



Europarettslunsj 15. april 2021: LB-2018-141762 (Netfonds)
v/ førsteamanuensis Sjur Swensen Ellingsæter



Innledning

- LB-2018-141762: Dom i ankesak om erstatningskrav mot staten pga. påstått rettstridig avslag på søknad om konsesjon til å drive bank- og forsikringsvirksomhet
- Saksøkerne: Rettsetterfølgere til Netfonds Bank AS og Netfonds Livsforsikring AS
 - Avslaget på konsesjonssøknadene ble begrunnet i at én enkeltperson indirekte eide 80 % av aksjene i saksøkerne («eierspredningsvilkåret»).
 - Blant annet anført at anvendelse av eierspredningsvilkåret strider med EØS-avtalens regler om etableringsfrihet.
- Hvorfor er dommen interessant?
 - Flere prinsipielle spørsmål
 - ESA har innledet traktatbruddsprosedyre mot Norge
- Avgrensning:
 - Vi ser på delene som knytter seg til Netfonds Bank og de EØS-rettslige aspektene.

Saksforholdet

- 2005: NFB får begrenset tillatelse til å drive «nisjevirksomhet»
 - «Det bemerkes likevel at vilkår om eierspredning ville blitt satt dersom bankens virksomhet, sett hen til opplysningene i søknaden og de vilkår som settes, hadde vært en annen.»
- 2011 og 2012: Søknader om utvidelse av konsesjon avslås
 - Begrunnelse: Dominerende aksjonær
- Grenseoverskridende aktivitet i denne perioden:
 - Utenlandske kunder
 - Forsøk på oppkjøp av litauisk bank
- 2015: NFB, Netfonds Livsforskring og Netfonds Holding tar ut stevning. Oslo tingrett forelegger spørsmål for EFTA-domstolen

Saksforholdet

- 2017: EFTA-domstolen kommer med sin rådgivende uttalelse (sak E-8/16).
- 2018: Oslo tingrett avsier dom. Brudd på etableringsfriheten konstateres, men NFB tilkjennes ikke erstatning pga. manglende tap (Netfonds Livsforsikring tilkjennes erstatning).
- 2021: Borgarting lagmannsrett avsier dom i ankesaken. Staten frifinnes.
- Traktatbruddsproseduren:
 - ESA avga en grunnlagt uttalelse 11. mars 2020
 - Norge svarte 11. juni 2020
- Tarjei Bekkedals utredning fra april 2019

Om reguleringen av eierskap i finansforetak

- «Stiftelsesregelen»
 - Forretningsbankloven § 4. Videreført i finansforetaksloven § 3-3 annet ledd første punktum:
 - «Tillatelse etter § 8 i loven her skal nektes hvis ikke mer enn tre firedeler av forretningsbankens aksjekapital tegnes ved kapitalforhøyelse uten fortrinnsrett for aksjeeiere eller andre»
- Eierspredningsvilkår ved konsesjonstildeling
 - Konsesjon gis normalt ikke til selskaper hvor enkelteiere eier mer enn 20-25 % av aksjene
 - Unntak for «nisjevirkosomhet» og ved etablering av finanskonsern
- Eierspredningsvilkår ved godkjenning av etterfølgende erverv av eierandeler
 - Ikke berørt direkte av søksmålet, men er av indirekte betydning.

Sekundærlovgivning av betydning

- Direktiv 2006/48/EF som endret ved direktiv 2007/44/EF (CRD I)
 - Senere erstattet av direktiv 2013/36/EU (CRD IV)
- «Single passport»-systemet
- Minimumsharmonisering av eierprøving ved behandling av konsesjonssøknad
 - Minstekrav i CRD I artikkel 7 til 12, jf. sak E-8/16 avsnitt 102.
 - Artikkel 12(2): The competent authorities shall not grant authorisation if, taking into account the need to ensure the sound and prudent management of a credit institution, they are not satisfied as to the suitability of the shareholders or members.

Sekundærlovgivning av betydning

- Fullharmonisering av prøving av etterfølgende erverv, jf. sak E-8/16 avsnitt 123
- CRD I artikkel 19 og 19a krever at tilsynsmyndighetene skal føre kontroll med erverv av kvalifiserte eiendeler (> 10 % av aksjene) i kredittinstitusjoner og kjøp som leder til at samlet aksjeholdning overstiger visse terskelverdier.
 - CRD I artikkel 19a(1) angir omstendighetene som myndighetene skal ta i betraktning.
 - Grovt sagt forhold ved erververen og ervervets virkninger for bankens soliditet og evne til å oppfylle regulatoriske krav.
 - Ikke til hinder for eierbegrensninger i enkelttilfellet, men fordrer at vurderingen foretas på individuelt grunnlag.
- NB: Det norske standpunktet synes å være at CRD ikke er til hinder for anvendelse av eierspredningsvilkår også ved etterfølgende erverv, se svar til ESA 11. juni 2020 pkt 4.6.2.

Forelå det et grenseoverskridende element?

- EFTA-domstolen
 - “A cross-border element clearly appears to exist in the case. As the defendant has acknowledged, a cross-border element exists with regard to the plaintiffs’ services provided outside Norway and in relation to the planned acquisition of shares in the Lithuanian bank Bankas Finasta AB.” (avsnitt 106)
 - For EFTA-domstolen fremsto det mer som et spørsmål om det var reglene om etableringsfrihet eller fri bevegelse av tjenester som kom til anvendelse, uansett tale om en restriksjon.

Forelå det et grenseoverskridende element?

- Lagmannsretten: Nei. Norsk bank, norske aksjonærer, norsk konsesjonssøknad ≠ innenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen artikkel 31.
 - «Lagmannsretten finner etter bevisførselen at det ikke er sannsynliggjort at NFB eller NFL har forsøkt å etablere seg i en annen EØS-stat eller har foretatt faktiske grensekryssende aktiviteter knyttet til etableringsretten, som norske myndigheter har forhindre dem i. Netfonds Holding ASAs forsøk på oppkjøp av den litauiske banken Bankas Finastas er ikke relevant her. Dette gjelder både fordi verken NFB eller NFL sto for oppkjøpsforsøket, og fordi erstatningskravet heller ikke er begrunnet i dette forsøket.»
 - Resonnementet er tilsynelatende at søker må tilkjenne en plan om å etablere seg i en annen EØS-stat når konsesjonssøknad inngis i Norge for at avslag skal anses som en restriksjon.
 - Kan «passportsystemet» være av relevans? Eventuelt synspunkt: En søknad om tillatelse i Norge er også en søknad om tillatelse til å etablere bankvirksomhet i andre EØS-stater?

Forelå det et grenseoverskridende element?

- NFBs ytelse av tjenester til kunder i EØS-området ga ikke grunnlag for å konstatere at det forelå en restriksjon...
 - ...på etableringsfriheten:
 - «Heller ikke NFBs melding om grensekryssende virksomhet 23. august 2007 gir grunnlag for å konstatere grensekryssende aktiviteter knyttet til etableringsretten. Meldingen gjaldt [kun] grensekryssende tjenester overfor kunder i andre EØS-land med utgangspunkt i selskapets etablerte virksomhet i Norge.»
 - ...eller for fri bevegelse av tjenester:
 - «Det er ikke anført eller sannsynliggjort at selskapet ble forhindret i å foreta slike grensekryssende tjenester. Forholdet faller uansett utenfor artikkel 31 om etableringsretten, og omfattes eventuelt av EØS-avtalen artikkel 36 om tjenestefrihet som ikke er anført i saken.»
 - Avslaget på søknadene inngitt i 2011 og 2012 innebar begrensninger for hvordan Netfonds kunne finansiere kreditt til kunder hjemmehørende i andre EØS-land og adgangen til å motta innskudd fra slike kunder. Må anses for å utgjøre en restriksjon på fri bevegelse av tjenester?

Utgjør eierspredningsvilkåret en ulovlig restriksjon?

- Subsidiær drøftelse: Forutsatt at reglene om etableringsfrihet kommer til anvendelse, er eierspredningsvilkåret en lovlig restriksjon?
- Hvilket formål forfulgte vilkåret om eierspredning?
 - Omtvistet: Motvirkning av at dominerende aksjonærer misbruker posisjonen sin.
 - Omtvistet: Hensynet til finansiell stabilitet.
 - Premiss: Banker med dominerende eiere har insentiver til å ta høyere risiko enn banker uten slike eiere.
 - Borgarting lagmannsretts syn: Vilket forfulgte begge formålene.

Er eierspredningsvilkåret et egnet tiltak?

- Er tiltaket generelt sett egnet?
 - EFTA-domstolen: Ja (avsnitt 122)
 - Lagmannsretten: Ja, bl.a. med henvisning til økonometriske studier og hendelsesforløpet på Island under finanskrisen.
 - Prøvingsintensiteten fremstår som høy: Lagmannsrettens begrunnelse tilsier at restriksjonen er egnet fordi statens argumentasjon overbeviste lagmannsretten.
 - Sml. med tingrettens vurdering
- Kravet om konsistens/konsekvens
 - Forholdet til harmoniseringen av kontroll med etterfølgende erververe
 - Forutsatt at CRD I artikkel 19 og 19a innebærer at erverv av andeler ikke kan nektes av hensyn til å unngå konsentrert eierskap, kan det argumenteres for at et krav om eierbegrensning ved konsesjonstildeling er inkonsekvent, i og med at staten ikke kan motvirke at enkeltpersoner blir eier av > 20-25 % av aksjene.
 - Ikke eksplisitt kommentert av EFTA-domstolen

Er eierspredningsvilkåret et egnet tiltak?

- Kravet om konsistens/konsekvens (forts.)
 - Lagmannsretten tar ikke endelig stilling til om CRD I forbyr et generelt eierbegrensningsvilkår for godkjenning av etterfølgende erverv.
 - Uansett kan ikke lovgivning som implementerer sekundærlovgivning medføre at lovgivning på ikke-harmoniserte områder felles av kravet til konsekvens.
 - Vises til Bekkedals utredning: «Jeg anser det [...] som sikkert at harmoniseringen av eierprøvingen ved etterfølgende erverv [...] ikke har noen direkte betydning for vurderingen av om medlemsstatenes ordninger for virksomhetskonsesjon er proporsjonale. Dette har en viktig side til konsistensvurderingen nedenfor. Dersom direktivet ikke har noen direkte betydning utenfor sitt saklige virkeområde - og dersom dette er prinsipielt begrunnet - så vil det være en form for «snikharmonisering» om man likevel lar det være styrende for proporsjonalitetsvurderingen ved praktisering av nasjonale regimer for virksomhetskonsesjon» (s. 62).
 - Mulig innvending: Hvis formålet er å unngå restriksjoner som ikke er formålstjenlige, bør man bry seg om hva som er opphavet til manglende formålstjenlighet?

Er eierspredningsvilkåret nødvendig?

- Vurderingstema: “In the event that the referring court finds one or more of the national measures suitable for attaining a legitimate objective, it must also assess whether they go beyond what is necessary in order to attain that objective” (avsnitt 125).
- EFTA-domstolen overlot vurderingen til Oslo tingrett, men gikk langt i å legge til grunn at inngrepet ikke var nødvendig pga. alternative tiltak:
 - «One possible solution may be to subject the granting of an authorisation to banks and insurance companies to special conditions aimed at preventing the risk of misuse of power. In particular, conditions that prevent the granting of favourable loans, guarantees or any comparable transactions for the benefit of large owners or their related parties, would, in combination with a suitability assessment of applicants wishing to own qualifying holdings, address the excessive incentives related to the risk of misuse of power while still being less restrictive than the contested measures.»

Er eierspredningsvilkåret nødvendig?

- Lagmannsrettens vurdering:
 - Eierskapsbegrensninger i et eller annet omfang er nødvendig
 - Alternative tiltak hindrer «ikke at eiere kommer i en posisjon hvor misbruk av eiermakt kan foretas, slik vilkåret om eierspredning i stor grad vil forhindre».
 - Gitt at eierskapsbegrensninger i et eller annet omfang er nødvendig, er det tillatt med et generelt vilkår
 - «NFB og NFL har gjort gjeldende at vilkåret ikke var nødvendig overfor dem som følge av deres begrensede virksomhet, og at vilkåret uansett må begrenses til foretak som utgjør en risiko for den finansielle stabilitet. Lagmannsretten er ikke enig i det. Nødvendighetstesten er ikke til hinder for at staten vedtar generelle og enkle regler eller vilkår som lett kan forvaltes og håndheves. Vurderingstemaet er om vilkåret generelt fremstår som unødvendig, jf. C-512/13 Sopora avsnitt 33, C-137/09 Josemans avsnitt 81-82, C-142/04 Mickelsson og Roos avsnitt 36 og C-400/08 Kommisjonen mot Spania avsnitt 124. Det er, som nevnt, ikke tilfelle her.»

Er eierspredningsvilkåret nødvendig?

- Hva med EFTA-domstolens dom i sak E-9/11?
 - Avsnitt 96: «In this regard, the Court finds that the defendant has not sufficiently demonstrated, at the level described in paragraphs 87 to 88 above, that other forms of control, even if administratively more burdensome, may not achieve the relevant public interest objectives in an equally effective way.”
 - Avsnitt 98: “It is likely that measures other than the contested system would prove to be less restrictive and within the boundaries of the EEA Agreement and, at the same time, equally as effective to attain a high level of protection such as the one sought by the defendant. For example, a system based on a suitability assessment, [...] amended according to the specific circumstances of the national market and the specific business conducted by stock exchanges and CSDs and the legitimate public interests to be attained would be less restrictive and, at the same time, equally effective”.
- Lagmannsretten la imidlertid til følgende:
 - «Lagmannsretten finner det for øvrig klart at hensynene bak vilkåret om eierspredning slo til også overfor NFB og NFL ut fra deres eiersammensetning, trass i selskapenes begrensede størrelse og virksomhet.»
- Til slutt kort fastslått at eierspredningsvilkåret oppfyller kravet til forholdsmessighet i snever forstand.

