

En komparativ analys av den europeiska och amerikanska definitionen av regulatoriskt Tier 1-kapital i ljuset av Basel III

*A comparative analysis of the European and American
definition of regulatory Tier 1-capital in the light of
Basel III*

Adam Forsberg

Handledare: Elif Härkönen

Bedömare: Hanna Almlöf

Examinator: Anders Holm

Sammanfattning

I uppsatsen jämförs definitionen av regulatoriskt Tier 1 kapital mellan det amerikanska och europeiska regelverket. Utgångspunkt tas ur Basel III-ramverket som utgör den globala standarden rörande kapitaliseringsreglerna för banker. Frågeställningen som besvaras är om det föreligger skillnader mellan regelverken och hur dessa i så fall är utformade.

Efter det första kapitlet behandlas den globala bankregleringens framväxt och hur den kommit att få en legitimitet genom åtaganden från G20-länderna. Därefter följer en introduktion till kapitalklasserna i Basel III-ramverket och regleringens struktur i USA och EU. Därefter delas uppsatsen upp i de två underkategorierna till Tier 1 kapital, CET 1 och AT 1-kapital, och de två regelverken jämförs.

Slutsatsen som presenteras i uppsatsen är att både det amerikanska och europeiska regelverket i hög grad har implementerat Basel III-ramverket på ett sätt som fyller en liknande funktion och når upp till ramverkets ändamål. Det finns dock några väsentliga skillnader mellan regelverken kopplat till att det amerikanska regelverket gör skillnad på vilken metod banken använder i sin riskberäkning och även tillåter att *mortgage servicing assets* inkluderas, vilket inte tillåts enligt det europeiska regelverket. Det finns även vissa skillnader i utformningen av att ge ut finansiella instrument som ett statsstöd för kapitaliseringsändamål. Slutligen har det amerikanska regelverket en snävare definition vad gäller AT 1-kapital och tillåter inte att skuldinstrument såsom CoCos inkluderas. Denna typ av skuldinstrument tillåts enligt Basel III-ramverket och det europeiska ramverket.

Innehåll

Sammanfattning	ii
Förkortningslista	v
1 Inledning.....	1
1.1 Bakgrund	1
1.2 Syfte och frågeställning	2
1.3 Avgränsningar.....	3
1.4 Metod och material	3
1.4.1 Komparativ metod	3
1.4.2 Material.....	6
1.5 Ämnad läsarkrets	7
1.6 Disposition.....	7
2 En global reglering av banker	8
2.1 Den historiska framväxten av den globala bankregleringen	8
2.1.1 De centrala kommittéernas framväxt	8
2.1.2 Group of 20 börjar influera den globala finansregleringen.....	9
2.1.3 Basel I till Basel III (IV)	10
2.2 Introduktion till kapitalklasserna i Basel III	12
2.2.1 Tier 1 kapital	12
2.2.2 Tier 2 kapital	13
2.3 Regleringens uppbyggnad i USA	14
2.4 Regleringens uppbyggnad i EU.....	15
3 Common Equity Tier 1 kapital	16
3.1 Tillåtna kapitalformer	16
3.2 Common Equity Tier 1 instrumentens utformning	17
3.2.1 Stamaktier.....	17
3.2.2 Utdelningar	18
3.2.3 Utgivna av banken och efterställda andra fordringar.....	20
3.2.4 Instrumentens löptid och möjlighet till inlösen.....	21
3.2.5 Sammanfattning Common Equity Tier 1 instrumentens utformning.....	22
3.3 Minoritetsintresse.....	23
3.4 Statsstöd	26
3.5 Immateriella tillgångar.....	28
3.5.1 Utgångspunkten för immateriella tillgångar.....	28
3.5.2 Mortgage Servicing Assets.....	29

3.5.3 Uppskjutna skattefordringar	32
3.5.4 10% och 15%-regeln	34
3.6 Sammanfattning CET 1-kapital.....	35
4 Additional Tier 1 kapital.....	37
4.1 Tillåtna kapitalformer	37
4.2 Alternative Tier 1 instrumentens utformning.....	38
4.2.1 Slutgiltigt inbetalda och efterställda andra fordringar.....	38
4.2.2 Löptid och förtida inlösen	39
4.2.3 Utdelning.....	40
4.2.4 Omvandlingsmekanism	42
4.3 Contingent Convertibles	45
4.4 Preferensaktier.....	49
4.5 Sammanfattning Additional Tier 1 kapital	50
5 Avslutande kommentarer	52
Källförteckning.....	53

Förkortningslista

AT 1 – Alternative Tier 1
BCBS – the Basel Committee on Banking Supervision
BIS – the Bank for International Settlement
The Board – The Federal Reserve Board
CET 1 – Common Equity Tier 1
CFR – Code of Federal Regulation
CRD – Capital Requirements Directive
CRR – Capital Requirements Regulation
CoCos – Contingent Convertibles
EBA – European Banking Authority
FDIC – Federal Deposit Insurance Corporation
FSB – the Financial Stability Board
GAAP – Generally Accepted Accounting Principles
IFRS – International Financial Reporting Standards
IMF – the International Monetary Fund
IRB-approach – the Internal rating-based-approach
MBS – Mortgage-Backed Security
MSA – Mortgage Servicing Assets
MSR – Mortgage Servicing Rights
OCC – Office of the Comptroller of the Currency
Q&A – Questions and Answers
RWA – Risk weighted assets
SA – the Standardized-approach
USC – United States Code

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Verksamheten i en bank kan sägas utgöras av att allokera kapital utifrån kundernas finansiella mognad. Vissa är i behov av att låna kapital medan andra har ett överskott och vill ha avkastning. Bankerna fungerar då som en mellanhand som tar emot insättningar för att ge ut lån.¹

Eftersom banken tar emot kapital för att ge ut lån leder det till att bankernas balansräkning är högt belånad. Tillgångarna utgörs till största del av utgivna lån, investeringar och andra tillgångar såsom fastigheter, medan skulderna utgörs av insättningar, obligationer och andra tagna lån. Det egna kapitalet, som tillhör skuldsidan i balansräkningen, utgörs framförallt av aktiekapital och balanserade vinster.² Då verksamheten bygger på allokering finansieras bankernas tillgångar till stor del av skulder vilket under 2000-talet kunde innebära att bankernas kapital inte uppgick till mer än 3% av tillgångarna, vilket gav resultatet av att om bankernas tillgångar skulle minska i värde med inte mer än 3% skulle banken vara på obestånd.³ När den känsligheten blir gemensam för ett stort antal banker uppstår en systemrisk inom det finansiella systemet.⁴ Historiskt har finanskriser krävt att stater har trätt in och stöttat bankerna med skattemedel för att förhindra att det sker.⁵

För att göra bankerna mer motståndskraftiga infördes därför kapitalkrav som gör det obligatoriskt för banker att inneha en viss mängd kapital i förhållande till sina tillgångar. Kraven infördes efter skapandet av *the Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) då det fanns ett intresse att införa ett gemensamt accepterat regelsystem mellan flera stater för att bibehålla en sund konkurrens men samtidigt motverka systemrisk i finanssektorn.⁶

Kapitalet behöver ha en förmåga att absorbera de uppkomna förlusterna för att kunna öka bankernas motståndskraft varför BCBS tagit fram olika klasser av kapital utifrån i vilket skede och hur väl de kan absorbera förlusterna. De två huvudsakliga kapitalklasserna är Tier 1 och Tier 2 där differensen förenklat kan hänföras till om förlusterna absorberas innan banken träder i resolution och således göra banken motståndskraftig, eller om förlusterna kan absorberas först efter att banken trätt i resolution för att trygga utdelningen till insättarna och borgenärerna.

¹ Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 18 f.

² Ibid., s. 87.

³ Ibid., s. 86.

⁴ Ibid., s. 48 ff.

⁵ Ibid., s. 86.

⁶ Bank for International settlement, *[h]istory of the Basel Committee*, hämtad 2025-11-19.
<https://www.bis.org/bcbs/history.htm>

Basel-ramverket är tänkt att ställa upp ett enhetligt regelverk för att banker ska kunna konkurrera globalt på liknande villkor oavsett i vilken stat de är registrerade i, men samtidigt ställa upp ett kraftfullt regelverk för att öka bankernas motståndskraft och med det den finansiella stabiliteten. Basel-ramverket har dock inte direkt effekt utan behöver införlivas i varje stats nationella lagstiftning. För EU-medlemsstater implementeras regelverket dock direkt i EU-regleringar.

Eftersom ramverket införlivas i respektive stats inhemska lagstiftning uppstår det sannolikt skillnader i implementationen. Det kan dels röra sig om mindre skillnader som bygger på annan nationell reglering som påverkar implementationen, dels torde det kunna röra sig om skillnader utifrån att staterna har olika uppfattning av hur den finansiella stabiliteten bör uppnås. Till exempel tillåter USA vissa tillgångar som inte tillåts inom EU, men har hindrat vissa andra tillgångar som tillåts inom EU.

Skillnaderna i implementeringen av Basel-ramverket och definitionen av de grundläggande kapitalklasserna mellan EU och USA väcker frågor om huruvida ändamålet med Baselsamarbetet uppnås. Väsentliga skillnader mellan kapitalklasserna i olika jurisdiktioner kan innebära att det är mer förmånligt för banker att registrera sig i vissa stater med lägre krav vilket leder till att de systemriskerna som Basel-ramverket ska hantera ökar. För att systemriskerna ska minska och ändamålet med Baselsamarbetet uppnås behöver kapitalklasserna ha en liknande utformning i den nationella implementeringen. Eftersom de två största marknaderna i västvärlden utgörs av EU och USA är det av särskilt intresse att jämföra implementeringen på just de marknaderna.

1.2 Syfte och frågeställning

Skillnader i definitionen av regulatoriskt kapital kan leda till konkurrensfördelar för banker etablerade i en jurisdiktion med lägre krav. Det i sin tur kan leda till att andra jurisdiktioner, för att öka sin konkurrenskraft, förenklar sin reglering vilket kan leda till systemriskerna inom finanssektorn. Det finns mot den bakgrunden ett intresse av att utreda vilka skillnader som finns mellan definitionen av regulatoriskt kapital i olika jurisdiktioner. Syftet med uppsatsen är därför att undersöka om det finns, och i så fall vilka, skillnader av definitionen av regulatoriskt kapital mellan det europeiska och det amerikanska regelverket.

I uppsatsen ligger fokus på Tier 1 kapital som är det mest kostsamma kapitalet för bankerna likväl som det är kapitalet som främst påverkar bankernas motståndskraft eftersom det ska absorbera förluster i ett *going concern* skede. Tier 2 kapital, vilket absorberar förluster först i

ett *gone concern* skede som en del av bankens resolutionsåtgärder, påverkar inte bankens motståndskraft i samma utsträckning som Tier 1 kapital och bidrar således inte till samma systemrisk. ⁷

För att uppnå syftet ska följande frågeställning besvaras:

- Föreligger det skillnader i definitionen av regulatoriskt Tier 1 kapital mellan det europeiska och amerikanska regelverket och hur är de eventuella skillnaderna utformade?

1.3 Avgränsningar

I uppsatsen behandlas inte de undantagsbestämmelser som gäller för ömsesidiga banker och sparbanker. Den avgränsningen motiveras av att en majoritet av bankerna globalt sett är strukturerade i associationsformer som liknar svenska aktieföretag ⁸. Närmare beskrivningar av hur skillnader mellan regelverken innebär en reell konkurrensfördel och kan leda till systemrisk behandlas inte i uppsatsen utan utgör ett utrymme för fortsatt analys.

1.4 Metod och material

1.4.1 Komparativ metod

För att identifiera skillnader mellan det amerikanska och europeiska regelverket används i uppsatsen en komparativ metod. Nyttan av den komparativa metoden har inte sällan ifrågasatts mot bakgrund av att rättssystem har territoriell anknytning. ⁹ Ämnet i uppsatsen är dock av en global betydelse där bankerna inom de båda jurisdiktionerna konkurrerar mot varandra och verkar på andra marknader än sin hemmarknad. Diskussioner och överenskommelser träffas dessutom globalt beträffande vilka krav som ska föreligga för att uppnå en jämn konkurrens mellan marknaderna. Vidare finns det ett för de båda marknaderna accepterat ramverk, Basel III-ramverket, som ska införlivas i den territoriella lagstiftningen. ¹⁰

Det finns huvudsakligen två sätt att genomföra en komparativ studie på. Dels genom en funktionell komparation, dels genom en regel för regel komparation. Företrädare för funktionell komparation menar att en regels funktion i rättssystemet utgör den grundläggande principen för

⁷ Se avsnitt 2.2.

⁸ *Joint stock company* på engelska.

⁹ Glenn, H. P., Comparative legal families and comparative legal traditions, *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford university press 2006), Reimann, M., Zimmermann, R. (red.), s. 437 f.

¹⁰ Se G20 Toronto Summit Communiqué 26 – 27 juni 2010, *the G-20 Toronto Summit declaration June 26 – 27, 2010*, bilaga II [*c*]apital and [*l*]iquidity.

all rättskomparativ metod.¹¹ Det grundar sig i att alla rättssystem utsätts för väsentligen samma problem som genom rättsregler ska lösas. Problemen löses dock på olika sätt i olika rättssystem varför förespråkarna för funktionell komparation menar att frågeställningar, för att framgångsrikt kunna besvaras genom en komparativ metod, behöver fokusera på problemet och inte på en specifik regel.¹²

De regelverk som kompareras i uppsatsen ska lösa problemet med underkapitaliserade banker och minska de systemriskerna som följer. Basel III-ramverkets definition av kapital ämnar säkerställa att det kapital som bankerna håller kan absorbera förluster på ett adekvat sätt. Utgångspunkten i den komparation som sker i uppsatsen är således den funktion som lagreglerna ska fylla, att säkerställa en adekvat absorberingsförmåga hos kapitalet. Den frågeställning som ska besvaras i uppsatsen utgår dock inte ifrån den funktionen utan istället från utformningen av reglerna, vilket motiveras av att dessa tagits fram genom Basel III-ramverket och sedan implementeras i både det europeiska och amerikanska regelverket.

En av de största förespråkarna för en regel för regel komparation är Alan Watson. Han menar att lagregler relativt enkelt kan flyttas från ett rättssystem till ett annat och att lagregeln kommer att fylla samma funktion i det nya rättssystemet.¹³ Fenomenet kallar Watson för regeltransplantationer. Det fungerar enligt Watson huvudsakligen eftersom lagregler bygger på mänsklig moral som speglar inte en enskild individ utan en form av universell moral.¹⁴ Watson exemplifierar detta genom att belysa den romerska rättens likheter med den grekiska rätten och talar om en sägen, som inte på något sätt kan styrkas, att romarna sände en delegation till grekerna för att studera deras rätt.¹⁵

Watson menar vidare att regeltransplantationer sker i praktiken och är vad som huvudsakligen driver rättsutvecklingen framåt. Han menar att regeltransplantationer kan ske med enkelhet även om lagregeln kommer från ett avlägset rättssystem eftersom det för individerna i samhället är önskvärt med en lagregel som löser problemen, men är mindre viktigt vad lagregeln i detalj innebär.¹⁶ Enligt Watson är lagregler inte knutna till ett särskilt samhälle eller kultur eftersom de i grunden är kopplade till en mänsklig universell moral likväl som att problem löses på ett strukturerat sätt är viktigare än hur problemet de facto löses.¹⁷

¹¹ Zweigert, K. och Kötz, H., [*a*]n *introduction to comparative law*, tredje upplagan, (Clarendon press 1998), s. 34.

¹² *Ibid.*, s. 34 f.

¹³ Watson, A., [*l*]egal *transplants*, (University press of Virginia 1974), s. 21.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, s. 25 f.

¹⁶ *Ibid.*, s. 95 f.

¹⁷ *Ibid.*, s. 96.

Pierre Legrand menar, i motsats till Watson, att regeltransplantationer inte är praktiskt möjliga eftersom en lagregel inte kan förflyttas. Legrand grundar sitt resonemang på definitionen av ordet transplantation, vilket enligt Oxfords engelska ordbok¹⁸ betyder att något tas ut och placeras i ett nytt sammanhang och där fyller samma funktion. Innebörden av en regeltransplantation för honom är således att en lagregel flyttas från ett rättssystem till ett nytt utan att förändras och når samma resultat.¹⁹ För att en regeltransplantation enligt Legrand skulle vara möjlig skulle lagregeln behöva vara helt fränkopplad från historiska och kulturella influenser.²⁰ Kärnan i tillämpningen av en regel är enligt Legrand hur regeln tolkas av tillämparen. Lagregeln utgör därför en funktion av tillämparens tolkning i det aktuella rättssystemet.²¹ Eftersom tillämparen, enligt Legrand, redan sedan barnsben är influerad av samhället denne växt upp i kommer lagregeln ofrånkomligt att tolkas mot bakgrund av det aktuella samhällets historia och kultur.²²

Den komparativa metoden behöver dock inte vara lika svartvit som Watson och Legrand får den att verka. Gunther Teubner argumenterar för en mellangrund. Inledningsvis anser Teubner att regeltransplantation är ett missvisande begrepp och anser att regelirritation bättre beskriver fenomenet.²³ Teubner påstår att regler de facto förflyttas och nämner EU-rätten som ett exempel. Han pekar särskilt på införandet av den kontinentaleuropeiska principen om god tro till det brittiska regelsystemet genom ett EU-direktiv.²⁴ Att lagregler de facto förflyttas är dock enligt Teubner inte samma sak som att dessa behåller samma identitet och funktion. Den förflyttade regeln kommer att skapa en irritation när den ska förenas med andra inhemska lagregler.²⁵ Kärnan av Teubners argument kan förenklat beskrivas som att lagregler kan förflyttas från ett rättssystem till ett annat, dock inte lika rent som Watson anser. De förflyttade reglerna kommer nämligen att påverkas av rättssystemet i den stat dit de flyttas eftersom de kommer i konflikt med redan existerande regler som bygger på bland annat statens kultur.²⁶

Den komparativa analysen som genomförs i uppsatsen bygger på Teubners argument att enskilda regler kan planteras i ett rättssystem, men kommer att påverkas av andra lagregler i det aktuella rättssystemet. Lagreglerna som är föremål i uppsatsen har sin härkomst ur Basel

¹⁸ Både Watson och Legrand skrivit sina argument på engelska.

¹⁹ Legrand, P., *[t]he impossibility of legal transplants*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (1997), s. 111 f.

²⁰ Ibid., s. 113 f.

²¹ Ibid., s. 114 f.

²² Ibid.

²³ Teubner, G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, modern law review (1998), s. 11 f.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., s. 18 ff.

²⁶ Ibid.

III-ramverket och har förflyttats till dels EU-reglering, dels amerikansk lagstiftning. Tanken är att lagreglerna ska uppnå en motsvarande funktion i de båda rättssystemen. Oundvikligt påverkas de dock av strukturen och de kulturella influenserna i respektive rättssystem, vilket kommer till uttryck i analysen. Det sker en löpande analys som genomförs genom att behandla en central regel i taget. Utgångspunkt tas i Basel III-ramverket och behandlar sedan den amerikanska implementeringen som sedan jämförs med den europeiska. Den centrala delen av analysen sker löpande när de EU-rättsliga reglerna behandlas genom att dessa jämförs med de amerikanska reglerna som dessförinnan beskrivits.

1.4.2 Material

Basel III-ramverket utgör en central rättskälla i uppsatsen trots att den inte utgör bindande rätt eller kan tillämpas i vare sig EU eller USA. Kapitalreglerna i såväl EU som USA bygger dock på den globala överenskommelsen som har resulterat i Basel III-ramverket.²⁷ Regelverken i de båda jurisdiktionerna ämnar alltså uppfylla åtagandet att införliva Basel III-ramverket i den nationella lagstiftningen.²⁸ Genom en teleologisk tolkning bör därför både de europeiska och amerikanska reglerna tolkas i ljuset av Basel III-ramverket vilket innebär att ramverket kan tillmätas betydelse trots att det inte utgör en bindande rättskälla.

I uppsatsen behandlas även *soft law* i form av uttalanden, vägledningar och rapporter från tillsynsmyndigheter. Vid tolkningen av EU-rättsakter tillmätas *soft law* av det slaget betydelse.²⁹ EU-domstolen har även vid flera tillfällen direkt uttalat att nationella domstolar är skyldiga att beakta denna typ av vägledningar från tillsynsmyndigheter i sin rättskipning.³⁰ Vad gäller de amerikanska reglerna på området är det tillsynsmyndigheterna som presenterar och antar reglerna samt utövar tillsyn över bankerna.³¹ Uttalanden, vägledningar och rapporter från tillsynsmyndigheterna bör således spegla rättsläget i en utsträckning som gör att dessa bör beaktas.

²⁷ Se KOM (2011) 452 slutgiltig, förslag till europaparlamentet och rådets förordning om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag, del 1; se också Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792 (Aug. 30, 2012).

²⁸ G20 Toronto Summit Communiqué 26 – 27 juni 2010, *the G-20 Toronto Summit declaration June 26 – 27, 2010*, bilaga II [*c*]apital and [*l*]iquidity.

²⁹ Senden, L., *Soft law in european community law*, (Hart Publishing 2004), s. 397 ff.; Craig, P., de Búrca, G., *EU law text, cases and materials*, sjunde upplagan (Oxford university press 2020), s. 140.

³⁰ Mål C-207/01 Altair Chimica, EU:C:2003:451, p.41; mål C-501/18 Balgarska Narodna Banka, EU:C:2021:249, p. 80.

³¹ Se t. ex. 12 United States Code (USC) § 1463 (a) (1) (A) och (a) (2).

1.5 Ämnad läsarkrets

I uppsatsen görs en genomgång och analys av regelverken som framstår som teknisk. Utifrån reglernas komplexitet förutsätts därför för att kunna tillgodogöra sig innehållet en i vart fall grundläggande kunskap inom områdena (i) bank- och finansrätt, (ii) aktiebolagsrätt och (iii) redovisning. Till följd av det riktas uppsatsen till en ämnad läsarkrets av jurister och ekonomer med grundläggande kunskap inom nyss nämnda områden.

1.6 Disposition

För att beskriva de nationella reglerna i EU och USA i ljuset av Basel III-ramverket är uppsatsen genomgående uppbyggd genom att först behandla systematiken i Basel III-ramverket för att sedan lyfta den amerikanska implementeringen som sedan jämförs med den europeiska implementeringen.

Uppsatsens andra kapitel inleds med en historisk redogörelse för den globala bankregleringens framväxt för att sedan övergå till att introducera de olika kapitalklasserna för att ge läsaren en grundläggande förståelse över uppbyggnaden och ändamålen med de olika kapitalklasserna. Här behandlas både Tier 1 och Tier 2 kapital för att ge läsaren en helhetsbild över det regulatoriska kapitalets struktur och funktion. Tier 2 kapital behandlas inte senare i uppsatsen. Kapitlet avslutas med en enklare redogörelse för det amerikanska och europeiska regelverkens utformning och struktur.

Det tredje och fjärde kapitlet utgör uppsatsens huvuddel. Kapitlen behandlar varsin undergrupp av Tier 1 kapital och jämför det europeiska och amerikanska regelverket med utgångspunkt ur Basel III-ramverket. I respektive kapitel sker en löpande analys som framförallt kommer till uttryck i slutet av varje avsnitt när det europeiska regelverket behandlas. Den löpande analysen bygger på att det europeiska regelverket beskrivs analytiskt i en jämförande ton mot det amerikanska regelverket som dessförinnan har beskrivits. Undantagen är i avsnitt 3.4 där det amerikanska regelverket jämförs med det europeiska på grund av att det finns en tydlig regel inom EU som saknas i USA och avsnitt 4.3 som huvudsakligen behandlar ett särskilt finansiellt instrument. Båda kapitlen avslutas sedan med en sammanfattning. Uppsatsens femte och sista kapitel består av avslutande kommentarer som knyter ihop det tredje och fjärde kapitlet för att besvara frågeställningen.

2 En global reglering av banker

2.1 Den historiska framväxten av den globala bankregleringen

2.1.1 De centrala kommittéernas framväxt

Som huvudregel är lagstiftning en nationell angelägenhet, särskilt när det kommer till detaljreglering.³² Så gäller även regleringen av banker. Att tala om en global reglering av banker kan därför verka främmande. Vad som brukar benämnas som den globala bankregleringen består dock inte av bindande regelverk utan av *soft law* som succesivt växt fram under mitten av 1900-talet.

Den internationella regleringen kan sägas ha sin grund genom skapandet av *the Bank for International Settlement* (BIS) under 1930-talet. BIS skapades som en egen internationell juridisk person för att hantera Tysklands skulder efter första världskriget. Efter andra världskriget var BIS mellan år 1950 – 1958 agent för den europeiska betalunionen.³³

Under 1960-talet började de tio ledande industrialiserade ländernas centralbanker att regelbundet mötas vid BIS i Basel med ändamålet att ha fasta valutakurser och nå överenskommelser beträffande utlåning mellan varandra. De länder som inte var del av dessa tio länder låg vid denna tid helt utanför samarbetet.³⁴ G10-konstellationen lät grunda två kommittéer med säte hos BIS som saknade legal kropp för att stödja arbetet.³⁵ Senare följde en volatil period som påverkade G10-länderna efter att den internationella valutafondens³⁶ (IMF) valutaväxlings system kollapsade. Kort därpå började grunden för vad som kommit att bli *the Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS) att läggas när staterna insåg att det skulle vara en fördel med ett enhetligt forum för styrningsfrågor kopplat till bankverksamhet.³⁷

Under slutet av 1900-talet och fram tills finanskrisen år 2008 var det framförallt BCBS, *the Committee on Payment and Settlement Systems* och *the Committee on the Global Financial System* som har influerat den globala regleringen av bankerna. Detta har skett genom att kommittéerna har tagit fram rekommendationer, vägledningar och bästa praxis, vilka i och för sig inte är bindande. Eftersom staterna som grundat kommittéerna dock har tillsatt dem som expertgrupper på de specifika områdena likväl som kommittéerna i stor utsträckning består av

³² I detta sammanhang betraktas även EU-rätten som nationell reglering.

³³ Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 63.

³⁴ Ibid.

³⁵ Baker, J. C., *The bank for international settlement: evolution and evaluation*, (Quorum books 2002), s. 32.

³⁶ Inledningsvis var uppdraget för IMF att möjliggöra handel med fasta valutakurser för sina medlemmar. Idag arbetar den för att främja en mer allmän finansiell stabilitet.

³⁷ Goodhart, C., *The Basel committee on banking supervision: a history of the early years, 1974 – 1997* (Cambridge university press 2011), s. 12 ff.

representanter från staternas centralbanker resulterade det i starka incitament att implementerade dessa i den nationella lagstiftning.³⁸

När det talas om en global reglering av banker åsyftas alltså inte internationella traktat som staterna med bindande verkat åtagit sig att införliva i den nationella lagstiftningen. Vad som åsyftas är istället olika former av *soft law* framtagna av expertkommittéer som staterna frivilligt införlivar i den nationella lagstiftningen.

2.1.2 Group of 20 börjar influera den globala finansregleringen

Efter finanskrisen år 2008 har kommittéernas vägledningar och rekommendationer fått en ökad legitimitet och global spridning då världens 20 största industrialiserade länder regelbundet började mötas och delegera uppgifter till kommittéerna. Finanskrisen visade att även utvecklingsländernas ekonomier var sammankopplade med den globala ekonomin varför det var nödvändigt att inkludera fler länder än tidigare i globala överenskommelser för att stärka den globala ekonomin.³⁹

Startskottet för den nya samverkan var G20-mötet i Washington D.C. år 2008 där de 20 länderna kom överens om att tillsammans samverka för att återställa den globala ekonomin och motverka att en liknande kris skulle uppstå.⁴⁰ Under mötet i Washington D.C. togs en handlingsplan fram med konkreta åtgärder som länderna var överens om att genomföra. Planen innehöll såväl kortsiktigt prioriterade åtgärder som långsiktiga stabiliserande åtgärder.⁴¹

Under G20-mötet i London år 2009 enades länderna om att göra om *the Financial Stability Forum* till *the Financial Stability Board* (FSB).⁴² Efter mötet utvidgades FSB:s ansvar från att huvudsakligen vara ett samverkans forum till att aktivt granska sårbarheter i det finansiella systemet, övervaka finansmarknaden samt att regelbundet rapportera till finansministrarna och centralbankscheferna hos G20-länderna.⁴³ Kort därpå fick FSB en legal kropp och utgör således en av de få internationella finansiella institutionerna med en legal kropp.⁴⁴ Utöver det utökade ansvaret för FSB kom länderna i London överens om att ”*do whatever is necessary*” för att

³⁸ Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s.65.

³⁹ Ibid., s.74 f.

⁴⁰ G20 Washington Summit Communiqué, 15 november 2008, [*d*]eclaration summit on financial markets and the world economy, November 15 2008.

⁴¹ Ibid., bilaga [*a*]ction [*p*]lan to [*i*]mplement [*p*]rinciples for [*r*]eform.

⁴² G20 London Summit Communiqué, 2 april 2009, [*d*]eclaration on strengthening the financial system – London summit, 2 April 2009, s. 1 f.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ G20 Cannes Summit Communiqué, 4 november 2010, Cannes Summit Final Declaration – Building Our Common Future: Renewed Collective Action for the Benefit of All, s. 8.

reparera det finansiella systemet, stärka den finansiella regleringen, skapa och reformera internationella finansiella institutioner.⁴⁵

Senare under hösten år 2009 hölls ännu ett G20-möte i Pittsburgh. Där kom länderna bland annat överens om att skapa högkvalitativt kapital och minska de cykliska konsekvenserna, reformera ersättningsmodellerna i finansbranschen för att öka den ekonomiska tryggheten och förbättra *over-the-counter*-marknaderna.⁴⁶ För att skapa högkvalitativt kapital och förebygga de cykliska konsekvenserna enades länderna om att godta det nyligen av BCBS uppdaterade Basel II-ramverket och att implementeringen i nationell lagstiftning skulle ske enhetligt och senast år 2011.⁴⁷ Under mötet i Pittsburgh kom länderna även överens om att G20-sammansättningen skulle vara det primära forumet för ländernas internationella ekonomiska samarbete och att regelbundna möten väntades hållas åtminstone årligen.⁴⁸

När länderna samlades vid nästa tillfälle i Toronto under sommaren år 2010 erkände de BCBS pågående analys och kommande uppdatering till Basel III-ramverket. Vid mötet kom länderna överens om att implementera det nya ramverket och ställde upp en deadline för BCBS att presentera ramverket under slutet av år 2011.⁴⁹

Dessa överenskommelser mellan G20-länderna och deras samarbete med de internationella finansiella institutionerna skulle kunna beskrivas som det högsta beslutande organet för den globala regleringen av bankerna. Även om vägledningarna och rekommendationerna från kommittéerna inte är direkt bindande så skapas en legitimitet genom att G20-länderna enas om att implementera dessa enhetligt i sina nationella lagstiftningar, trots avsaknad av sanktioner vid utebliven implementering. Samtidigt skapas genom G20-ländernas implementerande en global standard som indirekt kan sägas vara bindande för de stater som vill samverka internationellt med dessa länder.

2.1.3 Basel I till Basel III (IV)

Redan under 1980-talet stod det klart att framförallt de större bankerna var knutna till banker i andra jurisdiktioner än där de var etablerade till den grad att en kris i en del av världen kunde påverka bankerna i en annan. Som ett svar på att flera av de största amerikanska bankerna var nära att kollapsa efter skuldskrisen i Latinamerika under 1980-talet presenterade BCBS år 1988

⁴⁵ G20 London Summit Communiqué, 2 april 2009, *London Summit – [l]eaders' Statement 2 April 2009*, s. 1.

⁴⁶ G20 Pittsburgh Summit Communiqué, 24 – 25 september 2009, *[l]eaders' statement the Pittsburgh Summit September 24 – 25 2009*.

⁴⁷ *Ibid.*, s. 8.

⁴⁸ *Ibid.*, s. 19.

⁴⁹ G20 Toronto Summit Communiqué 26 – 27 juni 2010, *the G-20 Toronto Summit declaration June 26 – 27, 2010*, bilaga II [*c*]apital and [*l*]iquidity.

the Capital Accord, vilket kom att kallas Basel I.⁵⁰ Vägledningen var vag och specificerade att internationellt aktiva banker med hemvist i någon av G10-staterna skulle ha en kapitaltäckningsgrad på minst 8% av sina riskavvägda tillgångar avseende kreditrisk.⁵¹ Inom tio år från vägledningens antagande uppdaterades den till att inte enbart inkludera kreditrisker utan även marknadsrisker och således bankernas handelsaktiviteter.⁵²

Under år 2004 presenterades en ny version av vägledningen som kallas Basel II.⁵³ Vad som huvudsakligen utgjorde förändringen var möjligheten för de största bankerna att själva beräkna sin obligatoriska kapitaltäckning genom data av sina historiska förluster, *the internal rating-based (IRB)-approach*.⁵⁴ Det innebar en möjlighet för de största bankerna med en adekvat datavolym att ha en kapitaltäckningsgrad som understeg vad vägledningen som huvudregel uppställde genom *the standardized-approach (SA)*. Den nödvändiga volymen av data för att beräkna värdet enligt *the IRB-approach* var något som endast de största bankerna hade vilket resulterade i en obalans för mindre och relativt nya banker som tvingades inneha den obligatoriska mängden uppställd genom *the SA*.⁵⁵ Syftet med uppdateringen var att göra kapitaltäckningen mer flexibel för den reella risken för varje bank.

Under finanskrisen år 2008 blev det dock tydligt att Basel II-ramverket hade utelämnat framförallt två risker. Dels likviditetsrisken, även om banken har kapital så behöver kapitalet kunna omsättas, dels den konjunkturcykliska risken av att det kan vara nödvändigt för banken att hålla mer eller mindre kapital beroende på var i konjunkturen marknaden befinner sig.⁵⁶

För att hantera de uppdagade riskerna presenterades ytterligare en omfattande uppdatering som kom att kallas Basel III under år 2010. Genom Basel III infördes en höjning av den obligatoriska andelen av Tier 1 kapital till 4,5% från tidigare 2%.⁵⁷ Utöver den ökningen infördes ett antal nya kapitalbuffertar för att möta de uppdagade riskerna. Kapitalkonserveringsbufferten ska bestå av 2,5% av de riskavvägda tillgångarna och utgör en buffert bankerna ska bygga upp under positiva år för att den ska kunna absorbera förluster utan

⁵⁰ Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 67.

⁵¹ Basel Committee on Banking Supervision, *[i]nternational convergence of capital measurement and capital standards*, July 1988, (Basel I).

⁵² Basel Committee on Banking Supervision, *[a]mendment to the capital accord to incorporate market risks*, January 1996.

⁵³ Basel Committee on Banking Supervision, *[i]nternational convergence of capital measurement and capital standards a revised framework*, June 2004, (Basel II).

⁵⁴ *Ibid.*, Part 2 III.

⁵⁵ Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 67.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Basel II part 2, I (a) och Basel III RBC 20.1 (1).

att påverka den obligatoriska miniminivån.⁵⁸ Den kontracykliska bufferten utgör en utökning av kapitalkonserveringsbufferten och är tänkt att hantera makroekonomiska svängningar. Den nationella tillsynsmyndigheten ska kunna öka respektive minska storlekskravet på bufferten för att hjälpa bankerna att hantera de makroekonomiska svängningarna.⁵⁹

Utöver de nämnda buffertarna konstaterades att bankernas hävstänger⁶⁰ utgjorde en risk som inte fångades upp av de gällande reglerna i Basel II-ramverket. Därför infördes också en hävstångskvot i Basel III-ramverket. Hävstångskvoten innebär att bankens totala tillgångar inte får överstiga 33 gånger bankens Tier 1 kapital, alternativt att kvoten från mängden Tier 1 kapital genom den totala exponeringen inte får understiga 3%.⁶¹

Inte heller Basel III-ramverket fångade dock upp alla systemriskar. År 2017 presenterade BCBS ett antal uppdateringar av ramverket. Uppdateringarna utgör dock inte ett nytt ramverk utan justeringar av det befintliga Basel III-ramverket, ändå kallas dessa uppdateringar inte helt sällan för Basel IV.⁶² Det finns skäl att anta att ramverket idag anses som fullständigt, vilket i och för sig även Basel II-ramverket och den första utgåvan av Basel III-ramverket antogs vara.⁶³ Vad som huvudsakligen uppdaterats genom Basel IV är beräkningsmodellerna för the IRB-approach samt ett golv för att mängden kapital enligt the IRB-approach inte får vara lägre än 72,5% av andelen som skulle krävas enligt the SA.⁶⁴

2.2 Introduktion till kapitalklasserna i Basel III

2.2.1 Tier 1 kapital

Förluster kan huvudsakligen absorberas i två lägen. Dels i ett *going concern* skede innan bankens regulatoriska kapital sjunker under miniminivåerna och banken fortfarande är solvent, dels i ett *gone concern* skede efter miniminivåerna passerats och banken ska träda i resolution eller konkurs.⁶⁵ Kapitalet som absorberar förluster i ett *going concern* skede benämns Tier 1

⁵⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, december 2010 (rev juni 2011), avsnitt III.

⁵⁹ Ibid., avsnitt IV.

⁶⁰ Hävstänger är exponeringar som bankerna har vilka inte klassas som riskavvägda tillgångar och därav faller utanför kapitalkraven. Hävstångerna kan ligga både inom och utanför bankens balansräkning.

⁶¹ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, december 2010 (rev juni 2011), avsnitt V.

⁶² Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 119.

⁶³ Se Ingves, S., *Basel III: Are we done now?*, 29 januari 2018, Basel Committee on Banking Supervision; Jfr också den amerikanska benämningen "Basel III endgame".

⁶⁴ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: Finalising post-crisis reforms*, december 2017, s. 53 ff., 137 ff.

⁶⁵ Jfr art. 32 (4) (a) direktiv 2014/59/EU om inrättande av en ram för återhämtning och resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag, (BRRD).

kapital. Det objektiva ändamålet med Tier 1 kapital är att förhindra att banken når ett *gone concern* skede och således hålla banken livskraftig och solvent.

Tier 1 kapitalet delas in i två underkategorier, (i) *Common Equity Tier 1* (CET 1) och (ii) *Alternative Tier 1* (AT 1) kapital.⁶⁶ CET 1-kapital är den renaste formen av kapital och absorberar omedelbart förluster. Kapitalet består huvudsakligen av aktiekapital, balanserade vinster och redovisade reserver. Gemensamt är att värdet ligger fritt i balansräkningen och förluster kan minska dessa poster utan att någon realisering av en tillgång krävs. CET 1-kapitalet är mycket kostsamt eftersom det inte ger någon betydande avkastning.

Även AT 1-kapital absorberar förluster i ett *going concern* skede, men består inte av lika rent kapital som CET 1-kapital. Här inkluderas framförallt finansiella instrument som når upp till vissa särskilt angivna krav. Även särskilda skuldinstrument kan klassificeras som AT 1-instrument om instrumenten har en konverteringsmekanism som kan omvandla instrumentet till CET 1-kapital vid vissa förutbestämda gränsvärden.⁶⁷

Som AT 1-kapital klassas även den del av överkursfonden som härstammar från nyss nämnda form av finansiella instrument. Även när sådana instrument ges ut av ett kontrollerat dotterbolag kan det klassas som AT 1-kapital för banken.⁶⁸

2.2.2 Tier 2 kapital

Kapitalet som ska absorbera förluster i ett *gone concern* skede, det vill säga när banken ska träda i resolution eller konkurs, benämns Tier 2 kapital. Objektivet i ett *gone concern* skede kan beskrivas som att minimera skadorna vid en upplösning av banken genom att täcka skulderna till insättare och andra borgenärer i så hög grad som möjligt. Eftersom banken när detta kapital ska aktiveras befinner sig i ett resolutionsskede krävs inte samma kvalitet som i Tier 1 kapital och inte heller den konverteringsmekanism som krävs för AT 1-instrument. De viktigaste egenskaperna för Tier 2-instrument är även dessa behöver vara fullt emitterade, inbetalda samt efterställda både insättare och allmänna borgenärer hos banken.⁶⁹

Det finns även krav på hur och när instrumenten och ränta får betalas till investeraren liksom att det ska finnas en möjlighet för tillsynsmyndigheten att avskriva eller konvertera skulden till stamaktier.⁷⁰ Precis som för AT 1-instrument klassas även den del av överkursfonden som

⁶⁶ Basel III CAP 10.1.

⁶⁷ Basel III CAP 10.11 (11).

⁶⁸ Basel III CAP 10.9.

⁶⁹ Basel III CAP 10.16.

⁷⁰ Basel III CAP 10.16.

härstammar från denna typ av instrument likväl som vissa instrument utgivna av kontrollerande dotterbolag som Tier 2 kapital för banken.⁷¹

2.3 Regleringens uppbyggnad i USA

Efter finanskrisen år 2008 reformerades stora delar av den amerikanska finansmarknaden genom *Dodd-Frank wall street reform and consumer protection act*. Så även kapitaliseringsreglerna och tillsynsmyndigheterna. Det finns totalt tre tillsynsmyndigheter när det kommer till kapitaliseringsreglerna som utövar tillsyn över olika banker beroende på hur bankerna är klassificerade och registrerade, (i) *the Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), (ii) *the Federal Reserve Board* (the Board) och (iii) *the Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC).

Bankerna delas huvudsakligen in i (i) nationella banker som är skapade under federal lagstiftning,⁷² (ii) delstatliga banker som är skapade under delstatlig lagstiftning,⁷³ (iii) sparbanker,⁷⁴ och (iv) holdingbolag.⁷⁵ Delstatliga banker, inklusive delstatliga sparbanker, kan i sin tur delas in i (i) medlemsbanker och (ii) icke medlemsbanker beroende på om de är medlemmar i *the federal reserve system*⁷⁶ eller inte.⁷⁷ Holdingbolag kan delas in i (i) *bank holding companies* vilka äger nationella eller delstatliga banker,⁷⁸ och (ii) *savings and loan holding companies* som äger sparbanker och andra associationsformer.⁷⁹

OCC är behörig att utfärda lagregler och utöva primär tillsyn över (i) nationella banker och (ii) federala sparbanker.⁸⁰ The Board är behörig att utfärda lagregler och utöva primär tillsyn över (i) *bank holding companies*, (ii) *savings and loan holding companies* och (iii) delstatliga medlemsbanker.⁸¹ FDIC är i sin tur behörig att utfärda lagregler och utöva primär tillsyn över (i) delstatliga ickemedlemsbanker och (ii) delstatliga sparbanker.⁸² Det ska även noteras att en och samma bank kan ha flera tillsynsmyndigheter och då behöva följa de regler som utfärdas av båda tillsynsmyndigheterna. Nationella banker har till exempel OCC som tillsynsmyndighet,

⁷¹ Basel III CAP 10.14.

⁷² 12 USC § 21.

⁷³ 12 USC § 221.

⁷⁴ Savings association på engelska; 12 USC § 1813 (b); se även 12 USC § 1462 (2) och (3).

⁷⁵ 12 USC § 1841 (a).

⁷⁶ The federal reserve system är det amerikanska riksbanksystemet.

⁷⁷ 12 USC § 1462 (2) och (3) och § 1813 (b), (d) (2) och (e) (2); Notera att nationella banker i och för sig behöver ansöka om medlemskap, det är dock obligatoriskt för nationella banker, 12 USC § 222.

⁷⁸ 12 USC § 1841 (a) och (c).

⁷⁹ 12 USC § 1467a (a) (1) (D).

⁸⁰ 12 USC § 21; 12 USC § 1463 (a) (1) (A) och (a) (2).

⁸¹ 12 USC § 1813 (d) (2) och (e) (2); 12 USC § 222.

⁸² 12 USC § 1463 (a) (1) (B).

men eftersom de också ska vara medlemmar i *the federal reserve system* så är också the Board tillsynsmyndighet. För att underlätta tillsynen är OCC primär tillsynsmyndighet och the Board sekundär tillsynsmyndighet. Det kan beskrivas som att OCC utövar den reella tillsynen över att den nationella banken följer både reglerna som OCC antagit och reglerna som the Board antagit.

Tillsynsmyndigheterna kodifierar reglerna som de tar fram i *the Code of Federal Regulation* (CFR) där respektive myndighet har sitt eget avsnitt. Det rör sig dock inte om tre helt fristående regelverk utan de tre tillsynsmyndigheterna har gemensamt utarbetat ett enhetligt regelverk som var och en av dem publicerar.⁸³ Det kan dock finnas ett fåtal mindre skillnader som exempelvis kan bygga på att endast en tillsynsmyndighet hanterar en viss associationsform.

2.4 Regleringens uppbyggnad i EU

I EU består regleringen i huvudsak av en förordning, *Capital Requirements Regulation* (CRR)⁸⁴ och ett direktiv, *Capital Requirements Directive* (CRD)⁸⁵. Både förordningen och direktivet är tillämpligt på en majoritet av de finansiella instituten, och samtliga banker som är föremål för uppsatsen.⁸⁶ Grunden till regleringen finns i CRD som kan sägas bygga upp strukturen för kapitaliseringsregelverket inom EU. I CRD ställs framförallt krav på nationella tillsynsmyndigheter samt hur tillsynen ska utövas.⁸⁷ Utöver tillsynen regleras även kraven på kapitalbuffertar i CRD.⁸⁸ I CRR regleras de mer detaljerade reglerna över hur kapital ska definieras och hur stora kapitalbaser bankerna behöver hålla.⁸⁹

Europeiska bankmyndigheten (EBA)⁹⁰ har tagit fram tekniska standarder för hur vissa av reglerna ska utformas som sedan blir rättsligt bindande genom delegerade förordningar till EU-kommissionen.⁹¹ EBA utfärdar vidare olika vägledningar och *Questions and Answers* (Q&A) som kan sägas vara indirekt bindande rätt mot bakgrund av att EU domstolen vid flera tillfällen har uttalat att nationella domstolar är skyldiga att beakta myndighetsuttalanden och vägledningar i sin rättsskipning.⁹²

⁸³ Se Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792 (Aug. 30, 2012), s. 52811.

⁸⁴ Förordning 575/2013 om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag.

⁸⁵ Direktiv 2013/36/EU om behörighet att utöva verksamhet i kreditinstitut och om tillsyn av kreditinstitut och värdepappersföretag.

⁸⁶ Art. 2 CRD och art. 1 CRR.

⁸⁷ Se avdelning II och VII – IV CRD.

⁸⁸ Se avdelning IV kapitel 4 CRD.

⁸⁹ Se Del två avdelning 1 och del tre.

⁹⁰ European Banking Authority på engelska.

⁹¹ Se exempelvis art. 26.4 CRR och kommissionens genomförandeförordning 241/2014.

⁹² Se mål C-501/18 Balgarska Narodna Banka, p. 80 och däri angiven praxis.

3 Common Equity Tier 1 kapital

3.1 Tillåtna kapitalformer

Grundförutsättningarna för vilka kapitalformer som får inkluderas i CET 1-kapitalet är tämligen lika i Basel III-ramverket samt både det amerikanska och det europeiska regelverket. Inledningsvis stadgas att vissa finansiella instrument är tillåtna om de uppfyller vissa utpekade krav, vilka behandlas i avsnitt 3.2.⁹³

Utöver det finansiella instrumentet får även en överkursfond som härrör från ett sådant tillåtet instrument tillräknas CET 1-kapital i alla tre regelverken.⁹⁴ Genom att även överkursfonden tillåts som CET 1-kapital innebär det att hela värdet från till exempel en nyemission av stamaktier kan tillgodoräknas. Hade inte överkursfonden varit tillåten att tillgodoräkna hade det inneburit att endast det nominella värdet hade kunnat tillgodoräknas, vilket hade minskat värdet av till exempel en nyemission för att bygga upp regulatoriskt kapital. Eftersom det underliggande finansiella instrumentet som överkursen härrör från, såsom stamaktier, endast har rätt att ta del av residualvärdet vid en konkurs eller likvidation av banken innebär det att även överkursfonden från denna typ av instrument är fullt förlustabsorberande.⁹⁵

En annan kapitalform som är fullt förlustabsorberande är balanserade vinster, som utgörs av tidigare års vinster. Det innebär att medlen är erhållna och inte har delats ut till aktieägarna. I balansräkningen klassificeras balanserade vinster som fritt eget kapital.⁹⁶ Om banken utsätts för förluster är posten fritt eget kapital bland den första som minskar. Eftersom medlen redan är erhållna är denna kapitalform således fullt förlustabsorberande. Det följer därför naturligt att balanserade vinster tillåts som CET 1-kapital enligt såväl Basel III-ramverket som det amerikanska och europeiska regelverket.⁹⁷

Vissa inkomster härrör dock inte från resultaträkningen och syns då inte som balanserade vinster även om kapitalet i sig håller samma kvalitet. Enligt *international financial reporting standards* (IFRS) ska sådana inkomster redovisas som ackumulerat annat totalresultat.⁹⁸ Dessa inkomster kan till exempel utgöras av valutavinster. Även dessa vinster får tillräknas CET 1-kapital enligt samtliga tre regelverk.⁹⁹

⁹³ Basel III CAP 10.6 (1) och 10.8; 12 CFR § 217.20 (b) (1); art 26.1 (a) CRR.

⁹⁴ Basel III CAP 10.6 (2); 12 CFR § 217.20 (b) (1); Art. 26.1 (b) CRR.

⁹⁵ Se avsnitt 3.2.1.

⁹⁶ Se 3 kap. 10 a § 3 st. årsredovisningslag (1995:1554).

⁹⁷ Basel III CAP 10.6 (3); 12 CFR § 217.20 (b) (2); art. 26.1 (c) CRR.

⁹⁸ IFRS IAS 1.7.

⁹⁹ Basel III CAP 10.6 (4); 12 CFR § 217.20 (b) (3); art. 26.1 (d) CRR.

Basel III-ramverket öppnar för att inkludera även andra reserver, vilka dock inte närmare specificeras.¹⁰⁰ Det amerikanska regelverket stagar inte samma öppning för att inkludera andra reserver som Basel III-ramverket.¹⁰¹ Det europeiska regelverket har i motsats till det amerikanska regelverket angett en sådan öppning. I likhet med Basel III-ramverket anges inte närmare detaljer över vilka övriga reserver som får inkluderas. Även fonder som är hänförliga till allmänna bankrisker får enligt det europeiska regelverket uttryckligen inkluderas i CET 1-kapitalet, vilket inte specificeras i Basel III-ramverket.¹⁰²

Reglerna säger dock inget om hur ovan inkomster efter att de är erhållna ska bokföras. Om exempelvis balanserade vinster sätts av i en särskild fond utgör kapitalet fortfarande balanserade vinster ur ett kapitaliseringsperspektiv. Det innebär att så länge vad som motsvarar andra reserver i det europeiska regelverket härrör från tillåtna finansiella instrument, balanserade vinster eller ackumulerat annat totalresultat så kan det utgöra CET 1-kapital även enligt det amerikanska regelverket.

Det europeiska regelverket har således en något bredare definition av CET 1-kapital jämfört med det amerikanska regelverket mot bakgrund av att reglerna särskilt tillåter andra reserver om dessa är tillräckligt likvida. För att motsvarande ska gälla enligt reglerna i det amerikanska regelverket behöver reserverna härröra från någon av de andra tillåtna kapitalformerna, vilket dock oftast torde vara fallet.

3.2 Common Equity Tier 1 instrumentens utformning

3.2.1 Stamaktier

Det framgår tydligt i Basel III-ramverket att de tillåtna finansiella instrumenten ska utgöras av stamaktier.¹⁰³ För att förebygga att stamaktier med särskilda egenskaper skapas ställs vissa grundläggande regulatoriska krav för stamaktierna upp.¹⁰⁴ Dessa krav har implementerats tekniskt på olika sätt i det amerikanska och europeiska regelverket även om resultatet av implementeringen i de båda regelverken väsentligen liknar Basel III-ramverket.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Basel III CAP 10.6 (4).

¹⁰¹ Jfr 12 CFR § 217.20 (b).

¹⁰² Art. 26.1 (e) och (f) CRR.

¹⁰³ Basel III CAP 10.8; notera att stamaktier i aktuellt sammanhang åsyftar den grundläggande aktieformen och helt utesluter preferensaktier men att röstvärdesskillnader kan förekomma under förutsättning att inte absorberingsförmågan påverkas.

¹⁰⁴ Se Basel III CAP 10.8 (1) – (14).

¹⁰⁵ Se art. 28.1 (c) CRR; 12 CFR § 217.20 (b) (1); jfr Basel III CAP 10.8.

I det amerikanska regelverket framgår det redan i inledningen till bestämmelsen att det ska vara antingen stamaktier¹⁰⁶ eller andra instrument om dessa är utfärdade av ömsesidiga banker för att kunna utgöra CET 1-kapital.¹⁰⁷ Det är samma struktur som ställs upp i Basel III-ramverket.¹⁰⁸

I det europeiska regelverket har lagstiftaren istället valt att behandla hela bestämmelsen som ett allmänt finansiellt instrument och indirekt begränsa instrumenten till stamaktier genom att ställa upp villkor för hur dessa ska klassificeras.¹⁰⁹ Instrumentet ska inledningsvis klassificeras som eget kapital tecknat av aktieägare.¹¹⁰ Vidare ska instrumentet dels utgöra eget kapital enligt den tillämpliga redovisningsstandarden, dels utgöra eget kapital vid en insolvensbedömning enligt den nationella obeståndslagstiftningen.¹¹¹

Resultatet av dessa villkor är att instrumentet enligt reglerna i det europeiska regelverket också måste utgöras av aktier, dock inte nödvändigtvis stamaktier eftersom exempelvis preferensaktier skulle kunna uppfylla dessa villkor. Begränsningar av bland annat utdelning innebär dock att det endast är stamaktier som kan inkluderas.¹¹² Det europeiska regelverket är således inledningsvis inte lika tydligt begränsat till stamaktier som det amerikanska regelverket och Basel III-ramverket.

3.2.2 Utdelningar

Det ställs även upp särskilda villkor för utdelningar i samtliga tre regelverk. Basel III-ramverket ställer upp att utdelning ska ske ur utdelningsbara medel och endast får betalas ut efter att skulder har betalats, det vill säga fritt eget kapital, och det får inte finnas någon begränsning hos instrumentet för maximal utdelning.¹¹³ Det får inte heller finnas något krav på att en viss utdelning ska ske, utan det ska stå banken fritt att besluta om utdelning varje tillfälle. Utebliven utdelning får inte innebära en default för instrumentet likväl som utdelning ska vara proportionerlig utifrån instrumentets andel och inte förvärvspriset.¹¹⁴

Både det amerikanska och det europeiska regelverket har implementerat de krav på utdelning som ställs upp i Basel III-ramverket fullt ut.¹¹⁵ Det innebär att preferensutdelningar inte tillåts

¹⁰⁶ *Common stock instruments* på amerikansk engelska.

¹⁰⁷ 12 CFR § 217.20 (b) (1).

¹⁰⁸ Jfr Basel III CAP 10.8.

¹⁰⁹ Se art. 28.1 (c) CRR.

¹¹⁰ Art. 22 direktiv 86/635/EEG och art. 28.1 (c) (i) CRR.

¹¹¹ Art. 28.1 (c) (ii) – (iii) CRR.

¹¹² Se avsnitt 3.2.2.

¹¹³ Basel III CAP 10.8 (5) och (7).

¹¹⁴ Basel III CAP 10.8 (6).

¹¹⁵ 12 CFR § 217.20 (b) (1) (v) – (vii); art. 28.1 (h) (i) – (vii) CRR.

för instrument som tillräknas CET 1-kapitalet. Av den anledningen begränsas aktier enligt det europeiska regelverket till att endast omfatta stamaktier. Vilket innebär att den europeiska regleringen når samma funktion som Basel III-ramverket och det amerikanska regelverket, även om det europeiska regelverket är annorlunda utformat.

För tolkningen av avtalad utdelning har EBA i en Q&A uttalat begränsningen inte endast gäller direkt från banken i sig utan även ett internt upplägg mellan aktieägarna som indirekt kan komma att påverka banken omfattas av villkoret. I det exemplifierande scenariot finns det en majoritetsaktieägare, vilken en juridisk person, till banken. Majoritetsaktieägaren ägs i sin tur av bankens minoritetsaktieägare. Majoritetsaktieägaren och banken har ett *profit and loss transfer agreement* för att kunna nyttja förmånliga skatteregler. Majoritetsaktieägaren har av det avtalet en skyldighet att betala ut en viss utdelning till sina aktieägare, som också är minoritetsaktieägare i banken. Det finns alltså ingen direkt skyldighet för banken att betala ut en viss utdelning, utan endast för bankens majoritetsaktieägare. Enligt EBA kan ett sådant upplägg dock innebära att banken indirekt tvingas betala en viss utdelning för att majoritetsaktieägaren ska kunna uppfylla sina skyldigheter. En sådan utdelning från banken skulle enligt EBA inte innebära att utdelningen är fritt beslutad av banken i den bemärkasen som krävs enligt CRR och således inte vara förenlig med regelverket.¹¹⁶ Utdelningen som EBA uttalar sig om kommer inte i sig från banken utan från ett annat bolag som är en aktieägare i banken och borde inte omfattas av villkoret eftersom de obligatoriska utdelningarna inte är kopplade till aktierna i banken utan minoritetsaktieägarnas aktier i majoritetsaktieägaren, det vill säga aktier som inte utgör CET 1-kapital. Den problematik som uppstår är dock om majoritetsaktieägaren inte har tillräckliga medel att betala ut den avtalade utdelningen, då träder *the profit and loss transfer agreement* in och banken tvingas täcka den förlust som majoritetsaktieägaren får genom sin utdelning till minoritetsaktieägarna.¹¹⁷ Den förlusttäckningen sker genom en utdelning som således inte är fritt beslutad av banken utan utgör en skyldighet enligt *the profit and loss transfer agreement*. Resultatet innebär att även fristående utdelningar som kan komma att påverka bankens skyldighet till utdelning omfattas av regleringen.

¹¹⁶ EBA Q&A 2013 541.

¹¹⁷ Notera att utdelningen förvisso inte kan betalas ut om utdelningsbara medel saknas även om utdelningen är avtalad, men en utebliven avtalad utdelning kan innebära en default av instrumenten.

3.2.3 Utgivna av banken och efterställda andra fordringar

Ett annat grundkrav som ställs upp i Basel III-ramverket är att instrumenten ska vara utgivna av den bank som ska använda instrumentet som CET 1-kapital, det finns dock vissa undantag för instrument utgivna av dotterbolag som diskuteras i avsnitt 3.3 nedan.¹¹⁸ Instrumenten ska även utgöra den mest efterställda fordringen vid en likvidation, konkurs eller annat liknande scenario. I ett sådant förfarande ska instrumenteten endast ha rätt till en proportionerlig andel av den residual som kvarstår efter att samtliga andra fordringar är ersatta.¹¹⁹ Instrumenten får inte heller vara föremål för någon garanti eller annan säkerhet som kan komma att förbättra positionen vid en likvidation, konkurs eller annat liknande scenario från banken, dess dotter- eller moderbolag eller ett annat bolag som har nära kopplingar till nyss nämnda bolag.¹²⁰ Det amerikanska regelverket har införlivat även dessa krav fullt ut.¹²¹ Motsvarande det amerikanska regelverket har även det europeiska regelverket implementerat dessa krav tillfullo.¹²² Vilket innebär att såväl det amerikanska som europeiska regelverket motsvarar Basel III-ramverket vad gäller att instrumenten ska vara efterställda alla andra fordringar och endast ha rätt till en del av residualen. Genom att ägaren av instrumenten endast har rätt till en proportionerlig andel av residualen, som inte får vara föremål för en garanti eller liknande säkerhet, får kapitalet hänförligt till instrumentet maximalt absorberande effekt. Detta genom att ägaren av instrumentet inte har rätt till någon ersättning eller fast värde av instrumentet vid förluster hos banken.

EBA har i en Q&A med samma *profit and loss transfer agreement* scenario som behandlats i avsnitt 3.2.2 med en majoritetsaktieägare som ägs av minoritetsaktieägarna som till dessa garanterar en viss utdelning konstaterat att det även strider mot kriteriet att instrumentet inte genom garanti eller annan säkerhet får en förbättrad position.¹²³ Beroende på majoritetsaktieägarens andel kan denne betraktas som antingen ett moderbolag eller i vart fall ett bolag med nära kopplingar till banken. Om majoritetsaktieägaren garanterar en viss utdelning till sina ägare, som endast är ägare i majoritetsaktieägaren för att dessa också är minoritetsaktieägare i banken, får deras aktier i banken en bättre position eftersom de på grund av sitt innehav i banken har rätt till en viss utdelning från majoritetsaktieägaren oavsett om banken har utdelningsbara medel eller ej.

¹¹⁸ Basel III CAP 10.6 (1).

¹¹⁹ Basel III CAP 10.8 (1) – (2).

¹²⁰ Basel III CAP 10.8 (4).

¹²¹ 12 CFR § 217.20 (b) (1) (i), (ii) och (xi).

¹²² Art. 28.1 (a), (j), (k) och (l) CRR. Art.

¹²³ EBA Q&A 2013 543.

För att säkerställa att instrumenten kan absorbera förluster utan att vara utsatta för förvärvarens kreditrisk är en förutsättning enligt Basel III-ramverket, likväl som både det amerikanska och europeiska regelverket, att instrumenten ska vara slutgiltigt inbetalda.¹²⁴ Banken får vare sig direkt eller indirekt finansiera förvärvet av instrumenten eftersom det skulle påverka instrumentets absorberingsförmåga.¹²⁵ Det finns ingen tydlig definition av hur instrumenten ska vara fullt inbetalda vare sig i det amerikanska eller europeiska regelverket eller Basel III-ramverket. BCBS har dock i en FAQ besvarat frågan om det är nödvändigt att instrumenten är betalda genom kontanta medel. I sitt uttalande konstaterar BCBS att regeln inte specificerar hur instrumentet ska vara betalt, men syftet är att instrumentet ska vara (i) slutgiltigt betalt och mottaget av banken, (ii) tillförlitligt värderat, (iii) till fullo under bankens kontroll och (iv) inte vare sig direkt eller indirekt utsätta banken för förvärvarens kreditrisk.¹²⁶ Kriterierna utesluter enligt BCBS inte att instrumentet i vissa fall kan erläggas genom andra medel än kontanter. Det kan till exempel erläggas genom utfärdandet av aktier för en överlåtelse av ett bolag. För att inkludera annat än kontanter som erläggning för instrumenten krävs dock enligt BCBS tillsynsmyndighetens godkännande.¹²⁷

Mot bakgrund av det svar som BCBS uttalat i sin FAQ har även EBA lämnat ett motsvarande uttalande i en Q&A. EBA följer samma linje som BCBS och konstaterar att för att annat än kontanter ska kunna inkluderas som regulatoriskt kapital måste det i varje enskilt fall godkännas av tillsynsmyndigheten. Även här tas exemplet med ett förvärv av ett bolag genom utfärdandet av aktier upp som en möjlig alternativ betalning. Avslutningsvis ställer EBA upp samma fyra kriterier som BCBS för att erläggandet av såväl kontanter som andra tillgångar ska kunna anses vara till fullo inbetalda.¹²⁸ Det bör dock noteras att om betalning genom aktier tillåts utsätts kapitalets absorberingsförmåga för en viss marknadsrisk.

3.2.4 Instrumentens löptid och möjlighet till inlösen

Basel III-ramverket ställer även upp ett krav på att de utgivna instrumenten ska ha en evig löptid och endast får lösas in vid likvidation av banken. Det finns dock en möjlighet för relevant tillsynsmyndighet att besluta om att instrumenten får lösas in i enskilda fall.¹²⁹ Det är enligt Basel III-ramverket inte heller tillåtet att ge ut eviga instrument under en förväntan, uttrycklig

¹²⁴ *Paid-in* i Basel III och CFR medan *paid up* i den engelska versionen av CRR; Basel III CAP 10.8 (11); 12 CFR § 217.20 (b) (1) (i); art. 28.1 (b) CRR.

¹²⁵ Art. 28.1 (b) CRR; 12 CFR § 217.20 (b) (1) (x).

¹²⁶ Basel III CAP 10.8 FAQ2, [*d*]oes "paid-in" have to be paid in with cash?.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ EBA Q&A 2017 3636.

¹²⁹ Basel III CAP 10.8 (3).

eller underförstådd, att instrumenten ska lösas in.¹³⁰ I det amerikanska regelverket har motsvarande regel införts, även där tillåts under tillsynsmyndighetens godkännande undantagsvis att instrument löses in i annat fall än likvidation. Det är inte heller där tillåtet att ge upphov till en vara sig uttrycklig eller underförstådd förväntan om att instrumenten ska lösas in.¹³¹

Även det europeiska regelverket har i likhet med det amerikanska regelverket implementerat regler som anger att instrumenten ska ha en evig löptid och endast får lösas in genom likvidation, med undantag för enskilda inlösningar som i förväg godkänts av den relevanta tillsynsmyndigheten.¹³² I likhet med det amerikanska regelverket tillåts inte heller att banken vara sig uttryckligen eller underförstått skapar en förväntan om att instrumenten ska lösas in.¹³³

3.2.5 Sammanfattning Common Equity Tier 1 instrumentens utformning

Sammantaget kan sägas att det ställs upp höga grundkrav för att finansiella instrument ska få klassas som CET 1-kapital. De uppställda villkoren både begränsar utformningen av instrumenten snävt och kanske framförallt begränsar strukturen för avkastning från instrumenten samtidigt som instrumenten utgör en stor risk eftersom de endast har rätt till en proportionerlig andel av residualen vid en likvidation eller konkurs. Samtidigt är tanken att instrumenten ska utgöras av stamaktier men möjliggöra andra instrument för andra associationsformer än aktiebolag. För att möjliggöra andra instrument för andra associationsformer som inte kan ge ut stamaktier är det nödvändigt att behandla instrumenten som allmänna instrument och lista särskilda villkor som instrumenten ska uppfylla. Utan motsvarande krav kan det även vara möjligt att genom fristående avtal utfärda stamaktier med särskilda egenskaper som inte är önskvärda ur ett kapitaliseringsperspektiv. Samtidigt är de villkor som ställs upp egentligen en beskrivning av de egenskaper som stamaktier normalt har. The Board, OCC och FDIC har i sitt förslag till införandet av reglerna i CFR uttalat att deras uppfattning är majoriteten av utgivna stamaktier redan uppfyller dessa villkor.¹³⁴ Ur det perspektivet kan det argumenteras för att det inte ställs särskilt höga krav på instrumenten i sig, utan att kraven endast avgränsar instrumenten till att omfatta normala stamaktier.

¹³⁰ Basel III CAP 10.8 (4).

¹³¹ 12 CFR § 217.20 (b) (1) (iii) och (iv).

¹³² Art. 28.1 (e) och (f) CRR.

¹³³ Art. 28.1 (g) CRR.

¹³⁴ Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792 (Aug. 30, 2012), s. 52811, (kodifierad i 12 CFR 217.20 (b) (1)).

3.3 Minoritetsintresse

För en bank som innehar ett dotterbolag med kontrollerande andel finns en möjlighet att inkludera en del av dotterbolagets CET 1-kapital om det ägs en tredje part (minoritetsintresset) i moderbolagets konsoliderade CET 1-kapital¹³⁵ enligt alla tre regelverken. För att moderbanken ska få tillräkna sig dotterbolagets CET 1-kapital är grundförutsättningen i Basel III-ramverket att dotterbolaget är fullt konsoliderat med moderbanken.¹³⁶ Tillgodoräkandet av dotterbolagets kapital kan endast nyttjas i den konsoliderade balansräkningen. Enligt Basel III-ramverket ska dotterbolaget även dels vara en bank, dels ska de utgivna instrumenten ha varit tillåtna att tillräkna CET 1-kapital om moderbanken själv hade utfärdat instrumenten.¹³⁷ Är dessa villkor uppfyllda kan kapitalet i sig tillräknas den konsoliderade balansräkningen.

CET 1-instrument dotterbolag	Innehas av moderbolaget	Innehas av tredje part = minoritetsintresset
100	60	40

Andelen av minoritetsintresset som enligt Basel III-ramverket får tillgodoräknas beräknas genom att subtrahera den del av överskottet från dotterbolaget som är hänförligt till minoritetsaktieägarna från det totala minoritetsintresset.¹³⁸ För att beräkna överskottet ska det lägsta värdet av (i) dotterbolagets obligatoriska mängd CET 1-kapital plus kapitalkonserveringsbufferten och (ii) andelen av det obligatoriska konsoliderade kapitalet plus kapitalkonserveringsbufferten som härrör till dotterbolaget dras av från den totala mängden CET 1-kapital som dotterbolaget har utfärdat.¹³⁹

Total mängd CET 1	Obligatorisk mängd plus buffert	Överskott
100	70	30

Överskottet utgörs alltså av den andel CET 1-kapital som dotterbolaget har utöver det regulatoriska kravet. För att beräkna minoritetsaktieägarnas andel av överskottet multipliceras överskottet med procentsatsen av den totala mängden CET 1-kapital som innehas av minoritetsaktieägarna.¹⁴⁰

Överskott	Minoritetsägarnas andel av total CET 1	Minoritetsägarnas andel av överskottet	Kan tillräknas den konsoliderade balansräkningen
30	40%	12 (= 40% av 30)	18 (= 30 – 12)

¹³⁵ Konsoliderat CET 1-kapital syns i den konsoliderade balansräkningen som är en redovisning för hela företagsgruppen.

¹³⁶ Basel III CAP 10.20.

¹³⁷ Basel III CAP 10.20.

¹³⁸ Basel III CAP 10.21 (1).

¹³⁹ Basel III CAP 10.21 (2).

¹⁴⁰ Basel III CAP 10.21 (3).

Enligt Basel III-ramverket är det alltså tillåtet för en moderbank att i sin konsoliderade balansräkning inkludera den överskotts andel från en dotterbanks minoritetsintresse som inte är hänförligt till minoritetsaktieägarna. Utöver CET 1-instrument kan även annat CET 1-kapital såsom balanserade vinster utgöra minoritetsintresse som får tillgodoräknas enligt samma beräkning.¹⁴¹

I det amerikanska regelverket skiljer sig reglerna åt beroende på om moderbanken använder sig av the SA eller the IRB-approach¹⁴². Om moderbanken använder the SA ställer det amerikanska regelverket upp ett fast tak medan om moderbanken använder the IRB-approach ska andelen beräknas.¹⁴³ Det amerikanska regelverket ställer upp motsvarande krav som Basel III-ramverket på att dotterbolaget ska vara konsoliderat och att minoritetsintresset utgörs av andelen som ägs av en tredje part.¹⁴⁴

En amerikansk moderbank som använder the SA får inte inkludera minoritetsintressen i sin konsoliderade balansräkning till en högre andel än 10% av den totala mängden CET 1-kapital som moderbanken har utfärdat efter avdrag och exklusive minoritetsintresset.¹⁴⁵ I jämförelse med Basel III-ramverket saknas här en gräns dels för att det ska vara fråga om överskott av CET 1-kapital, dels en gräns för att minoritetsägarnas andel ska dras av.

Total mängd CET 1 Moder	Total CET 1 Dotter	Kan tillräknas den konsoliderade balansräkningen
100	30 (varav 11 av tredje part)	10 (= 10% av 100)

Om den amerikanska moderbanken istället använder the IRB-approach begränsas andelen som får tilläggas den konsoliderade balansräkningen till överskottet av dotterbolagets CET 1-kapital.¹⁴⁶ Om dotterbolaget inte är föremål för motsvarande kapitalkrav som moderbanken måste för denna minoritetsberäkning antas att dotterbolaget ändå är föremål för motsvarande kapitalkrav som moderbanken.¹⁴⁷ Andelen beräknas sedan på motsvarande sätt som Basel III-ramverket,¹⁴⁸ dock med ett uttryckligt krav på att dotterbolagets obligatoriska kapitalandel i den konsoliderade balansräkningen ska beräknas genom the SA.¹⁴⁹

I motsats till USA, och i likhet med Basel III-ramverket, påverkas inte de europeiska reglerna av om moderbanken använder sig av the SA eller the IRB-approach. Grundförutsättningarna i

¹⁴¹ Basel III CAP 10.21 FAQ 1.

¹⁴² *Advanced approaches* i det amerikanska regelverket.

¹⁴³ 12 CFR § 217.21 (a) (1) och (b) (1).

¹⁴⁴ 12 CFR § 217.21 (a) (1) och (b) (1).

¹⁴⁵ 12 CFR § 217.21 (a) (2).

¹⁴⁶ 12 CFR § 217.21 (b) (1) (ii).

¹⁴⁷ 12 CFR § 217.21 (b) (2).

¹⁴⁸ 12 CFR § 217.21 (b) (3).

¹⁴⁹ 12 CFR § 217.21 (b) (3) (ii) (B) (2).

EU är att dotterbolaget (i) är ett institut eller i annat fall är föremål för den nationella implementeringen av CRD, (ii) är fullt konsoliderat med moderbolaget och (iii) minoritetsintresset i sin helhet ägs av tredje part.¹⁵⁰ Grundförutsättningarna påminner således om de amerikanska. Den europeiska regleringen anger dock uttryckligen att minoritetsintresset inte får inkluderas om det direkt eller indirekt finansieras av moderbolaget.¹⁵¹ Även om det inte anges uttryckligen i det amerikanska regelverket bör ett indirekt finansierande från moderbanken inte kunna anses utgöra ett minoritetsintresse eftersom det skulle sakna den absorberingsförmågan som åsyftas.¹⁵²

Beräkningen av vilken andel som får tillräknas den konsoliderade balansräkningen enligt det europeiska regelverket motsvarar Basel III-ramverket genom att det endast är den del av dotterbolagets överskottskapital som får inkluderas.¹⁵³ Från överskottskapitalet ska sedan minoritetsaktieägarnas andel dras av, precis som i Basel III-ramverket.¹⁵⁴ Det europeiska regelverket motsvarar således det amerikanska regelverket för moderbanker som använder the IRB-approach, men skiljer sig från de banker som använder the SA.

Det bör dock poängteras att minoritetsintresset enbart får inkluderas i den konsoliderade balansräkningen både i det amerikanska och europeiska regelverket.¹⁵⁵ Enligt det amerikanska regelverket krävs att moderbanker även upprättar en individuell balansräkning där minoritetsintresset inte får inkluderas.¹⁵⁶ Motsvarande krav på en individuell balansräkning finns även inom det europeiska regelverket.¹⁵⁷

Sammanfattningsvis finns det en möjlighet inom både det amerikanska och europeiska regelverket att inkludera en del av minoritetsintresset från ett dotterbolag i det konsoliderade CET 1-kapitalet. Vilken andel som får tillräknas det konsoliderade CET 1-kapitalet skiljer sig åt mellan regelverken eftersom det amerikanska regelverket ställer upp ett fast tak för moderbanker som använder the SA. Dock krävs enligt såväl det amerikanska regelverket som det europeiska att moderbanken upprättar en individuell balansräkning där minoritetsintresset från dotterbolaget inte får inkluderas. Eftersom moderbankerna fortfarande behöver hålla tillräckligt eget CET 1-kapital torde olikheten i den konsoliderade balansräkningen inte påverka

¹⁵⁰ Art. 81.1 CRR.

¹⁵¹ Art. 81.2 CRR.

¹⁵² Jfr Regulatory Capital Rules 78 Fed. Reg. 62018 (Oct. 11, 2013) s. 62053 (kodifierad i 12 CFR § 217.21).

¹⁵³ Art. 84.1 (a) CRR.

¹⁵⁴ Art. 84.1 (b) CRR.

¹⁵⁵ 12 CFR § 217.1; art 81 CRR.

¹⁵⁶ 12 CFR § 217.1 (c) (2); 12 CFR 3.1 (c) (1); 12 CFR § 324.1 (c) (1).

¹⁵⁷ Art. 6.1 CRR.

den individuella kapitaliseringen, även om den konsoliderade kapitaliseringen för bolagsgruppen kan tänkas skilja sig åt mellan USA och EU.

3.4 Statsstöd

I EU finns det en särskild undantagsregel för finansiella instrument som kan aktualiseras i en krissituation. Undantagsregeln medger undantag för en stor del av grundkraven förutsatt att instrumentet uppfyller vissa andra särskilda villkor.¹⁵⁸ Instrumenten ska vara utgivna i en krissituation för rekapitaliserings ändamål och klassas som statsstöd enligt EU-kommissionen samt följa gällande regelverk för statsstöd.¹⁵⁹ Det ska även vara antingen en stat eller relevant myndighet som innehar instrumenten som ska kunna absorbera bankens förluster och endast ge rätt till motsvarande residual vid en likvidation eller konkurs som andra CET 1-instrument.¹⁶⁰ Till skillnad från grundkraven för CET 1-instrument är ett villkor för dessa instrument att det finns en lämplig utträdesmekanism från instrumenten.¹⁶¹ Utöver dessa villkor måste varje sådant instrument föranledas av ett offentliggjort beslut innehållande en motivering av en tillsynsmyndighet.¹⁶²

Om nyss nämnda villkor är uppfyllda behöver det utfärdade instrumentet endast följa villkoren i grundkraven som innebär att instrumenten är (i) fullt inbetalda, (ii) klassas som eget kapital tecknat av aktieägare, (iii) vara tydligt åtskilda i balansräkningen och (iv) vara eviga.¹⁶³ Tanken är att beroendet av statsstöd ska minska även om möjligheten bör finnas kvar. Statsstöden ska dock vara föremål för särskilda villkor framförallt för hur instrument som givits ut för rekapitaliserings ändamål ska hanteras.¹⁶⁴

I USA saknas ett motsvarande generellt undantag för statsstöd. Det finns dock möjlighet för de amerikanska tillsynsmyndigheterna att godkänna vissa instrument.¹⁶⁵ Det finns inget som hindrar att tillsynsmyndigheterna förenar ett godkännande av ett visst instrument i kombination med vissa särskilda villkor. Inte sällan genomförs regellättnader genom antagandet av tillfälliga regelpaket. Ett exempel är *the Paycheck Protection Program* som etablerades under *the Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act*. Syftet med statsstödet var att underlätta för små verksamheter att få lån trots rådande osäkerheter som innebar att bankerna inte ville ge ut

¹⁵⁸ Art. 31 CRR.

¹⁵⁹ Art. 31.1 (b) och (c) CRR.

¹⁶⁰ Art. 31.1 (d) – (f) CRR.

¹⁶¹ Art. 31.1 (g) CRR.

¹⁶² Art. 31.1 (h) CRR.

¹⁶³ Art. 31.1 CRR.

¹⁶⁴ Se skäl 78 till CRR.

¹⁶⁵ 12 CFR § 217.20 (e).

krediter till mindre verksamheter där det förelåg en stor risk för insolvens på grund av bland annat den minskade rörligheten och rekommendationer att inte lämna hemmet. Den amerikanska staten gick då in och garanterade genom *the Small Business Administration* de lån som föll under *the Paycheck Protection Program*. *The Small Business Administrations* garantier garanterades i sin tur direkt av den amerikanska regeringen. Statsstödet tillföll även bankerna genom att lånen som föll under *the Paycheck Protection Program* kunde ha ett riskavvägnings (RWA) värde på 0% och således inte krävde något regulatoriskt kapital.¹⁶⁶

Skillnaden mellan utformningen i de båda jurisdiktionerna innebär att statsstöd i EU har en tämligen fast reglering över hur dessa får utformas och vilka krav dessa ska fylla för att få klassas som CET 1-instrument. I USA finns det däremot inte någon tydlig reglering som avgränsar hur statsstöden för rekapitalisering som CET 1-instrument ska utformas. Samtidigt bör det påpekas att det inom EU är tillsynsmyndigheten i respektive medlemsstat som har möjlighet att bevilja utfärdandet av dessa CET 1-instrumenten medan statsstöd i USA ska godkännas av samma tillsynsmyndighet som också är lagstiftare för kapitaliseringsreglerna.¹⁶⁷ I EU kan det därför finnas ett behov av att reglera hur tillsynsmyndigheterna får godkänna statsstöd eftersom det inte är lagstiftaren som direkt godkänner stöden. I USA skulle tillsynsmyndigheten kunna ändra en regel om den så önskar för att godkänna ett visst statsstöd. Samtidigt är det samma myndighet som godkänner stöden som har att beakta att utformningen av reglerna är lämpliga. De nationella tillsynsmyndigheterna i EU har att beakta att reglerna följs, men inte att reglernas utformning är lämplig.

Trots att det kan finnas skäl för en öppnare reglering i USA och en mer sluten i EU kan det dock inte uteslutas att vissa finansiella instrument kan godkännas som CET 1-instrument i USA som inte kan godkännas i EU. Samtidigt utgör inte statsstöd i form av att tillåta särskilda CET 1-instrument det enda möjliga statsstödet vid en kris. I det ovan nämnda exemplet rörande *the Paycheck Protection Program* var det exempelvis inte ett statsstöd genom att tillåta instrument som CET 1-kapital. Mot den bakgrunden bör skillnader i möjligheten att utfärda instrument genom statsstöd ha en låg påverkan på bankernas kapitalisering vid ett inkluderande av andra möjliga statsstöd.

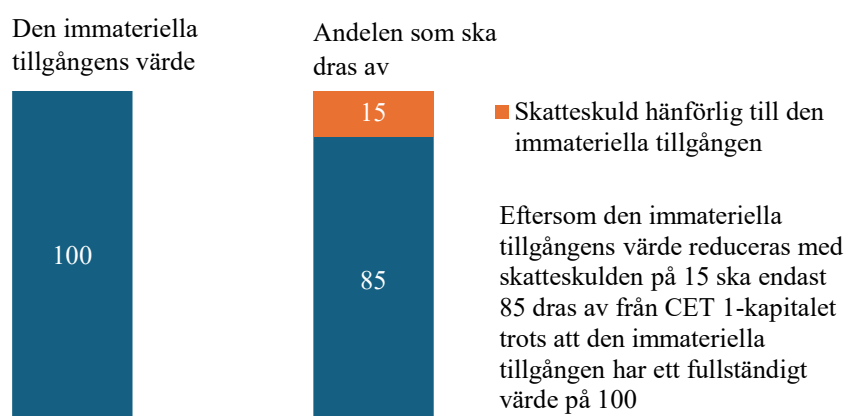
¹⁶⁶ Regulatory Capital Rule: Paycheck Protection Program 85 Fed. Reg. 20387 (Apr. 13, 2020).

¹⁶⁷ Jfr art. 31.1 (h) CRR och 12 CFR 217.20 (e).

3.5 Immateriella tillgångar

3.5.1 Utgångspunkten för immateriella tillgångar

Immateriella tillgångar inklusive goodwill ska enligt Basel III-ramverket som utgångspunkt dras av i sin helhet från bankens CET 1-kapital.¹⁶⁸ Innan de immateriella tillgångarna ska dras av från kapitalet får dock upplupna skatteskulder som skulle upphöra om den immateriella tillgången sätts ned eller bedöms som ogiltigt tas bort.¹⁶⁹ Det innebär att ett lägre värde än den immateriella tillgångens verkliga värde i praktiken ska dras av. Detta kan motiveras med att en sådan upplupen skatteskuld är direkt hänförlig till den immateriella tillgången och således realiserar under värdet på densamma, inte övrigt kapital. När den upplupna skatten realiserar så har den immateriella tillgången ett reellt värde där skatten dras av ifrån, även om ingen av posterna syns i det regulatoriska kapitalet. Om den immateriella tillgången inte kan realiserar till sitt värde kommer skatteskulden att minska proportionellt till den immateriella tillgångens värde hela vägen ner till noll och kommer således aldrig att påverka övrigt kapital.



170

Basel III-ramverket gör dock undantag för så kallade *Mortgage Servicing Rights*¹⁷¹ (MSR) som istället är föremål för ett särskilt tröskelvärde.¹⁷² Inte heller upplupna skattetillgångar vilka kan klassificeras som en immateriell tillgång är föremål för det grundläggande avdraget, men ska dras av enligt ett särskilt avdrag.¹⁷³

I det amerikanska regelverket återfinns motsvarande grundprincip för att goodwill och immateriella tillgångar, efter avdrag för tillhörande skatteskulder, ska dras av från CET 1-

¹⁶⁸ Basel III CAP 30.7.

¹⁶⁹ Basel III CAP 30.7.

¹⁷⁰ Notera att skatteskulden utgörs av ett fiktivt exempel för att illustrera och är inte en verklig skatteandel.

¹⁷¹ Förklaras i avsnitt 3.5.2.

¹⁷² Basel III CAP 30.7.

¹⁷³ Jfr Basel III CAP 30.9 – 10.

kapital. Dock med undantag för MSR och upplupna skattetillgångar där det senare är föremål för ett särskilt avdrag.¹⁷⁴

Även i det europeiska regelverket ska goodwill och immateriella tillgångar som utgångspunkt dras av från CET 1-kapital efter att motsvarande upplupna skatteskulder har dragits av.¹⁷⁵ Till skillnad från det amerikanska regelverket tillåts dock inget undantag för MSR i det europeiska regelverket. Däremot tillåter det europeiska regelverket att den del av en mjukvarotillgångs värde som klassificeras som en immateriell tillgång och är avskrivet får tillgodoräknas CET 1-kapital.¹⁷⁶ Som utgångspunkt behandlas alltså immateriella tillgångar liknande i de båda jurisdiktionerna. Dock tillåter de olika undantag för vissa särskilda immateriella tillgångar.

3.5.2 Mortgage Servicing Assets

När en bank ger ut bolån uppstår ett antal administrativa arbetsuppgifter. Dessa kan bland annat innefatta att ta emot amorteringar och ränteintäkter, hantera utestående betalningar och eventuellt omförhandla lånet om det är nödvändigt för att gäldenären ska kunna uppfylla sina betalningsförpliktelser. På framförallt den amerikanska marknaden brukar dessa administrativa arbetsuppgifter för flera lån paketeras och säljas genom så kallad värdepapperisering¹⁷⁷. Förvärvaren får då rätt att utföra dessa arbetsuppgifter och ta ut en avgift för det, därav namnet *Mortgage Servicing Rights (MSR)*.¹⁷⁸

Innehavaren av MSR bokför denna i sin balansräkning som en *Mortgage Servicing Asset (MSA)* som klassificeras som en immateriell tillgång trots att den har flera likheter med derivatinstrument.¹⁷⁹ Det finns en särskild marknad för MSA då dessa inte handlas på en traditionell handelsplattform. Att en långivare vill sälja MSR kan bero på flera orsaker, en av de primära orsakerna är att det i USA är vanligt att paketera flera bolån i en *Mortgage-Backed Security (MBS)* som säljs, vilket frigör kapital genom att bolånen inte längre bokförs i bankens balansräkning, vilket resulterar i att det är möjligt att ge ut fler lån. När en MBS säljs behöver de administrativa arbetsuppgifterna särskiljas från själva bolånet vilket leder till att en MSA

¹⁷⁴ 12 CFR § 217.22 (a) (1) – (3).

¹⁷⁵ Art. 36.1 b och art. 37 CRR.

¹⁷⁶ Art. 13 a kommissionens delegerade förordning (EU) nr 241/2014.

¹⁷⁷ Securitization på engelska.

¹⁷⁸ Board of Governors of the Federal Reserve System, Federal Deposit Insurance Corporation, Office of the Comptroller of the Currency och National Credit Union Administration, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets*, (Juni 2016), s. 5 och 41.

¹⁷⁹ Ibid.

skapas. Om en bank själv behåller sina MSR kan långgivaren behålla sina relationer med låntagarna, men genom att sälja även dem frigörs ännu mer kapital.¹⁸⁰

Värdet av en MSA baseras på de förväntade intäkterna som baseras på de underliggande bolånen. Dels utgörs inkomsterna av serviceavgiften som ofta är en fast procentsats av det kvarvarande lånet, det vill säga lånens storlek påverkar värdet, dels utgörs inkomsten av tilläggsavgifter såsom förseningsavgifter.¹⁸¹ Även de kostnader som tillkommer påverkar värdet. Lån med en hög kreditrisk ökar kostnaderna väsentligt eftersom det ofta innebär sena inbetalningar och att lånet kan behöva förhandlas om eller i värsta fall avslutas i förtid och den underliggande fastigheten säljas. Eftersom värdet är beroende av de framtida intäkterna under hela lånets livstid innebär ett avslutande i förtid att en stor del av det uppskattade värdet går förlorat. Det innebär också att en annan stor risk är om gäldenären återbetalar lånet i en snabbare takt än beräknat, exempelvis på grund av att räntan har sjunkit.¹⁸² Detta innebär en värderingsrisk som skapar en viss osäkerhet i värderingen av en MSA.

En annan risk med MSA är likviditetsrisken. Eftersom värdet av tillgången utgörs av framtida intäkter behöver den säljas för att generera sitt värde i omedelbara likvida medel. Under finansiellt svåra tider kan det vara svårt att sälja MSA och priset kan kraftigt understiga värdet eftersom de underliggande bolånen utsätts för högre kreditrisker.¹⁸³ Detta blev tydligt under finanskrisen år 2008 där FDIC upplevde svårigheter att sälja MSA från de utsatta bankerna. Även värdet av MSA upplevdes av FDIC som en svårighet och ofta såldes MSA för inte mer än 29% av sitt bokförda värde.¹⁸⁴

Enligt Basel III-ramverket erkänns inte MSA i sig som CET 1-kapital, men behöver inte dras av fullt ut. Regelverket tillåter att MSA inkluderas i CET 1-kapital upp till 10% av bankens totala CET 1-kapital efter att nödvändiga avdrag har utförts.¹⁸⁵ Den andel av MSA som inkluderas i CET 1-kapital ska även riskavvägas till 250%.¹⁸⁶ Det innebär att även om en viss andel MSA får inkluderas i CET 1-kapital så kräver den inkluderingen att banken håller en extra kapitalmängd hänförligt till andelen MSA.

¹⁸⁰ Board of Governors of the Federal Reserve System, Federal Deposit Insurance Corporation, Office of the Comptroller of the Currency och National Credit Union Administration, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets*, (Juni 2016), s. 5 och 41.

¹⁸¹ Ibid.

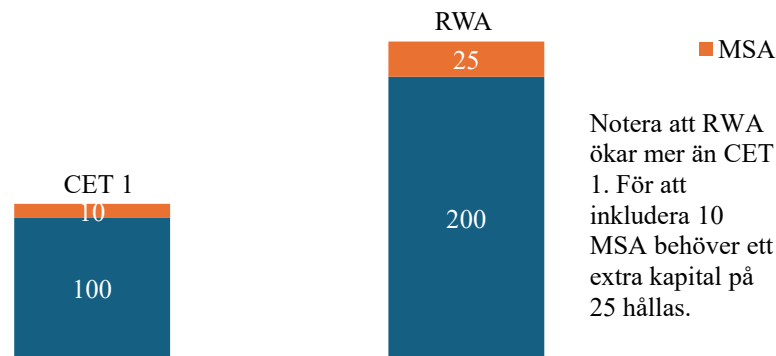
¹⁸² Ibid., s. 7.

¹⁸³ Ibid., s. 8 ff.

¹⁸⁴ Ibid., s. 15 f.

¹⁸⁵ Basel III CAP 30.32 (2).

¹⁸⁶ Basel III CAP 30.34.



Även det amerikanska regelverket tillåter att MSA inkluderas i CET 1-kapital. I det amerikanska regelverket tillåts dock att olika stor andel MSA tillräknas beroende på om banken använder the SA eller the IRB-approach. Om banken använder the SA tillåts att MSA inkluderas upp till 25% av CET 1 efter avdrag.¹⁸⁷ Det är mer än dubbelt så mycket jämfört med vad som tillåts enligt Basel III-ramverket.¹⁸⁸ Om banken istället använder the IRB-approach tillåts upp till 10% av CET 1 efter avdrag, vilket motsvarar samma andel som Basel III-ramverket.¹⁸⁹ Oavsett om banken använder the SA eller the IRB-approach ska dock andelen MSA som tillräknas CET 1 riskavvägas till 250% och kräver således att mer kapital hålls av banken.¹⁹⁰

Det bör dock noteras att USA inledningsvis år 2013 implementerade Basel III-ramverkets regler fullt ut och inte tillät att banker som använde the SA heller inkluderade mer än 10% av sitt CET 1-kapital med MSA.¹⁹¹ Införlivandet fick dock kritik för att vara komplicerat för framförallt mindre banker och även försvåra deras kapitalhållning eftersom MSA blir en mycket kostsam kapitalform mot bakgrund av att den höga riskavvägningen kräver mycket extra kapital.¹⁹² OCC, the Board och FDIC föreslog därför att förenkla för de mindre bankerna, vilka framförallt är de som använder the SA, genom att höja tröskelvärdet från 10% till 25%.¹⁹³

I motsats till det amerikanska regelverket och Basel III-ramverket tillåter inte det europeiska regelverket att MSA inkluderas i CET 1-kapital till någon del.¹⁹⁴ Europeiska banker använder sig dock inte av MSA på samma sätt som amerikanska banker. Enligt IFRS finns det dock förvisso inget som hindrar att MSA skapas. Värdepapperisering av bolån är dock inte en vanlig

¹⁸⁷ 12 CFR § 217.22 (d) (1) (i).

¹⁸⁸ Jfr Basel III CAP 30.32 (2) som inte gör någon skillnad på SA och IRB-approach.

¹⁸⁹ 12 CFR § 217.22 (d) (2) (i) (B).

¹⁹⁰ 12 CFR § 217.32 (l) (4) (i); 12 CFR § 217.131 (e) (3) (vi).

¹⁹¹ Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792, (Aug. 30, 2012) s. 52822, (kodifierad i 12 CFR § 217.22).

¹⁹² Simplifications to the Capital Rule 82 Fed. Reg. 49984, (Oct. 27, 2017), s. 49992, (kodifierad i 12 CFR § 217.22).

¹⁹³ Simplifications to the Capital Rule 82 Fed. Reg. 49984, (Oct. 27, 2017), s. 49992, (kodifierad i 12 CFR § 217.22).

¹⁹⁴ Jfr art. 36.1 b, 37 och 48 CRR.

företeelse i Europa utan där är istället olika skuldinstrument med bolånen som säkerhet vanliga.¹⁹⁵ Eftersom bolånen ligger som säkerhet så stannar de också kvar på den utgivande bankens balansräkning som då både äger lånet och utför de administrativa arbetsuppgifterna som MSR innebär.¹⁹⁶

Att MSA får inkluderas i CET 1-kapital i USA bör dock inte nödvändigtvis innebära en väsentlig sämre kvalitet av kapitalet jämfört med EU där tillgången inte tillåts tillräknas CET 1-kapital. Orsaken är att MSA har en hög riskavvägning på 250% vilket innebär att tillgångarna som kräver kapital ökar i högre takt än CET 1-kapitalet, se tabellen ovan. Eftersom kapitalkravet utgörs genom kvoten av CET 1-kapitalet delat på de riskavvägda tillgångarna kommer alltså kvoten att sjunka ju mer MSA som inkluderas i CET 1-kapitalet.¹⁹⁷

Det kan dock vara MSA som gör att en amerikansk bank inte faller under tröskelvärdet för CET 1-kapital trots att den andelen kan vara mycket svår att realisera och om den realiseras endast uppgå till en del av sitt värde. Särskilt när tröskeln är så hög som 25% får det anses innebära att bankerna i USA inte håller en likvärdig kapitaliseringsnivå som de europeiska bankerna. Det kan motiveras med upplevelsen hos FDIC att MSA under finansiellt svåra tider inte kunde realiserats till högre grad än 29% av sitt bokförda värde.¹⁹⁸ Resultatet av den låga realiseringsandelen blir att upp till 25% av CET 1-kapitalet inte kan realiserats till ens en tredjedel av sitt värde.

3.5.3 Uppskjutna skattefordringar

En annan tillgång som är föremål för en särskild behandling i Basel III-ramverket är uppskjutna skattefordringar. Ur ett kapitaliseringsperspektiv kan de uppskjutna skattefordringarna delas in i två huvudkategorier, (i) de som är beroende av framtida inkomster och (ii) de som uppstår genom tillfälliga tidsskillnader mellan bokföringen för redovisningsändamål och den för skatteändamål, även om det finns ett fåtal som inte passar in i någon av de två kategorierna.¹⁹⁹

Uppskjutna skattefordringar som är beroende av framtida inkomster kan till exempel vara möjligheten att spara tidigare års förluster som avdrag kommande beskattningsår.²⁰⁰ Eftersom den skattetillgången endast kan realiserats om banken går med vinst utgör tillgången inte

¹⁹⁵ The Board, FDIC, OCC och NCUA, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets*, s. 41.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Se art. 92.2 (a) CRR och 12 CFR § 217.10 (b) (1).

¹⁹⁸ The Board, FDIC, OCC och NCUA, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets*, s. 15 f.

¹⁹⁹ EBA Q&A 2017 3225.

²⁰⁰ Se till exempel 40 kap. 2 § inkomstskattelag (1999:1229).

högkvalitativt kapital. Särskilt under finansiellt utmanande tider när CET 1-kapital ska absorbera förluster är det osannolikt att banken kan realisera denna typ av tillgång.

Om de uppskjutna skattefordringarna beror på tillfälliga tidsskillnader mellan bokföringen för redovisningsändamål och skattemässiga ändamål kan de till exempel uppkomma genom att en inkomst betalas innan motprestationen presteras och banken alltså betalar en för hög skatt då inkomsten och prestationen hänför sig till olika år, ett annat exempel kan vara olika avskrivningstakt i redovisningen kontra i skattehänseende. Den överinbetalda skatten kommer resultera i en minskad skattekostnad oberoende av om banken går med vinst.

Basel III-ramverket uppmärksammar skillnaden mellan de olika uppskjutna skattefordringarna och anger att de som beror på framtida inkomster inte får tillräknas CET 1-kapital över huvud taget. Dock kan vissa uppskjutna skatteskulder få dras av de uppskjutna skattefordringarna och således ge upphov till att ett lägre belopp ska frånräknas CET 1-kapitalet.²⁰¹ När det kommer till uppskjutna skattefordringar som uppkommer på grund av tillfälliga tidsskillnader ställer Basel III-ramverket upp motsvarande tröskelvärde som för MSA. Det vill säga uppskjutna skattefordringar som beror på tillfälliga tidsskillnader får tillräknas upp till 10% av bankens CET 1-kapital efter avdrag.²⁰²

Även i den amerikanska regleringen behandlas uppskjutna skattefordringar på ett liknande sätt som MSA. Likt Basel III-ramverket får dock uppskjutna skattefordringar som är beroende av framtida inkomster inte tillgodoräknas CET 1-kapital i någon mån.²⁰³ Skattefordringarna som uppstår till följd av tillfälliga tidsskillnader är i den amerikanska regleringen, likt MSA, föremål för olika tröskelvärden beroende av om banken använder sig av the SA eller the IRB-approach. Vid användning av the SA tillåts banken att tillräkna skattefordringarna upp till 25% av bankens CET 1-kapital efter avdrag, skattefordringarna ska dock riskavvägas till 250% om de inte kan realiseras genom *loss carrybacks*²⁰⁴ eller 100% om den kan realiseras genom *loss carrybacks* vilket innebär att banken behöver hålla kapital för att tillräkna dessa.²⁰⁵ Om banken istället använder the IRB-approach gäller motsvarande tröskelvärde på 10% av bankens CET 1-kapital som i Basel III-ramverket, precis som för MSA.²⁰⁶ Precis som för MSA infördes inledningsvis motsvarande tröskel på 10% även för uppskjutna skattefordringar till följd av

²⁰¹ Basel III CAP 30.9.

²⁰² Basel III CAP 30.32 (3).

²⁰³ 12 CFR § 217.22 (a) (3).

²⁰⁴ En skattemässig möjlighet att rulla förluster bakåt mot tidigare års vinster för att ge upphov till en skatteåterbäring för det skatteår som förlusten hänför sig till.

²⁰⁵ 12 CFR § 217.32 (1) (4) (ii); 12 CFR § 217.22 (d) (1) (i) och (ii).

²⁰⁶ 12 CFR § 217.22 (d) (2) (i).

tillfälliga tidsskillnader även för banker som använder the SA, men ändrades samtidigt som MSA för att underlätta för mindre banker.²⁰⁷

Det europeiska regelverket gör till skillnad från det amerikanska inte heller här skillnad för om banken använder the SA eller the IRB-approach. I likhet med USA tillåts inte att uppskjutna skattefordringar som är beroende av framtida inkomster tillräknas CET 1-kapital över huvud taget, men får minskas med vissa uppskjutna skatteskulder.²⁰⁸ Om skattefordran istället uppstått genom tillfälliga tidsskillnader tillåts, precis som i Basel III-ramverket och det amerikanska regelverket för banker som använder the IRB-approach, att tillräkna dessa upp till 10% av bankens CET 1-kapital efter avdrag.²⁰⁹ Det innebär å ena sidan att amerikanska banker som använder the SA tillåts inkludera en större andel av de skattemässiga tillgångarna än europeiska banker. Å andra sidan krävs att de skattemässiga tillgångarna riskavvägs vilket innebär att extra kapital behöver hållas av de bankerna.

3.5.4 10% och 15%-regeln

Basel III-ramverket tillåter att sammantaget tre olika tillgångar får inkluderas till 10% av CET 1-kapitalet.²¹⁰ Det skulle innebära att sammanlagt 30% skulle kunna utgöras av kapital med högre risk. För att förhindra att så är fallet ställer Basel III-ramverket upp ett tröskelvärde för att tillräkna tröskelvärdet av de tre mer riskfyllda kapitalformerna. Regeln säger att dessa kapitalformer enskilt får inkluderas till högst 10% av CET 1-kapitalet, men att dessa i kombination får utgöra högst 15% av CET 1-kapitalet.²¹¹

Det amerikanska regelverket gör även här skillnad på om banken använder sig av the SA eller the IRB-approach. Om banken använder the SA finns inget gemensamt tröskelvärde utan endast det individuella som är på 25% för dessa banker.²¹² Om banken istället använder the IRB-approach finns motsvarande 15% tröskel som i Basel III-ramverket.²¹³

I motsats till det amerikanska regelverket gör det europeiska regelverket inte heller här någon skillnad mellan om banken använder sig av the SA eller the IRB-approach. Oberoende av vilken

²⁰⁷ Simplifications to the Capital Rule 82 Fed. Reg. 49984, (Oct. 27, 2017), s. 49992, (kodifierad i 12 CFR § 217.22).

²⁰⁸ Art. 36.1 (c) och art. 38 CRR.

²⁰⁹ Art. 48.1 (a) CRR.

²¹⁰ (i) investeringar i okonsoliderade finansiella bolag, (ii) MSA och (iii) uppskjutna skattefordringar som beror på tillfälliga tidsskillnader. Basel III CAP 30.32 (1) – (3).

²¹¹ Basel III CAP 30.33.

²¹² 12 CFR § 217.22 (d) (1); se också Simplifications to the Capital Rule 84 Fed. Reg. 35234, (Jul. 22, 2019) s. 35236 (kodifierad i 12 CFR § 217.22 (d) (1)).

²¹³ 12 CFR § 217.22 (d) (2) (ii). Notera att det här uttrycks som ”det aggregerade beloppet överstigande 17.65%”, det kommer från beräkningen 15% delat på 85% (eftersom det nya fullständiga CET 1-kapitalet inkluderar 15% MSA/DTA) vilket är lika med 17,65%.

metod banken använder sig av ställs ett gemensamt tröskelvärde på 15% upp i det europeiska regelverket.²¹⁴ I EU är det dock endast uppskjutna skattefordringar som beror på tillfälliga tidsskillnader och investeringar i okonsoliderade dotterbolag som är föremål för den gemensamma tröskeln eftersom EU inte tillåter MSA, vilket innebär att den högsta möjliga andelen i EU utan tröskelvärdet skulle vara 20%.²¹⁵

Avsaknaden av ett gemensamt tröskelvärde för amerikanska banker som använder the SA innebär i teorin att bankerna skulle kunna inkludera MSA och uppskjutna skattefordringar till sammanlagt 50% av CET 1-kapitalet vilket kraftigt skulle påverka kapitaliseringsgraden av de bankerna. Det ska dock noteras att det inte är finansiellt attraktivt att inkludera dessa kapitalformer i CET 1-kapitalet på grund av den höga kostnaden som följer av riskavvägningen på upp till 250%.²¹⁶ De amerikanska tillsynsmyndigheternas ändamål med att ändra tröskelvärdet för mindre banker var att minska compliancekostnaderna.²¹⁷ Myndigheterna förväntade sig inte att regellättnaden skulle leda till reella förändringar av de mindre bankernas kapitalhållning även om vissa banker skulle kunna uppleva även en kapitalmässig förenkling.²¹⁸

I teorin torde den regellättnaden anses ge upphov till en viss kapitaliseringskillnad mellan bankerna i USA och EU eftersom bankerna i USA har möjlighet att hålla en större andel svårrealiserat kapital som CET 1-kapital. Skillnaderna torde dock inte vara så stora att det skulle ge upphov till en konkurrensfördel på den amerikanska marknaden som är av en dignitet att locka banker för registrering där istället för inom EU.

3.6 Sammanfattning CET 1-kapital

Sammantaget liknar utformningen av CET 1-kapitalet varandra i USA och EU även om det finns ett par väsentliga skillnader. Grundläggande för både det amerikanska och det europeiska regelverket är att CET 1-kapitalet utgörs av stamaktier och omedelbart likvida medel såsom balanserade vinster.²¹⁹

En av de väsentliga skillnaderna mellan regelverken är att det amerikanska regelverket i flera fall gör stor skillnad mellan om banken i fråga använder sig av the SA eller the IRB-approach. När det rör inkludering av minoritetsintresse torde det inte påverka vare sig konkurrensfördelen

²¹⁴ Art. 48.2 CRR.

²¹⁵ Se art. 48.1 CRR.

²¹⁶ 12 CFR § 217.32 (l) (4) (i).

²¹⁷ Simplifications to the Capital Rule 82 Fed. Reg. 49984, (Oct. 27, 2017), s. 49992, (kodifierad i 12 CFR § 217.22).

²¹⁸ Simplifications to the Capital Rule 84 Fed. Reg. 35234, (Jul. 22, 2019) s. 35238 (kodifierad i 12 CFR § 217.22 (d) (1)).

²¹⁹ 12 CFR § 217.20 (b); art. 26.1 CRR.

eller kapitaliseringen nämnvärt eftersom det endast får inkluderas i den konsoliderade balansräkningen och bankerna i sin individuella balansräkning ändå måste nå upp till kraven.²²⁰ När det dock kommer till MSA och uppskjutna skattefordringar kan det tänkas ha en större effekt. Lättnaderna torde dock inte innebära en väsentlig konkurrensfördel dels eftersom europeiska banker inte använder sig av MSA på samma sätt som de amerikanska, dels att kostnaden för att inkludera de tillgångarna är hög.²²¹ Däremot torde de amerikanska bankernas kapitalisering påverkas negativt eftersom de har en högre andel svårrealiserat kapital inkluderat i sitt CET 1-kapital.

En annan regulatoriskt stor skillnad är utformningen av möjligheten att utfärda CET 1-instrument genom statsstöd. Det amerikanska regelverket ställer inte upp några särskilda regler för den utformningen utöver att tillsynsmyndigheterna kan godkänna vissa instrument, medan det europeiska regelverket har reglerat samma fråga närmare.²²² Det torde dock inte påverka vare sig konkurrensen mellan marknaderna eller kapitaliseringen. Skillnaderna ger i princip endast uttryck för de olika regleringsteknikerna mellan de två jurisdiktionerna. Dessutom kan statsstöd ges i andra mer betydande former än genom att utfärda CET 1-instrument.

²²⁰ 12 CFR § 217.1 (c) (2).

²²¹ 12 CFR § 217.32 (l) (4) (i) och (ii); 12 CFR § 217.131 (e) (3) (vi).

²²² 12 CFR § 217.20 (e).

4 Additional Tier 1 kapital

4.1 Tillåtna kapitalformer

Additional Tier 1 (AT 1) kapital utgör högabsorberande kapital i ett *going concern* skede, även om det inte håller samma kvalitet som CET 1-kapital. De primära skillnaderna kan sägas vara att AT 1-kapital kan utgöras av skuldliknande instrument och inte börjar absorbera förluster innan CET 1-kapitalet redan har börjat absorbera förlusterna.²²³

Eftersom tillgångar såsom balanserade vinster faller inom CET 1-kapital kan inte dessa utgöra AT 1-kapital, enligt Basel III-ramverket behandlas primärt finansiella instrument som AT 1-kapital.²²⁴ Som nämnt ovan kan vissa former av finansiella instrument klassas som CET 1-kapital,²²⁵ naturligt kan inte dessa samtidigt klassas som AT 1-kapital utan en förutsättning enligt Basel III-ramverket är att instrumenten inte kan inkluderas i CET 1-kapitalet.²²⁶ Liksom för CET 1-kapital tillåts även att överkurser som uppstår inom ramen för dessa instrument inkluderas som AT 1-kapital och även att vissa instrument utfärdade av konsoliderade dotterbolag.²²⁷

Det amerikanska regelverket ställer upp motsvarande förutsättningar för AT 1-kapital som Basel III-ramverket och tillåter således inte att tillgångar som faller in under CET 1-kapital inkluderas. Endast vissa finansiella instrument som inte är föremål för CET 1-kapital kan inkluderas.²²⁸ Även det europeiska regelverket behandlar som utgångspunkt AT 1-kapital på ett likande sätt som i USA och Basel III-ramverket.²²⁹

Inom framförallt Europa har ett särskilt finansiellt instrument kallat *Contingent Convertibles* (CoCos) utvecklats för att uppfylla de särskilda kraven för AT 1-instrument efter att Basel III-ramverket antogs och utgör idag ett av de vanligaste finansiella instrumenten för AT 1-kapital inom EU. Marknaden för CoCos uppgick redan kort efter antagandet år 2014 till 60 miljarder euro.²³⁰ Ett annat vanligt instrument för AT 1-kapital är aktieformer som inte uppfyller kraven för CET 1-kapital, såsom preferensaktier eftersom dessa har en viss rätt till utdelning och inte absorberar förluster samtidigt som stamaktier, men ändå utgör en säker form av kapital.²³¹

²²³ Jfr Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019) s. 88 f.

²²⁴ Basel III CAP 10.9.

²²⁵ I princip endast stamaktier, se avsnitt 3.1.

²²⁶ Basel III CAP 10.9 (1).

²²⁷ Basel III CAP 10.9 (2) – (3).

²²⁸ 12 CFR § 217.20 (c).

²²⁹ Art. 51 CRR.

²³⁰ European Securities and Markets Authority, Statement, *Potential risks associated with investing in contingent convertibles instrument*, 31 juli 2014.

²³¹ Jfr Basel III CAP 10.8 (5) och (8).

Den del av minoritetsintresset som får inkluderas i AT 1-kapitalet beräknas genom i huvudsak samma metod som för CET 1-kapital enligt Basel III-ramverket, det amerikanska och det europeiska regelverket. Även om de exakta värdena kan skilja sig mellan kapitalklasserna.²³² Minoritetsintresset behandlas därför inte särskilt i detta kapitel.²³³

4.2 Alternative Tier 1 instrumentens utformning

4.2.1 Slutgiltigt inbetalda och efterställda andra fordringar

En grundförutsättning för att ett finansiellt instrument ska få betraktas som AT 1-kapital enligt Basel III-ramverket är att instrumentet är slutgiltigt inbetalt så att det inte föreligger någon kreditrisk.²³⁴ Motsvarande krav på att vara fullt inbetalt finns både i det amerikanska och det europeiska regelverket.²³⁵

Vidare ställer Basel III-ramverket upp krav på att AT 1-instrument ska vara efterställda alla andra fordringar hos banken samt insättarna i banken.²³⁶ Ramverket ställer också upp krav på att instrumenten inte får vara föremål för någon form av garanti som indirekt kan förstärka instrumentets prioritering från vare sig banken eller annan nära kopplad organisation.²³⁷ Det amerikanska regelverket ställer upp närmast identiska krav både vad gäller att instrumentet ska vara efterställda alla övriga fordringar samt inte täckas av någon garanti som praktiskt taget kan förbättra instrumentets ställning vid en likvidation eller konkurs.²³⁸

Det europeiska regelverket ställer upp liknande villkor som i praktiken motsvarar det amerikanska kraven på efterställning och att inte vara täckt av någon garanti. Utformningen av kraven ser dock annorlunda ut i jämförelse med det amerikanska regelverket. I det europeiska regelverket anges inte direkt att AT 1-instrumenten ska vara efterställda alla andra fordringar, vad som anges är att dessa instrument ska rankas under Tier 2 instrument.²³⁹ I praktiken har formuleringen en liknande effekt som det amerikanska eftersom Tier 2 instrument ska vara efterställda alla andra efterställda fordringar.²⁴⁰ Eftersom AT 1-instrumenten ska vara efterställda Tier 2 instrumenten är alltså dessa även i det europeiska regelverket efterställda samtliga övriga fordringar. I likhet med det amerikanska regelverket finns också ett förbud mot

²³² Basel III CAP 10.22 – 23; 12 CFR § 217.21 (a) (3); art. 85 CRR.

²³³ För en redogörelse av minoritetsintresse se avsnitt 3.3.

²³⁴ Basel III CAP 10.11 (1).

²³⁵ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (i); art. 52.1 (a) CRR.

²³⁶ Basel III CAP 10.11 (2).

²³⁷ Basel III CAP 10.11 (3).

²³⁸ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (ii) och (iii).

²³⁹ Art. 52.1 (d) CRR.

²⁴⁰ Art. 63 (d) CRR.

garantier som i praktiken skulle kunna förbättra instrumentens ställning vid en likvidation eller konkurs.²⁴¹ Funktionen av regleringen i både USA och EU når alltså i praktiken samma resultat trots olika utformning.

4.2.2 Löptid och förtida inlösen

Beträffande de finansiella instrumentens löptid ställer Basel III-ramverket upp ett krav på att dessa inte får ha en förutbestämd löptid utan ska vara utställda med en evig löptid.²⁴² Även det amerikanska regelverket ställer upp motsvarande krav på att instrumenten inte får ha någon förutbestämd löptid.²⁴³ I likhet med såväl det amerikanska regelverket som Basel III-ramverket ställer även det europeiska regelverket upp ett krav på att instrumenten ska ha en evig löptid.²⁴⁴

Trots att instrumenten inte tillåts ha en bestämd löptid finns det möjlighet att lösa in dessa under vissa närmare reglerade former. Enligt Basel III-ramverket är det endast utställaren, det vill säga banken, som får initiera en inlösning av instrumenten och det får ske efter tidigast fem år.²⁴⁵ En inlösning måste även godkännas av den relevanta tillsynsmyndigheten som endast ska godkänna inlösen om (i) banken ersätter instrumentet med kapital av motsvarande eller bättre kvalitet, eller (ii) banken kan visa att kapitalhållningen är väl över vad som utgör miniminivån.²⁴⁶ Det kan dock enligt Basel III-ramverket vara accepterat att lösa in instrumentet tidigare än fem år efter utställandet om det beror på skattemässiga eller regulatoriska skäl som banken inte kunnat förutse vid utställandet av instrumenten.²⁴⁷

Även det amerikanska regelverket ställer upp krav på att instrumenten inte får lösas in förrän tidigast fem år efter utfärdandet och ska föregås av ett godkännande från aktuell tillsynsmyndighet samt initieras från banken själv.²⁴⁸ Det finns även i det amerikanska regelverket ett krav på att instrumenten antingen före alternativt omedelbart efter inlösen ska ersättas av kapital med åtminstone motsvarande kvalitet alternativt uppvisa att bankens kapital ligger väl över gränsvärdena.²⁴⁹ Ett undantag för att lösa in instrumenten tidigare än fem år efter utfärdandet om det beror på skattemässiga eller regulatoriska skäl som motsvarar Basel III-ramverket finns även inom det amerikanska regelverket.²⁵⁰

²⁴¹ Art. 52.1 (e) och (f) CRR.

²⁴² Basel III CAP 10.11 (4).

²⁴³ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (iv).

²⁴⁴ Art. 52.1 (g) CRR.

²⁴⁵ Basel III CAP 10.11 (5).

²⁴⁶ Basel III CAP 10.11 (5) (a) och (c).

²⁴⁷ Basel III CAP 10.11 (5) (d).

²⁴⁸ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (v).

²⁴⁹ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (v) (C).

²⁵⁰ 12 CFR § 217.20 (1) (c) (v).

Det europeiska regelverket har en liknande reglering för inlösen som det amerikanska regelverket. Det är inledningsvis även i det europeiska regelverket endast banken själv som får initiera en inlösenprocess som ska godkännas av aktuell tillsynsmyndighet.²⁵¹ Vidare får inte instrumenten lösas in tidigare än fem år från utfärdandet, om det inte undantagsvis beror på skattemässiga eller regulatoriska händelser som banken inte kunnat förutse, precis som i det amerikanska regelverket.²⁵² Instrumenten behöver också, likt det amerikanska regelverket, antingen ersättas med kapital som lägst motsvarar kvaliteten av instrumenten som senast vid inlösen, alternativt behöver banken påvisa att den har kapital som väl motsvarar dem regulatoriska minimikraven.²⁵³

Såväl Basel III-ramverket som det amerikanska och europeiska regelverket ställer alltså upp ett tydligt förbud mot att banken i samband med utställandet av instrumenten ger upphov till en förväntan, vare sig direkt eller indirekt, att en inlösen av instrumenten kommer att ske.²⁵⁴

Regleringen av löptid och möjlighet till inlösen liknar varandra både till reglernas utformning och praktiska funktion mellan det amerikanska och europeiska regelverket.

4.2.3 Utdelning

En väsentlig skillnad hos AT 1-instrument jämfört med CET 1-instrument är möjligheten att enligt Basel III-ramverket använda föravtalade utdelningar eller löpande förfallande räntekuponger, vilket inte tillåts för CET 1-instrument.²⁵⁵ Utdelningar och kuponger omfattas dock av vissa begränsningar. Den mest väsentliga begränsningen är att banken ska ha full diskretion att när som helst utan närmare motivering ställa in såväl utdelningar som kupongutbetalningar.²⁵⁶ Innebörden av att ställa in utdelningar och kupongutbetalningar är enligt Basel III-ramverket långtgående och inte ens om utbetalning sker till ett lägre prioriterat instrument får det påverka diskretionen av AT 1-instrumenten.²⁵⁷ Det är inte heller tillåtet att ge utdelningarna eller kupongutbetalningarna en tvingande verkan innehållande en omvandlingsmekanism till stamaktier om det endast beror på att utbetalningen är inställd, eftersom det skulle innebära en default för instrumentet.²⁵⁸

²⁵¹ Art. 52.1 (h) och (i), art. 77 (b) CRR.

²⁵² Art. 78.4 CRR.

²⁵³ Art. 78.1 CRR.

²⁵⁴ Basel III CAP 10.11 (5) (b); 12 CFR § 217.20 (c) (1) (v) (B); art. 52.1 (j) CRR.

²⁵⁵ Basel III CAP 10.11 (7); jfr Basel III CAP 10.8 (6) och (7).

²⁵⁶ Basel III CAP 10.11 (7) (a).

²⁵⁷ Basel III CAP 10.11 fotnot 8.

²⁵⁸ Basel III CAP 10.11 (7) (b); se också Basel III CAP 10.11 fotnot 8.

För det fall en utdelning eller kupongutbetalning ställs in får det enligt Basel III-ramverket inte leda till några begränsningar för bankens användning av kapitalet.²⁵⁹ Undantaget är för det fall en utebliven betalning hindrar utdelning kopplat till stamaktierna och i vissa fall andra AT 1-instrument.²⁶⁰ Både utdelningar och kupongutbetalningar måste vidare rymmas inom det fria egna kapitalet.²⁶¹ Det noteras dock redan av BCBS att kupongutbetalningar i flera jurisdiktioner inte klassificeras som utdelning utan som kostnader och således inte omfattas av det regulatoriska kravet på att rymmas inom fritt eget kapital. Enligt BCBS ska det av lagstiftarna ändå krävas att kupongutbetalningarna rymms inom det fria egna kapitalet för kapitaliseringsändamål.²⁶²

Det amerikanska regelverket uppställer liknande krav på utdelningar som Basel III-ramverket. Inget uttryckligt förbud mot föravtalade utdelningar eller räntekuponger finns, men det föreligger ett krav på att banken ska ha full diskretion över att ställa in betalningar kopplade till såväl utdelningar som kuponger och en utebliven utbetalning får inte innebära en default för instrumentet.²⁶³ Även här tillåts dock att en inställd utbetalning påverkar utdelning till stamaktier eller AT 1-instrument.²⁶⁴ Det ställs också upp krav på att samtliga utbetalningar ska ske via vad som motsvarar fritt eget kapital, även om posterna presenteras med precision i det amerikanska regelverket.²⁶⁵

Det europeiska regelverket liknar det amerikanska regelverket i stort. Inte heller i det europeiska regelverket finns något hinder mot att använda föravtalade utdelningar eller räntekuponger för AT 1-instrumenten, men banken måste ha en fullständig diskretion över att kunna ställa in utbetalningar.²⁶⁶ En utebliven utbetalning får inte heller enligt det europeiska regelverket innebära en default för instrumentet.²⁶⁷ I motsats till det amerikanska regelverket tillåter dock inte det europeiska regelverket att en inställd utbetalning påverkar utbetalningar till stamaktier och motsvarande AT 1-instrument.²⁶⁸ I likhet med det amerikanska regelverket ska även utbetalningar av räntekuponger som klassificeras som kostnader ske ur fritt eget kapital enligt det europeiska regelverket.²⁶⁹

²⁵⁹ Basel III CAP 10.11 (7) (c).

²⁶⁰ Basel III CAP 10.11 (7) (d); se också Basel III CAP 10.11 FAQ 9.

²⁶¹ Basel III CAP 10.11 (8).

²⁶² Basel III CAP 10.11 fotnot 9.

²⁶³ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (vii).

²⁶⁴ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (vii).

²⁶⁵ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (viii).

²⁶⁶ Art. 52.1 (1) (iii) CRR.

²⁶⁷ Art. 52.1 (1) (iv) CRR.

²⁶⁸ Art. 52.1 (1) (v) och art. 53 (b) CRR.

²⁶⁹ Art. 52.1 (1) (i).

Sammantaget liknar utformningen av utdelningar och räntekuponger varandra i det amerikanska respektive det europeiska regelverket. Vad som utgör en skillnad är att det europeiska regelverket tillåter ett undantag för att en inställd utbetalning får påverka utdelning kopplat till stamaktier och AT 1-instrument, vilket även tillåts enligt Basel III-ramverket.²⁷⁰ I teorin har alltså europeiska banker möjlighet att använda det fria egna kapitalet för utdelning till stamaktierna innan utbetalning av räntekuponger sker. I praktiken torde det dock ha en påverkan på bankens rykte och trovärdighet och leda till konsekvenser utanför kapitaliseringskraven som inte tas upp inom ramen för uppsatsen och som i praktiken innebär att banken lider större skada än nytta av att utnyttja regelverket på ett sådant sätt. Jämför också konverteringen av skuldinstrument i avsnitt 4.2.4 nedan som innebär att ett sådant förfarande inte märkbart torde påverka innehavarens ekonomiska ställning märkbart i ett *going concern* skede för banken.

4.2.4 Omvandlingsmekanism

Den främst utmärkande egenskapen för AT 1-instrument är den så kallade omvandlingsmekanismen. Enligt Basel III-ramverket är det ett krav att AT 1-instrument som klassificeras som skulder, det vill säga har en liknande karaktär som obligationer, ska kunna omvandlas till CET 1-kapital under vissa givna förutsättningar.²⁷¹ Det finansiella instrumentet får enligt Basel III-ramverket inte erkännande som AT 1-kapital till en högre grad än vad som kan omvandlas till CET 1-kapital.²⁷²

Omvandlingsmekanismen kan generera CET 1-kapital på två olika sätt, (i) genom att konverteras till stamaktier eller (ii) genom att skulden helt eller delvis avskrivs.²⁷³ Eftersom stamaktier utgör CET 1-kapital innebär en konvertering att nytt CET 1-kapital skapas samtidigt som skulden som instrumentet utgör upphör.²⁷⁴ I praktiken torde konverteringen motsvara en nyemission där betalning av aktierna sker genom kvittning i svensk rätt.²⁷⁵ För det fall

²⁷⁰ Jfr art 53 (b) CRR; jfr Basel III CAP 10.11 (7) (d) och Basel III CAP 10.11 fotnot 8; jfr 12 CFR § 217.20 (c) (1) (vii).

²⁷¹ Basel III CAP 10.11 (11).

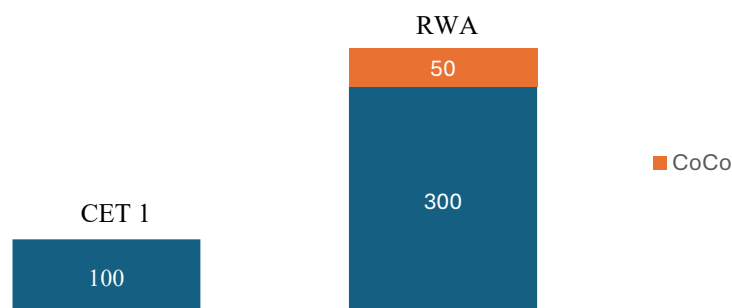
²⁷² Basel III CAP 10.11 (11).

²⁷³ Basel III CAP 10.11 (11) (a) och (b).

²⁷⁴ Jfr avsnitt 3.2.

²⁷⁵ 13 kap. 24 § aktiebolagslag (2005:551) (ABL); Notera att frågan om beslutsbehörighet uppstår eftersom det är bolagsstämman som antingen ska fatta beslut om en nyemission alternativt retroaktivt godkänna nyemissionen, 13 kap. 3 och 31 §§ ABL. Basel III-ramverket ställer inte upp något särskilt krav på att beslutsordningen ska vara korrekt. Det europeiska regelverket stadgar dock att alla nödvändiga beslut ska ha erhållits vid tidpunkten för utställandet, vilket torde inkludera ett godkännande från bolagsstämman, art. 54.7 CRR. Frågan behandlas inte djupare i denna uppsats.

omvandlingsmekanismen enbart består av att skulden avskrivs uppstår inget nytt CET 1-kapital, men kvoten för CET 1-kapital ökar eftersom RWA minskar.



	CET 1	Totalt RWA	CET 1-kvot ²⁷⁶
Före avskrivning	100	350	29%
Efter avskrivning	100	300	33%

Enligt Basel III-ramverket ska omvandlingsmekanismen senast träda i kraft när CET 1-kvoten uppgår till 5,125 %.²⁷⁷ Vilket kan noteras är högre än minimivån för CET 1-kvoten som är 4,5%.²⁷⁸ Att gränsen för omvandlingsmekanismen är högre än minimigränsen kan motiveras med att banken ska omvandla kapitalet innan CET 1-kapitalet börjar förbrukas.

Vidare finns ett krav i Basel III-ramverket på att den relevanta tillsynsmyndigheten ska vara behörig att besluta om att omvandlingsmekanismen ska träda i kraft vid ett särskilt angivet scenario.²⁷⁹ Det utlösande scenariot består av att antingen (i) den relevanta tillsynsmyndigheten bedömer att banken kommer att bli insolvent, eller (ii) den relevanta tillsynsmyndigheten bedömer att statligt stöd är nödvändigt för att banken inte ska bli insolvent.²⁸⁰ Scenariot ämnar aktivera omvandlingsmekanismen innan den löses ut av gränsvärdena ovan om den relevanta tillsynsmyndigheten bedömer att banken oundvikligt kommer att behöva lösa in instrumenten för att undvika insolvens. Möjligheten ämnar också förebygga ojämlikheter mellan banker beroende på frekvensen av beräkningen av gränsvärdena.²⁸¹ Behörigheten för den relevanta tillsynsmyndigheten kan uppstå på två olika sätt, (i) genom ett avtalsrättsligt villkor vid utställandet av instrumentet,²⁸² eller (ii) genom att den relevanta tillsynsmyndigheten har den behörigheten enligt nationell lagstiftning för den aktuella jurisdiktionen samt såväl

²⁷⁶ Notera att kvoterna är orealistiskt höga för att skapa ett skönsmissigt diagram.

²⁷⁷ Basel III CAP 10.11 (11) (a) och (b).

²⁷⁸ Jfr Basel III RBC 20.1 (1).

²⁷⁹ Basel III CAP 10.11 (16) och 10.12.

²⁸⁰ Basel III CAP 10.11 (16) (a) (i) och (ii).

²⁸¹ Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013, s. 44 ff.

²⁸² Basel III CAP 10.11 (16).

myndigheten som banken har informerat om den behörigheten vid utställandet av instrumentet.²⁸³

Det amerikanska regelverket saknar regler som behandlar den omvandlingsmekanism som ställs upp i Basel III-ramverket.²⁸⁴ Det beror på att de amerikanska tillsynsmyndigheterna, som också är lagstiftare på området, inte anser att instrument som klassificeras som skulder har en tillräckligt hög absorberingsförmåga för att tillräknas AT 1-kapital.²⁸⁵ Tillsynsmyndigheterna motiverade i sitt förslag till införande av reglerna att det skulle stärka de amerikanska bankernas absorberingsförmåga att endast tillåta instrument som enligt GAAP klassificeras som eget kapital.²⁸⁶ Ett antal av remissinstanserna som kommenterade lagförslaget höll dock inte med tillsynsmyndigheterna och önskade att de skulle ändra förslaget så att instrument som klassificeras som skulder skulle tillåtas. Tillsynsmyndigheterna höll dock fast vid sin syn.²⁸⁷ Det amerikanska regelverket innehåller därför, i motsats till Basel III-ramverket, ett krav på att instrumenten ska klassificeras som eget kapital.²⁸⁸

I motsats till det amerikanska regelverket har det europeiska regelverket införlivat möjligheten att inkludera instrument som klassificeras som skulder i AT 1-kapitalet förutsatt att det föreligger en omvandlingsmekanism.²⁸⁹ Det europeiska regelverket tillåter likt Basel III-ramverket att omvandling sker genom att (i) instrumentet konverteras till stamaktier eller (ii) att skulden avskrivs.²⁹⁰ För instrument som utfärdas enligt det europeiska regelverket gäller samma omvandlingsgränsvärde som i Basel III-ramverket. Vilket innebär att omvandlingsmekanismen ska aktiveras senast när CET 1-kvoten sjunkit till 5,125%.²⁹¹

Tillsynsmyndigheterna i den relevanta medlemsstaten i EU ska enligt det europeiska regelverket vara behörig att besluta om att omvandlingsmekanismen ska aktiveras tidigare än gränsvärdet om tillsynsmyndigheten bedömer att banken oundvikligt kommer att behöva lösa in instrumenten för att undvika insolvens.²⁹² Det innebär att instrument som utfärdas enligt det europeiska regelverket inte behöver ha en särskild avtalsklausul som ger myndigheterna den

²⁸³ Basel III CAP 10.12.

²⁸⁴ Jfr 12 CFR § 217.20 (c) (1).

²⁸⁵ Regulatory Capital Rules 78 Fed. Reg. 62018 (Oct. 11, 2013) s. 62047, (kodifierad i 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x)).

²⁸⁶ Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792 (Aug. 30, 2012) s. 52813, (kodifierad i 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x)).

²⁸⁷ Regulatory Capital Rules 78 Fed. Reg. 62018 (Oct. 11, 2013) s. 62048, (kodifierad i 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x)).

²⁸⁸ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x).

²⁸⁹ Art. 52.1 (n) CRR.

²⁹⁰ Art. 52.1 (n) CRR.

²⁹¹ Art. 54.1 (a) CRR.

²⁹² Art. 59.3 BRRD.

behörigheten för att vara förenliga med Basel III-ramverket, förutsatt att myndigheten och banken som ställer ut instrumentet informerar om den legala behörigheten vid utställandet av instrumentet.²⁹³

I motsats till Basel III-ramverket beaktar det europeiska regelverket utöver själva omvandlingsmekanismens utformning även att den ska vara tydlig och förenlig med annan lagstiftning inom framförallt aktiebolagsrätten. Dels krävs vid en konverteringsmekanism att gränsvärden för konverteringen anges i instrumentets avtal,²⁹⁴ dels att det finns aktiekapital som täcker konverteringen och att inga andra aktiebolagsrättsliga hinder mot konvertering i exempelvis bolagsordning eller andra förfaranden föreligger.²⁹⁵

Sammantaget innebär det att det europeiska regelverket, likt Basel III-ramverket, tillåter vissa finansiella instrument inom ramen för AT 1-kapital som inte tillåts enligt det amerikanska regelverket. Vilket innebär att AT 1-kapital har en bredare definition inom EU jämfört med USA. Den bredare definitionen torde dock inte påverka kapitalets kvalitet negativt, dels har BCBS ansett att det är en lämplig kapitalform, dels finns det reglering som säkerställer att kapitalet kan absorbera förluster på ett säkert sätt.

4.3 Contingent Convertibles

Ett finansiellt instrument som att blivit allt vanligare i framförallt Europa sedan Basel III-ramverket börjat implementeras är *Contingent Convertibles* (CoCos). Beroende hur en CoCo utformas kan den antingen kvalificeras för AT 1-kapital eller Tier 2 kapital.²⁹⁶ Instrumenten är särskilt framtagna för att uppfylla de regulatoriska kraven på kapital och är mycket avancerat uppbyggda. CoCos är som utgångspunkt vanligen uppbyggda som ett skuldinstrument med en omvandlingsmekanism som antingen kan konvertera skulden till stamaktier eller avskryva skulden helt eller delvis om utgivarens, bankens, kapital sjunker under ett viss förutbestämt gränsvärde.²⁹⁷

Den grundläggande strukturen för alla CoCos kan delas upp i två huvudsakliga egenskaper som karaktäriserar instrumenten, (i) utlösaren och (ii) själva omvandlingsmekanismen.²⁹⁸ Utlösaren motsvarar gränsvärdet i de regulatoriska kraven för AT 1-instrument och kan

²⁹³ Basel III CAP 10.11 (16) och 10.12.

²⁹⁴ Art. 54.1 (c) CRR.

²⁹⁵ Art. 54.6 och 7 CRR.

²⁹⁶ Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013, s. 46 f; Eftersom uppsatsen endast behandlar T1 kapital diskuteras inte T2 CoCos vidare.

²⁹⁷ Ibid., s. 43.

²⁹⁸ Ibid., s. 44.

struktureras på olika sätt i en CoCo. Precis som i de regulatoriska kraven kan utlösaren delas upp i två kategorier, (i) automatiskt vid ett utlösande värde och (ii) vid beslut av en tillsynsmyndighet. Eftersom de regulatoriska kraven inte i detalj reglerar hur gränsvärdena ska beräknas annat än att det utgörs av en CET 1-kvot lämnas det öppet att kontraktsmässigt reglera om utlösaren ska baseras på ett bokföringsvärde eller marknadsvärde.²⁹⁹

Om utlösaren beräknas utifrån bokfört värde anges den vanligen till den bokförda CET 1-kvoten och motsvarar således det regulatoriska gränsvärdet. Vad som skapar osäkerhet när utlösaren beräknas utifrån bokfört värde är dels hur ofta, dels enligt vilken modell som CET 1-kvoten beräknas. Det kan innebära osäkerheter för hur och när utlösaren faktiskt träder i kraft och skapar en risk för att den inte löser ut i rätt tid.³⁰⁰

Grundar sig utlösaren istället på marknadsvärdet beräknas det vanligen som bankens börsvärde i förhållande till sina tillgångar. I jämförelse med en utgångspunkt mot bokfört värde uppstår här inte osäkerheter utifrån frekvens och tillvägagångssätt för beräkning, vilket gör att marknadsvärdet är tillförlitligt. Däremot kan en utgångspunkt i marknadsvärdet leda till incitament för marknadsmanipulation och är svårare att värdera prismässigt än en utlösare som grundar sig på det bokförda värdet.³⁰¹

För det fall utlösaren grundar sig på tillsynsmyndigheters beslut baseras aktiverandet på bedömningen från tillsynsmyndigheten av bankens ekonomiska ställning och solvens. En sådan utgångspunkt eliminerar osäkerheterna som uppstår vid utgångspunkt i det bokförda värdet och incitamenten för marknadsmanipulation vid utgångspunkt i ett marknadsvärde. Det är dock en förutsättning att det finns tydliga riktmärken för när tillsynsmyndigheten kommer att aktivera utlösaren.³⁰²

Vikten av att tillsynsmyndigheterna inte missbrukar sitt beslutsmandat att aktivera utlösaren uppmärksammades under år 2023 när UBS förvärvade Credit Suisse för tre miljarder US dollar. Bakgrunden till förvärvet var att hantera det minskade förtroendet för Credit Suisse som hade börjat utsättas för en massiv uttagning från insättarna. Den schweiziska tillsynsmyndigheten översåg förvärvet och aktiverade utlösaren som helt avskrev ett värde på 17 miljarder US dollar värt av CoCos. De tre miljarder US dollar som förvärvet omfattade kom aktieägarna till dels.

²⁹⁹ Jfr Basel III CAP 10.11 (11) och art. 54.1 (a) CRR.

³⁰⁰ Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013, s. 44 f.

³⁰¹ *Ibid.*, s. 45.

³⁰² *Ibid.*, s. 45 f.

Konsekvensen blev en massiv osäkerhet på marknaden för CoCos eftersom aktieägarna som regel ska absorbera denna form av förluster före skuldliknande instrument.³⁰³

När det kommer till den andra karaktäristiska egenskapen som utgörs av omvandlingsmekanismen kan den, precis som enligt de regulatoriska kraven, bestå av att antingen (i) instrumentet konverteras till stamaktier, eller (ii) att skulden hos instrumentet helt eller delvis avskrivs. Eftersom konverteringen i praktiken genomförs som en nyemission behöver konverteringskursen regleras vid utställandet av en CoCo. Normalt baseras kursen på (i) aktiernas marknadsvärde vid tidpunkten utlösaren träder i kraft, (ii) en förutbestämd fast kurs, eller (iii) aktiernas marknadsvärde med ett förutbestämt tröskelvärde som konverteringskursen inte kan sjunka under.³⁰⁴

Baseras konverteringskursen uteslutande på aktiernas marknadsvärde kan det sannolikt leda till en väsentlig utspädning för redan existerande aktieägare, men samtidigt uppstår då ett incitament för de existerande aktieägarna att inte låta utlösaren aktiveras genom att till exempel tillskjuta kapital åt banken. Vid en utgångspunkt i en förutbestämd fast kurs är det incitamentet inte lika stort eftersom utspädningen inte kommer att vara lika väsentlig.³⁰⁵

För CoCos som avskrivs när utlösaren aktiveras kan dessa beroende på utformningen av instrumentet antingen skrivas av i sin helhet, vilket innebär en fullständig förlust för innehavaren, eller ha en mekanism som endast skriver av en del av instrumentet.³⁰⁶ Det är alltså möjligt att ha en CoCo som skrivs av till 75% och återbetalas till 25% om utlösaren aktiveras. För en sådan CoCo får dock endast 75% av värdet då tillräknas AT 1-kapital.³⁰⁷

Eftersom CoCos i grunden är ett skuldinstrument som liknar obligationer ger CoCos en avkastning. Särskilt för AT 1-CoCos som behöver ha en evig löptid sker avkastningen genom löpande kupongutbetalningar.³⁰⁸ En väsentlig del av prissättningen för alla finansiella instrument är vilken risk instrumentet innebär för innehavaren. Eftersom CoCos har en omvandlingsmekanism utgör CoCos en högre risk jämfört med andra skuldinstrument såsom obligationer och innebär följaktligen att avkastningen således som regel är högre. Storleken

³⁰³ Melin, L. och Panjwani, A., *Optimal Design of Contingent Capital*, Finance and Economics Discussion Series, Federal Reserve Board, 7 maj 2024, s. 2.

³⁰⁴ Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013, s. 46.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ibid.

³⁰⁷ Jfr Basel III CAP 10.11 (11) och art. 54.3 CRR.

³⁰⁸ Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013, s. 51 f.

påverkas också av vid vilket värde utlösaren aktiveras, ju tidigare desto högre avkastning eftersom risken är högre.³⁰⁹

Ett stort incitament för utgivaren av CoCos utgörs av skattemässiga avdrag. Huruvida kupongutbetalningarna är skattemässigt avdragsgilla beror primärt på om instrumentet klassificeras som ett skuldinstrument eller kapitalinstrument.³¹⁰ Även om CoCos huvudsakligen är strukturerade som ett skuldinstrument omvandlas de till ett kapitalinstrument vid konverteringen och utgör således ett hybridinstrument, vilket skapar skattemässig osäkerhet i flera jurisdiktioner. Inom EU, som principiellt saknar behörighet att anta rättsakter inom skatteområdet, regleras avdragen nationellt i varje medlemsstat.³¹¹ Flertalet europeiska länder tillåter att skatteavdrag görs för kupongutbetalningarna.³¹² I amerikansk federal skattelagstiftning finns ett uttryckligt hinder för att dra av kupongutbetalningar från instrument likt CoCos.³¹³

Instrument såsom CoCos tillåts inte i USA eftersom AT 1-instrument måste klassificeras som eget kapital enligt US GAAP.³¹⁴ Eftersom de skattemässiga incitamenten för att använda CoCos som AT 1-kapital saknas i USA kan det vara en orsak till frågan inte har drivits på mer frekvent från marknaden, även om vissa remissinstanser ansåg att instrumenten skulle godtas i samband med att regleringen om att inte tillåta denna form av instrument antogs.³¹⁵

I motsats till USA tillåts CoCos att inkluderas i det europeiska regelverket.³¹⁶ Det innebär att det europeiska regelverket tillåter ett bredare spektrum av finansiella instrument att inkluderas i AT 1-kapital. Instrumenten tillåts även att inkluderas enligt Basel III-ramverket, vilket innebär att det amerikanska regelverket har en snävare definition än vad ramverket ställer upp. Att ha en snävare definition torde inte påverka kapitaliseringsgraden negativt eftersom kvaliteten på kapitalet inte försämras. Men det torde dock kunna innebära konkurrensnackdelar eftersom instrument som CoCos är attraktiva då dessa har en högre avkastning. Det kan innebära att den europeiska marknaden är mer attraktiv än den amerikanska.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Bundgaard, J., *Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 2*, European Taxation Journal, (25 september 2019), s. 210.

³¹¹ Jfr art. 3 och 4 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

³¹² Bundgaard, J., *Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 2*, European Taxation Journal, (25 september 2019), s. 210.

³¹³ 26 USC § 163 (l) (3).

³¹⁴ 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x).

³¹⁵ Regulatory Capital Rules 78 Fed. Reg. 62048 (Oct. 11, 2013) s. 62048, (kodifierad i 12 CFR 217.20 (c) (1) (x)).

³¹⁶ Se avsnitt 4.2.4.

4.4 Preferensaktier

Vad som skiljer preferensaktier från stamaktier är att de håller vissa särskilda rättigheter, även kallat preferenser. Dessa preferenser har ofta en ekonomisk koppling såsom en fast årlig utdelning oberoende av beslut på bolagsstämman om utdelning för stamaktierna, eller förtur till residualen vid en likvidation eller konkurs. Det ska dock noteras att preferensaktierna inte kan ha förtur framför andra borgenärer som insättare eller innehavare av skuldinstrument, utan förturen gäller i förhållande till stamaktierna. Vanligt för preferensaktier är också att de har en lägre rösträtt i förhållande till stamaktierna eller ingen alls.³¹⁷

Preferensaktier uppfyller inte kraven för att inkluderas i CET 1-kapital eftersom de (i) kan ha en förutbestämd utdelning och (ii) inte absorberar förluster i samma takt som andra CET 1-instrument. Mer explicit, stamaktierna absorberar förluster tidigare än preferensaktier.³¹⁸ Eftersom dessa krav inte finns i AT 1-kapital tillåts preferensaktier dock att inkluderas där. Då preferensaktier utgör ett kapitalinstrument innebär det också att dessa tillåts inkluderas enligt det amerikanska regelverket, likväl som det europeiska.³¹⁹

Enligt Basel III-ramverket föreligger inget krav på att preferensaktier ska ha en omvandlingsmekanism eftersom dessa inte utgör ett skuldinstrument.³²⁰ Ett sådant krav föreligger inte heller enligt det amerikanska regelverket eftersom det helt saknas krav på en omvandlingsmekanism där.³²¹ Eftersom det ska stå banken fritt att besluta om att ställa in såväl fasta utdelningar som kupongutbetalningar torde det inte innebära något problem eftersom prioriteringen vid likvidation och konkurs endast innebär prioriteritet framför stamaktier.³²²

Till skillnad från det amerikanska regelverket och Basel III-ramverket gör inte det europeiska regelverket någon skillnad på om instrumentet utgörs av ett kapital- eller skuldinstrument vid kravet på en konverteringsmekanism.³²³ Konverteringen kan dock vara tillfällig och eftersom det som hindrar preferensaktierna från att inkluderas i CET 1-kapital är just preferenserna torde det vara tillräckligt med en mekanism som pausar preferenserna tills det aktuella tröskelvärdet är återställt.³²⁴ Eftersom preferensutdelningarna i praktiken ändå skulle ha varit tvungna att ställas in genom ett beslut från banken under motsvarande tid torde

³¹⁷ Office of the Comptroller of the Currency, *Comptroller's handbook: Capital and Dividends*, version 1.0 (July 2018), s. 3.

³¹⁸ 12 CFR § 217.10 (b) (1) (v) – (viii); art. 28.1 (h) och (i) CRR.

³¹⁹ Jfr 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x).

³²⁰ Jfr Basel III CAP 10.11 (11).

³²¹ Jfr 12 CFR § 217.20 (c) (1).

³²² Basel III CAP 10.11 (7); 12 CFR § 217.20 (c) (1) (vii).

³²³ Art. 52.1 (n) CRR.

³²⁴ Jfr art. 28.1 CRR.

den skillnaden snarare ha en teoretisk funktion vid utformningen och en näst intill obefintlig konsekvens i praktiken. Det finns alltså en skillnad i utformningen mellan det amerikanska och europeiska regelverket. Men den praktiska funktionen av de båda regleringarna uppnår samma syfte.

4.5 Sammanfattning Additional Tier 1 kapital

Sammantaget kan beträffande AT 1-kapital sägas att det amerikanska regelverket till stor del motsvarar det europeiska regelverket. Båda regelverken tillåter som utgångspunkt att det är finansiella instrument som inkluderas och inte olika former av tillgångar eftersom de utgör CET 1-kapital. Vad som är den mest väsentliga skillnaden mellan regelverken är att den amerikanska lagstiftaren har valt att anta ett krav på att det finansiella instrumentet ska klassificeras som eget kapital, medan det europeiska regelverket tillåter att skuldinstrument kan inkluderas i bankens AT 1-kapital.³²⁵

Skillnaden kan betraktas som väsentlig i praktiken eftersom finansiella instrument som CoCos inte tillåts att inkluderas i bankens AT 1-kapital i den amerikanska jurisdiktionen. Ur ett rent kapitaliseringsperspektiv torde den aspekten ha en inverkan på konkurrensen mellan marknaderna eftersom skuldinstrument är en förmånligare kapitalform för banken. Om dessutom möjligheten att skattemässigt dra av kupongutbetalningarna från skuldinstrumenten beaktas kan det anses vara ännu mer förmånligt för banken.³²⁶

När det kommer till om skillnaden kan påverka kapitaliseringsgraden av bankerna i USA och EU torde inte denna skillnad ha en betydande påverkan. De amerikanska bankerna använder i högre grad preferensaktier som AT 1-kapital istället för skuldinstrument som har kommit att bli vanligt inom EU. Eftersom preferensaktierna har flera liknelser med stamaktier som utgör CET 1-kapital kan dessa anses vara kvalitativa som AT 1-kapital och absorbera förluster på ett tillfredsställande sätt. Ett skuldinstrument kan som utgångspunkt inte absorbera förluster på motsvarande sätt som aktier. Eftersom en förutsättning är att skuldinstrumenten kan omvandlas till CET 1-kapital alternativt helt avskrivas har skuldinstrumenten som inkluderas i AT 1-kapitalet en tillfredsställande absorberingsförmåga redan i ett *going concern* skede.

Sammantaget utgör detta en väsentlig skillnad mellan jurisdiktionerna. De olika reglerna kan inte anses fylla samma praktiska funktion även om de båda säkerställer kvalitativt kapital eftersom det ena regelverket tillåter skuldinstrument och det andra helt förbjuder dessa.

³²⁵ Jfr 12 CFR § 217.20 (c) (1) (x) och art. 52.1 (n) CRR.

³²⁶ Jfr Bundgaard, J., *Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 2*, European Taxation Journal, (25 september 2019), s. 210.

5 Avslutande kommentarer

Både den amerikanska och europeiska regleringen har i hög grad har implementerat Basel III-ramverket på ett sätt som innebär att den praktiska funktionen som Basel III-ramverket ämnar ställa upp avspeglas. På flera håll i regleringarna syns att olika regleringstekniker används, vilket kan ge upphov till en tillsynes reell skillnad även om den praktiska funktionen ändå är densamma.

Det finns dock några väsentliga skillnader vad gäller såväl CET 1 som AT 1-kapital. Skillnaden som kan antas ha störst påverkan är de regellättnader som gäller vissa immateriella tillgångar inom det amerikanska regelverket. Utgångspunkten är som nämnt densamma mellan regelverken.³²⁷ MSA är dock en tillgång som tillåts inom det amerikanska regelverket men inte det europeiska. Noteras bör dock att även Basel III-ramverket tillåter tillgången. Dock har FDIC upplevt svårigheter med att realisera MSA under finansiellt svåra tider, vilket kan ifrågasätta kvaliteten hos tillgången.³²⁸ Vad som framförallt är utmärkande hos det amerikanska regelverket är dock att skillnad görs mellan om banken använder the SA eller the IRB-approach. Vid användning av the SA tillåts att upp till 25% av CET 1-kapitalet utgörs av MSA eller skattetillgångar, medan Basel III-ramverket och det europeiska regelverket ställer upp ett tak på 10% och ett kombinerat tröskelvärde på 15%.³²⁹

Det amerikanska regelverket har inte heller några särskilda regler beträffande möjligheten för en bank att ge ut CET 1-instrument till staten i form av statsstöd, vilket återfinns inom det europeiska regelverket. Att ge ut instrument till staten är dock inte den enda formen av statsstöd och torde primärt ge uttryck för de olika lagstiftningsteknikerna eftersom tillsynsmyndigheterna i USA också är lagstiftare på området, vilket inte är fallet i EU som dessutom har betydligt fler tillsynsmyndigheter eftersom varje medlemsstat har en egen tillsynsmyndighet.³³⁰

Den sista väsentliga skillnaden är att det amerikanska regelverket inte tillåter skulddliknande instrument såsom CoCos att inkluderas i AT 1-kapital trots konverteringsmekanismer som omvandlar instrumentet till CET 1-kapital. Denna typ av instrument tillåts enligt både det europeiska regelverket och Basel III-ramverket. Skillnaden torde inte påverka kvaliteten på AT 1-kapitalet hos bankerna, men kan mycket väl tänkas leda till en konkurrensfördel för europeiska banker.³³¹

³²⁷ Se avsnitt 3.5.1.

³²⁸ Se avsnitt 3.5.2.

³²⁹ Se avsnitt 3.5.2 och 3.5.3.

³³⁰ Se avsnitt 3.4.

³³¹ Se avsnitt 4.2.4 och 4.3.

Källförteckning

Offentligt tryck

EU

European Securities and Markets Authority, Statement, *Potential risks associated with investing in contingent convertibles instrument*, (31 juli 2014)

Europeiska bankmyndigheten Q&A 2013 541

Europeiska bankmyndigheten Q&A 2013 543

Europeiska bankmyndigheten Q&A 2017 3225

Europeiska bankmyndigheten Q&A 2017 3636

KOM (2011) 452 slutgiltig, förslag till europaparlamentet och rådets förordning om tillsynskrav för kreditinstitut och värdepappersföretag

Q&A, European Commission, *[b]anking package: [m]oving forward with the implementation of the Basel standards, while preserving the international level playing field*, 24 juli 2024, Q1

USA

Board of Governors of the Federal Reserve System, Federal Deposit Insurance Corporation, Office of the Comptroller of the Currency och National Credit Union Administration, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets*, (Juni 2016)

Office of the Comptroller of the Currency, *Comptroller's handbook: Capital and Dividends*, version 1.0 (July 2018)

Regulatory Capital Rules 77 Fed. Reg. 52792 (Aug. 30, 2012)

Regulatory Capital Rules 78 Fed. Reg. 62018 (Oct. 11, 2013)

Regulatory Capital Rule: Paycheck Protection Program 85 Fed. Reg. 20387 (Apr. 13, 2020)

Simplifications to the Capital Rule 82 Fed. Reg. 49984, (Oct. 27, 2017)

Simplifications to the Capital Rule 84 Fed. Reg. 35234, (Jul. 22, 2019)

The Board, FDIC, OCC och NCUA, *Report to the Congress on the Effect of Capital Rules on Mortgage Servicing Assets* (juni 2016)

Internationella organisationer

Basel Committee on Banking Supervision, *[a]mendment to the capital accord to incorporate market risks*, January 1996

Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, december 2010 (rev juni 2011)

Basel Committee on Banking Supervision, *Basel III: Finalising post-crisis reforms*, december 2017

Basel Committee on Banking Supervision, *[i]nternational convergence of capital measurement and capital standards*, July 1988, (Basel I)

Basel Committee on Banking Supervision, *[i]nternational convergence of capital measurement and capital standards a revised framework*, June 2004, (Basel II)

G20 Cannes Summit Communiqué, 4 november 2010, *Cannes Summit Final Declaration – Building Our Common Future: Renewed Collective Action for the Benefit of All*

G20 London Summit Communiqué, 2 april 2009, *[d]eclaration on strengthening the financial system – London summit, 2 April 2009*

G20 London Summit Communiqué, 2 april 2009, *London Summit – [l]eaders' Statement 2 April 2009*

G20 Pittsburgh Summit Communiqué, 24 – 25 september 2009, *[l]eaders' statement the Pittsburgh Summit September 24 – 25 2009*

G20 Toronto Summit Communiqué 26 – 27 juni 2010, *the G-20 Toronto Summit declaration June 26 – 27, 2010*, bilaga II *[c]apital and [l]iquidity*

G20 Washington Summit Communiqué, 15 november 2008, *[d]eclaration summit on financial markets and the world economy, November 15 2008*

Rättsfall

C-207/01 Altair Chimica, EU:C:2003:451

C-501/18 Balgarska Narodna Banka, EU:C:2021:249

Litteratur

- Alexander, K., *Principles of Banking regulation* (Cambridge university press 2019)
- Avdjiev, S., Bogdanova, B., Kartasheva, A., *CoCos: a primer*, Bank for International Settlement Quarterly Review, september 2013
- Baker, J. C., *The bank for international settlement: evolution and evaluation*, (Quorum books 2002)
- Bundgaard, J., *Convertible Debt Instruments in International Tax Law – Part 2*, European Taxation Journal, (25 september 2019)
- Craig, P., de Búrca, G., *EU law text, cases and materials*, sjunde upplagan (Oxford university press 2020)
- Glenn, H. P., *Comparative legal families and comparative legal traditions*, *The Oxford handbook of comparative law* (Oxford university press 2006), Reimann, M., Zimmermann, R. (red.)
- Goodhart, C., *The Basel committee on banking supervision: a history of the early years, 1974 – 1997* (Cambridge university press 2011)
- Ingves, S., *Basel III: Are we done now?*, 29 januari 2018, Basel Committee on Banking Supervision
- Legrand, P., *The impossibility of legal transplants*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (1997)
- Melin, L. och Panjwani, A., *Optimal Design of Contingent Capital*, Finance and Economics Discussion Series, Federal Reserve Board, 7 maj 2024
- Senden, L., *Soft law in european community law*, (Hart Publishing 2004)
- Teubner, G., *Legal irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, modern law review (1998)
- Watson, A., *Legal transplants*, (University press of Virginia 1974)
- Zweigert, K. och Kötz, H., *An introduction to comparative law*, tredje upplagan, (Clarendon press 1998)

Övrigt

Bank for International settlement, [*h*] *history of the Basel Committee*, hämtad 2025-11-19

<https://www.bis.org/bcbs/history.htm>