



**FINANSTILSYNET**

THE FINANCIAL SUPERVISORY  
AUTHORITY OF NORWAY

# Gjennomføring av BRRD artikkel 48 (7) i norsk rett

Høringsnotat og lovforslag

# Innhold

<b>1</b>	<b>Innledning</b>	<b>3</b>
1.1	Bakgrunn	3
1.2	Nasjonalt handlingsrom	3
1.3	Nærmere om høringsnotatet	4
<b>2</b>	<b>EBA opinion on legacy instruments</b>	<b>4</b>
2.1	Fleksibilitet med hensyn til å utbetale rente	4
2.2	Krav om prioritet	5
2.3	EBA's tilråding for å adressere infeksjonsrisiko	6
<b>3</b>	<b>Gjeldende norsk rett</b>	<b>7</b>
<b>4</b>	<b>BRRD2 artikkel 48 (7)</b>	<b>7</b>
<b>5</b>	<b>Finanstilsynets vurderinger</b>	<b>8</b>
5.1	Plassering av bestemmelse i norsk regelverk	8
5.2	Prioritet for lån omfattet av overgangsordninger	8
5.3	Prioritet for lån tidligere omfattet av overgangsordninger (legacy-instrumenter)	9
<b>6</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser</b>	<b>10</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Bakgrunn

Det følger av artikkel 48 (7) i det reviderte krisehåndteringsdirektivet (direktiv 2019/879 ("BRRD2"))<sup>1</sup> som endrer direktiv 2014/59/EU ("BRRD")) at nasjonal lovgivning i medlemslandene skal sørge for at fordringer som kan tilskrives poster som inngår i ansvarlig kapital har en lavere prioritet enn øvrige fordringer. Hensikten med bestemmelsen er å redusere infeksjonsrisikoen som kan oppstå dersom foretakene beholder instrumenter som ikke lenger kvalifiserer som ansvarlig kapital (legacy-instrumenter) på balansen etter utløpet av overgangsordninger. Infeksjonsrisiko kan defineres som at legacy-instrumentene har bestemmelser i låneavtalene som kan medføre at andre instrumenter ikke lenger kvalifiserer som ansvarlig kapital og konvertibel gjeld. Ved gjennomføring artikkel 48 (7) vil prioriteten for legacy-instrumenter ved krisehåndtering eller avvikling ikke følge av prioritetsbestemmelser i låneavtalen, men av den angitte prioriteten i bestemmelse i nasjonal lovgivning som gjennomfører artikkel 48 (7).

Artikkel 48 (7) er ikke gjennomført i norsk regelverk. Infeksjonsrisiko kan være relevant for norske foretak, men omfanget på nåværende tidspunkt er, etter hva Finanstilsynet kjenner til, meget begrenset.

Ansvarlig kapital består av (engelske begrep og forkortelser i parentes):

- Ren kjernekapital (Common Equity Tier 1 (CET1)),
- Annen godkjent kjernekapital (Additional Tier 1 (AT1)) og
- Tilleggskapital (Tier 2 (T2)).

## 1.2 Nasjonalt handlingsrom

BRRD som endret ved BRRD2 er et overordnet rammedirektiv som suppleres med en rekke detaljerte gjennomføringsbestemmelser og tekniske standarder (nivå 2-regelverk/forordninger). All den tid BRRD er et direktiv er det opp til hvert enkelt medlemsland å velge hvordan dette skal gjennomføres (form og ordlyd) i de nasjonale rettsakter som sørger for å gjennomføre bestemmelsene i direktivet. Bestemmelsene i BRRD og BRRD2 er i dag gjennomført i kapittel 20 i finansforetaksloven og finansforetaksforskriften.

BRRD2 artikkel 48 (7) legger en forpliktelse på medlemsstatene ("member states shall ensure that") til å sikre at alle krav som stammer fra fordringer som kan tilskrives poster som inngår i ansvarlig kapital, har en lavere prioritet enn øvrige fordringer. BRRD2 artikkel 48 (7) inneholder ikke nasjonale valg.

Finanstilsynet har sett hen til hvordan bestemmelsen er gjennomført i henholdsvis svensk og dansk rett. Det vises i den forbindelse til vedlegg 2 som gir en oversikt over gjennomføringen av BRRD2 artikkel 48 (7) i utvalgte land, og til Finanstilsynets vurderinger i punkt 5.

---

<sup>1</sup> Konsolidert versjon av BRRD, hvor BRRD2 endringene er innarbeidet er tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0059-20220812>

## 1.3 Nærmere om høringsnotatet

I punkt 2 av høringsnotatet gjennomgås en uttalelse fra Den europeiske banktilsynsmyndigheten, EBA (European Banking Authority) om infeksjonsrisiko. Relevant EU-regelverk omtales i punkt 3 og gjeldende norsk rett i punkt 4. Finanstilsynets vurderinger fremkommer av punkt 5. Forslag til regelverksendringer og oversikt over gjennomføring av artikkel 48 (7) i utvalgte land er gitt i vedlegg.

# 2 EBA opinion on legacy instruments

EBA publiserte i oktober 2020 en uttalelse om regulatorisk behandling av instrumenter som inngår i ansvarlig kapital som ikke lenger omfattes av overgangsordninger som gjaldt fram til 31. desember 2021 ("EBAs opinion on legacy instruments")<sup>2</sup>. Nedenfor følger en oppsummering av egenskapene ved instrumentene som potensielt kan medføre infeksjonsrisiko, samt EBAs anbefalinger for å adressere denne infeksjonsrisikoen.

## 2.1 Fleksibilitet med hensyn til å utbetale rente

Endringer i kravene til ansvarlig kapital som kom med innføring av kapitalkravsforordningen (CRR)<sup>3</sup> i 2013, medførte at kapitalinstrumenter som kvalifiserte som ansvarlig kapital etter nasjonalt regelverk som gjennomførte direktiv 2006/48/EC, ikke lenger kvalifiserte som ansvarlig kapital etter kapitalkravsforordningen. Endringene var knyttet til:

- klausuler i avtalene til hybridkapitalinstrumenter som hindrer utbetaling av utbytte eller rente på andre instrumenter, hvis det ikke er betalt renter på hybridkapitalen ("dividend stopper"), jf. CRR artikkel 53 (b).
- klausuler i avtalene til hybridkapitalinstrumenter som gir plikt til utbetaling av utbytte når det betales renter på instrumenter som rangerer likt eller lavere enn hybridkapital, inkludert ren kjernekapital ("dividend pusher"), jf. CRR artikkel 53 (a).
- klausuler i låneavtalene om at det ikke kan betales renter på kapitalinstrumentet i det tilfelle det ikke er betalt renter på hybridkapitalinstrumentene, jf. CRR artikkel 52(1)(l)(v) eller rene kjernekapitalinstrumenter, jf. CRR 28(1)(h)(vii) ("reverse stopper").

Disse instrumentene ble omfattet av overgangsordninger etter CRR artikkel 486 som utløp 31. desember 2021.

Det er EBAs vurdering at dersom ren kjernekapital- og hybridkapitalinstrumenter, som inneholder klausuler med ovennevnte vilkår, beholdes på balansen etter utløpet av overgangsperioden, vil ikke disse kvalifisere som ansvarlig kapital (non-regulatory capital). Dette begrunnes med henvisning til CRR artikkel 28 (1)(h)(vii), hvor det for rene kjernekapitalinstrumenter er et vilkår om at "Annullering av utdelinger pålegger ikke institusjonen begrensninger". Tilsvarende vilkår gjelder for hybridkapitalinstrumenter i CRR artikkel

<sup>2</sup> Tilgjengelig her: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document\\_library/Publications/Opinions/2020/934160/EBA-Op-2020-17%20Opinion%20on%20legacy%20instruments.pdf](https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Opinions/2020/934160/EBA-Op-2020-17%20Opinion%20on%20legacy%20instruments.pdf)

<sup>3</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 575/2013 av 26. juni 2013 om tilsynskrav til kredittinstitusjoner og verdipapirforetak og om endring av forordning (EU) nr. 648/2012. Tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02013R0575-20200627>

52(1)(l)(v). Videre er det eksplisitt referert til i CRR artikkel 53 (a) og (b) der det fremgår at låneavtalen ikke kan inneholde denne type klausuler for å kvalifisere som hybridkapital.

Når det gjelder ansvarlige lån, konkluderer EBA med at selv om låneavtalene inneholder de to førstnevnte klausulene (klassiske "dividend stopper"/"dividend pusher"), medfører ikke dette infeksjonsrisiko for hybridkapital eller rene kjernekapitalinstrumenter. Begrunnelsen for dette er at det ikke er et eksplisitt vilkår i CRR at låneavtalene ikke kan inneholde denne type klausuler for at lånet skal kvalifisere som tilleggskapital. EBA konkluderer videre med at problemstillingen knyttet til infeksjonsrisiko som følge av disse klausulene hovedsakelig er relatert til reklassifisering av AT1-instrumenter til T2-instrumenter ved utløpet av overgangsperioden(e). Imidlertid anser EBA denne risikoen som akseptabel.

Når det gjelder ansvarlige lån med "reverse stoppers", utgjør dette en infeksjonsrisiko for kapitalinstrumenter med lavere prioritet. Dette kan illustreres ved at dersom T2-instrumenter har klausuler om utsettelse eller kansellering av rentebetaling forutsatt at det ikke betales renter på AT1-instrumenter, vil dette medføre at det er motstrid med kravet om full fleksibilitet for rentebetalinger, jf. CRR artikkel 28(1)(h)(vii). En kansellering av rentebetaling på AT1-instrumenter vil da automatisk medføre en utsettelse eller kansellering av rentebetalinger på T2-instrumentene, noe som igjen medfører at foretaket ikke kan anses å ha full fleksibilitet ift. rentebetalinger på AT1-instrumenter. Dette innebærer at denne type klausuler medfører at kapital med lavere prioritet ikke lenger kvalifiserer som ansvarlig kapital, selv om T2-instrumenter kvalifiserer.

## 2.2 Krav om prioritet

CRR artikkel 28(1)(j) inneholder krav om at eiere av rene kjernekapitalinstrumenter skal ha den laveste prioriteten blant foretakets kreditorer. For AT1-instrumenter er det vilkår om at prioriteten skal være lavere enn for T2-instrumenter, jf. CRR artikkel 52 (1)(d), mens det følger av CRR artikkel 63 (d) at T2-instrumenter skal ha lavere prioritet enn MREL-tellende gjeld. Dersom det følger av lov eller klausuler i lånekontrakten til instrumentene at de forannevnte kravene til prioritet ikke er oppfylt, slik at instrumentene ikke fullt ut medregnes i ansvarlig kapital, kan de likevel medregnes i MREL-tellende gjeld forutsatt at vilkårene i CRR artikkel 72b er oppfylt.

EBA er av den oppfatning at infeksjonsrisiko bør vurderes i følgende tilfeller:

- i) Instrumentet oppfyller alle vilkår for å bli reklassifisert til et instrument med bedre prioritet som kan medregnes fullt ut i ansvarlig kapital eller som MREL-tellende gjeld.
- ii) Instrumentene kan ikke medregnes i ansvarlig kapital eller MREL-tellende gjeld

Av tabell 1 nedenfor følger en oversikt over hvor i kapitalkravsforordningen (CRR) vilkårene om prioritet finnes.

Et av vilkårene som stilles til AT1-instrumenter i CRR er at instrumentene skal ha prioritet lavere enn T2-instrumenter, jf. CRR artikkel 52 (1)(d). Dersom det følger av låneavtalene til et ansvarlig lån som tidligere har kvalifisert som tilleggskapital, at prioriteten i en krisehåndtering eller avvikling tilsvarer prioriteten til instrumenter som inngår i ren kjernekapital (som aksjer), kan dette medføre at en banks AT1-instrumenter ikke kvalifiserer som ansvarlig kapital etter CRR.

**Tabell 1: Oversikt over vilkår i CRR og BRRD om prioritet**

Klassifisering av instrumentere	Artikkel	Krav om prioritet ved offentlig administrasjon eller krisehåndtering
Ren kjernekapital (CET1)	CRR artikkel 28 (1)(j) BRRD 108 (3) og 48 (1) (a)	Lavere prioritet enn alle andre krav
Annen godkjent kjernekapital (AT1)	CRR artikkel 52(1)(d) BRRD 108 (3) og 48 (1) (b)	Lavere prioritet enn Tilleggs kapital
Tilleggs kapital (T2)	CRR artikkel 63(1)(d) BRRD 108 (3) og 48 (1) (c)	Lavere prioritet enn MREL-tellende gjeld
Etterstilt MREL-tellende gjeld	CRR artikkel 72b(2)(d) BRRD artikkel 108 (2) og (3)	Lavere prioritet enn ikke-etterstilt MREL-tellende gjeld
Ikke-etterstilt MREL-tellende gjeld	BRRD artikkel 45b(1)(b)	Rangerer likt med Obligasjoner, sertifikater og annen ordinær, usikret seniorgjeld uten særskilt prioritet samt innskudd fra store bedrifter som overstiger garantibeløpet.

## 2.3 EBAs tilrådning for å adressere infeksjonsrisiko

Det følger av punkt 19 i retningslinjene at EBA anbefaler at foretakene for lån som innebærer infeksjonsrisiko skal:

- i) førtidig innfri, innløse eller kjøpe tilbake instrumentene
- ii) endre låneavtalen. Eksempelvis kan foretakene endre låneavtalen, slik at legacy AT1-instrumenter rangerer likt med (pari passu) ansvarlige lån (T2)<sup>4</sup> i prioritetsrekkefølgen
- iii) beholde instrumentene på balansen selv om de ikke kan medregnes i ansvarlig kapital eller MREL-tellende gjeld. Dette valget skal kun benyttes dersom punkt i) og ii) ikke er mulig, eller tilfelle restbeløp gjenstår etter tilbakekjøp. Etter dette valget kan kapitalen ikke medregnes i ansvarlig kapital eller MREL. EBA anbefaler at denne valget skal vurderes som siste utvei og er ment som en sikkerhetsventil når andre valg ikke er tilgjengelig.

EBA påpeker at selv om infeksjonsrisikoen er redusert ved at instrumentene ikke kan medregnes i ansvarlig kapital eller MREL-tellende gjeld, er den ikke eliminert. Infeksjonsrisikoen består fortsatt fordi det kan oppstå tvil om den samlede prioritetsrekkefølgen. Infeksjonsrisikoen kan imidlertid reduseres ytterligere ved gjennomføring av BRRD2 artikkel 48 (7).

## 3 Gjeldende norsk rett

Finansforetaksloven § 20-32 som trådte i kraft 1. juli 2021 angir prioritetsrekkefølgen for kreditorer ved krisehåndtering eller avvikling. Det følger av § 20-32 nr. 5 til 7 at ansvarlig kapital har lavere prioritet enn øvrige fordringer. Det følger videre av bestemmelsen at fondsobligasjonslån og ansvarlige lån omfattet av overgangsordninger rangerer likt ("pari passu") med lån som oppfyller vilkårene for å kvalifisere som hhv. annen godkjent kjernekapital (AT1) og tilleggs kapital (T2).

<sup>4</sup> Slik at regulatorisk klassifisering av instrumentet og prioriteten samsvarer

BRRD2 artikkel 48 (7) er som nevnt ikke gjennomført i norsk rett og er ikke eksplisitt nevnt i høringsnotat om gjennomføring av bankpakken eller Prop. 147 LS om forslag til lovendringer for å gjennomføre EUs bankpakke (CRR2, CRD5 og BRRD2) i norsk rett. Gjeldende regelverk omtaler ikke eksplisitt hvilken prioritet ansvarlig kapitalinstrumenter som ikke lenger omfattes av overgangsregler, skal tilordnes.

CRR er gjennomført i norsk rett ved inkorporasjon, jf. CRR/CRD IV-forskriften § 2 første ledd.

## 4 BRRD2 artikkel 48 (7)

Det følger av artikkel 48 (7) i BRRD2 at nasjonal lovgivning i medlemslandene skal sørge for at fordringer som kan tilskrives poster som inngår i ansvarlig kapital har en lavere prioritet enn øvrige fordringer.

Bestemmelsen lyder som følger:

*"Member States shall ensure that, for entities referred to in points (a) to (d) of the first subparagraph of Article 1(1), all claims resulting from own funds items have, in national laws governing normal insolvency proceedings, a lower priority ranking than any claim that does not result from an own funds item.*

*For the purposes of the first subparagraph, to the extent that an instrument is only partly recognised as an own funds item, the whole instrument shall be treated as a claim resulting from an own funds item and shall rank lower than any claim that does not result from an own funds item".*

Intensjonen med bestemmelsen er å sørge for at dersom poster som inngår i ansvarlig kapital er skrevet ned eller konvertert i samsvar med artikkel 59 og 60 eller 48 i BRRD2, skal det ikke være andre fordringer som rangerer likt ("pari-passu") eller lavere, jf. spørsmål nr. 59 i Kommisjonens notis om tolkning av enkelte bestemmelser i BRRD2 (2020/C 321/01<sup>5</sup>). Videre presiserer kommisjonen at dersom en post ikke lenger kan inngå i ansvarlig kapital, skal nasjonal lovgivning sikre at denne posten ikke rangerer likt eller lavere enn ansvarlig kapital.

## 5 Finanstilsynets vurderinger

### 5.1 Plassering av bestemmelse i norsk regelverk

Finansforetaksloven § 20-32 angir prioritetsrekkefølgen for kreditorer ved krisehåndtering eller avvikling. Finanstilsynet anser at det er mest hensiktsmessig at BRRD2 artikkel 48 (7) gjennomføres ved endring av denne bestemmelsen. Dette er også i samsvar med hvordan andre land har gjennomført bestemmelsen, jf. vedlegg 2.

<sup>5</sup> Tilgjengelig her: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0929\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0929(01)&from=EN)

Finanstilsynet har vurdert muligheten for at BRRD artikkel 48 (7) tas inn i norsk rett via forskrift. Finansforetaksloven § 20-4 gir vid adgang til å fastsette forskrifter som gjennomfører og utfyller reglene i kapittel 20, og ville gitt hjemmel til en slik forskriftsfastsattelse. Et alternativ til å innta endringen i § 20-32 i finansforetaksloven, ville derfor vært å ta bestemmelsen inn i kapittel 20 i finansforetaksforskriften.

Gjennomføring av artikkel 48 (7) i norsk rett innebærer en ny kategori i kreditorhierarkiet. Det er avgjørende for en effektiv krisehåndtering å unngå enhver tvil om prioritetsrekkefølgen i en krise. Dersom kreditorhierarkiet delvis fremgår av loven og delvis av forskriften, vil dette gjøre prioritetsrekkefølgen mindre tydelig. I tillegg blir det vanskelig for brukerne av loven å få oversikt over regelverket når kreditorhierarkiet reguleres delvis i lov og delvis i forskrift (altså at det ikke er snakk om at forskriften presiserer, utfyller eller innskrenker anvendelsesområdet til loven). Finanstilsynet anbefaler dermed ikke en slik løsning.

## 5.2 Prioritet for lån omfattet av overgangsordninger

Det følger av gjeldende § 20-32 nr. 5 og 6 at hhv. fondsobligasjonslån og ansvarlige lån omfattet av overgangsordninger rangerer likt ("pari passu") med lån som oppfyller vilkårene for å kvalifisere som hhv. annen godkjent kjernekapital (AT1) og tilleggskapital (T2). Kategoriseringen av lån omfattet av overgangsordninger ble begrunnet med at det, etter Finanstilsynets vurdering, var i samsvar med EBAs retningslinjer om sammenhengen mellom rekkefølgen på nedskrivning og konvertering som følger av BRRD og CRR/CRD (EBA/GL/2017/02<sup>6</sup>), hvor det er presisert at:

- i) annen godkjent kjernekapitalinstrumenter som er omfattet av overgangsordninger etter CRR artikkel 52 skal behandles likt som instrumenter som oppfyller samtlige vilkår i CRR.
- ii) instrumenter som delvis kvalifiserer som tilleggskapital som etter overgangsordningen i CRR artikkel 64 skal behandles likt med instrumenter som oppfyller samtlige vilkår i CRR.

Det er Finanstilsynets vurdering at det følger av regelverket at instrumenter omfattet av overgangsordninger behandles tilsvarende som i Sverige og Danmark. Videre mener Finanstilsynet at gjeldende behandling av instrumenter omfattet av overgangsordninger sørger for at intensjonen med bestemmelsen blir hensyntatt, jf. kapittel 3.

Finanstilsynet er imidlertid av den oppfatning at det kan være hensiktsmessig med en tydeliggjøring av behandlingen av lån omfattet av overgangsordninger. Det foreslås at behandlingen av instrumenter omfattet av overgangsordninger, omtales i nytt andre ledd som presiserer at instrumenter som delvis kan medregnes i ansvarlig kapital i sin helhet skal skrives ned eller konverteres tilsvarende som instrumenter som fullt ut kan medregnes i ansvarlig kapital. Gjeldene § 20-32 nr. 5, 6, og 7 inneholder referanse til § 14-1 annet ledd, hvor departementet gis hjemmel til i forskrift å fastsette bestemmelser om hva som skal anses som ren kjernekapital, kjernekapital og tilleggskapital, samt sammensetningen av ansvarlig kapital. Slik forskrift er ikke fastsatt med hjemmel i finansforetaksloven § 14-1 annet ledd,

<sup>6</sup> Tilgjengelig her: [https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/documents/10180/1807502/3ad0fc3b-67c3-4d53-9bfa-690957877679/Guidelines%20on%20the%20interrelationship%20BRRD\\_CRR%20%28EBA-GL-2017-02%29.pdf?retry=1](https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/documents/10180/1807502/3ad0fc3b-67c3-4d53-9bfa-690957877679/Guidelines%20on%20the%20interrelationship%20BRRD_CRR%20%28EBA-GL-2017-02%29.pdf?retry=1). Se bl.a. siste avsnitt på side 3.



men instrumenter omfattet av overgangsordninger er regulert gjennom inkorporasjonen av CRR i norsk rett.

Kapitalkravsforordningen inneholder også overgangsordninger for rene kjernekapital-instrumenter, jf. CRR artikkel 483(1) til (3), samt artikkel 484 til 487. Selv om Finanstilsynet ikke kan se relevansen av overgangsordninger for rene kjernekapitalinstrumenter på nåværende tidspunkt for norske foretak, tar forslaget høyde for at dette kan aktualisere seg på et fremtidig tidspunkt.

### 5.3 Prioritet for lån tidligere omfattet av overgangsordninger (legacy-instrumenter)

Gjeldende regelverk omtaler ikke eksplisitt hvilken prioritet instrumenter som ikke lenger omfattes av overgangsregler (legacy-instrumenter) skal tilordnes. Finanstilsynet foreslår at artikkel 48 (7) gjennomføres ved å legge inn en ny kategori mellom nåværende nr. 4 (senior etterstilt obligasjonsgjeld) og nr. 5 (tilleggs kapital inkl. lån omfattet av overgangsordninger) i finansforetaksloven § 20-32. Denne gjennomføringen vil da innebære at forpliktelser som er et resultat av instrumenter som etter CRR ikke lenger fullt eller delvis kan medregnes i ansvarlig kapital (legacy-instrumenter), skal ha prioritet før instrumenter som kvalifiserer eller delvis kvalifiserer som ansvarlig kapital. Prioriteten til denne type instrumenter ved krisehåndtering eller avvikling skal da ikke følge av låneavtalen, men av den angitte prioriteten i § 20-32 i tråd med det underliggende prinsippet i rangeringen av kreditorer i § 20-32.

Finanstilsynet foreslår således at det i nytt tredje ledd presiseres at prioritetsrekkefølgen gjelder uavhengig av om instrumentene har avtalefestede prioritetsbestemmelser som tilsier noe annet. Presiseringen i nye tredje ledd er etter Finanstilsynets vurdering mest aktuell for instrumenter nevnt i ny nr. 5 (legacy-instrumenter), nr. 6 (Tilleggs kapital), nr. 7 (Annen godkjent kjernekapital) og nr. 8 (Ren kjernekapital). For senior etterstilt gjeld (ny nr. 4) stilles det vilkår i bokstav b om at avtalevilkårene og prospekt utarbeidet i forbindelse med utstedelse angir lånets prioritet etter § 20-32. "*Alminnelig usikret gjeld uten særskilt prioritet*" i nr. 3 vil ikke ha noen prioritetsbestemmelse, og følgelig anses presiseringen om avtalefestede prioritetsbestemmelser som overflødig. Etter Finanstilsynets kjennskap er innskudd (nr. 1, 2 og 3) med avtalt prioritet mindre aktuelt, men kan samtidig ikke utelukkes. Finanstilsynet foreslår derfor ikke å begrense tredje ledd til de mest aktuelle instrumentene (nr. 5, nr. 6, nr. 7 og nr. 8).

Den forannevnte foreslåtte gjennomføringen er i samsvar med gjennomføringen i Danmark og Sverige. I Sverige blir legacy-instrumenter tilordnet kategorien "Övriga skulder som är efterställda enligt avtalsvillkor", som har prioritet før tilleggs kapital, men etter senior etterstilt gjeld (SNP). Tilsvarende er det presisert i dansk lovgivning, hvor det følger av § 13 stk. 4 i Lov om restrukturering og avvikling af visse finansielle virksomheder, at forpliktelser som er et resultat av instrumenter som etter CRR ikke lenger kan fullt eller delvis anerkjennes som ansvarlig kapital (legacy-instrumenter), skal ha prioritet før instrumenter som helt eller delvis kvalifiserer som ansvarlig kapital.

## 6 Økonomiske og administrative konsekvenser

Endringsbestemmelsene som følger av BRRD2 artikkel 48 (7) vil innebære en klargjøring av prioritetsrekkefølgen etter norsk rett for lån som ikke lenger omfattes av overgangsordninger (legacy-instrumenter), slik at prosedyrene ved insolvens blir mer forutsigbare for finansforetakenes kreditorer. At prioriteten til legacy-instrumenter skal følge av den foreslåtte endringen av § 20-32 i finansforetaksloven, og ikke av låneavtale, kan medføre at kreditorene i disse lånene får bedre prioritet enn det som følger av låneavtalen. Dette vil skje på bekostning av foretakenes øvrige investorer i ansvarlig kapitalinstrumenter. Imidlertid vil gjennomføringen av artikkel 48 (7) medføre at risikoen for at deler av foretakenes ansvarlig kapitalinstrumenter ikke kan medregnes, blir redusert (reduisert infeksjonsrisiko), hvilket er til fordel for investorene i disse instrumentene. Finanstilsynet vil påpeke at lovendringene kun påvirker foretak som har legacy-instrumenter på balansen, og omfatter derfor, etter Finanstilsynets kjennskap, kun svært få instrumenter. Instrumenter som umiddelbart blir berørt av lovendringene, er instrumenter som er utstedt før juni 2019 forutsatt at instrumentene beholdes på balansen etter at overgangsordningen utløper i juni 2025, jf. CRR artikkel 494b.

Lovendringen kan også få betydning for instrumenter som blir berørt av fremtidige regelverksendringer. De foreslåtte endringene i finansforetaksloven § 20-32 vil dermed ha betydning for instrumenter som beholdes på balansen etter utløpet av overgangsordninger som omfatter instrumenter som ikke oppfyller eventuelle fremtidige endringer i vilkårene til ansvarlig kapitalinstrumenter. Basert på informasjon i Finanstilsynets innrapporterte data, er volumet av lån på overgangsordninger svært begrenset. Finanstilsynet har imidlertid begrenset informasjon om omfanget av lån som mangler klausuler om intern oppkapitalisering (bail-in) og som omfattes av overgangsordningen som utløper juni 2025, jf. CRR artikkel 494b. Etersom omfanget av instrumenter som kan bli berørt av den foreslåtte lovendringen på et fremtidig tidspunkt i all hovedsak er ukjent, har Finanstilsynet begrenset kunnskap om konsekvensene av endringene på nåværende tidspunkt. Høringsinstansene oppfordres følgelig til å bidra med informasjon om nåværende og potensielle fremtidige legacy-instrumenter.

### **Vedlegg:**

1. Forslag til lovendringer
2. Oversikt over gjennomføringen av BRRD2 artikkel 48 (7) i utvalgte land

## Vedlegg 1: Forslag til lovendringer

I lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksloven) gjøres følgende endringer:

§ 20-32. Prioritetsrekkefølge ved krisehåndtering eller avvikling

(1) Etter at fordringer som nevnt i dekningsloven §§ 9-2 til 9-4 er dekket, skal følgende fordringer på foretak nevnt i § 20-1 første ledd dekkes i følgende rekkefølge, idet fordringer nevnt under samme nummer har innbyrdes lik rett:

1. innskudd som er garantert etter finansforetaksloven § 19-4 og gjeld til innskuddsgarantiordningen etter finansforetaksloven § 19-12
2. innskudd fra fysiske personer og små og mellomstore bedrifter som overstiger garantibeløpene i § 19-4
3. alminnelig usikret gjeld uten særskilt prioritet samt innskudd fra store bedrifter som overstiger garantibeløpene i § 19-4
4. gjeldsinstrumenter som oppfyller følgende vilkår:
  - a. opprinnelig kontraktsfestet løpetid er minst ett år
  - b. avtalevilkårene og prospekt utarbeidet i forbindelse med utstedelse angir lånets prioritet etter denne bestemmelsen
  - c. instrumentene skal ikke være derivater eller inneholde innebygde derivater. Instrumenter med variabel rente avledet fra referanserente og gjeld notert i utenlandsk valuta skal ikke anses som innebygde derivater forutsatt at hovedstol, avdrag og rentebetalinger er notert i samme valuta.

5. øvrige fordringer som kan tilskrives kapitalinstrumenter som ikke lenger oppfyller vilkårene for å inngå i ansvarlig kapital som fastsatt i forskrift.

~~56. kapitalinstrumenter som oppfyller vilkårene til tilleggskapital som fastsatt i forskrift og kapitalinstrumenter omfattet av § 14-1 annet ledd~~

~~67. kapitalinstrumenter som oppfyller vilkårene til annen godkjent kjernekapital som fastsatt i forskrift og kapitalinstrumenter omfattet av § 14-1 annet ledd~~

~~78. ren kjernekapital som fastsatt i forskrift etter § 14-1 annet ledd.~~

(2) Et kapitalinstrument i første ledd nr. 6, 7 og 8 som delvis kan medregnes i ansvarlig kapital skal skrives ned eller konverteres tilsvarende som instrumenter som fullt ut kan medregnes i ansvarlig kapital

(3) Den angitte prioriteten i første ledd skal gjelde uavhengig av om instrumentene har avtalefestede prioritetsbestemmelser som tilsier noe annet

## Vedlegg 2: Oversikt over gjennomføringen av BRRD2 artikkel 48 (7) i utvalgte land

### Sverige

Det vises til omtalen av gjennomføringen av artikkel 48 (7) på side 411-412 i utredningen om gjennomføringen av bankpakken (SOU 2019:607):

En ny artikkel 48.7 avser att säkerställa att fordringar som härrör från kapitalbasposter har en lägre rangordning än andra efterställda fordringar enligt den nationella insolvensordningen. Även om endast en del av instrumentet anses vara en kapitalbaspost ska den bestämmelsen avse hela instrumentet. Att endast en del av instrumentet anses vara kapitalbaspost skulle exempelvis kunna vara resultatet av tillämpning av äldre regler som delvis tar bort instrumentet från balansräkningen eller ett resultat av tillämpningen av den kalender för avskrivning av supplementärkapitalinstrument som fastställs i tillsynsförordningen (skäl 35).

Det vises vidare til omtalen i proposisjon 2020/21:155<sup>8</sup> side 132 – 134, hvor det følger at BRRD artikkel 48 (7) er allerede er blitt gjennomført i svensk rett gjennom 18 § förmånsrättslagen (SFS 1970:979<sup>9</sup>) som lyder som følger:

18 § Fordringar som inte är förenade med förmånsrätt har inbördes lika rätt. Fordringar som är hänförliga till skuldinstrument som avses i 21 kap. 15 § 3 b lagen (2015:1016) om resolution medför dock rätt till betalning efter fordringar enligt första meningen. En borgenär kan vidare enligt fordringsavtalet ha rätt till betalning först efter övriga borgenärer.

21 kap. 15 § i lagen (2015:1016) om resolution som trådte i kraft 3. juni 2021<sup>10</sup> lyder som følger:

15 §<sup>11</sup> För att skuldnedskrivning eller konvertering ska ske med totalbeloppet enligt 13 §, ska Riksgäldskontoret vidta följande åtgärder:

1. Först ska någon av de åtgärder som anges i 16 kap. vidtas beträffande aktier eller andelar i företaget i resolution.
2. Därefter ska de relevanta kapitalinstrumenten skrivas ned eller konverteras till aktier eller andra äganderättsinstrument i följande ordning:
  - a) övriga primärkapitalinstrument,
  - b) supplementärkapitalinstrument.

<sup>7</sup> Tilgjengelig her: <https://www.regeringen.se/4aead7/contentassets/a7c877be8bc644b69f10fca789708416/eus-bankpaket-om-riskreducerande-atgarder-sou-201960.pdf>

<sup>8</sup> Tilgjengelig her: <https://data.riksdagen.se/fil/440D51A5-BB10-4E9B-AB00-A2F48A63B5E7>

<sup>9</sup> Tilgjengelig her: [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/formansrattslag-1970979\\_sfs-1970-979](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/formansrattslag-1970979_sfs-1970-979)

<sup>10</sup> Lov om endring av lov (2015:1016) om krisehåndtering er tilgjengelig her: <https://svenskfattningssamling.se/sites/default/files/sfs/2021-06/SFS2021-467.pdf>

<sup>11</sup> Senaste lydelse 2018:1958

3. Om åtgärderna i 1 och 2 inte är tillräckliga, ska de nedskrivningsbara skulderna skrivas ned eller konverteras till aktier eller andra äganderättsinstrument i följande ordning:

- a) andra efterställda skulder än de relevanta kapitalinstrumenten
- b) skuldinstrument som inte är derivat eller innefattar derivat och vars ursprungliga löptid är minst ett år, om borgenärens rätt till betalning enligt 18 § första stycket andra meningen förmånsrättslagen (1970:979) för en fordran som är hänförlig till ett sådant instrument framgår av det fordringsavtal och, i förekommande fall, prospekt som avser emissionen av instrumentet
- c) enligt förmånsrättsordningen i omvänd ordning.

Det vises også til nedenfor publisert av Riksgälden over insolvensrangeringen i Sverige gitt i samsvar med artikkel 8 i forordning 2021/763<sup>12</sup>. Som det fremgår av oversikten har instrumenter klassifisert som annen godkjent kjernekapital og tilleggskapital og som er omfattet av overgangsordninger samme prioritet som instrumenter som fullt ut kan medregnes i ansvarlig kapital. Ansvarlig kapitalinstrumenter som ikke lenger kan medregnes i ansvarlig kapital (legacy instrumenter) tilordnes kategorien "Övriga skulder som är efterställda enligt avtalsvillkor", som har prioritet før tilleggskapital, men etter senior etterstilt gjeld (SNP).

Rank	Namn	Beskrivning	Rettslig grund
1	Kärnprimærkapital		Art 28 Tillsynsforordningen (CRR)
2	Böter, offentligrettslige viten, fordringar eller annen særskild rettsverkan av brott		19 § Förmånsrättslagen (FrL)
3	Primærkapitalinstrument		18 § första stycket tredje meningen FrL och art 52 CRR
4	Supplementærkapitalinstrument		18 § första stycket tredje meningen FrL och art 63 CRR
5	Övriga skulder som är efterställda enligt avtalsvillkor	Efterställd skuld som ikke oppfyller supplementærkapitalkraven i CRR	18 § första stycket tredje meningen FrL
6	Oprioriterade skulder med enligt lag efterställd rätt		18 § första stycket andra meningen FrL
7	Oprioriterade skulder		18 § första stycket første meningen FrL
8	Icke-garanterade insättningar	Insättningar gjorda av privatpersoner, små og medelstore foretag som ikke är skyddade av insättningsgarantin	13b § FrL
9	Garanterade insättningar	Insättningar som är skyddade av insättningsgarantin.	13a § FrL

<sup>12</sup> Tilgjengelig her: [https://www.riksgalden.se/globalassets/dokument\\_sve/finansiell-stabilitet/svensk-insolvensranking.pdf](https://www.riksgalden.se/globalassets/dokument_sve/finansiell-stabilitet/svensk-insolvensranking.pdf)

10	Framtida pensjon	Anställda födda 1907, eller tidigare, eller deras efterlevande upp till ett maximalt belopp.	13 § FrL
11	Löner eller annan ersättning till följd av anställning	Begränsat i tid och belopp.	12 § och 12a § FrL
12	Revision	Begränsat i tid.	10a § FrL
13	Ersättning till resolutionsmyndigheten i enlighet med lagen (2015:1016) om resolution	Begränsat i tid.	10 § FrL
14	Säkerställd skuld (inkl. Säkerställda obligationer)		3a § FrL

## Danmark

BRRD2 artikkel 48 (7) er i dansk regelverk gjennomført i § 13 stk. 5 i Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, jf. § 18 i endringslov nr. 2382 av 14. desember 2021<sup>13</sup>. Det vises videre til kommentarene til lovbestemmelsen, hvor det fremkommer at Erhvervsministeriet vurderer at infeksjonsrisiko er et begrenset problem i Danmark. Det er imidlertid enkelte foretak, hvor innfrielse eller endring av lånekontrakt er forbundet med ekstraordinære kostnader ettersom dette vil medføre at inngåtte valutabytteavtaler må avsluttes. Bestemmelsen lyder som følger:

*"Ved konkurs i en virksomhed betales egentlige kernekapitalinstrumenter efter hybride kernekapitalinstrumenter og hybride kernekapitalinstrumenter efter supplerende kapitalinstrumenter. Et kapitalinstrument, som kun delvis anses for at være en kapitalgrundlagspost, betales i sin helhed som kapitalgrundlag i medfør af 1. pkt."*

Det følger av § 13 stk. 5 at instrumenter som etter CRR kan fullt anerkjennes og instrumenter som delvis anerkjennes (overgangsordninger) skal rangere pari-passu, tilsvarende som i finansforetaksloven § 20-32 nr. 5 og 6. Forpliktelser nevnt i stk. 4 skal prioritet før instrumentene som nevnt i stk. 5. Bestemmelsen lyder som følger:

*"Ved konkurs betales fordringer vedrørende kapitalgrundlag i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, nr. 118, i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 575/2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og regler fastsat i medfør af § 128, stk. 3 og 4, i lov om finansiel virksomhed eller artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/2033 af 27. november 2019 om tilsynsmæssige krav til investeringselskaber og regler fastsat i medfør af § 128, stk. 2, i lov om fondsmæglerselskaber og investeringsservice og -aktiviteter efter andre fordringer. Et kapitalinstrument, som kun delvis anses for at være en kapitalgrundlagspost, betales i sin helhed som kapitalgrundlag i medfør af 1. pkt"*

Det er Finanstilsynets forståelse at den danske gjennomføringen av BRRD2 artikkel 48 (7) innebærer at forpliktelser som er et resultat av instrumenter som etter CRR ikke lenger kan fullt eller delvis anerkjennes som ansvarlig kapital (legacy instrumenter), skal ha prioritet før

<sup>13</sup> Tilgjengelig her: <https://www.retsinformation.dk/eli/ta/2021/2382>. Det vises også til omtalen på side 73 – 74 og side 262 – 264 i kommentarene til lovforslaget (<https://www.retsinformation.dk/api/pdf/225359>)

instrumenter som kvalifiserer eller delvis kvalifiserer som ansvarlig kapital. Den nevnte prioritetsrekkefølgen gjelder uavhengig av prioritet i henhold til låneavtale. Legacy instrumentene har dernest lavere prioritet enn instrumenter klassifisert som senior etterstilt gjeld (senior non-preferred), hvor prioriteten følger av § 13 stk. 3:

*Gældsforpligtelser omfattet af denne bestemmelse betales umiddelbart efter simple fordringer i medfør af konkurslovens § 97, men er foranstillet fordringer i medfør af konkurslovens § 98 samt øvrige efterstillede forpligtelser, hvis følgende betingelser er opfyldt:*

- 1) Gældsforpligtelserne har en oprindelig kontraktmæssig løbetid på mindst 1 år.*
- 2) Gældsforpligtelserne er ikke derivater og har ingen indbyggede afledte finansielle instrumenter.*
- 3) Aftalegrundlaget og i givet fald prospektet for udstedelsen henviser til placeringen i prioritetsordenen ved konkurs.*