

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

06. september 2019

Deres ref.: 19/563

HØRINGSSVAR - PRIORITETSREKKEFØLGE FOR KREDITORER ETTER BRRD ARTIKKEL 108

Kommunalbanken viser til Finansdepartementets høringsbrev 25. juni 2019 med forslag til regelverksendringer for gjennomføring av deler av endringsdirektiv 2017/2399/EU. Kommunalbanken var ikke oppført på listen over høringsinstanser, og fanget derfor dessverre ikke opp denne høringen før etter fristens utløp. Som et systemviktig finansforetak potensielt berørt av disse reglene, og en av de større norske aktørene i internasjonale kapitalmarkeder, tillater vi oss allikevel å komme med noen merknader til høringsnotatet, og anmoder departementet om å hensynte disse så langt det anses praktisk.

Med direktiv 2017/2399/EU endres BRRD artikkel 108 for å harmonisere prioritetsrekkefølgen for kreditorer i medlemslandene. Det innføres også en ny klasse gjeldsinstrumenter i form av etterstilt seniorgjeld som har lavere prioritert enn ordinære usikret seniorgjeld, men høyere prioritet enn ansvarlig kapital.

Forslaget fra Finanstilsynet innebærer endringer i finansforetaksloven i form av ny § 20-32 og noen presiseringer i finansforetaksforskriften. Kommunalbanken støtter i hovedsak Finanstilsynets forslag til gjennomføring av endringsdirektivet, men vil foreslå noen mindre endringer i ny § 20-32.

De nye reglene vil kunne gi et komplisert samspill mellom eksisterende avtalerettslige prioritetsrekkefølger og nye finansieringsaktiviteter, avhengig av vilkårene i lånedokumentasjonen for lån og transjer som er utestående når ny finansiering skal innhentes. Internasjonal lånedokumentasjon er uensartet. Det er imidlertid ikke uvanlig at dokumentasjon for ansvarlige lån (gjerne kalt «subordinated» i engelskspråklig juridisk dokumentasjon) inneholder en såkalt «pari passu»-klausul, hvilket vil si at låntaker så lenge slike etterstilte instrumenter er utestående ikke kan utstede andre etterstilte instrumenter med bedre prioritet.

I høringsnotatet er den nye gjeldsklassen omtalt som etterstilt seniorgjeld eller etterstilte gjeldsinstrumenter, mens tilsvarende begrep ikke er benyttet i lovforslaget. Siden det norske begrepet «etterstilt» på engelsk naturlig kan oversettes med «subordinated», som typisk også betegner de nevnte ansvarlige lånene, mener vi at man for å redusere juridisk risiko for at den nye klassen med instrumenter kommer i konflikt med slike historiske «pari passu»-klausuler, vil være tjent med å innarbeide en ny norsk betegnelse for disse instrumentene. I markedet har man på engelsk tilnærmet seg «pari passu»-problematikk ved å etablere betegnelsen «senior non preferred» i lånedokumentasjonen for slike instrumenter, og dermed etablert at det ikke er tale om «subordinated instruments», men en ny klasse seniorinstrumenter. Etter vår vurdering kan det bidra til å tydeliggjøre et tilsvarende skille, dersom man i ny § 20-32 (1) nr. 4 tar inn begrepet «senior uprioritert» som en definisjon i en parentes etter «Gjeldsinstrumenter», og i merknadene viser til at definisjonen er ment å dekke det som i markedet betegnes som «senior non preferred», «tier 3» mv. For myndighetene vil en presisering som nevnt også

kunne bidra til å redusere risiko for at en hypotetisk nedskrivning eller konvertering kan bli utfordret i medhold av det såkalte «no creditor worse off»-prinsippet.

Det følger av ny artikkel 108 (2) (c) om den nye klassen etterstilte gjeldsinstrumenter at det i låneavtalen og i et eventuelt prospekt skal refereres til den lavere prioriteten etter nasjonal lovning. Finanstilsynet vurderer at et slikt vilkår bør fremgå i loven, og foreslår at den nye klassen gjeldsinstrumenter oppfyller følgende vilkår: «*avtalevilkårene og prospekt utarbeidet i forbindelse med utstedelse angir lånets prioritet etter denne bestemmelsen*», jf. ny § 20-32 (1) nr. 4 bokst. b.

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

— Vi kan ikke se av direktivet i seg selv at det kreves en godkjenningsprosedyre som den Finanstilsynet viser til i høringsnotatet. Vi mener videre at de nye instrumentene har en annen karakter enn eksisterende hybridinstrumenter og ansvarlige lån, og at det derfor bør tas mer hensyn til tid og kostnader som en godkjenningsprosedyre vil innebære når ev. behov for godkjenning av de nye instrumentene vurderes, og at det i den forbindelse tas særlig hensyn til lån som følger internasjonale låneprogrammer og som følger prospekt som er godkjent av annen prospektmyndighet. Vi mener basert på dette at norske myndigheter på dette området ikke bør legge seg på en strengere linje enn andre myndigheter i EØS-området, men savner uansett en omtale av forholdet til minstekravene til godkjenning som ev. følger av EUs regler, samt en konsekvensvurdering av at det etableres en slik godkjenningsordning for denne typen lånedokumentasjon i Norge.

For øvrig så bemerker vi at vilkår om angivelse av prioritet i «prospekt» etter direktivets ordlyd i Art. 108 (2) (c) bare gjelder «*where applicable*» (engelsk versjon). Vi mener at det vil være formålstjenlig å ta et tilsvarende relevanskriterium direkte inn i den norske lovteksten for å presisere at det kan være unødvendig med slik referanse i prospekt, f.eks. dersom vilkåret følger direkte av de individuelle avtalevilkårene til en lånetransje i et låneprogram uten slik referanse i programprospektet, eller dersom det tas opp et lån med slike avtalevilkår som ikke er omfattet av prospektplikt.

Vi står til disposisjon ved eventuelle spørsmål til denne høringsuttalelsen.

Med vennlig hilsen

Thomas Yul Hanssen

Juridisk direktør, Kommunalbanken AS