

18 november 2009

MED E-POST
(finansinspektionen@fi.se)

Finansinspektionen
Chefsjuristens kansli
Box 7821
103 97 Stockholm

Remissvar - förslag till föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i finansiella företag (FI Dnr 09-7346)

Finansinspektionen har genom skrivelsen *Remiss – förslag till föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem till finansiella företag* daterad 22 oktober 2009 (FI Dnr 09-7346) ("Remissen") givit möjlighet att lämna synpunkter på Finansinspektionens förslag till föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i finansiella företag. Remissmaterialet består av en promemoria *Förslag till föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i finansiella företag* daterad 22 oktober 2009 ("Promemorian"), ett utkast till *Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i finansiella företag*, daterat den 22 oktober 2009, avsett att gälla för kreditinstitut, värdepappersbolag och fondbolag ("Föreskriftsförslaget"), samt ett utkast till *Finansinspektionens allmänna råd om ersättningssystem i vissa finansiella företag*, daterat den 22 oktober 2009, avsett att gälla för försäkringsföretag, börser, clearingorganisationer och institut för utgivning av elektroniska pengar ("Förslaget till Allmänna Råd"). Föreskriftsförslaget och Förslaget till Allmänna Råd benämns nedan gemensamt som "Regelförslagen".

Med anledning av Remissen avger Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB ("G&D") följande yttrande.

Regelförslagen bör inte gå längre än vad som krävs enligt Kommissionens Rekommendation

Generellt kan konstateras att Regelförslagen går längre och innebär utökade begränsningar av finansiella företags möjlighet att utforma ersättningssystem så att de passar den enskilda verksamheten jämfört med vad som krävs enligt *Kommissionens rekommendation 2009/3159/EG av den 30 april 2009 om ersättningspolicy inom finanstjänstesektorn* ("**Kommissionens Rekommendation**"). Som exempel kan nämnas att Regelförslagen omfattar samtliga anställda när Kommissionens Rekommendation endast avser "de personalkategorier vars yrkesverksamhet konkret påverkar finansföretagets riskprofil" (se vidare nedan). Mot bakgrund av att olika finansiella företag har olika behov och att detaljreglering riskerar att också förhindra för vissa verksamheter sunda, ändamålsenliga, kostnadseffektiva och lämpliga ersättningssystem bör en rimlig utgångspunkt för genomförandet av Kommissionens Rekommendation vara att inte införa ytterligare begränsningar för finansiella företag utöver vad som krävs enligt Kommissionens Rekommendation utan en fördjupad analys av konsekvenserna och mycket starka skäl. Såvitt vi kan se har en fördjupad konsekvensanalys inte genomförts och några för svensk del särskiljande starka skäl har inte identifierats eller anförts.

Det bör förtydligas att med "ersättning" inte avses förvärv av finansiella instrument mot marknadsmässigt vederlag

Det bör förtydligas att program för deläggande och andra incitamentsprogram där anställda eller styrelseledamöter erbjuds att förvärva finansiella instrument eller rättigheter mot marknadsmässigt vederlag inte omfattas av begreppet "ersättning" såsom detta definierats i Regelförslagen. Såvitt vi förstår förekommer program för anställdas deläggande som baseras på att anställda köper in sig mot marknadsmässigt vederlag i stort sett enbart i Sverige. Kommissionens Rekommendation har rimligen inte tagit hänsyn till denna typ av, såvitt vi förstår, i sammanhanget ovanliga program och Kommissionens Rekommendation avser därför inte denna typ av program då de inte innehåller något moment av ersättning.

Vidare bör förtydligas att ägarandelar eller andra finansiella instrument i holdingbolag som inte står under Finansinspektionens tillsyn, t.ex. svenska

eller utländska holdingbolag, och som förvärvas av anställda mot marknadsmässigt vederlag eller som erbjuds anställda vederlagsfritt inte omfattas av Regelförslagen.

Förhållandet mellan de nya reglerna för noterade bolag och Regelförslagen bör klargöras

Flera större finansiella företag som kommer att omfattas av Regelförslagen är också noterade på Nasdaq OMX Stockholm och tillämpar Svensk kod för bolagsstyrning ("Koden"). Koden väntas revideras från och med årsskiftet för att bland annat genomföra *Kommissionens rekommendation 2009/3177/EG av den 30 april 2009 om att komplettera rekommendationerna 2004/913/EG och 2005/162/EG när det gäller ordningen för ersättningar till ledande befattningshavare i börsnoterade bolag*. Eftersom de i Regelförslagen angivna föreskriften och allmänna råden inte fullt ut överensstämmer med vad som föreslås gälla enligt den reviderade Koden är det angeläget att tydliggöra om Finansinspektionen anser att de företag som omfattas av dubbla regelverk ska tillämpa (i) enbart Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd, (ii) enbart Koden, eller (iii) både Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd och Koden, varvid det bör tydliggöras vilket regelverk som ska ha företräde i den utsträckning dessa är oförenliga.

Regelförslagen bör endast avse svenska finansiella företag

I det allmänna rådet till 1 kap. 2 § Föreskriftsförslaget anges att moderföretags styrelse ska verka för att gemensamma riktlinjer fastställs för hela koncernen och att Regelförslagen "i tillämpliga fall" följs av övriga företag inom koncernen. Motsvarande bestämmelse finns i Förslaget till Allmänna Råd.

Det bör klargöras vad som avses med "i tillämpliga fall". För det fall uttrycket avser att ange dotterföretag som också är finansiella företag bör detta anges.

Mot bakgrund av att Kommissionens Rekommendation kan komma att genomföras på olika sätt i olika medlemsstater och att andra stater utanför EU kan komma att tillämpa andra regler för ersättningssystem bör utländska finansiella dotterföretag till svenska finansiella företag följa regleringen i respektive dotterföretags hemland. Det bör klargöras i Regelförslagen att

skyldigheten att tillämpa Regelförslagen avser endast svenska finansiella dotterföretag. Detta klargörande kan t.ex. utformas enligt den modell som används i 2 § andra stycket lag (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda.

Det bör förtydligas vad som avses med ”särskilda skäl”

I 1 kap. 5 § Föreskriftsförslaget anges att Finansinspektionen kan besluta om undantag om det finns ”särskilda skäl”. I Promemorian anges på sid. 8-9 att små företag kan drabbas av en ”administrativ börda som kan uppfattas som oproportionerlig och onödig” och att ”det bör finnas en möjlighet att lämna dispens från de krav som ställs i föreskrifterna för företag vars ersättningssystem inte kan antas ha någon speciell betydelse för konkurrensen och inte heller spelar någon roll från ett systemriskperspektiv.” Mot bakgrund av att Regelförslagen gäller all ersättning till alla anställda i alla finansiella företag som står under Finansinspektionens tillsyn är det rimligt att anta att undantag kan komma att vara motiverade även i andra situationer än den särskilda situation som Finansinspektionen berör i Promemorian. Det bör därför ytterligare förtydligas vad som avses med ”särskilda skäl” och ytterligare vägledning lämnas om på vilka principiella grunder en dispensprövning ska göras.

Förhållandet mellan Regelförslagen och befintliga anställningsavtal bör klargöras

En central fråga är i vilken utsträckning de finansiella företag som berörs av Regelförslagen ska vara tvungna att säga upp befintliga anställningsavtal, separata avtal om rörlig ersättning och kollektivavtal (i den mån dessa innehåller bestämmelser som påverkas av Regelförslagen) till omförhandling. G&D uppfattar att förslaget är oklart på denna punkt. Den andra ikraftträdandebestämmelsen talar för att företagen är skyldiga att säga upp samtliga befintliga avtal till omförhandling i syfte att kunna teckna nya avtal som är förenliga med Regelförslagen. Detta synes också vara utgångspunkten på sid. 18 i Promemorian där kostnader för att omförhandla anställningsavtal behandlas. För den motsatta slutsatsen talar uttalandet på sid. 9 i Promemorian om att företag inte ska kunna säga upp befintliga anställningsavtal eller kollektivavtal med hänvisning till de nya reglerna.

Det är inte ovanligt att avtal om rörlig ersättning ingås för bestämd tid utan möjlighet för arbetsgivaren att säga upp dessa i förtid. G&D förordar att

finansiella företag inte ska vara skyldiga att säga upp befintliga avtal för att omedelbart genomföra bestämmelserna i Regelförslagen. En sådan skyldighet skulle sannolikt leda till höga kostnader för att lösa ingångna avtal som inte kan motiveras ur ett systemstabilitets- eller företagsekonomiskt perspektiv och skulle dessutom riskera att leda till iögonfallande engångsersättningar som torde vara i strid med intentionerna i Regelförslagen om att ersättningen skall betalas ut över en längre period för att skapa långsiktighet. Uppsägning av befintliga avtal torde medföra en omfattande administrativ börda och därmed förenade kostnader samt riskera att skapa oro och osäkerhet i berörda organisationer och för enskilda anställda. Det naturliga är att Regelförslagen successivt tillämpas på nya anställningsavtal och nya incitamentsprogram. En genomförandeperiod tycks också ha förutsatts i ingresspunkt 24 i Kommissionens Rekommendation där det anges att ”När medlemsstaterna anmäler åtgärder i enlighet med rekommendationen, bör en klart angiven tidsram ingå för finansföretags antagande av en ersättningspolicy som överensstämmer med rekommendationens principer.” G&D förordar således att finansiella företag inte ska vara skyldiga att säga upp befintliga avtal för att omedelbart genomföra bestämmelserna i Regelförslagen, utan enligt övergångsregler ska vara skyldiga att successivt tillämpa Regelförslagen på nya avtal.

Förhållandet mellan Regelförslagen och befintliga incitamentsprogram

Det förekommer att anställda erbjuds att delta i olika former av incitamentsprogram där slutlig ersättning är beroende av den anställdes deltagande och prestationer under flera år, t.ex. att en anställd genom successiva förvärv av aktier under flera år kvalificerar sig för att erhålla ”matchningsaktier” i slutet av programmets löptid. I den utsträckning befintliga fleråriga program löper även efter den 1 januari 2010 kan det leda till omotiverade negativa ekonomiska konsekvenser för den enskilde om de berörda finansiella företagen tvingas att avbryta incitamentsprogram för att dessa inte fullt ut uppfyller kraven enligt Regelförslagen. Det bör införas en generell övergångsregel som medger att befintliga fleråriga incitamentsprogram som löper före ikraftträdandet, men som inte fullt ut uppfyller Regelförslagen, genomförs enligt plan så att enskilda anställda inte går miste om idag intjänade men ännu inte utbetalda ersättningar.

Förändrade förutsättningar bör endast leda till innehållande eller återtagande av ersättning om de är baserade på uppenbart felaktiga grunder

I de allmänna råden anges att ersättningar ska kunna innehållas eller återtas om ersättningarna grundat sig på en resultatmätning som senare visat sig vara felaktig.

Det är endast rimligt att innehållande eller återtagande sker om felen är materiella. I punkt 9.5 i förslaget till reviderad Kod anges att utbetalningen ska ha skett på ”uppenbart felaktiga grunder”. Det är rimligt att även i Regelförslagen införa ett krav på materialitet av motsvarande art. Detta särskilt då frågan om innehållande eller återtagande torde aktualiseras på grund av ändrade redovisningsmässiga bedömningar och värderingar som alltid har ett inneboende inslag av subjektivitet.

Vidare kan det övervägas om inte bestämmelsen har fått en alltför snäv utformning. Bestämmelsen tar nu sikte på felaktiga ”resultatmätningar”. Resultatmätningarna kan i vissa fall tänkas ha varit korrekta, men då de baserats på felaktiga grunder kan det ändå vara motiverat att innehålla eller återta ersättningar. Det kan noteras att motsvarande bestämmelse i Koden talar om ”grunder” samt att punkt 4.6 i kommissionens Rekommendation talar om ”uppgifter” som visar sig vara felaktiga. Meningen skulle t.ex. kunna avslutas ”om ersättningen grundats på resultatmätningar som senare visat sig vara *baserade på uppenbart felaktiga grunder*”.

Konsekvensanalys av skatteeffekter

I Promemorians konsekvensanalys saknas beaktande av vilka skatteeffekter som Regelförslagen får för de anställda och för de finansiella företagen. Mot bakgrund av att skatteeffekter ofta har en avgörande betydelse vid utformandet av ersättningsprogram för anställda på grund av de kostnader som olika typer av beskattning kan medföra för anställda och företag bör även skattekostnaderna för att genomföra Regelförslagen noga beaktas.

Det bör noga övervägas om Regelförslagen bör omfattas samtliga anställda

På sid. 9-10 i Promemorian görs bedömningen att Regelförslagen bör omfatta samtliga anställda i syfte att undvika gränsdragningsproblem. Kommissionens Rekommendation gäller enligt punkt 1.2 endast ”de

personalkategorier vars yrkesverksamhet konkret påverkar finansföretagets riskprofil.” Ett antal finansiella företag har ett relativt stort antal anställda och det stora flertalet av dessa anställda kan knappast anses omfattas av den personalkategori som Kommissionens Rekommendation avser. Denna grupp av anställda har sannolikt ofta en i förhållande till den fasta delen av lönen mycket blygsam rörlig ersättning. Att innehålla delar av denna begränsade rörliga ersättning för varje enskild anställd i tre år i enlighet med Regelförslagen kan tänkas leda till relativt stora administrativa kostnader för de berörda företagen.

G&D undrar om de gränsdragningsproblem som Finansinspektionen befarar verkligen kommer att bli så stora att dessa motiverar att Regelförslagen omfattar samtliga anställda. Det är vår erfarenhet att de anställda som typiskt sett ingår i de personalkategorier som nämns i Kommissionens Rekommendation också har anställningsavtal med villkor som särskiljer dem från övriga anställda.

Det bör klargöras vad som avses med ”oberoende” för styrelseledamot som bereder ersättningsbeslut

Det bör tydliggöras vad som avses med ”oberoende” i 3 kap. 2 § Föreskriftsförslaget, avsnittet allmänt råd ”Styrelseledamot som bereder ersättningsbeslut”. Det anges att ledamoten ”inte bör arbeta i företagets ledning eller i ledningen för företagets dotterbolag” samt att ledamoten ”också bör vara oberoende i förhållande till bolaget och bolagsledningen”. Det bör tydliggöras vilka andra situationer som är avsedda med ”också bör vara oberoende i förhållande till bolaget och bolagsledningen” utöver att arbeta i ledningen för företaget eller dess dotterföretag.

Regler om styrelseledamöters oberoende återfanns tidigare i Nasdaq OMX Stockholms Regler för emittenter, och ska fortfarande tillämpas av bolag som följer Koden enligt Anvisning Nr 1-2009 från Kollegiet för svensk bolagsstyrning. Från och med den 1 januari 2010 väntas kriteriet istället vara infört i en reviderad version av Koden. För det fall avsikten är att kriteriet för oberoende ska vara identiskt med det som tidigare följt av reglerna om styrelseledamöters oberoende i Nasdaq OMX Stockholms Regler och som i framtiden väntas följa av Koden, bör detta klargöras.

Det bör klargöras vad som avses med ”tillämpar” för styrelseledamot som bereder ersättningsbeslut

Det bör tydliggöras vad som avses med att ”tillämpa ersättningssystemet” i 3 kap. 2 § Föreskriftsförslaget, avsnittet allmänt råd ”Intressekonflikter”, samt på motsvarande ställe i Förslaget till Allmänna Råd. Personer som tillämpar ersättningssystemet skulle kunna anses vara även t.ex. personal på ekonomiavdelningen i ett företag. Vidare anges att dessa personer ska vara ”organisatoriskt oberoende av de företagsenheter de kontrollerar”. Innebörden i detta krav bör preciseras. Vidare anges att ”de bör självständigt kunna bedöma om ersättningssystemet är lämpligt”. Det bör övervägas om detta är ett krav som är lämpligt att ställa på alla som tillämpar ersättningssystem eller om kravet kan begränsas att avse endast de som beslutar om ersättningssystem.

Benämningarna av Föreskriftsförslaget och Förslaget till Allmänna Råd

Föreskriftsförslaget föreslås ha titeln ”Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i finansiella företag” och Förslaget till Allmänna Råd föreslås ha titeln ”Finansinspektionens allmänna råd om ersättningssystem i vissa finansiella företag”. Titlarnas särskiljningsförmåga är begränsad och ger liten vägledning om vilka finansiella företag som förväntas följa de olika föreskrifterna/allmänna råden. Förslagsvis kan Föreskriftsförslaget ges titeln ”Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om ersättningssystem i kreditinstitut, värdepappersbolag och fondbolag” och Förslaget till Allmänna Råd ges titeln ”Finansinspektionens allmänna råd om ersättningssystem i försäkringsföretag, börser, clearingorganisationer och institut för utgivning av elektroniska pengar”.

Några detaljsynpunkter avseende Förslaget till Allmänna Råd

Definitionen av ”företag” innehåller en hänvisning till 1 kap 2 § men eftersom Förslaget till Allmänna Råd saknar paragrafindelning blir referensen oklar.

Definitionerna i Förslaget till Allmänna Råd bör sorteras i alfabetisk ordning på samma sätt som i Föreskriftsförslaget.

I andra meningen under rubriken ”Bortfall av ersättning” har ordet ”kunna” utelämnats jämfört med motsvarande ställe i Föreskriftsförslaget. Ordet

”kunna” bör skjutas in även här, eftersom bestämmelsen annars blir en skyldighet att agera på visst sätt istället för en bestämmelse om hur ersättningspolicyn bör vara beskaffad för att ge företaget möjlighet att avstå från att utbetala ersättning.

I andra meningen i andra stycket under 3 kap. anges att ”Ledamoten bör även ansvara för att 1 kap. 3 § uppfylls.” Hänvisningen är oklar då det saknas paragrafindelning i Förslaget till Allmänna Råd. Vidare saknar meningen motsvarighet i Föreskriftsförslaget och bör antingen förtydligas eller tas bort.

I sista meningen i andra stycket under 3 kap. anges att en oberoende styrelseledamot bör utses. Innebörden i oberoendekriteriet är oklar och bestämmelsen bör preciseras genom att ges samma innehåll som det allmänna rådet under rubriken 11 Styrelseledamot som bereder ersättningsbeslut 11 till 3 kap. 2 § i Föreskriftsförslaget.

Avslutning

För det fall Finansinspektionen har frågor kring det ovan framförda får Finansinspektionen gärna kontakta undertecknade. Arbetet med genomförandet av Kommissionens Rekommendation är viktigt och vi deltar gärna i en fortsatt dialog med Finansinspektionen kring hur Kommissionens Rekommendation bör genomföras i Sverige.

Med vänliga hälsningar

GERNANDT & DANIELSSON ADVOKATBYRÅ KB

Dick Lundqvist

Advokat, styrelseordförande
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Dir +46 8 670 66 50
Mob +46 708 67 06 65
dick.lundqvist@gda.se

Tobias Larsson

Advokat, verkställande direktör
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Dir +46 8 670 66 10
Mob +46 734 15 26 10
tobias.larsson@gda.se