

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep.
0030 Oslo

Dato: 19.02.2021
Vår ref.: 20-125
Deres ref.:

Finanstilsynets rundskriv om høyrisiko og forståelse av CRR art 128

Finans Norge viser til Finansdepartementets brev 17. desember 2020 til Finanstilsynet om merknader til rundskriv 5/2020 om høyrisikoengasjementer, samt Finanstilsynets brev 8. februar 2021 til Finans Norge.

Saken har som kjent skapt et sterkt engasjement hos banker som benytter standardmetoden for kredittrisiko, men også blant aktører innen byggenæringen. Den regulatoriske endringen som her følger av at kapitalkravsforordningen (CRR) er inntatt i norsk rett øker standardmetodebankenes kapitalkrav for eiendomsutviklingsengasjementer, og svekker deres relative konkurransevilkår.

Etter vårt syn har Finanstilsynet lagt til grunn en tolkning som forsterker disse effektene, og som ikke samsvarer med den aktuelle forordningsbestemmelsen. Tolkningen vil trolig også medføre dyrere eiendomsfinansiering lokalt og regionalt, og den vil dessuten kunne fremtvinge endringer i bankenes prioritering av nye engasjementer, slik at dette samlet sett vil kunne bidra til redusert boligbygging. For bankene har rundskrivet i tillegg skapt en rekke utfordringer knyttet til regnskapsavleggelsen, idet tolkningsavklaringen kom midt under årsrapporteringen.

Finanstilsynet har lagt til grunn at den forståelse av regelverket som de har redegjort for i ovennevnte rundskriv og brev følger direkte av kapitalkravsforordningen (CRR art 128). Slik Finans Norge ser det, er dette således et tolkningsspørsmål som ligger innenfor Finansdepartementets forvaltningskompetanse. På denne bakgrunn bes det om at departementet avklarer forståelsen av virkeområdet for CRR art. 128. Spørsmålet er av vesentlig betydning for standardmetodebankenes praktisering av regelverket, hva gjelder utlån til eiendomsfinansiering.

Bakgrunn

Finans Norge reiste i brev til Finanstilsynet 16. desember 2020 spørsmål ved forståelsen av kapitalkravsforordningen (CRR) art. 128 om engasjementer som skal klassifiseres som høyrisiko etter standardmetoden for kredittrisiko. Innspillet var særlig foranlediget av rundskrivets omtale av en presisering fra Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA) som avgrensner bestemmelsens virkeområde, dersom det foreligger signerte salgskontrakter som må anses som ugjenkallelige avtaler. I forlengelsen av brevet oversendte Finans Norge også to juridiske vurderinger fra advokatfirmaene

Schjødt og Thommessen, som en av medlemsbankene hadde innhentet i anledning saken. Det er også avholdt et møte mellom Finanstilsynet og Finans Norge.

Finanstilsynet har i brev 8. februar 2021 til Finans Norge kommentert nærmere på forhold i rundskrivet som omtales i innspillet fra Finans Norge og ovennevnte advokatutredninger, samt departementets ovennevnte brev. Etter vår vurdering besvarer imidlertid ikke Finanstilsynet utfyllende på næringens hovedspørsmål om hvordan EBAs presisering av regelverket knyttet til forhåndssalg skal gis anvendelse i norsk kredittpraksis.

For ordens skyld minnes om at forståelsen av «ugjenkallelig avtale» er et rettslig begrep som ikke er overlatt til nasjonale tilsynsmyndigheter å praktisere etter et eget skjønn. I norsk rett vil dette i praksis være et spørsmål om virkeområdet til CRR art. 128 - som gjennomført ved forskrift 22.08.2014 nr. 1097 (CRD IV/CRR-forskriften) § 2.

Nærmere om CRR art. 128 og begrepet «ugjenkallelig avtale»

EUs kapitalkravforordning (CRR) trådte i kraft i norsk rett fra 31. desember 2019. Regelverket er fullharmonisert med begrenset nasjonalt handlingsrom. Etter CRR art. 128 skal engasjementer under standardmetoden definert som «særlig høy risiko» tillegges en risikovekt på 150 prosent. Dette omfatter bl.a. investeringer klassifisert som "spekulativ finansiering av fast eiendom", se CRR art. 128 nr. 2 bokstav (d), jf. art. 4 (1) stk. 79. Dette er en forhøyet risikovekt fra den normale risikovekten for foretakslån etter standardmetoden for kredittrisiko på 100 prosent. Definisjonen av spekulativ eiendomsfinansiering og virkeområdet for bestemmelsen følger av art 4 (1) stk. 79 (vår utheving):

*(79) 'speculative immovable property financing' means loans for the purposes of the acquisition of or development or construction on land in relation to immovable property, or of and in relation to such property, **with the intention of reselling for profit;***

Som man ser av ordlyden er bestemmelsens virkeområde avgrenset til prosjekter hvor utbygger har til hensikt å videreselge med fortjeneste. Det foreligger ikke forarbeider som kan gi nærmere veiledning til denne forståelsen, men Finanstilsynet har i rundskriv 5/2020 gjengitt noen relevante tolkninger av bestemmelsen avgitt av EBA. Ifølge EBAs tolkning av bestemmelsen skal et lån til en utbygger av et eiendomsprosjekt klassifiseres som høyrisikoengasjement med risikovekt 150 prosent, med mindre avtaler med fremtidige eiere av eiendommene er signert og avtalene er ugjenkallelige. Denne presiseringen fremkommer både av EBAs retningslinjer (EBA/GL/2019/01) og gjennom «spørsmål og svar» fra EBA.

Forståelsen av når slike bindende avtaler er inngått og anses som «ugjenkallelige» må vurderes i lys nasjonal bakgrunnsrett som regulerer avtaleinngåelsen. I rundskrivet ble det lagt til grunn «*at sikkerhet for at kjøpsavtaler ikke kan bli hevet, vanskelig vil oppnås før det foreligger ferdigattest for eiendommene.*» I Finanstilsynets brev 8. februar 2021 modereres denne forståelsen noe, og det vises til at en ugjenkallelig avtale vil foreligge ved overtakelsestidspunktet. Fra brevet hitsettes:

«Eiendommer med 100 prosent forhåndssalg – EBAs uttalelse om ugjenkallelige avtaler
EBAs svar i Q&A 2017_3173 er at der det ikke er inngått avtaler som er ugjenkallelige, vil det være tale om «spekulativ finansiering av fast eiendom», slik dette uttrykket er brukt i CRR. Dette kan reise spørsmål om et engasjement mot et byggeprosjekt der 100 prosent av eiendommene er forhåndsolgt, likevel ikke faller inn under bestemmelsen om engasjement med høy risiko. Som nevnt er svar EBA gir

innenfor rammen av Q&A-ordningen, ikke bindende. Dette tilsier at det bør utvises varsomhet med å trekke motsetningslutninger fra de svar som gis.

Det er gjennomføringsrisiko knyttet til et byggeprosjekt. Selv om en utbygger vil kunne redusere markedsrisikoen gjennom forhåndssalg, vil utbygger bære risiko for uforutsette hendelser i byggeperioden som innebærer forsinkelser og mangler som gir rett til heving av avtalen. Utbygger bærer også risiko for at kjøper ikke er i stand til å oppfylle avtalen. I den nye Baselstandarder stilles det derfor krav om egenkapitalandel i prosjektet og at forhåndssalget sikres ved at kjøperne eller leietakerne innbetaler et betydelig kontantinnskudd som ikke vil bli tilbakebetalt dersom kontrakten sies opp.

Finanstilsynet har vurdert forståelsen av EBAs Q&A i lys av ordlyden i CRR artikkel 128, jf. artikkel 4 nr. 1 punkt 79. Det er først på overtakelsestidspunktet kjøper overtar eiendomsretten til og risikoen for boligen og utbygger får krav på sluttoppgjør. Finanstilsynet ser at hjemmelsoverføring og tilhørende krav på sluttoppgjør i noen tilfeller kan skje før ferdigattest foreligger. Finanstilsynet vil derfor presisere at overtakelsestidspunktet kan legges til grunn i vurderingen av når det er inngått en ugjenkallelig avtale. Finanstilsynet antar at en slik presisering i de fleste tilfeller har liten praktisk betydning for risikoklassifiseringen av eiendomsutviklingsengasjementer.»

Etter Finans Norges vurdering kan det ikke være korrekt å knytte spørsmålet om det er inngått en ugjenkallelig avtale til overtakelsestidspunktet. Det vises i denne sammenheng til at CRR art. 128 er en unntaksbestemmelse for forhøyet særlig høy risiko. Finanstilsynets tolkning innebærer at bestemmelsen får anvendelse på alle utbyggingsprosjekter finansiert av standardbanker, uavhengig av hvorvidt risikoen for utbygger er redusert gjennom bindende forhåndssalg eller ikke. Resultatet vil da også være at alle slike engasjementer tillegges lik risiko, uavhengig av hvilken underliggende finansiell risiko som påligger utbygger.

En slik forståelse har verken støtte i bestemmelsens formål, en objektiv fortolkning av EU-reglene sett i sammenheng eller presiseringene fra EBA. Det vises her også til at behovet for en slik presisering ble fremhevet av EBAs «Banking Stakeholder Group» sine merknader i den såkalte «Final Report». Finanstilsynet har gjennom sine tolkninger i realiteten lagt til grunn at disse presiseringene ikke skal gjelde i Norge.

Om Finanstilsynets henvisning til gjennomføringsrisiko og mangelsansvar

Finanstilsynet viser i ovennevnte brev om bakgrunnen for sin tolkning til at utbyggere på grunn av gjennomføringsrisiko og mangelsansvar vil kunne ha en risiko knyttet til utbyggingen frem til overtakelsestidspunktet (og trolig i tid også etter dette). Finans Norge er enig med tilsynet i at dette generelt er en relevant risiko å hensynta i en kredittvurdering. Samtidig er det grunn til å understreke at dette er en type risiko som treffer enhver produksjons- og byggevirksomhet, herunder skipsbygging mv. Slik virksomhet er imidlertid ikke underlagt en forhøyet risikovekt på 150 prosent. Et mer nærliggende eksempel er bygg som oppføres til eget bruk, hvor det etter regelverket skal benyttes 100 prosent risikovekt selv om gjennomførings-/oppføringsrisikoen ikke avviker fra et bygg som skal selges.

Gjennom sin tolkning tilfører Finanstilsynet her en ny risikodimensjon som etter vår forståelse verken følger av bestemmelsens formål eller innhold. En slik risikodimensjon vil for øvrig nøytralisere vilkåret om intensjonen om videresalg, som er den sentrale forutsetning i definisjonen gjengitt ovenfor, som EBA har klarlagt rekkevidden av gjennom sin veiledning. En gjennomføringsrisiko vil generelt sett

foreligge, uansett om et eiendomsutviklingsprosjekt (fullt ut) allerede er solgt eller intensjonen er salg (med fortjeneste), og med dette gir i praksis tilsynet denne CRR-bestemmelsen et langt større virkeområde enn det som følger av dens ordlyd.

Kapitalkravene til spekulativ eiendomsfinansiering (CRR art. 128) må sees i lys av erfaringen fra finanskrisen i enkelte land hvor store boligprosjekter var igangsatt uten forhåndssalg. Det er denne særlig høye finansielle risikoen (markedsrisikoen) som bestemmelsen søker å adressere, noe som også understrekes gjennom kategoriseringen sammen med investeringskategorier som historisk har vesentlig risiko (venturekapital mv.).

Det sentrale i bestemmelsen og EBAs tolkning, er hvorvidt den finansielle risikoen for salg av eiendommen - herunder prisfall i markedet - påligger utbygger eller er overført til kjøper. Det er nettopp dette elementet som begrunner klassifiseringen som særlig høy, hvor denne finansielle risikoen ikke er overdratt til kjøper. Det avgjørende er således i hvilken utstrekning låntakerens hensikt er å selge eiendommen med fortjeneste og utbygger/låntakeren fortsatt sitter med risikoen knyttet til markedsprisutviklingen. At byggeprosjekter, som Finanstilsynet viser til, generelt er underlagt en gjennomføringsrisiko, er i dette bildet et utenforliggende hensyn som ikke kan vektlegges ved fastlegging av bestemmelsens virkeområde. Vi kan ikke se at det er anledning til å vektlegge disse hensyn i et fullharmonisert regelverk. Dette kan derfor heller ikke være førende for tolkningen av EBAs presisering knyttet til «ugjenkallelig avtale».

Vår klare vurdering er derfor at eiendomsprosjekter med inngåtte bindende salgskontrakter ikke faller innenfor EBAs definisjon av særlig høy risiko. Finanstilsynets tolkning om at eiendommen må være tatt over av kjøper innebærer for øvrig også at det overhodet ikke blir rom for spørsmål om forhåndssalg og ugjenkallelige kjøpskontrakter. Etter overtakelse er eiendommen tatt over av kjøper og kjøpet er dermed gjennomført. På overtakelsestidspunktet vil jo også generelt sett bankens eksponering bortfalle ettersom kjøpesummen innbetales. Hva gjelder den nærmere tolkningen av CRR art. 128 vises det for øvrig til de juridiske vurderinger som ble forelagt Finanstilsynet i anledning saken, og som også vil forelegges departementet.

Oppdeling av låneengasjementer mv.

I forlengelsen av hovedproblemstillingen i saken er det også reist spørsmål om det er adgang til å dele opp engasjementer for deler av et utviklingsprosjekt, slik at den solgte delen av finansieringen kan ha en risikovekt på 100 prosent. Vi presiserer at dette ikke innebærer en risikovekting på basis av terskelverdier eller liknende, men tilordning av riktig risikovekt i samsvar med ordlyden i CRR, og dette kan i prinsippet innebære en oppdeling av engasjementer for kapitaldekningsformål.

Finanstilsynet er for øvrig noe unyansert under omtalen av dette forholdet i ovennevnte brev (side 2 og 3). I brevet legger tilsynet til grunn at en ikke kan dele opp engasjementet og at det uansett må foreligge et forhåndssalg på 100 %, for at presiseringen fra EBA knyttet til virkeområdet skal komme til anvendelse. Vi er usikre på om Finanstilsynet her blander sammen låneengasjementet og byggeprosjektet. Poenget må her i tilfelle være at lånet må være dekket av 100 % forhåndssalg, ikke nødvendigvis at hele boligprosjektet må være forhåndsolgt.

Vi vil også å vise til at Finanstilsynet refererer til at kommende Basel-regler vil stille krav om at kunden har betalt forskudd/håndpenger som ikke vil bli tilbakebetalt. Hvorfor dette er et poeng for Finanstilsynet fremstår som uklart. Også et slikt beløp vil måtte tilbakebetales kjøper dersom utbygger misligholder byggeprosjektet, og bustadoppføringslova stiller her krav om at utbygger må stille

forskuddsbetalingsgaranti for tilbakebetaling av slike beløp dersom de strenge vilkårene for forskuddsbetaling for øvrig ikke er oppfylt. Som ved forhåndssalg har utbygger her sikret seg mot markeds- og finansiell risiko, men ikke mot eget kontraktsrettslig mislighold.

For øvrig hva gjelder status i andre land, har det etter de undersøkelser Finans Norge har foretatt, ennå ikke fremkommet eksempler på at andre land har tolket EBAs presisering på samme måte som det norske Finanstilsynet. Finanstilsynet viser i rundskrivet til at man i Danmark har innskjerpet standardbankenes praktisering av regelverket etter et tematilsyn i 2017, men tilsynet gir ingen informasjon om hvordan hovedproblemstillingen knyttet til forståelsen av «ugjenkallelige avtaler» praktiseres i andre land.

Etter det vi har skaffet til veie av informasjon om øvrige land (Norden) legger man her til grunn at presiseringen gjelder overføring av den finansielle risikoen. Tilsynsmyndighetene har i sin praksis heller ikke utvidet virkeområdet til CRR art. 128 ved å vise til andre typer risiko som forsøkes hensyntatt under bestemmelsen.

Med vennlig hilsen

Finans Norge

Sign.
Erik Johansen
direktør

Sign.
Carl Flock
juridisk direktør