



Vedlegg med særlige merknader til enkeltbestemmelser i kap. 20:

Innledningsvis vil Finans Norge minne om at EU kommisjonen 23. november 2016 fremmet et forslag til endringer i direktiv 2014/59/EU i Banklovkommisjonens utredning omtalt som krisehåndteringsdirektivet (BRRD). I forslaget til endringer (COM(2016) 852 og 853 final) er det bl.a. foreslått endringer knyttet til det såkalte MREL-kravet – minstekravet til den enkelte institusjons ansvarlige kapital og kvalifiserende (nedskrivbar og konverterbar) gjeld. Hva gjelder innføring av MREL-kravene i norsk rett er for øvrig Finans Norge kjent med at departementet har bedt Finanstilsynet igangsette et arbeid med å utrede gjennomføring av denne del av regelverket.

Forslagene til BRRD 2 er ikke hensyntatt i våre merknader til enkeltbestemmelser nedenfor.

Lovutkastet kap 20. avsnitt II

Finansnæringens representanter i Banklovkommisjonen har avgitt særmerknader knyttet til den tekniske utforming av utkastet til § 20-6 om foretakenes beredskapsplaner og § 20-7 om myndighetenes krisetiltaksplaner, ref. ovenfor under pkt. 7. Begge merknadene går ut på at de norske lovbestemmelsene i større grad bør speile direktivforpliktelsene.

Hva gjelder førstnevnte bestemmelse er hovedinnvendingen at bestemmelsen i større grad bør reflektere den struktur som krisehåndteringsdirektivet legger opp til at en beredskapsplanen skal følge, se motivene s. 211. Om utkastet til § 20-7 har mindretallet i Kommisjonen påpekt at krisehåndteringsdirektivets artikkel 10 angir en rekke momenter som forutsettes å inngå i planen for at den skal kunne oppfylle sitt formål. Mindretallet har her bedt om at det i hvert fall ved forskrift for de større foretakene - i tråd med direktivbestemmelsen gis en mer utfyllende beskrivelse over hva som skal behandles i planen. Det vises til motivene s. 212-213.

Finans Norge vil gjenta sin støtte til ovennevnte særmerknader. For øvrig minnes om at EU i senere tid har vedtatt to kommisjonsforskrifter i form av tekniske standarder (RTS), samt at EBA har utarbeidet tre retningslinjer som omhandler beredskapsplaner. Gjennomføringen av det norske regelverket må også hensynta disse.

Lovutkastet kap 20. avsnitt III

Finansnæringens representanter i Banklovkommisjonen har avgitt noen særmerknader til §§ 20-12 til 20-15. Sammenfatningsvis gjelder disse særmerknadene (se motivene s. 222 – 224) valg av lovteknikk. Det foreslås at temaene i § 20- 12 til § 20-14 heller bør rubriseres i § 20-

15 som regulerer vesentlige brudd på lovfastsatte krav. Hva gjelder sistnevnte bestemmelse har mindretallet i Banklovkommisjonen også gitt noen tekniske merknader til utforming og i den forbindelse også foreslått en alternativ utforming, se motivene s. 226.

Finans Norge vil gjenta sin støtte til ovennevnte særmerknader. For øvrig ønsker vi å knytte noen ytterligere merknader av teknisk art til noen andre bestemmelser i kap 20 nedenfor.

§20-16

Paragraf 20-16 første ledd er en videreføring fra eksisterende lovgivning som gir Finanstilsynet adgang til å beslutte nedskrivning av egenkapitalen dersom «en betydelig del» av denne er tapt. En nedskrivning av vedtektsfestet egenkapital for å dekke tap kan etter prinsippet i allmennaksjeloven § 12-1 første ledd bare finne sted dersom tapet ikke kan dekkes på annen måte. En nedskrivning av egenkapital kan altså først finne sted når tapet overstiger opptjent egenkapital og overkursfond. Bestemmelsen vil derfor først komme til anvendelse når det som i mange foretak utgjør det vesentlige av egenkapitalen er tapt i sin helhet. Vel så viktig er imidlertid at formålet med en nedskrivning av egenkapital må være å legge kommersielt til rette for tilførsel av ny egenkapital. Nedskrivning av eksisterende egenkapital løser i seg selv ikke noe problem. Det kan da virke noe underlig at man i første ledd annet punktum synes å anse det aktuelt med videre drift uten tilførsel av ny egenkapital.

Slik bestemmelsen er utformet vil kompetansen etter §20-16 først utløses i en krisepreget situasjon som i graden av alvor ikke skiller seg vesentlig fra den som beskrives i BRRD artikkel 59 og som er implementert i §20-20. Fra et praktisk tilsynsperspektiv vil det trolig være lite å oppnå ved å videreføre denne bestemmelsen fra eksisterende lovgivning på toppen av BRRD.

I tredje ledd gis Finanstilsynet kompetanse til å nedskrive ansvarlig lånekapital som inngår i godkjent tilleggs kapital i den utstrekning det reviderte statusoppgjør viser at den er tapt, med andre ord at all kjernekapital og evigvarende tilleggs kapital er tapt. Det er ikke lett å se hva som skulle oppnås ved bare å nedskrive ansvarlig lånekapital i disse tilfellene. En mer adekvat reaksjon ville være anvendelse av §§20-20 og 20-21 eventuelt i kombinasjon med krisehåndtering etter avsnitt V, med mindre det besluttes avvikling etter §20-28. Bestemmelsen i utkastet §20-16 tredje ledd bør følgelig kunne utgå.

Lovutkastet kap 20. avsnitt IV

I BRRD artikkel 31 annet ledd angis de overordnede formål med krisehåndteringen. Det heter således at et formål med krisehåndteringen er å sikre kontinuitet i kritiske funksjoner. Videre heter det at krisehåndteringen har til formål å beskytte innskudd som er omfattet av innskytergarantien. Ved en norsk implementering av disse bestemmelser er det vesentlig at

man sikrer opprettholdelsen av samfunnskritiske funksjoner helt uten avbrudd, herunder at garanterte innskudd hele tiden vil være tilgjengelige.

Etter utkastet § 20-23 skal krisehåndteringsmyndigheten åpne offentlig administrasjon dersom kriterier tilsvarende BRRD art 32 første ledd (a) og (b) foreligger, dvs at foretaket finansielle stilling gir grunnlag for krisehåndtering.

Det følger av utkastet § 20-26 bokstav c) og d) bl.a. at store deler av bankens virksomhet suspenderes og at innskudd fryses straks det er truffet vedtak om offentlig administrasjon, med mindre annet er fastsatt eller godkjent av krisehåndteringsmyndigheten. Dette vil også omfatte forpliktelser som skal være unntatt fra bail-in etter §20-37 annet ledd bokstav b), herunder obligasjoner med fortrinnsrett.

Forholdet til slike obligasjoner er kommentert i motivene s. 245, der det heter at krisehåndteringsmyndigheten ved vurderingen av samtykke til unntak skal legge til grunn finansforetaksloven §11-15 med tilhørende forskrifter. Dersom man skulle velge å opprettholde den foreslåtte §20-26 må det fremgå med større tydelighet at obligasjoner med fortrinnsrett og tilknyttede derivatavtaler som er dekket av sikkerhetsmassen skal være uberørt av en offentlig administrasjon.

Etter at vedtak er truffet etter §20-23, og ovenstående virkninger er inntrådt, skal krisehåndteringsmyndigheten etter utkastet § 20-27 «så snart som mulig» vurdere om offentlige interesser tilsier at foretaket undergis krisehåndtering etter reglene i avsnitt V, eller om foretaket i stedet skal avvikles etter § 20-28.

Utkastet §20-25 om administrasjonsstyre bygger på eksisterende lovgivning, men er ikke helt i overensstemmelse med direktivets ordning. Administrasjonsstyret på minst tre medlemmer oppnevnt av krisehåndteringsmyndigheten skal etter §20-25 være foretakets styre enten det likvideres eller undergis krisehåndtering. Disse to prosessene vil imidlertid være svært ulike, og stille ulike krav til personene som skal bekle vervene. I kriseregimet vil styret ha ansvaret for den forretningsmessige driften av et foretak som gjennom rekapitalisering forutsettes å ha et varig liv, selv om styret vil måtte rette seg etter krisemyndighetens direktiver. Administrasjonsstyret vil i en likvidasjon ha en enklere oppgave. I artikkel 34 første ledd bokstav c) forutsettes således at styret og toppledelsen blir erstattet når krisehåndtering er besluttet. Formodentlig vil nytt styre og toppledelse kunne innsettes av foretakets egne organer, men de vil også kunne velges av krisehåndteringsmyndigheten etter den kompetanse som forutsettes tillagt den i artikkel 63 første ledd bokstav (l). I begge tilfeller vil imidlertid styre og toppledelse fungere innenfor rammen av foretakets vedtekter og de krav lovgivningen i alminnelighet stiller. Deres oppgave vil være å bringe foretaket gjennom krisefasen og over i ordinær drift.

Det følger av utkastet §19-8 at syv-dagers fristen for utbetaling fra innskuddsgarantien begynner å løpe når det er truffet vedtak om offentlig administrasjon. Etter utkastet vil dette også gjelde tilfellene der det senere treffes vedtak om krisehåndtering etter §20-27, tilfeller der de de garanterte innskuddene skal beskyttes og holdes tilgjengelige gjennom bruk av kriseverktøyene, ikke ved utbetaling fra innskuddsgarantifondet. For øvrig skal det påpekes at et foretak som underkastes kriseregimet ordinært vil være av en slik størrelse at ethvert innskuddsgarantifond vil være utilstrekkelig til betaling av garanterte innskudd.

Bestemmelsen i utkastet §§20-23 flg. synes ikke egnet til å ivareta de overordnede formål med krisehåndteringen angitt i direktivet artikkel 31. Ordningen med et mellomstadium av offentlig administrasjon forut for en krisehåndtering er uten noen forankring i direktivet og er egnet til å skape uklarhet og manglende forutsigbarhet i krisehåndteringen. Det vises ellers til at direktivbestemmelsen om krisehåndteringsmyndighetens beslutning er inntatt i artikkel 82 som entydig forutsetter at det ved mottak av melding etter artikkel 81 (utkastet §20-19) skal besluttes i ett og samme vedtak, hvorvidt foretaket skal likvideres eller undergis kriseregimet.

De forhold som her er påpekt tilsier at man implementerer BRRDs bestemmelser slik de er tenkt, og ikke innfører offentlig administrasjon som et forstadium til krisehåndtering. Det anbefales at man stedet etablerer to separate og klart definerte løp: enten avvikling etter insolvenslovgivningen, eller krisehåndtering. Vi har for øvrig merket oss at Norges Bank i sin høringsuttalelse foreslår at begrepet «offentlig administrasjon» erstattes av «stengning av banken».

Lovutkastet kap 20. avsnitt V

§20-37

Utkastet §20-37 implementerer definisjonen av «eligible liabilities» i artikkel 2 nr. 71, dvs forpliktelsene som ikke utgjør en del av ansvarlig kapital, men som skal kunne være gjenstand for konvertering eller nedskrivning. Valget av termen «ansvarlig fordring» er imidlertid ikke heldig. For det første er ordet «ansvarlig» lite egnet til å skille disse forpliktelsene fra den ansvarlige kapital. For det annet er det balansen til foretaket i krise som skal om restruktureres, og i denne balansen figurerer de aktuelle postene som forpliktelser, ikke gjeld. Man bør følgelig velge en betegnelse som ikke gir grunnlag for denne typen misforståelser. Et alternativ kunne være «relevante forpliktelser» eller «kvalifiserte forpliktelser».

Bestemmelsen i §20-37 bokstav c) unntar fra nedskrivning og konvertering bl.a. innskudd fra et UCITS-fond. I utredningen på s.264 vises det til at dette bygger på direktivet artikkel 44

nr.2 bokstav c) og d). I direktivbestemmelsene heter det imidlertid at fordringshaveren bare er beskyttet «provided that such a client is protected under the applicable insolvency law» (artikkel 44 nr.2 bokstav c)) og «provided that such beneficiary is protected under the applicable insolvency or civil law» (artikkel 44 nr.2 bokstav d).

Vi stiller spørsmål ved hvorvidt de aktuelle forpliktelser vil være vernet i en insolvens behandling etter norsk rett og dermed skal være unntatt fra bail-in.

§20-39

Utkastet §20-39 implementerer artikkel 45 som i førsteledd fastsetter at alle foretak skal ha et minimum av «eligible liabilities and own funds expressed as a percentage of the total liabilities and own funds of the institution». I §20-39 foreslås det imidlertid at bare de ansvarlige fordringer (i utkastets terminologi) skal tas med over brøkstreken, og ikke den ansvarlige kapitalen. På denne måten fremkommer et annet forholdstall enn foreskrevet i direktivet. Vi vil tilrå at denne bestemmelsen endres slik at den bringes i samsvar med artikkel 45.

§ 20-40

I tråd med direktivet fastsettes det i §20-39 at kredittforetak som yter pantelån og finansierer sin virksomhet ved utstedelse av ihendehaverobligasjoner med fortrinnsrett skal være unntatt fra kravet om «minimum required eligible liabilities» – eller minstekrav til ansvarlige fordringer i utkastets terminologi. På samme måte bør det presiseres i § 20-40 at kredittforetakets balanse ikke inngår i beregningen av det konsoliderte kravet. Det vises i denne sammenheng til EU-kommisjonens forslag til endringer i BRRD datert 23. november 2016 der det på side 9 omtales en endring som tydeliggjør dette samtidig som det fremgår at dette også er rettstilstanden slik direktivet lyder i dag.