



FINANSTILSYNET

THE FINANCIAL SUPERVISORY
AUTHORITY OF NORWAY

Kreditorhierarkidirektivet

Prioritetsrekkefølge for kreditorer etter BRRD artikkel 108

Høringsnotat og forskriftsforslag

DATO:

3. juni 2019

Innhold

1	Innledning	3
1.1	Bakgrunn	3
1.2	Nasjonalt handlingsrom	3
1.3	Nærmere om høringsnotatet	4
2	Gjeldende rett	4
3	Prioritetsrekkefølge etter BRRD ny artikkel 108	5
4	Om gjennomføring av BRRD ny artikkel 108 i utvalgte land	6
5	Finanstilsynets vurderinger	7
5.1	Plassering av bestemmelser som gjennomfører endringsdirektiv 2017/2399/EU i norsk regelverk	7
5.2	Virkeområdet for bestemmelser som gjennomfører ny BRRD artikkel 108	8
5.3	Begrepsbruk og henvisninger	8
5.4	Definisjon av små- og mellomstore foretak	9
5.5	Innskudd i filialer utenfor EØS-området	9
5.6	Referanse til prioritet i låneavtale	10
5.7	Nasjonal lovgivning som angir normale prosedyrer ved insolvens vedtatt før 31. desember 2016	10
5.8	Restriksjoner på salg av etterstilte gjeldsinstrumenter	10
6	Nærmere omtale av forskrift- og lovbestemmelsene	11
7	Økonomiske og administrative konsekvenser	11

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

EUs innskuddsgarantidirektiv (direktiv 2014/49/EU, heretter DGSD) og krisehåndteringsdirektiv (direktiv 2014/59/EU, heretter BRRD) er gjennomført i finansforetaksloven kapittel 19 og 20 og i lov om bankenes sikringsfond. Utfyllende regler til lovbestemmelsene er gitt i finansforetaksforskriften kapittel 20 og 21. Virkeområdet for regelverket er banker og kredittforetak, samt verdipapirforetak som er omfattet av minstekravet til startkapital i verdipapirhandelloven § 9-39. Videre omfattes holdingforetak eller annet morselskap i finanskonsern der slike foretak inngår og finansieringsforetak som inngår i slike finanskonsern. Regelverket trådte i kraft 1. januar 2019.

EU-kommisjonen publiserte i november 2016 forslag om å endre EUs krisehåndteringsdirektiv for banker mv. (BRRD2). Det reviderte regelverket ble vedtatt av EU-rådet den 14. mai 2019¹ og forventes publisert i EU-tidende i løpet av kort tid. Regelverksendringene er en del av en bredere gjennomgang av EUs finanslovgivning som tar sikte på å redusere risikoen i finanssektoren (bankpakken) og gjøre den mer motstandsdyktig. Deler av endringene knyttet til BRRD, ble skilt ut fra bankpakken og vedtatt i EU i desember 2017 gjennom direktiv 2017/2399/EU² om endringer i kreditorhierarkiet (BRRD artikkel 108).

Ved krisehåndtering eller avvikling av foretak omfattet av BRRD påføres kreditorer tap. Kreditorhierarkiet angir i hvilken rekkefølge eiendelene fordeles på kreditorene. Formålet med endringen av BRRD artikkel 108 er å harmonisere prioritetsrekkefølgen for kreditorer i medlemslandene. I tillegg etableres det en ny kapitalklasse i form av etterstilt seniorgjeld som har lavere prioritet enn ordinære usikrede seniorobligasjoner, men høyere prioritet enn ansvarlig kapital.

Finansdepartementet ba i brev av 7. februar 2019 Finanstilsynet, innen 3. juni 2019, om å utrede og foreslå hvordan forventede EØS-regler som svarer til direktiv 2017/2399/EU, kan gjennomføres i norsk rett.

1.2 Nasjonalt handlingsrom

BRRD er et rammedirektiv med overordnede bestemmelser som suppleres med en rekke detaljerte gjennomføringsbestemmelser og tekniske standarder (nivå 2). Disse skal i henhold til EØS-avtalen artikkel 7 som sådan gjøres til en del av avtalepartenes interne rettsorden (inkorporasjon).

Direktiv 2017/2399/EU inneholder ingen nasjonale valg.

¹ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/05/14/banking-union-council-adopts-measures-to-reduce-risk-in-the-banking-system/>

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32017L2399>

1.3 Nærmere om høringsnotatet

I punkt 2 omtales gjeldende rett. I punkt 3 beskrives prioritetsrekkefølgen som følger av ny artikkel 108 i BRRD, samt den nye klassen etterstilte gjeldsinstrumenter og vilkårene disse må oppfylle. Omtale av andre lands gjennomføring av artikkel 108 fremgår av punkt 4. Finanstilsynets vurdering av sentrale spørsmål i forbindelse med Finansdepartementets oppdrag fremgår av punkt 5. Omtale av de enkelte bestemmelsene i forskrifts- og lovforslaget følger av punkt 6. Økonomiske og administrative konsekvenser er omtalt i punkt 7. Lovforslaget fremgår av vedlegg 1.

2 Gjeldende rett

De alminnelige prioritetsreglene for fordringer er inntatt i dekningsloven og gir blant annet fortrinnsrett for fordringer som lønn, skatt og avgifter. Endringene i finansforetaksloven fra 1. januar 2019 innførte en innskyterpreferanse i tråd med BRRDs opprinnelige artikkel 108 i § 20-32.

Et sentralt element i BRRD er intern oppkapitalisering som krisetiltak hvor kapitalinstrumenter og gjeld nedskrives og/eller konverteres til egenkapital (bail-in). Finanstilsynet skal fastsette et minstekrav til summen av ansvarlig kapital og kvalifiserende gjeld som kan nedskrives eller konverteres til egenkapital (MREL), og kan etter direktivet kreve at tellende konvertibel gjeld helt eller delvis skal ha lavere prioritet enn annen gjeld (typisk usikret gjeld).

Nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital er regulert i finansforetaksloven § 20-14 som et ledd i tiltakene som Finanstilsynet kan iverksette dersom tilsynet antar at et foretak er eller må ventes i nær fremtid å bli kriserammet, eller vil trenge statsgarantier, og det ikke er rimelig utsikt til at dette kan forhindres av andre tiltak.

Nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital skal gjøres etter konkursrettslige prioritetsregler slik at den rene kjernekapitalen først reduseres i nødvendig utstrekning. Deretter skal annen godkjent kjernekapital samt fondsobligasjonskapital som ikke teller som godkjent kjernekapital nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital i nødvendig utstrekning. Dernest skal godkjent tilleggskapital, samt ansvarlig lånekapital som ikke teller med som godkjent tilleggskapital nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital.

Som ledd i en krisehåndtering kan deretter Finanstilsynet, som krisehåndteringsmyndighet, og med Finansdepartementets godkjenning, gjennomføre krisetiltaket intern oppkapitalisering. Intern oppkapitalisering er regulert i finansforetaksloven § 20-24 og § 20-26. § 20-24 angir vilkårene for at intern oppkapitalisering kan gjennomføres og § 20-26 angir reglene for gjennomføringen av oppkapitaliseringen. Når det er besluttet å gjennomføre intern oppkapitalisering, skal Finanstilsynet fastsette hvor mye av den konvertible gjelden som må nedskrives for at foretakets nettoverdi skal bli null, og hvor mye som må konverteres til ren kjernekapital for at (bro)foretaket skal oppfylle kapitalkrav og tillit i markedene, og i minst ett år kunne oppfylle konsesjonsvilkårene. Når nedskrivning og konvertering etter § 20-14 første ledd er oppfylt, skal oppkapitaliseringen skje ved at konvertibel gjeld som har lavere prioritet enn annen konvertibel gjeld, nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital i samsvar med

gjeldens innbyrdes prioritet ved avvikling. Deretter skal annen konvertibel gjeld nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital i samsvar med gjeldens innbyrdes prioritet ved avvikling.

Ved en avvikling under offentlig administrasjon angir § 20-31 annet ledd annet punktum at oppgjør skal skje etter reglene i dekningsloven, med unntak for innskyterpreferansen i § 20-32. Dekningsloven har ingen bestemmelser om flere klasser usikret gjeld. Dersom et foretak som er blitt pålagt å utstede etterstilt gjeld, likevel blir avvirket under offentlig administrasjon, vil det oppstå spørsmål knyttet til prioriteten til denne gjelden.

3 Prioritetsrekkefølge etter BRRD ny artikkel 108

De opprinnelige reglene i BRRD artikkel 108 innførte som nevnt enkelte særlige prioritetsregler for innskudd i banker. Formålet med endringen av BRRD artikkel 108 er å innføre en ny gjeldsklasse og harmonisere prioritetsrekkefølgen også for andre kreditorer enn innskytere i medlemslandene.

Ny klasse etterstilt gjeldsinstrumenter

Endringene av artikkel 108 innebærer at det i nasjonal lovgivning skal innføres en ny klasse etterstilte gjeldsinstrumenter som kan benyttes til å oppfylle kravet til MREL. Vilkårene som instrumentene må oppfylle fremgår av artikkel 108 nr. 2. Den opprinnelige kontraktsfestede løpetiden skal være minst ett år. Instrumentene skal ikke være derivater eller inneholde innebygde derivater. Videre skal det eksplisitt refereres til den lavere prioriteten etter nasjonal lovgivning i låneavtalen og i et eventuelt prospekt. I artikkel 108 nr. 6 presiseres det at gjeld med variabel rente avledet fra referanserente og gjeld i utenlandsk valuta ikke skal anses som innebygde derivater forutsatt at hovedstol, avdrag og rentebetalinger er notert i samme valuta. Den nye klassen har lavere prioritet enn seniorgjeld, men høyere prioritet enn ansvarlig lånekapital.

Prioritetsregler innskudd

Det følger av prioritetsreglene i artikkel 108 nr. 1 (b) at innskudd som er garantert av innskuddsgarantiordningen og fordringer som tilkommer innskuddsgarantiordningen fordi den har utbetalt garanterte innskudd, har bedre prioritet enn øvrige innskudd.

Innskudd fra fysiske personer og små- og mellomstore bedrifter som overstiger garantibeløpet har etter artikkel 108 nr. 1 (a) (ii) dårligere prioritet enn garanterte innskudd, men bedre prioritet enn alminnelig usikret gjeld uten særskilt prioritet. Det følger av artikkel 108 nr. 1 (a) (i) at det samme gjelder hele innskuddet i filialer av banker innen EØS-området, men hvor filialen er lokalisert utenfor EØS-området. Forskjellen skyldes at innskuddsgarantidirektivet i utgangspunktet er begrenset til EU. Den norske ordningen omfatter imidlertid innskudd fra tredjeland med inntil 100 000 euro.

Innskudd fra store bedrifter som overstiger garantibeløpet, og bankenes utstedte sertifikater og obligasjoner, har samme prioritet som andre ordinære, usikrede fordringer uten særskilt prioritet.

Tabell 1 viser prioritetsrekkefølgen slik den følger av BRRD etter endringen i artikkel 108.

Tabell 1: Prioritetsrekkefølgen, fra høyest til lavest prioritet, som følger av ny artikkel 108. Innen samme klasse rangeres kreditorene pari passu og eiendelene fordeles likt.

	Referanse BRRD
Garanterte innskudd og fordringer som tilkommer innskuddsgarantiordningen fordi den har utbetalt garanterte innskudd.	Artikkel 108 (1) (b)
Innskudd fra fysiske personer og små- og mellomstore i filialer av banker innen EØS-området, hvor filialen er lokalisert utenfor EØS-området	Artikkel 108 (1) (a) (ii)
Innskudd fra fysiske personer og små- og mellomstore bedrifter som overstiger garantibeløpet	Artikkel 108 (1) (a) (i)
Obligasjoner, sertifikater og annen ordinær, usikret seniorgjeld uten særskilt prioritet samt innskudd fra store bedrifter som overstiger garantibeløpet.	
Gjeld med prioritet mellom ansvarlig lånekapital og ordinær, usikret seniorgjeld ("Tier 3" eller "Senior Non-Preferred")	Artikkel 108 (2) og (3)
Tilleggskapital ("Tier 2")	Artikkel 108 (3) og artikkel 48 (1) (c)
Annen godkjent kjernekapital ("AT1")	Artikkel 108 (3) og artikkel 48 (1) (b)
Egenkapital (Ren kjernekapital) ("Tier 1")	Artikkel 108 (3) og 48 (1) (a)

4 Om gjennomføring av BRRD ny artikkel 108 i utvalgte land

Finanstilsynet har kartlagt gjennomføringen av ny BRRD artikkel 108 i Danmark, Finland, Nederland, Storbritannia og Sverige. Alle har gjennomført direktiv 2017/2399/EU i nasjonal lovgivning. Lovendringene trådte i kraft i perioden juli 2018 til desember 2019.

Danmark og Finland har gjennomført endringsdirektivet i lovgivning for foretak underlagt krisehåndteringsdirektivet, mens de øvrige landene har gjennomført direktivet i nasjonal lovgivning som angir normale prosedyrer ved insolvens (konkurslovgivning). I Danmark er endringene gjennomført i *lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder* under et avsnitt om "særlige konkursretlige regler". I Finland er endringene gjennomført i *Kreditinstituttslagen* i tillegg til andre lover (se vedlegg). I kreditinstituttslagen gjøres endringer i kapitlet om "almänna bestämmelser" hvor det er innført en paragraf som angir i hvilken rekkefølge et kredittinstituts kreditorer skal få betaling.

I Sverige gis også selskaper som ikke omfattes av krisehåndteringsregelverket adgang til å utstede den nye klassen etterstilte gjeldsinstrumenter, mens det i de øvrige landene kun er institusjoner omfattet av krisehåndteringsdirektivet som har adgang til dette. Det svenske Finansdepartementet begrunner valget med at det fremstår som lite sannsynlig at andre foretak enn de som omfattes av virkeområdet til krisehåndteringsregelverket vil utstede etterstilte gjeldsinstrumenter.

Ingen av de undersøkte landene har vedtatt overgangsordninger for etterstilte gjeldsinstrumenter utstedt etter lovgivning vedtatt før 31. desember 2016, jf. omtale i punkt 5.7. Danmark har imidlertid innført en mulighet for konvertering av gjeldsinstrumenter utstedt før ikrafttredelse av nytt regelverk, hvor det følger av kontraktsmessige vilkår at disse er etterstilt. I følge den nye lovgivningen i Danmark kan slike gjeldsinstrumenter konverteres til den nye klassen etterstilte gjeldsinstrumenter som kan benyttes til å oppfylle kravet til MREL.

I BRRD2 introduseres restriksjoner på salg av etterstilte gjeldsinstrumenter som kan benyttes i foretakenes oppfyllelse av MREL krav. Det vises til ny artikkel 44a i det reviderte regelverket som ble vedtatt av EU-parlamentet den 16. april 2019³. Bestemmelsene skal gjelde for instrumenter som er utstedt 18 måneder etter ikrafttredelse av BRRD2. Medlemslandene har valget mellom krav om minimumbeløp for investeringer i disse instrumentene på 50 000 euro eller en plikt for foretakene om å bekrefte at investeringen ikke utgjør en for stor andel av investors portefølje. Foreløpig er det ingen av de undersøkte landene som har valgt å innføre (førtidig) slik særskilt beskyttelse for investorer i nasjonal lovgivning. Finanstilsynet i Danmark kom med en pressemelding 29. mars 2019⁴, hvor det fremgår at etterstilte gjeldsinstrumenter i likhet med annen godkjent kjernekapital (AT1) og ansvarlige lån (T2), vurderes som komplekse instrumenter i henhold til investorbekyttelsesreglene og kan derfor i utgangspunktet kun selges til profesjonelle kunder. Instrumentene kan likevel i særlige tilfeller også selges til kunder som er kategorisert som massemarkedsengasjementer.

Av punkt 15 i fortalet til direktiv 2017/2399/EU følger det at endringsdirektivet ikke skal være til hinder for at foretak som ikke lenger er omfattet av virkeområdet til BRRD, som følge av salg av utlåns- og investeringstjenestevirksomheten, likevel kan være omfattet av regelverket. Av de landene Finanstilsynet har undersøkt nærmere, er det kun Nederland som har valgt å benytte denne muligheten, slik at regelverket skal gjelde for foretak som ikke er omfattet av virkeområdet ved insolvens dersom foretaket var omfattet av virkeområdet på utstedelsestidspunktet. Finanstilsynet er imidlertid kjent med at også Irland og Portugal har valgt å innføre tilsvarende bestemmelser.

I vedlegg 2 gis en mer detaljert oversikt over regelverket i de nevnte landene med ytterligere henvisninger.

5 Finanstilsynets vurderinger

5.1 Plassering av bestemmelser som gjennomfører endringsdirektiv 2017/2399/EU i norsk regelverk

DGSD og BRRD er, som nevnt over, gjennomført i finansforetaksloven kapittel 19 og 20, mens utfyllende regler er gitt i finansforetaksforskriften.

Det følger av ny artikkel 108 nr. 1 at bestemmelsene om prioritetsrekkefølge skal gjennomføres i nasjonal lovgivning som angir normale prosedyrer ved insolvens. Normale

³ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0372+0+DOC+XML+V0//EN>

⁴ <https://www.finanstilsynet.dk/Nyheder-og-Presse/Sektornytt/2019/NEP-private-kunder-290319>

prosedyrer ved insolvens er definert i artikkel 2 nr. 1 (47) og er i Norge gitt i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) for ordinære foretak, og i tillegg i finansforetaksloven for nærmere definerte foretak.

Prioritetsrekkefølgen i endringsdirektivet vil gjelde etter at fordringer som har fortrinnsrett, slik som lønn, skatt og avgifter, er dekket. Følgelig kunne en hensiktsmessig plassering av bestemmelsene som gjennomfører endringsdirektivet vært i dekningsloven kapittel 9 (Rekkefølgen for dekning av fordringer. (Prioritetsreglene)).

Virkeområdet for endringsdirektivet er imidlertid kun foretak omfattet av BRRD, hvilket etter norsk regelverk er foretakene nevnt i finansforetaksloven § 20-1 første ledd. Dette kan tilsi at det er mer hensiktsmessig å plassere bestemmelsene som gjennomfører endringsdirektivet i finansforetaksloven kapittel 20. Artikkel 108 nr. 1 (a) og (b) om prioriteten til innskudd er videreført i endringsdirektiv 2017/2399/EU. Artikkel 108 nr. 1 (a) og (b) er gjennomført i finansforetaksloven § 20-32. Plassering av bestemmelsene som gjennomfører endringsdirektivet i finansforetaksloven vil således være i samsvar med tidligere gjennomføring. Bestemmelsene er relevant for både krisehåndtering og avvikling, hvilket kan tilsi at det er hensiktsmessig å gjennomføre bestemmelsene samlet. Etter Finanstilsynets vurdering kan en hensiktsmessig plassering være en omskrevet § 20-32 i en ny del VI A om prioritetsregler i kapittel 20 i finansforetaksloven.

5.2 Virkeområdet for bestemmelser som gjennomfører ny BRRD artikkel 108

Foretak som ikke lenger er omfattet av virkeområdet til BRRD, som følge av salg av utlåns- og investeringstjenestevirksomheten, kan likevel omfattes av prioriteringsrekkefølgen som følger av ny artikkel 108, jf. fortalens punkt 15 i endringsdirektiv 2017/2399/EU. Som det fremgår av punkt 4, er det få av medlemslandene (Nederland, Portugal og Irland) som har benyttet seg av denne muligheten.

Bestemmelsen kan eksempelvis være aktuelt for verdipapirforetak som ikke lenger er omfattet av virkeområdet for krisehåndteringsregelverket, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 20-1 første ledd, som følge av at foretaket ikke lenger har tillatelse til tjenestetyper som nevnt i verdipapirhandelloven § 9-39 første ledd. At prioriteringsrekkefølgen forblir uendret selv om et verdipapirforetak ikke lenger er omfattet av virkeområdet, kan etter tilsynets vurdering være hensiktsmessig i forhold til forutsigbarhet for foretakets investorer. Finanstilsynet foreslår på det nåværende tidspunkt ikke å benytte adgangen. Dette begrunnes med at bestemmelsen etter tilsynets vurdering kun er aktuell for verdipapirforetak som er av mindre betydning for finanssystemet. Videre er det relativt få land som har valgt å innføre denne type bestemmelser.

5.3 Begrepsbruk og henvisninger

Ren kjernekapital, annen godkjent kjernekapital og tilleggskapital er i gjeldende regelverk definert i beregningsforskriften §§ 14 til 16. Finansdepartementet sendte i mai 2018 på høring utkast til regelverksendringer for gjennomføring av EUs kapitalkravsregelverk (CRR/CRD IV)⁵. Forslaget er til behandling i Finansdepartementet. I forslaget foreslås det å oppheve

⁵ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---gjennomforing-av-eus-kapitalkravsregelverk-crrcrd-iv/id2602878/?expand=horingsbrev>

gjeldende §§ 15 og 16 i beregningsforskriften, mens bestemmelsen om ren kjernekapital foreslås videreført i ny § 4 i CRR/CRD IV-forskriften. Finanstilsynet vurderer at i angivelsen av prioritetsrekkefølgen i lovforslaget bør henvisne til omtalen i finansforetaksloven § 14-1, uten nærmere definisjon av begrepene. Finanstilsynet vurderer at disse begrepene er innarbeidede begreper, og at det derfor er ikke nødvendig med henvisning.

5.4 Definisjon av små- og mellomstore foretak

Innskudd fra små- og mellomstore foretak (SMB) som overstiger garantibeløpet har bedre prioritet enn store foretak som overstiger garantibeløpet. Det følger av BRRD artikkel 2 nr. 1 (107) at definisjonen av SMB følger av anbefaling 2003/361/EC⁶ fra EU-kommisjonen, hvor denne type foretak defineres utfra omsetning, antall ansatte og forvaltningskapital. Denne anbefalingen er ikke tatt inn i EØS-avtalen. De sentrale størrelsene i anbefalingen er imidlertid også inntatt i årsregnskapsdirektivet og oppdatert i direktiv 2013/34/EU, som er inntatt i EØS-avtalen uten tilpasningstekst. Definisjonen benyttes også i kapitalkravsforordningen, jf. CRR artikkel 501(2)(b). Det pågår et arbeid i EU om endring av definisjonen av SMB⁷. Det er Finanstilsynets vurdering at det ikke er hensiktsmessig å angi definisjonen nærmere, ettersom disse kan bli endret. Det legges til grunn at definisjonen er den samme som benyttes for kapitaldekningsformål.

5.5 Innskudd i filialer utenfor EØS-området

Det følger av artikkel 108 nr. 1 (a) (ii) i endringsdirektivet at innskudd i filialer av banker innen EØS-området, hvor filialen er lokalisert utenfor EØS-området, skal ha samme prioritet som garanterte innskudd som overstiger garantibeløpet, forutsatt at innskuddet ville vært garantert dersom det ble foretatt innen EØS-området. Denne type innskudd har lavere prioritet enn garanterte innskudd som nevnt i artikkel 108 nr. 1 (b) (i).

Garantibeløpet for innskytere i Norge er to millioner kroner per innskyter per bank, jf. finansforetaksloven § 19-4 første ledd. Innskudd mottatt av filial etablert i stat utenfor EØS er garantert med 100 000 euro etter finansforetaksforskriften § 19-7. Dette tilsvarer det garanterte beløpet for innskudd mottatt av filial etablert i annen EØS-stat, jf. finansforetaksloven § 19-4 tredje ledd.

Av finansforetaksloven § 20-32 andre ledd følger det at innskudd mottatt av filial etablert i stat utenfor EØS som ikke skal regnes som kvalifiserte, gis samme prioritet som innskudd mottatt av norsk bank eller filial av norsk bank som er lokalisert innen EØS-området. Finansforetaksloven § 19-3 regulerer hvilke innskudd som skal regnes som kvalifiserte, og av fjerde ledd følger det at departementet i forskrift kan gi regler om unntak for innskudd mottatt av banken gjennom filial lokalisert i stat utenfor EØS. Av finansforetaksforskriften § 19-7 angis garantibeløpet for innskudd mottatt av banken gjennom filial i stat utenfor EØS, men det angis ikke i bestemmelsen om innskuddene skal anses som kvalifiserte eller ikke. Det er følgelig noe usikkerhet om betydningen av teksten i artikkel 108 nr. 1 (a) (ii) opp mot norsk regelverk ettersom innskudd mottatt av filial i og utenfor EØS-området er garantert med likt beløp, samt at norsk regelverk ikke angir om innskudd mottatt av filial lokalisert utenfor EØS

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003H0361>

⁷ https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-review-sme-definition_en

er kvalifisert eller ikke. Det er imidlertid Finanstilsynets vurdering at bestemmelsen fra direktivet bør gjennomføres slik at innskudd mottatt av filialer utenfor EØS-området gis samme prioritet som tilsvarende innskudd mottatt av filialer i EØS-området. Dette begrunnes med at eventuelle senere begrensninger som innføres ikke bør rokke ved innskyterpreferansen.

5.6 Referanse til prioritet i låneavtale

For etterstilte gjeldsinstrumenter omtalt i punkt 2.1 stilles det som vilkår at det eksplisitt skal refereres til den lavere prioriteten etter nasjonal lovgivning i låneavtalen og prospekt, jf. artikkel 108 nr. 2 (c). Etter Finanstilsynets vurdering, bør dette vilkåret fremgå av lovforslaget.

Endringer i kapitaldekningsreglene ble vedtatt av EU-parlamentet den 16. april 2019⁸. Det følger av ny artikkel 78a CRR2⁹ at det kreves forhåndsgodkjenning av krisehåndteringsmyndighetene for å kunne redusere etterstilte gjeldsinstrumenter som teller som MREL-gjeld. Det fremgår videre at krisehåndteringsmyndigheten skal konsultere tilsynsmyndigheten før tillatelse gis. Opptak av etterstilt gjeld krever ikke godkjenning.

For oppfølging av vilkåret om referanse til prioritet i låneavtalen, vil Finanstilsynet legge til grunn samme praksis som for godkjenning av låneavtaler for fondsobligasjoner og ansvarlige lån. Finanstilsynet vil derfor gjennomgå og godkjenne Nordic Trustees standardmal. Dersom foretak benytter en annen låneavtale, vil Finanstilsynet kreve at denne forelegges Finanstilsynet før utstedelse.

5.7 Nasjonal lovgivning som angir normale prosedyrer ved insolvens vedtatt før 31. desember 2016

Artikkel 108 nr. 7 gjelder for medlemsland som før 31. desember 2016 har vedtatt nasjonal lovgivning som angir normale prosedyrer ved insolvens. Dersom det følger av denne lovgivningen at krav som følger fra gjeldsinstrumenter uten særskilt prioritet deles inn i to eller flere prioritetskategorier, eller hvor krav fra slike instrumenter endres i forhold til øvrige krav tilhørende samme prioritetskategori, kan gjeldsinstrumentene med lavest prioritet blant ordinære usikrede krav, tilordnes samme prioritetskategori som etterstilte gjeldsinstrumenter. Det er ikke vedtatt norsk regelverk som omfatter det som er beskrevet i artikkel 108 nr. 7, og bestemmelsen vurderes følgelig som ikke relevant.

5.8 Restriksjoner på salg av etterstilte gjeldsinstrumenter

Som nevnt i punkt 4 er det i BRRD2 innført restriksjoner på å selge etterstilte gjeldsinstrumenter som kan benyttes for oppfyllelse av MREL krav. Ingen av de undersøkte landene har innført beskyttelse for investorer.

⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-2129_en.htm

⁹ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0369_EN.pdf

Bestemmelser som regulerer investorbesskyttelse er ikke en del av endringsdirektiv 2017/2399/EU. Finanstilsynet vil komme tilbake til en vurdering av dette spørsmålet samtidig med gjennomføringen av øvrige endringer som følger av BRRD2.

6 Nærmere omtale av forskrift- og lovbestemmelsene

Det foreslås at endringsdirektivet gjennomføres ved endring av finansforetaksloven § 20-32, og at bestemmelsen innlemmes i et nytt avsnitt VI A om prioritetsregler, jf. vurderingene i punkt 5.1. Paragraf 20-14 (Nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital) i finansforetaksloven angir i hvilken sekvens nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital skal gjøres. Finanstilsynet foreslår å erstatte den generelle henvisningen til konkursrettslige prioritetsregler med henvisning til ny § 20-32 i finansforetaksloven.

Finansforetaksloven § 20-32 angir etter gjeldende rett prioritetsregler for innskudd. I første ledd nr. 1 i lovforslaget angis prioriteten for innskudd i Norge, samt innskudd i norske bankers filialer innen EØS-området. Bestemmelsen omfatter kun innskudd som ikke overstiger garantibeløpene på hhv. to millioner kroner og 100 000 euro. Innskudd fra fysiske personer og små- og mellomstore bedrifter som overstiger nevnte garantibeløp, samt innskudd mottatt av filialer lokalisert i stat utenfor EØS, vil etter første ledd nr. 2 ha innbyrdes samme prioritet. Innskudd fra store bedrifter vil ha lavere prioritet etter tredje ledd og vil sidestilles med alminnelig usikret gjeld uten særskilt prioritet.

Det følger av finansforetaksforskriften § 20-4 at minstekravet til summen av ansvarlig kapital og konvertibel gjeld som nevnt i finansforetaksloven § 20-9 skal bestå av et tapsabsorberingsbeløp og et rekapitaliseringsbeløp. Av finansforetaksforskriften § 20-7 fremgår det at rekapitaliseringsbeløpet skal dekkes av ansvarlig kapital eller gjeldsinstrumenter med lavere prioritet enn ordinær, usikret, uprioritert gjeld (seniorgjeld). Det foreslås å presisere i disse bestemmelsene at kapitalinstrumentene må oppfylle vilkårene som fremgår av finansforetaksloven § 20-32 første ledd nr. 4.

7 Økonomiske og administrative konsekvenser

Endringsbestemmelsene som følger av direktiv 2017/2399/EU innebærer en klargjøring av prioritetsrekkefølgen etter norsk rett. Endringen vil bidra til harmonisert behandling av kreditorers krav ved insolvens i kredittinstitusjoner og verdipapirforetak innen EØS-området slik at prosedyrene ved insolvens blir mer forutsigbare for finansforetakens kreditorer.

Vedlegg 1: Forslag til forskrift- og lovendringer

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

§ 20-9 andre ledd skal lyde:

§ 20-9. Minstekrav til konvertibel gjeld

(2) Finanstilsynet kan ved fastsettelsen av minstekravet etter første ledd beslutte at kravet delvis skal oppfylles med gjeldsinstrumenter med lavere prioritet enn annen gjeld og som oppfyller vilkårene i § 20-32 første ledd nr. 4.

§ 20-14 første ledd skal lyde:

§ 20-14. Nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital

(1) Dersom Finanstilsynet må anta at et foretak er eller må ventes i nær fremtid å bli kriserammet etter § 20-15 annet ledd, eller vil trenge statsgarantier som nevnt i § 20-15 annet ledd bokstav d, og det ikke er rimelig utsikt til at dette kan forhindres av annet tiltak enn nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital etter paragrafen her, skal Finanstilsynet straks sørge for at det blir utarbeidet en verddivurdering av foretakets eiendeler og forpliktelser etter § 20-16. Dersom departementet gir sitt samtykke til det, skal Finanstilsynet på grunnlag av verddivurderingen treffe vedtak om nedskrivning og konvertering av ansvarlig kapital etter prioritetsreglene i § 20-32. Dette skal gjennomføres slik:

- a) den rene kjernekapitalen skal først reduseres i den utstrekning som trengs for å dekke foretakets tap,
- b) annen godkjent kjernekapital, samt fondsobligasjonskapital som ikke teller med som godkjent kjernekapital, skal deretter nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital i den utstrekning som trengs for å unngå at foretaket blir kriserammet eller så langt den rekker, og
- c) godkjent tilleggskapital, samt ansvarlig lånekapital som ikke teller med som godkjent tilleggskapital, skal deretter nedskrives eller konverteres til ren kjernekapital i den utstrekning som trengs for å unngå at foretaket blir kriserammet eller så langt den rekker.

Nytt avsnitt VI A skal lyde:

VI A. Rekkefølgen for dekning av fordringer. (Prioritetsreglene)

§ 20-32 skal lyde:

§ 20-32. Prioritetsrekkefølge for banker, kredittforetak, finanskonsern og visse verdipapirforetak ved krisehåndtering eller avvikling

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

1. Innskudd som er garantert etter finansforetaksloven § 19-4 og gjeld til innskuddsgarantiordningen etter finansforetaksloven § 19-12.
2. Innskudd fra fysiske personer og små- og mellomstore bedrifter som overstiger garantibeløpene i finansforetaksloven § 19-4 og finansforetaksforskriften § 19-7.

3. Alminnelig usikret gjeld uten særskilt prioritet samt innskudd fra store bedrifter som overstiger garantibeløpene i finansforetaksloven § 19-4 og finansforetaksforskriften § 19-7.
4. Gjeldsinstrumenter som oppfyller følgende vilkår:
 - a. opprinnelig kontraktsfestet løpetid er minst ett år
 - b. avtalevilkårene og prospekt utarbeidet i forbindelse med utstedelse angir lånets prioritet etter denne bestemmelsen.
 - c. instrumentene skal ikke være derivater eller inneholde innebygde derivater. Instrumenter med variabel rente avledet fra referanserente og gjeld notert i utenlandsk valuta skal ikke anses som innebygde derivater forutsatt at hovedstol, avdrag og rentebetalinger er notert i samme valuta.
5. Kapitalinstrumenter som oppfyller vilkårene til tilleggs kapital og kapitalinstrumenter omfattet av § 14-1 annet ledd.
6. Kapitalinstrumenter som oppfyller vilkårene til annen godkjent kjernekapital og kapitalinstrumenter omfattet av § 14-1 annet ledd
7. Ren kjernekapital etter § 14-1 annet ledd

§ 21-15 annet ledd skal lyde:

§ 21-15. Fri virksomhet

(2) Forslaget kan legge til grunn at krav skal settes ned i den utstrekning det ikke antas å være dekning for dem, og at det skal fastsettes terminer for utbetaling til kreditorer. Forslag til nedsettelse av krav, herunder krav som gjelder ansvarlig lånekapital, skal utarbeides i samsvar med dekningsloven og § 20-32. *Forslaget* skal inneholde bestemmelser om forrentning av krav som dekkes.

I forskrift 9. desember 2016 om finansforetak og finanskonsern (finansforetaksforskriften) gjøres følgende endringer:

§ 20-7 første ledd skal lyde:

§ 20-7. Krav om lavere prioritet mv.

Rekapitaliseringsbeløpet skal dekkes av ansvarlig kapital eller gjeldsinstrumenter med lavere prioritet enn ordinær, usikret, uprioritert gjeld (seniorgjeld) og som oppfyller vilkårene i finansforetaksloven § 20-32 første ledd nr. 4. Finanstilsynet kan gjøre unntak fra første punktum.

Vedlegg 2: Oversikt over gjennomføringen av BRRD artikkel 108 i endringsdirektiv 2017/2399/EU i utvalgte land

Storbritannia

Britiske myndigheter har gjennomført ny artikkel 108 i BRRD i insolvensloven (the 1986 Insolvency Act), i tillegg til andre "insolvensprosedyrer", inkludert endringer i bankloven (the Banking Act 2009) og i the Bankruptcy (Scotland) Act 1985. I tillegg er det gjort endringer i en rekke forskrifter: Banks and Building Societies Order 2014, the Insolvent Partnerships Order 1994, the Insolvency (Northern Ireland) Order 1989 og the Insolvent Partnerships Order (Northern Ireland) 1995.

Insolvensloven inneholder et eget kapittel om etterstilt gjeld i finansforetak. Etterstilt gjeld var ikke tidligere inndelt i klasser, men det foreslås nå at det skapes tre nye klasser. Den første er en klasse med ordinær etterstilt gjeld som tilsvarende etterstilt gjeld i dagens regime. Den andre er sekundær etterstilt gjeld, som er den nye klassen som kreves av den oppdaterte artikkel 108 nr. 2 i direktivet, og som rangeres under ordinær etterstilt gjeld. Lovforslaget sikrer at begge de to nye klassene rangeres under gjeld med fortrinnsrett og at ordinær etterstilt gjeld er rangert over sekundær etterstilt gjeld. Til slutt, i henhold til artikkel 108 nr. 3, understrekes det at den nye klassen med sekundær etterstilt gjeld rangeres høyere enn ansvarlig kapital.

Endringslov:

The Banks and Building Societies (Priorities on Insolvency) Order 2018.

Loven trådte i kraft 19. desember 2018

Danmark

I Danmark er ny artikkel 108 gjennomført med endringer i lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder¹⁰

I dansk lov har det ikke tidligere vært noen kategori av gjeldsforpliktelser som betales etter "simple fordringer" i henhold til konkursloven.¹¹ Gjeldsforpliktelsesens plassering i prioritetsordenen ved konkurs har tidligere kun vært regulert gjennom en kontrakt hvor en avtalt etterstilling skal respekteres av Finansiell Stabilitet eller ved konkurs. Når banker tidligere utstedte gjeldsforpliktelser fikk § 13 i lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder og konkurslovens kapittel 10 anvendelse. De aktuelle gjeldsforpliktelsene ble behandlet som simple krav, jf. § 97 i konkursloven, med mindre de var kontraktfestet etterstilte.

Loven inneholder en ny kategori av gjeldsforpliktelser som dekkes etter simple fordringer i henhold til § 97 i konkursloven, men før øvrige fordringer i henhold til § 98 i konkursloven. Den foreslåtte kategorien av gjeldsforpliktelser skal ha en opprinnelig kontraktmessig løpetid på minst ett år og kan ikke være derivat eller ha innebygde derivater. Forpliktelsesens plassering i konkursordenen må tydelig angis i avtalen og i et eventuelt prospekt. Slike forpliktelser vil kunne innregnes til oppfyllelse av NEP-kravet (nedskrivningsegnete

¹⁰ I lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, jf. lov nr. 333 af 31. marts 2015, som ændret ved § 5 i lov nr. 1563 af 15. december 2015, § 18 i lov nr. 665 af 8. juni 2017 og § 2 i lov nr. 666 af 8. juni 2017

¹¹ konkurslovens § 97, jf. lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014 (konkursloven)

passiver/MREL), og betales etter øvrige simple krav i henhold til lovgivning og kontraktsbestemmelsene.

Realkreditinstitutter vil kunne anvende den nye kategorien gjeldsforpliktelser til oppfyllelse av kravet om gjeldsbuffer. Finanstilsynet kan stille krav om at forpliktelser som anvendes til oppfyllelse av gjeldsbufferkravet skal inneholde kontraktfestet mulighet for nedskrivning og konvertering.

I Danmark har det vært mulig å utstede etterstilt gjeld tilsvarende den nye kategorien gjeldsforpliktelse (senior non preferred) gjennom kontraktbestemmelse før den ble innført i lovgivningen. Som en overgangsordning skal disse kunne konverteres til den nye typen etterstilt gjeld hvis de var utstedt før 1. juli 2018.

Endringslov:

Lov nr. 706 af 8. juni 2018 - Lov om ændring af lov om finansiel virksomhed, hvidvaskloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. og forskellige andre love

Loven trådte i kraft 1. juli 2018

Nederland

Nederlandske myndigheter har gjennomført endringsdirektivet i nederlandsk konkurslov (Faillissementswet) ved å klargjøre prioritetsrekkefølgen av etterstilt gjeld ("the non-preferred senior"). Dette blir gjort ved å tydeliggjøre i en ny artikkel 212rb at:

- 1) krav knyttet til gjeldsinstrumenter som nevnt i BRRD og som
- 2) oppfyller kriteriene i endringsdirektivet (artikkel 108, andre ledd, BRRD) har prioritet rett etter krav fra senior kreditorer og før krav med lavere prioritet enn krav fra senior kreditorer.

Den nye bestemmelsen i nederlandsk konkurslov gjelder enhver insolvent part som var en institusjon, i direktivets forstand, på tidspunktet for utstedelse av den nye klassen etterstilt gjeld, uavhengig av dets status på tidspunktet for insolvens, jf. direktivets fortale punkt (15).

Endringslov:

Government Gazette (stb-2018-421) and (stb-2018-422 (publication)), Wet van 17 oktober 2018 tot wijziging van de Faillissementswet ter implementatie van richtlijn (EU) 2017/2399 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2017 tot wijziging van richtlijn 2014/59/EU wat betreft de rang van ongedekte schuldinstrumenten in de insolventierangorde (PbEU 2017 L 345)

Loven trådte i kraft 14. desember 2018.

Sverige

I Sverige ble endringene som gjennomfører ny artikkel 108 gjennomført i lagen (2015: 1016) om resolution og i förmånsrättslagen (1970: 979).

I Sverige er kreditorhierarkiet som er omtalt i den opprinnelige artikkel 108 i krisehåndteringsdirektivet gjennomført nasjonalt gjennom § 13 a og 13 b i förmånsrättslagen (1970: 979), som gjelder for kreditorenes innbyrdes rett til betaling. I proposisjonsutkastet

som ble sendt på høring i februar 2018, ble det foreslått at en ny fordringsklasse innføres i § 18 i förmånsrättslagen. Kapittel 21 § 15 i lagen om resolution (2015: 1016) regulerer prioriteten i konkurs og, og ny artikkel 108 i BRRD er gjennomført ved å tydeliggjøre rekkefølgen for nedskrivning av finansielle instrumenter som er etterstilte i henhold til avtaler og andre forpliktelser.

Endringslover:

SFS 2018:1948 "Lag om ändring i lagen (2015:1016) om resolution". Loven trådte i kraft 1. juli 2018.

SFS 2018:1956 "Lag om ändring i förmånsrättslagen (1970:979)". Loven trådte i kraft 29. desember 2018.

Finland

Finske myndigheter har foretatt endringer i følgende lover: kreditinstitutslagen, lagen om investeringstjänster, lagen om resolution av kreditinstitut och värdepappersföretag, lagen om affärsbanker och andra kreditinstitut i aktiebolagsform, lagen om andelsbanker och andra kreditinstitut i andelslagsform og sparbankslagen.

Kreditorer som er nevnt i § 2 i lagen om den ordning i vilken borgenärer skall få betalning (loven om rekkefølgen for når kreditorer skal motta betaling) skal nå deles inn i to klasser med ulik fortrinnsrett. Rekkefølgen av utbetalinger til kredittinstitusjoners og verdipapirforetaks kreditorer er tatt inn en ny klasse av ordinær etterstilt gjeld uten sikkerhet. Institusjoner kan fortsatt utstede både gjeld som tilhører denne nye klassen og ordinær gjeld uten sikkerhet. Når det gjelder rekkefølgen for betaling til kreditorene reguleres dette i kreditinstitutslagen og lagen om investeringstjänster.

Samtidig tydeliggjøres retten til å avtale fortrinnsrett for etterstilte finansielle instrumenter på den måten som forutsettes i tilsynsforordningen. Rekkefølgen ved krisehåndtering er tydeliggjort i *resolutionslagen* og rekkefølgen ved insolvens er tydeliggjort i kreditinstitutslagen gjennom en ny bestemmelse om rekkefølgen for betalinger til kreditorer.

I Finland omfattas ca. 250 kredittinstitusjoner og 10 verdipapirforetak av resolutionsreguleringen. De foreslåtte endringene gjelder for gjeld utstedt etter lovens ikrafttredelse.

Endringslov:

866/2018, Lag om ändring av 1 och 12 Kap. i kreditinstiutlagen

Loven trådte i kraft 15. november 2018

