



FINANSTILSYNET

THE FINANCIAL SUPERVISORY
AUTHORITY OF NORWAY

CRD 5 – pilar 2-krav og kapitalkravsmargin

Endringer i finansforetaksloven og
CRR/CRD IV-forskriften

Innhold

1	Innledning	3
2	Gjeldende rett	5
3	EØS-rett	7
4	Finanstilsynets vurderinger	9
4.1	Innledning. Gjennomføring i lov eller forskrift.....	9
4.2	Fastsettelse av pilar 2-krav.....	9
4.2.1	Innledning	9
4.2.2	Hvilke situasjoner som skal føre til pilar 2-krav mv.	10
4.2.3	Krav til kapitalen som kan dekke pilar 2-krav	11
4.2.4	Krav til begrunnelse for vedtak om pilar 2-krav	12
4.2.5	Opphevelse av adgangen til å gi felles pålegg til grupper av foretak som er utsatt for samme type risiko	13
4.3	Kapitalkravsmargin mv	13
4.3.1	Plikt til å vurdere nivået på kapitalkravsmarginen	13
4.3.2	Konsekvenser hvis et foretak ikke følger Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin	14
4.3.3	Om forventning til kapitalkravsmargin er et enkeltvedtak	15
4.3.4	Offentliggjøring av forventninger til kapitalkravsmargin	15
4.3.5	Underretning til krisehåndteringsmyndigheter	16
5	Økonomiske og administrative konsekvenser	17
5.1	Formålet med regelendringene	17
5.2	Konsekvenser for foretakene.....	17
5.3	Konsekvenser for myndighetene.....	18
6	Utkast til lov- og forskriftsendringer	19

1 Innledning

Finansdepartementet har i brev 30. mars 2022 bedt Finanstilsynet om å utarbeide et høringsnotat med utkast til lov- og forskriftsregler som kan gjennomføre reglene om pilar 2-krav og kapitalkravsmargin i kapitalkravsdirektivet¹, med de endringene som følger av CRD 5². Departementet har vist til at arbeidsgruppen som utredet gjennomføring av bankpakken³ i norsk rett, ikke foreslo vesentlige endringer for å regulere mer av pilar 2-prosessen i lov eller forskrift. Departementet har også uttalt at "rettssikkerhetshensyn kan tilsi at rammene for pilar 2-prosessen i større grad enn i dag bør fremgå av lov og forskrift, i tillegg til at slike regler bør gjennomføres i norsk regelverk av hensyn til EØS-rettslige forpliktelser."

Kapitalkravsdirektivet (CRD) og kapitalkravsforordningen⁴ (CRR) utgjør sammen med nivå 2-rettsakter EUs kapitalkravsregelverk. Reglene gjelder for banker og andre kredittinstitusjoner⁵. EØS-forpliktelser som tilsvarer EUs kapitalkravsregelverk, er gjennomført i finansforetaksloven med tilhørende forskrifter og i verdipapirhandelloven. I norsk rett er reglene også gjort gjeldende for finansieringsforetak og holdingforetak i finanskonsern som ikke er morselskap i forsikringskonsern.

EUs kapitalkravsregelverk bygger på tre pilarer. Pilar 1 omfatter generelle minimums- og bufferkrav til ansvarlig kapital og likviditet i foretakene. Pilar 2 er foretaksspesifikke kapitalkrav som dekker kapitalbehov som ikke er dekket, eller bare delvis er dekket, i pilar 1. Reglene i pilar 2 krever at foretakene gjennomfører en intern vurdering av sitt kapitalbehov. Tilsynsmyndighetene skal gjøre en tilsvarende vurdering av risikoene det enkelte foretak er utsatt for og fastsette foretaksspesifikt kapitalkrav og uttrykke en forventning til kapitalkravsmargin. Pilar 2-krav og forventning til kapitalkravsmargin kommer i tillegg til minimums- og bufferkravene i pilar 1. Dersom et foretak ikke oppfyller minstekravene til ansvarlig kapital i pilar 1, inkludert det samlede bufferkravet, og pilar 2-kravet, utløses automatisk restriksjoner i adgangen til å utbetale utbytte med videre. Manglende oppfyllelse av tilsynsmyndighetenes forventninger til kapitalkravsmargin har ikke slike konsekvenser. Pilar 3 omfatter krav til offentliggjøring av finansiell informasjon.

EUs kapitalkravs- og krisehåndteringsregelverk⁶ ble endret i 2019. Gjennomføringsfristen for endringene i kapitalkravsdirektivet (CRD 5) og endringene i krisehåndteringsdirektivet (BRRD2) i EU var i desember 2020, mens endringene i CRR 2 i hovedsak trådte i kraft i juni 2021. Endringene omtales ofte samlet som EUs bankpakke. EØS-forpliktelser som tilsvarer EUs bankpakke, er gjennomført i norsk rett ved endringslov 18. juni 2021 nr. 100 til finansforetaksloven mv. (kapitalkravs- og krisehåndteringsregler for finansforetak mv.) samt

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0036>

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0878>

³ [arbeidsgrupperapport-om-bankpakken-2344521 \(4\).pdf](#)

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex:32013R0575>

⁵ CRD/CRR-regelverket har også omfattet verdipapirforetak. Direktiv (EU) 2019/2034 om tilsyn med verdipapirforetak inneholder nye bestemmelser om kapitalkrav for verdipapirforetak, se forslag til gjennomføring i Finanstilsynets høringsnotat 5. mai 2021:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-nytt-kapitaldekningsregelverk-for-verdipapirforetak/id2864808/?expand=horingsbrev>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0059>

ved endringer i CRR/CRD IV-forskriften og finansforetaksforskriften⁷. Lovendringene bygger på forslag i Prop. 147 LS (2020–2021). I nevnte lovproposisjon punkt 4.6.5 uttalte Finansdepartementet:

"Departementet viser til at CRD5 vil innebære vesentlige endringer i EØS-reglene om fastsettelse av pilar 2-krav og nye regler om kapitalkravsmargin, samtidig som arbeidsgruppen ikke har foreslått å regulere vesentlig mer av pilar 2-prosessen enn i dag. Pilar 2-prosessen har over tid utviklet seg, både nasjonalt og på europeisk nivå. I tillegg til regelverksendringene i CRD5 er det også utviklet omfattende retningslinjer om pilar 2, i tillegg til at det har skjedd en utvikling i praksis etter hvert som europeiske tilsynsmyndigheter har vunnet mer erfaring med pilar 2-prosessen. Rettssikkerhetshensyn kan tilsi at rammene for pilar 2-prosessen i større grad enn i dag bør fremgå av regelverket. I arbeidet med utfyllende forskriftsregler basert på arbeidsgruppens forslag, tar departementet sikte på å vurdere behovet for ytterligere regulering av rammene for pilar 2-prosessen."

Finanstilsynet forstår oppdraget fra departementet slik at det skal foreslås regler om Finanstilsynets pålegg om pilar 2-krav og om kapitalkravsmargin. Bestemmelsene i CRD 4 artikkel 76 til 87 om foretakenes plikt til å gjøre vurderinger av ulike risikoer med videre er gjennomført i norsk rett. Det som gjenstår å gjennomføre i norsk rett, er etter Finanstilsynets vurdering i hovedsak de nye bestemmelsene i CRD 5 artikkel 104a om pilar 2-krav og artikkel 104b om kapitalkravsmargin samt endringer som følge av at CRD 4 artikkel 103 om adgang til å gi felles pålegg om tilsynsmessige tiltak for en gruppe av foretak som er utsatt for samme type risiko, er opphevet.

Finanstilsynet foreslår i dette høringsnotatet regler om pilar 2-krav og om kapitalkravsmargin i forskrift 22. august 2014 nr. 1097 om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV (CRR/CRD IV-forskriften) nytt kapittel XIV, se høringsnotatet punkt 4 og 6. I tillegg foreslår Finanstilsynet at finansforetaksloven § 14-6 fjerde ledd oppheves. Bestemmelsen gir Finanstilsynet adgang til å gi felles pålegg om tilsynsmessige tiltak, herunder pilar 2-krav, for en gruppe av foretak som er utsatt for samme type risiko.

I høringsnotatet her bruker Finanstilsynet "forventning til kapitalkravsmargin" om det som i den engelske versjonen av CRD 5 heter "guidance on additional own funds" og i den foreløpige, norske oversettelsen av direktivet heter "veiledning om ytterligere kapital", jf. CRD 5 artikkel 104b.

I punkt 2 nedenfor redegjøres det for gjeldende rett. Punkt 3 omhandler EØS-retten. Finanstilsynets vurderinger fremgår av punkt 4. Økonomiske og administrative konsekvenser av lov- og forskriftsforlaget omtales i punkt 5. Punkt 6 inneholder utkast til lov- og forskriftsendringer.

⁷ [2022-03-30-brev-om-utkast-til-forskriftsendringer \(6\).pdf](#)

2 Gjeldende rett

Finansforetaksloven § 13-6 stiller krav om at foretakene gjør en egenvurdering av risiko og kapitalbehov. Det fremgår av lovens forarbeider at bestemmelsen gjennomfører blant annet pilar 2 i kapitalkravsregelverket, jf. Prop.125 L (2013–2014), spesialmerknaden til § 13-6 og Prop.147 LS (2020–2021) punkt 4.6.1. Foretakenes egenvurdering av risiko og kapitalbehov omtales også som "ICAAP" ("Internal Capital Adequacy Assessment Process").

I finansforetaksloven § 13-6 første ledd fremgår det at foretakene til enhver tid skal ha oversikt over, og med jevne mellomrom vurdere, hvilke enkeltrisikoeer og samlet risiko som er knyttet til virksomheten. Det er også fastsatt i loven at foretakene til enhver tid skal ha ansvarlig kapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten som foretaket driver. Ved vurderingen av risiko knyttet til virksomheten og samlet risikoeksponering skal foretakene ta hensyn til kredittrisiko, likviditetsrisiko, finansieringsrisiko, markeds- og valutarisiko, operasjonell risiko og annen risiko i tilknytning til de enkelte virksomhetsområdene, jf. finansforetaksloven § 13-6 andre ledd. Tidligere var systemrisiko også særskilt nevnt i oppregningen av risikoene som skulle inngå i vurderingene, men finansforetaksloven § 13-6 og § 14-6 ble endret ved lov 18. juni 2021 nr. 100, slik at systemrisiko ikke lenger er nevnt som vurderingstema i bestemmelsene.

Foretaket skal vurdere kapitalbehovet på kort og lengre sikt og hvordan dette kapitalbehovet kan tilfredsstilles, jf. § 13-6 tredje ledd. Vurderingen av kapitalbehov skal omfatte størrelsen på, sammensetningen av og fordelingen av kapitalen sammenholdt med arten og omfanget av den risiko som til enhver tid er knyttet til virksomheten, og til den risiko som vil kunne oppstå. I spesialmerknaden til finansforetaksloven § 13-6 i Prop.125 L (2013–2014) uttalte departementet at bestemmelsen viderefører finansieringsvirksomhetsloven § 2-9 b tredje ledd. I spesialmerknaden til finansieringsvirksomhetsloven § 2-9b i Ot.prp. nr. 66 (2005–2006) fremgår det at bestemmelsen inneholder krav til foretakets egenvurdering av samlet kapitalbehov utover det beregnede minstekravet til ansvarlig kapital, at bestemmelsen reflekterer pilar 2 i rammeverket fra Baselkomiteen, samt at Finanstilsynet må legge til grunn at foretakene "legger seg på et nivå over det regulatoriske minstekravet, og skal også kunne kreve dette".

Etter § 13-6 syvende ledd første ledd kan departementet gi bestemmelser i forskrift om fremgangsmåten for fastsettelse av høyere kapitalkrav eller virksomhetsbegrensninger for å sikre at ansvarlig kapital er i samsvar med foretakets risikoeksponering. Ifølge finansforetaksloven § 13-6 syvende ledd andre punktum kan Finanstilsynet ved enkeltvedtak fastsette høyere kapitalkrav eller virksomhetsbegrensninger for å sikre at ansvarlig kapital er i samsvar med foretakets risikoeksponering.

Finansforetaksloven § 14-6 inneholder regler om den tilsynsmessige oppfølgingen av foretakenes samlede risiko og kapitalbehov. Finanstilsynets overvåking og evaluering av foretakenes egenvurdering av kapitalbehov omtales også som "SREP" ("Supervisory Review and Evaluation Process"). Departementet har i forarbeidene til finansforetaksloven § 14-6 uttalt at bestemmelsen legger til rette for den tilsynsmessige oppfølgingen av foretakets samlede kapitalbehov, og at bestemmelsen reflekterer pilar 2 i kapitalkravsregelverket, jf. Prop.125 L (2013–2014), spesialmerknaden til § 14-6. I Prop.147 LS (2020–2021) punkt 4.6.1 fremgår det at kapitalkrav under pilar 2 skal dekke risikoer som ikke, eller bare delvis,

er dekket av de generelle pilar 1-kravene, og at pilar 2-krav kommer i tillegg til de generelle minstekravene og bufferkravene.

I finansforetaksloven § 14-6 første ledd er det fastsatt at Finanstilsynet skal se til at foretakene har hensiktsmessige og klare retningslinjer og rutiner for overvåking, vurdering, styring og kontroll av risiko og kapitalbehov. Videre følger det av bestemmelsens andre ledd at Finanstilsynet skal vurdere risikoer som nevnt i § 13-6 knyttet til banker, kredittforetak og finansieringsforetak.

Foretak som ikke oppfyller krav eller bufferkrav i finansforetaksloven eller forskrifter fastsatt i medhold av loven, skal straks iverksette nødvendige tiltak for å rette opp dette, jf. § 14-6 tredje ledd. Finanstilsynet kan gi pålegg om at foretak som ikke oppfyller krav eller bufferkrav i lov eller forskrift, iverksetter ulike tiltak for å rette opp forholdet. Blant annet kan Finanstilsynet pålegge et foretak å endre organiseringen, styringen og kontrollen av virksomheten, å ha mer ansvarlig kapital enn summen av minstekravene etter lov og forskrift, å endre eller begrense virksomheten eller å benytte årets resultat til å øke kjernekapitaldekningen og ikke betale utbytte og rente på kjernekapital. Finanstilsynet kan gi felles pålegg for en gruppe av foretak som er utsatt for samme type risiko, jf. finansforetaksloven § 14-6 fjerde ledd.

Ved endringslov 18. juni 2021 nr. 100 til finansforetaksloven mv. (kapitalkravs- og krisehåndteringsregler for finansforetak mv.) ble det presisert i finansforetaksloven § 14-1 første ledd at krav om ytterligere kapital fastsatt av Finanstilsynet etter § 13-6 syvende ledd, regnes som minstekrav til ansvarlig kapital. Det ble også vedtatt en ny bestemmelse i finansforetaksloven § 1-8, som gir departementet adgang til å fastsette nærmere regler i forskrift for å gjennomføre EØS-regler om tilsyns- og kapitalkrav for kredittinstitusjoner og verdipapirforetak.

I rundskriv 3/2022 er Finanstilsynets praksis for vurdering av foretakenes samlede risikonivå og kapitalbehov beskrevet. Rundskrivet omfatter både Finanstilsynets fastsettelse av pilar 2-krav og forventning til kapitalkravsmargin.

3 EØS-rett

Systemet med pilar 2-krav og kapitalkravsmargin er en del av EUs kapitaldekningsregelverk.

Finansdepartementet har i Prop. 147 LS (2020–2021) Endringer i finansforetaksloven mv. under overskriften «Vurdering av risiko og kapitalbehov i pilar 2», punkt 4.6.2, beskrevet EØS-retten slik:

«CRD5 gir mer utfyllende regler om hvilke risikoer som skal inngå i vurderingene av foretakenes kapitalbehov. Det presiserer også hvilke typer kapital som kan oppfylle pilar 2-kravet. Særlig kan ikke pilar 2-kravet lenger omfatte elementer av systemrisiko eller risiko knyttet til overdreven gjeldsoppbygging i foretaket. Systemrisiko forutsettes dekket under pilar 1, jf. CRD5 artikkel 104a nr. 2 bokstav a. Risiko som følger av overdreven gjeldsoppbygging i foretaket, skal inngå i et parallelt uvektet pilar 2-krav, jf. artikkel 104a nr. 3 og omtale i avsnitt 4.3.

De risikoer og risikoelementer som inngår i pilar 2-kravet, skal være vesentlige, jf. artikkel 104a nr. 2 femte avsnitt. CRD5 inneholder ingen nærmere angivelse av hvilke kriterier som skal legges til grunn ved vurdering av vesentlighet, men refererer til renterisiko i bankboken som et eksempel, jf. artikkel 98 nr. 5. Tilsynsmyndigheten skal fastsette pilar 2-krav for foretak som ikke etterlever regelverk om risiko- og kapitalbehovsvurdering (ICAAP), styring og kontroll eller store engasjementer, såfremt ikke andre tilsynsmessige virkemidler anses tilstrekkelige.

Tilsynsmyndigheten kan fastsette pilar 2-krav på bakgrunn av «andre foretaksspesifikke situasjoner» som gir grunnlag for vesentlig bekymring, jf. artikkel 104 a nr. 1 bokstav f. CRD5 presiserer også at foretakenes innsats mot terrorfinansiering og hvitvasking skal vurderes som en del av SREP, jf. artikkel 97 nr. 6. I den grad risikoen har økt, eller det er rimelig å anta at det har vært forsøk på, eller tilfeller av, hvitvasking eller terrorfinansiering i foretaket, skal tilsynsmyndigheten varsle EBA.

I CRD5 presiseres det at kapital som skal dekke pilar 2-kravet, skal bestå av minimum 56 prosent ren kjernekapital og 75 prosent kjernekapital, jf. artikkel 104a nr. 4. Tilsynsmyndigheten kan, ut fra foretaksspesifikke forhold, fastsette at kravet må dekkes av en høyere andel kjernekapital eller ren kjernekapital. Kapital som brukes for å dekke pilar 1-krav (minstekrav til ansvarlig kapital og bufferkrav) og kapitalkravsmarginen, kan ikke benyttes for å oppfylle pilar 2-krav. All kapital kan imidlertid benyttes til også å oppfylle minstekravet til uvektet kjernekapitalandel og ev. uvektede pilar 2-krav knyttet til overdreven eller unormal gjeldsoppbygging, jf. artikkel 92 nr. 1. Det vil si at dobbelttelling er tillatt i disse tilfellene.

CRD5 artikkel 97 nr. 4 presiserer hvilke kriterier tilsynsmyndigheten skal legge til grunn i sin vurdering av proporsjonalitet, jf. artikkel 143 nr. 1 bokstav c. Etter ny artikkel 97 nr. 4. bokstav a kan tilsynsmyndigheten benytte felles metode og tilnærming til SREP for grupper av foretak med lik risikoprofil, under forutsetning av at det gjøres en konkret vurdering av risikoen i det enkelte foretak, og at bruk av tilsynsmessige virkemidler tilpasses foretaket. En gruppebasert tilnærming vil imidlertid utløse krav om notifikasjon til EBA.

Ny artikkel 104b nr. 1 i CRD5 presiserer foretakets plikt til å fastsette en intern kapitalkravsmargin som sikrer at kapitalnivået i tilstrekkelig grad dekker de risikoer foretaket er utsatt for, og tap foretaket kan bli utsatt for i en stressituasjon, herunder de tap som fremgår av tilsynsmyndighetens stresstester. Tilsynsmyndigheten skal regelmessig vurdere foretakets kapitalkravsmargin som ledd i SREP og se hen til egen vurdering av interne modeller og resultatene av foretakets stresstest, jf. artikkel 104b nr. 2. Tilsynsmyndigheten skal meddele sin vurdering av hva som vil være et passende nivå på kapitalkravsmarginen, til foretaket, jf. artikkel 104b nr. 3.

Tilsynsmyndighetens vurdering av kapitalkravsmarginen skal være foretaksspesifikk og kan omfatte de samme risikoer og risikoelementer som inngår i pilar 2-kravet, men kun dersom risikoen ikke allerede anses dekket gjennom pilar 2-kravet, jf. artikkel 104b nr. 4. Dersom foretaket etter tilsynsmyndighetens vurdering ikke har tilstrekkelig kapitalkravsmargin, kan tilsynsmyndigheten fastsette et høyere pilar 2-krav etter artikkel 104a.»

Videre uttalte Finansdepartementet følgende i Prop. 147 LS (2020–2021) punkt 4.3.5:

"Departementet slutter seg til arbeidsgruppens vurdering om at det i utgangspunktet er ønskelig å videreføre bufferkravene til uvektet kjernekapitalandel på to og tre prosent for norske banker, men dette er altså ikke mulig etter reglene i CRR2 og CRD5. CRD5 legger imidlertid til rette for at Finanstilsynet i pilar 2-prosessen kan fastsette uvektede krav utover minstekravet, jf. avsnitt 4.6."

I tillegg til endringene i CRD 5 som er omtalt ovenfor, er CRD 4 artikkel 103 opphevet ved CRD 5. Ifølge bestemmelsen skulle tilsynsmyndighetene kunne stille like tilsynsmessige krav, herunder pilar 2-kapitalkrav, til grupper av foretak som er eksponert for, eller representerer, samme type risiko. I stedet har det kommet inn en bestemmelse i CRD 5 artikkel 97 nytt nr. 4a. Ifølge den nye bestemmelsen kan tilsynsmyndighetene bruke felles metodikk og tilnærming til tilsyns- og evalueringsprosessene etter artikkel 97 for grupper av foretak som har lignende risikoprofiler, under forutsetning av at det gjøres en konkret vurdering av risikoen i det enkelte foretaket. Hvis tilsynsmyndighetene benytter seg av adgangen til å gjennomføre en gruppebasert tilnærming, må EBA notifiseres.

Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA) har fastsatt retningslinjer⁸ om tilsynsmyndighetenes vurdering av foretakenes samlede risikonivå og kapitalbehov (SREP). Retningslinjene retter seg mot nasjonale tilsynsmyndigheter. Finanstilsynets rundskriv⁹ om praksis for vurdering av risiko og kapitalbehov må ses i sammenheng med EBAs retningslinjer.

⁸ <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/supervisory-review-and-evaluation-srep-and-pillar-2/guidelines-for-common-procedures-and-methodologies-for-the-supervisory-review-and-evaluation-process-srep-and-supervisory-stress-testing>

⁹ <https://www.finanstilsynet.no/nyhetsarkiv/rundskriv/2022/finanstilsynets-praksis-for-vurdering-av-risiko-og-kapitalbehov/>

4 Finanstilsynets vurderinger

4.1 Innledning. Gjennomføring i lov eller forskrift

Finanstilsynet viser til at CRD 5 inneholder nye og mer omfattende bestemmelser om fastsettelse av pilar 2-krav og om kapitalkravsmargin enn CRD 4, jf. særlig CRD 5 artikkel 104a og 104b. Dette bør reflekteres i den norske lovgivningen.

Når det gjelder spørsmålet om bestemmelsene bør gjennomføres på lov- eller forskriftsnivå i norsk rett, taler det forhold at CRD 5 er nivå 1-regelverk i EU for at bestemmelsene gjennomføres på lovnivå. En slik løsning vil innebære at skillet mellom nivå 1- og 2-regelverk gjenspeiles i norsk rett. Deler av CRD 4-direktivet, samt CRR-forordningen, er imidlertid allerede gjennomført på forskriftsnivå i norsk rett. Det vil si at skillet mellom nivå 1- og nivå 2-regler ikke er konsekvent fulgt opp ved gjennomføring av EUs kapitalkravsregelverk. CRD 5 artikkel 104a og 104b inneholder ikke hjemler til å gi nivå 2-regler for myndighetene i EU, slik at skillet mellom EU-regelverk på ulike nivåer ikke kommer på spissen i dette tilfellet. Videre er innholdet i bestemmelsene i CRD 5 artikkel 104a og 104b på et slikt detaljnivå at de etter Finanstilsynets vurdering egner seg best for gjennomføring på forskriftsnivå i norsk rett.

Finansforetaksloven inneholder forskriftshjemler som vil dekke innholdet i forskrifter som gjennomfører bestemmelsene i CRD 5 om pilar 2-krav og forventning til kapitalkravsmargin, jf. finansforetaksloven § 1-8 og § 13-6 syvende ledd. Finanstilsynet foreslår på denne bakgrunn at bestemmelsene i CRD 5 om pilar 2-krav og forventninger til kapitalkravsmargin gjennomføres i CRR/CRD IV-forskriften nytt kapittel XIV.

Finanstilsynet foreslår at tittelen til CRR/CRD IV-forskriften endres, slik at "IV" tas ut av tittelen. Bakgrunnen er at CRD 5 er gjennomført i lov og forskrift. Det forventes også ytterligere endringer i EUs kapitalkravsregelverk i fremtiden, det vil si CRD 6 med videre. Finanstilsynets foreslår at tittelen skal være "forskrift om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD", og korttittelen vil være "CRR/CRD-forskriften".

4.2 Fastsettelse av pilar 2-krav

4.2.1 Innledning

Som nevnt under redegjørelsen for gjeldende rett under punkt 2 ovenfor, kan Finanstilsynet etter finansforetaksloven § 13-6 syvende ledd andre punktum ved enkeltvedtak fastsette høyere kapitalkrav for et foretak for å sikre at ansvarlig kapital er i samsvar med foretakets risikoeksponering. Lovhjemmelen er etter sin ordlyd vid. Lovens ordlyd gjenspeiler ikke de rammene som CRD 5 art. 104a oppstiller for tilsynsmyndighetenes adgang og plikt til å fastsette pilar 2-kapitalkrav. Finanstilsynet foreslår at EØS-forpliktelser som tilsvarer CRD 5 art. 104a gjennomføres i CRR/CRD IV-forskriften ny § 46. Bestemmelsen vil utdype finansforetaksloven § 13-6 syvende ledd andre punktum.

4.2.2 Hvilke situasjoner som skal føre til pilar 2-krav mv.

Når det gjelder det nærmere innholdet i forskriftsbestemmelsen, foreslår Finanstilsynet at oppregningen i CRD 5 art. 104a nr. 1 av hvilke situasjoner som skal føre til at tilsynsmyndighetene pålegger et foretak pilar 2-kapitalkrav, gjennomføres i forskriften § 46 første ledd. Det gjelder når Finanstilsynet vurderer at

- a) foretaket er utsatt for vesentlige risikoer eller risikoelementer som ikke, eller bare delvis, er dekket av kravene til ansvarlig kapital i CRR-forordningen tredje, fjerde og sjuende del eller av kravene i verdipapiriseringsforordningen kapittel 2,
- b) foretaket ikke oppfyller kravene i finansforetaksloven § 13-5 første ledd om styring og kontroll, § 13-6 om vurdering av risiko og samlet kapitalbehov eller CRR artikkel 393 om store engasjementer, og det er ikke sannsynlig at andre tiltak vil være tilstrekkelige for å oppfylle kravene innenfor en hensiktsmessig tidsramme,
- c) justeringer knyttet til en forsvarlig verdivurdering av handelsporteføljen ikke er tilstrekkelig til at foretaket kan selge eller sikre sine posisjoner innenfor en kort periode uten å lide vesentlige tap under normale markedsforhold,
- d) tilsynet med bruk av interne modeller viser at manglende etterlevelse av kravene og vilkårene knyttet til bruk av interne modeller vil føre til et utilstrekkelig kapitalnivå,
- e) foretaket gjentatte ganger har unnlatt å øke ansvarlig kapital på bakgrunn av forventning fra Finanstilsynet, eller ikke er i stand til å opprettholde kapitalen i tråd med Finanstilsynets forventning, jf. § 47, eller
- f) det foreligger andre foretaksspesifikke forhold som gir grunnlag for vesentlig tilsynsmessig bekymring.

Oppregningen i CRD 5 artikkel 104a nr. 1 bokstav a til d tilsvarer langt på vei oppregningen som tidligere var tatt inn i CRD 4 artikkel 104 nr. 2 bokstav a til f, men slik at to nye situasjoner som skal føre til pilar 2-krav, har kommet inn i CRD 5 sammenlignet med CRD 4. For det første skal tilsynsmyndighetene etter CRD 5 artikkel 104a nr. 1 bokstav e) pålegge pilar 2-krav hvis et foretak gjentatte ganger har latt være å øke eller opprettholde nivået for ansvarlig kapital på bakgrunn av tilsynsmyndighetens forventning om ytterligere kapital etter artikkel 104b nr. 3. Det vil si at manglende oppfølging av tilsynsmyndighetens forventning om kapitalkravsmargin, eller at foretakets ansvarlige kapital gjentatte ganger kommer under angitt nivå, skal utgjøre et selvstendig grunnlag for å pålegge pilar 2-krav. For det andre skal tilsynsmyndighetene pålegge pilar 2-krav ved andre foretaksspesifikke situasjoner som gir grunn til vesentlige tilsynsmessige bekymringer, jf. artikkel 104a nr. 1 bokstav f). En annen forskjell er at bestemmelsen i CRD 4 artikkel 104 nr. 2 om hvilke situasjoner som kunne ligge til grunn for krav om ytterligere kapital, var utformet som en minimumsbestemmelse, mens CRD 5 artikkel 104a nr. 1 inneholder en uttømmende oppregning av situasjoner hvor tilsynsmyndighetene skal pålegge pilar 2-krav. Finanstilsynet foreslår at forskriftsbestemmelsen utformes på tilsvarende måte som CRD 5 artikkel 104a nr. 1, slik at oppregningen av hvilke situasjoner som skal føre til at tilsynsmyndighetene pålegger pilar 2-krav, er uttømmende.

Ved utformingen av forskriftsforslaget har Finanstilsynet sett hen til hvordan tilsynet tidligere har foreslått å gjennomføre lignende bestemmelse i direktiv (EU) 2019/2034 om tilsyn med verdipapirforetak artikkel 40, jf. høringsnotat 5. mai 2021 om nytt kapitaldekningsregelverk

for verdipapirforetak¹⁰ punkt 4.2.4 og forslaget til verdipapirhandelloven ny § 9-54 på side 68-69 i høringsnotatet. Oppregningen i CRD 5 artikkel 104a nr. 1 av situasjoner som skal føre til at tilsynsmyndighetene pålegger pilar 2-kapitalkrav, tilsvarer langt på vei tilsvarende bestemmelse i direktivet om tilsyn med verdipapirforetak artikkel 40.

Finanstilsynet foreslår videre at det presiseres i CRR/CRD IV-forskriften at pilar 2-krav bare kan pålegges for å dekke risiko og elementer ved risiko som det enkelte foretak kan utsettes for som følge av sin virksomhet, og som ikke er dekket, eller bare delvis er dekket, av pilar 1-kravene, jf. forskriftsutkastet § 46 andre ledd. Denne delen av forslaget vil gjennomføre EØS-forpliktelser som tilsvarer CRD 5 artikkel 104a nr. 1 andre ledd.

I CRD 5 artikkel 104a nr. 2 er det utdypet nærmere hva som ligger i kravet om at risikoer eller risikoelementer som kan ligge til grunn for pilar 2-krav skal være foretaksspesifikke og ikke anses tilstrekkelig dekket av pilar 1-krav. Bestemmelsene stiller krav til tilsynsmyndighetenes vurderinger for å pålegge et foretak pilar 2-krav. Artikkel 104a nr. 2 tredje ledd konkretiserer at risiko eller elementer av risiko omtalt i CRD 5 eller CRR 2 og som omfattes av overgangsregler, ikke kan vurderes som risiko som ikke, eller bare delvis, er dekket av pilar 1-krav. Finanstilsynet foreslår at det fastsettes i forskriften § 46 tredje ledd at det ikke kan pålegges pilar 2-krav etter første ledd bokstav a for å dekke risikoer eller risikoelementer i CRR tredje, fjerde og sjuende del, og verdipapiriseringsforordningen kapittel 2, som er undervurdert i pilar 1, i den utstrekning risikoene eller risikoelementene er omfattet av overgangsregler i CRR/CRD-forskriften eller i CRR. Slike overgangsregler er gitt i CRR/CRD-forskriften någjeldende § 47, som foreslås flyttet til § 49. Videre inneholder CRR overgangsregler blant annet i artikkel 483-488, som gjelder kapitalinstrumenter. Overgangsregler som følge av covid 19-pandemien er nærmere omtalt på side 70 flg. i rapporten fra arbeidsgruppen som foreslo endringer for å gjennomføre bankpakken i norsk rett.

Vilkåret om at de risikoer og risikoelementer som inngår i pilar 2-krav skal være vesentlige, jf. artikkel 104a nr. 2 fjerde ledd, er tatt inn i forskriftsutkastet § 46 første ledd bokstav a.

Ifølge CRD 5 artikkel 104a nr. 3 skal tilsynsmyndighetene beregne pilar 2-kravet som forskjellen mellom det samlede kapitalbehovet og kapitalbehovet i pilar 1. Kapitalbehov som følge av risiko for overdreven gjeldsoppbygging i et foretak (det uvektede kapitalkravet) skal beregnes separat. Finanstilsynet foreslår at det fastsettes i forskriften § 46 fjerde ledd hvordan pilar 2-kravene beregnes. Forslaget innebærer at Finanstilsynet skal fastsette foretaksspesifikt kapitalkrav som andel av beregningsgrunnlaget etter CRR 2 artikkel 92 nr. 3. Videre innebærer forslaget at foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel skal fastsettes som andel av eksponeringsmål for uvektet kjernekapitalandel etter CRR 2 artikkel 429 nr. 4. Bestemmelsene vil gjennomføre CRD 5 artikkel. 104 a nr. 3.

4.2.3 Krav til kapitalen som kan dekke pilar 2-krav

Finanstilsynet foreslår videre at det fastsettes i den nye forskriftsbestemmelsen at minst tre fjerdedeler av pilar 2-kravet skal dekkes med kjernekapital, og at minst tre fjerdedeler av kjernekapitalen skal være ren kjernekapital. I en rettelse til CRD 5 som ble publisert i EU-

¹⁰ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-om-nytt-kapitaldekningsregelverk-for-verdipapirforetak/id2864808/?expand=horingsnotater>

tidende 7. juni 2019¹¹ er det tilføyd i artikkel 104a nr. 4 at hvis et uvektet pilar 2-krav er pålagt for å håndtere risikoen for overdreven gjeldsoppbygging, skal hele pilar 2-kravet oppfylles med kjernekapital. Dette foreslås gjennomført i forskriften § 46 femte ledd. Finanstilsynet foreslår også at det skal fremgå av forskriften at Finanstilsynet i unntakstilfelle skal kunne stille strengere krav til sammensetningen av kapitalen på bakgrunn av en individuell vurdering av risikoen i det enkelte foretaket, jf. forskriftsforslaget § 46 femte ledd. Forslaget innebærer at Finanstilsynet skal kunne kreve at en høyere andel av pilar 2-kravet oppfylles med kjernekapital eller ren kjernekapital dersom det er nødvendig på grunn av særlige forhold knyttet til det enkelte foretak. Bestemmelsene vil gjennomføre CRD 5 artikkel 104a nr. 4 første og andre ledd.

Finanstilsynet foreslår også at det presiseres i forskriften § 46 sjette ledd at kapital som benyttes til å oppfylle krav til ren kjernekapital, kjernekapital, ansvarlig kapital eller bufferkrav under pilar 1, og kapital som benyttes for å oppfylle tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin, ikke kan benyttes til å oppfylle kapitalkrav i pilar 2. På tilsvarende måte foreslår Finanstilsynet at det presiseres i forskriften § 46 syvende ledd at kapital som benyttes til å oppfylle foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel, ikke kan benyttes til å oppfylle krav eller bufferkrav knyttet til overdreven gjeldsoppbygging i foretaket. Bestemmelsene vil gjennomføre CRD 5 artikkel 104a nr. 4 tredje og fjerde ledd.

4.2.4 Krav til begrunnelse for vedtak om pilar 2-krav

I CRD 5 artikkel 104a nr. 5 stilles det krav til tilsynsmyndighetenes begrunnelse for vedtak om pilar 2-krav. Vedtaket skal være skriftlig og begrunnet. I direktivet er det også stilt konkrete minstekrav til innholdet i tilsynsmyndighetenes begrunnelse. Ifølge direktivet skal tilsynsmyndighetene minst gi en redegjørelse for vurderingen av elementene i CRD 5 artikkel 104a nr. 1 til 4. Hvis tilsynsmyndighetene pålegger pilar 2-krav fordi et foretak gjentatte ganger har unnlatt å følge tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin, skal det dessuten begrunnes særskilt i vedtaket hvorfor forventning til kapitalkravsmargin ikke lenger er tilstrekkelig.

Finanstilsynet viser til at pålegg til et foretak om pilar 2-krav etter sitt innhold vil være enkeltvedtak, jf. definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a, jf. bokstav b; "en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som er ... bestemmende for rettigheter eller plikter til ... en eller flere bestemte personer ... (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)". Det følger av forvaltningsloven § 23 at enkeltvedtak skal være skriftlig. Videre følger det av forvaltningsloven § 24 at enkeltvedtak skal begrunnes. Forvaltningsloven § 25 stiller nærmere krav til begrunnelsen, herunder at det skal vises til reglene som vedtaket bygger på, hvilket faktum som er lagt til grunn i vedtaket og de hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøvelsen av forvaltningsmessig skjønn. Etter Finanstilsynets vurdering kan direktivets krav til innholdet i tilsynsmyndighetenes begrunnelse utledes av de generelle kravene til begrunnelse av enkeltvedtak i forvaltningsloven. Etter Finanstilsynets vurdering er det ikke behov for å foreslå lov- eller forskriftsendringer for at norsk rett skal oppfylle kravene i CRD artikkel 104a nr. 5 om krav til begrunnelse for vedtak om pilar 2-krav.

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0878R%2803%29>

4.2.5 Opphevelse av adgangen til å gi felles pålegg til grupper av foretak som er utsatt for samme type risiko

Som nevnt under punkt 3 ovenfor er CRD 4 artikkel 103 opphevet ved CRD 5. Ifølge CRD 4 art. 103 skulle tilsynsmyndighetene kunne stille felles tilsynsmessige krav, herunder pilar 2-krav, til grupper av foretak som er eksponert for eller representerer samme type risiko. Adgangen til å stille felles krav for grupper av foretak etter tidligere art. 103 omfattet alle tilsynsmessige tiltak etter artikkel 104, herunder pålegg om å endre eller begrense virksomheten, å begrense omfanget av prestasjonsbetinget godtgjørelse, adgangen til å stille felles likviditetskrav etter art. 105 og adgangen til å pålegge pilar 2-krav med videre.

CRD 4 artikkel 103 synes å være erstattet av CRD 5 art. 97 nytt nr. 4a. Sistnevnte bestemmelse åpner for at tilsynsmyndighetene kan benytte felles metodikk og tilnærming til risiko- og kapitalbehovsvurderinger (SREP) for foretak med lignende risikoprofiler, forutsatt at det tas tilstrekkelig hensyn til de spesifikke risikoene som hvert enkelt foretak kan bli utsatt for. EBA skal underrettes hvis tilsynsmyndighetene benytter seg av adgangen til å bruke felles metodikk og tilnærming for foretak med lignende risikoprofiler, jf. CRD 5 artikkel 97 nytt nr. 4a andre ledd. Endringene i direktivet på dette punkt innebærer etter Finanstilsynets vurdering at finansforetaksloven § 14-6 fjerde ledd, som fastsetter at Finanstilsynet kan gi felles pålegg for en gruppe av foretak som er utsatt for samme type risiko, ikke lenger har noe grunnlag i CRD-regelverket i EU/EØS. Finanstilsynet foreslår på denne bakgrunn at finansforetaksloven § 14-6 fjerde ledd oppheves. Finanstilsynet legger til grunn at det ikke kreves særskilte regler i lov eller forskrift for at tilsynet skal kunne benytte felles metodikk og tilnærming til SREP for foretak med lignende risikoprofiler, slik direktivet åpner for. Bruk av felles metodikk krever som nevnt ovenfor at EBA notifiseres.

4.3 Kapitalkravsmargin mv.

4.3.1 Plikt til å vurdere nivået på kapitalkravsmarginen

CRD 5 artikkel 104b nr. 1 stiller krav til foretakene om å fastsette et nivå på ansvarlig kapital som er tilstrekkelig til å dekke risikoer foretaket er eller kan bli eksponert for, og for å sikre foretakets tapsabsorberende evne sett i lys av foretakets egne stresstester og Finanstilsynets stresstester. Kravet må ses i sammenheng med foretakets egen prosess for å vurdere samlet risiko og kapitalbehov (ICAAP). Praksis har hittil vært at foretakene fastsetter nivået som en margin til kapitalkravet (kapitalkravsmargin). Videre kreves det i direktivet at tilsynsmyndighetene regelmessig vurderer om kapitalkravsmarginen som foretaket selv har fastsatt, er hensiktsmessig, jf. artikkel 104b nr. 2. Dersom tilsynsmyndigheten mener foretaket bør ha en høyere kapitalkravsmargin enn foretaket selv har fastsatt, skal tilsynsmyndighetene formidle sin forventning til nivået på kapitalkravsmarginen til foretaket, jf. redegjørelsen for EØS-retten under punkt 3 ovenfor.

Etter Finanstilsynets vurdering er kravene i CRD 5 artikkel 104b langt på vei gjenspeilet i finansforetaksloven, men på et mer overordnet nivå enn de nye og mer konkrete kravene i direktivet. Det følger av finansforetaksloven § 13-6 tredje ledd at et finansforetak skal vurdere kapitalbehovet på kort og lengre sikt, og at vurderingen skal omfatte den risiko som til enhver tid er knyttet til virksomheten og risikoer som vil kunne oppstå. I Prop. 125 L (2013–2014), spesialmerknaden til finansforetaksloven § 13-6, fremgår det at bestemmelsen viderefører finansieringsvirksomhetsloven § 2-9 b tredje ledd. I spesialmerknaden til finansieringsvirksomhetsloven § 2-9b i Ot.prp. nr. 66 (2005–2006) heter det at bestemmelsen

inneholder krav til foretakets egenvurdering av samlet kapitalbehov utover det beregnede minstekravet til ansvarlig kapital, at bestemmelsen reflekterer pilar 2 i rammeverket fra Baselkomiteen, samt at Finanstilsynet må legge til grunn at foretakene "legger seg på et nivå over det regulatoriske minstekravet, og skal også kunne kreve dette". Videre fremgår det av finansforetaksloven § 14-6 andre ledd at Finanstilsynet "skal vurdere risikoer som nevnt i § 13-6 knyttet til virksomheten" i foretakene. I Prop. 125 L (2013–2014) i spesialmerknaden til finansforetaksloven § 14-6 uttalte departementet at bestemmelsen reflekterer pilar 2 i kapitaldekningsregelverket, og at bestemmelsen "legger til rette for den tilsynsmessige oppfølgingen av institusjonenes samlede kapitalbehov".

For å unngå tvil om at EØS-forpliktelser som tilsvarende CRD 5 artikkel 104b er gjennomført i norsk rett, foreslår Finanstilsynet at det presiseres i CRR/CRD IV-forskriften ny § 47 første ledd at foretaket skal fastsette en kapitalkravsmargin som sikrer at samlet nivå for ansvarlig kapital er tilstrekkelig til å dekke alle risikoer som foretaket er eksponert for, og at den ansvarlige kapitalen kan dekke fremtidige tap som følger av stressscenarioer, herunder Finanstilsynets stresstester.

Videre foreslår Finanstilsynet at det fastsettes i CRR/CRD IV-forskriften ny § 47 andre ledd at Finanstilsynet regelmessig skal vurdere kapitalkravsmarginen som foretaket selv har fastsatt. Dersom vurderingen tilsier at kapitalkravsmarginen som foretaket har fastsatt, ikke er tilstrekkelig, skal Finanstilsynet ifølge forskriftsforslaget uttrykke en klar forventning til nivået på foretakets kapitalkravsmargin. Bestemmelsen vil presisere finansforetaksloven § 14-6 og gjennomføre CRD artikkel 104b nr. 2 og 3.

Finanstilsynet foreslår videre at det skal fremgå av forskriften § 47 tredje ledd at tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin skal være foretaksspesifikk, og at forventningen kan omfatte de samme risikoer og risikoelementer som inngår i pilar 2-kravet, men bare i den utstrekning disse ikke allerede anses dekket gjennom pilar 2-krav. Bestemmelsen vil gjennomføre EØS-forpliktelser som tilsvarende CRD 5 artikkel 104b nr. 4.

Finanstilsynet foreslår dessuten at det presiseres i forskriften § 47 fjerde ledd at ansvarlig kapital som benyttes til å følge tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin for å håndtere andre risikoer enn risikoen for overdreven gjeldsoppbygging, ikke kan benyttes til å oppfylle krav til ren kjernekapital, kjernekapital, ansvarlig kapital eller det kombinerte bufferkravet under pilar 1 og pilar 2-krav som er pålagt for å håndtere andre risikoer enn risikoen for overdreven gjeldsoppbygging. Særlige regler skal ifølge artikkel 104b nr. 5 siste ledd gjelde der tilsynsmyndighetene har uttrykt en forventning til kapitalkravsmargin for å håndtere risikoen for overdreven gjeldsoppbygging. I sistnevnte tilfeller kan kapitalkravsmargin som skal håndtere risikoen for overdreven gjeldsoppbygging, ikke benyttes til å oppfylle kravet til ansvarlig kapital etter CRR-forordningen art. 92 nr. 1 bokstav d (pilar 1-krav til uvektet kjernekapitalandel), pilar 2-krav og bufferkravet til uvektet kjernekapitalandel etter CRR-forordningen art. 92 nr. 1a. Dette bør også fremgå av forskriften, jf. utkastet til § 47 femte ledd.

4.3.2 Konsekvenser hvis et foretak ikke følger Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin

Når det gjelder CRD 5 artikkel 104b nr. 6, der det fremgår at manglende oppfyllelse av tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin ikke skal utløse automatiske utbytterestriksjoner mv. som nevnt i CRD 4 artikkel 141 og artikkel 141b, er det etter

Finanstilsynets vurdering ikke behov for å foreslå særskilte lov- eller forskriftsbestemmelser på dette punktet. EØS-forpliktelser som tilsvarer CRD 4 artikkel 141 og 141b er gjennomført i finansforetaksloven § 14-3 femte ledd og CRR/CRD IV-forskriften § 10. Bestemmelsene omfatter etter sitt innhold ikke den situasjonen at et foretak unnlater å følge Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin. Norsk rett er derfor i samsvar på direktivets krav på dette punkt.

4.3.3 Om forventning til kapitalkravsmargin er et enkeltvedtak

Det kan stilles spørsmål om Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin vil være et enkeltvedtak etter norsk rett. Nærmere bestemt er spørsmålet om Finanstilsynets uttrykte forventning til et foretak om at det bør øke kapitalkravsmarginen, vil være en avgjørelse som er bestemmende for rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer, jf. definisjonen av enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, jf. bokstav a.

Ved høringen av det svenske forslaget om gjennomføring av CRD 5, tok enkelte av høringsinstansene til orde for at tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin skulle være et vedtak som kunne påklages. I den svenske lovproposisjonen (Prop. 2020/21:36¹²) fremgår følgende i pkt. 11.2.4:

"... Enligt direktivet har en underrättelse om skillnaden mellan de lämpliga kapitalbasnivåerna och kapitalbaskraven formen av en ”uppmaning”. Den ska motiveras (artikel 64.3 i direktivet) men kommissionen har gett uttryck för att en underrättelse om skillnaden mellan de lämpliga kapitalbasnivåerna och kapitalbaskraven inte ska kunna vara föremål för prövning av domstol. ..."

Finanstilsynet legger til grunn at tilsynets forventning til kapitalkravsmargin bør utformes slik at det fremgår tydelig at den ikke vil være bestemmende for foretakets rettigheter eller plikter. Det bør fremgå klart i tilsynets brev til de enkelte foretakene at Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin kun gir uttrykk for hva Finanstilsynet mener er en hensiktsmessig kapitalkravsmargin for et foretak på bakgrunn av EØS-forpliktelsene i CRD 5 artikkel 104b. Det vil si at Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin ikke skal være enkeltvedtak etter forvaltningsloven.

Dersom et foretak gjentatte ganger unnlater å følge Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin, kan dette etter CRD 5 art. 104a nr. 1 bokstav e) utgjøre et selvstendig grunnlag for at Finanstilsynet kan pålegge pilar 2-krav, jf. omtale ovenfor. Et pålegg om pilar 2-krav vil være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, med tilhørende krav om forhåndsvarsel med videre.

4.3.4 Offentliggjøring av forventninger til kapitalkravsmargin

Finanstilsynet sammenfatter vurderingen av foretakets risiko og kapitalbehov, herunder kapitalbehov i pilar 2, i et brev som oversendes foretakets styre (SREP-brev). Brevet og Finanstilsynets vurderinger av enkeltrisikoeer blir ikke offentliggjort, men vedtak om pilar 2-kravet for det enkelte foretak publiseres på Finanstilsynets nettsted. Finanstilsynet har hatt som praksis å også publisere på sine nettsider forventning om kapitalkravsmargin for de største foretakene (gruppe 1 og 2). For de mellomstore og mindre foretakene har forventning

¹² <https://lagen.nu/prop/2020/21:36#S11>

til kapitalkravsmargin blitt offentliggjort i vedtaket om kapitalbehov i pilar 2 kun i tilfeller der kapitalkravsmarginen vurderes å være for lav. For mellomstore og mindre foretak er det ikke angitt noe konkret nivå på forventet kapitalkravsmargin, slik det er praktisert for de største foretakene.

I fortalen til CRD 5 pkt. 16¹³ står det:

"Given that the guidance on additional own funds referred to in Directive 2013/36/EU is a capital target that reflects supervisory expectations, it should not be subject either to mandatory disclosure or to the prohibition of disclosure by competent authorities under Regulation (EU) No 575/2013 or that Directive."

EBA har i sine retningslinjer ikke tatt stilling til spørsmålet om offentliggjøring.

Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin uttrykkes etter en individuell vurdering av det enkelte foretak og er en tilsynsmessig forventning som inngår i dialogen mellom foretaket og Finanstilsynet. Utfall av stresstester og andre foretaksspesifikke forhold kan også medføre at nivået på marginen bør endres og må kommuniseres til bankene utenom den ordinære SREP-prosessen, jf. blant annet EBAs retningslinjer for SREP (EBA/GL/2022/03) punkt 428. Etersom Finanstilsynets uttrykte forventning til foretakets kapitalkravsmargin, i likhet med øvrige tilbakemeldinger i SREP-brevet, inngår i dialogen mellom foretaket og Finanstilsynet, og kan endres på andre tidspunkt enn når pilar 2-kravet fastsettes, vurderer Finanstilsynet om det kan være hensiktsmessig å endre praksis, slik at forventningen om kapitalkravsmargin ikke lenger offentliggjøres fra Finanstilsynets side.

ESMA har publisert retningslinjer¹⁴ om offentliggjøringskrav etter markedsmissbruksforordningen (MAR) der det påpekes at tilsynsmyndighetenes forventning til kapitalkravsmargin i noen tilfeller kan være prissensitiv informasjon som er informasjonspliktig etter MAR. Dette innebærer at foretak underlagt kravene til offentliggjøring etter verdipapirhandelloven, må vurdere om dette er prissensitiv informasjon som må publiseres til markedet, selv om informasjonen ikke offentliggjøres fra Finanstilsynets side.

4.3.5 Underretning til krisehåndteringsmyndigheter

Det fremgår av CRD 5 artikkel 104c at tilsynsmyndighetene skal underrette berørte krisehåndteringsmyndigheter om pilar 2-krav og forventning til kapitalkravsmargin. Bestemmelsen omhandler bare samarbeid mellom offentlige myndigheter, og krever ikke særskilt gjennomføring i lov eller forskrift.

¹³ Tilsvarende fremgår av CRR 2 pkt. 64.

¹⁴ https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma70-156-4966_final_report_on_mar_gls_on_delayed_disclosure_and_interactions_with_prudential_supervision.pdf

5 Økonomiske og administrative konsekvenser

5.1 Formålet med regelendringene

Høringsforslaget skal gjennomføre EØS-forpliktelser som tilsvarer bestemmelsene i CRD 5-direktivet om pilar 2-krav og tilsynsmyndighetens forventning til kapitalkravsmargin. Som nevnt ovenfor inneholder CRD 5 nye og mer detaljerte regler på dette punktet enn CRD 4. Et formål med de mer detaljerte reglene er å sikre at bestemmelsene anvendes likt i alle medlemsstatene, slik at det indre markedet virker på en tilfredsstillende måte, jf. punkt 13 i fortalen til CRD 5. I den sammenheng har myndighetene i EU særlig vist til at pilar 2-kapitalkravet som tilsynsmyndighetene skal pålegge foretakene når visse vilkår er oppfylt, er et viktig element i foretakets samlede nivå for ansvarlig kapital. Størrelsen på pilar 2-kravet er viktig for markedsaktørene, blant annet fordi det påvirker den utløsende faktoren for begrensninger på utbetaling av utbytte, utbetalinger knyttet til andre godkjente kjernekapitalinstrumenter og for bonusutbetalinger.

5.2 Konsekvenser for foretakene

Høringsforslaget innebærer at CRDs overordnede bestemmelser knyttet til vurdering av risiko og kapitalbehov i pilar 2 reguleres mer detaljert i forskrift. Bestemmelsene i CRD har også tidligere ligget til grunn for Finanstilsynets praksis. Den konkrete metodikken for vurdering av risiko og kapitalbehov i pilar 2 vil fremdeles fremgå av rundskriv. Finanstilsynets rundskriv 3/2022 inneholder en oppdatert redegjørelse for hovedelementene i vurderingen av foretakenes samlede risikonivå og kapitalbehov (SREP), blant annet på bakgrunn av endringene som følger av CRD 5.

Finanstilsynet har i sin praksis lagt til grunn at foretakene skal oppfylle pilar 2-kravet med ren kjernekapital. I høringsnotatet er det foreslått at pilar 2-kravet som hovedregel skal oppfylles med minst 75 prosent kjernekapital, og slik at minst 75 prosent av denne skal være ren kjernekapital, og at tilsynsmyndighetene bare unntaksvis kan bestemme at en høyere andel skal oppfylles med kjernekapital eller ren kjernekapital. De nye reglene vil føre til at kvaliteten på kapitalen som kan benyttes til å oppfylle pilar 2-krav, reduseres. Blant annet muliggjør reglene at ikke mer enn 56,25 prosent av pilar 2-kravet skal oppfylles med ren kjernekapital, mot tidligere 100 prosent etter tidligere norske regler.

At foretakenes plikt til å fastsette en kapitalkravsmargin forskriftsfestes, innebærer at plikter som tidligere har fremgått av forarbeidene til finansforetaksloven, i stedet fremgår tydelig av forskriften. Det innebærer ingen materiell endring, men kan bidra til å gjøre regelverket lettere tilgjengelig.

Forskriftsutkastet inkluderer også gjennomføring av direktivbestemmelser om foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel og tilhørende margin. Dette innebærer at foretakene må forholde seg til to parallelle krav i pilar 2, og at samlet krav til uvektet kjernekapitalandel etter hvert kan bli høyere enn de er i dag, for de fleste foretak. Ved innføringen av bankpakken ble imidlertid også den norske bufferen til uvektet

kjernekapitalandel på 2 prosent for banker opphevet. Bankene bør dermed være godt rustet til å møte foretaksspesifikke krav til uvektet kjernekapitalandel, slik at konsekvensene for de fleste foretak i hovedsak vil være begrensede.

5.3 Konsekvenser for myndighetene

Finanstilsynet får ifølge forslaget en forskriftsfestet plikt til å fastsette foretaksspesifikke kapitalkrav og foretaksspesifikke krav til uvektet kjernekapitalandel. I tillegg skal Finanstilsynet uttrykke en forventning til foretak som på bakgrunn av SREP har behov for ytterligere ansvarlig kapital, om hva som er en hensiktsmessig margin til både kapitalkrav og krav til uvektet kjernekapitalandel. Dette er en utvidelse i forhold til gjeldende praksis, der Finanstilsynet har gitt uttrykk for hva som er en hensiktsmessig kapitalkravsmargin overfor de større foretakene og overfor foretak der Finanstilsynet på bakgrunn av sin risiko- og kapitalvurdering finner at foretakets kapitalmål ikke er tilstrekkelig. De nye kravene i CRD 5 på dette punkt vil innebære merarbeid for Finanstilsynet.

6 Utkast til lov- og forskriftsendringer

I

I lov 10. april 2014 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern gjøres følgende endringer:

§ 14-6 fjerde ledd oppheves. Nåværende femte ledd blir nytt fjerde ledd.

II

I forskrift 22. august 2014 nr. 1097 om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD IV (CRR/CRD IV-forskriften) gjøres følgende endringer:

Forskriftens tittel skal lyde:

Forskrift om kapitalkrav og nasjonal tilpasning av CRR/CRD (CRR/CRD-forskriften).

Ny del XIV skal lyde:

Del XIV. Foretaksspesifikke kapitalkrav og kapitalkravsmargin mv. (pilar 2)

§ 46. Foretaksspesifikke krav til kapital

(1) Finanstilsynet kan pålegge et foretak å ha ytterligere ansvarlig kapital etter finansforetaksloven § 13-6 syvende ledd andre punktum dersom minst ett av følgende vilkår er oppfylt:

- a) Foretaket er utsatt for vesentlige risikoer eller risikoelementer som ikke, eller bare delvis, er dekket av kravene til ansvarlig kapital i CRR tredje, fjerde og sjuende del eller verdipapiriseringsforordningen kapittel 2 som gjennomført i finansforetaksloven § 11-16¹⁵.
- b) Foretaket oppfyller ikke kravene i finansforetaksloven § 13-5 første ledd om styring og kontroll og § 13-6 om vurdering av risiko og samlet kapitalbehov, eller CRR artikkel 393 om store engasjementer, og det er ikke sannsynlig at andre tiltak vil være tilstrekkelige for å oppfylle kravene innenfor en hensiktsmessig tidsramme.
- c) Justeringer i verdivurderingen av handelsporteføljen er ikke tilstrekkelig til at foretaket kan selge eller sikre sine posisjoner innenfor en kort periode uten å lide vesentlige tap under normale markedsforhold.
- d) Tilsynet med bruk av interne modeller viser at manglende etterlevelse av kravene og vilkårene knyttet til bruk av interne modeller vil føre til et utilstrekkelig kapitalnivå.
- e) Foretaket har gjentatte ganger unnlatt å øke eller opprettholde sin ansvarlige kapital på bakgrunn av Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin etter § 47.

¹⁵ Bestemmelsen har ikke tredd i kraft ennå

f) Det foreligger andre foretaksspesifikke forhold som gir grunnlag for vesentlig tilsynsmessig bekymring.

(2) Krav om ytterligere kapital etter første ledd kan bare pålegges for å dekke risiko og elementer ved risiko som foretaket kan utsettes for som følge av sin virksomhet eller risikoprofil, og som ikke, eller bare delvis, er dekket av de øvrige kravene til ansvarlig kapital, herunder bufferkrav, etter lov og forskrift.

(3) Ytterligere kapitalkrav etter første ledd bokstav a kan ikke pålegges for å dekke risikoer eller risikoelementer i CRR tredje, fjerde og sjuende del og verdipapiriseringsforordningen kapittel 2 som er undervurdert, i den utstrekning risikoene eller risikoelementene er omfattet av overgangsregler i § 49 eller i CRR.

(4) Pålegg om ytterligere kapital etter første ledd fastsettes som et foretaksspesifikt kapitalkrav og et foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel. Foretaksspesifikt kapitalkrav pålegges som andel av beregningsgrunnlaget etter CRR artikkel 92 nr. 3. Foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel skal dekke risiko for overdreven gjeldsoppbygging i et foretak, og fastsettes som andel av eksponeringsmål for uvektet kjernekapitalandel etter CRR artikkel 429 nr. 4.

(5) Av foretaksspesifikt kapitalkrav pålagt etter første ledd skal minst tre fjerdedeler oppfylles med kjernekapital, og minst tre fjerdedeler av kjernekapitalen skal oppfylles med ren kjernekapital. Foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel skal oppfylles med kjernekapital. Dersom det er nødvendig på grunn av særlige, foretaksspesifikke forhold, kan Finanstilsynet beslutte at kravene om ytterligere kapital skal oppfylles med en høyere andel kjernekapital eller ren kjernekapital enn det som følger av første og andre punktum.

(6) Kapital som benyttes til å oppfylle foretaksspesifikt kapitalkrav, kan ikke benyttes til å oppfylle andre kapitalkrav, kapitalbufferkrav og forventning til kapitalkravsmargin uttrykt som andel av beregningsgrunnlaget etter CRR artikkel 92 nr. 3.

(7) Kapital som benyttes til å oppfylle foretaksspesifikt krav til uvektet kjernekapitalandel, kan ikke benyttes til å oppfylle andre kapitalkrav, bufferkrav og kapitalkravsmargin uttrykt som andel av eksponeringsmål for uvektet kjernekapitalandel etter CRR artikkel 429 nr. 4.

§ 47. Kapitalkravsmargin mv.

(1) Foretaket skal fastsette et nivå for ansvarlig kapital som er tilstrekkelig til å dekke alle risikoer som foretaket er eksponert for, og som sikrer at den ansvarlige kapitalen kan dekke potensielle tap som følger av stressscenarioer.

(2) Finanstilsynet skal regelmessig kontrollere nivået for den ansvarlige kapitalen som foretaket har fastsatt etter første ledd. Dersom nivået for ansvarlig kapital som foretaket har fastsatt ikke er tilstrekkelig, skal Finanstilsynet meddele foretaket en forventning om behovet for ytterligere ansvarlig kapital.

(3) Forventning om ytterligere ansvarlig kapital etter andre ledd skal være foretaksspesifikk. Den kan omfatte risikoer og elementer ved risikoer som inngår i kapitalkrav som er pålagt etter § 46 i den utstrekning disse ikke allerede er dekket av kapitalkrav som er pålagt etter § 46. Forventningen uttrykkes som andel av beregningsgrunnlaget etter CRR artikkel 92 nr. 3 (kapitalkravsmargin) og som andel av eksponeringsmål for uvektet kjernekapitalandel etter CRR artikkel 429 nr. 4 (margin til krav til uvektet kjernekapitalandel).

(4) Kapital som benyttes til å følge Finanstilsynets forventning til kapitalkravsmargin, kan ikke benyttes til å oppfylle andre kapitalkrav og kapitalbufferkrav uttrykt som andel av beregningsgrunnlaget etter CRR artikkel 92 nr. 3.

(5) Kapital som benyttes til å følge Finanstilsynets forventning til margin til krav til uvektet kjernekapitalandel, kan ikke benyttes til å oppfylle andre kapitalkrav og bufferkrav

uttrykt som andel av eksponeringsmål for uvektet kjernekapitalandel etter CRR artikkel 429 nr. 4.

Någjeldende del XIV blir ny del XV. Någjeldende § 46 og § 47 blir ny § 48 og § 49.

