

Finansdepartementet
Finansmarkedsavdelingen
Postboks 8008 Dep.
0030 Oslo

Oslo, 19. februar 2021

RISIKOVEKTING AV HØYRISIKOENGASJEMENTER

1 INNLEDNING

Dette brev sendes på vegne av banker ("**Bankene**") i henhold til vedlagte liste.

Bilag 1: Liste over Bankene

Bankene bruker standardmetoden for å beregne kapitalkrav for kredittrisiko. Bankene driver kun virksomhet i Norge, og er en viktig kilde til kreditt for norsk næringsliv i hele landet.

Finanstilsynet fastsatte 10. desember 2020 rundskriv 5/2020 om engasjementer som skal klassifiseres som å ha særlig høy risiko etter CRR-forordningen art. 128 ("**Rundskrivet**"). Finanstilsynet ga enkelte utfyllende kommentarer til Rundskrivet til Finans Norge i brev 8. februar 2021 ("**Oppfølgingsbrevet**"). Kommentarene ble gitt etter å ha gjennomført møte med Finans Norge. Rundskrivet og Oppfølgingsbrevet har reist en rekke utfordringer for Bankene som vi ønsker å orientere Finansdepartementet om. Vi ønsker også å fremme et forslag til videre fremdrift i saken.

Det er utarbeidet ulike juridiske utredninger i sakens anledning som støtter Bankenes syn. Disse følger vedlagt til orientering.

Bilag 2: Juridisk vurdering fra Schjødt 18. desember 2020

Bilag 3: Juridisk vurdering fra Schjødt 10. februar 2021

Bilag 4: Juridisk vurdering fra Thommessen 17. desember 2020

Bilag 5: Juridisk vurdering fra Thommessen 10. februar 2021

2 HVA SAKEN DREIER SEG OM

Rundskrivnet og Oppfølgingsbrevet reiser to sentrale spørsmål om tolkingen av forordning (EU) nr 575/2013 ("**CRR**") i forbindelse med beregning av kapitalkrav for høyrisikoengasjementer:¹

- (i) For det første hvilke engasjementer som skal anses forbundet med "særlig høy risiko" etter CRR artikkel 128, og som dermed skal ha en risikovekt på 150 prosent.
- (ii) For det andre hva som skal anses som et "engasjement" i situasjoner der det samme lånet dels finansierer virksomhet med "særlig høy risiko" og dels virksomhet som ikke har slik risiko.

Finanstilsynet og Bankene har ulike syn på disse spørsmålene, og Bankene har ikke fullt ut innrettet seg etter Finanstilsynets tolking. Det kommer vi tilbake til i punkt 3 nedenfor.

Mer overordnet gjelder saken hvordan denne type tolkingsspørsmål bør finne sin løsning. Saken gjelder tolkingen av et komplisert EU-regelverk som relativt nylig ble innført i norsk rett. Det er derfor helt naturlig at det oppstår tolkingsspørsmål. Det er heller ikke unaturlig at Finanstilsynet og berørte banker har en ulik tolking av hvordan regelverket skal forstås.

Finansdepartementet har som overordnet myndighet på finansmarkedsområdet et særskilt ansvar for å klargjøre rettstilstanden når det oppstår tolkingsspørsmål knyttet til nytt regelverk. Slik klargjøring kan enten skje gjennom ordinære klageprosesser (hvor banker påklager et pålegg gitt av Finanstilsynet), eller gjennom en tolkingssuttalelse fra Finansdepartementet som tydeliggjør overfor Finanstilsynet og bankene hvordan Finansdepartementet vurderer saken. Vi antar det er enighet om at klargjøring gjennom domstolsbehandling er lite hensiktsmessig i denne type saker.

I foreliggende sak mener vi det er hensiktsmessig at klargjøring av rettstilstanden skjer gjennom en tolkingssuttalelse fra Finansdepartementet, og at Finanstilsynet avventer Finansdepartementets avklaring før det eventuelt ilegges pålegg til Bankene. Klageprosesser er ressurskrevende for alle involverte parter, og de tar lang tid å gjennomføre.

Et særtrekk i foreliggende sak er at det også er uenighet om hvordan man skal tolke de svar som europeiske tilsynsmyndigheter ("**EBA**") har gitt i relativt tilsvarende situasjoner. Det tilsier at det innhentes en klargjøring fra EBA før det konkluderes i denne saken gjennom deres "Q&A"-funksjon.

Forhistorien til saken tilsier at man ikke forhaster seg med å treffe en konklusjon. Regelverket er relativt nytt, og Finanstilsynet har overfor enkeltbanker selv gitt uttrykk for at man har vært i tvil om hvordan reglene skal tolkes. Det synes derfor mer fornuftig å avvente klargjøring fra EBA.

Dersom EBA og/eller Finansdepartementet er enige i Bankenes vurdering etter å ha gjennomført en slik prosess, vil man ha unngått at Bankene i en kort mellomperiode vil kunne bli tvunget til å gjennomføre en vesentlig innstramning i sine utlån til eiendomsutvikling (avhengig av om et pålegg gis oppsettende virkning eller ikke). At Bankene må rapportere på uavklart rettsgrunnlag er ikke hensiktsmessig, hverken for Bankene, deres kunder eller samfunnet for øvrig. I tillegg vil dette skape usikkerhet i kapitalmarkedet i forhold til Bankenes rammebetingelser i Norge. Bankene er for øvrig godt kapitalisert, og vil ikke ha problemer med å møte regulatoriske minstekrav i et scenario hvor

¹ CRR-forordningen er gjennomført i norsk rett gjennom CRR/CRD IV-forordningen § 2 første ledd.

EBA og/eller Finansdepartementet slutter seg til Finanstilsynets tolking. Dette understøtter at man bør foreta et grundig forarbeid i saken før det konkluderes.

Vi kan ikke se at hensynet til like konkurransevilkår tilsier et raskt pålegg overfor Bankene. Tvert imot tyder våre foreløpige undersøkelser på at både svenske og danske myndigheter vil være uenige i Finanstilsynets tolking. En rask iverksettelse av Finanstilsynets forståelse vil dermed skape en konkurransemessig ulempe for Bankene, sammenlignet med deres svenske og danske konkurrenter.

Vi vil nå gjøre kort rede for Bankenes syn på de sentrale rettsspørsmål saken reiser.

3 SAKENS JURIDISKE SIDER

3.1 Generelle utfordringer med Finanstilsynets rettsanvendelse

Finanstilsynet synes å bygge på to sentrale utgangspunkter i Rundskrivet og i Oppfølgingsbrevet. Vi synes begge utgangspunkter er problematiske:

- (i) For det første viser Finanstilsynet til at uttalelsene fra EBA i deres Q&A-tjeneste ikke "er bindende", og at det bør utvises "varsomhet med å trekke motsetningsslutninger fra de svar som gis". Vi synes det er problematisk at betydningen av EBAs uttalelser på denne måten reduseres. Bankenes tolking av EBAs svar hviler på en alminnelig språklig fortolking av utsagnet, og ikke på en "motsetningsslutning". Mer sentralt er at når Finanstilsynet i tidligere rundskriv og uttalelser har uttalt at man vil følge retningslinjer og andre tolkningsutsagn fra EBA, så vil dette kunne skape en internrettslig plikt for Finanstilsynet til å utøve sin myndighet i samsvar med dette.
- (ii) For det andre argumenterer Finanstilsynet med at CRR-forordningen må tolkes restriktivt i lys av at det vil innføres mer detaljerte og (etter omstendighetene) mer fleksible regler ved innføring av EU-regler (CRR2/CRD5) som svarer til Basel IV, fra 1. januar 2023. Vi kan ikke se at det er grunnlag for en slik tolking. At det innføres mer detaljerte regler for høyrisikoengasjementer i CRR2/CRD5, betyr ikke at gjeldende regler må tolkes på en måte som gir innholdsmessig motsatt resultat.

Vi vil nå kort gjøre rede for vårt syn på de tolkingsspørsmål saken reiser.

3.2 Definisjon av engasjementer som er forbundet med særlig høy risiko

Finanstilsynet viser til EBAs svar i Q&A 2017_3173, hvor det fremgår at det for de tilfeller hvor det ikke er inngått avtaler som er ugjenkallelige, vil være tale om «spekulativ finansiering av fast eiendom», jf. CRR-forordningen art. 4 nr. 1 pkt. 79). Selv om Finanstilsynet tilsynelatende gir uttrykk for at dette vil tilsi at et engasjement i et byggeprosjekt hvor 100 prosent av eiendommene er forhåndsolgt ikke omfattes av definisjonen, avviser likevel Finanstilsynet tilsynelatende dette ved å vise til at EBAs svar i Q&A-tjenesten "ikke er bindende". Dette er en for enkel avvisning av betydningen av EBAs tolkninger og svar i Q&A-tjenesten og mulig heller ikke samsvar med norske forvaltningsrettslige prinsipper. Det vises til drøftelsen i avsnitt 3.1 foran.

I stedet synes Finanstilsynet å legge avgjørende vekt på den gjennomføringsrisiko som er knyttet til et byggeprosjekt. Det vises her til at et forhåndssalg ikke vil redusere risikoen for uforutsette hendelser i byggeperioden som innebærer forsinkelser og mangler som gir rett til heving av avtalen. Dessuten viser Finanstilsynet til at utbygger også bærer risiko for at kjøper ikke er i stand til å oppfylle avtalen, og at dette er kompensert i Basel IV ved at det

stilles 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. Basert på disse forhold mener Finanstilsynet at det avgjørende tidspunktet i stedet bør være *overtakelsestidspunktet*, hvor kjøper overtar eiendomsretten til og risikoen for boligen og utbygger får krav på sluttoppgjør. Etter Finanstilsynets oppfatning er det derfor (nå) overtakelsestidspunktet som må være det avgjørende tidspunktet for vurderingen av når det er inngått en ugjenkallelig avtale.

Vi er uenige i Finanstilsynets tolking av regelverket. Det vises i den anledning til følgende:

- (i) Finanstilsynets tolking er i strid med ordlyden i CRR-forordningen, hvor det i definisjonen av "*spekulativ investering i fast eiendom*" forutsettes at prosjekter som allerede er solgt ikke omfattes av definisjonen, jf. begrepet "videresalg" i CRR-forordningen art. 4 nr. 1 pkt. 79). Et prosjekt vil være "solgt" videre når det er inngått bindende avtale om dette, uavhengig av når overtakelse av eiendommen skjer.
- (ii) Finanstilsynet viser til at det vil hefte risiko ved prosjektet frem til overtakelse, blant annet for "*mangler som gir rett til heving av avtalen*". Det er uklart hva Finanstilsynet sikter til på dette punkt. Mangler kan avdekkes både før og etter overtakelse, og har etter vårt syn ingenting med spørsmålet om eiendommen er videresolgt eller ikke.

Finanstilsynets vektlegging av overtakelsestidspunktet som vurderingskriteriet for om det foreligger en ugjenkallelig avtale, innebærer også en langt strengere tolkning enn det som følger av EBAs uttalelse om dette spørsmålet. Vi er derfor fortsatt av den oppfatning at definisjonen av høyrisikoengasjementer er begrenset til eiendomsprosjekter hvor hensikten er å videreselge eiendommen med fortjeneste, dvs. før det faktisk er solgt noen enheter i prosjektet.

3.3 Oppdeling av engasjementer med ulik risikovekting

Når det gjelder spørsmålet om oppdeling av engasjementer tilknyttet et eiendomsutviklingsprosjekt med ulik risikovekting, fremgår det av Finanstilsynets redegjørelse at tilsynet mener CRR-forordningen art. 128, jf. art. 4 nr. 1 punkt 79), ikke åpner for å differensiere risikovektene etter "*f.eks. minimum forhåndssalg, forhåndsbetaling fra kjøper eller egenkapitalandelen som utbygger går inn i prosjektet med*".

Et eksempel kan illustrere en mulig forståelse av Finanstilsynets tolking: En bank gir et lån til et prosjekt hvor 90 prosent av boligene er forhåndsolgt og som overføres suksessivt til kjøperne etter hvert som ferdigstillelse skjer. Vi forstår Finanstilsynet dithen at engasjementet skal vektes som høyrisikoengasjement helt frem til siste bolig er overført til kjøperen.

Vi er som nevnt ovenfor uenig i en slik tilnærming av flere grunner. For det første mener vi det ikke er korrekt at lån til prosjekt som har forhåndsolgt alle sine boliger skal anses som et høyrisikoengasjement. Det er drøftet ovenfor i avsnitt 3.2. For det andre mener vi definisjonen av det aktuelle engasjementet må ta høyde for en mer differensiert tilnærming enn det Finanstilsynet legger til grunn.

Finanstilsynets tilnærming synes å være at man må behandle hele engasjementet som høyrisikoengasjement, inntil ingen del av engasjementet faller inn under Finanstilsynets forståelse av definisjon av høyrisikoengasjement i CRR-forordningen art. 4 nr. 1 pkt. 79).

Finanstilsynet synes å mene at dette følger av regelverksstrukturen i CRR-forordningen, som bør tilsi at det bare er i de tilfeller det uttrykkelig følger av regelverket, at man kan gi deler av et engasjement ulik risikovekt. Selv om Finanstilsynet har relevante argumenter for dette synet, er det etter vår vurdering svar på et uriktig spørsmål. Den naturlige problemstillingen er derimot hvordan prosjektet som sådan skal risikovektes, og ikke om man skal tilordne ulike risikovekter til ulike deler av engasjementet.

Etter vårt syn bør hele prosjektet risikovektes 100 prosent (eller den risikovekt som følger av regelverket for øvrig), dersom prosjektet etter en helhetlig vurdering ikke kan klassifiseres som et høyrisikoengasjement. Det vises blant annet til følgende:

- (i) Av ordlyden følger at definisjonen er begrenset til eiendomsprosjekter hvor hensikten er å videreselge eiendommen med fortjeneste. Etter vår vurdering trekker dette i retning av at definisjonen omfatter finansiering av et eiendomsprosjekt som sådan, og før det faktisk er solgt noen enheter i prosjektet.
- (ii) Til støtte for dette synspunktet viser vi til EBAs svar i Q&A 2017_3131 hvor EBAs tolkning av definisjonen er finansiering av et eiendomsprosjekt "*with the intention of selling it*" (vår understreking). EBAs tolking synes altså å være at definisjonen er knyttet til et prosjekt (vurdert som en helhet), som er på et såpass tidlig stadium at eiendomsutvikleren ikke har kommet lenger i prosjektet enn at man kun har en intensjon om å videreselge enhetene i eiendomsprosjektet. Dette kan eksempelvis være tilfelle hvor utbygger får et lån til å kjøpe en tomt, uten at nødvendig reguleringsplan for utviklingsprosjektet er på plass. Her vil det være såpass mange risikofaktorer knyttet til prosjektet, at det vil være naturlig å kategorisere en finansiering av slike prosjekter som "spekulativ". For de tilfeller hvor reguleringsplan, arkitekttegninger og prospekt mv. er på plass, vil ofte en ikke ubetydelig del av eiendomsprosjektet allerede være solgt til et antall private sluttbrukere og familier. I slike tilfeller vil det være vanskelig å tale om et spekulativt investeringsprosjekt, dersom man foretar en helhetlig og samlet vurdering av prosjektet.
- (iii) Ut fra disse synspunkter mener vi det er gode grunner for å tolke CRR-forordningen art. 128 nr. 2 slik at den kun er rettet mot finansiering som skjer på et tidspunkt hvor det ikke er foretatt noe videresalg av hele eller en ikke ubetydelig del av eiendomsprosjektet.

3.4 Finans Norge

Vi tillegger at vi er kjent med at Finans Norge også vil belyse ovennevnte problemstillinger i et eget brev til departementet. Finans Norge vil her gi supplerende argumenter for vår forståelse av CRR art. 128, som vi slutter oss til.

4 OPPSUMMERING

I lys av den uklarhet som har hersket om hva som er korrekt tolking av CRR art. 128, har flere av Bankene innrettet seg etter det de mener er en korrekt tolking av bestemmelsen. Dette er en tolking som ikke er i samsvar med Oppfølgingsbrevet.

Bankene er bekymret for at Finanstilsynet kan treffe vedtak om pålegg om retting mot de aktuelle Bankene, og dermed iverksette behovet for en formell og omfattende klageprosess. Dette fremstår som lite hensiktsmessig. Inntil en avklaring fra EBA foreligger, bør saken etter Bankenes syn stilles i bero.

Vi anmoder Finansdepartementet om å tilrettelegge for en slik løsning på egnet måte. Vi tillater oss å be om et møte med Finansdepartementet for å gjøre nærmere rede for vårt syn.

Med vennlig hilsen

(SIGN)

Bente Haraldson Syre
Adm Banksjef Haugesund Sparebank

På vegne av De Samarbeidende Sparebankene
("DSS")

(SIGN)

Hege Toft Karlsen
Konsernsjef Eika Gruppen AS

På vegne av alliansebankene i Eika Gruppen

(SIGN)

Hanne Nordgaard
Adm direktør Sparebank 1 Helgeland

(SIGN)

Tiril Haug Villum
Adm direktør Pareto Bank ASA

(SIGN)

Geir Bergskaug
Adm direktør Sparebanken Sør

(SIGN)

Steinar Haugli
Adm Banksjef SpareBank 1 Ringerike Hadeland

(SIGN)

Arild Bjørn Hansen
Adm Banksjef SpareBank 1 Østfold Akershus

(SIGN)

Egil Meland
Adm Banksjef SpareBank 1 Modum

(SIGN)

Knut Oscar Fleten
Adm Banksjef SpareBank 1 Hallingdal Valdres

(SIGN)

Unni Strand
Adm Banksjef SpareBank 1 Lom og Sjøk

(SIGN)

Stig Brautaset
Adm Banksjef SpareBank 1 Søre Sunnmøre