

sikkerhed for det overskydende beløb⁷⁴. Denne bestemmelse begrænser således pengeinstitutternes mulighed for at yde usikrede lån til tegning (men antageligvis ikke salg) af aktie-, andels-, eller garantikapital og skal ifølge lovbemærkningerne modvirke, at et pengeinstitut gennem medlemmænd tegner egne kapitalbeviser (dette selv om bestemmelsen ikke kan antages at omfatte kapitalbeviser i form af udstedelse af ansvarlig lånekapital eller hybrid kernekapital). Bestemmelsen indebærer således tilsvarende en vis indskrænkning af pengeinstitutternes udlånsvirksomhed. Ifølge lovbemærkningerne skal den nævnte maksimalgrænse beregnes af den nominelle værdi af kapitalen (og – hvis der er tale om en kapitaludvidelse – værdien af kapitalen efter udvidelsen). Som følge af det nyligt indførte forbud i § 46 a om samtidig lånefinansiering ved salg – og antageligvis også tegning – af egne aktier mv., synes bestemmelsen i § 150 i realiteten kun at have betydning i forhold til andelsbeviser, der som nævnt ovenfor ikke omfattes af § 46 a⁷⁵.

Som ovenfor nævnt er den generelle tilsynsbestemmelse i lovens § 344 ændret i lyset af den nylige finansielle krise således, at Finanstilsynet nu skal tilrettelægge tilsynsvirksomheden med henblik på at fremme den finansielle stabilitet og tilliden til de finansielle virksomheder og markeder, hvortil kommer, at Finanstilsynet i sin tilsynsvirksomhed nu skal lægge vægt på holdbarheden af pengeinstitutternes forretningsmodeller. At en forretningsmodel er holdbar betyder, at forretningsmodellen medvirker til et pengeinstituts levedygtighed, og at den finansielle lovgivning overholdes. Omvendt vil en uholdbar forretningsmodel oftest medføre betydelig risiko for, at pengeinstituttet mister sin tilladelse på et senere tidspunkt. Med denne ændring af den generelle tilsynsbestemmelse skal Finanstilsynet således på et tidligere tidspunkt end hidtil vurdere og gøre opmærksom på eventuelle risici ved et pengeinstituts valgte forretningsmodel, herunder pengeinstituttets valgte aktiviteter. Det må eksempelvis antages, at nye aktiviteter, som et pengeinstitut agter at udøve, og som medfører et ganske bredt aktivitetsområde i forhold til pengeinstituttets kerneaktiviteter, vil kunne indebære en uholdbar (sårbar) forretningsmodel i praksis, også selv om de nye aktiviteter ligger inden

74. Bestemmelsen indeholder i denne forbindelse nærmere tekniske regler om karakteren af denne sikkerhed. De sikkerheder, som kan medregnes som særlig sikre krav i så henseende, er fastlagt i den ovennævnte bekendtgørelse om store engagementer.

75. Sml. dog noten ovenfor vedrørende inklusionen af andelsbeviser i forbindelse med den efterfølgende sammenskrivning af forbudsbestemmelserne i § 46 og § 46 a i en ny § 46.

for virksomhedsområdet. Foruden en aktivitetsmæssig ekspansion kan der være tale om en geografisk ekspansion uden for pengeinstituttets lokalområde eller lignende. Omvendt vil et ganske smalt aktivitetsområde antageligvis også kunne indebære en uholdbar (sårbar) forretningsmodel i praksis (der sigtes eksempelvis til de såkaldte nichepengeinstitutter i modsætning til de gængse universalpengeinstitutter). Det forhold, at tilsynsvirksomheden nu hviler på de lovfæstede men ganske skønspregede hensyn til den finansielle stabilitet og tilliden til de finansielle virksomheder, uden at den finansielle lovgivning nærmere opstiller egentlige lovmæssige kriterier for anvendelsen af disse hensyn – og tilsvarende hvad angår vurderingen af holdbarheden af pengeinstitutternes forretningsmodeller – synes dog at skabe en vis retsikkerhed i relation til pengeinstitutternes aktivitetsudøvelse og afgrænsningen heraf i praksis.

I sammenhæng med den nævnte ændring af tilsynsbestemmelsen i § 344 er bestemmelsen om nødvendige foranstaltninger i § 350 ændret således, at Finanstilsynet allerede kan påbyde et pengeinstitut at foretage de nødvendige foranstaltninger for at rette op på pengeinstituttets situation, såfremt der er en ikke uvæsentlig risiko for, at pengeinstituttets økonomiske stilling som følge af interne eller eksterne forhold udvikler sig således, at pengeinstituttet vil kunne miste sin tilladelse. Denne ændring giver Finanstilsynet mulighed for på et tidligere tidspunkt end hidtil at reagere over for et pengeinstitut, der er i en situation, hvor den fortsat overholder den finansielle lovgivning – herunder kravene til virksomhedsområdet, kapitalkrav mv. – men hvor der på grund af pengeinstituttets indre forhold alene eller i samspil med ydre forhold, eksempelvis udviklingen i bestemte sektorer, er en ikke uvæsentlig risiko for, at pengeinstituttet på kortere eller længere sigt vil miste pengeinstituttilladelsen. Dette kan ifølge bemærkningerne til ændringsloven herom⁷⁶ eksempelvis være tilfældet, når pengeinstituttet har en høj udlånsvækst eller en høj eksponering i ejendomssektoren, og hvor erfaringerne i lyset af den finansielle krise således viser, at disse aktiviteter kan medføre betydelige tab for pengeinstituttet, også selv om der aktuelt ikke er tegn på vanskeligheder. Disse ændringer af bestemmelserne i § 344 og § 350 indebærer på denne vis, at også lovens særskilte regelsæt om tilsynet med pengeinstitutterne nu vil kunne virke aktivitetsregulerende og i et vist omfang indskrænkende på pengeinstitutternes virksomhedsudøvelse.

76. Lov nr. 579 af 1. juni 2010 (LF 175, FT 2009-10: 1; A 1; B 1; C 1 som udgivet elektronisk).

Dette har allerede givet sig konkret udslag i den såkaldte tilsynsdiamant, som er indført af Finanstilsynet netop i lyset af den nylige finansielle krise, og som opstiller en række pejlemærker for, hvad Finanstilsynet som udgangspunkt anser som værende pengeinstitutvirksomhed med forhøjet risiko. Tilsynsdiamanten er ikke udmøntet i egentlig lovgivning men alene i en orienteringsskrivelse (hyrdebrev) rundsendt til samtlige pengeinstitutter⁷⁷, og de omhandlede pejlemærker må derfor anses som interne regler⁷⁸. Pejlemærkerne er fastsat for en række særligt risikofyldte aktivitetsområder med angivne grænseværdier, som pengeinstitutterne som udgangspunkt bør ligge inden for: (1) summen af store engagementer bør løbende være under 125 % af basiskapitalen; (2) den årlige udlånvækst bør være under 20 %; (3) den løbende *funding*-ratio (forstået som forholdet mellem udlån og indlån mv.) bør være under 1; (4) den løbende ejendomseksponering (forstået som andelen af udlån og garantier relateret til ejendomssektoren) bør være under 25 %; (5) den løbende likviditetsoverdækning (i forhold til lovkravet) bør være over 50 %⁷⁹. Tilsynsdiamanten indebærer således i realiteten en vis umiddelbar begrænsning af pengeinstitutternes udlånsvirksomhed mv., idet det alt andet lige må antages, at pengeinstitutterne i praksis vil føle sig forpligtet til at indrette deres aktivitetsudøvelse i overensstemmelse med tilsynsdiamanten – også selv om der blot er tale om interne regler af vejledende karakter – for ikke at risikere at blive mødt med påbud fra Finanstilsynets side efter lovens § 350, jf. § 344, eller med andre tilsynsreaktioner.

Der angives ikke i Finanstilsynets orienteringsskrivelse til pengeinstitutterne en lovhjemmel som sådan for tilsynsdiamanten og for fastsættelsen af de nævnte pejlemærker og grænseværdier. Det anføres alene, at tilsynsdiamanten er et led i Finanstilsynets arbejde for finansiell stabilitet og tillid til de finansielle virksomheder og markeder, og at de omhandlede pejlemærker og grænseværdier vil indgå i Finanstilsynets

77. Finanstilsynets rundskrivelse af 25. juni 2010 som senest ændret ved Finanstilsynets rundskrivelse af 14. december 2010.

78. Finanstilsynets anvendelse af interne regler – herunder den forvaltningsretlige grund-sætning om forbud mod at sætte skøn under regel, der således også gælder i forhold til Finanstilsynet – er nærmere omtalt i kapitel 4.

79. Finanstilsynets orienteringsskrivelse til pengeinstitutterne indeholder i denne forbindelse nærmere tekniske definitioner og kriterier til brug for opgørelse og beregning af de forskellige grænseværdier.

tilrettelæggelse af tilsynsvirksomheden, dvs. i vurderingen af holdbarheden af pengeinstitutternes forretningsmodeller. Dog fremhæves det i orienteringsskrivelsen, at Finanstilsynet ud fra en proportionalitetsvurdering vil benytte den mindst indgribende reaktion ved en overskridelse af tilsynsdiamantens grænseværdier, og at alle reaktioner vil blive baseret på en individuel og konkret vurdering fra Finanstilsynets side. De interne regler i form af tilsynsdiamanten må således ikke afskære Finanstilsynets konkrete og individuelle skønsudøvelse i forhold til det i den finansielle lovgivning forudsatte og i forhold til det enkelte pengeinstitut. Som eksempler i orienteringsskrivelsen på påbud om nødvendige foranstaltninger efter lovens § 350 – i tilfælde af en tilsidesættelse af tilsynsdiamantens pejlemærker i et sådant omfang, at der er en ikke uvæsentlig risiko for, at pengeinstitutets økonomiske stilling udvikler sig således, at pengeinstituttet vil kunne miste sin tilladelse (eller hvis pengeinstitutets økonomiske stilling allerede er forringet således, at indskydernes interesser er udsat for fare) – angives nedjustering af forretningsområder og salg af aktiver/aktiviteter samt forbud mod eller begrænsning af visse forretningsområder, produkter eller kundesegmenter. Et sådant påbud kan med andre ord begrænse et pengeinstituts virksomhedsudøvelse i et ganske væsentligt omfang, selv om pengeinstituttet ikke som sådan udøver aktiviteter i strid med lovens regelsæt om virksomhedsområdet eller lovens regelsæt om midlernes anbringelse og kapitalplacering eller lignende egentlige aktivitetsregulerende regelsæt i loven. Derfor synes der med rimelighed at kunne argumenteres for, at sådanne indgribende foranstaltninger med afgørende betydning for pengeinstitutternes aktivitetsudøvelse – som reelt indskrænker pengeinstitutvirksomheden i forhold til den egentlige regulering i loven herom – ikke direkte eller indirekte bør kunne udløses af en tilsidesættelse af vejledende interne regler men kun af en tilsidesættelse af egentlig bindende lovgivning. Der kan følgelig argumenteres for, at tilsynsdiamanten og de heri indeholdte pejlemærker og grænseværdier bør ophøjes til egentlig lovgivning eller i det mindste til bindende regulering i bekendtgørelsesform med udtrykkelig hjemmel i lovens aktivitetsregulerende bestemmelser, dvs. i modsætning til den nuværende uklare hjemmel i lovens generelle tilsynsbestemmelse, som i sidste ende synes at udhule den traditionelle, principielle sondring – hvad angår lovens struktur og opbygning – mellem på den ene side de materielle og specifikke reguleringsmæssige rammer, som skal gælde for pengeinstitutternes virksomhed, og på den

anden side de formelle og skønsmæssige tilsynsmæssige rammer, som skal gælde for kontrollen hermed. Hvor selve formålet med og indholdet af den nyindførte tilsynsdiamant således kan synes hensigtsmæssigt og relevant, synes den reguleringstekniske løsning i så henseende derimod utilstrækkelig og uheldig. Tilsynsdiamanten er på denne vis udtryk for, at tilsynsvirksomheden i praksis kan virke regulerende på pengeinstitutternes aktivitetsmæssige risici og derigennem virke faktisk normerende på pengeinstitutternes virksomhedsområde.