

Finansdepartementet

*Sendes elektronisk*

Dato: 01.03.2023  
Deres ref: 22/4365

## **Høring – forslag til endringer i regelverket om utdelinger i finansforetaksloven**

Finans Norge viser til departementets høringsbrev 17. januar 2023 om forslag til endringer i regelverket om utdelinger i finansforetaksloven.

### **1. Finans Norges hovedsynspunkter**

- Det er grunnleggende for norske finansforetak, herunder sparebanker, at deres egenkapitalinstrumenter kvalifiserer som ren kjernekapital etter kapitalkravsforordningen (CRR). Dette har både en side mot bankenes egen kapitaldekning og mot innhenting av egenkapital via kapitalmarkedene. For tilgang til finansiering gjennom kapitalmarkedene er det nødvendig at utstedte instrumenter er i samsvar med det europeiske bankregelverket.
- Finans Norge støtter tilnærmingen med en to-trinns prosess. I et første trinn kan det gjennomføres begrensede regelverksendringer som følger opp enkelte av EBAs innspill av hensyn til å redusere usikkerhet i kapitalmarkedet. I et neste trinn kan man utrede de mer kompliserte og markedssensitive forhold EBA har rettet oppmerksomhet mot i forhold til egenkapitalinstrumentene, og foreslå konkrete tiltak på bakgrunn av dette. Etter Finans Norges syn bør det vesentlige av spørsmålene som drøftes i høringsnotatet behandles samlet i den varslede utredningen.
- Finansdepartementet bør sikre at det ikke kan reises tvil om norske rene kjernekapitalinstrumenters oppfyllelse av CRR artikkel 28. Finans Norge mener samtidig at det er en indre sammenheng mellom de forslag som fremmes nå, og den varslede vurdering om problemstillinger knyttet til sparebankenes kapitalstruktur. Viktigheten av en dyptgående og helhetlig utredning, understrekes av at det ikke er åpenbart at reglene tilknyttet gjeldende kapitalstruktur må endres i lys av de relevante CRR-bestemmelsene.
- Egenkapitalbeviset er avgjørende for å ivareta sparebankmodellen og gir sparebankene mulighet til å utvikle og trygge sin virksomhet. Samtidig bevares en struktur hvor mye av overskuddet kommer lokalsamfunnet til gode gjennom utbytte fra grunnfondskapitalen. Rammene for sparebankenes kapitalstruktur må være forutsigbare og regelverksendringer innenfor dette området må ha en solid forankring og være grundig konsekvensutredet.

- Kapitalnedsettelse er allerede regulert i finansforetaksloven § 10-8. En særregulering av utjevningfondet i § 10-18, bør uansett vurderes sammen med de øvrige forslagene begrunnet i eierandelskapitalens tapsabsorberende evne.
- Etter Finans Norges vurdering bør det foretas en samlet vurdering av alle forslagene om utjevningfondet som er begrunnet i hensynet til tapsabsorberende evne. Dette gjelder utvidet meldeplikt ved utbytte og Finanstilsynets kompetanse til å begrense utbytte fra eller pålegge overføring av overskudd til utjevningfondet, jf. forslaget til endringer i finansforetaksloven § 10-6 tredje ledd annet punktum, § 10-17 og § 10-18. Forslagene innebærer en vesentlig inngripen sparebankenes kapitalstruktur og generalforsamlingens kompetanse til å disponere over den frie egenkapitalen. Det er ikke hensiktsmessig at man nå foretar mer inngripende endringer enn nødvendig, basert på et kortfattet høringsnotat og en forkortet høringsfrist.
- Finanstilsynet har selv gitt EBA beskjed om at slike endringer vil berøre hele kapitalstrukturen i sparebanknæringen og således krever en mer utfyllende prosess som tidligst vil være på plass i 2024. Hjemmelsgrunnlaget for EBAs påpekning er også uklart, og det er behov for en grundigere analyse for å sikre at eventuelle regelverksendringer oppfyller kravene i CRR.
- En vurdering av lovendringer knyttet til sparebankenes kapitalstruktur bør derfor i sin helhet basere seg på en mer utfyllende utredning, slik både Finansdepartementet og Finanstilsynet tidligere har foreslått. Det vil være hensiktsmessig at representanter fra sparebanknæringen bidrar inn i arbeidet gjennom deltakelse i et utvalg, en arbeidsgruppe og/eller referansegruppe.
- Finans Norge støtter at det på kort sikt tas inn i finansforetaksloven en klar henvisning til at reglene i aksjelovene § 8-4 som gir tingretten adgang til å fastsette utbytte ikke gjelder for finansforetak.

## **2. Vesentlige regelverksendringer bør foretas samlet etter en grundig utredning**

Finanstilsynet har gjennom 2022 hatt dialog med Den europeiske banktilsynsmyndigheten ("EBA") i forbindelse med deres arbeid med å vurdere om norske kjernekapitalinstrumenter oppfyller kravene til ren kjernekapital i kapitalkravsforordningen ("CRR") artikkel 26 og 28.

EBA offentliggjorde 19. desember 2022 en oppdatert oversikt over godkjente rene kjernekapitalinstrumenter. Norske aksjer, egenkapitalbevis og medlemsinnskudd er inkludert i EBAs liste over godkjente instrumenter under forutsetning av at norske myndigheter følger opp påpekte behov for endringer i den nasjonale reguleringen i finansforetaksloven.

Forslagene på høring er utarbeidet av Finanstilsynet og er «første etappe» av endringer som etter tilsynets vurdering må fremmes for å sikre at reglene i finansforetaksloven oppfyller kravene i CRR. Finanstilsynet har i sitt oversendelsesbrev til departementet<sup>1</sup> anmodet om at det snarlig iverksettes et arbeid med en utredning som skal analysere hvilke endringer som kan være nødvendige for at den tapsabsorberende evnen til sparebankenes ansvarlige kapital skal tilfredstille kravene i CRR.

Finans Norge støtter norske myndigheters arbeid for å sikre at EBA godkjenner at egenkapitalinstrumentene i norske finansforetak kvalifiserer som ren kjernekapital etter CRR. Dette arbeidet er avgjørende for norske sparebanker og deres bruk av egenkapitalbeviset (EK-bevis) som kapitalkilde. Et velfungerende og attraktivt EK-bevis er avgjørende for å opprettholde solide og vekstkraftige sparebanker over hele landet.

Samtidig er det viktig med en grundig vurdering av hvilke tiltak som må gjennomføres for å sikre at EK-beviset fortsatt kvalifiserer som ren kjernekapital. Saken reiser kompliserte juridiske spørsmål, og de markedsmessige konsekvensene av enhver endring må utredes grundig før de iverksettes.

Finans Norge støtter derfor tilnærmingen med en to-trinns prosess. I et første trinn kan det gjennomføres tiltak og regelverksendringer som er relativt ukontroversielle og som et stykke på vei kan adressere de innspill EBA har kommet med tidligere i prosessen. I et neste trinn kan man utrede de mer kompliserte og markedssensitive forhold EBA har reist i forhold til egenkapitalinstrumentene, og foreslå konkrete tiltak på bakgrunn av dette. Dette er en tilnærming Finanstilsynet selv tok til orde for overfor EBA. Mer konkret viste Finanstilsynet til at en utredning om eierandelskapitalens tapsabsorberende evne må inngå i en slik bredere utredning. Finanstilsynet viste blant annet til at en utredning om tapsabsorberende evne:<sup>2</sup>

*"...will probably affect other parts of the regulation of equity certificates (like voting rights) and may have an impact on the capital structure of savings banks and ultimately on the structure of the Norwegian banking sector. Thus, there is a need to thoroughly assess the possible remedial or mitigation actions related to the loss absorption mechanism of savings banks with equity certificates".*

Finanstilsynet har i samme brev varslet EBA om at Finansdepartementet vil se nærmere på blant annet reguleringen av sparebankenes kapitalstruktur, men at eventuelle endringer ut fra sin komplekse natur neppe vil være på plass før i 2024. EBA synes å ha akseptert en slik to-trinnsprosess.

Finans Norge støtter som nevnt en to-trinnsprosess, men vi er ikke enige i *fordelingen* av spørsmål som er tenkt behandlet i hhv trinn 1 og trinn 2. Etter Finans Norges syn bør flere av spørsmålene som drøftes i høringsnotatet (dvs. trinn 1), behandles samlet i den bredere

---

<sup>1</sup> Se Finanstilsynets brev 19. desember 2022 til Finansdepartementet.

<sup>2</sup> Se Finanstilsynets brev 26. august 2022 til EBA s. 2 femte avsnitt.

vurderingen i trinn 2. Dette skyldes både av hensyn til det materielle innhold i de forslag som fremmes i høringen, og av hensyn til en ryddig prosess. Det vises i den anledning til følgende:

- (i) Flere av forslagene som drøftes i høringsnotatet henger nært sammen med spørsmål knyttet til eierandelskapitalens tapsabsorberende evne. Dette gjelder for det første forslaget om at Finanstilsynet kan pålegge sparebankene å allokere en viss andel av overskudd tilordnet eierandelskapitalen til utjevningfondet av hensyn til "*styrke grunnlaget for at eierandelskapitalen skal dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd*". For det andre gjelder dette forslaget til regulering av hvordan det kan tas midler *ut* av utjevningfondet, herunder forslaget til samtykkekrav fra Finanstilsynet og det i den forbindelse skal tas hensyn til "*at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd*".

Både reguleringen av hvordan utjevningfondet skal tilføres midler og hvordan midlene skal kunne disponeres til fordel for EK-beviseierne, henger nært sammen med hvilken tapsabsorberende evne under løpende drift som utjevningfondet skal ha. Det gir ikke mening å behandle oppbygging og uttak fra utjevningfondet, adskilt fra utjevningfondets evne til å bære tap under løpende drift.

- (ii) En samlet vurdering av alle spørsmål knyttet til eierandelskapitalens tapsabsorberende evne støttes av hensyn til en god prosess i denne saken. Høringsnotatet er relativt kortfattet og sendt på høring med meget kort høringsfrist. Dette tilsier også at de grunnleggende spørsmål som tas opp i notatet, utsettes til en senere utredning. I oppfølgingen bør næringen gis anledning til å bistå i denne dialogen direkte på en egnet måte.
- (iii) Endelig bør det utvises betydelig varsomhet med å legge EBAs vurderinger og drøftelser ukritisk til grunn i den videre prosessen. Flere av forslagene i høringsnotatet bygger direkte på uttalelser fra EBA som gir et unyansert og trolig feilaktig inntrykk av hvordan det norske regelverket fungerer og hva som er en korrekt tolking av CRR artikkel 28, ref. omtalen under pkt. 3. Det vil derfor være uheldig om man legger slike uttalelser til grunn uten at deres konsekvenser vurderes i en bredere sammenheng.

Forslagene på høring er kommentert utfyllende i et vedlegg til høringssvaret her. En oppsummering av Finans Norges merknader til de de konkrete endringsforslagene gjengis også nedenfor.

### **3. Ufullstendige vurderinger fra EBA om kravene i CRR og anvendelse på norsk rett**

Etter Finans Norges syn fremstår EBAs betraktninger av behovet for endringer i norsk rett som høyst ufullstendige. Det er etter vår oppfatning langt fra er åpenbart at reglene tilknyttet gjeldende kapitalstruktur i sparebankene må endres i lys av de relevante CRR-bestemmelsene. Vår vurdering av de aktuelle bestemmelsene i CRR oppsummeres nedenfor.

### 3.1 Skillet mellom kapitalposter og kapitalinstrumenter i CRR

Om kapitalstrukturen i sparebanker som har utstedt egenkapitalbevis, kommenterer EBA i sitt brev 9. juni 2022 til Finanstilsynet, fordelingen av tap i lys av CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 bokstav i. Finans Norge vil her først understreke at etter CRR artikkel 26 nr. 1 er et kapitalinstrument - som kvalifiserer som ren kjernekapital – en av flere rene kjernekapitalposter. CET1-instrumenter er imidlertid kun en delmengde av de kapitalposter ('items') som kvalifiserer som ren kjernekapital, og det er altså ikke motsatt slik at enhver CET1-post også er et CET1-instrument. Denne distinksjonen og presiseringen kan fremstå åpenbar, men skillet mellom kapitalposter og kapitalinstrumenter er etter vårt syn avgjørende for hvordan de nevnte CRR-bestemmelsene skal forstås.

EBA gir uttrykk for følgende vurdering, som har en nokså konkluderende form: «*The interaction between the equity certificates and ownerless capital was considered a complex structure. EBA's CET1 monitoring report (para 77) underlines that complex financial structures could increase the risk of non-compliance with CET1 requirements. In this regard, it is necessary that the concerned institutions progressively increase their dividend equalization fund over time, in particular when it is at a level significantly lower than the ownerless capital*». CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 (i) fremstår som grunnlaget for ovennevnte vurdering fra EBA og kommenteres nærmere under.

### 3.2 CRR artikkel 26 nr. 1

Finansdepartementet bør merke seg EBAs omtale av siste ledd i artikkel 26 nr. 1: «*(...) Article 26(1) last subparagraph CRR requires that the CET1 items are available to the institution for unrestricted and immediate use to cover risks or losses as soon as these occur*».

Etter Finans Norges vurdering utgjør ikke dette utsagnet en presis gjengivelse av bestemmelsens ordlyd. Artikkel 26 nr. 1 omhandler hvilke kapitalposter som kvalifiserer som ren kjernekapital, og dens siste ledd angir at postene omtalt i bokstav c–f skal anerkjennes som ren kjernekapital bare når institusjonen umiddelbart og uten begrensning kan anvende dem til dekning av risikoer eller tap på det tidspunktet de oppstår.

Finans Norge vil for det første påpeke at siste ledd i artikkel 26 nr. 1 ikke omhandler kapitalinstrumenter, ettersom instrumenter omtales i bokstav a. Av bokstav a fremkommer samtidig en henvisning til de bestemmelser som faktisk angir de vilkår som må være oppfylt for at instrumenter skal kvalifisere som ren kjernekapital (altså artikkel 28 eller eventuelt artikkel 29). Artikkel 26 nr. 1 siste ledd angir med andre ord ikke slike vilkår for kapitalinstrumenter, men altså for nærmere angitte poster.

For det andre vil vi bemerke at siste ledd i artikkel 26 nr. 1 bokstav c til f, ikke angir krav til størrelse på eller fordeling av tap mellom de postene som omtales, herunder opptjent egenkapital, andre fond mv.

### 3.3 CRR artikkel 28 nr. 1 bokstav i

Finansdepartementet bør også ta i betraktning den nærmere ordlyden i artikkel 28 nr. 1 bokstav i, som EBA synes å legge stor vekt på i overveielser av utjevningfondet. Denne

bestemmelsen angir at sammenliknet med alle kapitalinstrumenter som er utstedt av institusjonen, dekker rene kjernekapitalinstrumenter den første og forholdsmessig største andelen av tap etter hvert som de oppstår, og hvert instrument dekker tap i samme utstrekning som alle andre rene kjernekapitalinstrumenter.

Siste del av bestemmelsen (bokstav i) forutsetter at et foretak har utstedt mer enn ett CET1-instrument, og dette har ikke relevans for norske sparebanker som utsteder egenkapitalbevis, og således bare utsteder ett CET1-instrument.

Første del av samme bestemmelse angir krav til CET1-instrumenters tapsdekning sammenliknet med alle kapitalinstrumenter som er utstedt av foretaket. Finans Norge vil sterkt understreke bestemmelsens ordlyd om «sammenliknet med alle kapitalinstrumenter», og samtidig vil vi presisere at bestemmelsen ikke viser til en sammenlikning av CET1-instrumenter mot CET1-poster generelt. Dessuten, og av stor betydning, så utgjør blant annet grunnfondet en CET1-post, noe som både EBA og Finanstilsynet har påpekt.

Med andre ord, det sentrale ift. EBAs vurdering er at vi ikke kan se at artikkel 28 regulerer tapsdekningsfordeling mellom CET1-instrumenter og CET1-poster.

#### *3.4 Ufullstendige vurderinger om kapitalstruktur og tapsabsorbering*

Finans Norges vurdering av CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 bokstav i, er at det er langt fra opplagt at disse bestemmelsene nødvendiggjør endringer i finansforetaksloven for at egenkapitalbevis skal kvalifisere som ren kjernekapital. Problemstillingene som er reist er imidlertid av et omfang og av så stor viktighet at en større utredning er nødvendig.

EBAs redegjørelse er svært knapp og konklusjonene fremstår høyst uklare i lys av den nærmere ordlyden i de aktuelle bestemmelsene i CRR. Finans Norge har ikke innsyn i den fulle dialogen mellom EBA og Finanstilsynet, men vi merker oss følgende utsagn fra tilsynet om EBAs betraktning av utjevningfondet: *«the legal basis in the CRR for this statement is not entirely clear based on the reference to CRR Article 26 (1) and Article 28 (1) (i) in EBA's letter»*.

Videre stiller vi spørsmål ved EBAs omtale av kompleksiteten i forholdet mellom eierandelskapital og grunnfondskapitalen. Vårt inntrykk er at kapitalstrukturen i sparebanker med egenkapitalbevis ikke er vesentlig mer kompleks enn sammenlignbare andre europeiske kapitalinstrumenter. Det ville også vært naturlig at EBA påpekte tydelige brudd med CRR dersom dette var identifisert, fremfor å gi en begrunnelse av mer generell karakter. I tillegg kan vi vanskelig se hvordan en generell oppbygging av utjevningfondet vil redusere kompleksiteten i dagens regelverk og kapitalstruktur.

Vurderinger av betydelige, regulatoriske endringer av sparebankenes kapitalklasser og -struktur og tilhørende tapsdekningsfordeling fortjener vesentlig mer utredning enn det som foreligger. Etter vårt syn bør norske myndigheter følge opp EBA ytterligere, og eventuelt andre EU/EØS-organer, og således bidra til å frembringe avklaringer av forordningsbestemmelsene som alle berørte parter kan forstå. Omfattende endringer i finansforetaks-

loven, med potensielt alvorlige virkninger for norske sparebanker, må baseres på en tolkning av EU-rettskilder som ikke er tvilsom.

### *3.5 Myndighetsgodkjenning ved reduksjon av egenkapital*

EBA er av den oppfatning at: «*Section 10 of the Financial Institution Act does not explicitly require any reduction of the equity capital being subject to the competent authority's prior approval*». Etter Finans Norges vurdering medfører ikke dette riktighet.

Finanstilsynet presiserer samtidig i høringsnotatet at «det følger av finansforetaksloven § 10-8 at det kreves samtykke fra Finanstilsynet for å redusere egenkapitalen i et finansforetak på annen måte enn ved nedskrivning for å dekke underskudd etter årsregnskapet som ikke kan dekkes på annen måte. Dersom foretaket deler ut mer enn årets resultat i utbytte, vil dette innebære en reduksjon i egenkapitalen (ansvarlig kapital) som krever samtykke fra Finanstilsynet etter finansforetaksloven § 10-8».

Som begrunnelse for ovennevnte påstand henviser EBA til CRR artikkel 28 nr. bokstav f (ii) og CRR artikkel 77. Etter Finans Norges forståelse omhandler nevnte bestemmelser krav relatert til disposisjoner (reduksjon/innfrielse/gjenkjøp) av utstedte kapitalinstrumenter.

For det første anser Finans Norge at CRR-bestemmelsene som EBA her viser til allerede er dekket av finansforetaksloven § 10-4 tredje ledd, som blant annet angir at et finansforetaks vedtektsfestede egenkapital ikke kan vedtas nedsatt, tilbakebetalt eller forhøyet uten samtykke fra Finanstilsynet.

For det andre, og især på bakgrunn av de konkrete CRR-bestemmelsene vedrørende instrumenter som EBA viser til, stiller Finans Norge seg undrende til tilsynets utsagn om at det er dets «forståelse at grunnlaget for EBAs uttalelse er at det ikke fremgår av loven at reduksjon av utjevningsfondet etter finansforetaksloven § 10-18 krever tillatelse fra Finanstilsynet, jf. finansforetaksloven § 10-8». Hva gjelder spørsmålet om myndighetssamtykke ved egenkapitalreduksjoner, så kan ikke Finans Norge se at EBA i det hele tatt har kommentert utjevningsfondet.

Finans Norge har som nevnt ikke innsyn i den fulle og hele kommunikasjonen mellom EBA og tilsynet, men vi anser også at vurderingene og konklusjonene vist til ovenfor, både fra EBA og tilsynet, fremstår høyst uklare sett opp mot nevnte bestemmelser i CRR og finansforetaksloven. Også denne uklarheten, og ikke minst usikkerheten om EBAs forståelse av finansforetakslovens kapittel 10, utgjør en selvstendig begrunnelse for å la problemstillingene inngå i en grundig og helhetlig utredning.

#### 4. Oppsummering av Finans Norges merknader til forslagene på høring

Finans Norge har følgende hovedsynspunkter til de konkrete forslagene:

- **Unntak fra aksjelovene § 8-4 om utbytte ved domstolsbehandling**

Finans Norge støtter forslaget om å innta et eksplisitt unntak i finansforetaksloven § 10-6 fra bestemmelsene i aksjelovene § 8-4 om rett til å få fastsatt utbytte ved domstolsbehandling for finansforetak. Vi legger til grunn at forslaget neppe vil få nevneverdig praktisk betydning for eiere av egenkapitalinstrumenter i finansforetak. Vi viser likevel til våre innspill i vedlegget.

Finanstilsynet foreslår også en endring i henvisningen i finansforetaksloven § 10-6 første ledd at aksjelovene § 8-1 annet ledd ikke gjelder for finansforetak. Henvisningen fremstår som en inkurie og Finans Norge støtter også dette forslaget.

- **Kompetanse til å godkjenne utdelinger fra utjevningsfondet**

Finanstilsynet begrunner forslaget til endring av finansforetaksloven § 10-18 tredje ledd nytt annet punktum med behovet for presisering av enhver bruk av utjevningsfondet er en kapitalnedsettelse som krever forhåndssamtykke fra Finanstilsynet. Formålet kan umiddelbart synes å være en harmonisering, slik at også utdelinger til EK-beviseierne fra utjevningsfondet, på samme måte som for finansforetak organisert som aksjeselskap, skal være underlagt myndighetsgodkjenning. En slik forståelse av EBAs vurdering fremgår imidlertid ikke av EBAs skriftlige tilbakemelding til Finanstilsynet.

Finansforetaksloven § 10-8 fastsetter at nedsettelse og utdeling av egenkapital ut over årets overskudd skal godkjennes av Finanstilsynet. Det følger allerede av ordlyden et krav om samtykke fra Finanstilsynet ved bruk av utjevningsfondet i sparebanker. Kravet til myndighetsgodkjenning av kapitalnedsettelser går således utover kravene som følger av CRR. Finans Norge ser derfor ikke nødvendigheten av å gjøre endringer i finansforetaksloven § 10-18 tredje ledd som foreslått.

Finanstilsynet begrunner forslaget med at «likebehandling mellom aksjekapital og eierandelskapital tilsier også at det stilles et krav om samtykke for enhver utdeling fra utjevningsfondet.» Likebehandlingsargumentet tilsier imidlertid at man ikke vedtar egne regler for godkjenning av kapitalnedsettelser via utjevningsfondet, men beholder de generelle reglene slik de gjelder i dag. Disse gjelder også ved bruk av utjevningsfondet i sparebanker.

Forslaget om Finanstilsynets godkjenning av utdeling fra utjevningsfondet, må ses i sammenheng med at det også foreslås at utdeling fra utjevningsfondet skal hensynta at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av underskudd.



Finanstilsynets forslag er da godt over i vurderingen av eierandelkapitalens tapsabsorberende evne. Dette er spørsmål som har nær sammenheng med sparebankenes kapitalstruktur og egenkapitalbeviset attraktivitet og funksjonalitet i kapitalmarkedene. Som Finanstilsynet selv har uttrykt overfor EBA, er dette forhold som må utredes nærmere før en slik endring eventuelt blir gjennomført.

- **Krav om melding til Finanstilsynet ved utdeling til egenkapitalbevisiere**

Finans Norge kan ikke se at det i høringsforslaget gis en konkret begrunnelse for forslaget om å endre meldeplikten i finansforetaksloven § 10-6 tredje ledd, slik at denne inkluderer utdeling som innebærer at det samlede utbytte til eierne av EK-bevis i et enkelt år overstiger halvparten av årets overskudd tilordnet eierandelskapitalen. Begrunnelsen synes å ligge i hensynet til eierandelskapitalens og utjevningsfondets tapsabsorberende evne, jf. høringsnotatet s. 9. Forslagene som er begrunnet i slike hensyn bør utsettes og underlegges en nærmere samlet vurdering.

Vi påpeker også at forslaget vil avvike fra tilsvarende regulering for finansforetak organisert som aksjeselskap etter § 10-6 tredje ledd. Meldeplikten er her begrenset til utdeling ut over halvparten av foretakets totale årsresultat. Forslaget for sparebanker vil ikke på samme måte være begrenset til årsresultatet i sin helhet, men til den del av resultatet som er tilordnet eierandelskapitalen. Dette viser at formålet med en slik – utvidet— meldeplikt ikke er begrunnet i soliditetshensyn, men ut fra et formål om å sikre utjevningsfondets tapsabsorberende evne. Dette er således forhold som bør utredes samlet i en senere utredning.

- **Finanstilsynets kompetanse til å gi pålegg om å tilføre overskudd til utjevningsfondet**

Det foreslås i høringsnotatet at Finanstilsynet i § 10-17 gis kompetanse til å pålegge banken å tilføre hele eller deler av overskudd tilordnet eierandelskapitalen, til utjevningsfondet.

Forslaget innebærer en vesentlig inngripen sparebankenes kapitalstruktur og generalforsamlingens kompetanse til å disponere over den frie egenkapitalen.

Påleggskompetansen skal sikre at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av underskudd. Forslaget er således direkte knyttet opp mot spørsmålet om eierandelkapitalens tapsabsorberende evne. Det fremstår også som uklart hva som ligger i kravet om å dekke en "forholdsmessig andel av underskudd". Som nevnt ovenfor mener vi forslag som er begrunnet i slike hensyn bør utsettes og underlegges en nærmere samlet vurdering.

- **Fondsemisjoner**

Finanstilsynet viser i høringsbrevet også til tidligere høringsnotat av 2. september 2020 om begrensninger i sparebankenes adgang til å foreta fondsemisjoner. Finanstilsynet ber om at disse forslagene gjennomføres, i tillegg til forslagene som nå er på høring. Finanstilsynet har

begrunnet dette i et ønske om å styrke eierandelskapitalens tapsabsorberende evne. Vi vil understreke at også disse forslagene bør utsettes og underlegges en nærmere samlet vurdering.

## 5. Avsluttende merknader

For både aksjebankene og sparebankene med EK-bevis, er det essensielt at utstedte instrumenter er i samsvar med det europeiske bankregelverket. For utstedelse og annenhåndsomsetning av aksjer og EK-bevis innebærer EBAs listeføring at også internasjonale investorer kan feste lit til at instrumentene innehar visse grunnleggende egenskaper. Klassifiseringen får imidlertid også betydning for investorer i øvrige deler av bankenes kapitalinstrumenter, som obligasjoner og andre gjeldspapirer, ettersom den påvirker den interne prioriteten mellom kapitalklassene.

I tillegg er det selvfølgelig av grunnleggende betydning for bankenes kapitaldekning at egenkapitalinstrumentene kvalifiserer som ren kjernekapital etter CRR. Ren kjernekapital (Common Equity Tier 1) består iht. CRR artikkel 26 av innskutt og opptjent egenkapital. Innskutt egenkapital i form av utstedte egenkapitalinstrumenter (EK-bevis) utgjør en vesentlig del av bankenes beholdning av ren kjernekapital.

EK-beviset gir sparebankene mulighet til å utvikle og trygge sin virksomhet, men samtidig bevare en struktur hvor mye av overskuddet kommer lokalsamfunnet til gode. EK-bevis er tradisjonelt oppfattet som et utbytteinstrument, og særlig for mindre og mellomstore banker kan utbytte kompensere for lav likviditet i EK-beviset. For mange banker, og særlig de med lav eierbrøk, vil et pålegg om overføring av overskudd til utjevningsfondet kunne medføre betydelig lavere utbytte på EK-bevisene fremover og gjøre instrumentet mindre attraktivt. Gitt disse forutsetningene bør det ikke foretas mer inngripende endringer basert på et kortfattet høringsnotat og en forkortet høringsfrist, enn det som er nødvendig.

Rammene for sparebankenes kapitalstruktur må være forutsigbare og regelverksendringer innenfor dette området må ha en solid forankring og være grundig konsekvensutredet. Forslagene på høring griper inn i bankenes autonomi knyttet til utdelings- og finansieringsstrategi. Både formelt og materielt innebærer forslagene en vesentlig inngripen i sparebankenes kapitalstruktur og generalforsamlingens kompetanse til å disponere over den frie egenkapitalen. For enkelte banker kan endringene få konsekvenser for bankenes kapitalbehov, uten at dette er begrunnet i rent soliditetsmessige forhold.

Det er på denne bakgrunn overraskende at flere av lovforslagene som tilsynet har fremmet i høringsnotatet, også gjelder justeringer i regelverket begrunnet i hensynet til eierandelskapitalens tapsabsorberende evne. Finans Norge er for øvrig kjent med at Finanstilsynet har sendt et brev til flere sparebanker om utbyttedisponeringen i 2022, hvor tilsynet viser til at «Styret må også påse at det bygges opp et utjevningsfond slik at eierandelskapitalen har tilstrekkelig tapsabsorberende evne.» Forslaget i høringsnotatet kan

etter Finans Norges vurdering ikke benyttes som hjemmel for å legge begrensninger på sparebankenes utbyttedisponeringer før endringer i regelverket relatert til tapsabsorberende evne er vedtatt.

Departementet har som kjent tidligere, i brev 6. september 2021 til Finans Norge, informert om at det forberedes en utredning som vil omhandle problemstillinger knyttet til både kapitalstrukturen og andre regelverksspørsmål i tilknytning til sparebanker. Vesentlige deler av forslaget på høring foregriper i utstrakt grad flere enkeltelementer i denne kommende utredningen. Eventuelle regelverksendringer knyttet til eierandelskapitalens tapsabsorbering, bør i sin helhet inngå i det varslede utredningsarbeidet. Etter Finans Norges vurdering bør dette gjelde alle forslagene som berører sparebankenes utjevningsfond, herunder utvidet meldeplikt ved utbytte og Finanstilsynets kompetanse til å begrense utbytte fra eller pålegge overføring av overskudd til utjevningsfondet, jf. forslaget til endringer i finansforetaksloven § 10-6 tredje ledd annet punktum, § 10-17 og § 10-18.

Etter Finans Norges vurdering er det foreliggende forslaget ufullstendig og mangelfullt utredet, både hva gjelder det juridiske grunnlaget i CRR, konsekvenser og handlingsalternativer. Vi stiller spørsmål ved om det er nødvendig å måtte endre gjeldende norsk regulering av sparebankenes kapitalstruktur i lys av de relevante CRR-bestemmelsene. Våre vurderinger her, skal ikke betraktes som en endelig konklusjon fra næringens side, men som en problematisering av EBAs premisser som Finanstilsynets forslag bygger på.

Finans Norge ber på denne bakgrunn om at forslagene knyttet til EK-bevisenes tapsabsorberende evne i sin helhet behandles i den kommende utredningen og ikke som en del av oppfølgingen av de øvrige forslagene i høringen. Som tidligere meddelt departementet bidrar Finans Norge gjerne inn i dette arbeidet.

Med vennlig hilsen

**Finans Norge**

*Sign.*  
Erik Johansen  
direktør

*Sign.*  
Carl Flock  
juridisk direktør

Vedlegg:

## **Nærmere kommentarer til forslaget på høring**

### **1. Overordnet om bakgrunn for forslagene**

EBAAs vurdering av om norske kjernekapitalinstrumenter oppfyller kravene til ren kjernekapital CRR fremkommer i [brev 9. juni 2022 til Finanstilsynet](#), som tilsynet har besvart i [brev 26. august 2022](#). Finanstilsynet har som kjent også orientert Finansdepartementet om dialogen med EBA og videre prosess i [brev 3. oktober 2022](#) til departementet.

Forslaget på høring er en del av denne oppfølgingen. I høringsnotatet foreslår Finanstilsynet lovendringer i hhv. finansforetaksloven § 10-6 første og tredje ledd, § 10-17 tredje ledd og § 10-18 tredje ledd.

EBA har tre merknader/innspill til det norske regelverket i finansforetaksloven, i lys av kravene til ren kjernekapital i CRR:

- (i) Reglene i aksjelovene § 8-4 som åpner for at tingretten kan fastsettes et høyere utbytte enn det generalforsamlingen har fastsatt, er i strid med CRR art. 28(1)(h)(v) og (vii).
- (ii) Enhver reduksjon av egenkapitalen krever godkjenning fra Finanstilsynet iht. CRR art. 28 (1)(f)(ii), jfr. art 77. Finanstilsynets forståelse er EBAAs merknader gjelder utjevningfondet i sparebanker.
- (iii) Reguleringen av fordeling av tap i sparebanker med egenkapitalbevis (tapsbærende evne) står i et noe uklart forhold til CRR art. 26 (1) og 28 (1) (i).

Etter Finans Norges vurdering bør departementet nå følge opp eventuelle regelverkstiltak for å tilfredsstille EBAAs konkrete innspill til nødvendige regelverksendringer (i), mens forslagene som skal svare opp EBAAs innspill knyttet til utjevningfondet og tapsabsorberende evne (ii og iii), i sin helhet bør vurderes som en del av den kommende sparebankutredningen.

### **2. Unntak fra aksjelovene § 8-4 om utbytte ved domstolsbehandling**

#### *2.1 Om gjeldende regulering i finansforetaksloven*

Utgangspunktet i finansforetaksloven er at den foretaksrettslige reguleringen i vesentlig grad følger allmennaksjeloven. Denne grunnleggende tilnærming er lovfestet i finansforetaksloven § 7-4 hvor det fremgår at «når annet ikke følger av bestemmelse gitt i eller i medhold av

denne loven, gjelder bestemmelsene i allmennaksjeloven for finansforetak organisert som allmennaksjeselskap, og bestemmelsene i aksjeloven for finansforetak organisert som aksjeselskap.» Denne redaksjonelle kompetansefordeling mellom aksjelovgivningen og finansforetaksloven gjelder også langt på vei for sparebanker og andre finansforetak som ikke er organisert iht. aksjelovgivningen, ref. § 7-4 annet ledd.

I forarbeidene til finansforetaksloven, Prop 125 L (2013-2014) pkt. 4.5.4, fremhever departementet at egne bestemmelser i finansforetaksloven kan særlig være aktuelt på områder der hensynene bak loven tilsier at det stilles andre krav enn etter aksjelovgivningen. I finansforetaksloven § 9-11 gis en eksplisitt opplisting av bestemmelser som ikke kommer til anvendelse for finansforetak, konkret reglene om kreditt til ansatte og tillitsvalgte, hvor det er behov for egne regler. I tillegg fremkommer det unntak i enkelte av finansforetakslovens bestemmelser, som f.eks. utbyttebestemmelsen i § 10-6.

Som Finanstilsynet viser til i høringsnotatet, er aksjelovene § 8-4 ikke tatt med noen av disse unntakene. Etter bestemmelsen kan tingretten, etter anmodning fra aksjonærer som eier hhv. minst en tjuedel/tidel av aksjekapitalen, fastsette et høyere utbytte enn det generalforsamlingen har fastsatt.

At reglene i aksjelovene kommer i konflikt med EØS-regler som gjennomfører soliditetsregler på bank og forsikringsområdet vil typisk være et eksempel på behovet for å innføre unntaksregler i finansforetaksloven. Verken reglene i CRR eller Solvens II forordningen (EU) 2015/35, var tatt inn i norsk rett da finansforetaksloven ble vedtatt. Forarbeidene tar derfor naturlig nok ikke opp behovet for å fravike «utsultingsvernet» for minoritetsaksjonærer i aksjelovene § 8-4.

### *2.2 EBAs vurdering og Finanstilsynets forslag til lovendring*

EBA har i brev 9. juni 2022 til Finanstilsynet vist til at CRR artikkel 28 (1) bokstav (h)(v) krever at vilkårene for rene kjernekapitalinstrumenter ikke pålegger institusjonen noen forpliktelser til å foreta utdelinger til innehaverne (*‘the cancellation of distributions imposes no restrictions on the institution’*). EBA mener at det bør fremgå av det norske regelverket at aksjelovene § 8-4 ikke gjelder kredittinstitusjoner og uttaler på s. 2 følgende (vår utheving):

*“Section 8-4 of the Norwegian Public Limited Act provides shareholders, holding not less than 1/20 of the share capital, with the power to ask the court to stipulate the distribution of higher dividends than those approved by the shareholders’ general meeting. Section 7-4(1) of the Norwegian Financial Institutions Act states that the provisions in the Public Limited Liabilities Act applies to financial institutions unless otherwise provided by or pursuant to such Financial Institutions Act. Section 10-6 of the Financial Institutions Act on “Distribution of dividend”, unlike it does as regards other sections of the Public Limited Liabilities Act, does not expressly state that Section 8-4 of the Norwegian Public Limited Act does not apply to*

*financial institutions. Therefore, there is legal uncertainty on whether such Section 8-4 does also apply to financial institutions.*

*By contrast, Article 28(1)(h)(v) CRR requires that 'the conditions governing the instruments do not include **any obligation for the institution to make distributions** to their holders and the institution is not otherwise subject to such an obligation'. In addition, Article 28(1)(h)(vii) CRR requires that '**the cancellation of distributions imposes no restrictions on the institution**'. These articles are meant to ensure the flexibility of payment of distributions with regard to capital instruments, in order for them to be eligible as CET1 capital.*

*"EBA's assessment concluded that the provisions of Norwegian Public Limited Act would not be in line with the eligibility criteria of Article 28 CRR and therefore, amendments to Section 10-6 of the Norwegian Financial Institutions Act are required to clarify the exclusion of credit institutions from the scope of Section 8-4 of the Norwegian Public Limited Act thereby safeguarding the full flexibility concerning dividend payments by credit institutions."*

Finanstilsynet har i sitt svarbrev til EBA bekreftet at de kommer til å foreslå en slik regelendring som EBA etterspør. I ovennevnte brev til Finansdepartementet 3. oktober 2022 angis følgende om tilbakemeldingen EBAs vurdering:

*«Dersom et mindretall av aksjonærene kan få gjennom krav til høyere utbytte ved å gå til retten, vil ikke aksjer oppfylle bestemmelsen i CRR artikkel 28 nr. 1 bokstav h (v) om at vilkårene som gjelder for instrumentene, ikke pålegger institusjonen en forpliktelse til å foreta utdelinger til innehaverne, og at institusjonen ikke på annen måte er omfattet av en slik forpliktelse. EBA mener det må framgå av finansforetaksloven at aksjeloven § 8-4 og allmennaksjeloven § 8-4 ikke gjelder for finansforetak»*

Tilsynet foreslår i høringsnotatet at det uttrykkelig fastsettes i finansforetaksloven § 10-6 første ledd at aksjelovene § 8-4 ikke gjelder for finansforetak. Finanstilsynet viser også til at gjeldende unntak i finansforetaksloven § 10-6 første ledd andre punktum vedrørende aksjelovene § 8-1 andre ledd, tidligere er foreslått opphevet, ref. Finanstilsynets høringsnotat 8. oktober 2018.

### *2.3 Finans Norges vurdering*

Slik vi forstår CRR art. 28(1)(h) er formålet med bestemmelsen å beskytte institusjonen mot utvanning av egenkapitalen og sikre den rene kjernekapitalens tapsabsorberende evne mot utdelinger som svekker institusjonens soliditet<sup>3</sup>. Umiddelbart er det ikke naturlig utfra ordlyden å anse sikkerhetsventilen i aksjelovene § 8-4 - som en «obligation for the institution to make distributions», ref. artikkel 28(1)(h)(v). Det er da noe mer nærliggende, men heller

---

<sup>3</sup> Se bl.a. fortalen i CRR pkt. 72 som viser til at "(...) it is necessary to improve further the quality and harmonisation of own funds that institutions are required to hold. This should include the introduction of a new definition of the core elements of capital available to absorb unexpected losses as they arise".

ikke åpenbart, at dette kan anses som en restriksjon for institusjonen knyttet til kanselering av utbytte etter artikkel 28 (1)(h)(vii).

En domstolsavgjørelse om utbytteutbetaling iht. aksjelovene § 8-4 vil måtte skje innenfor rammene som finansforetaksloven setter for utbyttebetaling. Skrankene for utbyttebetaling i finansforetaksloven i § 10-6, vil da også gjelde slike disposisjoner. EBA gir imidlertid i sin vurdering ingen nærmere informasjon om hvilke forhold ved det norske regelverket som de har lagt vesentlig vekt på i sin vurdering av forholdet til CRR art. 28. Hvorvidt det avgjørende for EBAs tolkning er det prinsipielle knyttet til at utbyttebeslutningen etter § 8-4 treffes *utenfor* institusjonens ordinære beslutningsorganer eller hvorvidt det med en slik adgang generelt er fare for et press mot utbytter og *instrumentets tapsabsorberende evne*, fremgår ikke av ovennevnte korrespondanse. Det fremgår her heller ikke hvorvidt det er luftet alternative løsninger som utvidelse av meldeplikt til eller forhåndsgodkjenning fra Finanstilsynet ved utbytter fastsatt av tingretten.

Det finnes lite veiledning til forståelsen av CRR artikkel 28 med unntak av noen uttalelser i EBAs «Q&A», men ingen av disse gjelder artikkel 28(1)(h)(v) eller (vii). I EBAs «Monitoring report on CET1 instruments» fra 2021 (avsnitt 116-118) vises det til at flere land har endret nasjonale selskapsrettslige regler basert på artikkel 28(1)(h)(v). Bakgrunnen er *“several cases in which pre-CRR instruments included in the CET1 list were subject to provisions of national corporate laws, creating either an explicit or implicit obligation to pay minimum dividends to the holders of the instruments under specific circumstances”*. Videre heter det (avsnitt 118):

*“ (...) the EBA invited the concerned jurisdictions to provide a clarification that, in such cases, the CRR prevails over provisions in the national law where an instrument is counted as regulatory capital. To do so, jurisdictions may clarify this by determining that the obligation to pay a minimum dividend does not apply to CET1 instruments of institutions that are subject to the prudential requirements specified in the CRR, or may request concerned institutions in their jurisdictions to suspend/exclude minimum dividends in the institutions’ Articles of Association, if such possibility is provided by the national law.”*

Forslaget om å gjøre et eksplisitt unntak fra bestemmelsene i aksjelovene § 8-4 til å få fastsatt utbytte ved domstolsbehandling vil innebære en klargjøring av rettstilstanden, i samsvar med EBAs praksis referert ovenfor. Selv om denne refererte praksis etter vår vurdering ikke innebærer noen fullstendig klargjøring av forholdet mellom CRR artikkel 28(1)(h)(v) og (vii) og gjeldende regler i finansforetaksloven, er det likevel ikke nødvendig for å ta stilling til dette ifb. med forslaget på høring. Som Finanstilsynet viser til, er bestemmelsene i aksjelovene § 8-4 ikke mye benyttet i praksis og så vidt vi kjenner til aldri for finansforetak. Vi kan derfor ikke se at en slik endring i finansforetaksloven som foreslått vil få noen nevneverdig praktisk betydning for eiere av egenkapitalinstrumenter i finansforetak. Det er derfor ikke nødvendig å klarlegge forståelsen av EBAs innspill for å gjennomføre en regelverksendring som forespurt av EBA.

Finans Norge støtter på denne bakgrunn forslaget om å innta et eksplisitt unntak i finansforetaksloven § 10-6 første ledd i.f. slik at aksjelovene § 8-4 ikke gjelder for finansforetak. Det bemerkes for øvrig at redaksjonelt kan endringene også gjøres ved å innta aksjelovene § 8-4 i listen over bestemmelser som ikke gjelder for finansforetak i finansforetaksloven § 9-11.

#### *2.4 Om virkeområdet for lovendring*

Et særspørsmål som ikke kommenteres i høringsnotatet er hvorvidt en slik endring som foreslått bør avgrenses i samsvar med virkeområdet til CRR, ettersom finansforetaksloven regulerer flere foretakstyper enn kredittinstitusjoner. Finanstilsynet viser i høringsnotatet også til at aksjelovene § 8-4 etter Finanstilsynets vurdering heller ikke er forenelig med solvensreguleringen for forsikringsforetak når det gjelder basiskapitalposter klassifisert i kategori 1, jf. Solvens II-forordningen artikkel 71 nr. 1 bokstav n. Forslaget på høring vil imidlertid gjelde alle virksomhetstyper, ikke bare banker og kredittforetak, jf. finansforetaksloven § 1-3 første ledd. Alternativt kunne derfor lovendringen blitt avgrenset til kredittinstitusjoner og forsikringsforetak.

Finans Norge viser samtidig til at den redaksjonelle utformingen av finansforetaksloven bygger på innføring av fellesregler for alle typer finansforetak, hvor en vesentlig del av de materielle pliktene er hentet fra direktivforpliktelser som kun gjelder kredittinstitusjoner og/eller forsikringsforetak. Ettersom aksjelovene § 8-4 uansett ikke har hatt praktisk betydning for øvrige finansforetak er det etter vår vurdering derfor ikke nødvendig å distingvere virkeområdet for lovendringen i finansforetaksloven nærmere.

#### *2.4 Om unntaket i finansforetaksloven § 10-6 fra aksjelovene § 8-1 første ledd*

Finanstilsynet har for øvrig i forlengelsen av forslaget til endringer i § 10-6, også vist til at bestemmelsen – slik den lyder i dag - gjør unntak fra aksjelovene § 8-1 annet ledd. Finanstilsynet viser til at de tidligere har foreslått henvisningen opphevet, som en del av et forslag om et unntak fra aksjelovene § 8-2a som åpner for ekstraordinære utbytter (tilleggsutbytter). Forslaget var på høring våren 2019, men er ikke endelig behandlet.

Finans Norge slutter seg også til Finanstilsynets vurdering hva gjelder henvisningen til aksjelovene § 8-1 annet ledd. Henvisningen ble i sin tid tatt inn i finansforetaksloven med bakgrunn i en tidligere bestemmelse i aksjeloven som ble opphevet [ved lov 14.06.2013 nr. 40](#). Konkret var unntaket avgrenset til en bestemmelse som forbød utdeling av utbytte i tilfelle hvor selskapets egenkapital etter balansen var mindre enn 10 prosent av balansesummen<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> I praksis vill bestemmelsen medført en vesentlig begrensning av finansforetaks adgang til å utdele utbytte av årets overskudd og unntaket hensyntok at finansforetak har andre soliditetsregler som beskytter egenkapitalen. Endringen i aksjelovene § 8-1 annet ledd ble imidlertid ikke fanget opp i Stortingets lovbehandling av finansforetaksloven.



Ved lovendringen i 2013 ble det foretatt en redaksjonell omskriving av aksjeloven § 8-1. Bestemmelsen om visse fradrag som skal gjøres for beregning av utbyttegrunnlag, som tidligere fulgte av § 8-1 første ledd, er etter lovendringen flyttet ned til § 8-1 annet ledd. Henvisningen fremstår således som en inkurie. En endring av det nevnte unntaket fra bestemmelsen i aksjelovene § 8-1 annet ledd - som nå er opphevet – bør derfor inkluderes i et lovforslag om endring av finansforetaksloven § 10-6.

### **3. Finanstilsynets godkjenning av kapitalnedsettelse**

#### *3.1 Om gjeldende regulering i finansforetaksloven*

Finansforetaksloven § 10-8 regulerer Finanstilsynets godkjenning av nedsettelse og utdeling av egenkapital ut over årets overskudd. Etter bestemmelsen kan ikke egenkapitalen i et finansforetak uten samtykke fra Finanstilsynet reduseres på annen måte enn ved nedskrivning for å dekke underskudd etter årsregnskapet som ikke kan dekkes på annen måte. Bestemmelsen innebærer at en bank som foretar utdelinger utover årets samlede resultat, må søke om tillatelse til dette etter finansforetaksloven § 10-8.

Det følger av finansforetaksloven § 10-18 en særbestemmelse som omhandler sparebankenes utjevningsfond. Utjevningsfondet kan benyttes til å opprettholde utbytte på eierandelskapitalen, jf. § 10-18 første ledd. Utdeling fra utjevningsfondet etter § 10-18 tredje ledd kan – på samme måte som ved utbytte - bare foretas når dette er forsvarlig ut fra egenkapitalsituasjonen i foretaket, jf. § 10-6 første ledd.

#### *3.2 EBAs vurdering og Finanstilsynets forslag til lovendring*

EBA har vist til at etter CRR art. 28 (1)(f)(ii), jfr. art. 77 skal nedsettelse/utdeling av ren kjernekapital forhåndsgodkjennes av nasjonale tilsynsmyndigheter. Fra den aktuelle omtalen i ovennevnte brev s. 3 hitsettes:

*“Secondly, Section 10 of the Financial Institution Act does not explicitly require any reduction of the equity capital being subject to the competent authority’s prior approval. On the contrary, Article 28(1)(f)(ii) CRR makes the institution’s discretionary repurchasing of CET1 instruments or other means of reducing CET1 capital being subject to the competent authority’s prior approval in accordance with Article 77 CRR.*

*Therefore, EBA’s assessment concluded that an amendment of the Financial Institution Act is necessary to ensure that any reduction of equity capital is being subject to the competent authority’s prior approval.”*

I svarbrevet til EBA har Finanstilsynet bekreftet at de vil foreslå en endring i finansforetaksloven som klargjør at alle nedsettelse av ren kjernekapital skal godkjennes av Finanstilsynet. I tilsynets brev til Finansdepartementet 3. oktober 2022 vises det til at «*Det er Finanstilsynets forståelse at grunnlaget for EBAs uttalelse er at det ikke fremgår av loven at*

*reduksjon av utjevningsfondet etter finansforetaksloven § 10-18 krever tillatelse fra Finanstilsynet, jf. finansforetaksloven § 10-8.»*

I høringsnotatet foreslås et nytt § 10-18 tredje ledd annet punktum som presiserer at utdeling av utbytte fra utjevningsfondet ikke kan foretas uten etter samtykke fra Finanstilsynet. Om bakgrunnen for forslaget viser Finanstilsynet til at det ikke fremgår eksplisitt av finansforetaksloven at det kreves samtykke fra Finanstilsynet for utdelinger fra utjevningsfondet i de tilfellene der det samlet for eierandelskapitalen og grunnfondskapitalen, utdeles mindre enn 100 prosent av årets resultat. Sistnevnte innebærer at man isolert sett er innenfor skrankene for utdeling av utbytte etter finansforetaksloven § 10-6 første og annet ledd, jf. § 10-17 første ledd. I EBAs brev til Finanstilsynet er det imidlertid ikke denne problemstillingen omtalt som grunnlag for deres merknader.

Finanstilsynet påpeker for øvrig at utdeling fra utjevningsfondet kan ha betydning for i hvilken grad eierandelskapitalen er tapsabsorberende og foreslår også en endring av § 10-18 tredje ledd første punktum. Etter forslaget skal utdeling av utbytte fra utjevningsfondet også hensynta at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd. For ordens skyld presiseres at denne del av forslaget – som skal ivareta andre hensyn og et annet rettslig grunnlag i CRR – kommenteres nedenfor under pkt. 4. Samtidig registreres at Finanstilsynet i sin omtale av økonomiske og administrative konsekvenser<sup>5</sup> omtaler forslagene under ett og forutsetter at endringene både gjelder den formelle og materielle kompetansen knyttet til bruk av utjevningsfondet.

### *3.3 Om kravene til forhåndssamtykke av kapitalnedsettelse i CRR*

Kravet til forhåndsgodkjenning av kapitalnedsettelse i CRR følger av artikkel 77 a), hvoretter *«An institution shall require the prior permission of the competent authority to (...) reduce, redeem or repurchase Common Equity Tier 1 instruments»*.

Etter bestemmelsen gjelder kravet til forhåndssamtykke kun rene kjernekapitalinstrumenter. For utdeling av annen fri egenkapital følger det av CRR ingen tilsvarende krav til forhåndsgodkjenning fra Finanstilsynet. Utjevningsfondet er ikke et rent kjernekapitalinstrument, men vil omfattes av opplistingen av ren kjernekapital («Common Equity Tier 1») under klassifiseringen tilbakeholdt overskudd («retained earnings»), jf. CRR artikkel 26 (1)(c). Utdeling fra utjevningsfondet vil således ikke direkte underlegges kravene til samtykke fra Finanstilsynet i CRR art. 77.

EBA viser imidlertid i brevet til at dette følger av CRR art. 28(1)(f)(ii) som lyder (vår utheving):

*“1. Capital **instruments** shall qualify as Common Equity Tier 1 instruments only if all the following conditions are met: (...)*

---

<sup>5</sup> Høringsnotatet pkt. 3.2

*(f) the **principal amount** of the instruments may not be reduced or repaid, except in either of the following cases:*

- (i) the liquidation of the institution;*
- (ii) discretionary repurchases of the instruments or **other discretionary means of reducing capital**, where the institution has received the prior permission of the competent authority in accordance with Article 77;”*

Som det fremgår regulerer CRR art. 28 i utgangspunktet ikke disposisjoner knyttet til annen ren kjernekapital enn det som klassifiseres som kjernekapitalinstrumenter. Likevel følger det et unntak av bokstav(ii) som pålegger at tilbakekjøp av egenkapitalinstrumenter eller annen reduksjon av kapitalen fastsatt av institusjonen selv (ikke nedskrivning pga. rene tap), skal forhåndsgodkjennes av Finanstilsynet i visse situasjoner.

Unntaket gjelder imidlertid krav relatert til disposisjoner (reduksjon/innfrielse/gjenkjøp) som berører utstedte instrumenter. Etter ordlyden er dette avgrenset til reduksjon av «*the principal amount of the instruments*», altså den innskutte egenkapitalen i instrumentet. Avgrensningen er trolig tatt inn med bakgrunn i at CRR art. 28 kun regulerer kapitalinstrumenter og ikke all ren kjernekapital. Uten denne presiseringen (til «principal amount») ville virkeområdet i CRR art. 77 blitt vesentlig utvidet, ettersom kravet til forhåndsgodkjenning via CRR art. 28(1)(f)(ii) ville fått anvendelse for all ren kjernekapital.

Det fremgår for øvrig ikke av dialogen mellom Finanstilsynet og EBA om det er problematisert at kravet til tilsynsgodkjenning etter ordlyden i CRR art. 28(1)(f)(ii) synes avgrenset til netto-reduksjon av innskutt (bundet) egenkapital og hvilken analyse som ligger bak vurdering av at kravet gjelder ved bruk av utjevningsfondet, som er opptjent (fri) egenkapital. EBA omtaler som nevnt ikke utjevningsfondet særskilt i sin omtale av kapitalnedsettelse, men dette fremkommer i Finanstilsynets brev til Finansdepartementet 3. oktober 2022, hvor det presiseres at deres forståelse er at «grunnlaget for EBAs uttalelse er at det ikke fremgår av loven at reduksjon av utjevningsfondet» krever Finanstilsynets samtykke.

#### *3.4 Finans Norges vurdering av lovforslaget*

EBA er av den oppfatning at: «Section 10 of the Financial Institution Act does not explicitly require any reduction of the equity capital being subject to the competent authority’s prior approval». Etter Finans Norges vurdering er ikke korrekt forståelse av norsk rett.

For det første anser Finans Norge at CRR-bestemmelsene som EBA her viser til allerede er dekket av finansforetaksloven § 10-4 (3), som blant annet angir at et finansforetaks vedtektsfestede egenkapital ikke kan vedtas nedsatt, tilbakebetalt eller forhøyet uten samtykke fra Finanstilsynet. For det andre, er det i lys av bestemmelsene i CRR som EBA viser til, vanskelig å følge både EBAs analyse av norsk regelverk og Finanstilsynets svar til EBA om behovet for regelverksendringer. Hva gjelder spørsmålet om myndighetssamtykke ved

egenkapitalreduksjoner, så kan ikke Finans Norge se at EBA i det hele tatt har kommentert utjevningfondet.

Finans Norge har som nevnt ikke innsyn i den fulle og hele kommunikasjonen mellom EBA og tilsynet. Utover den skriftlige korrespondansen mellom EBA og Finanstilsynet, referert ovenfor, fremgår det ingen informasjon om EBAs «subsumsjon» og vurdering av kravene i CRR art. 77, jf. art. 28, opp mot norsk regelverk og praksis. Vurderingene og konklusjonene fra både EBA og tilsynet referert ovenfor, fremstår imidlertid høyst uklare sett opp nevnte bestemmelser i CRR og finansforetaksloven. Også denne uklarheten - og ikke minst usikkerheten om EBAs forståelse av finansforetakslovens kapittel 10 - utgjør en selvstendig begrunnelse for å la problemstillingene inngå i en grundig og helhetlig utredning.

Uavhengig av hva som er riktig forståelse av CRR, så gjelder det etter norsk rett et generelt krav til at alle kapitalnedsettelse skal godkjennes av Finanstilsynet, ref. finansforetaksloven § 10-8. Bestemmelsen må leses i sammenheng med finansforetaksloven § 10-1 som definerer hva som er egenkapital i finansforetak. Etter § 10-1 første ledd omfatter dette kapital som i samsvar med vedtektene er innbetalt som aksjekapital og overkurs, samt egenkapital som er opptjent. I en sparebank omfatter egenkapitalen vedtektsbestemt grunnfondskapital og eierandelskapital, samt egenkapital som er opptjent (f.eks. utjevningfondet), jf. § 10-1 annet ledd. Kravet til myndighetsgodkjenning av kapitalnedsettelse går således allerede utover kravene som følger av CRR, ref. ovenfor.

Etter § 10-8 er Finanstilsynet godkjenningmyndighet for disponering av både innskutt og opptjent egenkapital ut over fordelingen av årets overskudd.<sup>6</sup> Bestemmelsen er redaksjonelt plassert i den innledende delen av kapittel 10 og gjelder for alle finansforetak uavhengig av foretaksrettslig organisering. Virkeområdet omfatter både sparebanker og andre finansforetak (organisert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap), og den innebærer da også en likebehandling av sparebanker og aksjebanker.

Reguleringen av utjevningfond i § 10-18 inneholder som nevnt enkelte særregler for bruken denne type kapital i sparebanker. Spørsmålet om Finanstilsynets godkjenning er imidlertid tematisk et kompetansespørsmål som gjelder noe annet enn *hva* midlene i utjevningfondet kan benyttes til. Motsatt regulerer § 10-8 kun Finanstilsynets kompetanse til å godkjenne bruk av annen egenkapital enn årets overskudd, og gir ingen nærmere skranker for bruken av egenkapital ved kapitalnedsettelse. Sistnevnte følger av andre regler.

Det følger i utgangspunktet av finansforetakslovens struktur at meldepliktreglene i § 10-6 kun gjelder disponeringen av årets overskudd, og at disse tematisk må holdes adskilt fra reglene om samtykke ved bruk av tidligere års overskudd i § 10-8. Samtidig er hovedhensynet bak både § 10-6 og § 10-8, at Finanstilsynet skal gis kompetanse til å kontrollere foretakets

---

<sup>6</sup> Ref. Bestemmelsen baserer seg på Banklovkommisjonens utkast til § 14-31 hvor godkjenningskompetansen ved kapitalnedsettelse omfattet all ansvarlig kapital.

disposisjoner hvor disse svekker egenkapitalen og soliditeten. Finanstilsynet har da også selv lagt til grunn og kommunisert på sine nettsider at kravet til forhåndssamtykke ved kapitalendringer gjelder nettoreduksjoner<sup>7</sup>.

Finanstilsynet omtaler i høringsnotatet som begrunnelse for ønsket om å endre § 10-18, et særtilfelle hvor utdelingen ikke fører til at egenkapitalen svekkes, ref. omtalen over. Finanstilsynet uttaler i høringsnotatet at «likebehandling mellom aksjekapital og eierandelskapital tilsier også at det stilles et krav om samtykke for enhver utdeling fra utjevningfondet.» Finans Norge deler tilsynets vurdering om at det så langt som mulig bør være sammenfallende regulering mellom aksjebankene og sparebankene. Likebehandlingsargumentet tilsier imidlertid nettopp at man ikke vedtar egne regler for godkjenning av kapitalnedsettelse via utjevningfondet, men beholder de generelle reglene slik de gjelder i dag. Disse gjelder også ved bruk av utjevningfondet i sparebankene.

En ytterligere lovfesting av Finanstilsynets samtykke ved bruk av utjevningfondet i sparebankene i § 10-18, vil uansett ikke i seg selv tillegge tilsynet noen nye skranker for å regulere disponering av fondet. Disponeringen av utjevningfondet er i dag klart rammet inn gjennom § 10-18, som presiserer at utdeling skal være forsvarlig sett opp mot bankens soliditet generelt. En avgrensning av bruken av utjevningfondet for å forbedre fondets evne til å absorbere tap iht. kapitalstrukturen, fordrer et klart nytt rettslig grunnlag, jf. forslaget til endringer i § 10-17 tredje ledd annet punktum, jf. § 10-18 tredje ledd første punktum. Et slikt nytt hjemmelsgrunnlag må som nevnt ovenfor underlegges en nærmere utredning.

Forslaget om Finanstilsynets godkjenning av utdeling fra utjevningfondet, må ses i sammenheng med at det også foreslås at utdeling fra utjevningfondet skal hensynta at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av underskudd, ref. Finanstilsynets omtale i høringsnotatet. Dette er spørsmål som har nær sammenheng med sparebankenes kapitalstruktur og egenkapitalbeviset attraktivitet og funksjonalitet i kapitalmarkedene. Som Finanstilsynet selv har uttrykt overfor EBA, er dette forhold som må utredes nærmere før en slik endring eventuelt blir gjennomført. Spørsmålet om behovet for en særskilt hjemmel i finansforetaksloven om myndighetsamtykke for bruk av utjevningfondet bør derfor vurderes sammen med øvrige forslag fra Finanstilsynet om sparebankenes utjevningfond.

#### **4. Regulering av overskuddsdisponering, utjevningfond og meldeplikt for sparebanker for å styrke EK-bevisenes tapsabsorberende evne**

##### *4.1 Om gjeldende regulering i finansforetaksloven*

Finansforetaks overskuddsdisponering og utdeling av utbytte er rammet inn gjennom reglene i finansforetaksloven § 10-6. Bestemmelsen angir i første og annet ledd de overordnede

---

<sup>7</sup> <https://www.finanstilsynet.no/tema/kapitaldekning/soknad-om-endringer-i-ansvarlig-kapital/>

prinsippene om utbyttensnivå og saksbehandling for vedtak om utdeling av utbytte i finansforetak. Utbytter skal være forsvarlige og skal også hensynta behovet for oppbygging av egenkapital.

Etter § 10-6 tredje ledd er styrets forslag til utdeling av utbytte i finansforetak på mer enn halvparten av årets overskudd i et enkelt år underlagt meldeplikt til Finanstilsynet. Spørsmålet om utløsning av meldeplikt vurderes etter gjeldende rett basert på størrelsen av det totale utbyttet sett opp mot årets resultat, uavhengig av den interne disponeringen mellom eierandels- og grunnfondskapitalen.

Praksis i enkelte sparebanker har tidvis vært at man i enkeltår har utdelt et større utbytte til eierne av egenkapitalbevis enn den forholdsmessige andelen av årsresultatet. En slik skjevdeling har bakgrunn i finansforetaksloven § 10-17 som regulerer likebehandling av eierklasser i sparebanker i forbindelse med utbytteutdelingen. Bestemmelsen bygger i utgangspunktet på et prinsipp om at både overskudd og utbyttedmidler tilordnet hver av kapitalklassene skal fordeles likt, ref. første ledd. Samtidig modereres dette utgangspunktet av § 10-17 fjerde ledd som uttaler at ved bankens utbyttedisponering «bør foretaket legge vekt på at forholdet mellom grunnfondskapitalen og eierandelskapitalen ikke endres vesentlig». Finans Norge har utfyllende kommentert forståelsen av bestemmelsen, herunder forarbeider og praksis, i vår høringsuttalelse 19.02.21<sup>8</sup> og det vises til denne. Det vises også til vår omtale av reguleringen av utjevningfondet i finansforetaksloven § 10-18 i pkt. 3.2 og 3.3.

#### 4.2 EBAs vurdering og Finanstilsynets forslag til lovendring

EBA har i ovennevnte brev s. 2-3 gitt følgende innspill som en del av sin evaluering:

*«Some concerns arise as regards two issues relating to the equity capital structure which is made up of equity certificates which qualifies as CET1 instruments (the owner capital plus its reserves - CET1 items-, i.e. premium fund and dividend equalisation fund), and ownerless capital which qualifies as CET1 item (plus its compensation fund).*

*Firstly, the technical analysis of Section 10-19 (1) to (3) of the Financial Institutions Act revealed that, on a going concern basis, the retained earning allocated to the equalisation fund absorb the first and greatest portion of loss as long as it is greater than the ownerless capital. However, if the ownerless capital is higher than the dividend equalisation fund, then it is the ownerless capital that absorbs proportionately the greatest share of losses and not the equity certificates holders. It can be observed that savings banks with a low share of certificates holders' equity will naturally have a low share of dividend equalization fund compared to the ownerless capital.*

---

<sup>8</sup> [Finans Norges høringsuttalelse 19.02.21 til høring om fullmakt til styret i sparebanker mv. for å beslutte utdeling av utbytte.](#)

*By contrast, Article 26(1) last subparagraph CRR requires that the CET1 items “are available to the institution for unrestricted and immediate use to cover risks or losses as soon as these occur”.*

*Further, Article 28(1)(i) CRR requires that ‘compared to all the capital instruments issued by the institution, the [CET1] instruments absorb the first and proportionately greatest share of losses as they occur, and each instrument absorbs losses to the same degree as all other Common Equity Tier 1 instruments.’ This provision ensures that CET1 instruments are the primary instruments to absorb losses on a going concern.*

*The interaction between the equity certificates and ownerless capital was considered a complex structure. EBA’s CET1 monitoring report (para 77) underlines that complex financial structures could increase the risk of non-compliance with CET1 requirements. In this regard, it is necessary that the concerned institutions progressively increase their dividend equalization fund over time, in particular when it is at a level significantly lower than the ownerless capital.”*

Finanstilsynet bemerker i høringsnotatet pkt. 3.2 at et lavt utjevningfond kan medføre at grunnfondet må dekke en større andel av et eventuelt underskudd i banken enn eierandelskapitalen og at utdeling fra utjevningfondet kan derfor ha betydning for i hvilken grad eierandelskapitalen er tapsabsorberende. Det konkluderes videre med at det «for sparebanker med lavt nivå på utjevningfondet sammenlignet med grunnfondet, kan være behov for å bygge opp utjevningfondet».

I høringsnotatet foreslås det tre endringer som ifølge Finanstilsynet skal bidra til å styrke utjevningfondet:

- a) *Finansforetaksloven 10-6 tredje ledd nytt annet punktum* utvider meldeplikten slik at den også omfatter utdeling som innebærer at det samlede utbytte til eierne av egenkapitalbevis i et enkelt år overstiger halvparten av årets overskudd tilordnet eierandelskapitalen.
- b) *Finansforetaksloven § 10-17 tredje ledd nytt tredje punktum* gir Finanstilsynet kompetanse til å pålegge at banken i disponeringen av årets overskudd tilfører hele eller deler av årets overskudd tilordnet eierandelskapitalen til utjevningfondet. Det er ikke foreslått andre skranker for et slikt pålegg enn at tilsynet vurderer dette som «nødvendig for å styrke grunnlaget for at eierandelskapitalen skal dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd».
- c) *Finansforetaksloven at § 10-18 tredje ledd nytt første punktum* utvider Finanstilsynets kompetanse ved godkjenning av disponering av utjevningfondet til utbytte. Disponeringen skal ikke bare vurderes i lys av den generelle soliditeten, men også

vurderes opp mot hensynet til at eierandelskapitalen skal kunne dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd.

Forslagene må sees i sammenheng og vil gi Finanstilsynet kompetanse til aktivt oppkapitalisere utjevningsfondet i sparebanker.

#### 4.3 Om kravene til tapsabsorberende kapital i CRR artikkel 26 nr. 1 og 28 nr. 1 bokstav (i)

Med hensyn til kapitalstrukturen i sparebanker som har utstedt egenkapitalbevis, kommenterer EBA fordelingen av tap i lys av CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 bokstav i). Finans Norge vil her først understreke at etter CRR artikkel 26 nr. 1 defineres et kapitalinstrument - som kvalifiserer som ren kjernekapital - til også å være en ren kjernekapitalpost. CET1-instrumenter er imidlertid kun en delmengde av de kapitalposter ('items') som kvalifiserer som ren kjernekapital, og det er altså ikke motsatt slik at enhver CET1-post også er et CET1-instrument. Denne distinksjonen og presiseringen kan fremstå åpenbar, men skillet mellom kapitalposter og kapitalinstrumenter er etter vårt syn avgjørende for hvordan de nevnte CRR-bestemmelsene skal forstås.

Som referert over gir EBA uttrykk for følgende betraktning: «*The interaction between the equity certificates and ownerless capital was considered a complex structure. EBA's CET1 monitoring report (para 77) underlines that complex financial structures could increase the risk of non-compliance with CET1 requirements. In this regard, it is necessary that the concerned institutions progressively increase their dividend equalization fund over time, in particular when it is at a level significantly lower than the ownerless capital*».

Det fremstår som grunnlaget for EBAs vurdering er CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 bokstav i). Bestemmelsene kommenteres derfor nærmere nedenfor.

#### I. CRR artikkel 26 nr. 1

Finansdepartementet bør merke seg EBAs omtale av siste ledd i artikkel 26 nr. 1 : «(...) Article 26(1) last subparagraph CRR requires that the CET1 items *are available to the institution for unrestricted and immediate use to cover risks or losses as soon as these occur*».

Etter Finans Norges vurdering gis det her ingen en presis gjengivelse av bestemmelsens ordlyd. Artikkel 26 nr. 1 omhandler hvilke kapitalposter som kvalifiserer som ren kjernekapital, og bestemmelsens siste ledd angir at postene omtalt i bokstav c–f skal anerkjennes som ren kjernekapital bare når institusjonen umiddelbart og uten begrensning kan anvende dem til dekning av risikoer eller tap på det tidspunktet de oppstår.

Finans Norge vil for det første påpeke at siste ledd i artikkel 26 nr. 1 ikke omhandler kapitalinstrumenter, ettersom instrumenter omtales i bokstav a. Av bokstav a fremkommer samtidig en henvisning til de bestemmelser som faktisk angir de vilkår som må være oppfylt for at instrumenter skal kvalifisere som ren kjernekapital (altså artikkel 28 eller eventuelt artikkel 29). Artikkel 26 nr. 1 siste ledd angir med andre ord ikke slike vilkår for kapitalinstrumenter, men altså for nærmere angitte poster.



For det andre vil vi bemerke at siste ledd i artikkel 26 nr. 1 ikke angir krav til størrelse på eller fordeling av tap mellom de postene som omtales, det vil si bokstav c til f, herunder opptjent egenkapital, andre fond mv.

#### II. CRR artikkel 28 nr. 1 bokstav (i)

Finansdepartementet bør også merke seg den nærmere ordlyden i artikkel 28 nr. 1 bokstav i, som EBA synes å legge stor vekt på i overveielsene av utjevningsfondet. Denne bestemmelsen angir at sammenliknet med alle kapitalinstrumenter som er utstedt av institusjonen, dekker rene kjernekapitalinstrumenter den første og forholdsmessig største andelen av tap etter hvert som de oppstår, og hvert instrument dekker tap i samme utstrekning som alle andre rene kjernekapitalinstrumenter.

Siste del av bestemmelsen (artikkel 28 nr. 1 bokstav i) forutsetter imidlertid at et foretak har utstedt mer enn ett CET1-instrument. Bestemmelsen har derfor ikke relevans for norske sparebanker som utsteder egenkapitalbevis, og således bare utsteder ett CET1-instrument.<sup>9</sup>

Første del av samme bestemmelse angir krav til CET1-instrumenters tapsdekning sammenliknet med alle kapitalinstrumenter som er utstedt av foretaket. Finans Norge vil sterkt understreke bestemmelsens ordlyd om «sammenliknet med alle kapitalinstrumenter», og presiserer at bestemmelsen ikke viser til en sammenlikning av CET1-instrumenter mot CET1-poster generelt. Dessuten, og av stor betydning, så utgjør blant annet grunnfondet en CET1-post, noe som både EBA og Finanstilsynet har påpekt.

Med andre ord, det sentrale Finans Norge her vil påpeke er at vi ikke kan se at artikkel 28 regulerer tapsdekningsfordeling mellom CET1-instrumenter og CET1-poster.<sup>10</sup>

#### *4.4 EBAs vurderinger om kapitalstruktur og tapsabsorbering er ufullstendige*

En foreløpig gjennomgang av CRR artikkel 26 nr. 1 og artikkel 28 nr. 1 bokstav (i), viser etter vår oppfatning at det langt fra er opplagt at det må foretas endringer i finansforetaksloven for at egenkapitalbevis skal kvalifisere som ren kjernekapital.

EBAs vurdering av behovet for endringer i reguleringen av utjevningsfondet i sparebanker begrunnes med kravet i CRR art. 28 nr. 1 bokstav (i) om at rene kjernekapitalinstrumenter har tilstrekkelig tapsabsorberende evne, ref. ovenfor. Det gis imidlertid ingen nærmere analyse eller forklaring på hvordan kravene i CRR skal forstås, herunder den nærmere forståelsen av kravene til forholdsmessighet og hvorvidt kravet utspringer av det som EBA oppfatter som en kompleks kapitalstruktur i norske sparebanker.

Finans Norge stiller dermed spørsmål ved EBAs vurderinger av de nevnte bestemmelsene. EBAs redegjørelse er ikke bare svært knapp, men konklusjonene fremstår høyst uklare i lys av

---

<sup>9</sup> Høringen om begrensning av fondsemisjoner, som også henviste til CRR, tok for seg forholdet mellom egenkapitalbevis og fondsobligasjoner som to utstedte kapitalinstrumenter. Link til Finans Norges hørings svar: [Høringsuttalelse - Finans Norge. Fondsemisjon i sparebanker med egenkapitalbevis. 19.02.21](#)

<sup>10</sup> Det vil si CET1-poster som ikke er instrumenter, jf. CRR artikkel 26 nr. 1 bokstav b-f.

ordlyden i de aktuelle CRR-bestemmelsene. Finans Norge har ikke innsyn i den fulle dialogen mellom EBA og Finanstilsynet, men vi merker oss følgende utsagn fra tilsynet om EBAs betraktning av utjevningfondet: «*the legal basis in the CRR for this statement is not entirely clear based on the reference to CRR Article 26 (1) and Article 28 (1) (i) in EBA's letter*».

Videre stiller vi også spørsmål ved EBAs omtale av kompleksiteten i forholdet mellom eierandelskapital og grunnfondskapitalen. Vårt inntrykk er ikke at kapitalstrukturen i sparebanker med egenkapitalbevis er vesentlig mer kompleks sammenlignet med andre europeiske kapitalinstrumenter. Det ville også vært naturlig at EBA påpekte tydelige brudd med CRR dersom slike var identifisert, fremfor å gi en begrunnelse av mer generell karakter. I tillegg kan vi vanskelig se hvordan oppbyggingen av utjevningfondet vil redusere kompleksiteten i dagens regelverk og sparebankstruktur.

Vurderinger av betydelige, regulatoriske endringer av sparebankenes kapitalklasser og -struktur og tilhørende tapsdekningsfordeling fortjener vesentlig mer utredning enn det som foreligger. Etter vårt syn bør norske myndigheter følge opp EBA ytterligere, og eventuelt andre EU/EØS-organer, og således bidra til å frembringe avklaringer om tolkningen av CRR som alle berørte parter kan forstå.

Omfattende endringer i finansforetaksloven, med potensielt betydelige konsekvenser for norske sparebanker, må baseres på en tolkning av EU-rettskilder som ikke er tvilsom. Problemstillingene som er reist er imidlertid av et omfang og av så stor viktighet at en bredere utredning er nødvendig.

*4.4 Finans Norges vurdering av Finanstilsynets lovforslag om endringer i utjevningfondet mv.* Finanstilsynet foreslår tre endringer i finansforetaksloven relatert til tapsabsorberende evne, ref. oversikten i pkt. 4.2 over. Som nevnt innledningsvis har også Finanstilsynet i sin tilbakemelding til EBA gitt uttrykk for at det juridiske grunnlaget i CRR for EBAs utsagn om oppbygging av utjevningfondet ikke er helt tydelig. Det er videre klart kommunisert både EBA og Finansdepartementet i brev 3. oktober 2022, at en vesentlig endring i tapsabsorberingsmekanismen vil kunne påvirke andre deler av reguleringen av EK-bevis og at dette bør være gjenstand for en bredere gjennomgang av regulatoriske forhold for sparebanker.

Hva gjelder forslaget til utvidet meldeplikt for sparebanker (a) vil forslaget innebære et avvik fra tilsvarende regulering for finansforetak organisert som aksjeselskap etter finansforetaksloven § 10-6 tredje ledd. Meldeplikten er her begrenset til utdeling ut over halvparten av foretakets totale årsresultat. Forslaget for sparebanker vil ikke på samme måte være begrenset til årsresultatet i sin helhet, men til den del av resultatet som er tilordnet eierandelskapitalen. Dette viser at formålet med en slik – utvidet – meldeplikt ikke er begrunnet i soliditetshensyn, men ut fra et formål om å sikre utjevningfondets tapsabsorberende evne. Dette er således forhold som bør utredes samlet i en senere utredning. Forslaget innebærer for øvrig et brudd med grunnprinsippet i finansforetaksloven § 10-6 om fellesregler uavhengig av foretaksrettslig organisering.

Hva gjelder forslagene knyttet til å begrense bruken av og pålegge overføring av overskudd til utjevningsfondet (b og c), er forslagene begrunnet med behovet for styrke eierandelskapitalens tapsabsorberende evne. Det er ikke foreslått andre skranker for et slikt pålegg enn at tilsynet vurderer dette som «nødvendig for å styrke grunnlaget for at eierandelskapitalen skal dekke sin forholdsmessige andel av et underskudd». Det fremstår imidlertid som uklart hva som egentlig ligger i kravet om å dekke en "forholdsmessig andel av underskudd" og det foretas ingen drøfting av dette i høringsnotatet. Forslaget slik det nå foreligger gir derfor minimalt med forutsigbarhet for foretakene og motsatt et betydelig og inngripende diskresjonært skjønnsrom for Finanstilsynet.

Et eventuelt behov for slike lovendringer bør vurderes som en del av en større utredning av sparebankenes kapitalstruktur. Ettersom denne utredningen forutsetningsvis vil omfatte en nærmere analyse av både det rettslige grunnlaget i CRR, alternative regelverksendringer og ikke minst en vesentlig mer utfyllende vurdering av de administrative og økonomiske konsekvenser for berørte sparebanker, er det etter vårt syn prematurt å gi noen ytterligere kommentarer til denne del av forslagene på høring.

Rammene for sparebankenes kapitalstruktur må være forutsigbare og regelverksendringer innenfor dette området må ha en solid forankring og være grundig konsekvensutredet. Forslagene på høring griper inn i bankenes autonomi knyttet til utdelings- og finansieringsstrategi. Både formelt og materielt innebærer forslagene en vesentlig inngripen i sparebankenes kapitalstruktur og generalforsamlingens kompetanse til å disponere over den frie egenkapitalen. For enkelte banker kan endringene få konsekvenser for bankenes kapitalbehov, uten at dette er begrunnet i rent soliditetsmessige forhold.

Forslagene knyttet til EK-bevisenes tapsabsorberende evne bør derfor i sin helhet behandles i den kommende sparebankutredningen, og ikke som en direkte oppfølging av høringen.