



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 03.03.2021

Saksnr.: 18-141762ASD-BORG/03

Dommere: Lagdommer Anne Cathrine Haug-Hustad
Lagdommer Hugo Abelseth
Ekstraordinær lagdommer Oddmund Svarteberg

Ankende part	NFL Dammann AS	Advokat Knut Bergo
Ankende part	NFB Dammann AS	Advokat Knut Bergo

Ankemotpart	Staten v/Finansdepartementet	Advokat Torje Sunde
-------------	------------------------------	---------------------

Saken gjelder spørsmål om myndighetenes avslag på å innvilge fulle konsesjoner til bank- og forsikringsvirksomhet, og regelen som lå til grunn for avslagene, er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 og derfor erstatningsbetingende. Det er videre spørsmål om avslagene er ugyldige og erstatningsbetingende på forvaltningsrettslig grunnlag, og om eventuelle erstatningskrav er foreldet.

Sakens bakgrunn

1. Netfonds Bank AS og Netfonds Livsforsikring AS

Selskapet, som senere fikk navnet Netfonds Bank AS (NFB), ble stiftet i 1996. Fra om lag 2005 inngikk NFB i en konsernstruktur, som heleid datterselskap av Netfonds Holding AS. I 2006 ble søsterselskapet Netfonds Livsforsikring AS (NFL), som skulle stå for forsikringsvirksomhetsdelen av konsernet, opprettet. NFB og den konsernstruktur som etter hvert ble opprettet, ble, i den perioden som er relevant for denne saken, eiet med ca. 82 % av Rolf Dammann. De øvrige eierandeler var fordelt mellom to andre aksjonærer.

Kort tid etter stiftelsen fikk NFB konsesjon som verdipapirhandelsforetak, og startet raskt opp virksomhet med megling av verdipapirer hvor man tilbød allmennheten å foreta verdipapirhandel over internett. Selskapet var den første tilbyderer av slike nettbaserte tjenester i Norge, og gjorde derved markedet for verdipapirhandel tilgjengelig for en videre krets enn det som tidligere hadde vært tilfelle. Selskapet var tidlig ute med å bruke ny teknologi, og oppnådde derigjennom høy effektivitet og lave kostnader. Selskapet hadde positive resultater fra starten. I andre halvår 2000 hadde selskapet 7 % av alle handler på Oslo Børs.

NFBs kunder handlet verdipapirer med NFB som megler. Betaling for verdipapirene skjedde ved at kjøpesummen ble trukket fra det beløp kunden hadde «innestående» hos NFB. Idet NFB ikke hadde tillatelse til å ta imot innskudd, ble kundens «innestående» plassert som innskudd i bank til en relativt lav rente. Hvis NFB ville yte kundene kreditt, måtte pengene lånes i bank til markedsmessig utlånsrente.

På starten av 2000-tallet opplevde NFB økende konkurranse, særlig fra svenske Avanza Bank AB og Nordnet Bank AB (Nordnet). Disse selskapene hadde, i tillegg til konsesjon til å drive verdipapirhandel, også bankkonsesjon. De kunne derfor ta imot innskudd fra allmennheten, og låne disse ut til sine verdipapirkunder. De hadde også konsesjon til å drive forsikringsvirksomhet, og etablerte fra starten av 2000-tallet livforsikringsselskaper med et bredt spekter av tjenester.

Som følge av konkurransesituasjonen, og fordi man anså bank- og forsikringsvirksomhet som en naturlig utvidelse av virksomheten som kunne bidra til økt lønnsomhet, søkte NFB om konsesjon til å drive innenfor disse sektorene. Erstatningskravet som saken gjelder, er begrunnet i at forvaltningen av slo flere av søknadene fordi NFB og NFL ikke oppfylte de krav som ble satt til eierspredning.

2. NFBs søknader om tillatelse til å drive bankvirksomhet

NFB søkte 12. november 2003 om tillatelse til å drive bankvirksomhet etter forretningsbankloven. Søknaden ble imidlertid avvist av Kredittilsynet 20. november 2003, da den ble funnet å ikke oppfylle kravene til innhold.

I august 2003 ba NFB om Kredittilsynets bekreftelse på at innlån av likvide midler fra selskapets verdipapirkunder for utlån til andre kunder, ikke var i strid med norsk lov eller reguleringer. Kredittilsynet utelukket i brev 2. november 2004 ikke at en slik innlånsvirksomhet ville falle innenfor bankmonopolet og dermed var ulovlig, men fremholdt at det i utgangspunktet måtte vurderes av NFB selv. NFB startet deretter opp med dette, hvoretter Kredittilsynet 11. mars 2005 påla selskapet å stanse all innlånsvirksomhet, og tilbakebetale innskuddene til kundene. Pålegget ble etter klage opprettholdt av Finansdepartementet 5. august 2005.

Parallelt med nevnte klagebehandling, søkte NFB om bankkonsesjon og tillatelse til å etablere et finanskonsern med et eierforetak, Net Fonds Holding ASA, og NFB som operativt selskap. Etter en del korrespondanse i anledning søknaden, ga Finansdepartementet 5. august 2005 tillatelse til å etablere morselskap og til å danne finanskonsern med NFB. NFB ble videre gitt tillatelse til å drive bankvirksomhet med hjemmel i forretningsbankloven § 8 første ledd, dog slik at virksomheten ble begrenset til «rett til å ta imot innskudd og yte lån for egen regning». Som vilkår for tillatelsen fremgikk blant annet:

3. Net Fonds ASA skal ikke drive annen finansieringsvirksomhet enn å yte kreditt til kjøp av finansielle instrumenter som handles gjennom foretaket.

...

7. Net Fonds ASA kan ikke motta andre innskudd enn ledige midler fra klientkonto tilhørende kunder i verdipapirhandelsvirksomheten.

8. Net Fonds ASA kan ikke benytte innskuddsmidlene til annet enn å finansiere kreditter og til plassering av øvrige innskuddsmidler i interbank- og sertifikatmarkedet og i andre rentebærende verdipapirer.

Det ble i tillegg stilt vilkår om at selskapet ikke kunne ta imot innskudd fra eller yte kreditt til seg selv eller særskilt oppregnede nærstående. Av tillatelsen fremgikk videre:

Som det fremgår ovenfor innebærer Finansdepartementets vedtak at dagens eierstruktur i Net Fonds ASA kan opprettholdes i morselskapet Net Fonds Holding ASA. I vurderingen av om det burde settes vilkår om spredningssalg i Net Fonds Holding ASA har departementet lagt vesentlig vekt på at Net Fonds ASA kun gis tillatelse til å drive begrenset bankvirksomhet, både i forhold til mottak av innskudd og til kredittgivning. Net Fonds ASAs virksomhet vurderes i lys av dette ikke til å ha de samme samfunnsmessige sider mot for eksempel nærings- og kredittpolitikken som mer tradisjonell bankvirksomhet vil kunne ha. Hensynene bak reglene om eierspredning slår derfor heller ikke til i like stor grad. 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. Departementet presiserer at spredningssalg fortsatt kan bli krevd blant annet på bakgrunn av vilkår nr. 12 og 13 ovenfor.

I etterkant av vedtaket ble eierne av konsernet vurdert, og funnet egnet. Det fremgår av vurderingen at departementet særlig la vekt på «bankkonsesjonens begrensede karakter samt de vilkår som er stilt for utøvelsen av bankvirksomheten».

Den 19. februar 2011 søkte NFB om opphevelse av konsesjonsvilkår nr. 7 om at selskapet ikke kunne motta andre innskudd «enn ledige midler fra klientkonto tilhørende kunder i verdipapirhandelsvirksomheten». Finanstilsynet ga negativ tilrådning i saken, og Finansdepartementet avslo søknaden 20. desember 2011. Under henvisning til tillatelsen gitt 5. august 2005, herunder vilkår nr. 7, uttalte departementet:

Det fremgår av forannevnte tillatelse at gjeldende eierstruktur i Net Fonds ASA kunne opprettholdes i Net Fonds Holding ASA. I vurderingen av om det burde settes vilkår om spredningssalg i Net Fonds Holding ASA la departementet vesentlig vekt på at (daværende) Net Fonds ASA kun ble gitt tillatelse til å drive begrenset bankvirksomhet både i forhold til mottak av innskudd og til kredittgivning. Net Fonds ASAs virksomhet ble i lys av dette vilkår vurdert til ikke å ha de samme samfunnsmessige sider mot for eksempel nærings- og kredittpolitikken som mer tradisjonell bankvirksomhet vil kunne ha.

Departementet legger etter det opplyste til grunn at eierstrukturen i Netfonds er tilnærmet den samme i dag som på konsesjonstidspunktet, dvs. at Rolf Dammann og Axel Dammann har en eierandel på henholdsvis 80 prosent og 15 prosent hver. Finansdepartementet er i likhet med Finanstilsynet, av den oppfatning at retten til å ta imot innskudd må kunne sies å være kjernen av bankvirksomhet, og at mottak av innskudd fra allmennheten ikke kan anses for å være nisjevirksomhet, som Netfonds Bank AS har drevet, men derimot tradisjonell bankvirksomhet.

Etter Finansdepartementet vurdering er det ikke grunnlag for å endre konsesjonsvilkår nr. 7, hvor det heter at (daværende) Net Fonds ASA ikke kan motta andre innskudd enn ledige midler fra klientkonto tilhørende kunder i verdipapirhandelsvirksomheten. Netfonds Bank ASs søknad om endring av konsesjon gitt av departementet i brev 5. august 2005 avslås.

NFB påklaget vedtaket 6. januar 2012 og gjorde blant annet gjeldende at avslaget var i strid med EØS-retten, og hevdet under henvisning til Direktiv 2007/44 EF at det ikke var grunnlag for å opprettholde spredningskravet ved tildeling eller utvidelse av konsesjon. Det ble videre opplyst at eierne ikke ønsket å selge seg ned i selskapet.

Ved kongelig resolusjon 4. mai 2012 ble avslaget opprettholdt. Av Finansdepartementets tilrådning, som lå til grunn for resolusjonen, fremgikk blant annet:

Eierkontrollreglene ivaretar helt grunnleggende hensyn om å unngå privat bankiervirksomhet i finansinstitusjoner. Eierspredningskravet ved konsesjonstildeling kan bare fravikes rent unntaksvis, og kun hvor selskapet driver

ren nisjevirksomhet som ikke har de samme samfunnsmessige sider mot for eksempel nærings- og kredittpolitikken som mer tradisjonell bank- og forsikringsvirksomhet vil kunne ha.

Retten til å ta imot innskudd må sies å være kjernen av bankvirksomhet. Mottak av innskudd fra allmennheten kan i utgangspunktet ikke anses for å være nisjevirksomhet, men derimot tradisjonell bankvirksomhet. Selv om Netfonds Bank AS ikke skal drive alminnelig bankvirksomhet, f. eks. ordinær utlånsvirksomhet, vil en eventuell innskuddsvirksomhet hvor banken skal kunne ta imot innskudd fra allmennheten, innebære at banken ikke lenger kan anses for å drive nisjevirksomhet. En opphevelse av konsesjonsvilkår nr. 7 vil etter Finansdepartementets vurdering fordre et spredningssalg slik at eierne av Netfonds til sammen må redusere sine eierandeler til under en firedel, jf. forretningsbankloven § 4. Departementet kan ikke se at det er nye forhold som foreligger nå, som ikke forelå da bankkonsesjonen ble gitt i 2005, som skulle tilsi at man fraviker kravene til eierspredning.

I likhet med Finanstilsynet kan Finansdepartementet ikke se at klager har anført forhold som gir grunnlag for å omgjøre departementets vedtak 20. desember 2011. Departementet er fremdeles av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra eierspredningskravet i forretningsbankloven § 4. Skulle man likevel komme til at eierspredningskravene bør endres, ville en eventuell endring i eierspredningskravet i tilfelle måtte skje ved lovsak og ikke ved en utvanning av kravene gjennom dispensasjonspraksis.

Den 19. juli 2012 søkte NFB om at konsesjonen ble utvidet til også å omfatte rett til å tilby rene sparekonti og tjenstepensjon etter innskuddspensjonsloven der forsikringsdelen kjøpes av livsforsikringsselskap (kollektiv forsikring). Finanstilsynet innstilte på avslag med mindre det ble stilt krav om spredningssalg etter forretningsbankloven § 4. I vedtak 17. april 2013 av slo Finansdepartementet søknaden med følgende begrunnelse:

Etter departementets vurdering er retten til å ta imot innskudd i kjernen av hva det utgjør å drive bankvirksomhet. Opprettelse av rene sparekonti for kunder i Netfonds Bank AS' verdipapirhandelsvirksomhet vil gi selskapet adgang til å drive innskuddsvirksomhet i et langt større omfang enn i dag. Etter departementets vurdering kan en slik utvidelse ikke anses for å være nisjevirksomhet. En slik endring vil også være i strid med vilkår nr. 7 i departementets vedtak 5. august 2005, og vil derfor fordre spredningssalg i morselskapet, jf. forretningsbankloven § 4.

Det søkes videre om adgang til å tilby tjenstepensjon etter innskuddspensjonsloven der forsikringsdelen kjøpes av livsforsikringsselskap. Dersom banken gis slik tillatelse vil banken i henhold til konsesjonen kunne overta kontrakter med et ubegrenset antall kunder. Virksomheten vil da ikke lenger ha preg av å være nisjevirksomhet tilknyttet konsernets hovedaktivitet som er verdipapirhandel. Etter departementets vurdering vil en slik utvidelse av konsesjonen kreve spredningssalg i morselskapet, jf. forretningsbankloven § 4.

Netfonds har tidligere opplyst at spredningssalg i morselskapet ikke er aktuelt.

Vedtaket ble, så vidt forstås, ikke påklaget.

3. NFLs søknader om tillatelse til å drive forsikringsvirksomhet

Den 6. desember 2006 søkte NFL (under stiftelse) om tillatelse til å etablere livsforsikringsselskap. Det fremgikk at søknaden utelukkende gjaldt konsesjon til å tilby «forsikringer omfattet av klasseforskriften (forskrift 18. september 1995 nr. 797) § 1 romertall III første ledd bokstav a), kapitalforsikring med investeringsvalg», men at det på sikt også kunne bli aktuelt å tilby løsninger som tilfredstilte kravet til obligatorisk tjenstepensjon.

Etter at saken hadde vært forelagt Kredittilsynet for uttalelse, ga Finansdepartementet 17. juli 2007 NFL tillatelse til å tilby kapitalforsikring med investeringsvalg etter klasseforskriften § 1 III første ledd bokstav a, dog slik at det bare kunne tilbys individuell kapitalforsikring med investeringsvalg. Det ble uttrykkelig presisert at tillatelsen ikke omfattet kollektive forsikringer etter forskriften § 1 I bokstav a og livrente- eller pensjonsforsikringer etter § 1 I bokstav b. Det fremgikk videre at:

Som det fremgår innebærer Finansdepartementets vedtak at Netfonds Holding ASA kan eie Netfonds Livsforsikring AS som datterselskap med den eierstruktur morselskapet i dag har. I vurderingen av om det bør settes vilkår om spredningssalg i Netfonds Holding ASA, har departementet lagt vekt på at livsforsikringsvirksomheten som det er gitt tillatelse til vil være av begrenset art sammenlignet med mer tradisjonell livsforsikringsvirksomhet. Netfonds Livsforsikring AS' virksomhet vurderes i lys av dette å ikke ha de samme samfunnsmessige sider mot næringspolitikken som mer tradisjonell livsforsikringsvirksomhet vil kunne ha, og hensynene bak kravet om eierspredning gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende.

Den 14. august 2007 søkte NFL om utvidelse av konsesjonen til også å omfatte individuelle livrente- og pensjonsforsikringer. Søknaden ble innvilget ved Finansdepartementets vedtak 28. mai 2008, slik at NFL ble gitt tillatelse til å overta individuelle livrenteforsikringer og individuelle pensjonsforsikringer som angitt i klasseforskriften § 1 I bokstav b. Det fremgikk videre at:

Tillatelsen til å overta individuelle livrente- og pensjonsforsikringer gjelder individuelle livrente- og pensjonsforsikringskontrakter som overtas fra andre forsikringsselskaper i forbindelse med overtakelse av portefølje av individuelle kapitalforsikringskontrakter med investeringsvalg. Dette innebærer at Netfonds Livsforsikring AS ikke har adgang til å markedsføre eller tilby individuelle pensjonsforsikringer eller individuelle livrenter som angitt i forskriften § 1 I bokstav b.

Den 27. mai 2010 søkte NFL om at konsesjonen ble utvidet til også å gjelde kollektive pensjonsforsikringer med investeringsvalg og forsikring som ga innskuddsfritak under uførhet. Det ble i senere brev presisert at søknaden gjaldt innskuddspensjon med investeringsvalg uten avkastningsgaranti, og at det var tale om en forsikring som ga

innskuddsfritak ved uførhet. Det ble presisert at selskapet i første omgang ikke planla å tilby tilleggssytelser i form av uførepensjon og etterlatte-dekninger.

Finanstilsynet innstilte på at søknaden måtte avslås, og Finansdepartementet avsto deretter søknaden 16. desember 2010 med følgende begrunnelse:

Netfonds Livsforsikring AS fikk tillatelse til å drive livsforsikringsvirksomhet til tross for at selskapet ikke oppfylte kravene til eierspredning i finansinstitusjoner, som blant annet kommer til uttrykk i forsikringsvirksomhetsloven § 2-1. Bakgrunnen for at det ble gitt tillatelse til livsforsikringsvirksomhet med den gjeldende eierstruktur, var at den virksomhet det ble gitt tillatelse til var å anse som nisjevirksomhet. Lovgiver har lagt til grunn at det unntaksvis kan gjøres unntak fra kravene om eierspredning i finanslovgivningen for mindre nisjeselskaper, jf. Ot.prp.nr. 50 (2002-2003) pkt. 5.3. Departementet la således til grunn at det kunne gjøres unntak fra reglene om eierspredning i medhold av forsikringsvirksomhetsloven § 15-8 så lenge den livsforsikringsvirksomheten Netfonds Livsforsikring AS fikk tillatelse til var begrenset til individuell kapitalforsikring. De samme hensyn lå til grunn for utvidelsen av konsesjonen 28. mai 2008.

...

Finansdepartementet slutter seg til Finanstilsynets vurdering av at Netfonds Livsforsikrings konsesjon til livsforsikringsvirksomhet ikke kan utvides til å omfatte kollektive pensjonsforsikringer under gjeldende eierstruktur i morselskapet. Netfonds Livsforsikring AS' søknad om utvidelse av konsesjonen avslås derfor.

NFL påklaget avslaget og fremholdt at det ikke var rettslig grunnlag for å nekte utvidelse av virksomheten under henvisning til eierstruktur, både som følge av EU-direktiver og fordi dette også var i strid med EØS-avtalens artikkel 31 og 40.

Etter å ha mottatt tilrådning fra Finanstilsynet og ytterligere innspill fra NFL, ble departementets avslag opprettholdt ved kongelig resolusjon 4. mai 2012. Av Finansdepartementets tilrådning, som lå til grunn for resolusjonen, fremgikk blant annet:

Eierkontrollreglene ivaretar helt grunnleggende hensyn om å unngå privat bankiervirksomhet i finansinstitusjoner, som redegjort for i kapittel 3 over. Eierspredningskravet ved konsesjonstildeling kan bare fravikes rent unntaksvis, og kun hvor selskapene driver ren nisjevirksomhet som ikke har de samme samfunnsmessige sidene mot nærings- og kredittpolitikken som mer tradisjonell bank- og forsikringsvirksomhet.

Kollektive innskuddspensjonsordninger utgjør en betydelig og stadig økende andel av livsforsikringsselskapenes virksomhet i dag. Iht. tall fra FNO forvalter livsforsikringsselskapene i dag over 97.000 kollektive innskuddspensjonsordninger, og over en million arbeidstakere har i dag en innskuddspensjonsordning. Kollektive innskuddspensjonsordninger kan således ikke under noen omstendigheter anses som nisjevirksomhet...

I likhet med Finanstilsynet kan departementet ikke se at klager har anført forhold som gir grunnlag for å omgjøre vedtaket. Departementet er fremdeles av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å gjøre unntak fra eierspredningskravet i forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd slik at Netfonds Livsforsikring, med nåværende eierstruktur, kan utvide sin virksomhet som det er søkt om. Skulle man likevel komme til at eierspredningskravene bør endres, ville en eventuell endring i eierspredningskravet i tilfelle måtte skje ved lovsak og ikke ved en utvanning av kravene gjennom dispensasjonspraksis.

Den 31. oktober 2012 søkte NFL om tillatelse til å markedsføre og tilby individuell pensjonsforsikring i det norske markedet. Finanstilsynet innstilte på at søknaden måtte avslås, hvorefter det fulgte ytterligere korrespondanse fra NFL og Finanstilsynet. Søknaden ble deretter avslått av Finansdepartementet 28. januar 2014. Av vedtaket fremgikk:

Finansdepartementet slutter seg til Finanstilsynets vurderinger. Dersom Netfonds Livsforsikring AS gis tillatelse til å markedsføre og tilby individuelle livrente- og pensjonsforsikringer, vil selskapet ha adgang til å drive livsforsikringsvirksomhet i et langt større omfang enn i dag. Etter departementets vurdering vil virksomheten da ikke lenger kunne anses for å være nisjevirksomhet. En slik endring av konsesjonen vil fordre et spredningssalg i morselskapet, jf. forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd siste setning. Netfonds har tidligere opplyst at spredningssalg i morselskapet ikke er aktuelt.

Vedtaket ble påklaget til Kongen i statsråd, men klagesaksbehandlingen er stilt i bero i påvente av avgjørelse i denne saken.

Den 24. februar 2015 søkte NFL videre om å tilby alle tjenester i klasseforskriften § 1 I bokstav a og b og III første ledd bokstav a og b og annet ledd – både kollektive og individuelle ordninger. Også behandlingen av denne søknaden er stilt i bero i påvente av avgjørelse i saken her.

4. Prosessen for domstolene

Den 30. april 2015 tok Netfonds Holding ASA, NFB og NFL ut stevning mot staten v/Finansdepartementet med krav om erstatning fastsatt etter rettens skjønn, for å ha opprettholdt en konsesjonspraksis i strid med EØS-avtalen som hadde resultert i avslag på selskapenes søknader om tillatelse til bank- og forsikringsvirksomhet. Det ble også gjort gjeldende at avslagene var erstatningsbetingende fordi de var ugyldige etter norsk forvaltningsrett.

Netfonds-selskapene ba i stevningen om at de EØS-rettslige tolkningssspørsmål ble forelagt EFTA-domstolen for rådgivende uttalelse, jf. Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen) artikkel 34 og domstolloven § 51 a. Oslo tingrett besluttet 20. november 2015 å foreta slik foreleggelse, hvorefter det ble foretatt en omfattende utveksling av prosesskriv knyttet til utforming av spørsmålsskriv. I brev 21. juni 2016 stilte Oslo tingrett tre spørsmål til EFTA-domstolen,

som i hovedsak gikk ut på om følgende regler/praksis utgjorde restriksjoner etter EØS-avtalen artikkel 31, 36 eller 40 og i tilfelle oppfylte kriteriene for å anses lovlig etter EØS-retten:

1. emisjonsreglene i forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1, forstått som et krav om at tre fjerdedeler av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper må tegnes uten fortrinnsrett (tilbys allmennheten)
2. emisjonsreglene i forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1, forstått som et krav om at tre fjerdedeler av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper må tegnes av andre enn stifterne
3. fast forvaltningspraksis hvor det ikke gis tillatelse til at enkeltpersoner eller foretak kan eie mer enn 20-25 prosent av aksjene i finansinstitusjoner, bortsett fra de tilfeller loven selv gir adgang til å etablere finanskonsern eller ved såkalt nisjevirkosomhet

EFTA-domstolens rådgivende uttalelse forelå 16. mai 2017 (E-8/16 Netfonds). Det ble deretter avholdt hovedforhandling, hvoretter tingretten, satt med fagkyndige meddommere, avsa dom 8. juni 2018 med slik slutning:

1. Staten v/Finansdepartementet dømmes til å betale 55 000 000 – femtifemmillioner – kroner til Netfonds Livsforsikring AS. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker fra dommens forkynning. For øvrig frifinnes staten.
2. Partene bærer sine egne saksomkostninger.
3. Kostnadene til de fagkyndige meddommerne bæres av saksøkerne og saksøkte med en ½-part hver. Beløp blir å fastsette i en senere avgjørelse.

Dommen er rettskraftig for så vidt gjelder Netfonds Holding ASA. NFB og NFL anket dommen til Borgarting lagmannsrett for så vidt gjaldt erstatningsutmålingen, og gjorde også gjeldende at tingrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse på flere andre punkter var uriktig. Også staten v/Finansdepartementet anket dommen overfor NFB og NFL, og nedla påstand om frifinnelse. Staten påanket i tillegg sakskostnadsavgjørelsen overfor NFB og Netfonds Holding ASA særskilt. Den særskilte anken overfor Netfonds Holding ASA ble avgjort ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 19. desember 2018, hvoretter tingrettens domsslutning punkt 2 ble opphevet. Tingretten vurderte deretter omkostningsspørsmålet for Netfonds Holding AS på nytt, og kom i kjennelse 9. oktober 2020 til at selskapet skulle idømmes sakskostnader. Kjennelsen er rettskraftig. Den særskilte anken over sakskostnadsavgjørelsen overfor NFB, konsumeres av anken for øvrig og behandles ikke særskilt.

Etter at anke var inngitt har NFB og NFL blitt solgt til Nordnet Bank AS og Nordnet Livsforsikring AS. I forbindelse med salget ble tvistegjenstanden utfisjonert og overdratt til NFL Dammann AS og NFB Dammann AS som har trådt inn som parter i ankesaken. I fortsettelsen vil lagmannsretten for oversiktens skyld benytte forkortelsen for de tidligere selskapsnavnene.

Ankeforhandling ble holdt 19. til 29. januar 2021 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger. Det ble avhørt 2 vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Første del av forhandlingene ble avholdt som ordinært rettsmøte i lagmannsrettens lokaler. Lørdag 23. januar 2021 foretok Regjeringen innstramminger i smitteverntiltakene. På grunn av det, og også fordi det fremsto hensiktsmessig ut fra saken, ba lagmannsretten om partenes syn på om resten av forhandlingene kunne avholdes som fjernmøte via videolink, og om forhandlingene og eventuelt pådømmelsen i saken burde deles. Det ble skissert tre alternativer for deling. Etter å ha mottatt partenes innspill, avholdt rettens leder planmøte med prosessfullmektigene mandag 25. januar 2021. Partene hadde ikke innvendinger til at forhandlingene, med unntak for tapsspørsmålet, ble avholdt via videolink. Partene samtykket videre til at forhandlingene ble delt i samsvar med punkt 2 i rettens forslag.

Retten besluttet deretter enstemmig å gjennomføre gjestående forhandlinger via videolink, og å dele forhandlingene som følger:

Det skal i første omgang forhandles om spørsmålet om foreldelse samt om det foreligger ansvarsgrunnlag og rettslig årsakssammenheng. Spørsmålet om det foreligger et tap, faktisk årsakssammenheng mellom ansvarsbetingende handling og tapet og utmåling av tapets eventuelle størrelse utstår.

Prosessfullmektigene stilte deretter spørsmål om statens anførsel om tapsbegrensningsplikt skulle behandles i forhandlingenes del 1. Retten fattet så, i tråd med partenes enighet, beslutning om at det i første del også skulle forhandles om følgende punkter i statens anførsel om tapsbegrensningsplikt:

- Om Netfonds-selskapene burde ha gjennomført kapitalutvidelser for å spre eierinteressene og derved oppfylle vilkårene for fulle bank- og forsikringskonsesjoner.
- Om Netfonds-selskapene burde ha utfordret eierbegrensningsregelen på et tidligere tidspunkt.

Ved avslutning av forhandlingene opplyste lagmannsretten at partene ville bli informert i løpet av to-tre uker om det var aktuelt med fortsatte forhandlinger eller om dom ville bli avsagt. Partene samtykket til at dom kunne avsies for de deler som det var forhandlet om, dersom lagmannsretten fant det hensiktsmessig. I e-post 17. februar 2021 ble partene orientert om at lagmannsretten hadde besluttet at dom skulle avsies på bakgrunn av de delte forhandlingene, jf. tvisteloven § 16-1 annet ledd.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

NFL Dammann AS og NFB Dammann AS har i hovedtrekk anført:

Saken gjelder erstatning for økonomisk tap forårsaket av statens fastsettelse og praktisering av stiftelsesregelen i forretningsbank-, forsikringsvirksomhets- og finansforetaksloven. Stiftelsesregelen ble praktisert slik at det ikke ble gitt konsesjon til å stifte nye forretningsbanker og forsikringsselskaper med mindre $\frac{3}{4}$ av aksjene var eid av andre enn stifterne og deres nærstående (spredningskravet). Lovene åpnet for unntak, men myndighetene praktiserte dette slik at unntak kun ble gitt ved stiftelse av "mindre nisjeforetak". Den som ville stifte en vanlig bank eller et forsikringsselskap kunne derfor maksimalt eie 25 % av selskapet som søkte konsesjon.

NFB og NFL oppfylte ikke disse kravene fordi stifter Dammann hadde over 80 % eierandel, og ble derfor nektet full konsesjon.

Begrensningene i NFB og NFLs konsesjoner ble fastsatt i medhold av stiftelsesregelen, jf. forretningsbankloven § 4 første ledd og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd. Det vises blant annet til de to kongelige resolusjonene og Finanstilsynets tilrådninger som underbygger dette. Ingen dokumenter knyttet til vedtakene underbygger at vilkårene ble oppstilt i medhold av den alminnelige vilkårlæren. Tvert imot fremgår det av departementets argumentasjon i de kongelige resolusjonene at unntak fra eierspredningskravet krevde lovendring, og ikke var en skjønnssak for departementet. Man oppfattet det endog slik at det ikke kunne dispenseres fra vilkårene, slik man ville ha hatt anledning til etter den alminnelige vilkårlæren. Lagmannsretten må følgelig legge til grunn at begrensningene i NFB og NFLs konsesjoner ble fastsatt i medhold av stiftelsesregelen.

Stiftelsesreglene i forretningsbankloven § 4 første ledd og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd var i strid med EØS-avtalens artikkel 31 allerede da de ble vedtatt av Stortinget i 2004. Disse reglene, og videreføringen av dem i lov om finansforetak § 3-3, innebar et permanent EØS-rettsbrudd fra vedtakelsen og frem til i dag. Det vises blant annet til EFTA-domstolens svar på spørsmål 1 som underbygger det.

Staten er erstatningsansvarlig overfor NFB og NFL som følge av rettsbruddet. Dette gjelder selv om man skulle finne at Netfonds-selskapene fikk innvilget de konsesjoner de søkte om, eller at de skulle ha søkt om videre konsesjoner på et tidligere tidspunkt, hvilket NFL og NFB er uenig i. Staten har et selvstendig ansvar for å etterleve EØS-retten, og kan ikke forholde seg passiv i påvente av søknader om lettelse i konsesjonsvilkårene. Rettsbruddet i form av EØS-stridige regler vedvarte helt frem til salget av selskapene i 2018.

Også departementets praktisering av stiftelsesreglene som et krav om spredningssalg ved etablering av bank- og forsikringsvirksomhet, var i strid med EØS-avtalens artikkel 31, jf. spørsmål 2 til EFTA-domstolen. Det vises til EFTA-domstolens tilrådning om dette. Det er på det rene at stiftelsesreglene innebar en etableringshindring (restriksjon). EFTA-domstolen har korrekt konkludert med at stiftelsesreglene og departementets praktisering av dem hadde grenseoverskridende elementer, slik at EØS-avtalen kommer til anvendelse.

Det vises særlig til at reglene og departementets praksis begrenset hvilke tjenester NFB og NFL kunne tilby kunder i andre skandinaviske land, og at reglene også ble brukt som grunnlag for å nekte morselskapet Netfonds Holding ASA å kjøpe en bank i Litauen.

Stiftelsesreglene kan ikke begrunnes i læren om tvingende allmenne hensyn. Ved vurderingen av hvilke legitime hensyn restriksjonen er begrunnet i, må det tas utgangspunkt i forarbeidene. De utvidede hensyn som staten senere har fremholdt knyttet til ivaretagelse av finansiell stabilitet, kan ikke tas i betraktning.

Formålet med stiftelsesreglene er ifølge forarbeidene å spre eierskapet i finansforetak og hindre store private eierandeler (bankier-banker). Disse hensynene kan ikke legitimt begrense etableringsretten.

EFTA-domstolen har korrekt lagt til grunn at eierspredning og eierbegrensning ikke er legitime hensyn i seg selv. De norske reglene om eierbegrensninger bygger på en historisk feiloppfatning om at begrensning av privat eierskap er et legitimt hensyn i seg selv. EFTA-domstolen legger videre korrekt til grunn at stiftelsesreglene er uegnet til å fremme formålet. Det samme underbygges av statens argumentasjon om at disse reglene ikke må vurderes isolert, men sees i sammenheng med eierbegrensningsregelen. Lovgiver har i forarbeidene aldri vurdert rettmessigheten og egnetheten av stiftelsesreglene opp mot forpliktelsene i EØS-avtalen. Stiftelsesreglene utgjør et kvalifisert brudd på EØS-avtalens artikkel 31, som allerede i seg selv gir grunnlag for erstatningsansvar.

Selv om begrensningene i NFB og NFLs konsesjoner var fastsatt i medhold av stiftelsesreglene, er det spørsmål om myndighetene lovlig kunne fastsatt de samme vilkår med et annet rettslig grunnlag, den såkalte eierbegrensningsregelen. NFL og NFB bestrider det. Selv om retten skulle komme til at eierbegrensningsregelen utgjorde eller kunne vært benyttet som rettslig grunnlag, er uansett også den regelen i strid med EØS-avtalen artikkel 31.

De legislative formål med eierbegrensningsregelen er å sikre en finansnæring med eiermessig uavhengighet fra andre næringer, hindre maktmisbruk fra eiere, hindre «bankier-banker» og ikke svekke tilsynsmulighetene. Uavhengighet fra andre næringer var ikke relevant for NFB og NFL. Eierspredning og eierbegrensning er ikke legitime hensyn i seg selv, jf. EFTA-domstolens avgjørelse avsnitt 115. Også de øvrige legitime hensyn som fremholdes, er enten ulovlige, ikke relevante eller godt ivaretatt på annen måte overfor NFB og NFL.

Eiergrensen på 25 % er vilkårlig satt og er ikke egnet til å begrense risikoviljen i finansforetak. Det vises blant annet til norske granskninger som antyder at spredt eierskap tvert imot bidro til den norske bankkrisen på 1990-tallet. Egnethetsvurderingen av eiere går videre ut på å vurdere om eierne i betydelig grad er lånefinansiert (er høyt «gearet»), og utgjør en risiko for tapping av finansforetaket. Kapitalkrav-reglene sørger for at bankene ikke vanner ut egenkapitalen. Det er videre regler om store engasjementer som sikrer at

enkeltposisjoner ikke blir for store. Videre er det fastsatt særlige regler om nærstående-transaksjoner både i aksjeretten og finansretten, som også suppleres av forbud i konsesjonsvilkårene. Kapitaldekningsregelverket er videre omfattende, og bidrar til det samme. Det er også egne kapitalkrav for systemrisiko. For systemviktige banker er det videre satt ekstra strenge krav for å sikre finansiell stabilitet. Det er videre opprettet interne og uavhengige systemer for risikostyring og etterlevelse av regler og rutiner («compliance»). I tillegg til dette er finansforetak og deres morselskaper underlagt omfattende tilsyn fra Finanstilsynet. Samlet sett er eierbegrensningsregelen verken nødvendig eller egnet til å oppnå de formål som regelen er begrunnet i.

Dersom hensynet til å sikre finansiell stabilitet likevel kan tas i betraktning, er dette uansett ikke relevant her. Tiltak for å sikre finansiell stabilitet må, ut fra nødvendighetsvilkåret, begrenses til foretak som utgjør en risiko for den finansielle stabiliteten. Naturlig nedslagsfelt for et eierbegrensningskrav vil da være de to systemviktige bankene i Norge, og eventuelt også de fire-fem andre største bankene med forvaltningskapital over 200 milliarder. Verken NFB eller NFL var i nærheten av å være systemviktige.

EFTA-domstolen vurderte nødvendigheten av eierbegrensningsregelen i spørsmål 3. Behovet for regelen fikk ikke gjennomslag i domstolen, jf. avsnitt 133-134. Eierbegrensningsregelen er under enhver omstendighet ikke konsistent, da den ikke kan opprettholdes ved senere salg av eierandeler i selskapet, jf. Direktiv 2007/44/EF og bestemmelsene fastsatt med bakgrunn i det. Denne konklusjonen støttes av statens egen betenker, Bekkedal. Hensynene bak eierbegrensningsregelen er dessuten godt ivaretatt på andre måter overfor NFL og NFB, og egnethetsprøving, konsesjonsvilkår og øvrig regulering vil ivareta de samme formål på en like betryggende måte. Også om avslagene anses begrunnet i eierbegrensningsregelen, er de følgelig i strid med EØS-avtalen artikkel 31.

Avslagene kan dermed verken begrunnes i stiftelsesregelen eller eierbegrensningsregelen. Det er ikke sannsynliggjort at myndighetene ville ha avslått NFBs og NFLs søknader på annet grunnlag. Det er uansett uten betydning for saken om myndighetene kunne og ville fastsatt konsesjonsvilkårene på annet grunnlag.

Det foreligger således brudd på EØS-avtalen artikkel 31. Det er tale om et gjentatt rettsbrudd i en lang rekke saker over 15 år. Bruddet gjelder ikke en perifer og vanskelig tilgjengelig regel, men tvert imot brudd på læren om tvingende allmenne hensyn som er generell, klar og presis. Staten har opptrådt klanderverdig ved å unnlate å vurdere rettmessigheten av regelen/praksisen i forarbeidene. Dette selv om arbeidsgruppen i NOU 2002:3 holdt det åpent om den tidligere 10 %-regelen var i strid med EØS-avtalens artikkel 40. Utredningen bygget for øvrig det meste av forsvaret for 10 %-regelen på en feiltolkning av EØS-avtalens artikkel 125. Samlet sett er bruddet på artikkel 31 kvalifisert og gir grunnlag for erstatningsansvar. Det foreligger således ansvarsgrunnlag etter EØS-retten.

Ansvarsgrunnlag foreligger også etter den alminnelige culperegelen, idet myndighetene over tid og på uaktsomt vis har fattet ugyldige vedtak overfor NFB og NFL. Myndighetene tolket stiftelsesreglene som et krav til spredningssalg ved etablering av bank- og forsikringsvirksomhet. Verken lovens ordlyd eller øvrige kilder ga grunnlag for å fortolke bestemmelsene slik. Legalitetsprinsippet gjelder også i finansretten, og det var ikke grunnlag for en slik forståelse av bestemmelsene i strid med ordlyden. Loven ga følgelig ikke hjemmel for å stille krav om spredningssalg som vilkår for full konsesjon. Avslagene overfor NFB og NFL er i lys av dette ugyldige som følge av feil lovanvendelse. Avslagene innebar videre usaklig forskjellsbehandling av NFB og NFL, sammenlignet med Nordnet og OBOS som fikk fulle konsesjoner til tross for eierkonsentrasjon. Avslagene er videre grovt urimelige og ugyldige også av den grunn.

NFB og NFL har blitt påført tap som følge av EØS-bruddet og den forvaltningsrettslige ugyldigheten, idet de ble hindret fra å drive med fulle konsesjoner som bank- og forsikringsselskap i mer enn 15 år. Erstatningskravene er ikke foreldet. Tidligste skjæringstidspunkt er de kongelige resolusjonene i 2012. Det var først da at klagen var ferdig behandlet, og NFB og NFL fikk tilstrekkelig kunnskap om at det politiske sporet var «dødt», og at man var påført en varig skade grunnet begrensningene i konsesjonsvilkårene. Søksmål ble tatt ut innen tre år etter dette, og kravet er dermed ikke foreldet, jf. skadeerstatningsloven § 9. Dersom retten likevel skulle konkludere annerledes på spørsmålet om skjæringstidspunkt, er det uansett tale om suksessiv foreldelse slik at kravet ikke er foreldet i sin helhet.

Det er nedlagt slik påstand:

Prinsipalt:

1. Saken fortsetter.

Subsidiært:

1. Kravet er ikke foreldet og vilkårene for erstatningsansvar foreligger.
2. De ankende partene tilkjennes sakskostnader.

Staten v/Finansdepartementet har i hovedtrekk anført:

Avslagene er ikke begrunnet i stiftelsesreglene, i motsetning til hva NFB og NFL hevder. Stiftelsesreglene kommer ikke til anvendelse i denne saken som gjelder søknad om full konsesjon etter stiftelsestidspunktet. At enkelte av vedtakene viser til stiftelsesreglene er uten betydning for vedtakenes gyldighet. Når forvaltningen har hjemmel, spiller det ingen rolle om man i vedtaket viser til regler som ikke gir hjemmel. Det er i tilfelle i høyden tale om en mangel ved begrunnelsen uten betydning for vedtakets innhold. Det er ingen holdepunkter for at eierbegrensingsregelen ikke ville blitt håndhevet og vilkårene ikke stilt, dersom vedtaksmyndigheten hadde vært kjent med at henvisningen til stiftelsesregelen ikke holdt. Eierbegrensingsregelen har vært en sentral del av norsk finansmarkedsregulering siden 1980-tallet, og det er på det rene at vilkårene uansett ville blitt oppstilt i medholdt vilkårlæren.

Tildeling av konsesjon til bank- og forsikringsvirksomhet er begunstigende vedtak. Alminnelige forvaltningsmessige prinsipper gir grunnlag for å oppstille vilkår ved tildeling av slike tillatelser, og det samme følger også av forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd og finansforetaksloven § 3-2 første ledd. Norske myndigheter har ønsket å sikre et særlig høyt beskyttelsesnivå knyttet til det finansielle systemets stabilitet, og har derfor ansett det viktig å sikre eierspredning i bank- og forsikringsbransjen. I forvaltningspraksis er det derfor oppstilt som vilkår for konsesjon at foretaket ikke har en uheldig konsentrasjon av eiermakt. Dette innebar at konsesjon som hovedregel var betinget av at ingen enkeltindivider – verken direkte eller indirekte – eide mer enn 20 - 25 % i selskapet som søkte full bank- eller forsikringskonsesjon.

Rolf Dammanns eierandel var ikke forenlig med disse vilkårene. NFLs og NFBs søknader om full bank- og forsikringskonsesjon ble derfor avslått, og kun mer begrensede konsesjoner ble tildelt.

Eierbegrensingsregelen har sammenheng med hensynet til å sikre finansiell stabilitet som er det sentrale hensyn bak finansmarkedsreguleringen. Regelen har saklig sammenheng med tillatelsen og er ikke uforholdsmessig tyngende. De hensyn regelen er bygget på veier tyngre enn Dammanns ønske om en stor eierandel i Netfonds-selskapene. Dammanns interesser er for øvrig tilstrekkelig ivaretatt gjennom de begrensede tillatelser selskapene ble gitt. Avslagene på søknadene om mer omfattende konsesjon er følgelig ikke grovt urimelig.

Avslagene innebærer ikke usaklig forskjellsbehandling sammenlignet med sakene knyttet til OBOS og Nordnet. Det er ikke tilstrekkelig å vise til enkelttilfeller som er behandlet ulikt for å konstatere usaklig forskjellsbehandling. Det må foreligge avvik fra en ellers entydig praksis. Det er ikke tilfellet her. Det var uansett saklige grunner som gjorde at utfallet i sakene ble forskjellige. Vedtakene er ikke ugyldige etter intern norsk rett, og erstatning kan ikke tilkjennes på det grunnlag.

Det foreligger ingen relevante grenseoverskridende aktiviteter som gir grunnlag for å anvende EØS-retten på forholdet, jf. bl.a. HR-2016-2554 (avsnitt 90) og E-8/16 Netfonds, avsnitt 106. Anvendelse av EØS-retten betinger at det rent faktisk har vært gjort forsøk på å etablere seg i en annen EØS-stat. Det er ikke tilfelle her. NFB og NFL var norske selskaper som krevde konsesjon for drift i Norge. Erstatningskravene knytter seg utelukkende til norske forhold. En hypotetisk mulighet for grensekryssende aktivitet, som det NFB og NFL har vist til, er ikke tilstrekkelig til at EØS-retten gis anvendelse. Forsøket på oppkjøp av den litauiske banken er ikke relevant, da den gjaldt Netfonds Holding AS som ikke er part i saken. Erstatningskravet fra NFB og NFL er for øvrig ikke begrunnet i oppkjøpsforsøket.

Selv om EØS-avtalen finnes anvendelig, er eierbegrensningsregelen ikke i strid med denne. Eierbegrensningsregelen innebærer en restriksjon på etableringsretten, men kan rettfærdiggjøres i legitime allmenne hensyn, jf. E-8/16 Netfonds, avsnitt 112-116. Målsettingene bak et nasjonalt tiltak må fastlegges ut fra de målsetninger og virkninger tiltaket objektivt sett har. Det er ikke avgjørende hvilke mål som ble uttrykt i forarbeidene eller lignende. Det må ut fra dette legges til grunn at eierbegrensningsregelen har til formål å begrense risiki forbundet med store enkelteiere i bank- og forsikringsselskaper, og sikre institusjonenes uavhengighet fra for sterk innflytelse fra eierne. Reglen skal også redusere faren for misbruk av eiermakt og overdreven risikovilje. Reglen har også andre positive effekter: Sikre en sunn kapital situasjon ved å ikke være for avhengig av en stor enkelteier, overholdelse av andre regulatoriske tiltak og øke effektiviteten i Finanstilsynets tilsynsvirksomhet. Regelen har også betydning for tilliten til den finansielle stabiliteten hos kreditorer og investorer.

Eierbegrensningsregelen er egnet til å nå disse målene. Det er den nasjonale domstol som må foreta vurderingen av om tiltaket er egnet. Det bemerkes likevel at EFTA-domstolen antydte at regelen var egnet, jf. avsnitt 122. Direktiv 2007/44/EF medfører ikke at regelen ikke er egnet og konsistent. Etterfølgende erververe kan ikke i medhold av direktivet omgå kravet om eierspredning ved å kjøpe seg opp i selskapet etter at konsesjon er tildelt. Direktivet endret ikke reglene for tildeling av virksomhetskonsesjon, og nasjonalstatene kan uavhengig av direktivet fastsette vilkårene for dette. Som en konsekvens av det oppstiller direktivet eksplisitt forbud mot omgåelse av vilkår satt ved konsesjonstildelingen.

Selv om lagmannsretten skulle finne at direktivet gir anledning til å omgå vilkårene satt ved konsesjonstildelingen, så gjør det uansett ikke eierbegrensningsregelen inkonsistent. Konsistenskravet retter seg kun mot tiltak på områder hvor staten har skjønnsfrihet, ikke på områder hvor de er påtvunget av EØS-retten. Det vises blant annet til E-31/06 Ladbroses para. 51 og C-11/92 Imperial Tobacco para. 20 og 22.

Eierbegrensningsregelen er nødvendig for å nå målene. Mindre inngripende tiltak ville ikke like effektivt ha sikret det valgte beskyttelsesnivået for de ulike målsettinger bak eierbegrensningsregelen. Norge har valgt et høyt beskyttelsesnivå innenfor bank- og forsikringssektoren. Det finnes ingen alternative tiltak som vil oppnå det valgte beskyttelsesnivå på en like effektiv måte. Eierbegrensningsregelen har virkninger som de alternative tiltakene som NFB og NFL har vist til, ikke har, blant annet ved at den hindrer at noen kommer i den posisjon at eiermakt kan misbrukes. De øvrige tiltak forhindrer ikke dette. Grensen på 20-25 % er godt begrunnet og går ikke lenger enn det som er nødvendig ut fra regelens formål. Gjennom nisjeunntaket tar man dessuten høyde for tilfeller hvor hensynene bak regelen ikke i samme grad slår til.

Selv om grensen finnes å være satt for lavt, gir det uansett ikke grunnlag for at NFB og NFL måtte tildeles konsesjon. En eierandel på 80 % ville uansett vært for høyt.

Finnes brudd på artikkel 31 likevel å foreligge, er det i alle tilfelle ikke tale om et tilstrekkelig kvalifisert brudd til at erstatningsansvar kan statueres. Myndighetene har verken åpenbart eller grovt satt seg ut over rammene for sin myndighetsutøvelse.

Et eventuelt erstatningsansvar er uansett foreldet, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1. Stevning ble tatt ut 30. april 2015, og skjæringstidspunktet er da 30. april 2012. Både NFB og NFL hadde tilstrekkelig kunnskap om realskaden, og objektivt sett grunnlag for og oppfordring til å reise søksmål, før det tidspunkt. Tilstrekkelig kunnskap forelå allerede i 2005 og 2007 da selskapene fikk konsesjoner med begrensninger. Under enhver omstendighet forelå tilstrekkelig kunnskap da selskapene mottok underinstansenes avslag på søknaden om utvidede konsesjoner i 2010 og 2011. Det er ikke grunnlag for å skyte ut foreldelsesfristens utgangspunkt til etter at klagen var ferdigbehandlet. At omfanget av det fremtidige tapet var usikkert, er ikke nok til at foreldelsesfristen ble utskutt.

Også om ansvar begrunnes i andre forhold enn EØS-retten, er kravet foreldet. Det er ingenting som tilsier at NFB og NFL ikke hadde tilstrekkelig kunnskap om et eventuelt ansvar etter nasjonal rett før 30. april 2012, slik at et søksmål om erstatningskrav knyttet til dette kunne vært fremmet lenge før dette.

Det er ikke grunnlag for suksessiv foreldelse. Hovedregelen er at kravet foreldet samlet, selv om det er usikkerhet knyttet til utmåling av fremtidig tap. De unntak som er oppstilt i rettspraksis slår ikke til her.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Finansdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Finansdepartementet tilkjennes sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker

1. Kort om problemstillingene

NFB og NFL fikk, som nevnt, innvilget konsesjon til å drive nisjevirkosomhet innen bank- og forsikringssektoren. Deres søknader om utvidelse av konsesjonen ble imidlertid avslått fordi det ikke forelå tilstrekkelig spredning på eiersiden, idet Rolf Dammanns eierandel på over 80 % ble ansett for høy. Partene er uenige om avslagene var begrunnet i stiftelsesregelen eller i eierbegrensningsregelen/vilkåret om eierspredning, og om avslagene og regelen som lå til grunn for disse, er i strid med Norges EØS-rettslige forpliktelser og derfor erstatningsbetingende. Det er videre uenighet om avslagene er ugyldige og erstatningsbetingende også etter den ulovfestede culperegelen, og om eventuelle erstatningskrav er foreldet.

Lagmannsretten har kommet til at det ikke foreligger ansvarsgrunnlag verken på culpagrunnlag eller etter EØS-retten, og at et erstatningsansvar uansett ville ha vært foreldet. NFBs og NFLs argumentasjon har følgelig ikke ført frem på noen av de punkter som har vært behandlet i ankesaken. Selv om saken kunne ha vært avgjort på grunnlag av foreldelse alene, finner lagmannsretten – i lys av tingrettens konklusjon og de relativt omfattende forhandlingene som har vært gjennomført – grunn til å begrunne hvorfor erstatningskravene heller ikke av andre grunner kan føre frem.

Det rettslige rammeverk, og de sentrale betingelser for å oppnå konsesjon som bank- og forsikringsselskap, utgjør et viktig bakteppe for saken. Lagmannsretten vil derfor kort redegjøre for dette, før de spørsmål saken reiser behandles.

2. Det rettslige rammeverk og de sentrale betingelser for å oppnå konsesjon som bank og forsikringsselskap

Solide bank- og forsikringsselskaper er av sentral betydning for et lands finansielle stabilitet. Slike institusjoner har derfor lenge vært underlagt et særskilt reguleringsregime i land med en utviklet økonomi. Reguleringsregimet skal ivareta forholdet til institusjonens kunder, og dens rolle i samfunnsøkonomien for øvrig. Banker og forsikringsselskaper øver stor innflytelse på samfunnsøkonomien gjennom sin kredittgivning og rolle i egenkapitalmarkedet som forvalter av sparemidler, herunder pensjonssparing og forsikring. Det offentlige har derfor en særlig interesse i hvem som eier slike institusjoner. Både i Norge og i andre land har man derfor lagt til grunn at det er behov for å regulere eierskap til banker og forsikringsselskaper.

Norske myndigheter har lenge oppstilt krav om tillatelse (konsesjon) for å drive bank- og forsikringsvirksomhet, og har fastsatt nærmere vilkår for slike tillatelser. Også sekundærlovgivningen i EØS forutsetter at et tillatelsessystem etableres og opprettholdes. For banksektoren fulgte dette av det konsoliderte bankdirektivet (2000/12/EF), senere erstattet av kredittinstitusjonsdirektivet (2006/48/EF) og kapitalkravsdirektivet (2013/36/EU), og for forsikringssektoren av livsforsikringsdirektivet (2002/83/EF), senere erstattet av solvens II-direktivet (2009/138/EF).

På de tidspunkter som her er aktuelle, var konsesjonskravet for banker oppstilt i forretningsbankloven 24. mai 1961 nr. 2 § 8, hvoretter en forretningsbank ikke kunne «bli registrert før Kongen har gitt den tillatelse til å drive bankvirksomhet». For forsikringsselskaper fulgte kravet om konsesjon av forsikringsvirksomhetsloven av 10. juni 2005 nr. 44 § 2-1, hvoretter et forsikringsselskap ikke kunne drive virksomhet «uten tillatelse av Kongen, som kan sette vilkår for tillatelsen».

Lovene oppstilte en del vilkår for at konsesjon kunne tildeles, blant annet krav til startkapital og egnethet hos eiere av kvalifiserte eierandeler. Det var også oppstilt krav om at «mer enn tre firedeler» av forretningsbankens/forsikringsselskapets aksjekapital måtte være «egnet ved kapitalforhøyelse uten fortrinnsrett for aksjeeiere eller andre», for at

konsesjon kunne gis, jf. forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd i.f. («stiftelsesregelen»).

Hvor de lovfestede vilkår var oppfylt, tillå vurderingen av om konsesjon skulle gis forvaltningens frie skjønn. Det er på det rene at forvaltningen hadde anledning til å stille ytterligere vilkår for konsesjonen i medhold av den ulovfestede vilkårs læren, forutsatt at vilkårene var saklige og ikke uforholdsmessige.

Det er uomtvistet at Finansdepartementet, som konsesjonsgivende myndighet, ønsket å unngå det man mente var uheldig konsentrasjon av eiermakt, og derfor oppstilte vilkår om tilstrekkelig eierspredning som betingelse for forsikrings- og bankkonsesjon. Vilkåret er av partene betegnet som «eierbegrensningsregelen». Lagmannsretten finner at formuleringen «vilkår om eierspredning» er mer treffende slik denne saken ligger an, og vil benytte denne formuleringen i fortsettelsen.

Vilkåret om eierspredning ble praktisert skjønnsmessig, men innebar i alminnelighet at konsesjon ikke ble gitt til selskaper hvor enkelteiere eide mer enn 20-25 % av eierandelene i selskapet eller dets konsernspiss. Unntak ble gjort, men da hovedsakelig kun hvor det var tale om konsesjon til å drive begrenset bank- eller forsikringsvirksomhet, såkalt nisjevirksomhet.

3. Kort om begrensningene i NFBs og NFLs konsesjoner og de etterfølgende avslag på søknadene om utvidelse av disse

NFB og NFL fikk henholdsvis 5. august 2005 og 17. juli 2007 konsesjon til å drive nisjevirksomhet innen bank- og forsikring. NFBs bankkonsesjon var begrenset til å ta imot innskudd i form av «ledige midler fra klientkonto tilhørende kunder i verdipapirhandelsvirksomheten». Innskudd fra allmennheten kunne ikke mottas. Innskuddsmidlene kunne etter vilkårene ikke benyttes til annet enn å «finansiere kreditter og til plassering av øvrige innskuddsmidler i interbank- og sertifikatmarkedet og i andre rentebærende verdipapirer». Som begrunnelse for begrensningene i konsesjonen fremgikk:

Som det fremgår ovenfor innebærer Finansdepartementets vedtak at dagens eierstruktur i Net Fonds ASA kan opprettholdes i morselskapet Net Fonds Holding ASA. I vurderingen av om det burde settes vilkår om spredningssalg i Net Fonds Holding ASA har departementet lagt vesentlig vekt på at Net Fonds ASA kun gis tillatelse til å drive begrenset bankvirksomhet, både i forhold til mottak av innskudd og til kredittgivning. Net Fonds ASAs virksomhet vurderes i lys av dette ikke til å ha de samme samfunnsmessige sider mot for eksempel nærings- og kredittpolitikken som mer tradisjonell bankvirksomhet vil kunne ha. Hensynene bak reglene om eierspredning slår derfor heller ikke til i like stor grad. 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. Departementet presiserer at spredningssalg fortsatt kan bli krevd blant annet på bakgrunn av vilkår nr. 12 og 13 ovenfor.

Også NFLs forsikringskonsesjon ble begrenset, og gjaldt opprinnelig kun rett til å tilby «kapitalforsikring med investeringsvalg». Begrensningene i konsesjonen var begrunnet slik:

Som det fremgår innebærer Finansdepartementets vedtak at Netfonds Holding ASA kan eie Netfonds Livsforsikring AS som datterselskap med den eierstruktur morselskapet i dag har. I vurderingen av om det bør settes vilkår om spredningssalg i Netfonds Holding ASA, har departementet lagt vekt på at livsforsikringsvirksomheten som det er gitt tillatelse til vil være av begrenset art sammenlignet med mer tradisjonell livsforsikringsvirksomhet. Netfonds Livsforsikring AS' virksomhet vurderes i lys av dette å ikke ha de samme samfunnsmessige sider mot næringspolitikken som mer tradisjonell livsforsikringsvirksomhet vil kunne ha, og hensynene bak kravet om eierspredning gjør seg derfor ikke like sterkt gjeldende.

NFB og NFL søkte senere om utvidelse av konsesjonene flere ganger, men søknadene ble i stor grad avslått.

4. Hadde forvaltningen hjemmel til å oppstille som vilkår for full konsesjon at ingen eier hadde større eierandel enn 20-25 % (vilkår om eierspredning)?

NFB og NFL har fremholdt at vedtakene om begrensede konsesjoner og avslagene på etterfølgende søknader om utvidelse av disse, ble fattet i medhold av stiftelsesregelen som ikke ga hjemmel for å oppstille vilkår om eierspredning. Staten har derimot fremholdt at vedtakene var rettslig forankret i den alminnelige vilkårlæren, og at henvisningen til stiftelsesregelen i enkelte vedtak kun utgjør en mangel ved begrunnelsen som ikke har innvirket på vedtakenes innhold.

Gjennomgang av vedtakene viser at hjemmelshenvisningene på dette punkt ofte var uklare. I noen vedtak synes vilkåret om eierspredning å være forankret i stiftelsesregelen. I andre vedtak kan det synes som om vilkåret ble oppstilt i medhold av vilkårlæren og forvaltningens frie skjønn knyttet til tildeling av konsesjon. Ordlyden i vedtakene kan tyde på at forvaltningen ikke hadde en klar oppfatning av den rettslige forankringen for vilkåret. Lagmannsretten finner det likevel etter bevisførselen klart at vilkåret ble satt – og også ville ha blitt satt – uavhengig av hvilket hjemmelsgrunnlag som var riktig. De feil i hjemmelshenvisning som enkelte vedtak er beheftet med, er som følge av dette å anse som feil ved begrunnelsen som klart ikke har innvirket på vedtakenes innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Gyldigheten av vedtakene beror dermed på om forvaltningen hadde hjemmel til å oppstille et slikt vilkår om eierspredning.

Stiftelsesregelen i forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd i.f. innebar, som nevnt, krav om at «mer enn tre firedeler» av forretningsbankens eller forsikringsselskapets aksjekapital måtte være «tegnert ved kapitalforhøyelse uten fortrinnsrett for aksjeeiere eller andre». Det er klart – og synes uomtvistet – at disse reglene ikke ga hjemmel for vilkåret. Selv om stiftelsesregelens krav i praksis kunne bidra til at

eierspredning ble oppnådd, oppstilte regelen likevel ingen begrensning i hvor stor eierandel den enkelte aksjeeier kunne besitte etter en slik offentlig emisjon som regelen ga anvisning på.

Lagmannsretten finner det, som nevnt, klart at forvaltningen hadde anledning til å fastsette ytterligere vilkår for konsesjon ved den skjønnsmessige vurderingen av om konsesjon skulle tildeles, jf. også Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 5. utg. side 282. Dette fulgte for forsikringsselskaper uttrykkelig av forsikringsvirksomhetsloven § 2-1. For banker fulgte dette ikke uttrykkelig av loven, men av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

At vilkår kunne oppstilles ved tildeling av denne type tillatelser underbygges blant annet av NOU 1998:14 (Utredning nr. 4 fra Banklovkommissjonen) kapittel 3.2, hvor det fremgår at «[d]et kan knyttes ytterligere vilkår til en tillatelse, men bare vilkår som tjener de formål som ligger til grunn for lovreguleringen av finansinstitusjonenes virksomhet». Det samme fremgår også av beskrivelsen av gjeldende rett i Prop. 125 L (2013-2015) kapittel 5.1.4.1, hvor det uttales:

... Konesjonsmyndigheten kan imidlertid også etter gjeldende rett avgrense virksomheten gjennom å stille vilkår i tillatelsen. Denne endringen av det konsesjonsrettslige utgangspunktet, vil derfor trolig ikke ha materiell betydning for den enkelte bank...

Forutsetningen for at vilkår skal kunne oppstilles ved tildeling av tillatelse er imidlertid at vilkåret er saklig og i samsvar med overordnede normer og øvrige skranker for skjønnfriheten. Vilkalet må heller ikke være uforholdsmessig tyngende, jf. Rt-2008-1110 avsnitt 22.

Kravet til saklig sammenheng innebærer at vilkåret må ha en klar forbindelse til den avgjørelsen som det knytter seg til, f. eks. ved å bidra til å fremme det underliggende formål ved tildelingen eller å redusere skadevirkningen av den. At vilkåret ikke må være uforholdsmessig tyngende, innebærer at det må foretas en avveining mellom de fordeler som oppnås ved å sette vilkåret og de ulemper det påfører parten, jf. blant annet NOU 2019:5 (Forvaltningslovutvalget) punkt 34.2.1.

Hvilke vilkår som er saklige i dette tilfellet er i merknadene til forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 inntatt i Ot.prp. nr. 42 (1986-87) presisert dithen at «ikke hvilke som helst vilkår kan stilles i medhold av bestemmelsen, bare vilkår som skal tjene samme formål som selve konsesjonstvungen». Også NOU 2001:8 B, som lå til grunn for finansforetaksloven av 2015, underbygger dette, hvor det på side 711 fremgår:

I første ledd annet punktum er det i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper bestemt at avgjørelsesmyndigheten kan sette vilkår for tillatelsen, godkjenningen eller samtykket. Slike vilkår må være i samsvar med de formål som finanslovgivningen skal ivareta, og kan blant annet kreve at virksomheten drives på en bestemt måte eller innenfor visse rammer.

Spørsmålet er etter dette om vilkåret om eierspredning, som ble oppstilt som betingelse for full konsesjon, var saklig og ikke uforholdsmessig.

Lagmannsretten finner det ut fra lovhistorikken, klart at vilkåret var saklig ut fra de formål konsesjonsregelverket var bygget på. En regel om at ingen enkelteier kunne eie mer enn 10 % av aksjekapitalen i en finansinstitusjon ble foreslått både i NOU 1983:52 (Harlem-utvalget) for forsikringsselskaper og i NOU 1986:5 (Løining-utvalget) for banker og forsikringsselskaper. Om bakgrunnen for forslaget uttales i NOU 1986:5 (Løining-utvalget) på side 134:

Det har iallfall hittil vært en alminnelig oppfatning at finansinstitusjonene ikke skal drives som privat bankiervirksomhet, hvor en enkelt eller noen få personer, bedrifter o.l. i fellesskap eier en finansinstitusjon. Arbeidsgruppen deler denne oppfatningen. Betydelige eierinteresser vil lett skape et forhold mellom vedkommende finansinstitusjon og vedkommende aksjeeier som gjør at vedkommende blir behandlet på en annen og for ham bedre måte enn andre kunder. Bl.a. vil han kunne bli underlagt en lempeligere kredittvurdering. Uheldige disposisjoner – bl.a. på dette grunnlag – vil kunne ha negative konsekvenser for tilliten til finansvesenet, men også rent samfunnsøkonomisk bl.a. ved at innskudd/innlån lettere kan tapes og evt. ved at kreditten ikke nødvendigvis går til de beste prosjekter. Hvis låntaker samtidig har en betydelig aksjepost, kan det også tenkes at dette påvirker kredittvurderingen.

I tillegg vil det være slik at selv om eierne ikke lånte til seg selv direkte, kan mer indirekte långivning finne sted, foruten at driften av en finansinstitusjon kan bli mer personavhengig hvis bare en eller få eiere står bak. Som nevnt er det i kgl.res. av 1969 begrensninger i andre selskapers en bankers eierandeler i norske forretningsbanker, og i NOU 1983:52 (Harlem-utvalget) er det foreslått at ingen aksjonær utenom andre forsikringsselskaper skal kunne ha mer enn 10 pst. av aksjene i noe forsikringsselskap. Videre skal banker kunne eie et kredittforsikringsselskap.

Arbeidsgruppen støtter dette prinsipp og en tilrår derfor at ingen aksjonær skal kunne eie mer enn 10 pst av aksjene i en forretningsbank eller i et forsikringsselskap uten samtykke av Kongen.

Forslaget ble fulgt opp av departementet og en 10 %-regel ble foreslått innført både for banker og forsikringsselskaper i Ot.prp. nr. 41 (1986-1987) og Ot.prp.nr. 42 (1986-1987). Flertallet i Finanskomiteen sluttet seg til forslaget, jf. Innst. O. nr. 58 (1987-1988). Stortinget vedtok deretter lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner 10. juni 1988 nr. 40 § 2-2, hvoretter ingen kunne «eie mer enn 10 prosent av aksjekapitalen i en finansinstitusjon», dog med en adgang for Kongen til å dispensere fra dette i særlige tilfeller.

Den 31. oktober 2001 avga ESA en begrunnet uttalelse hvor det ble konkludert med at 10 %-regelen stred mot EØS-avtalens artikkel 40 om kapitalfrihet. Norske myndigheter oppnevnte som følge av uttalelsen en ekspertgruppe for å evaluere om regelen var i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser, og om den uansett burde endres.

Ekspertgruppens tilrådning er inntatt i NOU 2002:3, og innebar i korte trekk et råd om at 10 %-regelen ble erstattet med et skjønnsbasert system som bedre kunne ivareta de formål man ønsket å oppnå.

Departementet sluttet seg i Ot.prp.nr. 50 (2002-2003) til ekspertgruppens forslag om overgang til et slikt skjønnsbasert system. Etter å ha gjennomgått de sentrale hensyn bak de dagjeldende reglene om eierbegrensning, foreslo departementet i tråd med arbeidsgruppens forslag, overgang til et skjønnsbasert system. I kapittel 5.3 uttales følgende om bakgrunnen for dette:

Etter departementets vurdering vil et skjønnsbasert system på en bedre måte ivareta de sentrale hensyn som fortsatt bør ligge til grunn for regler om eierkontroll, enn et system basert på et lovforbud mot å eie i visse intervaller. Det vises til drøftelsen av dette i punkt 4.3. Det sentrale spørsmålet i denne sammenheng er om det foreligger tilstrekkelige grunner for å fravike dette utgangspunktet ved erverv over 25 prosent, slik arbeidsgruppen foreslår. Ved en slik vurdering er det hensiktsmessig å skille mellom andre enn finansinstitusjoners eie av norske finansinstitusjoner og finansinstitusjoners eie av andre finansinstitusjoner.

Etter departementets vurdering bør en fortsatt legge vekt på å ha en norsk finansnæring som er uavhengig av enkeltpersoner og andre næringer, jf. kapittel 4.2.1 om gjeldende hensyn. Dette kan tilsi at en i samsvar med arbeidsgruppens forslag viderefører et absolutt forbud mot at andre enn finansinstitusjoner skal kunne oppnå kontroll over en finansinstitusjon, slik at den reelle hovedregel fremgår av lovtekst i stedet for av forvaltningspraksis. På den annen side kan det anføres at en slik absolutt regel vil kunne gå lenger enn det som er nødvendig. Hensynet til å sikre en uavhengig finansnæring vil uansett være blant de sentrale hensyn myndighetene i et skjønnsbasert system skal kunne legge vekt på ved vurderingen av om ervervet skal kunne gjennomføres. Dette tilsier en skjønnsutøvelse hvor det i alminnelighet ikke vil bli godtatt slike store eiere som ikke er finansinstitusjoner. Det kan imidlertid neppe utelukkes at det i enkelte tilfeller vil kunne oppstå situasjoner der det bør gis adgang for at andre enn finansinstitusjoner erverver kontroll over en finansinstitusjon, som for eksempel ved etablering av mindre nisjeselskaper innen bank og forsikring.

Stortinget vedtok etter dette å oppheve 10 %-regelen med virkning fra 1. januar 2004, men slik at det, som det har fremgått, i forarbeidene ble gitt føringer om at tillatelse til bank- og forsikringsvirksomhet normalt ikke skulle gis selskaper hvor enkelteiere hadde en eierandel over 25 %.

Det er uomtvistet at forvaltningen etter dette har praktisert et vilkår om eierspredning slik at konsesjon normalt ikke gis til selskaper hvor enkelteiere eier mer enn 25 %.

Lagmannsretten finner det ut fra lovhistorikken klart at dette vilkåret er saklig ut fra de formål konsesjonssystemet er ment å ivareta.

Vilkåret om eierspredning er heller ikke uforholdsmessig tyngende. De samfunnsmessige hensyn som vilkåret er bygget på er, som det fremgår av forarbeidene, blant annet å ha en

norsk finansnæring som er uavhengig av enkeltpersoner og andre næringer, og å hindre misbruk av eiermakt i slike institusjoner, jf. blant annet NOU 2002:3 kapittel 3.1. Disse hensynene veier klart tyngre enn enkeltpersoners interesse i å inneha store eierandeler i finansinstitusjoner. Vilkåret om eierspredning har etter dette tilstrekkelig hjemmel, og vedtakene overfor NFB og NFL kan følgelig ikke settes til side på dette grunnlag.

5. *Er vedtakene overfor NFB og NFL ugyldige av andre grunner?*

Vilkåret om eierspredning er, som nevnt, forankret i lovforarbeidene og saklig ut fra de hensyn konsesjonsregelverket tar sikte på å ivareta. Det er i lys av dette på det rene at forvaltningens håndheving av vilkåret overfor NFB og NFL, herunder overfor majoritets-eieren Dammann, ikke er grovt urimelig. Det skal mye til for å sette et vedtak til side på grunnlag av grov urimelighet, jf. blant annet Eckhoff/Smith: Forvaltningsrett, 11. utg. (2018) side 403 med videre henvisninger, og slik kvalifisert urimelighet foreligger ikke her.

Lagmannsretten har vurdert, men finner heller ikke at vilkåret har blitt praktisert på en måte som innebar usaklig forskjellsbehandling av NFB og NFL sammenlignet med andre konsesjonssøkere. Det ligger i det frie skjønns natur at utfallet ved behandlingen av saker vil kunne variere. For å konstatere usaklig forskjellsbehandling er det ikke nok å påvise enkelttilfeller som har blitt behandlet ulikt. For at usaklig forskjellsbehandling skal kunne konstateres, må det foreligge avvik fra en ellers entydig praksis, jf. Rt-2011-111 avsnitt 68, Rt-2012-1547 avsnitt 49 og Stub: Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling, side 508.

NFBs og NFLs konsesjonssøknader har blitt behandlet i tråd med føringene i forarbeidene og den praksis som ble etablert i medhold av disse. Sakene overfor OBOS og Nordnet, som NFB og NFL har vist til, er enkeltsaker og gir ikke uttrykk for en entydig praksis som kan gi grunnlag for å konstatere usaklig forskjellsbehandling. At OBOS fikk tildelt forsikringskonsesjon og full bankkonsesjon til tross for at boligbyggelaget sto som eeneier, fremstår uansett saklig begrunnet ut fra hjemmelsgrunnlaget, idet OBOS selv er et boligbyggerlag med eierspredning. Det vises for øvrig til Innst. O. nr. 58 (1987-1988) side 32, hvor det fremgår:

Flertallet vil også peke på at for samvirkeforetak og organisasjonseide finansinstitusjoner reiser bestemmelsene om eierbegrensning en rekke særspørsmål. I disse institusjonene er maktspredning gjennomført ved eierorganisasjonenes representasjonssystem. Flertallet mener at for disse institusjoners vedkommende må det kunne gjøres unntak fra bestemmelsene.

Også det forhold at Nordnet ble innvilget konsesjon til å etablere livsforsikringsselskap til tross for at vilkåret om eierspredning ikke var oppfylt, fremstår som saklig begrunnet. Nordnet var et svensk selskap som allerede hadde bank- og forsikringskonsesjon i Sverige. Selskapet hadde derfor – på det tidspunkt den norske konsesjonen ble gitt – allerede i lang

tid hatt anledning til å etablere filial i Norge og å drive grensekryssende bank- og forsikringsvirksomhet hit i medhold av sin svenske konsesjon etter EØS-reglene. Selskapet sto således i en vesentlig annen situasjon enn NFB og NFL, som ikke hadde konsesjon til fullskala bank- og forsikringsvirksomhet verken i Norge eller annet EØS-land. Eiersitsen i Nordnet avvek for øvrig fra NFB og NFL, idet ingen enkelteier hadde større eierandel enn 25 %. Selv om noen av eierne i Nordnet var familiemedlemmer, avvek eierkonstellasjonen i selskapet vesentlig fra NFB og NFL hvor en person kontrollerte over 80 % av eierandelene.

Det er etter dette ikke sannsynliggjort at vedtakene overfor NFB og NFL er ugyldige som følge av usaklig forskjellsbehandling. Heller ikke andre ugyldighetsgrunner er sannsynliggjort. Vedtakene overfor NFB og NFL er følgelig ikke ugyldige og erstatningsbetingende på forvaltningsrettslig grunnlag.

6. Kort om EFTA-domstolens rådgivende uttalelse (sak E-8/16)

Før de EØS-rettslige spørsmål behandles, vil lagmannsretten kort knytte noen kommentarer til betydningen av EFTA-domstolens uttalelse i saken.

EFTA-domstolen ble, som det har fremgått, stilt tre spørsmål, hvor to omhandlet de såkalte stiftelsesreglene. Som det har fremgått, er vedtakene i saken ikke forankret i stiftelsesreglene, men derimot i et vilkår om eierspredning fastsatt i medhold av den ulovfestede vilkårslæren. Lagmannsretten finner i lys av dette at det særlig er EFTA-domstolens generelle redegjørelse og dens svar på spørsmål 3, som er av interesse for denne saken. De relevante deler av uttalelsen vil bli nærmere omtalt i det følgende.

7. Kommer EØS-avtalen artikkel 31 til anvendelse?

EØS-avtalen artikkel 31 lyder:

Art 31. 1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.

2. Vedlegg VIII til XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsrett.

Artikkelen gir etter ordlyden EØS-borgere/selskaper rett til å etablere seg i en annen EØS-stat enn sin egen. Artikkelen kommer ikke til anvendelse dersom det er tale om rent interne forhold i hjemstaten, jf. Rt-2005-607 avsnitt 66. Det er imidlertid sikker rett at artikkelen kan påberopes også overfor egen hjemstat dersom det foreligger grenseoverskridende elementer i saken, jf. blant annet EFTA-domstolens rådgivende uttalelse avsnitt 106 og 107, hvor det fremgår:

106 Nasjonal lovgivning og forvaltningspraksis kan komme inn under EØS-avtalens bestemmelser om de grunnleggende friheter i den utstrekning de får anvendelse på situasjoner knyttet til samhandelen mellom EØS-statene (se sak E-9/14 Kaufmann, Sml. 2014 s. 1048, avsnitt 31)...

107 Ved vurderingen av i hvilken grad de faktiske forhold i saken innebærer et grenseoverskridende element, må den anmodende domstol også være klar over at selv om EØS-avtalen artikkel 31 etter sin ordlyd særlig har til formål å sikre nasjonal behandling i en vertsstat, forbyr bestemmelsen også at hjemstaten hindrer sine egne borgere eller selskaper stiftet i samsvar med dens lovgivning i å etablere seg i en annen EØS-stat (se sak E-7/07 Seabrokers, Sml. 2008 s. 172, avsnitt 28 og rettspraksis som det vises til der).

Om kravet til «grenseoverskridende element» ved utøvelse av etableringsretten uttales i Eriksen/Fredriksen: Norges Europeiske forvaltningsrett (2019) side 43 at «[f]or etableringsretten er det den selvstendig næringsdrivende eller den juridiske personen som søker å gjøre bruk av retten, som må krysse en grense». Det følger videre av Barnard: The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms (2016) side 210 med videre henvisninger at en rent hypotetisk mulighet for etablering i en annen EØS-stat ikke er nok.

Lagmannsretten legger i lys av dette til grunn at for at artikkel 31 skal komme til anvendelse, må den juridiske personen som søker å gjøre bruk av retten, rent faktisk ha foretatt en grensekryssende aktivitet eller i det minste ha foretatt faktiske forsøk på å etablere seg i en annen EØS-stat.

Denne saken gjelder et tilfelle hvor norske myndigheter har avslått søknader om fulle konsesjoner til bank- og forsikringsvirksomhet fra to norske aksjeselskaper hvor også aksjonærene var norske. Saksforholdet er følgelig i utgangspunktet internt, uten grenseoverskridende elementer.

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 forhindret 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.

Heller ikke NFBs melding om grensekryssende virksomhet 23. august 2007 gir grunnlag for å konstatere grensekryssende aktiviteter knyttet til etableringsretten. Meldingen gjaldt ikke forsøk på å etablere seg i en annen EØS-stat, men derimot grensekryssende tjenester

overfor kunder i andre EØS-land med utgangspunkt i selskapets etablerte virksomhet i Norge. 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.

Heller ikke NFBs og NFLs anførsler om at man hadde kunder i andre land og foretok kjøp av verdipapirer over utenlandske børser, sannsynliggjør at selskapene har foretatt grensekryssende aktiviteter eller forsøk på dette knyttet til etableringsretten.

Lagmannsretten har ved vurderingen av om det foreligger grenseoverskridende elementer sett hen til EFTA-domstolens uttalelse i avsnitt 106, hvor dette er lagt til grunn for så vidt gjelder «saksøkernes ytelse av tjenester utenfor Norge og i forbindelse med det planlagte erverv av aksjer i den litauiske bank Bankas Finasta AB». I den grad uttalelsen ikke gjelder det prosessuelle spørsmålet om «admissability», innbefatter den en bevisbedømmelse og subsumsjon, som ligger utenfor EFTA-domstolens kompetanse knyttet til «tolkningen av EØS-retten», jf. domstoloven § 51a, jf. ODA-avtalen artikkel 34. Lagmannsretten finner ut fra bevisførselen uansett ikke grunnlag for domstolens konklusjon på dette punkt.

Det foreligger etter dette ikke grenseoverskridende elementer som kan gi grunnlag for anvendelse av EØS-avtalen artikkel 31. Staten må allerede på bakgrunn av dette frifinnes for erstatningskravet med bakgrunn i EØS-retten.

8. *Er vilkåret om eierspredning i strid med EØS-avtalen artikkel 31?*

a. Generelt

Som redegjort for over, kommer EØS-avtalen artikkel 31 ikke til anvendelse i saken. Det er som følge av det strengt tatt ikke nødvendig å ta stilling til om vilkåret om eierspredning er i samsvar med artikkelen. Spørsmålet har imidlertid betydning for andre saker, og lagmannsretten finner derfor grunn til å redegjøre for sitt syn også på dette.

Det er uomtvistet at vilkåret om eierspredning utgjør en restriksjon på etableringsretten, og derfor i utgangspunktet strider mot artikkel 31. Det følger imidlertid av fast rettspraksis at en restriksjon som hindrer utøvelse av etableringsretten likevel er lovlig, dersom den kan rettferdiggjøres ut fra tvingende allmenne hensyn, er egnet til å sikre oppnåelsen av det fastsatte mål, ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå dette og heller ikke medfører et uforholdsmessig inngrep i etableringsretten, jf. Fredriksen m.fl.: EØS-rett (3. utg.) side 114 flg. Bevisbyrden for at disse kriteriene er oppfylt påhviler staten, jf. blant annet C-110-05 Commission v. Italy avsnitt 62.

Staten har fremholdt at det bør utvises tilbakeholdenhet ved prøvingen av om kriteriene er oppfylt, især hva gjelder nødvendighetsvurderingen. Lagmannsretten er i tvil om saken foranlediger tilbakeholden prøving, jf. blant annet Fredriksen m.fl.: EØS-rett (2018) side

126. Selv om saken fordrer vurderinger av samfunnsøkonomiske sammenhenger, er det ikke tale om slike komplekse makroøkonomiske vurderinger som lå til grunn for EFTA-domstolens innrømmelse av «a wide margin of discretion» i E-3/11 Sigmarsson avsnitt 50. Lagmannsretten finner det uansett, ut fra sitt syn på saken, ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet.

b. Tvingende allmenne hensyn

Det er uomtvistet at hensynet til «beskyttelsen av finanssektorens virkemåte og gode omdømme» og hensynet til «å fremme finansmarkedenes gode virkemåte og effektivitet», i praksis er anerkjent som tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre nasjonale tiltak som begrenser de grunnleggende friheter innenfor finanssektoren, jf. avsnitt 113 i EFTA-domstolens uttalelse med videre henvisninger. Det er videre klart at eierspredning ikke er et legitimt mål i seg selv, men eventuelt er et middel for å oppnå andre legitime målsetninger, jf. avsnitt 115 i samme uttalelse.

Staten har gjort gjeldende at vilkåret om eierspredning er begrunnet i tvingende allmenne hensyn ved at det har som målsetning og virkning å redusere faren for misbruk av eiermakt og overdreven risikovilje, og i tillegg har betydning for en sunn kapital situasjon, effekt/overholdelse av andre regulatoriske tiltak, effektivitet i tilsynsvirksomheten og tilliten til den finansielle stabilitet.

NFB og NFL har bestridt dette og gjort gjeldende at vilkårets siktemål er å hindre bankier-banker og den fare for misbruk av eiermakt som kan være knyttet til det. Det fremholdes at målsetningen må fastlegges ut fra hva som er uttrykt i forarbeidene, og at hensyn utover det ikke kan tas i betraktning, jf. særlig EU-domstolens avgjørelse C-347/09 Dickinger avsnitt 54, hvor det fremgår:

54. It is for the referring court to ascertain that the national authorities really did intend at the material time to ensure a particularly high level of protection with regard to the objectives relied on, and whether, having regard to the level of protection sought, the establishment of a monopoly could actually be considered necessary (*Zeturf*, paragraph 47)...

Lagmannsretten finner at avgjørelsen lest i sammenheng, sammenholdt med den danske versjonen av dommen tilsier at formuleringen «material time» må forstås å henvise til tidspunktet for de faktiske omstendigheter i hovedsaken. Uttalelsen kan derfor ikke tas til inntekt for at vurderingen av hvilke hensyn tiltaket forfølger, er «låst» til de som lå til grunn da loven ble vedtatt eller – som her – den aktuelle forvaltningspraksis ble etablert. Det følger av EU-domstolens avgjørelser C-49/98 og C-71/98 Finalarte avsnitt 40 flg. og C-164/99 Portugaia avsnitt 27 flg. at forarbeidene kan gi en indikasjon på tiltakets formål, men at målsettingen likevel må fastlegges ut fra en objektiv vurdering av hvilke målsetninger eller virkninger det nasjonale tiltaket rent faktisk fremmer. Også Wenneraas: Handbook of EEA Law, side 218 flg. og Sunde/Sørebø: Tjenesteloven side 116 flg. underbygger dette. Hvilke mål vilkåret om eierspredning forfølger, må etter dette

fastlegges ut fra en objektiv vurdering av hvilke målsetninger og virkninger vilkåret faktisk fremmer.

Det følger av forarbeidene til den opphevede 10 %-regelen og forarbeidene som lå til grunn for overgangen til det skjønnsbaserte system som praktiseres i dag, at vilkåret om eierspredning har til formål å sikre banker og forsikringsselskapers uavhengighet fra eierne og begrense risiki forbundet med store enkelteiere i form av misbruk av eiermakt og uheldig kredittgivning.

I NOU 1986:5 (Løining-utvalget) uttales om dette på side 134:

Det har iallfall hittil vært en alminnelig oppfatning at finansinstitusjonene ikke skal drives som privat bankiervirksomhet, hvor en enkelt eller noen få personer, bedrifter o.l. i fellesskap eier en finansinstitusjon. Arbeidsgruppen deler denne oppfatningen. Betydelige eierinteresser vil lett skape et forhold mellom vedkommende finansinstitusjon og vedkommende aksjeeier som gjør at vedkommende blir behandlet på en annen og for ham bedre måte enn andre kunder. Bl.a. vil han kunne bli underlagt en lempeligere kredittvurdering. Uheldige disposisjoner – bl.a. på dette grunnlag – vil kunne ha negative konsekvenser for tilliten til finansvesenet, men også rent samfunnsøkonomisk bl.a. ved at innskudd/innlån lettere kan tapes og evt. ved at kreditten ikke nødvendigvis går til de beste prosjekter.

Hvis låntaker samtidig har en betydelig aksjepost, kan det også tenkes at dette påvirker kredittvurderingen.

I tillegg vil det være slik at selv om eierne ikke lånte til seg selv direkte, kan mer indirekte långivning finne sted, foruten at driften av en finansinstitusjon kan bli mer personavhengig hvis bare en eller få eiere står bak...

I Innst. O. nr. 58 (1987-1988) side 32, som lå til grunn for vedtakelse av samme bestemmelse, uttalte flertallet i finanskomiteen følgende:

Hovedbegrunnelsen for å begrense private aksjonærs eierandeler eller for så vidt i finansvesenet generelt har vært:

- En sammenblanding av kreditor- og eierinteresse kan anses som lite heldig da dette vil kunne føre til uheldig kredittgivning.
- En har ønsket å unngå privat bankiervirksomhet fordi finansinstitusjonene har en samfunnsmessig rolle å spille. Det vises til at de fleste bedrifter og husholdninger er brukere av banktjenester.
- En eierstruktur som ikke er spredd kan føre til en sterk maktkonsentrasjon. Dette vil gjelde spesielt for de større finansinstitusjoner.

Flertallet vil også vise til andre forhold som er viktige for vurderingen av private aksjonærs eierandeler i finansinstitusjoner:

- Med dominerende eierposisjon vil en eier kunne øve innflytelse på finansinstitusjonens daglige drift og disposisjoner. Dersom eieren er en bank eller et forsikringsselskap vil Kredittilsynet ha fullt innsyn i morselskapet. Dette vil ikke være tilfelle dersom eieren (konsernspissen) er et industriforetak eller en annen ikke-finansinstitusjon.

Også i NOU 1998:14 (Utredning nr. 4 fra Banklovkommissjonen) side 147 fremheves de samme hensyn som hovedbegrunnelse for den dagjeldende 10 %-regelen for så vidt gjaldt private eiere. Det fremheves at regelen særlig var begrunnet i «ønsket om å unngå at enkeltpersoner eller enkeltelskaper kontrollerer en finansinstitusjon og muligheten for uheldig kredittgivning til store aksjonærer eller til deres forretningsforbindelser, samt hensynet til maktspredning og institusjonenes uavhengighet». Det fremholdes videre på side 157 at «[e]ierbegrensningsreglene bidrar også til maktspredning i finanssektoren, og er viktig for å motvirke at andre sektorer av samfunnslivet skaffer seg innflytelse som kan true finansforetakenes selvstendighet og uavhengighet. Det er et klart behov for å motvirke at handels-/industrivirksomhet får for stor innflytelse i finansforetak, jf. f.eks. den maktkonsentrasjon og vertikale integrasjon en ser innen norsk daglig varehandel». Det fremholdes videre at reglene er «en sentral del av det regelverk som skal sikre at finansforetakene både gis mulighet til å utføre og faktisk utfører sine viktige oppgaver i det økonomiske liv på en hensiktsmessig og betryggende måte».

Også ekspertgruppen oppnevnt for å evaluere om 10 %-regelen var i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser, fremhevet i NOU 2002:3 kapittel 3.1 de samme målsetninger da den foreslo å videreføre regelen i form av et mer skjønnsbasert system:

Regelverket om eierskap har i første omgang som hovedoppgave å sikre spredning av eiermakten i de enkelte finansinstitusjoner og i finansnæringen sett under ett. Regelverket skal dermed hindre maktkonsentrasjon hos et fåtall av personer når det gjelder kontroll over tilgangen på kreditter og egenkapital og styring av de store kapitalvolumene som institusjonenes forvaltningskapital utgjør. I de fleste institusjoner og i finansnæringen samlet sett utgjør eierkapitalen en meget liten del av forvaltningskapitalen. Konsentrasjon på eiersiden vil således åpne for styring av meget store kapitalstrømmer med utgangspunkt i en begrenset innsats av egenkapital. Det samme vil i stor grad være tilfellet i forhold til de store finanskonsernernes rolle i forhold til kapitalstrømmene innenfor verdipapirmarkedet og egenkapitalmarkedet for øvrig.

Eierspredning vil videre bidra til å sikre så vel finansnæringens som den enkelte institusjons uavhengighet i forhold til andre kapitalmiljøer og maktsentra i samfunnet. Dessuten vil krav om eierspredning innenfor finansnæringen motvirke at det etableres et nettverk av betydelige eierposisjoner som omfatter større deler av både finansnæringen og det øvrige næringsliv.

Eierandeler av noen størrelse så vel i finansinstitusjoner som i annet næringsliv vil gjennomgående være strategiske og ikke finansielle plasseringer, bl.a. fordi de legger forholdene til rette for deltagelse i og utøvelse av innflytelse innenfor foretakenes styrende organer eller på annen måte. Dette vil også kunne gi grunnlag for direkte eller indirekte samordning av virksomhet og innflytelse på ulike områder. Krysseie av noe omfang innenfor finansnæringen selv vil således kunne få vesentlig innvirkning på konkurransenivået i ulike deler av finansmarkedet. På tilsvarende måte vil utbygging av strategiske posisjoner på tvers av grenseflatene mellom finansnæringen og annet næringsliv reelt kunne legge begrensninger på institusjonenes handlefrihet og dessuten gi grunnlag for ulike former for koordinert utøvelse av innflytelse innenfor det nettverk som dermed vil kunne etableres.

Eierspredning vil videre legge forholdene til rette for å utnytte de fordeler som vil kunne ligge i at beslutningsprosessen innenfor de enkelte finansinstitusjoner blir preget av et mangfold på eiersiden.

...

I Ot.prp.nr. 50 (2002-2003), hvor departementet sluttet seg til forslaget om overgang til det skjønnsbaserte systemet hvor konsesjon normalt ikke ville bli gitt til banker med store enkelteiere, uttales blant annet i kapittel 4.2.4 følgende om de hensyn som ligger til grunn for vilkåret om eierspredning:

Hensynet til en effektiv allokering av samfunnets ressurser, tilsier at finansinstitusjoner i størst mulig grad baserer sin kredittgivning på objektive kriterier som lønnsomhet og risiko. Samlet sett innehar derfor finansinstitusjoner betydelig innflytelse i det øvrige næringsliv. I hvilken grad enkeltinstitusjoner innehar en slik makt, beror dels på deres størrelse og dels på konkurranseforholdene i det aktuelle markedet. Det er bl.a på denne bakgrunn av betydning å ha visse rammer for hvem som kan ha betydelige eierandeler i finansinstitusjoner. Eierskap i en finansinstitusjon gir på samme måte som eierskap i annen næringsvirksomhet rett til å stemme på generalforsamlingen, rett til å påvirke styresammensetningen og annen indirekte innflytelse gjennom mer eller mindre formelle påvirkningsmuligheter en større eierandel gir. Det må kunne antas at slik eiermakt er betydelig dersom eierandelen overstiger 10 prosent, siden det sjelden finnes aksjonærer med tilsvarende eierposter i foretaket. Finansinstitusjoner særpreges videre ved at de har forholdsvis lite egenkapital i forhold til sin forvaltningskapital.

Etter departementets syn er det viktig å ta slike forhold knyttet til institusjonsmakt og eiermakt i betraktning ved vurderingen av hvorledes eierkontrollen i norske finansinstitusjoner bør organiseres. Det vises for øvrig til arbeidsgruppens redegjørelse i NOU 2002:3 side 20-21 som departementet i hovedsak slutter seg til.

...

I tillegg mener departementet at regelverket bør sikre finansinstitusjonens uavhengighet i forhold til annet næringsliv og eiere som kunne tenkes å benytte sin innflytelse til å begunstige seg selv, sine forretningsforbindelser eller private forbindelser med gunstige lån, garantier mv. Kontroll over for eksempel et større finanskonsern gir stor innflytelse i annet næringsliv. En bør derfor fortsatt søke å unngå at ikke finansiell eiere skal kunne oppnå uforholdsmessig stor innflytelse i øvrig næringsliv gjennom innehav av betydelige eierinteresser i norske finansinstitusjoner, siden dette vil kunne åpne for disposisjoner motivert av utenforliggende hensyn. Videre må en fortsatt søke å unngå at ikke-finansielle eiere benytter sin posisjon til å oppnå fordeler (for eksempel billig kreditt, herunder kreditt som ellers ikke ville ha blitt gitt pga. for høy risiko) til seg selv eller til sine forretningsforbindelser eller private forbindelser. Slike interessekonflikter gir også incitament til å stille særlig strenge vilkår for kunder som for eksempel konkurrerer med vedkommende betydelige eiers egen virksomhet. Dersom det ikke tas rene forretningsmessige hensyn, så kan dette gå ut over andre kunder i vedkommende finansinstitusjon, finansinstitusjonens lønnsomhet, og derved også gå ut over de

andre eierne. I verste fall vil andre måtte gå inn med midler i finansinstitusjonen i en redningsaksjon. Det kan videre medføre samfunnsøkonomisk tap dersom kapitalen ikke tilflyter de best funderte prosjekter.

Lagmannsretten finner ut fra en objektiv vurdering av uttalelsene i forarbeidene og bevisførselen for øvrig, at vilkåret om eierspredning har som målsetning og virkning å sikre banker- og forsikringsselskapers uavhengighet fra en for sterk innflytelse fra eierne og å begrense risikoen knyttet til misbruk av eiermakt som kan gi seg utslag i uheldige eller ulovlige disposisjoner og overdreven risikovilje. Vilkåret har gjennom dette også betydning for tilliten til det finansielle system, ved at omverdenen kan ha tillit til at eierne ikke kommer i en slik posisjon at misbruk av eiermakt kan utøves, med de uheldige konsekvenser det kan innebære.

Disse målsettingene fremmer etter lagmannsrettens syn finanssektorens virkemåte og gode omdømme og også sektorens gode virkemåte og effektivitet, hvilket til dels også er lagt til grunn av EFTA-domstolen i avsnitt 114 og 116. Målsettingene gjenspeiler derfor tvingende allmenne hensyn.

c. Egnethet

Det er ikke tilstrekkelig at restriksjonen er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Restriksjonen må også være egnet til å oppnå det mål som forfølges, og samtidig gjenspeile et hensyn om å oppnå målet på en konsistent og systematisk måte, jf. avsnitt 117 i EFTA-domstolens uttalelse med videre henvisninger. Egnethetskriteriet er i Mathisen/Fredriksen: EØS-rett side 119 flg. nærmere presisert dithen at «tiltaket må være tjenlig som middel til å oppnå målet».

Egnethetstesten er ikke særlig streng. Den forutsetter ikke at et tiltak skal være mer virkningsfullt eller effektivt enn andre mulige tiltak. Det er tilstrekkelig at det er tjenlig eller egnet. Det må imidlertid ikke foreligge inkonsekvenser i den nasjonale lovgivningen som er til hinder for at målsettingen oppnås, jf. blant annet E-1-06 ESA v. Norge (spilleautomat) avsnitt 43.

Lagmannsretten finner det etter bevisførselen klart at vilkåret om eierspredning er egnet til å nå målsettingene om å sikre uavhengighet fra en for sterk innflytelse fra eierne og derigjennom begrense risikoen knyttet til misbruk av eiermakt. Det vises særlig til fremlagte analyser hentet fra økonomisk teori som viser at eierkontrollerte banker (banker med store eiere) tenderer til å ta større risiko enn banker med spredt eierskap, hvor eierne har mindre innflytelse på styringen av banken. Det vises blant annet til artiklene Saunders et al.: Ownership Structure, Deregulation, and Bank Risk Taking (1990), Laeven & Levine: Bank governance, regulation and risk taking (2008/2009), Belratti & Stulz: Why did some banks perform better during the credit crisis (2009), Pathan: Strong boards, CEO power and bank risk-taking og Gropp et al.: Bank owners or bank managers: Who is keen on Risk? Evidence from the Financial Crisis (2010).

Selv om det var mange årsaker til at flere av de islandske bankene kollapset under finanskrisen, gir også evalueringer av årsakene til kollapsen holdepunkter for at for sterk innflytelse fra eierne øker bankers risikotagning og risikoen for at eiermakt misbrukes, jf. blant annet Special Investigation Commissions rapport av 21. april 2010 og Jännäri: Report on Banking Regulation and Supervision in Iceland (2009).

Det finnes riktignok eksempler på at også svært stor eierspredning og for liten eierinnflytelse, kan medføre blant annet økt risikotagning ved at bankens/forsikringsselskapets administrasjon får for stor makt. Også dette kan være uheldig med tanke på å oppnå de angitte mål, jf. blant annet Stortingets granskingskommisjon for bankkrisen (1998) kap. 12.2.3 og Sørensen: Har ejerstrukturen betydning for sandsynligheten for at blive nødlidende? Eksemplene på dette synes imidlertid knyttet til situasjoner med en langt mer spredt eiersammensetning enn det den praktiserte 25 %-grensen innebærer, og gjaldt tilfeller hvor eierne hadde så liten eierandel at interessen i og muligheter for påvirkning av finansinstitusjonens drift var nærmest fraværende. Lagmannsretten finner derfor ikke at disse eksemplene tilsier at vilkåret om eierspredning ikke er egnet til å oppnå de angitte mål.

Selv om den konkrete vurderingen av egnethet tilligger den nasjonale domstol, bemerkes for ordens skyld at også EFTA-domstolen, slik den hadde fått saken opplyst, synes å ha lagt til grunn at vilkåret om eierspredning er egnet til å oppnå de angitte målsetninger, jf. avsnitt 122 og 124 i uttalelsen.

Samlet sett er finner lagmannsretten at vilkåret om eierspredning, slik det har vært praktisert, er egnet til å oppnå de angitte målsetninger.

Det er på det rene at Direktiv 2007/44/EF om egnethetsprøving av eiere ved etterfølgende erverv, som NFB og NFL har vist til, ikke kommer direkte til anvendelse på den foreliggende situasjon som gjelder krav om eierspredning ved konsesjonstildelingen. Spørsmålet er imidlertid om egnethetskravet likevel ikke er oppfylt fordi vilkåret om eierspredning ikke oppnår målet på en konsistent og systematisk måte som følge av de forpliktelser som følger av direktivet.

Direktivet 2007/44/EF endret flere angitte direktiver og oppstilte blant annet en ny artikkel 19 a i kredittinstitusjonsdirektivet og en ny artikkel 15 b i livsforsikringsdirektivet om egnethetsprøving av eier ved etterfølgende erverv i selskaper med bank- og forsikringskonsesjon. Artiklene er relativt likelydende. Den nye artikkel 19 a lyder slik:

Article 19 a

1. In assessing the notification provided for in Article 19 (1) and the information referred to in Article 19(3), the competent authorities shall, in order to ensure the sound and prudent management of the credit institution in which an acquisition is proposed, and having regard to the likely influence of the proposed acquirer on the

credit institution, appraise the suitability of the proposed acquirer and the financial soundness of the proposed acquisition against all of the following criteria:

- (a) the reputation of the proposed acquirer;
- (b) the reputation and experience of any person who will direct the business of the credit institution as a result of the proposed acquisition;
- (c) the financial soundness of the proposed acquirer, in particular in relation to the type of business pursued and envisaged in the credit institution in which the acquisition is proposed;
- (d) whether the credit institution will be able to comply and continue to comply with the prudential requirements based on this Directive and, where applicable, other Directives, notably, Directives 2000/46/EC, 2002/87/EC and 2006/49/EC, in particular, whether the group of which it will become a part has a structure that makes it possible to exercise effective supervision, effectively exchange information among the competent authorities and determine the allocation of responsibilities among the competent authorities;
- (e) whether there are reasonable grounds to suspect that, in connection with the proposed acquisition, money laundering or terrorist financing within the meaning of Article 1 of Directive 2005/60/EC (*) is being or has been committed or attempted, or that the proposed acquisition could increase the risk thereof.

2. The competent authorities may oppose the proposed acquisition only if there are reasonable grounds for doing so on the basis of the criteria set out in paragraph 1 or if the information provided by the proposed acquirer is incomplete.

3. Member States shall neither impose any prior conditions in respect of the level of holding that must be acquired nor allow their competent authorities to examine the proposed acquisition in terms of the economic needs of the market.

4. Member States shall make publicly available a list specifying the information that is necessary to carry out the assessment and that must be provided to the competent authorities at the time of notification referred to in Article 19(1). The information required shall be proportionate and adapted to the nature of the proposed acquirer and the proposed acquisition. Member States shall not require information that is not relevant for a prudential assessment.

5. Notwithstanding Article 19(2), (3) and (4), where two or more proposals to acquire or increase qualifying holdings in the same credit institution have been notified to the competent authority, the latter shall treat the proposed acquirers in a non-discriminatory manner.

De nye direktivbestemmelsene innebærer en totalharmonisering av egnethetsprøvingen ved etterfølgende erverv av kvalifiserte eierandeler i finansinstitusjoner som artikkel 19 i kredittinstitusjonsdirektivet og artikkel 15 i livsforsikringsdirektivet ga anvisning på. Direktivbestemmelsene åpner etter sin ordlyd for at etterfølgende erververe kan oppnå en større eierandel enn 25 % i en bank- eller et forsikringsselskap. Bestemmelsene synes videre å stenge for avslag på søknad om godkjenning av etterfølgende erverv med bakgrunn i et vilkår om eierspredning, jf. bestemmelsenes 2. og 3. ledd. Blant annet direktivets fortale punkt 3 og 4 taler likevel mot å forstå direktivet slik.

Lagmannsretten finner det ikke nødvendig å ta endelig stilling til om direktivet hindrer at vilkåret om eierspredning håndheves ved etterfølgende erverv. En eventuell inkonsekvens på dette punkt forhindrer uansett ikke at vilkåret oppstilles ved konsesjonstildelingen. Det

EØS-rettslige kravet til konsistens må forstås å rette seg mot de tiltak som ligger innenfor området for nasjonalstatens skjønnsfrihet, og kan ikke forstås som et krav om at nasjonale tiltak må være konsistente opp mot de regler som følger av EØS-retten, jf. E-03/06 Ladbrokes avsnitt 51, Fredriksen m.fl.: EØS-rett (2018) side 119 med videre henvisninger og Bekkedals rapport side 62 følgende. Det vises for øvrig til avsnitt 122 til 124 i EFTA-domstolens uttalelse, hvor domstolen synes å legge det samme til grunn. Det er etter dette ikke grunnlag for å konkludere med at vilkåret likevel ikke er egnet fordi det ikke oppnår målet på en konsistent og systematisk måte.

d. Nødvendighetstesten

For å anses lovlig må vilkåret om eierspredning ikke gå lenger enn det som er «nødvendig» for å nå de legitime mål som er nevnt. I EFTA-domstolens avgjørelse E-3/06 Ladbrokes avsnitt 58 beskrives innholdet i nødvendighetstesten slik:

Nødvendighetstesten består her i en vurdering av om lovgivningens legitime målsetninger, opp til det beskyttelsesnivået som staten har valgt, bare kan oppnås med enerettssystemet, eller om andre og mindre inngripende tiltak ville være minst like effektive som middel til å nå målet (se spilleautomatdommen, avsnitt 49). Følgelig, der andre og mindre inngripende tiltak ville ha den virkningen at målsetningene oppnås fullt ut, det vil si opp til det valgte beskyttelsesnivået, kan et enerettssystem ikke anses nødvendig av den grunn at det ville kunne gi et enda høyere beskyttelsesnivå...

Nødvendighetstesten må foretas ikke bare med henblikk på det mål som forfølges, men også med henblikk på det beskyttelsesnivå som staten har valgt. EØS-statene står fritt til å fastlegge det beskyttelsesnivå som tilstrebes, men restriktive tiltak som pålegges, må oppfylle de krav til proporsjonalitet som er oppstilt i rettspraksis, jf. E-3/06 Ladbrokes avsnitt 42. At andre stater har valgt en annen ordning for beskyttelse, har ikke betydning. Tiltaket må vurderes utelukkende i lys av de mål den berørte EØS-stat forfølger og det beskyttelsesnivå den søker å sikre.

Nødvendighetstesten innebærer at det valgte tiltak ikke må kunne erstattes med et alternativt tiltak som er like nyttig, men som innebærer mindre inngripende restriksjoner på etableringsretten. Det kreves ikke at det alternative tiltaket er like virkningsfullt som det tiltaket staten har valgt, så lenge det er virkningsfullt nok, dvs. egnet til å nå målsettingen. Dersom målsettingen allerede er oppfylt gjennom andre tiltak, er tiltaket ikke nødvendig.

Nødvendighetstesten må foretas kontekstuell og konkret, og bevisbyrden for at nødvendighetskravet er oppfylt påhviler staten. Bevisbyrden er imidlertid ikke så omfattende at staten positivt må bevise at ingen andre tenkelige tiltak ville kunne føre til at det legitime mål ble nådd under de samme omstendigheter, jf. EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 126 – 127 med videre henvisninger.

Det er på det rene at Norge har valgt et høyt beskyttelsesnivå i bank- og forsikringssektoren. Dette ble lagt til grunn av EFTA-domstolen i avsnitt 130, og underbygges også av finansmarkedsmeldinger avgitt overfor Stortinget i perioden 2011 til 2016, jf. blant annet Meld. St. 29 (2015-2016) kap. 3.2 og Meld. St. 30 (2012-2013) kap. 3.1.

Siktemålet med vilkåret om eierspredning er, som nevnt, å sikre bankers og forsikringsselskapers uavhengighet fra en for sterk innflytelse fra eierne og begrense risikoen knyttet til misbruk av eiermakt. Vilkåret har gjennom dette også betydning for tilliten til det finansielle system. Spørsmålet er om vilkåret er nødvendig for å oppfylle disse formålene og det valgte beskyttelsesnivå, eller om andre, mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige.

Ved vurderingen av om vilkåret er nødvendig, finner lagmannsretten grunn til å peke på noen særegenheter knyttet til bank- og forsikringsvirksomhet.

Lagmannsretten finner etter bevisførselen sannsynliggjort at banker og forsikringsselskaper har særegenheter som innebærer økt risiko for opportunistisk adferd fra selskapets side sammenlignet med det som er tilfelle for andre typer foretak. Av Dragomir: European Prudential Banking Regulation and Supervision (2010) side 43 fremgår følgende om særlige risikomomenter knyttet til slik virksomhet:

The second form of information asymmetries is termed *hidden action* (Wörner 2000:68). It refers to the possibility of at least one of the parties to a transaction more or less perceptibly altering certain product characteristics or its own behavior, during the contractual relationship, in its own favour and to the detriment of the other party. Especially in the case of long-term contracts characterized by time sequencing, each party can behave opportunistically so as to maximize its own interests and adjust its strategy, thereby rendering the other party more vulnerable.

Banks are particularly prone to this opportunistic behavior because of the limited liability of their shareholders (Stiglitz 1972:458) and the moral hazard linked to it. Thus, in case of the failure of a risky business policy, the bank will participate in the losses just within the limits of its own capital – whereas losses that go beyond this threshold have to be borne by its creditors, including the depositors, who enjoy only limited protection through deposit guarantee schemes. On the contrary, if such a risky policy proves to be successful, banks will profit fully. As the bank's own capital is low with respect to the potential gains, it will be economically rational for the bank to enter into risky business. Moreover, poorly capitalized banks or those threatened by insolvency might try to stabilize their situation through such risky policies, at the expense of depositors and other creditors.

Som det fremgår, er banker spesielt utsatt for opportunistisk og risikofylt adferd, blant annet som følge av muligheten for høy avkastning, og at eventuelle tap i stor grad bæres av andre enn banken selv. Det samme forutsettes å gjelde også for forsikringsselskaper.

Også andre forhold enn den begrensede nedsiden knyttet til tap, er med på å øke risikoen for opportunistisk og risikofylt adferd fra banker og forsikringsselskaper. Av Myklebust: Innføring i finansmarkedsrett (2011) følger at tiltak som søker å redusere risikoen for tap for kundene, som innskuddssikring ved bankens kollaps og likviditetstilførsel fra myndighetene, vil kunne føre til økt risikotagning. På side 49 fremgår om dette:

Vissheten om at det finnes slike sikkerhetsnett, har imidlertid også en annen side. Dette kan føre til at kundene i mindre grad vil være opptatt av foretakenes forretningsførsel og hvilken risiko de tar. Når finansinstitusjonene gjennom disse ordningene er «forsikret» mot fullt ut å måtte ta konsekvensene av en eventuell konkursliknende situasjon, er det fare for at de vil ta større risiko med kundenes midler enn det som ellers ville vært tilfelle... Tiltak som er innført for å redusere systemrisiko, kan altså gi opphav til andre problemer, i form av atferdsrisiko eller insentivproblemer («moral hazard») hos ansatte og ledelse i finansinstitusjoner. Andre typer reguleringer vil imidlertid kunne motvirke dette. Dette gjelder blant annet regler som fastsetter begrensninger på hvor stor risiko finansinstitusjoner kan ta, krav til størrelse og kvalitet på kapitalsammensetning sett i forhold til risiko i porteføljen (kapitaldekning), krav til egnethet hos eiere og ledelse og egne regler om regnskapsføring for finansinstitusjoner...

Samlet sett foreligger det følgelig særlige forhold ved banker – og også ved forsikringsselskaper – som innebærer økt risiko for opportunistisk adferd sammenlignet med andre typer foretak hvor tap knyttet til risikofylte investeringer i større grad må bæres av selskapet selv og dets eiere.

Fremlagte analyser i økonomisk teori viser, som nevnt under egnethetsvurderingen, at eierkontrollerte banker (banker med store eiere) tenderer til å ta større risiko enn det som er tilfelle for banker med spredt eierskap hvor eierne har mindre innflytelse på styringen av banken.

At eierkontrollerte banker innebærer risiko for større risikotagning underbygges også av de forhold som ledet frem til den islandske bankkollapsen i 2008. Artikkelen Jännäri: Report on Banking Regulation and Supervision in Iceland (2009) og forklaring fra vitnet Svein Harald Øygard, har vist at islandske banker, forut for kollapsen, var preget av eiere med relativt store eierposter og et nært tilknytningsforhold til banken. I Special Investigation Commissions rapport av 21. april 2010 punkt 21.2.1.2 fremgår blant annet om årsakene til kollapsen, at i alle de aktuelle bankene var de største eiere blant bankens største låntagere. Undersøkelsene viste videre at storaksjonærene og deres forbindelser hadde unormalt lett tilgang til lånekapital. Oppsummeringsvis uttales om dette:

When it so happens that the biggest owners of a bank, who appoint members to the board of that same bank and exert for that reason strong influence within the bank, are, at the same time, among the bank's biggest borrowers, questions arise as to whether the lending is done on a commercial basis or whether the borrower possibly benefits from being an owner and has easier access to more advantageous loan facilities than others. This is, in reality, a case of transfer of resources to the parties in

question from other shareholders and possibly from creditors. Research has shown that where big owners of banks are, at the same time, borrowers, these owners benefit from their position and get abnormally favorable deals.

For å redusere risiko i finansforetakene, hadde Island innført regler om store eksponeringer i tråd med EU-direktiver om det. Kommisjonens undersøkelser viste imidlertid at disse reglene ofte ble tolket snevert «in particular concerning parties who held active share in the banks, or parties related to them», jf. punkt 21.2.1.3. Kommisjonen la videre til grunn at eiernes aksjer var finansiert ved lån fra banksystemet selv i en slik utstrekning at stabiliteten i systemet var truet. Dette gjaldt spesielt for storaksjonærene, jf. punkt 21.2.1.4. Det fremgår videre i punkt 21.2.3.7 at eiernes urealistiske forventninger om utbytte fra banken «formed the basis for incentive payments» av bankens ansatte, hvilket resulterte i «increased risktaking in lending borrowing and investment policies by the management».

Ovennevnte forhold tilsier at det er nødvendig å begrense eiernes innflytelse over banker og forsikringsselskaper, for å oppnå det valgte beskyttelsesnivå og de angitte målsetningene.

Spørsmålet er om andre tiltak enn vilkåret om eierspredning er tilstrekkelig til å oppnå det valgte beskyttelsesnivå og sikre tilstrekkelig uavhengighet fra eierne.

NFB og NFL har vist til flere regelsett som hver for seg – og samlet – hevdes å være tilstrekkelige. Det er blant annet vist til kapitalkravs- og kapitaldekningsreglene, regler om store engasjementer, regler om nærstående-transaksjoner i lov og konsesjon, særskilte regler for systemviktige banker, systemer for risikostyring/«compliance», omfattende tilsynsvirksomhet og egnethetsprøving i forkant av erverv.

Lagmannsretten har vurdert, men finner ikke at noen av disse alternative tiltak er tilstrekkelige til å ivareta de målsetninger og det beskyttelsesnivå som vilkåret om eierspredning tar sikte på å ivareta. Når det gjelder kapitalkravs- og kapitaldekningsreglene, reglene om store engasjementer, nærstående-transaksjoner og særskilte regler for systemviktige banker, systemer for risikostyring/«compliance» og omfattende tilsynsvirksomhet, vil disse rett nok gjøre misbruk av eiermakt mindre attraktivt – særlig som følge av faren for sanksjoner knyttet til brudd på bestemmelsene. Reglene hindrer likevel ikke at eiere kommer i en posisjon hvor misbruk av eiermakt kan foretas, slik vilkåret om eierspredning i stor grad vil forhindre.

Heller ikke egnethetsprøvingen er til hinder for at eiere kommer i en posisjon hvor maktmisbruk kan foretas. Reglene om egnethetsprøving av eiere av kvalifiserte eierandeler på konsesjonsstadiet fulgte/følger av forretningsbankloven av 1961 § 8 a tredje ledd, forsikringsvirksomhetsloven av 1988 og 2005 § 2-1 første ledd, finansieringsvirksomhetsloven 1988 § 3-3 sjette ledd og finansforetaksloven av 2015
Vurderingen skulle tidligere foretas ut fra om eieren:

1. ikke kan antas å ha den nødvendige erfaring til å utøve stillingen eller vervet,
2. er dømt for et straffbart forhold, og det utviste forhold gir grunn til å anta at vedkommende ikke vil kunne ivareta stillingen eller vervet på forsvarlig måte, eller
3. i stilling eller ved utøvelsen av andre verv har utvist en slik atferd at det er grunn til å anta at vedkommende ikke vil kunne ivareta stillingen eller vervet på forsvarlig måte.

Den nye finansforetaksloven av 2015 gir anvisning på flere vurderingsmomenter som skal tas i betraktning, jf. §§ 6-1, jf. 6-3:

- a) erververens alminnelige omdømme, faglige kompetanse, erfaring og tidligere handlemåte i forretningsforhold,
- b) alminnelige omdømme, faglige kompetanse, erfaring og tidligere handlemåte i forretningsforhold hos personer som etter ervervet vil inngå i styret eller ledelsen av finansforetakets virksomhet,
- c) om erververen vil kunne bruke den innflytelse eierandelen gir, til å oppnå fordeler for egen eller tilknyttet virksomhet, eller indirekte øve innflytelse på annen næringsvirksomhet, samt om ervervet vil kunne føre til at foretakets uavhengighet blir svekket,
- d) om erververens økonomiske situasjon og tilgjengelige ressurser er betryggende i lys av de former for virksomhet som foretaket driver eller må antas å engasjere seg i etter ervervet, samt om erververen og dennes virksomhet er undergitt finansielt tilsyn,
- e) om finansforetaket er og fortsatt vil være i stand til å oppfylle soliditets- og sikkerhetskrav og andre tilsynskrav som følger av finanslovgivningen,
- f) om eierforholdene i foretaket etter ervervet eller særlige bindinger mellom erververen og en tredjemann vil vanskeliggjøre effektivt tilsyn med foretaket, særlig om den gruppe foretaket vil inngå i etter ervervet, er organisert på en slik måte at det ikke vanskeliggjør forsvarlig tilsyn, herunder effektiv utveksling av informasjon og fordeling av tilsynsoppgaver mellom berørte tilsynsmyndigheter,
- g) om det er grunn til å anta at det i forbindelse med ervervet foregår eller blir gjort forsøk på hvitvasking av penger eller finansiering av terrorvirksomhet, eller at ervervet vil øke risikoen for dette.

Egnethetsprøvingen reduserer risikoen for at personer som er tilbøyelig til å misbruke eiermakt, gis anledning til å besitte større eierposisjoner i finansforetak.

Egnethetsprøvingen foretas imidlertid ut fra historiske og kjente fakta knyttet til vedkommende, og gir ingen sikkerhet mot at personer som er uegnet ut fra tidligere, men hittil ukjent adferd, godkjennes som erververe. Egnethetsprøvingen gir heller ingen garanti mot at vedkommende misbruker eiermakt i fremtiden, noe som kan være fristende særlig hvor vedkommende eller nærstående kommer i en presset situasjon.

Samlet sett finnes det etter lagmannsrettens syn ikke alternative tiltak som vil kunne oppnå de samme målsettinger og det valgte beskyttelsesnivå. Vilkåret om eierspredning er etter dette også nødvendig. Myndighetene har for øvrig gjennom det såkalte nisjeunntaket, som NFB og NFL har nytt godt av, tatt høyde for tilfeller hvor hensynene bak vilkåret om eierspredning ikke i samme grad slår til. Også dette underbygger at nødvendighetsvilkåret er oppfylt.

Lagmannsretten finner videre at den praktiserte grensen på 25 % eierskap er nødvendig for å oppnå de angitte mål. Grensen er begrunnet ut fra at man i praksis ofte vil ha bestemmende innflytelse på selskapet med en slik eierandel. Det vises til NOU 2002:3 kapittel 5.5 hvor det uttales om dette:

Et tredje spørsmål knytter seg til erverv av eierandel som gir «negativt flertall» og dermed særlig stor innflytelse og forhandlingsstyrke. Formelt forutsetter «negativt flertall» en eierandel på mer enn 33 1/3 prosent. I praksis kan imidlertid eierandeler på om lag 25 prosent meget vel reelt gi slik vetorett i de tilfelle hvor det etter aksjelovgivningens stemmereglene kreves tilslutning fra minst to tredeler av aksjeeierne, f.eks. ved vedtektsendringer, fusjoner mv. Erverv av en eierandel som i praksis vil gi «negativt flertall», vil derfor innebære en vesentlig endring av eier- og maktforholdene i en finansinstitusjon og gi innehaveren en meget sterk stilling i foretaket, ofte noe nær reell kontroll

Det samme fremgår av Ot.prp.nr. 50 (2002-2003) kapittel 5.3:

Et sentralt spørsmål etter dette blir å fastlegge hva som menes med «kontroll», dvs. hvor grensen mellom de to ulike skjønnsystemene skal trekkes. Et første spørsmål er om en med kontroll skal kreve «positiv kontroll» (oppnås formelt ved erverv av mer enn halvparten av aksjene) eller «negativ kontroll» (dvs. mulighet etter aksjelovgivningen til å blokkere større beslutninger på generalforsamlingen - oppnås formelt ved erverv av mer enn en tredel av aksjene). Departementet finner det naturlig at et noe strengere skjønnsregime får anvendelse allerede ved erverv av negativ kontroll. Et annet spørsmål er hva som skal regnes som negativ kontroll. Formelt sett oppnås slik kontroll ved erverv av 33 prosent av aksjene, jf de særskilte reglene i aksjelovgivningen om dette. Arbeidsgruppen mener at slik kontroll i praksis ofte kan oppnås allerede ved erverv av 25 prosent av aksjene. Slik reell kontroll kan oppnås der det er lavt oppmøte på generalforsamlingen. Departementet slutter seg til arbeidsgruppens syn.

Vilkåret kan følgelig heller ikke settes til side på dette grunnlag.

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. 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.

- e. Medfører tiltaket et uforholdsmessig inngrep i grunnfrihetene (forholdsmessighet i snever forstand)

Testen av tiltakets forholdsmessighet i snever forstand går ut på å vurdere om inngrepet som tiltaket gjør i grunnfrihetene står i et urimelig forhold til målsetningen med tiltaket, jf. Fredriksen m.fl: EØS-rett (2018) side 127 flg. Det er tale om en kvalifisert urimelighetssensur, og det skal mye til for å sette et tiltak til side på dette grunnlag. Det foreligger, så vidt forstås, uenighet i teorien om dette er å anse som et generelt krav, jf. også Rt-2009-839 Pedicel avsnitt 48. Lagmannsretten finner likevel grunn til kort å kommentere sitt syn også på dette vilkåret.

Det er ikke anført, og lagmannsretten finner det klart at det inngrep vilkåret gjør i grunnfrihetene ikke står i et urimelig forhold til dets målsetninger. Vilkaeret medfører rett nok begrensninger for hvilke selskaper som kan oppna full konsesjon til bank- eller forsikringsvirksomhet fra norske myndigheter, ved at det i utgangspunktet oppstilles krav om at ingen enkelteier eier mer enn 20-25 %. Vilkaeret er imidlertid begrunnet i tungtveiende hensyn og ønsket om et høyt beskyttelsesnivå. Vilkaeret praktiseres dessuten skjønnsmessig, og er, så vidt forstås, ikke til hinder for at utenlandske selskaper med konsesjon i andre EØS-land driver grensekryssende virksomhet hit – selv om selskapets eiersammensetning skulle stride mot vilkaeret. Samlet sett er det etter lagmannsrettens syn klart at vilkaeret heller ikke kan anses ulovlig etter EØS-retten på dette grunnlag.

9. Foreligger det grunnlag for erstatningsansvar?

Som det har fremgått, foreligger det ikke feil ved avslagene eller det vilkår som lå til grunn for disse, verken etter forvaltningsretten eller på EØS-rettslig grunnlag. Det er da ikke grunnlag for erstatningsansvar, og staten må følgelig frifinnes.

10. Er eventuelle erstatningskrav foreldet?

Ut fra konklusjonen på erstatningsspørsmålet, er det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om foreldelse. Lagmannsretten finner likevel grunn til kort å påpeke at erstatningskravene også må forkastes på dette grunnlag. Gjennomgangen her har ikke til siktemål å gi en fullstendig begrunnelse, da synspunktet ikke er avgjørende for lagmannsrettens konklusjon.

Foreldelse ble avbrutt ved stevning 30. april 2015, og skjæringstidspunktet er derfor 30. april 2012, jf. foreldelsesloven § 9 nr. 1 første punktum. Et erstatningskrav er etter bestemmelsen foreldet dersom skadelidte «fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige før dette tidspunkt».

NFB og NFL har fra de begrensede konsesjoner ble gitt i 2005 og 2007 vært kjent med vilkaeret om eierspredning. De ble ytterligere kjent med vilkaeret da de fikk avslag på sine søknader om utvidelse av konsesjonene i 2010 og 2011. Senest da selskapene fikk disse avslagene, var de kjent med «skaden»; at man ikke fikk drive med full konsesjon og at man ville lide et tap som følge av det. Selskapene var på dette tidspunkt også kjent med – eller

burde i det minste ha vært kjent med – de forhold som har ligget til grunn for anførselen om EØS-strid og forvaltningsrettslig ugyldighet. Det vises blant annet til NFLs klage 10. januar 2011 hvor det ble fremholdt at EU-direktiver var til hinder for å oppstille et krav om eierspredning/eierbegrensning, og at:

Vår vurdering er således at eierkontrollen ved stiftelse av finansinstitusjoner (og herunder spredningskrav) vil ikke oppfylle de krav som stilles etter EØS-avtalens art. 31 om fri etableringsrett og art. 40 om frie kapitalbevegelser så langt man går lenger enn til en egnethetsvurdering av de kvalifiserte eiere i tråd med direktiv 2007/44-EF.

Lagmannsretten finner det i lys av dette klart at selskapene hadde rimelig grunn og oppfordring til å gå til søksmål om det tap man mente å ha lidt knyttet til at man ikke fikk fulle konsesjoner, senest i slutten av 2011. Det forhold at den forvaltningsmessige klagebehandling på det tidspunkt ikke var ferdig, er ikke til hinder for at tilstrekkelig kunnskap forelå, jf. blant annet Rt-2001-1702. Det forelå på dette tidspunkt heller ikke slik usikkerhet eller uklarhet knyttet til fremtidig tap som kunne gi grunnlag for suksessiv foreldelse. Kravet er dermed foreldet i sin helhet.

11. Sakskostnader

Staten v/Finansdepartementet har fått fullt medhold i sin argumentasjon og har dermed «vunnet» ankesaken. Staten har derfor i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader både for tingrett og lagmannsrett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-9 annet ledd. Lagmannsretten har vurdert, men ikke funnet at det foreligger slike tungtveiende grunner som gjør det rimelig at NFB og NFL fritas fra erstatningsansvaret, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Det vises særlig til at saken ikke har budt på tvil og at heller ikke styrkeforholdet mellom partene eller sakens velferdsmessige betydning tilsier slikt fritak.

Staten har fremlagt sakskostnadsoppgave for lagmannsretten på totalt 1 936 530 kroner, hvorav 986 000 kroner er salær til prosessfullmektig, mens det resterende gjelder utgifter til vitner og sakkyndige. I tillegg kommer rettsgebyr for ankeinstansen på 27 120 kroner, dvs. totalt 1 963 650 kroner.

For tingretten fremla staten sakskostnadsoppgave på totalt 3 014 925 kroner, hvorav 1 551 500 kroner var salær til prosessfullmektig og det resterende i hovedsak knyttet seg til utgifter til vitner og sakkyndige. I tillegg kommer de sideutgifter staten ble belastet for ved tingrettsbehandlingen på 220 795 kroner. Statens totalt sakskostnader for tingretten var følgelig 3 235 720 kroner. Kroner 100 000 av beløpet er allerede idømt ved tingrettens kjennelse 9. oktober 2020 overfor tidligere Netfonds Holding ASA, nå Arrikas AS (15-072169TVI-OTIR701). Gjenstående beløp fra tingrettsbehandlingen er etter dette 3 135 720 kroner.

Sakskostnadsbeløpene er ikke bestridt. Sakskostnadene er høye, men saken har vært omfattende så vel faktisk som juridisk – både knyttet til de spørsmål lagmannsretten har

behandlet og knyttet til tapsutmålingen. Også prosessen for tingretten og EFTA-domstolen var omfattende og arbeidskrevende. Lagmannsretten finner ut fra en samlet vurdering at kostnadene både hva gjelder ting- og lagmannsrettsbehandlingen må anses rimelige og nødvendige ut fra sakens omfang og betydning, jf. tvisteloven § 20-5. Erstatning for sakskostnader tilkjennes etter dette som krevd.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

1. Staten frifinnes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler NFB Dammann AS og NFL Dammann AS - en for begge, begge for en – til staten v/Finansdepartementet 1 963 650 – enmillionnihundreogsekstiretusensekshundreogfemti – kroner innen to uker etter at dommen er forkynt.
3. I sakskostnader for tingretten betaler NFB Dammann AS og NFL Dammann AS - en for begge, begge for en – til staten v/Finansdepartementet 3 135 720 – tremillioneretthundreogtrettifemtusensyvhundreogtjue – kroner innen to uker etter at dommen er forkynt.

Anne Cathrine Haug-Hustad

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 andre ledd.

Anne Cathrine Haug-Hustad

Dokument i samsvar med original.
Torun Trydal