

Kendelse af 20. juni 2013 (J.nr. 2012-0032476)

Ikke grundlag for at dispensere for hvad der ifølge udgangspunktet indgår i opgørelsen af basiskapitalen.

Bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen § 29, stk. 5, og stk. 6.

(Cato Baldvinsson, Niels Bolt Jørgensen og Jan Uffe Rasmussen).

Ved skrivelse af 8. august 2012 har advokat A på vegne af K A/S nu under konkurs klaget over, at Finanstilsynet ved skrivelse af 11. juli 2012 har afslået at dispensere fra daværende § 26, stk. 4 – nu § 29, stk. 5 – i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen.

Sagens omstændigheder:

I en af Erhvervsankenævnet i anledning af klagen hos Finanstilsynet indhentet udtalelse af 28. august 2012 fremgår om sagens faktiske omstændigheder blandt andet:

”Finanstilsynet orienterede ved brev af 7. juni 2012 K om, at Finanstilsynet var blevet opmærksom på, at der kunne være risiko for, at instituttet havde foretaget en fejlagtig indregning af ansvarlige lån optaget hos B ved opgørelsen af den supplerende kapital.

K oplyste i den forbindelse Finanstilsynet om, at det ansvarlige lån blev indgået den 31. oktober 2005, og at lånet forfalder til betaling 10 år efter. Finanstilsynet fik endvidere oplyst, at udstedelsens rentegrundlag er EURIBOR 6M, og at der i øvrigt er aftalt følgende rentemargin og renteændringer:

”The borrower shall pay interest on the Loan at a rate per annum determined by the Lender and notified to Borrower to be the sum of,

- (i) 125 basis points (the "Margin") until 5th anniversary from the Drawdown Date; or
- (ii) 275 basis points (the "Margin") until 8th anniversary from the Drawdown Date; or
- (iii) 300 basis points (the "Margin") until 10th anniversary from the Drawdown Date”

Finanstilsynet meddelte K i brev af 7. juni 2012, at det ansvarlige lån i henhold til § 26, stk. 4, 2. pkt., i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital skal anses som værende forfaldet, når summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter ved ændring af den aftalte rentemargin pr. 31. oktober 2013, som bringer den samlede rentestigning ud over 150 basispunkter, og

at der derfor skal ske fradrag ved opgørelsen af den supplerende kapital allerede fra 2010, jf. § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital.

Efterfølgende indsendte K ved brev af 14. juni 2012, i henhold til § 26, stk. 5, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, en ansøgning til Finanstilsynet om dispensation fra grænsen på 150 basispunkter, jf. § 26, stk. 4, 2. pkt.

Ved brev af 11. juli 2012 afslog Finanstilsynet at imødekomme [Pengeinstituttet]s ansøgning om at dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelsen, jf. § 26, stk. 5. Finanstilsynet begrundede afslaget med, at dispensationsansøgningen ikke forelå inden aftalen om ansvarlig lånekapital blev indgået mellem K og B.”

I Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012 hedder det:

”Ansøgning om dispensation vedrørende ansvarlig lånekapital

K A/S har i brev af 14. juni 2012 oplyst, [Pengeinstituttet] hidtil har indregnet et ansvarligt lån ... fuldt ud i opgørelsen af basiskapital til trods for, at der er aftalt en rentestigning over 150 basispunkter pr. 31. oktober 2013, hvorved det ansvarlige lån anses for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, jf. § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital.

K A/S har i samme brev søgt om dispensation fra grænsen på 150 basispunkter i § 26, stk. 4, 2. pkt., i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, jf. bekendtgørelsens § 26, stk. 5.

[Pengeinstituttet] begrundet sin ansøgning med [Pengeinstituttet]s solvensoverdækning og en fortsat attraktiv rente på den ansvarlige lånekapital.

Finanstilsynets afgørelse

Finanstilsynet kan ikke imødekomme [Pengeinstituttet]s ansøgning om at dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, idet dispensationsansøgningen ikke foreligger inden aftalen om ansvarlig lånekapital indgår.

Retligt grundlag

Det følger af bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital § 26, stk. 4, at rentestigninger på ansvarlig lånekapital tidligst må finde sted tre år efter udstedelsen. Hvis der er aftalt en eller flere rentestigninger, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter fratrasket swapspændet på udstedelsesdagen. Ved swapspændet forstås forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag.

Bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, § 26, stk. 5, fastsætter, at Finanstilsynet i særlige tilfælde kan dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i bekendtgørelsens stk. 4, 2. pkt.

Bestemmelserne blev indført i den dagældende § 136 i lov om finansiel virksomhed fra 1. januar 2004 ved lov nr. 453 af 10. juni 2003. Af bemærkningerne til lovforslaget (L176, 2002-03) fremgår, at bestemmelsen om begrænsning af rentestigninger ikke gælder for aftaler vedrørende ansvarlig lånekapital indgået før lovens ikrafttrædelse.

Af bemærkninger til lovforslaget (L176, 2002-03) fremgår ligeledes, at Finanstilsynet kan dispensere fra grænsen på 150 basispunkter. Yderligere fremgår af bemærkningerne, at en dispensation vil f.eks. kunne gives, hvis renteniveauet på tidspunktet for udstedelsen af den ansvarlige lånekapital er meget ustabil. Dispensationsadgangen giver Finanstilsynet mulighed for at ændre grænsen på de 150 basispunkter. Dispensationen skal foreligge inden aftalen indgås.

Med lov nr. 1556 af 21. december 2010 blev Finanstilsynet bemyndiget til at udarbejde en bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, og bestemmelser er over- og videreført heri.

Finanstilsynets vurdering

... [Finanstilsynet]...vurderer ..., at det ansvarlige lån i henhold til § 26, stk. 4, 2. pkt. i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital skal anses som værende forfaldet, når summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter.

Finanstilsynet vurderer ikke på baggrund af sagens faktiske omstændigheder og det retlige grundlag, at kunne dispensere fra § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, idet dispensationsansøgningen ikke foreligger inden aftalen om ansvarlig lånekapital indgås.
..."

I klageskrivelsen af 8. august 2012 har advokat A anført blandt andet:

"Sagens omstændigheder

...

1.2 K A/S' redegørelse

K A/S fremsendte ved brev af 14. juni 2012 den ønskede redegørelse.

K A/S oplyste heri, at K A/S fortsat har ansvarlig lånekapital under ..., der ved opgørelsen af basiskapitalen pr. 31. marts 2012 var indregnet med 100 %.

K A/S redegjorde for, at hvis lånet som anført af Finanstilsynet vurderes at forfalde pr. 31. oktober 2013, idet rentestigningen overstiger 150 basispoint, er forfaldsdatoen 2 år tidligere end hidtil antaget og vurderet af K A/S. Dette

vil medføre, at solvensoverdækningen pr. 31. marts 2012 vil være 83 mio. kr., svarende til 0,9 procentpoint mod de indberettede 110 mio. kr., svarende til 1,1 procentpoint.

K A/S anførte endvidere, at det efter K A/S' vurdering også bør iagttages, at det ansvarlige lån fortsat dækker K A/S' simple kreditorer, da lånet er uopsigeligt fra långivers side, samt at det er på et renteniveau, hvor der ikke kan eller har kunnet optages ansvarlige lån i de seneste år. Der er således ikke tale om et ansvarligt lån, hvor rentestigninger har betydet, at låneomkostningerne er kommet op på et niveau, der ligger over markedsniveauet for ansvarlige lån; tværtimod er lånets samlede rentebelastning væsentligt under det aktuelle markedsniveau, hvorfor ændringen i rentevilkårene ikke har medført incitament til førtidsindfrielse, som ellers kunne være konsekvensen af store eller gentagne renteforhøjelser.

På baggrund af K A/S' bestræbelser på at etablere en betryggende solvensoverdækning på længere sigt, hvilket kræver et vist tidsmæssigt spillerum, samt renteniveauet på ... lånet søgte K A/S om dispensation, jf. § 26, stk. 5 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen, hvis det var Finanstilsynets vurdering, at der i henhold til § 25, stk. 2 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen, skal ske fradrag ved opgørelsen af den supplerende kapital fra et tidligere tidspunkt.

...

2. K A/S' klage

Det er K A/S' opfattelse, at formålet med bestemmelsen i § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen er, at det ikke skal være muligt at omgå reglerne om nedvægtning af ansvarlig lånekapital ved indregning i basiskapitalen i henhold til § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen ved at aftale en rentestigning, der reelt tvinger pengeinstituttet til at foretage førtidsindfrielse.

Dette støttes af kommentarerne til den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed (der nu er videreført i § 26 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen) i Lov om Finansiel Virksomhed – med kommentarer (Merete Hjetting, Thomas Kjøller, Marianne Simonsen og Malene Stadil, 2. udgave), hvor det af note 27, side 621, fremgår at:

"Formålet med bestemmelsen er at hindre, at kravet om nedskrivning i stk. 4, nr. 1-3 omgås, ved at der fastsættes rentevilkår, der i praksis tvinger den finansielle virksomhed til at indfri kapitalen før udløb, fordi rentevilkårene er således, at renten på et tidspunkt stiger så meget, at det ville være uforsvarligt for pengeinstituttet, realkreditinstituttet, fondsmæglerselskabet eller investeringsforvaltningsselskabet ikke at indfri kapitalen "frivilligt"."

Bestemmelsen i den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed blev indført samtidig med, at der blev indført tilsvarende regler i den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed vedrørende indregning af hybrid kernekapital

i basiskapitalen, hvor der er aftalt rentestigninger i lånets løbetid. Af forarbejderne til den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed (L176, 2002-2003) fremgår det, at bestemmelsen i den tidligere § 132 i lov om finansiel virksomhed fulgte Basel Komitéens anbefalinger for hybrid kernekapital som beskrevet i punkt 6 i komitéens pressemeddelelse af 27. oktober 1998: Instruments eligible for inclusion in Tier 1 capital.

I modsætning til reglerne vedrørende hybrid kernekapital bygger de tilsvarende regler vedrørende ansvarlig lånekapital ikke på anbefalinger fra Basel Komitéen.

Forarbejdernes ordlyd (L176, 2002-2003) vedrørende Finanstilsynets dispensationsadgang som refereret i Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012 er enslydende for såvel den tidligere § 132 som den tidligere § 136 i lov om finansiel virksomhed, bortset fra at hvor forarbejderne til § 132 angiver, at dispensationsadgangen alene vil blive brugt i ganske få tilfælde, er dette ikke angivet for så vidt angår dispensationsadgangen i forhold til den tidligere § 136 (dispensationsadgangen i den tidligere § 132 i forhold til hybrid kernekapital er senere ophævet). Dette betyder efter K A/S' opfattelse, at der er en videre dispensationsadgang for så vidt angår ansvarlig lånekapital.

Det er K A/S' opfattelse, at der i det konkrete tilfælde ikke er tale om en situation, hvor K A/S som følge af lånets rentevilkår er tvunget til at foretage førtidsindfrielse. Tværtimod er der som anført i K A/S' brev af 14. juni 2012 tale om, at lånets samlede rentebelastning er væsentligt under det aktuelle markedsniveau.

Som eksempler på markedsniveauet for ansvarlig lånekapital kan nævnes:

Instituttets navn:	År	Aktuel rente*
...	2012	8,326 %
...	2011	11,756 %
...	2011	(Var.) 2,945 + 5,25 %
...	2010	8,00 %
...	2010	7,30 %
...	2009	10,50 %
...	2009	(Var.) 8,00 %

* Pr. udstedelsesdag (2012) eller pr. seneste årsregnskab

Det eneste incitament til førtidsindfrielse vil således være, hvis lånet ikke længere kan medregnes ved opgørelsen af den supplerende kapital, hvilket ville være en begrænsning i forhold til hele formålet med lånets optagelse.

Det vil efter K A/S' opfattelse være stridende mod bestemmelsens formål, såfremt K A/S konkret skulle blive tvunget til at indfri den ansvarlige lånekapital og eventuelt erstatte den med et dyrere lån, alene som følge af, at nedvægtningen påbegyndes 5 år før udløb i stedet for 3 år før udløb, hvorfor det ikke bør være afgørende, at ansøgningen om dispensation først foreligger efter aftalens indgåelse.

...”

I førnævnte udtalelse af 28. august 2012 har Finanstilsynet om sagens retlige omstændigheder udtalt:

2 Afgørelsens retlige grundlag

Af § 25 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital fremgår, at:

”§ 25. Den supplerende kapital i pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningsselskaber må ikke medregnes med mere end 100 pct. af kernekapitalen efter de i § 28, stk. 1, nr. 1-9, nævnte fradrag.

Stk. 2. Den ansvarlige lånekapital, jf. § 26, der medregnes ved opgørelsen af den supplerende kapital, reduceres med

1) 25 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end tre år og mere end eller to år til forfald,

2) 50 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end to år og mere end eller et år til forfald,

3) 75 pct. af den udstedte kapital, når der er mindre end et år til forfald, og

4) beholdningen af egen ansvarlig lånekapital samt egen ansvarlig lånekapital, der er stillet som sikkerhed for lån eller garantier, reduceret efter nr. 1-3.”

Det fremgår af § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, at:

"Stk. 4. Rentestigninger på ansvarlig lånekapital må tidligst finde sted tre år efter udstedelsen. Hvis der er aftalt en eller flere rentestigninger, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basispunkter fratrullet swapspændet på udstedelsesdagen. Ved swapspændet forstås forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag."

Det fremgår yderligere af § 26, stk. 5, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, at:

"Stk. 5. Finanstilsynet kan i særlige tilfælde dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i stk. 4, 2. pkt."

§ 26 i bekendtgørelsen om opgørelse af basiskapital fremgik tidligere af § 136 i lov om finansiel virksomhed, og blev vedtaget med virkning fra 1. januar 2004 (lov nr. 453 af 10. juni 2003, jf. lovforslag L176, 2002-03).

Af bemærkningerne til lovforslaget (L176, 2002-03) til den tidligere § 136, stk. 5, 2. pkt., fremgik, at:

”Stk. 5 fastlægger en øvre grænse for størrelsen af summen af rentestigninger ved udstedelse af ansvarlig lånekapital... Såfremt summen af rentestigningerne overstiger grænsen på 150 basispunkter fratrukket swap-spændet, anses den ansvarlige lånekapital for at forfalde og den ansvarlige lånekapital skal derfor reduceres i overensstemmelse med stk. 4, dvs. påbegyndes 3 år før rentestigningen.”

Yderligere fremgik af bemærkningerne til § 136, stk. 7, at:

"En dispensation vil f.eks. kunne gives, hvis renteniveauet på tidspunktet for udstedelsen af den ansvarlige lånekapital er meget ustabil. Dispensationsadgangen giver Finanstilsynet mulighed for at ændre grænsen på de 150 basispunkter. Dispensationen skal foreligge inden aftalen indgås".

Med lov nr. 1556 af 21. december 2010, jf. lovforslag L49, fremsat i 2010-11, blev Finanstilsynet bemyndiget til at udarbejde en bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital. Formålet var at videreføre de gældende bestemmelser i en bekendtgørelse.

Det fremgår af lovforslaget, at baggrunden for at bestemmelserne blev overført fra lov om finansiel virksomhed til bekendtgørelsen blandt andet var, at der fremover vil være behov for at kunne tilpasse reguleringen hurtigere. Det skal ses i lyset af oprettelsen af de nye europæiske tilsynsmyndigheder EBA og EIOPA, der kan udstede bindende standarder. Det fremgår, at Finanstilsynet er af den opfattelse, at det derfor er mest hensigtsmæssigt, at reglerne for opgørelse af basiskapitalen i finansielle virksomheder gennemføres på bekendtgørelsesniveau.

Det fremgår af de specifikke bemærkninger til lovforslagets (L49, 2010-11) § 1, nr. 32, der ophæver de relevante bestemmelser om opgørelsen af basiskapitalen i lov om finansiel virksomhed, at bestemmelserne (tidligere §§ 129-139 i lov om finansiel virksomhed) ”vil blive medtaget i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen”.

I de specifikke bemærkninger til § 1, nr. 32, anføres følgende om § 139:

”Den praksis, som Finanstilsynet har fastlagt i medfør af anvendelsen af reglerne i lov om finansiel virksomhed, vil som hovedregel blive videreført. I lyset af erfaringerne fra uroen på de finansielle markeder og udviklingen i øvrigt, vil Finanstilsynet imidlertid tage stilling til, om de krav, der i dag er medtaget i lov om finansiel virksomhed, skal skærpes eller suppleres i forbindelse med overgangen fra lov til bekendtgørelse udstedt med hjemmel i lov om finansiel virksomhed § 128. ... På grundlag af en nøje afvejning mellem behov og konsekvenser, vil der også kunne tænkes fastsat danske særregler, hvis dette skønnes nødvendigt af hensyn til at opretholde tilliden til den finansielle stabilitet eller tilliden til den finansielle sektor eller for at beskytte kunder i finansielle virksomheder i Danmark.”

1. Finanstilsynets vurdering

Efter Finanstilsynets opfattelse kan Finanstilsynet ikke på baggrund af sagens retlige og faktuelle grundlag dispensere for § 26, stk. 4, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, jf. § 26, stk. 5. Det skyldes, at der ikke forelå en dispensationsansøgning og dermed heller ikke en dispensation, inden aftalen om ansvarlig kapital blev indgået mellem K og B.

Formålet med bestemmelsen om at begrænse, hvor meget renten må stige på ansvarlig lånekapital, er at hindre, at kravet om nedtrapning af medregningen af den ansvarlige lånekapital, jf. § 25, stk. 2, i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital, omgås, ved at der fastsættes rentevilkår der i praksis kan tvinge instituttet til at indfri kapitalen før udløb, fordi rentevilkårene er således, at renten på et tidspunkt stiger så meget, at det ville være uforsvarligt for instituttet ikke at indfri kapitalen frivilligt. Bekendtgørelsens § 26, stk. 4, har taget højde for, hvor meget renten må stige, for at lånet må anses som forfaldent. Nedtrapningsordningen har til formål at sikre, at der er en vis stabilitet i de kapitalelementer der medregnes til, så der er stabilitet i instituttets funding. Det afgørende er således, at institutterne på koncipieringstidspunktet sikrer en langsigtet stabil funding (eventuelt med Finanstilsynets dispensation) og ikke på et senere tidspunkt ansøger om dispensation, fordi det aktuelle markedsniveau taler for dette.

Det fremgår også af de almindelige bemærkninger til den tidligere § 136 (L 176, 2002/2003), at det med forslaget foreslås at regulere, hvor meget renten må stige på henholdsvis hybrid kernekapital og ansvarlig lånekapital. Formålet hermed er at undgå en situation, hvor der aftales rentestigninger, der er så høje, at det kan blive uforholdsmæssigt dyrt for instituttet ikke at indfri kapitalen. Der kan kun gives dispensation i særlige tilfælde, og hvis det aktuelle markedsniveau har betydning (tvinges til at omlægge til dyrere lån) ville dette naturligvis være skrevet ind i § 26, stk. 4, i bekendtgørelsen.

Lovbemærkningerne til ophævelsen af § 136 angiver, at Finanstilsynet som udgangspunkt fortsætter den hidtidige praksis ved overgangen fra lov til bekendtgørelse, men at det ikke hindrer, at reglerne fremadrettet kan skærpe eller suppleres af nye danske særregler. Reglerne kan skærpes eller suppleres, hvis det vurderes, at det kan gavne tilliden til den finansielle stabilitet eller kan beskytte kunderne. Der blev således ikke lagt op til, at reglerne med overførelsen til bekendtgørelsesniveau skulle lempes.

Da der ikke er foretaget ændringer af § 26 i bekendtgørelsen om opgørelse af basiskapital siden reglerne blev overført fra lov om finansiell virksomhed til bekendtgørelsen, er Finanstilsynets praksis fortsat den samme.

Det er Finanstilsynets praksis, at reglerne ikke levner tilsynet mulighed for at fravige fortolkningen af reglerne, herunder at dispensationsanmodningen skal være modtaget af Finanstilsynet inden låneaftalen indgås. Dermed kan der heller dispenseres i denne sag.

...

I skrivelse af 9. oktober 2012 har advokat A yderligere anført:

” ...

1. Supplerende bemærkninger

K A/S er enig i, at formålet med § 29, stk. 5 i bekendtgørelse om opgørelse af basiskapitalen (tidligere § 26, stk. 4 i bekendtgørelsen og § 136 i Lov om finansiel virksomhed) er at undgå en situation, hvor et pengeinstitut som følge af aftalte rentevilkår reelt tvinges til at indfri kapitalen før udløb.

Som anført i mit brev af 8. august 2012 er det K A/S' opfattelse, at der i det konkrete tilfælde ikke er tale om en sådan situation, idet det aktuelle markedsniveau for rente-vilkår på ansvarlige lån medfører, at der konkret ikke er et incitament for K A/S til at førtidsindfri kapitalen. Tværtimod må det konstateres, at de nugældende markedsvilkår for ansvarlig kapital som omfattet af afgangsaftalen har udviklet sig således, at rente- og prisvilkår tilsiger et væsentligt højere renteniveau, end der konkret er aftalt, hvorfor lånet netop af den grund burde kvalificere til at kunne medregnes i instituttet som ikke forfalden før lånets hovedstols forfaldstidspunkt.

Finanstilsynet anfører i sin udtalelse, at dispensation kun gives i særlige tilfælde, og videre at ”hvis det aktuelle markedsniveau har betydning (tvinges til at omlægge til dyrere lån) ville dette naturligvis være skrevet ind i § 26, stk. 4 i bekendtgørelsen”.

Hertil skal bemærkes, at forarbejderne ikke udtømmende angiver, i hvilke tilfælde der kan gives dispensation. Endvidere angiver § 26, stk. 4 (nu § 29, stk. 5) i bekendtgørelsen ikke, i hvilke tilfælde dispensation kan gives. Det forekommer derfor ikke ”naturligt” at en manglende omtale af det aktuelle markedsniveau i bekendtgørelsen skulle medføre, at en dispensation er udelukket af den grund.

Finanstilsynet kan efter K A/S' opfattelse således heller ikke blot afvise at give en dispensation med henvisning til Finanstilsynets tidligere praksis og hensyn varetaget ved den tidligere praksis uden samtidig at foretage en vurdering af de nugældende forhold.

Dette omfatter, at Finanstilsynet netop ved hjemlen i bekendtgørelsesform er tillagt hjemmel til at dispensere og herunder om nødvendigt også dispensere for dele af den regulering, som er foretaget i bekendtgørelsesform.

Det er fortsat K A/S' opfattelse, at det vil være stridende mod bestemmelsens formål, såfremt K A/S konkret skulle blive tvunget til at indfri den ansvarlige lånekapital og principielt erstatte den med et dyrere lån alene som følge af, at ned-vægtningen påbegyndes 5 år før udløb i stedet for 3 år før udløb, hvorfor det ikke bør være afgørende, at ansøgningen om dispensation først foreligger efter aftalens indgåelse. Det er endvidere næppe sandsynligt, at K A/S overhovedet kan opnå anden tilsvarende ansvarlig finansiering.

Dispensationen vil konkret derfor fordrer, at der tages stilling til de nugældende markedsvilkår og det nu oplyste faktum herom, således at afgørelsen ikke træffes alene med den begrundelse, at ansøgningen ikke forelå ved lånets etablering, men at der sker en materiel prøvelse på det nu foreliggende oplyste grundlag.

Finanstilsynet henviser i udtalelsen af 28. august 2012 ..., selv til, at der kan laves danske særregler, hvis det skønnes nødvendigt for at opretholde tilliden til den finansielle stabilitet eller tilliden til den finansielle sektor. Ansøgningen om dispensation har netop det formål at understøtte K A/S' kapitalgrundlag for derved at reducere en risiko for at medvirke til finansiell ustabilitet i den danske finansielle sektor. Dispensation som ansøgt vil muliggøre, at den ansvarlige kapital indregnes til det formål, den er ydet til, og dermed også at støtte et instituts kapitalgrundlag i en situation, hvor der ikke foreligger alternativer, og hvor der fortsat er 3 års løbetid til lånets hovedforfald. Det vil være overensstemmende med bestemmelsens materielle indhold og formål.

Hvor der er hjemmel til at fastsætte særregler og til at supplere de almindeligt gældende regler, er der også som det mindre i det mere hjemmel til anvende, om nødvendigt ved at udvide tidligere praksis, en dispensationsadgang, således at formålet med reguleringen kan opnås, og det indeholder som anført af Finanstilsynet også et element af understøttelse af finansiell stabilitet i Danmark
..."

Advokat A v/advokat C har ved e-mail af 22. marts 2013 på Erhvervsankenævnets forespørgsel vedrørende konsekvensen for klagesagen af, at K A/S er taget under konkursbehandling oplyst blandt andet:

"Overdragelsen til D A/S var en aktiv-overdragelse, der ikke omfattede K A/S' efterstillede kapital, herunder det ansvarlige lån ..., som er genstanden for klagesagen. Overdragelsen af aktiviteter fra K A/S til D A/S har dermed ikke betydning for sagen.

Klagesagen har alene betydning, hvis nogen, for K A/S under konkurs, og ikke for D A/S som køber."

Ankenævnet udtaler:

For at ansvarlig lånekapital kan medregnes ved opgørelsen af basiskapitalen, må rentestigninger på den ansvarlige lånekapital tidligst finde sted tre år efter udstedelsen, jf. bekendtgørelse om opgørelse af basiskapital § 29, stk. 5, 1. pkt., (tidligere § 26, stk. 4). Ifølge § 29, stk. 5, 2. pkt., anses den ansvarlige lånekapital at forfalde på tidspunktet for rentestigningen, hvis summen af rentestigninger overstiger 150 basis-

punkter fratrullet swapspændet på udstedelsesdagen, jf. dog stk. 6. Ved swapspændet forstås ifølge stk. 5, 3. pkt., forskellen mellem renteforhøjelsens rentegrundlag og udstedelsens oprindelige rentegrundlag. Finanstilsynet kan i medfør af § 29, stk. 6, (tidligere § 26, stk. 5) dog i særlige tilfælde dispensere fra grænsen på 150 basispunkter i stk. 5, 2. pkt.

Ankenævnet finder på baggrund af bestemmelsernes forarbejder og ud fra det af Finanstilsynet anførte, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Finanstilsynets vurdering. Ankenævnet tiltræder således, at dispensationsansøgningen, som ikke forelå ved indgåelsen af aftalen om den ansvarlige lånekapital, ikke imødekommes.

Ankenævnet stadfæster herefter Finanstilsynets afgørelse af 11. juli 2012.