

Innspill til Finanstilsynslovutvalget

02.03.2022

1. Generelt om Finanstilsynets virksomhet og betydning for finansnæringen

Finansnæringen har en sentral rolle i samfunnet og for den økonomiske utviklingen. Et godt fungerende finanstilsyn er viktig for både finansnæringen selv og realøkonomien. Innretningen av rammevilkårene handler derfor ikke bare om virksomhetskrav som sådan. Hensynet til forutsigbarhet og transparens i myndighetsutøvelsen er svært viktig innenfor et såpass tett regulert område som finansområdet. Lovutvalget bør derfor knesette viktige prinsipper for tilsynsutøvelsen i finanstilsynsloven.

Finansnæringen har en viktig rolle i samfunnet og er avgjørende for den økonomiske utviklingen. En velfungerende finansnæring bidrar til at kapitalen sømløst blir kanalisert dit den kaster mest av seg når en tar hensyn til risiko. Samtidig har historien vist at det er nødvendig å regulere næringen og sørge for at foretakene er tilstrekkelig kapitalisert. Like viktig er at man har et kompetent tilsynsorgan som ser til at foretakene drives på en betryggende måte. Et godt fungerende finanstilsyn – herunder det underliggende rammeverket som regulerer tilsynet - er derfor av stor samfunnsmessig betydning.

Innretningen av rammevilkårene for å drive finansvirksomhet og tilsynet med disse har samtidig betydning for konkurransen i markedet. I denne sammenheng innebærer dette også en forståelse av at rammevilkårene i størst mulig grad er like uavhengig av om man driver under norsk konsesjon og står under direkte tilsyn av Finanstilsynet eller opererer som en filial under en utenlandsk konsesjon. Konkurransedyktige rammevilkår handler ikke bare om *hvilke* virksomhetskrav som enhver tid er gjeldene, men også om *hvordan* disse kravene følges opp gjennom tilsyn både på foretaksnivå og generelt. Finanstilsynet skal sørge for at foretakene under tilsyn etterlever de krav som stilles i regelverk og tilsynspraksis, men bør samtidig påse at konkurransen skjer på like vilkår.

Finanstilsynets hovedformål er å sikre finansiell stabilitet og velfungerende markeder, samt beskytte brukerne av finansielle tjenester, gjennom tilsyn med foretak og markeder. Kjernevirksomheten til Finanstilsynet består i å følge opp hvordan foretakene under tilsyn etterlever regelverket på finansområdet. Dette skjer gjennom regulær rapportering og innsending av data, samt ved stedlig og dokumentbasert tilsyn. Finanstilsynet har i senere tid også blitt tillagt betydelig myndighet til å legge administrative sanksjoner ved brudd på regelverket.

I tillegg er Finanstilsynet i dag konsesjons-myndighet for alle deler finansområdet og forvalter retten til å innvilge og inndra tillatelser til å utøve konsesjonsregulert virksomhet. Utover kjernevirksomheten er Finanstilsynet med årene gitt et stadig økende mandat som regelverksutreder innenfor finansområdet. Videre har tilsynet også oppskalert sitt arbeid med makroøkonomiske overvåking og vurdering av finansiell stabilitet.

Lovutvalget skal etter mandatet vurdere både reguleringen av Finanstilsynets virksomhet, enkelte sider ved organiseringen av Finanstilsynet, samt arbeidsdelingen med andre myndighetsorganer. Innledningsvis er det grunn til å understreke at Finanstilsynet i all hovedsak etter gjeldende rammer og premisser er et velfungerende tilsyn som kjennetegnes av faglig dyktighet og høy integritet. Den

norske modellen med et felles tilsyn som dekker alle deler av finansnæringen, gir klare effektivitetsgevinster og fordeler knyttet til kompetansebygging.

Samtidig skal det ikke underslås at det på enkelte områder har vært visse «konfliktlinjer» mellom næringen og Finanstilsynet. Uenigheten er ikke først og fremst knyttet til de grunnleggende kravene som stilles til virksomhetene under tilsyn og som er fastsatt av politiske myndigheter, men rammene for tilsynsfunksjonen som utøves gjennom tilsynets standardsetting. Kjernen i uenigheten gjelder i store trekk i hvilken grad Finanstilsynet gjennom sin tilsynspraksis kan skjerpe lovfastsatte krav med grunnlag i ikke-foretaksspesifikke forhold, for å dekke den samme risiko som lovgiver tidligere har vurdert. Dette gjelder primært forhold innenfor soliditetsreguleringen og er kommentert nedenfor i *pkt. 2*. Finanstilsynet har videre etter næringens vurdering et forbedringspotensial i sin virkemiddelbruk, kommunikasjon med enkeltforetak/markeder og regelverksutredning, se nærmere omtale i *pkt. 4 og 5*.

En god tilsynspraksis kjennetegnes av transparens og forutsigbarhet i myndighetsutøvelsen. Innenfor et såpass tett regulert område som finansområdet er det særlig viktig at aktørene blir gjort kjent med og forstår begrunnelsen for de kravene som blir stilt overfor dem gjennom tilsyn. Samtidig må kravene gjøres kjent, slik at andre aktører i markedet kan innrette seg. Det er bred enighet om at Finanstilsynets operative virksomhet - tilsynsaktivitetene – skal være risikobasert og at vurderingene i den sammenheng må være tilsynets ansvar og domene. Kjernen i tilsynsaktiviteten fordrer en uavhengighet fra politiske myndigheter. Det er derimot lovgiver og departementets ansvar å fastsette de grunnleggende kravene til og rammer for tilsynsaktiviteten. Således bør ikke bare selve tilsynspraksisen, men også kompetansefordelingen på myndighetssiden være transparent og forutsigbar for alle aktørene i finansmarkedet, ikke minst for foretakene under tilsyn, se nærmere omtale nedenfor under *pkt. 3*.

Gjeldende finanstilsynslov har, bortsett fra noen spredte bestemmelser om bl.a. taushetsplikt, ingen generelle regler om hvordan kjernevirksomheten til Finanstilsynet skal utøves. Som alle andre offentlige tilsyn er Finanstilsynets virksomhet regulert av forvaltningsloven, men dette er å anse som en «minimumslov»¹ i den forstand at den fastsetter en minstestandard for offentlig forvaltning. I tillegg følger det enkelte overordnede krav av EØS-forpliktelsene, blant annet EUs kapitalkravsdirektiv for kredittinstitusjoner,² men disse går primært på organisering av tilsynsvirksomheten og ikke den operative virksomheten.

Lovutvalget bør derfor knesette viktige prinsipper for tilsynsutøvelsen i finanstilsynsloven og hvorvidt etterlevelsen av disse prinsippene gjør det nødvendig med et klarere skille mellom Finanstilsynets kjernevirksomhet og tilsynets rolle som regelverksutreder, samt tilsynets arbeid knyttet til makro-økonomisk overvåking og tiltak, samt vurdering av finansiell stabilitet.

¹ Se NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov*, kapittel 11.3

² Se Europaparlaments- og Rådsdirektiv 2013/36/EU av 26. juni 2013 art. 4.

2. Nærmere om makrotilsyn og betydningen av like konkurransevilkår

Sammenliknet med andre EU/EØS-land har norske myndigheter fastsatt norske bankers generelle soliditetskrav på et meget høyt nivå. For å oppnå likeverdige konkurransevilkår er det avgjørende at også utenlandske bankers norske virksomhet omfattes. Viktigheten av like konkurransevilkår blir ikke tilstrekkelig vektlagt av Finanstilsynet, men utgjør et sentralt premiss i Finansdepartementets vurderinger. Beslutningsansvaret for generell regelverksinnretning bør ligge i departementet.

På bakgrunn av erfaringer med kriser i både det norske og internasjonale finansielle systemet har norske myndigheter over tid vært opptatt av å innrette en finansmarkedsregulering som begrenser og motvirker finansielle sårbarheter. Etter finanskrisen i 2008/2009 ble det gjennomført en global regulatorisk reform som innebar et større handlingsrom og bredere politisk aksept for å anvende tiltak mot makro- og systemrisiko, i tillegg til krav for å dekke opp for risikoen ved den enkelte institusjon. Temaet makrotilsyn har etter hvert blitt viet stor oppmerksomhet innen samfunnsøkonomisk forskning, der begrepet «macroprudential policy» – med vurderinger og virkemidler innen makrotilsyn – står sentralt.

EUs kapitalkravsregler er i utgangspunktet et fullharmonisert regelverk, omtalt som «Single Rulebook», men inneholder også enkelte bestemmelser («lommer») med nærmere definerte nasjonale handlingsrom, i stor grad bestående av makrotilsynstiltak. EU har dessuten etablert et eget organ, Det europeiske systemrisikorådet (ESRB), som blant annet overvåker og analyserer risiko, utarbeider retningslinjer for virkemiddelbruk, gir ulike råd, har en koordinerende rolle og fører oversikt over nasjonale tiltak innen makrotilsynet. Blant annet med utgangspunkt i sistnevnte oversikt er det Finans Norges vurdering at Norge er det landet innen EU/EØS-området som i aller størst grad har gjort bruk av makrotilsynstiltak.³

I hovedsak består virkemidler innen makrotilsynet av kapitalkrav, og omhandler både krav til risikovektet bufferkapital og krav som innvirker direkte på risikovektingen. Norske myndigheter har dessuten også gjennomført krav til uvektet bufferkapital og regulering av bankenes utlånspraksis. Selv om banker hjemmehørende i EU/EØS-området står under tilsyn av myndighetsorganer med en aktiv og streng praksis innenfor ulike områder, står kapitalkravene i en særstilling når det gjelder effekten på bankenes kostnader, lønnsomhet og derfor også deres priser og relative konkurransevilkår.⁴ Også blant nordiske land er det betydelige forskjeller hva gjelder generelle kapitalkravnivåer og anvendte makrotilsynstiltak.

Den norske innretningen skiller seg blant annet ut gjennom et høyt samlet krav til bufferkapital. Det er fastsatt en generell systemrisikobuffer for alle norske banker på hele [4,5 prosent](#), noe som er

³ Se ESRBs [hjemmeside](#) for en generell oversikt samt Norges Banks rapport [Finansiell stabilitet 2021: sårbarhet og risiko](#), s. 64-65, for en samlet oversikt over norske tiltak.

⁴ Selv om krav til bankenes soliditet er av avgjørende betydning for relative konkurransevilkår, taler isolert sett eldre økonomisk teori for det motsatte. Etter Modigliani og Millers teorem (1958) skal et foretaks finansieringsstruktur, forholdet mellom egenkapital og gjeld, ikke ha betydning for samlet finansieringskostnad. Imidlertid viser omfattende empirisk forskning at teoremet ikke holder (fullt ut), og nyere teori forklarer hvorfor. Andelen egenkapital er således av stor betydning for en banks kostnader, og dersom to ellers like banker i samme marked er pålagt svært forskjellige egenkapitalkrav, vil dette innebære en høy grad av skjeve konkurransevilkår. Banken med det høyeste egenkapitalkravet må enten (i) ta høyere priser (høyere rentemarginer) enn konkurrenten for å oppnå samme egenkapitalavkastning eller (ii) ta de samme priser som konkurrenten, men oppnå en lavere avkastning til eierne (tape konkurransekraft i kapitalmarkedet) eller (iii) utføre en kombinasjon av de to førstnevnte alternativene.

usedvanlig høyt sammenliknet med andre EU/EØS-land.⁵ Den motsykliske bufferen er varslet fastsatt til [2,5 prosent i løpet av våren 2022](#), og i kombinasjon med en bevaringsbuffer på 2,5 prosent (som også er generelt gjeldende i andre land), gir dette en samlet og generell pilar 1-kapitalbuffer for alle norske banker på 9,5 prosent. Dessuten må en ta i betraktning at norske myndigheter har gjort utstrakt bruk av makrotilsynstiltak som skjerper beregningsgrunnlagene for de prosentvise kapitalkravene (og dermed øker kapitalkravet målt i kroner).⁶

Etter Finans Norges syn kan det ikke herske tvil om at det generelle norske bufferkravet er på et nivå som skiller seg fra andre EU/EØS-land. Når det gjelder spørsmål om hva som er et riktig kapitalkravnivå sett opp mot faktisk risiko, eller hva forskningslitteratur angir som optimale kapitalkravsintervaller, så er dette aktuelle og viktige problemstillinger, men likevel av underordnet betydning i denne sammenheng. Det sentrale vi her vil fremheve er at ved en norsk skjerpelse av kapitalkrav, så må dette få virkning for alle aktørene i markedet, ikke bare de norske bankene.

Utenlandske filialbanker har betydelige markedsandeler i Norge, eksempelvis nær hele 35 prosent av markedet for utlån til norske bedriftskunder. Tilstedeværelsen av utenlandske aktører bidrar til skjerpet konkurranse og effektivisering, og utløser trolig produktivetsgevinster som forbrukere og næringslivet til gode. Samtidig illustrerer empiriske analyser at en sterk skjevregulering vil kunne gi en markedsdynamikk som forsterker negative forstyrrelser og dermed større finansiell og realøkonomisk ustabilitet. Det sentrale motivet for EUs «Single Rulebook» er nettopp erfaringene med skjevreguleringens markedsfragmentering og regulatoriske arbitrasje som innebar større sårbarhet og forsterket sjokk.⁷ Skal integriteten til det indre markedet ivaretas, må alle aktører i et nasjonalt marked omfattes når nasjonale myndigheter gjennomfører makrotilsynstiltak (resiprositet).

I forbindelse med gjennomføringen av EUs kapitalkravsregelverk i norsk rett ved utgangen av 2019 bortfalt enkelte særnorske krav som ikke harmonerte med EU-regelverket. Finansdepartementet vurderte da tiltak som skulle opprettholde bankenes reelle kapitalkravnivå, men vektla samtidig at [tiltakene også burde omfatte utenlandske bankers norske virksomhet](#). Departementet anså ikke tilsynsmessige tiltak⁸ som egnet ettersom disse bare ville omfatte norskregulerte banker, og besluttet i stedet andre makrotilsynsvirkemidler, herunder en systemrisikobuffer på 4,5 prosent.⁹

I Finansdepartementets siste [tildelingsbrev](#) til Finanstilsynet presiseres det nå at i valg av tiltak som Finanstilsynet setter i verk eller foreslår av hensyn til risikoforholdene i det norske markedet, skal Finanstilsynet legge vekt på at tiltakene bør gjelde også for utenlandske foretaks virksomhet i Norge. Finans Norge vil her bemerke at spørsmålet om likeverdige rammevilkår, og prinsippet om lik regulering av lik risiko, er noe som over tid i for liten grad har blitt vektlagt av Finanstilsynet. Tilsynet

⁵ ESRBs [oversikt](#) illustrerer at mange jurisdiksjoner ikke har innført et slikt bufferkrav. I enkelte stater er den formelt innført, men er for tiden null prosent. Enkelte andre stater anvender den ikke som et generelt krav, men pålagt kun for et fåtall banker, slik som i Sverige. Ifølge Finanstilsynet er det kun [Island, Færøylene, Bulgaria og Slovakia](#) som har en sammenliknbar systemrisikobufferanvendelse som Norge, men satsen er lavere enn den norske.

⁶ I tillegg omfattes bankene av pilar 2-tillegg, og noen få foretak er pålagt et pilar 1-bufferkapitalkrav for systemviktighet.

⁷ Jf. blant annet Den europeiske banktilsynsmyndigheten (EBA) syn om: «[Why do we need a Single Rulebook?](#)».

⁸ Finanstilsynet hadde da allerede varslet tilsynsmessige tiltak som motvirkende tiltak mot EØS-tilpasningens kapitalkravseffekter, se eksempelvis innledende oppsummering i [Finansielt utsyn juni 2019](#).

⁹ Fra Finansdepartementets [høringsnotat 25.06.19](#): «Tilsynsmessige tiltak, som strengere krav til bruken av IRB-modeller, har til nå ikke blitt gjennomført fullt ut for alle utenlandske banker som opererer i Norge, mens økte pilar 2-krav uansett bare vil gjelde norske banker. Den individuelle tilnærmingen ved slike tiltak gjør dem dessuten mindre egnet både til å bestemme det generelle kapitalkravnivået i Norge og til å synliggjøre soliditeten i norske banker». «Etter en samlet vurdering mener departementet at tilpasninger i systemrisikobufferkravet er det mest egnede tiltaket».

synes i stor grad å rette hovedoppmerksomheten mot soliditeten på institusjonsnivå, for de foretakene som står under norsk tilsyn. Dette er problematisk i lys av den faktiske strukturen og konkurransevilkårene i det norske bankmarkedet.

Finans Norge har merket seg at Finanstilsynet overfor departementet, senest i august i fjor, anførte at myndigheten til å fastsette sentrale makrotilsynstiltak, her konkret både systemrisikobufferen, motsyklisk buffer og systemviktighetsbufferen, bør legges til Finanstilsynet.¹⁰ I tillegg uttrykte tilsynet, så sent som i desember i fjor, at dagens kapitalkravnivå er utilstrekkelig og at det nå er behov for å anvende det nasjonale handlingsrommet i EU-regelverket (altså til tross for allerede gjennomførte tiltak som har bragt den norske innretningen i en særstilling).¹¹ Dette regulatoriske signalet, samt ønsket om å få beslutningsmyndighet for makrotilsynsvirkemidler, kombinerer Finanstilsynet med en argumentasjon om at rammene for tilsynets virksomhet bør vurderes gitt «de krav som stilles til de nasjonale tilsynsmyndigheters uavhengighet i EØS-retten». Og nettopp med henvisning til makrotilsynsvirkemidler anføres det at «[finansstilsyns]loven bør vurderes i lys av de nye elementene i kapitalkravsregelverket».¹²

Nedenfor gir Finans Norge en nærmere drøfting av hvorfor en omfattende delegering til uavhengige myndighetsorganer anses som problematisk for den demokratiske legitimiteten og de mulige konsekvensene av dette ved spørsmål om brudd på norske EØS-forpliktelser. Her vil vi kun avslutningsvis fremheve at Finansdepartementet har fastsatt en klar *arbeidsdeling* mellom generelle kapitalkrav (under pilar 1) og foretaksspesifikke krav (under pilar 2), som er i samsvar med EU-regelverket.¹³ Den uttalte intensjonen er at risiko som gjelder norske banker generelt er reflektert i pilar 1-kravene, og at det ikke bør fastsettes ytterligere tilsynsmessige krav på institusjonsnivå når risikoen allerede er dekket av kapitalbuffer og andre makrotilsynstiltak.¹⁴

3. Organisering, formålsbestemmelse og Finanstilsynets uavhengighet

Finans Norge mener det er et klart behov for en bredere formålsbestemmelse i finansstilsynsloven. Tilsynsvirksomheten bør ikke bare vektlegge det enkelte finansforetaks soliditet, organisering og etterlevelse av regelverk, men også hensynet til konkurransevilkår og betydningen av like konkurransevilkår for realøkonomisk stabilitet.

Finansdepartementet har i dag det overordnede ansvaret for finansiell stabilitet. Både Finanstilsynet og Norges Bank skal imidlertid gjennom sin virkemiddelbruk bidra til at det finansielle systemet er robust og effektivt, og samtidig overvåke finansinstitusjonene, verdipapirmarkedene og

¹⁰ I [brev 30.08.21](#) angir tilsynet at: «Hensynene omtalt ovenfor kan tilsa at myndigheten til å fastsette systemrisikobuffer, buffer for systemviktige finansforetak og motsyklisk kapitalbuffer legges til Finanstilsynet.». Med en delegering av myndighet til Norges Bank angir tilsynet følgende: «En bestemmelse som foreslått av departementet vil være uheldig for Finanstilsynets mulighet til å utøve tilsynsvirksomheten på en god måte».

¹¹ Se innledende oppsummering i [Finansielt utsyn desember 2021](#). Tilsynet viser her til lettelsener i kapitalkravene i 2019 tilknyttet EØS-tilpasningen og reduksjonen i motsyklisk buffer når pandemien inntraff. Finanstilsynet unnlater her å nevne at lettelsene i 2019 for lengst var motvirket gjennom ulike tiltak og at motsyklisk buffer allerede var besluttet økt igjen. Og med en referanse til de tidligere lettelsene, samt en vurdering om at reduserte kapitalkrav er uheldig, så konkluderes det med følgende: «Handlingsrommet innenfor det europeiske regelverket bør derfor brukes for å motvirke en slik utvikling».

¹² Finanstilsynets vurderinger i [brev av 29.01.20](#) til Finansdepartementet.

¹³ Se eksempelvis Finansdepartementets vurderinger i [brev av 08.12.20](#) til Finanstilsynet.

¹⁴ Etter endringer i EUs kapitalkravsregler («CRR2/CRD5»), som trolig snart vil tre i kraft i norsk rett, skal ikke lenger pilar 2-krav kunne bli benyttet som tiltak mot systemrisiko.

betalingssystemene for å avdekke forhold som kan true den finansielle stabiliteten. Denne rollefordelingen bør ligge fast. En eventuell innføring av lovfastsatte skranker for departementets instruksjonsmyndighet må gjelde tilsynets diskresjonære skjønn og ikke tilsynets lovanvendelse. Ved en slik avskjæring av instruksjonsmyndighet blir det samtidig prekært at aktørene sikres adekvate klagemuligheter over utøvelse av Finanstilsynets diskresjonære skjønnskompetanse.

Utvalget skal etter mandatet vurdere om det er hensiktsmessig å gi en egen formålsbestemmelse og hvorvidt loven bør definere Finanstilsynets tilsynsoppgaver ut fra et bredere perspektiv enn tilsyn på foretaksnivå¹⁵.

På generelt grunnlag mener Finans Norge at en bredere formålsbestemmelse bør inntas i finanstilsynsloven. Tilsynsvirksomheten bør ikke bare vektlegge det enkelte finansforetaks soliditet, organisering og etterlevelse av regelverk, men også hensynet til konkurransevilkår og betydningen av like konkurransevilkår for realøkonomisk stabilitet mv. Dette dreier seg i stor grad om å definere og tydeliggjøre det nærmere innholdet av Finanstilsynets definerte hovedmål som i dag er å bidra til finansiell stabilitet og velfungerende markeder. Hovedformålet kan således gjøres tydeligere og bredere blant annet gjennom presiseringer av begrepet «velfungerende markeder».

Vurderingen av en ny formålsbestemmelse vil være nært knyttet til drøftingen av Finanstilsynets uavhengighet fra Finansdepartementet og virkemidlene tilsynet rår over. Finanstilsynet har offentlig tatt til orde for at det bør gjøres endringer blant annet i departementets instruksjonsadgang for å sikre tilsynet større uavhengighet.

Finans Norge er enig i at Finanstilsynets faglige skjønnsutøvelse skal utøves på et uavhengig grunnlag og oppfatter det slik at gjeldende organisering gir et klart rom for dette. Dersom det skal vurderes endringer i Finanstilsynets organisering for å oppnå økt uavhengighet, bør man imidlertid først avklare *hvorfor* en økt uavhengighet, med begrenset eller avskåret instruksjonsadgang for departementet, er formålstjenlig for samfunnet. Samtidig må det tydelig defineres innenfor *hvilke områder* det er ønskelig å vurdere å lovfeste økt uavhengighet for Finanstilsynet, gitt at tilsynet i dag er tillagt flere oppgaver enn direkte tilsyn (kjernevirksomheten).

I denne vurderingen må det også sees på hvilken betydning en innsnevring av instruksjonsadgangen vil kunne få i et demokratisk perspektiv. Den grunnleggende konstitusjonelle kompetansefordelingen innenfor alle områder hvor det er opprettet statlige tilsyn, er at tilsynet hovedsakelig er ilagt en kontrollmyndighet for å avsjekke etterlevelsen av et regelverk som er vedtatt av politiske myndigheter. Dette utgangspunktet må også gjelde innenfor finansområdet. Kompetansen til å vedta regelverk tilligger Stortinget og departementet, med mindre denne er delegert til underordnede organer som Finanstilsynet. En tilsvarende rollefordeling følger også av systemet i EU hvor politikerne i Europaparlamentet og Rådet vedtar rettsakter på nivå 1 og 2, også hvor det er tale om såkalte tekniske standarder på finansområdet.

Det er flere grunner til at dette utgangspunktet bør ligge fast. For eksempel har virkemidler innen både soliditetsreguleringen og makrotilsynet effekter langt utover finansforetakene, og må heller anses som del av den samlede økonomiske politikken med betydning for både realøkonomisk stabilitet og fordeling, ref. omtalen i *pkt. 2*. Både hensynet til helhetlige politiske vurderinger og

¹⁵ Se Mandatet for lovutvalget s. 1 fjerde avsnitt.

demokratisk legitimitet tilsier at Regjeringen/Finansdepartementet har beslutningsmyndighet for ny regulering.

Samtidig må det være tilsynets domene å utøve tilsynspraksis innenfor de til enhver tid lovfastsatte rammer for tilsynsutøvelsen. Det er bred enighet om at departementet – herunder politisk ledelse – ikke skal gi føringer for tilsynet med enkeltforetak eller grupper av foretak. Typisk vil spørsmål som for eksempel kontroll med etterlevelse av virksomhetskrav i et finansforetak som kreditt- eller forsikringspraksis, eller godkjenning av foretakets daglige ledelse, styre og nøkkelpersonell være en del av Finanstilsynets prerogativer. Departementet vil i slike spørsmål først kunne uttale seg når det foreligger en formell klagesak.

Finans Norge er heller ikke kjent med at departementet har instruert tilsynet innenfor kjernen av Finanstilsynets forvaltningsskjønn. Derimot har departementets instruksjonsadgang vært benyttet hvor det er reist berettigede spørsmål til Finanstilsynets regelverksforståelse kommunisert i rundskriv og forholdet til EØS-retten¹⁶. Bakgrunnen er at departementet har et overordnet ansvar for gjennomføring av EØS-retten på finansmarkedsområdet. Dette har bidratt til raskere avklaring og uten bruk av rettslige verktøy som f.eks. klage til EFTAs overvåkningsorgan (ESA).

Uavhengigheten fra Finansdepartementet er etter Finans Norges vurdering sikret gjennom gjeldende organisering. De mange faglige spørsmål de senere år hvor Finanstilsynet og departementet har vært uenige, illustrerer nettopp at tilsynet allerede har en sterk autonomi og treffer sine beslutninger uavhengig av departementet. Samtidig er det betimelig at lovutvalget utreder om det i en ny tilsynslov er hensiktsmessig å ramme inn Finanstilsynets autonomi og gi denne et klart lovmessig grunnlag, for eksempel i lys av internasjonale forpliktelser. Dersom lovutvalget ser behov for å styrke Finanstilsynets uavhengighet gjennom endret organisering og lovfastsatte begrensninger i departementets instruksjonsmyndighet, må disse begrensningene uansett gjelde tilsynets kjernevirksomhet og det diskresjonære skjønn som der utøves - ikke tilsynets lovanvendelse.

Finans Norge kan ikke se at dette rokker ved Finanstilsynets autoritet overfor finansforetakene som tilsynsmyndighet. Svært mye av tilsynsaktiviteten er relatert til EØS-regler, og dersom departementet ikke skal kunne være et korrektiv, så vil etter alt å dømme langt flere saker bli rettsliggjort og herunder fremlagt for ESA. Finans Norge kan vanskelig se at dette er hensiktsmessig. For de ulike foretakene under tilsyn ligger det et klart rettsikkerhetsaspekt i at departementet i kraft av sitt overordnede ansvar for finansreguleringen kan instruere Finanstilsynet i sin lovførståelse. Dette har også en konkurransemessig dimensjon ettersom tilsynets mandat som vertslandstilsyn ift. utenlandske foretaks virksomhet i det norske markedet er begrenset.

Dersom instruksjonsadgangen skal begrenses må denne gjelde det frie forvaltningsskjønnet, men aktørene må samtidig gis adekvate klagemuligheter. En sentral forutsetning for en reell overprøving er imidlertid at Finanstilsynets beslutninger er transparente og at det fremgår hvilke hensyn og faktiske forhold som er vektlagt og hvordan den konkrete avveiningen er foretatt. Disse vurderingene bør synliggjøres i større grad enn hva som følger av gjeldende forvaltningspraksis, se *pkt. 5* nedenfor.

¹⁶ Se bl.a. Finansdepartementets avklaring om tolkning av CRR art. 128 i [brev 25.05.21 til Finanstilsynet](#)

4. Finanstilsynets regelverksutredning

Finans Norge stiller spørsmål ved om det bør trekkes et organisatorisk skille mellom rollen som regelverksutreder og rollen som tilsynsmyndighet. Finansdepartementet har over tid overlatt større deler av regelverksutredningen til Finanstilsynet, i stedet for å sette ned uavhengige lovutvalg eller å gjøre dette arbeidet selv. Dette kan føre til en sammenblanding av roller når Finanstilsynet både skal utrede, forvalte og sanksjonere det samme regelverket.

Finansdepartementet benytter i utstrakt grad Finanstilsynet til å utrede problemstillinger og foreslå nærmere regulering. Slike oppdrag antas å være ressurskrevende, og den betydelige anvendelsen av tilsynsmyndigheten til regelverksutvikling kan ha sammenheng med begrensede ressurser i departementet. Antallet ansatte i departementet med ansvar for finansmarkedsområdet synes å fremstå som nokså stabilt over tid, mens antallet fast ansatte i Finanstilsynet er mer enn doblet siden tusenårsskiftet, noe som trolig har sammenheng med både flere oppgaver og økende regulatorisk kompleksitet.

Med klare ressursbegrensninger i departementet er det forståelig at man delegerer utredningsoppdrag i stort omfang til et underliggende forvaltningsorgan. En annen side av dette er at hele virksomheten til Finanstilsynet – ikke bare kjernevirksomheten - utlignes på foretakene under tilsyn. I alle andre næringer som fiskeri- og oljenæringen – er denne type forvaltningsarbeid underlagt et statlig finansiert direktorat.

Finans Norges vurdering er at departementet i sine regelverksutredninger i større grad enn tilsynet hensyntar bredere og mer helhetlige hensyn når endelige beslutninger fattes. Dette har også sammenheng med at det tidvis også kan være aktuelt å vurdere tiltak som ikke har noen direkte kontaktflate med Finanstilsynets virksomhet. Finanstilsynets tilnærming og innfallsvinkel kan således i noen tilfeller bli for smal sett opp mot problemstillingene det er bedt om å belyse.

I oppdragsbrevene til Finanstilsynet presiseres det gjerne at utredningene skal oppfylle utredningsinstruksens krav, men etter Finans Norges syn forekommer det ofte en for svak oppfølging av utredningsinstruksen, og tidvis er selv ikke instruksens minstekrav oppfylt. Regelrådet praktiserer et trafikklyssystem og har i flere tilfeller vurdert at utredningene enten har svakheter («gult lys») eller ikke er tilstrekkelig utredet («rødt lys»)¹⁷. Tilsynets forslag om en systemviktighetsbuffer for regionbankene og den siste utredningen om utlånsreguleringen (utlånsforskriften) er eksempler på helt sentrale saker som har fått rødt lys¹⁸. Ifølge Regelrådet er var begge disse utredningene preget av betydelige svakheter, der grunnleggende elementer i utredningsinstruksen ikke er oppfylt.

Norsk regelverksutredning generelt (med unntak av departementenes lovutredninger) er per i dag i stor grad kjennetegnet av taushet om hvorfor innsigelser ikke blir tillagt vekt. Dette reiser vesentlige spørsmål ved Finanstilsynets myndighetsutøvelse. I Sverige svarer Finansinspektionen i sine forarbeider systematisk på innsigelser som er kommet i høringsrunden. Tilsvarende praksis er etablert i bl.a. det europeiske banktilsynet (EBA) ved konsultasjoner om veiledninger og retningslinjer. Dette

¹⁷ For nærmere informasjon om Regelrådet, se www.regelradet.no

¹⁸ Se <https://regelradet.no/2020/11/10/horing-om-enderinger-i-utlansreguleringen/> og

gir klarhet i myndighetenes argumentasjon og synliggjør hva det er lagt avgjørende vekt på. Likeledes bør det foretas effektberegninger og vurderinger av bruk av alternative virkemidler.

Bedre forarbeider, der innsigelser og merknader som er innkommet i en høringsrunde svares ut klart og tydelig, vil kunne gi regelverket økt legitimitet og bidra til økt forutberegnelighet. Dette kan både bidra til økt transparens og bedre etterlevelse, samt virke prosessbesparende når forskrifter og veiledninger har trådt i kraft.

5. Regulering av Finanstilsynets virkemiddelbruk

Lovutvalget bør utrede bruken av virkemidler i tilsynsutøvelsen nærmere. I tillegg til alminnelige forvaltningsrettslige virkemidler som merknader etter tilsyn og enkeltvedtak, fremsetter tilsynet eksplisitte forventninger og krav til en tilsynsenhet eller grupper av tilsynsenheter i likelydende brev og i rundskriv. Slike virkemidler er ikke underlagt grunnleggende krav til utredning, begrunnelse og kontradiksjon. De rettslige implikasjonene av slike virkemidler er uklare, både hva gjelder innholdsmessige krav til hjemmelsgrunnlag og klageadgang mv. Myndighetskrav bør gis en klar begrunnelse, kravene må kunne påklages og det bør ikke herske tvil om hjemmelsgrunnlaget.

I gjeldende hovedinstruks for Finanstilsynet viser departementet til at tilsynsvirkemidlene består av tilsyn, overvåking og kontroll, forvaltning, regelverksutvikling samt informasjon og kommunikasjon. Finans Norge vil fremheve viktigheten av at særlig kjernevirksomheten oppfyller grunnleggende krav til god forvaltningsskikk og sentrale rettsikkerhetskranker, som begrunnelsesplikt, kontradiksjon, reell overprøvnbarhet av beslutninger og vedtak, samt respekt for legalitetsprinsippet.

Forutberegnelighet og transparens er to nøkkelord som sammen med adgang til kontradiksjon, bør definere interaksjonen mellom tilsynsenhetene og Finanstilsynet. Det er helt grunnleggende for både foretakene under tilsyn og Finanstilsynet at man kan ha en fortrolig dialog om sentrale virksomhetskrav og at endringer skjer etter involvering av de foretakene som berøres. Samtidig må kravene kommuniseres og begrunnes på en måte som bidrar til at foretakene kan forutberegne sin rettsstilling. Innenfor en tungt regulert sektor som finansområdet, får dette stadig større betydning.

Tilsynsvirksomheten og tolkningen av regelverk må utføres strengt objektivt og uavhengig av hvilke egne preferanser tilsynet har hatt i regelverksforberedelsen. Tilsynsutøvelsen skal heller ikke influeres av Finanstilsynets ønsker om å fylle ut regelverket for å oppfylle tilsynets egne målsettinger eller andre ønsker om hvordan kravene burde være.

Med hensyn til fastsettelse av krav overfor en tilsynsenhet har tilsynet etablert en praksis der de uttrykker eksplisitte forventninger, rettet både mot enkeltforetak eller en større krets av foretak, også innenfor områder hvor det i utgangspunktet vil være naturlig å fastsette enkeltvedtak eller forskrift. Krav som stilles som forventninger, typisk formulert som noe Finanstilsynet «forventer» eller noe som «legges til grunn», står gjerne i et adskillig mer uklart lys hva gjelder hjemmelsgrunnlag, begrunnelsesplikt og klageadgang. Det er i slike tilfeller ingen tvil om at tilsynet i realiteten har stilt et krav, men kravets rettslige status fremstår uklart.

Etter Finans Norges vurdering utgjør en forvaltningspraksis hvor krav på denne måten kommuniseres som forventninger til en bestemt eller ubestemt krets av foretak under tilsyn, et potensielt rettsikkerhetsproblem. Etter forvaltningsloven stilles det eksplisitte krav til hjemmelsgrunnlag for

ordinære vedtak, og for disse gjelder også en regulær klageadgang. Noe tilsvarende gjelder imidlertid ikke klart hvor det ikke er truffet formelle enkeltvedtak eller fastsatt forskrifter. Myndighetskrav bør generelt gis en klar begrunnelse, kravene må kunne påklages og det bør ikke herske tvil om hjemmelsgrunnlaget. Foretakene finner det ofte svært krevende å klage på slike krav, som fremmes både i brev og rundskriv, og som i praksis oppleves som like bindende som formelle enkeltvedtak. Ettersom dette ikke er formelle vedtak, forutsetter klageadgangen at foretakene ikke innretter seg og på grunn av dette ilegges et formelt pålegg om retting.

Et viktig prinsipp for næringen er, som nevnt ovenfor, at skjønnsutøvelsen begrunnes og er transparent for både det enkelte foretak og finansmarkedet for øvrig. De hensyn som ligger bak begrunnelsesplikten i forvaltningsloven bør etter Finans Norges vurdering etterleves i større grad enn gjeldende praksis – også hvor man er utenfor forvaltningsloven avgrensede virkeområde. Det bør fremgå av beslutningen hvilke hovedhensyn som har vært avgjørende og hvilke faktiske forhold som er lagt til grunn. Vurderingene bør synliggjøres både av hensyn til det enkelte foretak som beslutningen angår og forutberegneligheten for andre foretak.

Dette har også en klar side mot klageinstituttet. Bedre begrunnelser vil gjøre det enklere for foretaket å vurdere om det er hensiktsmessig å klage til departementet. Hovedutfordringen med eksisterende klageordning er imidlertid at saksbehandlingstiden i en rekke klagesaker er uforholdsmessig lang, opptil flere år. Den lange saksbehandlingstiden har bidratt til at klagebehandlingen i mange tilfeller har blitt lite reell og tidsbruken gjør at klageinstituttet benyttes i færre tilfeller enn det som ville vært tilfellet med en mer effektiv klageordning. De reelle mulighetene for tilsynsenhetene til å få en god overprøving av tilsynets enkeltvedtak har også i noen tilfeller vært svekket av mangler i vedtakenes begrunnelse og manglende transparens i vektingen/bruk av ulike hensyn, noe som gjør det utfordrende å vurdere klagemuligheter.

I denne sammenheng må det også minnes om at det å gå til det skritt å påklage et vedtak fra Finanstilsynet ikke er noen enkel beslutning for foretak under tilsyn. Ingen foretak under tilsyn ønsker en rettsliggjøring av tilsynsdialogen. Foretak som driver konsesjonspliktig virksomhet står i en tett regulær dialog og oppfølging av/rapportering til Finanstilsynet på en rekke områder. Relasjonen mellom tilsyn og tilsynssubjektene karakteriseres dessuten ved en grunnleggende asymmetri, ettersom Finanstilsynet både er konsesjonsmyndighet og kravstiller for den løpende virksomheten.

Flere finansforetak har derfor meldt til Finans Norge at de innretter seg etter tilsynets krav, selv om disse mangler begrunnelse eller det er uenighet om hjemmelsgrunnlag, fordi man ikke ønsker å forstyrre den regulære tilliten og dialog med Finanstilsynet. For større finanskonserner, banker og forsikringsforetak med noterte verdipapirer vil det dessuten være en tilleggsdimensjon at man må hensynta kommunikasjonen med investorer og finansmarkedet. Støy rundt virksomhetskrav og praksis er i den sammenheng svært lite ønskelig. Dette resulterer svært ofte i at foretakene ikke ser det som formålstjenelig å gå i en nærmere drøftelse med tilsynet om forståelsen av virksomhetskrav.

Motsatt ser vi at banker og forsikringsforetak generelt har mindre betenkeligheter med for eksempel påklage ligningsvedtak eller andre forvaltningsvedtak, dersom de er uenig i den generelle tolkning eller anvendelse på faktum i den konkrete saken (subsumpsjon). Til dette står det i sterk kontrast at ingen av de administrative sanksjonene som til nå er gitt av Finanstilsynet innenfor blant annet hvitvaskingsområdet er påklaget til departementet, til tross for at sanksjonene i enkelte tilfeller gjelder svært betydelige beløp.

Finans Norge mener derfor det er grunn til å vurdere flere sider av gjeldende klageordning. En mulighet vil være å etablere klagenemnder og tidsfrister for saksbehandling der EU-regelverket ikke allerede har medført slike. Etter Finans Norges vurdering vil en foretrukket løsning likevel være å redusere saksbehandlingstiden ved å styrke kapasiteten i Finansdepartementet. Ved å bevare klagebehandling i departementet oppnår man også en tettere oppfølging av tilsynets regelverksforståelse og rammer for skjønnsanvendelse, ettersom tilsynet er et underordnet organ. Motsatt vil tilsynet ikke ha den samme bindingen til en ekstern klagenemnd, noe som potensielt kan ha betydning for oppfølgingen av eventuelle justeringer i forvaltningspraksis og regelverksforståelse som en klagebehandling gir for fremtidige saker. En flytting av ressurser fra Finanstilsynet til Finansdepartementet vil ikke innebære økt ressursbruk samlet sett.