte. Da bankens ansvarlige indskudskapital opfylder de krav, der var gældende på optagelsestidspunktet, har banken derfor fastholdt, at indskudskapitalen kan medregnes i solvensprocenten i 1993. Til yderligere støtte for sit synspunkt har banken henvist til, at meningen med overgangsbestemmelsen i § 6 var, at der skulle ske en gradvis lempelse af kravene til pengeinstitutternes solvens. Der har ikke på noget tidspunkt været tale om at skærpe kravene, hvilket vil være resultatet, hvis tilsynets fortolkning lægges til grund. Endelig har banken i det supplerende indlæg af 24. marts 1993 - som en bemærkning til den nedenfor nævnte udtalelse fra Finanstilsynet af 9. marts 1993, hvor tilsynet har bemærket, at den af banken optagne ansvarlige indskudskapital ikke opfylder kravene i lovens § 22, stk. 2, nr. 1 - anført, at der reelt ikke er nogen indholdsmæssig forskel på de krav, der anføres der, og de forfaldsgrunde, der er gældende for

bankens ansvarlige indskudskapital, idet en manglende betaling naturligt vil resultere i likvidation eller konkurs.

I den nævnte udtalelse fra Finanstilsynet af 9. marts 1993 og i en supplerende udtalelse af 26. april 1993 har tilsynet om retsstillingen henvist til sin redegørelse i den påklagede afgørelse. Herudover har tilsynet bl.a. anført, at ændringslovens § 6, stk. 2, ikke indeholder nogen henvisning til, at ansvarlig indskudskapital optaget efter de tidligere gældende regler kan medregnes ved opgørelsen af et pengeinstituts solvens. Ansvarlig indskudskapital omfattet af § 6, stk. 2, skal derfor opfylde lovens almindelige krav til sådan kapital, jf. lovens § 22, stk. 2. Ændringslovens § 7 nævner udtrykkeligt, at ansvarlig indskudskapital kun kan medregnes indtil udgangen af 1992 uden at opfylde lovens almindelige krav i § 22, stk. 2. Den udtrykkelige henvisning til § 22, stk. 2, havde været unødvendig, såfremt den af banken anførte fortolkning af § 6, stk. 2, var korrekt. Efter ændringslovens § 6, stk. 2, er det teoretisk set ikke afgørende, om den ansvarlige indskudskapital er optaget før eller efter 1989-loven. Det afgørende kriterium er derimod, om den ansvarlige indskudskapital opfylder de nugældende betingelser i lovens § 22, stk. 2, for ansvarlig indskudskapital. I praksis betyder dette, at der skal sondres mellem ansvarlig indskudskapital optaget før og efter 1989-loven, da de nugældende betingelser ikke var kendt før dette tidspunkt. Finanstilsynet bestrider, at det ministersvar og de udtalelser fra brancheforeningen m.v., som banken henviser til, indeholder noget til støtte for bankens opfattelse. Det nævnte materiale tager slet ikke stilling til det her i sagen rejste spørgsmål. Tilsynet har om bankens henvisning til den gradvise lempelse af solvenskravet i overgangsperioden bemærket, at der ikke i ændringsloven blev gennemført nogen skærpelse af kravene til ansvarlig indskudskapital. Skærpelsen hertil skete i 1989-loven. Med hensyn til forfaldsgrundene for den af banken optagne ansvarlige indskudskapital har Finanstilsynet anført, at banken ikke tidligere har betvivlet, at forfaldsgrundene ikke opfylder kravene i lovens § 22, stk. 2. I den påklagede afgørelse af 22. januar 1993 blev det afgjort, at dette ikke var tilfældet. Bankens klage herover i indlægget af 24. marts 1993 er derfor indgivet for sent. Tilsynet har iøvrigt anført, at ud af de 9 forfaldsgrunde, banken har anført i sin skrivelse af 11. januar 1993, er de tre førstnævnte og den 5., 6. og 7. nævnte forfaldsgrund ikke i overensstemmelse med lovens § 22, stk. 2.

Banken har i skrivelse af 29. april 1993 meddelt ankenævnet, at banken ikke har yderligere at tilføje, men fastholder det tidligere anførte.

Ankenævnet udtaler:

Som foran anført blev kravene til pengeinstitutternes ansvarlige indskudskapital skærpet ved lov nr. 327 af 24. maj 1989. Kravene findes nu i bank- og sparekasselovens § 22, stk. 2, som affattet ved lov nr. 306 af 16. maj 1990 (ændringsloven). Efter formuleringen af de foran gengivne forfaldsklausuler opfylder de lån, som denne sag vedrører, ikke kravet i bank- og sparekasselovens § 22, stk. 2, nr. 1). 1989-loven indeholdt en overgangsordning for allerede optaget ansvarlig indskudskapital, der ikke opfyldte de nye krav. Denne overgangsordning blev videreført ved ændringslovens § 7. Overgangsordningen gjaldt imidlertid kun til udgangen af 1992 og har således ingen betydning for 1993 og senere år.

Bestemmelserne om pengeinstitutternes solvensprocent blev ændret ved ændringsloven af 1990, jf. bank- og sparekasselovens § 21, stk. 1. I tilknytning til denne bestemmelse blev der fastsat en overgangsordning i ændringslovens § 6. Efter denne overgangsordning kan ansvarlig indskudskapital inden for en overgangsperiode i et vist, nærmere angivet omfang medregnes til

opfyldelse af det solvenskrav, der følger af ændringslovens § 6, stk. 1, jf. ændringslovens § 6, stk. 2. Der er ikke i loven anført andet om karakteren af den ansvarlige indskudskapital, der er omtalt i ændringslovens § 6, stk. 2, end at denne skal være aftalt inden den 1. januar 1991. Ankenævnet finder ikke i lovens ord eller i det, der iøvrigt er fremkommet, noget grundlag for at forstå "ansvarlig indskudskapital" i § 6, stk. 2, på anden måde end som kapital, der opfylder bank- og sparekasselovens almindelige krav til ansvarlig indskudskapital efter lovens § 22, stk. 2.

Den ansvarlige indskudskapital, som banken optog i 1986, opfylder som nævnt ikke disse krav, og ankenævnet kan derfor tiltræde, at Finanstilsynet i den påklagede afgørelse meddelte, at denne kapital ikke kan medregnes ved opgørelse af bankens solvensprocent i 1993 og følgende år.

Ankenævnet stadfæster herefter den påklagede afgørelse.