

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep.
0030 Oslo

Kopi: Finanstilsynet

Dato: 22.06.2021
Vår ref.: 2021-269
Deres ref.:

Finanstilsynets IRB-rundskriv – prosess og rettslig grunnlag

Finans Norge viser til tidligere dialog vedrørende Finanstilsynets arbeid med nytt IRB-rundskriv, senest i våre merknader til revidert rundskrivutkast oversendt i brev 20.04.21. Finanstilsynet publiserte 09.06.21 rundskriv 03/2021¹ om krav til IRB-modeller i banker, kredittforetak og finansieringsforetak. Publiseringen nødvendiggjør noen skriftlige kommentarer fra vår side – både hva gjelder det materielle innholdet i rundskrivet og prosessen i forkant. Oppsummert er våre innspill:

- Finanstilsynets IRB-rundskriv er på sentrale punkter i strid med norske EØS-forpliktelser som følger av kapitalkravsforordningen, tilhørende rettsakter eller retningslinjer fra EBA. Finanstilsynet har til tross for at de er forelagt en grundig juridisk vurdering, verken kommentert eller forelagt noe rettslig grunnlag for å avvike fra de harmoniserte EU-reglene om IRB-modeller.
- Norske myndigheter har iht. EØS-avtalens art. 3 en selvstendig plikt til å undersøke og avsjekke om forvaltningspraksis og generelle veiledninger er i samsvar med EØS-retten. Arbeidet med å avsjekke nasjonalt handlingsrom kan ikke overlates til den berørte næringen, EBA eller EØS-avtalens kontrollmekanismer.
- Norsk finansnæring er avhengig av stabile, forutsigbare og harmoniserte rammebetingelser. Rundskrivet som nå er publisert bryter med EØS-retten og er snarere villedende enn veiledende. Denne uklarheten rammer hele finansnæringen ettersom den er egnet til å så tvil om de grunnleggende prinsippene i EØS-reguleringen på finansområdet. Dette undergraver dessuten Finansdepartementets arbeid med likere konkurransevilkår ved gjensidig anerkjennelse av kapitalkrav (resiprositet).

¹Rundskrivet erstatter rundskriv 8/2014 om IRB-modeller for boliglån, rundskriv 3/2015 om endringer i IRB-modeller og rundskriv 9/2016 om diskonteringsrente for beregning av realisert LGD.

- Både det endelige rundskrivet og prosessen i forkant, gjør det påkrevd at Finansdepartementet avklarer IRB-rundskrivets rettslige grunnlag. I påvente av en avklaring om de legale rammer ber vi om at rundskrivet stilles i bero.

1. Nærmere om prosessen mot nytt IRB-rundskriv

Selv om departementet er godt kjent med prosessen knyttet til utarbeidelsen av rundskrivet finner vi det hensiktsmessig å innledningsvis gi en oversikt over dialogen som har vært mellom IRB-bankene v/ Finans Norge og myndighetssiden v/ Finanstilsynet og Finansdepartementet.

Etter det Finans Norge er kjent med påbegynte Finanstilsynet arbeidet med å revidere tidligere rundskriv om bankenes IRB-praksis, høsten 2019. Tidsmessig falt arbeidet sammen med at EUs kapitalkravsforordning (CRR) og tilhørende rettsakter ble innlemmet i EØS-avtalen, og trådte i kraft i norsk rett 31.12.19.

Finanstilsynet oversendte ved brev 24.01.20 til Finans Norge et utkast til nytt IRB-rundskriv og ba om bankenes merknader. Finans Norge ga i brev 25.02.21 til Finanstilsynet en rekke innspill til rundskrivutkastet. I brevet understrekes at de varslede skjerpelsene vil kunne gi betydelige økninger i IRB-foretakenes kapitalkrav, og at disse effektene ikke er utredet fra tilsynets side. Det ble også presisert at skjerpelser av kapitalkravene gjennom strammere krav til IRB-modeller - står i motstrid til Finansdepartementets nylige avklaring om valg av kompenserende tiltak i forbindelse med innlemmelsen av CRR og CRD IV i EØS-avtalen. I Finansdepartementets høringsnotat 25.06.19 presiseres at tilsynsmessige IRB-skjerpelser og pilar 2-tillegg ikke er egnede kompenserende tiltak som følge av EØS-tilpasningen. Det ble fra Finans Norges side også reist spørsmål om flere av tiltakene er i samsvar med de harmoniserte EU-reglene på området. Fra brevets avsluttende merknader hitsettes:

«Finans Norge vil understreke vår vurdering om at deler av rundskrivutkastets innhold er i strid med både EBA-kravene og kapitalkravsforordningen. Gitt de omfattende EU-kravene til IRB-modeller, etablert gjennom både tekniske standarder og EBAs retningslinjer, er et slikt rundskriv dessuten overflødig. Norsk tilsynspraksis for IRB-modeller bør nå fullt ut bringes i samsvar med disse retningslinjene og standardene.

Finans Norge anmoder derfor Finanstilsynet om å trekke tilbake utkastet og heller fremme en objektiv veiledning for gjennomføring av nye EBA-krav, slik andre tilsynsmyndigheter har vektlagt. Dersom tilsynet likevel ønsker å fremme et likelydende forslag bør det sendes på en ordinær høring og utredningsinstruksen bør følges. Endringer i generelle kapitalkrav bør bli fastsatt av Finansdepartementet.»

I lys av de sentrale anførselene knyttet til EØS-retten engasjerte Finans Norge i etterkant av høringen advokatfirmaet Thommessen og KPMG for å utarbeide en juridisk vurdering av det nasjonale rettslige handlingsrommet i EØS-regelverket under IRB-metoden for kredittrisiko. Dette arbeidet ble ferdigstilt høsten 2020 og en utfyllende juridisk vurdering datert 26.10.20,

ble oversendt departementet og tilsynet i vårt brev 04.11.20. Utredningen ble i etterkant av oversendelsen også gjennomgått i møter med Finanstilsynet (desember 2020) og departementet (januar 2021).

I utredningen gjennomgås både EU-regelverket som regulerer bruk av IRB-metoden, det rettslige handlingsrommet for nasjonale tillegg eller avvik, samt de konkrete forslagene i Finanstilsynets rundskrivutkast fra januar 2020. Utredningen konkluderer med at IRB-regelverket er fullharmonisert og at det nasjonale handlingsrommet for tilpasninger og krav til IRB-metoden er vesentlig begrenset. Etter utredernes vurdering er rundskrivutkastet på flere punkter i strid med IRB-reglene.

Finanstilsynet presenterte deretter et revidert rundskrivutkast som ble oversendt Finans Norge, ved tilsynets brev 15.03.21. Finans Norge ga sine kommentarer til utkastet i brev 20.04.21, hvor det fastholdes at forslaget fortsatt er i strid med EU-regelverket og norske EØS-forpliktelser, og det gis en oversikt over de viktigste avvikene i en vedlagt tabell. Det ble dessuten bemerket at problemstillingene som rundskrivet omtaler er utførlig og detaljert regulert i både CRR, kommisjonsforordninger (tekniske standarder) og retningslinjer fra EBA, og at rundskrivet således er overflødig. Det ble på denne bakgrunn på nytt bedt om at utkastet trekkes tilbake og at arbeidet med rundskrivet avsluttes.

I et vedlagt notat datert 19.04.21 fra advokatfirmaet Thommessen ble det for øvrig gitt en vurdering av endringene i det reviderte IRB-rundskrivet opp mot EØS-regelverket. Oppsummert er advokatfirmaets vurdering at det kun er foretatt marginale og ikke-vesentlige endringer sammenlignet med det opprinnelige rundskrivutkastet, og at heller ikke det reviderte utkastet til IRB-rundskriv er i samsvar med EØS-regelverket.

I det endelige rundskrivet som ble publisert 09.06.21, har Finanstilsynet foretatt enkelte justeringer sammenholdt med rundskrivutkastet fra mars 2021. Det er like fullt Finans Norges vurdering at de rettslige manglene knyttet til hjemmelsgrunnlag ikke er reparert med de endringer som er foretatt, se nærmere kommentarer under pkt. 2 og 3.

2. Finanstilsynets rundskriv 03/2021 – fortsatt avvik fra EØS-reglene

Det endelige rundskrivet om IRB-modeller (Rundskriv 03/2021) er i det vesentlig sammenfallende med rundskrivutkastet datert mars 2021. En samlet oversikt over avvik mellom rundskrivutkastet og EØS-reglene er som nevnt foran, gitt i et vedlegg til Finans Norges hørings svar 20.04.21. Finans Norge finner det likevel nødvendig å knytte noen merknader til rundskrivet og de endringer som er foretatt.

I den endelige versjonen har Finanstilsynet revidert omtalen av løpetidsparameteren (M), jf. CRR art. 162 nr. 4. Kravene gjelder bl.a. finansiering av eiendom. I rundskrivet er «*banken bør*» endret til «*banken bør vurdere*» å sette M til maksimalverdien på fem år for finansiering av næringsseiendom og andre langsiktige investeringer, se rundskrivet pkt. 5.1 s. 10. Videre

angis det at for løpende driftskreditter med årlig eller hyppigere fornyelse «bør banken vurdere» om M bør settes høyere enn ett år. Finanstilsynet angir at selv om kunden ikke kan kreve forlenget løpetid, kan kundens situasjon innebære at banken reelt sett må forlenge løpetiden.

Etter vår vurdering regulerer imidlertid CRR art. 162 utfyllende fastsettelsen av denne parameteren, mens det i rundskrivet anføres at bankene bør sette en høyere løpetidsparameter enn det som følger av den relevante fullharmoniserte bestemmelsen i forordningen. En justert ordlyd fra «bankene bør» til «bankene bør vurdere» endrer etter vårt syn ikke det faktum at rundskrivet innebærer en særnorsk norm i strid med våre EØS-forpliktelser.

Finanstilsynet varsler også at dersom bankene fastsetter en annen løpetidsparameter enn hva tilsynet anser som hensiktsmessig, vil dette bli fulgt opp i fastsettelsen av pilar 2-kapitalkrav. Dette er ikke nødvendigvis i samsvar med regelverket for bruk av pilar-2 krav og understøtter Finansdepartementets påpekning om behovet for at rammene for pilar-2 prosessen gis en tilstrekkelig rettslig forankring.

Finans Norge presiserer at M er ment å dekke risikoen for såkalt negativ migrasjon hos kunde ved avtaler med løpetid utover ett år. Refinansieringsrisikoen skal dekkes gjennom regelmessig oppdatering av risikoparametere for kundene, da disse også vil være et uttrykk for kundens mulighet for refinansiering. En observasjon av M kan ikke oversettes til et pilar 2-pålegg, basert på en antagelse om at dette er uttrykk for at refinansieringsrisiko ikke er ivaretatt, ettersom det ikke er slik risiko M er ment å ivareta. Dette fremgår også av EBAs svar til danske tilsynsmyndigheter om krav til høy M for høyrisikokunder.

Det bør dessuten fremheves at en situasjon hvor «lån må forlenges» i stort omfang kun vil inntreffe hvis en systemrisiko materialiserer seg, eksempelvis ved et betydelig fall i det norske næringseiendomsmarkedet. Norske bankers eksponeringer mot næringseiendom er av Finansdepartementet identifisert som en vesentlig systemrisiko og en viktig grunn til at systemrisikobufferen for norske engasjementer ble økt fra 3,0% til 4,5%. Risikoen for at bankene kommer i en situasjon der «lån må forlenges» i stor skala er systemisk og adresseres allerede av det gjeldende systemrisikobufferkravet for norske engasjementer.

Hva gjelder Finanstilsynets henvisning til pilar 2, viser Finans Norge til at en tilsvarende regulering tidligere var en del av det svenske regelverket etter at Finansinspektionen i 2016 innførte et pilar 2-krav i form av et løpetidsgulv på 2,5 år for de svenske IRB-bankenes foretaksengasjementer. Finansinspektionen anførte den gang at kontraktuell løpetid kan knyttes til idiosynkratisk eller den enkelte banks risiko, men at lengre, forventede løpetider var mer hensiktsmessig når en også tar hensyn til risiko for finansiell stabilitet og økonomiens behov for langsiktig finansiering. Svenske myndigheter besluttet imidlertid å avvike dette

pilar 2-tillegget ved innføringen av EUs bankpakke, bl.a. med begrunnelse i at det nye EU-regelverket ikke lenger åpner opp for at systemrisiko adresseres gjennom pilar 2-krav.

I tillegg er det i det endelige rundskrivet tatt inn ny omtale av størrelsesparameteren (S) i IRB-metoden, jf. CRR artikkel 153 nr. 4 som ikke tidligere har vært en del av dialogen med næringen, ref. ovenfor. Uavhengig av denne omtalens nærmere innhold, er det uheldig at Finanstilsynet gjennomfører slike endringer som næringen ikke har fått noen anledning til å kommentere før publisering av det ferdigstilte rundskrivet.

Etter Finans Norges vurdering medfører ikke disse endringene at de materielle innsigelsene som er rettet mot det rettslige grunnlaget for rundskrivet må vurderes på en annen måte enn tidligere. Som våre tidligere innspill viser – herunder i tabell vedlagt brev 20.04.21 – avviker rundskrivet fortsatt på en rekke punkter fra materielle krav fastsatt i CRR og tilhørende regelverk.

Som Finans Norge har påpekt innebærer rundskrivet en overstyring av bankenes porteføljespesifikke IRB-parametere (PD, LGD og M) og kalibrering, bl.a. gjennom krav til søknadsplikt for reduksjon i målt risiko som følge av styrket porteføljekvalitet. Dette er i strid med kommisjonsforordningen om søknadspliktige modellendringer² som eksplisitt presiserer at endrede porteføljeparametere som følge av dataoppdatering ikke er omfattet.

Det er videre vesentlige avvik mellom EU-regelverket og rundskrivet vedrørende krav til kalibrering av misligholdssannsynlighet (PD) og tapsgrad (LGD), herunder referansemodellen for LGD for boliglån og minstekrav til PD for boliglån i kriseår på engasjementnivå. Eksempelvis er sistnevnte minstekrav 0,03 prosent etter CRR art. 163, uten noe tilhørende nasjonalt handlingsrom, mens rundskrivet setter et minstekrav på 0,2 prosent for boliglån.

For alle praktiske formål innebærer dette at bankenes egne beregninger av PD og LGD overstyres og erstattes av nye sjablongsatser som ikke egner seg for å måle risikonivå og fange opp endringer i porteføljespesifikk risiko. Dette er et fundamentalt brudd med risikosensitiviteten i regelverket og til hinder for god risikostyring.

Denne varslede forvaltningspraksis er i strid med intensjonen og på flere områder i strid med selve EU-regelverket som sådan. Vår tidligere konklusjon om at IRB-rundskrivet representerer et brudd med EØS-forpliktelsene er derfor uendret.

3. IRB-rundskrivets rettslige forankring

Finans Norge har siden starten av denne prosessen reist spørsmål ved det rettslige grunnlaget for rundskrivet. I brev 15.03.21 uttaler Finanstilsynet at det har merket seg innspillene som er oversendt, bl.a. den juridiske vurderingen fra advokatfirmaet Thommessen og KPMG. Uten å direkte adressere innsigelsene om nasjonalt handlingsrom i utredningen, viser tilsynet til at

² EU kommisjonens delegerede forordning (EU) [No 529/2014](#) av 12. mars 2014

Finanstilsynet etter CRD IV art. 101 kan pålegge tiltak dersom det avdekkes vesentlige svakheter i IRB-modellenes evne til å fange opp risiko. Fra brevet side 1 tredje avsnitt flg. hitsettes:

«Regelverket krever skjønn på en rekke områder og stiller høye krav til bankenes og myndighetenes vurderinger og praksis. Det følger av CRD IV-direktivet artikkel 101 at tilsynsmyndighetene skal føre tilsyn med foretakenes modeller og pålegge tiltak dersom det avdekker vesentlige svakheter i IRB-systemets evne til å fange opp risiko. Bestemmelsen er gjennomført i CRR-forskriften § 45. Andre lands tilsynsmyndigheter har, i likhet med Finanstilsynet, et pågående arbeid med å følge opp bankenes IRB-modeller. EU-kommisjonen har fastsatt utfyllende regler (tekniske standarder) basert på forslag fra Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA). Tekniske standarder tas inn i norsk regelverk som forskrifter når de er tatt inn i EØS-avtalen. I tillegg har EBA utarbeidet omfattende retningslinjer for bruk og godkjenning av IRB-modeller. Finanstilsynet legger EBAs retningslinjer til grunn i sin forståelse og praktisering av regelverket.»

Finans Norge har ikke mottatt noen juridisk begrunnelse fra Finanstilsynet om hvilket rettslig grunnlag de føringer som tilsynet gir i rundskrivet baserer seg på, utover den korte henvisning til generelle tilsynsbestemmelser i CRD IV art. 101 ovenfor. Finans Norge understreker at vi ikke reiser spørsmål om tilsynsmyndighetens adgang til å stille krav til interne modeller etter CRD IV artikkel 101. Vi kan imidlertid ikke se at denne bestemmelsen – som i norsk rett delvis er tatt inn i CRDIV/CRR-forskriften § 45 – gir tilsynet hjemmel til å innføre en forvaltningspraksis som avviker fra de totalharmoniserte EØS-reglene.

Finans Norge sendte ved e-post 30.04.21 til Finanstilsynet og Finansdepartementet, et notat utarbeidet av advokatfirmaet Thommessen som også omtaler virkeområdet til CRD IV art. 101. Notatet ble utarbeidet som en del av oppfølging av et møte 22.04.21 om utkastet til revidert IRB-rundskriv som ble avholdt mellom representanter fra Finans Norge, medlemsbankene og Finanstilsynet. Fra notatet side 2 hitsettes:

«I møtet reiste Finanstilsynet spørsmål ved om næringen bestred tilsynsmyndigheters adgang til å stille krav til interne modeller etter CRD IV artikkel 101. Det ble anført at det ikke er tvilsomt at tilsynsmyndigheter kan stille krav til interne modeller etter at tillatelsen er gitt, og at revidert IRB-rundskriv dermed er innenfor det rettslige handlingsrommet som følger av regelverket.

Det bemerkes for øvrig at hvorvidt Finanstilsynet eller andre lands tilsynsmyndigheter på et faglig grunnlag mener de eksisterende EU-reglene på dette området er for lite risikosensitive, bla. ift. boligsektoren, og således arbeider for å endre regelverket er uten betydning for hvilke skranker som gjelder for å sette til side eller utfylle reglene i eksisterende regelverk. Dette er utenforliggende hensyn ved praktisering av regelverket. Formålet med den såkalte EBA-pakken innenfor IRB-området er nettopp å sikre en reell harmonisering nasjonal tilsynspraksis.

CRD IV artikkel 101 ("On-going review of the permission to use internal approaches") pålegger tilsynsmyndigheter å føre tilsyn med enkeltbankers bruk av interne modeller. Dersom det gjennom slikt tilsyn avdekkes "material deficiencies" i den interne modellen i en bank, så skal tilsynsmyndighetene etter bestemmelsens nr. 1 "ensure they are rectified or take appropriate steps to mitigate their consequences, including by imposing higher multiplication factors, or imposing capital add-ons, or taking other appropriate and effective measures".

Etter vårt syn følger det klart av bestemmelsens ordlyd at den er en tilsynsbestemmelse. Den pålegger nasjonale tilsynsmyndigheter å føre løpende tilsyn med at bankene og deres modeller følger gjeldende regelverk. Ved en vesentlig svakhet i den interne modellen ("material deficiencies") så plikter tilsynsmyndighetene å treffe nødvendige tiltak. Etter vårt syn er det opplagt at det her er snakk om nødvendige tiltak mot den aktuelle banken hvor det er identifisert svakheter i den konkrete modellen. Hva som er en slik "vesentlig svakhet" skal etter CRD IV artikkel 101 nr. 1 vurderes mot de forutsetninger som lå til grunn for tillatelsen til å benytte den interne modellen. Finanstilsynet har med andre ord ikke et fritt skjønns til å avgjøre hva som er en "vesentlig svakhet" i en intern modell.

En tilsynshjemmel gir ikke hjemmel til å fastsette generelle retningslinjer om interne modeller som fraviker fra de totalharmoniserte EØS-reglene. Dette krever et klart rettslig grunnlag, noe som ikke foreligger her».

Finans Norge vil påpeke at etter CRD IV artikkel 101 nr. 4 skal også foretaket gis mulighet til enten å godtgjøre at virkningen av den manglende oppfyllelsen er uvesentlig eller å fremlegge en plan for gjenoppfyllelse av kravene innen en rimelig frist. Videre er det i CRD IV art. 101 nr. 5 vist til EBAs mandat til å «fremme en ensartet høy kvalitet i internmodeller i EU», og hvor det stilles krav til at kompetente myndigheter skal hensynta EBAs retningslinjer og tilhørende referanseverdier i kvalitetskontrollen av internmodellene.

Etter en objektiv forståelse av ordlyden gir bestemmelsen neppe nasjonale tilsynsmyndigheter et rettslig grunnlag for gjennom rundskriv – før tilsyn er gjennomført – å tilsidesette EBA-retningslinjene som bestemmelsen nettopp er ment å ivareta, ref. nr. 5. Etter prinsippet om lik regulering av lik risiko, og ikke minst av hensynet til transparens, må de samme prinsipper anvendes ved tilsynet med internmodeller i Norge som i andre EU/EØS-land.

Finans Norge er ikke kjent med at andre lands finanstilsynsmyndigheter har fastsatt praksis via rundskriv eller veiledning om bruk av IRB-modeller, som tilsynelatende overstyrer de detaljerte EU-reglene innenfor dette området. Tilsynet har tidligere vist til praksis fra Den europeiske sentralbanken (ECB), uten at dette er konkretisert. Vi har ikke foretatt noen inngående vurdering av denne, men viser til at sentralbanken i sin omfattende "ECB Guide to Internal Models" av 2019 uttaler at: "This guide should not be construed as going beyond the

current existing applicable EU and national law and therefore is not intended to replace, overrule or affect applicable EU and national law.”

God forvaltningskikk tilsier at Finanstilsynet er transparent på sin egen rettslige adgang til å presisere EU-kravene gjennom forvaltningspraksis, i stedet for at det rettslige handlingsrommet avdekkes gjennom foreleggelse av tolkningsspørsmålene gjennom andre alternative kanaler som Det europeiske banktilsynet (EBA) og/eller EFTAs overvåkningsorgan.

4. Forvaltningsrettslige prinsipper og kontradiksjon

Som ovennevnte gjennomgang viser har Finanstilsynet forelagt flere utkast til rundskriv overfor næringen. Finanstilsynet har således hensyntatt de mest grunnleggende kravene til forvaltningsrettslige prinsipper om kontradiksjon, selv om man formelt ikke har sendt utkastene på en ordinær høringsrunde som ville gitt også andre berørte samfunnsaktører anledning til å kommentere fremtidig forvaltningspraksis. Det skal dessuten legges til at Finanstilsynet også har gitt næringen anledning til å presentere sine synspunkter nærmere i møter.

På den annen side er det vår vurdering som tidligere at rundskrivet innebærer generelle kapitalkravsskjerpelser med materielle virkninger for både bankene og låntakerne, især næringslivet. Slike effekter bør belyses, og Finanstilsynet bør etterleve utredningsinstruksen for statlige tiltak. Finans Norge kan ikke se at tilsynet er unntatt de kravene som følger av utredningsinstruksen.

Finanstilsynet har ikke i nevneverdig grad kommentert eller fulgt opp innvendingene i dialogen med næringen, og dette gjør det vanskelig for de berørte bankene å forutberegne sin rettsstilling. Hvor et myndighetsorgan ber om merknader, bør det som en del av beslutningen også klargjøres hvorfor tilsynelatende saklige og relevante innsigelser ikke skal tillegges vekt. Det er reist grunnleggende innsigelser mot det rettslige grunnlaget i lys av forpliktelsene i EØS-avtalen, og de aktuelle bankene vil havne i situasjoner hvor de enten bryter med EØS-kravene gjennomført i norsk rett eller norsk forvaltningspraksis definert av Finanstilsynet.

Selv om utarbeidelsen av rundskriv etter forvaltningsloven formelt faller utenfor forvaltningslovens spesielle saksbehandlingsregler for enkeltvedtak, er det likevel her nærliggende å peke på sammenhengen med kravene som stilles til begrunnelser i forvaltningsloven § 24. Etter gjeldende rett skjerpes kravet til begrunnelsen dersom et vedtak er inngripende. Ettersom formålet med rundskrivet er å veilede bankene om fremtidig forvaltningspraksis – herunder enkeltvedtak - tilsier de generelle kravene til forutberegnelighet at helt vesentlige innspill knyttet til forståelsen av det underliggende rettslige grunnlaget kommenteres før denne forvaltningspraksisen settes ut i livet.

Finans Norge vil minne om at den grunnleggende asymmetri og dynamikk i forholdet mellom Finanstilsynet og bankene gjør det svært utfordrende for enkeltbanker å adressere slike spørsmål i en konkret tilsynssak. Et illustrerende eksempel er den nylige saken knyttet til grensene for identifisering av høyrisikolån og risikovekting av eiendomsutviklingsprosjekter i standardbanker, som tilsvarende denne saken hadde sin bakgrunn i et rundskriv med tolkninger av EØS-retten, konkret CRR art. 128. Også i denne saken ble tilsynet forelagt grundige juridiske redegjørelser om bestemmelsens virkeområde fra næringen, som la til grunn en annen forståelse av den aktuelle bestemmelsen. Departementet ba på dette grunnlaget tilsynet om å besvare innsigelsene og vurderingene, ref. departementets brev 17.12.21. Til tross for dette opprettholdt tilsynet sine forventninger om at de berørte bankene skulle rapportere tall basert på en regelverksforståelse, som departementet senere avviste i sin uttalelse datert 25.05.21. De av bankene som motsatte seg dette mottok varsel om pålegg.

En slik forvaltningspraksis påfører tilsynssubjektene en rekke utfordringer, knyttet til bl.a. rapportering til markedene og uklarheten som gjelder fremtidig forvaltningspraksis på IRB-området bør avklares. Etter Finans Norges vurdering følger en slik utredningsplikt i forsterket grad som følge av at arbeidet med rundskrivet relaterer seg til EØS-forhold hvor det foreligger en særlig plikt til å utrede rettslige spørsmål om nasjonalt handlingsrom.

5. Forvaltningens plikt til å utrede EØS-rettslige spørsmål ved fastsettelse av tilsynspraksis og veiledninger

Norske myndigheters plikt til å påse at forvaltningspraksis er i samsvar med EØS-reglene er godt belyst i flere offentlige utredninger de senere årene. Forvaltningslovutvalget presiserer i sin utredning om ny forvaltningslov publisert i NOU 2019: 5, at i tillegg til de generelle forpliktelsene som følger av EØS-avtalen og uskrevne prinsipper, så har EU- og EFTA-domstolen utviklet mer konkrete krav til saksbehandlingen i alle saker hvor forvaltningen anvender EU-/EØS-rettslige regler. Dette gjelder både krav om kontradiksjon, utrednings-, veilednings- og begrunnelsesplikt, samt anvendelse av EU/EØS-prinsippene om lojalitet, ekvivalens og effektivitet, proporsjonalitet mv.

Forvaltningslovutvalget legger til grunn at gjeldende forvaltningslov som et utgangspunkt synes å oppfylle EØS-rettslige krav til saksbehandlingen. Samtidig påpekes at EØS-kravene til bl.a. utredning har et større nedslagsfelt og rekker lenger, enn tilsvarende regler i forvaltningsloven. Dette skyldes bl.a. at EU-/EØS-retten ikke skiller mellom saker om enkeltvedtak og andre saker, slik at reglens virkeområde ikke begrenses av avgjørelsens art. Tvert imot er det lagt til grunn i praksis at kravene som utgangspunkt gjelder i alle saker hvor det treffes en avgjørelse som avslutter en sak, så lenge saken gjelder anvendelse av EU-/EØS-rettslige regler.³ Dette reiser noen spørsmål til i hvilken grad Finanstilsynet plikter å utrede sin kompetanse før fremtidig regelverkspraksis sementeres gjennom rundskriv.

³ NOU 2019: 5 pkt. 7.3.3 Generelle krav til forvaltningens behandling av EØS-saker

I utredningen om ny forvaltningslov er det også vedlagt en egen fremstilling av noen særlige EØS-rettslige temaer⁴ som er av særlig interesse for spørsmålet om utredningsplikt som Finans Norge har reist i prosessen med nytt IRB-rundskriv. I vedleggets kapittel 11.5 drøftes forvaltningens status som adressat for lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3, jf. EØS-loven § 2. Fra omtalens innledende merknader hitsettes:

«Før vi fremstiller EØS-rettens rammer for utformingen av en ny norsk forvaltningslov finner vi grunn til å knytte noen bemerkninger til EØS-rettens krav til forvaltningsmyndighetenes bruk av den kompetanse som nasjonal rett til enhver tid tillegger dem. Selv om dette ikke er et spørsmål om EØS-rettslige krav til utformingen av nasjonal forvaltningsrett, er det like fullt noe som lovgivende myndigheter må ha in mente. EØS-retten pålegger nemlig alle deler av forvaltningen en selvstendig plikt til å utnytte alt det handlingsrom som nasjonal forvaltningsrett gir, for slik å sikre etterlevelsen av EØS-rettslige forpliktelser. (...)

Grunnlaget for denne tilnærmingen er den generelle lojalitetsplikten, som i EU-rettslig sammenheng nå er nedfelt i EU-traktaten artikkel 4 nr. 3. Ifølge fast rettspraksis retter denne plikten seg ikke bare mot medlemsstatene som sådanne, men også direkte mot «samtlige medlemsstaternes myndigheter» som derfor «inden for rammerne af deres respektive kompetence» skal sikre etterlevelse av EU-rettslige forpliktelser. Som påpekt i kapittel 4 ovenfor har EFTA-domstolen anlagt en virkningsorientert tilnærming til EØS-avtalens homogenitetsmålsetning og i den anledning gjort det klart at lojalitetsplikten nedfelt i avtalens artikkel 3 ikke bare retter seg mot lovgiver, men også mot forvaltningen (og de nasjonale domstolene).

Forvaltningens status som adressat for lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 medfører kort fortalt at forvaltningsorganer på alle nivåer plikter å utnytte alle de muligheter som gjeldende norsk forvaltningsrett til enhver tid gir dem for å sikre etterlevelse av EØS-regler gjennomført i norsk rett». (Vår utheving)

Anvendt på spørsmålene her innebærer dette at norske myndigheter har en selvstendig plikt til å vurdere hvor langt det nasjonale handlingsrommet rekker ved fastsettelse av IRB-praksis.

For ordens skyld presiser vi at næringen ikke har reist spørsmål om Finanstilsynets kompetanse til å fastsette rundskriv knyttet til IRB-området. Et rundskriv er som kjent i utgangspunktet ikke et rettslig bindende vedtak, og kan derfor ikke i seg selv være ugyldig. Dersom et rundskriv gir uttrykk for en feilaktig rettsoppfatning, vil det imidlertid kunne lede til en forvaltningspraksis – herunder fastsettelse av enkeltvedtak - som vil være materielt ugyldige og også føre til at markedsaktører legger seg på en mer byrdefull praksis enn de er rettslig forpliktet til, ref. våre merknader til IRB-rundskrivet oppsummert under pkt. 3.

⁴ Christoffer C. Eriksen og Halvard H. Fredriksen, EØS-rettslige rammer for ny forvaltningslov, 2017 (vedlegg 11) pkt. 8

Det er her av interesse å peke på erfaringer og læringspunkter fra den såkalte "NAV-saken" som ble identifisert i NOU 2020:9 (Blindsonen). Utredningen konkluderer med at en utilstrekkelig og uriktig beskrivelse av EØS-retten som kom til uttrykk i Arbeids- og velferdsdirektoratets rundskriv var en av de sentrale årsakene til feilpraktiseringen, fordi senere enkeltsaksbehandling og praksis bygget på den forståelsen som kom til uttrykk i rundskrivet. I oppsummeringen uttales bl.a. følgende:

"Arbeids- og velferdsdirektoratets fremste verktøy for å sikre ensrettet praksis er rundskriv. Her kommer etatens lovforståelse til uttrykk. Feiltolkningen manifesterte seg i arbeidet med gjennomføring av EØS-retten i direktoratets rundskriv. Dette arbeidet bærer preg av store svakheter."

I NOU 2020: 9 kapittel 10 (om Arbeids- og velferdsetatens gjennomføringsarbeid) nevnes bl.a. følgende som "læringspunkter":

- *Arbeids- og velferdsetaten må ha større oppmerksomhet om betydningen av EØS-reglene, også de som følger av EØS-avtalens hoveddel, så vel i enkeltsaker som i annet arbeid*
- *Kvalitetssikringen av at lovforståelse uttrykt i rundskrivene er i overensstemmelse med EØS-retten må intensiveres.*

Disse funnene og læringspunktene er direkte overførbare til foreliggende sak. Det er helt avgjørende at myndighetene gjennomfører en grundig analyse av EØS-rettslige forhold ved utforming av rundskriv. At veiledningen i dette tilfellet "bare" gis i form av et rundskriv (og ikke i form av en forskrift) er på siden av det saken dreier seg om, dersom rundskrivet bygger på en feilaktig tolking av det EØS-rettslige handlingsrommet.

Grensene mellom rene veiledninger og fremtidig binding av forvaltningspraksis kan være flytende, men kjernen i forvaltningens praktisering av lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 er plikten til å (lojalt) søke å følge EØS-avtalens forpliktelser gjennom både veiledning, tolkning og praksis. I advokatfirmaet Thommessens oversendte notat 30.04.21 presiseres følgende:

*«Etter vårt syn vil også fastsettelsen av rundskrivet i seg selv kunne innebære et brudd med EØS-reglene – forutsatt at rundskrivet gir uttrykk for tolkingen som er i strid med EØS-reglene (slik vi mener det gjør). Det følger blant annet av EU-domstolens praksis at en administrativ praksis som "**is, to some degree, of a consistent and general nature**" kan utgjøre en restriksjon på de fire friheter i EU-traktaten. I foreliggende sak er det neppe tvilsomt at rundskrivet er "**of a general nature**", og at det er ment å gi bindende føringer for bankenes oppfølging av regelverket. Rundskrivet oppfattes også av aktørene som et pålegg, og det vil innebære at bankene innretter seg etter regler/retningslinjer som - etter vårt syn - er i strid med de totalharmoniserte kravene i CRD IV/CRR.*

Etter vår vurdering vil derfor fastsettelsen av rundskrivet i seg selv utgjøre et brudd med EØS-reglene.»

Finans Norge har også registrert at Finanstilsynet innenfor andre totalharmoniserte deler av finansmarkedsreguleringen, har begrenset bruken av rundskriv – både i antall og omfang. Eksempelvis er rundskrivene innenfor de deler av verdipapiriområdet som nå er underlagt totalharmonisering rene veiledninger som i hovedsak gir en oversikt over nivå 2-regler og retningslinjer fra Den europeiske verdipapirtilsynsmyndigheten (ESMA)⁵.

6. Avsluttende merknader

Som Finans Norge har vist til ovenfor er det reist en rekke rettslige innsigelser mot IRB-rundskrivets innhold og rettslige grunnlag, som ikke er kommentert eller utkvittert før rundskrivet ble fastsatt. Det fremstår som uklart om Finanstilsynet i tilstrekkelig grad har vurdert forholdet til gjeldende EU-regulering før vedtak av rundskrivet.

Grundige innsigelser mot Finanstilsynets hjemmelsgrunnlag bør ikke bli stående ubesvart fra myndighetshold. Bankene har behov for forutsigbare og stabile rammevilkår, som også praktiseres konsistent med det som gjelder for andre banker i EØS-området. Dette gjelder ikke minst regelverket for risikomåling av bankene. Prosessen med utarbeidelse av IRB-rundskrivet bidrar til å reise tvil om norske myndigheters EØS-implementering på finansmarkedsområdet. Dette skaper unødig usikkerhet og manglende forutsigbarhet for hele finansnæringen, og de nødvendige rettslige avklaringer kan derfor ikke avvente behandlingen av evt. fremtidige klager over enkeltvedtak.

De rettslige spørsmål som er reist, må få sin avklaring *før* praksis settes ut i livet gjennom tilsyn med enkeltbanker. Vi ber om at departementet foretar nødvendige avklaringer og stiller Rundskriv 3/2021 i bero, til man har utredet i hvilken grad det eksisterer et nasjonalt handlingsrom for å fastsette krav til IRB-banker gjennom forvaltningspraksis som fraviker EØS-reguleringen.

Med vennlig hilsen

Finans Norge

Sign.
Erik Johansen
direktør

Sign.
Carl Flock
juridisk direktør

⁵ Se f.eks. Finanstilsynets Rundskriv 6/2017 Gjennomføring av EMIR