



DOMSTOLENS DOM

16. mai 2017*

(Etableringsadgang – EØS-avtalen artikkel 31 – direktiv 2000/12/EF – direktiv 2002/83/EF – direktiv 2006/48/EF – direktiv 2007/44/EF – kredittinstitusjoner – forsikringsforetak – kvalifiserte eierandeler – forholdsmessighet – egnethet – nødvendighet)

i sak E-8/16

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i en sak for denne domstol mellom

Netfonds Holding ASA,

Netfonds Bank AS og

Netfonds Livsforsikring AS

og

Den norske stat

om tolkningen av artiklene 31, 36 og 40 i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde i forbindelse med regler og praksis som gjelder for eierskap i norske foretak ved søknad om tillatelse til å drive virksomhet som bank eller forsikringsselskap, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Christiansen og Páll Hreinsson (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk.

- Netfonds Holding ASA, Netfonds Bank AS og Netfonds Livsforsikring AS (omtalt individuelt som “Netfonds Holding”, “Netfonds Bank” og “Netfonds Livsforsikring” og kollektivt som “saksøkerne”), representert ved advokat Stephan L. Jervell,
- Den norske stat v/Finansdepartementet (“saksøkte”), representert ved advokat Magnus Schei, Regjeringsadvokaten, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkingsorgan (“ESA”), representert ved Carsten Zatschler og Auður Ýr Steinarsdóttir, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Luigi Malferrari, Karl-Philipp Wojcik og Nicola Yerrell, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra saksøkerne, representert ved advokat Morten Goller, saksøkte, representert ved Magnus Schei, ESA, representert ved Auður Ýr Steinarsdóttir, og Kommisjonen, representert ved Luigi Malferrari og Karl-Philipp Wojcik, i rettsmøte 6. desember 2016,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Artikkel 31 nr. 1 i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:

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 kapittel 4.

2 EØS-avtalen artikkel 34 lyder:

Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.

3 EØS-avtalen artikkel 36 nr. 1 lyder:

Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtalepartenes territorium for statsborgere i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg i en annen av EFs medlemsstater eller EFTA-stat enn tjenesteyterens mottager.

4 EØS-avtalen artikkel 40 lyder:

Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.

5 På den relevante tid var reglene om tillatelse til å drive bankvirksomhet først fastsatt i europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/12/EF av 20. mars 2000 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon (EFT 2000 L 126, s. 1, og EØS-tillegg 2001 nr. 57, s. 187). Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg IX nr. 14 ved EØS-komiteens beslutning nr. 15/2001 av 28. februar 2001 (EFT 2001 L 117, s. 13, og EØS-tillegg 2001 nr. 22, s. 8). Ingen forfatningsrettslige krav var angitt, og beslutningen trådte i kraft 1. mars 2001.

6 Betraktning 7 i fortalet til direktiv 2000/12/EF lyder:

Den framgangsmåten som er valgt, består i en gjennomføring av den grunnleggende harmonisering som er nødvendig og tilstrekkelig for å oppnå en gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger som vil gjøre det mulig å gi en enkelt tillatelse som er gyldig i hele Fellesskapet og å anvende prinsippet om tilsyn ved hjemstatens tilsynsmyndigheter. Kravet om at det må foreligge en virksomhetsplan kan i dette perspektiv derfor bare anses som en faktor som setter vedkommende myndigheter i stand til å ta avgjørelser på grunnlag av mer nøyaktige opplysninger innenfor rammen av objektive kriterier. En viss smidighet er likevel mulig når det gjelder kravene til kredittinstitusjoners juridiske form og beskyttelsen av bankbetegnelser.

7 Betraktning 12 i fortalen til direktiv 2000/12/EF lyder:

For øvrig kan også hjemstaten fastsette strengere bestemmelser enn dem som er fastsatt i artikkel 5 nr. 1 første ledd og nr. 2 samt i artikkel 7, 16, 30, 51 og 65 når det gjelder institusjoner som har fått tillatelse av sine egne vedkommende myndigheter.

8 Blant bestemmelsene som nevnes i betraktning 12 i fortalen til direktiv 2000/12/EF, er artikkel 7 i samme direktiv, som lyder:

1. Vedkommende myndigheter skal ikke gi tillatelse som gir adgang til å starte virksomhet som kredittinstitusjon før de har fått melding om identiteten til aksjeeiere eller deltakere, enten de er fysiske eller juridiske personer, som direkte eller indirekte har en kvalifisert eierandel, og om størrelsen på denne eierandel.

Ved anvendelsen av begrepet kvalifisert eierandel i denne artikkel skal det tas hensyn til stemmene omhandlet i artikkel 7 i rådsdirektiv 88/627/EØF.

2. Vedkommende myndigheter skal nekte å gi tillatelse dersom de ikke er overbevist om at ovennevnte aksjeeiere eller deltakere er skikket til å sikre en sunn og fornuftig ledelse av kredittinstitusjonen.

3. Dersom det foreligger nære forbindelser mellom kredittinstitusjonen og andre fysiske eller juridiske personer, skal vedkommende myndigheter gi tillatelse bare dersom disse forbindelsene ikke hindrer myndighetene i å føre effektivt tilsyn.

Vedkommende myndigheter skal også nekte å gi tillatelse dersom de hindres i å føre forsvarlig tilsyn fordi én eller flere fysiske eller juridiske personer som kredittinstitusjonen har nær tilknytning til, er underlagt en tredjestats lover og forskrifter, eller fordi det er vanskelig å håndheve disse lovene og forskriftene.

Vedkommende myndigheter skal kreve at kredittinstitusjoner gir dem de opplysninger de trenger for å forsikre seg om at vilkårene i dette nummer til enhver tid er oppfylt.

9 Direktiv 2000/12/EF ble senere erstattet av europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/48/EF av 14. juni 2006 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon (EUT 2006 L 177, s. 1, og EØS-tillegg 2013 nr. 59, s. 64), som ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg IX nr. 14 ved EØS-komiteens beslutning nr. 65/2008 av 6. juni 2008 (EUT 2008 L 257, s. 27, og EØS-tillegg 2008 nr. 58, s. 9). Forfatningsrettslige krav ble angitt, og beslutningen trådte i kraft 1. november 2010.

10 Betraktning 7 i fortalen til direktiv 2006/48/EF lyder:

Det er hensiktsmessig å gjennomføre bare den grunnleggende harmoniseringen som er nødvendig og tilstrekkelig for å sikre gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger som vil gjøre det mulig å gi en enkelt tillatelse som er gyldig i hele Fellesskapet, og å anvende prinsippet om tilsyn ved hjemstatens

tilsynsmyndigheter. Kravet om at det skal foreligge en virksomhetsplan bør derfor bare anses som en faktor som setter vedkommende myndigheter i stand til å treffe beslutninger på grunnlag av mer nøyaktige opplysninger, ved hjelp av objektive kriterier. En viss smidighet bør likevel være mulig når det gjelder kravene til kredittinstitusjoners juridiske form med hensyn til beskyttelse av bankbetegnelser.

11 Betragtning 15 i fortalen til direktiv 2006/48/EF lyder:

Medlemsstatene kan også fastsette strengere regler enn de regler som er fastsatt i artikkel 9 nr. 1 første ledd, artikkel 9 nr. 2 og artikkel 12, 19–21, 44–52, 75 og 120–122 for kredittinstitusjoner med tillatelse fra sine vedkommende myndigheter. Medlemsstatene kan også kreve at artikkel 123 overholdes på individuelt eller annet grunnlag, og at delkonsolidering som beskrevet i artikkel 73 nr. 2 kommer til anvendelse på andre nivåer innenfor et konsern.

12 Blant bestemmelsene som nevnes i betragtning 15 i fortalen til direktiv 2006/48/EF, er artikkel 12 i samme direktiv, som lyder:

1. Vedkommende myndigheter skal ikke gi tillatelse som gir adgang til å starte virksomhet som kredittinstitusjon med mindre de er blitt informert om identiteten til aksjeeiere eller deltakere, enten de er fysiske eller juridiske personer, som direkte eller indirekte har kvalifiserende eierandeler, og om størrelsen på slike eierandeler.

...

2. Vedkommende myndigheter skal ikke gi tillatelse dersom de, idet det tas hensyn til behovet for å sikre en sunn og forsvarlig ledelse av kredittinstitusjonen, ikke er overbevist om at ovennevnte aksjeeiere eller deltakere er skikket.

3. Dersom det foreligger nære forbindelser mellom kredittinstitusjonen og andre fysiske eller juridiske personer, skal vedkommende myndigheter gi tillatelse bare dersom disse forbindelsene ikke hindrer myndighetene i å føre effektivt tilsyn.

Vedkommende myndigheter skal heller ikke gi tillatelse dersom en tredjestats lover og forskrifter som gjelder én eller flere fysiske eller juridiske personer som kredittinstitusjonen har nære forbindelser til, eller vanskeligheter ved håndheving av nevnte lover og forskrifter, hindrer myndighetene i å føre effektivt tilsyn.

Vedkommende myndigheter skal kreve at kredittinstitusjoner gir dem de opplysninger de trenger for å forsikre seg om at vilkårene i dette nummer til enhver tid overholdes.

13 På den relevante tid var reglene for å sette i gang forsikringsvirksomhet fastsatt i europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/83/EF av 5. november 2002 om livsforsikring (EFT 2002 L 345, s. 1, og EØS-tillegg 2006 nr. 58, s. 1612), som ble innlemmet i EØS-

avtalen vedlegg IX nr. 11 ved EØS-komiteens beslutning nr. 60/2004 av 26. april 2004 (EUT 2004 L 277, s. 172, og EØS-tillegg 2004 nr. 43, s. 156). Ingen forfatningsrettslige krav var angitt, og beslutningen trådte i kraft 27. april 2004. Den 1. desember 2012 ble direktiv 2002/83/EF erstattet med europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/138/EF av 25. november 2009 om adgang til å starte og utøve virksomhet innen forsikring og gjenforsikring (Solvens II) (omarbeiding) (EUT 2009 L 335, s. 1, og EØS-tillegg 2015 nr. 76, s. 987). Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg IX nr. 1 ved EØS-komiteens beslutning nr. 78/2011 av 1. juli 2011 (EUT 2011 L 262, s. 45, og EØS-tillegg 2011 nr. 54, s. 57). Forfatningsrettslige krav ble angitt, og beslutningen trådte i kraft 1. desember 2012.

14 Betragtning 7 i fortalet til direktiv 2002/83/EF lyder:

Den framgangsmåte som er valgt, består i å gjennomføre den grunnleggende harmonisering som er vesentlig, nødvendig og tilstrekkelig for å oppnå gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger, som gjør det mulig å gi en enkelt tillatelse som er gyldig i hele Fellesskapet og å anvende prinsippet om hjemstatstilsyn.

15 Betragtning 28 i fortalet til direktiv 2002/83/EF lyder:

Visse bestemmelser i dette direktiv gjelder minstestandarder. Hjemstaten kan fastsette strengere regler for forsikringsforetak som er godkjent av dens vedkommende myndigheter.

16 Direktiv 2002/83/EF artikkel 8 lyder:

Vedkommende myndigheter i hjemstaten skal ikke gi et foretak tillatelse som gir adgang til forsikringsvirksomhet før de er underrettet om navnene på aksjeeiere og deltakere som direkte eller indirekte har en kvalifisert eierandel, og som kan være fysiske eller juridiske personer, og om størrelsen på denne eierandel.

De samme myndigheter skal nekte å gi tillatelse dersom de av hensyn til behovet for å sikre en sunn og forsvarlig ledelse av forsikringsforetaket ikke er overbevist om aksjeeiernes eller deltakernes egnethet.

17 Nye regler om vurderingen av kvalifiserte eierandeler i kredittinstitusjoner og forsikringsforetak ble innført ved europaparlaments- og rådsdirektiv 2007/44/EF av 5. september 2007 om endring av rådsdirektiv 92/49/EØF og direktiv 2002/83/EF, 2004/39/EF, 2005/68/EF og 2006/48/EF med hensyn til saksbehandlingsregler og kriterier for tilsynsmessig vurdering av og økning av eierandeler i finanssektoren (EUT 2007 L 247, s. 1, og EØS-tillegg 2013 nr. 73, s. 1) (“direktivet om kvalifiserte eierandeler”), som ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg IX nr. 7a, 7b, 11, 14 og 31ba ved EØS-komiteens beslutning nr. 79/2008 av 4. juli 2008 (EUT 2008 L 280, s. 7, og EØS-tillegg 2008 nr. 64, s. 1). Forfatningsrettslige krav ble angitt, og beslutningen trådte i kraft 1. november 2010.

18 Betragtning 1 i fortalen til direktivet om kvalifiserte eierandeler lyder:

Rådsdirektiv 92/49/EØF av 18. juni 1992 om samordning av lover og forskrifter om direkte forsikring med unntak av livsforsikring (tredje direktiv om annen forsikring enn livsforsikring), europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/83/EF av 5. november 2002 om livsforsikring, europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/39/EF av 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/68/EF av 16. november 2005 om gjenforsikring og europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/48/EF av 14. juni 2006 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon (omarbeiding) regulerer de situasjoner der en fysisk eller juridisk person har besluttet å erverve eller øke en kvalifiserende eierandel i en kredittinstitusjon, et forsikringsforetak, gjenforsikringsforetak eller verdipapirforetak.

19 Betragtning 2 i fortalen til direktivet om kvalifiserte eierandeler lyder:

Den juridiske rammen har så langt ikke angitt detaljerte kriterier for en tilsynsmessig vurdering av det planlagte erverv eller en framgangsmåte for anvendelsen av dem. En avklaring av kriteriene og prosessen for tilsynsmessig vurdering er nødvendig for å gi nødvendig rettssikkerhet, klarhet og forutsigbarhet med hensyn til vurderingsprosessen og følgene av denne.

20 Betragtning 6 i fortalen til direktivet om kvalifiserte eierandeler lyder:

For markeder som i stadig større grad integreres, og der konsernstrukturer kan omfatte flere medlemsstater, er erverv av en kvalifiserende eierandel underlagt kontroll i en rekke medlemsstater. Størst mulig grad av harmonisering i hele Fellesskapet når det gjelder framgangsmåte og tilsynsmessige vurderinger er derfor av avgjørende betydning, uten at medlemsstatene fastsetter strengere regler. Tersklene for underretning om et planlagt erverv eller avhending av en kvalifiserende eierandel, framgangsmåten for vurdering, listen over vurderingskriterier og andre bestemmelser i dette direktiv som får anvendelse på tilsynsmessig vurdering av planlagte erverv, bør derfor være underlagt størst mulig grad av harmonisering. Dette direktiv bør ikke hindre medlemsstatene i å kreve at vedkommende myndigheter skal underrettes om erverv av eierandeler under de terskler som er fastsatt i dette direktiv, så lenge en medlemsstat ikke pålegger flere enn én tilleggsterskel under 10 % for dette formål. Dette direktiv bør heller ikke hindre at vedkommende myndigheter gir generell veiledning om når slike eierandeler anses å føre til betydelig innflytelse.

21 Artikkel 2 i direktivet om kvalifiserte eierandeler endret reglene for erverv av kvalifiserte eierandeler etter direktiv 2002/83/EF, blant annet ved å legge til en ny artikkel 15a nr. 7:

Medlemsstatene kan ikke pålegge strengere krav til underretning av vedkommende myndigheter eller vedkommende myndigheters godkjenning med

hensyn til direkte eller indirekte erverv av stemmeretter eller kapital, enn dem som er fastsatt i dette direktiv.

22 Med artikkel 2 i direktivet om kvalifiserte eierandeler fikk direktiv 2002/83/EF også en ny artikkel 15b:

1. Ved vurderingen av underretningen omhandlet i artikkel 15 nr. 1 og opplysningene omhandlet i artikkel 15a nr. 2 skal vedkommende myndigheter, for å sikre en sunn og forsvarlig ledelse av forsikringsforetaket som det planlagte erverv gjelder, og idet det tas hensyn til den aktuelle erververs sannsynlige innflytelse på forsikringsforetaket, vurdere egnetheten til den aktuelle erverver og det planlagte ervervs økonomiske soliditet på grunnlag av alle følgende kriterier:

(a) den aktuelle erververs omdømme,

(b) omdømmet og erfaringen til enhver person som vil lede forsikringsforetakets virksomhet som følge av det planlagte erverv,

(c) den aktuelle erververs økonomiske soliditet, særlig i tilknytning til den typen virksomhet som utøves og planlegges i forsikringsforetaket som det planlagte erverv gjelder,

(d) om forsikringsforetaket vil kunne overholde og fortsette å overholde tilsynskravene basert på dette direktiv og, der dette er relevant, direktiver som direktiv 98/78/EF og 2002/87/EF, særlig om konsernet som forsikringsforetaket kommer til å bli en del av, har en struktur som muliggjør effektivt tilsyn, effektiv utveksling av opplysninger mellom vedkommende myndigheter og fastsettelse av ansvarsfordelingen mellom vedkommende myndigheter,

(e) om det, i forbindelse med det planlagte erverv, er rimelige grunner til å mistenke at hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme i henhold til artikkel 1 i direktiv 2005/60/EF, eller forsøk på dette, pågår eller har funnet sted, eller at det planlagte erverv vil kunne øke risikoen for dette.

2. Vedkommende myndigheter kan motsette seg det planlagte erverv bare dersom det er rimelige grunner til dette på grunnlag av kriteriene i nr. 1, eller dersom de opplysningene som gis av den aktuelle erverver, er ufullstendige.

3. Medlemsstatene skal verken innføre forhåndsvilkår med hensyn til størrelsen på den eierandel som skal erverves, eller tillate at deres vedkommende myndigheter undersøker det planlagte erverv ut fra markedets økonomiske behov.

4. Medlemsstatene skal offentliggjøre en liste over de opplysningene som er nødvendige for å foreta vurderingen, og som skal gis til vedkommende

myndigheter på tidspunktet for underretningen nevnt i artikkel 15 nr. 1. De nødvendige opplysningene skal stå i forhold til og være tilpasset den aktuelle erververs og det planlagte ervervs art. Medlemsstatene skal ikke kreve opplysninger som ikke er relevante for en tilsynsmessig vurdering.

5. Dersom vedkommende myndighet har mottatt underretning om to eller flere planlagte erverv eller økninger av kvalifiserende eierandeler i samme forsikringsforetak, skal den, uten hensyn til artikkel 15a nr. 1, 2 og 3, behandle de aktuelle erververne på en måte som ikke innebærer forskjellsbehandling.

- 23 Artikkel 5 i direktivet om kvalifiserte eierandeler endret reglene for erverv av kvalifiserte eierandeler etter direktiv 2006/48/EF, blant annet ved å legge til en ny artikkel 19 nr. 8:

Medlemsstatene kan ikke pålegge strengere krav til underretning av vedkommende myndigheter eller vedkommende myndigheters godkjenning med hensyn til direkte eller indirekte erverv av stemmeretter eller kapital, enn dem som er fastsatt i dette direktiv.

- 24 Med artikkel 5 i direktivet om kvalifiserte eierandeler fikk direktiv 2006/48/EF også en ny artikkel 19a:

1. Ved vurderingen av underretningen omhandlet i artikkel 19 nr. 1 og opplysningene omhandlet i artikkel 19 nr. 3 skal vedkommende myndigheter, for å sikre en sunn og forsvarlig ledelse av kredittinstitusjonen som det planlagte erverv gjelder, og idet det tas hensyn til den aktuelle erververs sannsynlige innflytelse på kredittinstitusjonen, vurdere egnetheten til den aktuelle erverver og det planlagte ervervs økonomiske soliditet på grunnlag av alle følgende kriterier:

(a) den aktuelle erververs omdømme,

(b) omdømmet og erfaringen til enhver person som vil lede kredittinstitusjonens virksomhet som følge av det planlagte erverv,

(c) den aktuelle erververs økonomiske soliditet, særlig i tilknytning til den typen virksomhet som utøves og planlegges i kredittinstitusjonen som det planlagte erverv gjelder,

(d) om kredittinstitusjonen vil kunne overholde og fortsette å overholde tilsynskravene basert på dette direktiv og, der dette er relevant, andre direktiver som direktiv 2000/46/EF, 2002/87/EF og 2006/49/EF, særlig om konsernet som kredittinstitusjonen kommer til å bli en del av, har en struktur som muliggjør effektivt tilsyn, en effektiv utveksling av opplysninger mellom vedkommende myndigheter og fastsettelse av ansvarsfordelingen mellom vedkommende myndigheter,

(e) om det i forbindelse med det planlagte erverv er rimelige grunner til å mistenke at hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme i henhold til artikkel 1 i direktiv 2005/60/EF, eller forsøk på dette, pågår eller har funnet sted, eller at det planlagte erverv vil kunne øke risikoen for dette.

2. Vedkommende myndigheter kan motsette seg det planlagte erverv bare dersom det er rimelige grunner til dette på grunnlag av kriteriene i nr. 1, eller dersom de opplysningene som gis av den aktuelle erverver, er ufullstendige.

3. Medlemsstatene skal verken innføre forhåndsvilkår med hensyn til størrelsen på den eierandel som skal erverves, eller tillate at deres vedkommende myndigheter undersøker det planlagte erverv ut fra markedets økonomiske behov.

4. Medlemsstatene skal offentliggjøre en liste over de opplysningene som er nødvendige for å foreta vurderingen, og som skal gis til vedkommende myndigheter på tidspunktet for underretningen nevnt i artikkel 19 nr. 1. De nødvendige opplysningene skal stå i forhold til og være tilpasset den aktuelle erververs og det planlagte ervervs art. Medlemsstatene skal ikke kreve opplysninger som ikke er relevante for en tilsynsmessig vurdering.

5. Dersom vedkommende myndighet har mottatt underretning om to eller flere planlagte erverv eller økninger av kvalifiserende eierandeler i samme kredittinstitusjon, skal den uten hensyn til artikkel 19 nr. 2, 3 og 4 behandle de aktuelle ervervene på en måte som ikke innebærer forskjellsbehandling.

Nasjonal rett

- 25 Reguleringen av finansmarkedene i Norge bygger på et krav om offentlig konsesjon. Konsesjonssystemet skal ifølge anmodningen sikre at de grunnleggende organisatoriske og strukturelle forhold i sektoren er betryggende og forsvarlige. Dette er begrunnet i den store samfunnsmessige betydning banker og forsikringsselskaper har. For eksempel mottar de til forvaltning store deler av samfunnets sparekapital, og plasseringen av denne kapital danner ofte det finansielle grunnlag for annen næringsvirksomhet.
- 26 På den relevante tid var forretningsbanker regulert ved lov 24. mai 1961 nr. 2 om forretningsbanker (“forretningsbankloven”), mens forsikringsselskaper var regulert ved lov 10. juni 1988 nr. 39 om forsikringsvirksomhet (“forsikringsvirksomhetsloven 1988”) og senere ved lov 10. juni 2005 nr. 44 om forsikringsvirksomhet (“forsikringsvirksomhetsloven av 2005”). Banker og forsikringsselskaper var også underlagt lov 10. juni 1988 nr. 40 om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner (“finansieringsvirksomhetsloven”).
- 27 Etter forretningsbankloven § 8 første ledd og etter § 2-1 første ledd i forsikringsvirksomhetslovene av 1988 og 2005 var det krav om tillatelse for å drive henholdsvis forretningsbankvirksomhet og forsikringsvirksomhet. I begge tilfelle kunne

det settes vilkår for konsesjonen. Det nasjonale rettslige rammeverk om tillatelse omfatter emisjonsregler og eierkontrollregler.

- 28 Emisjonsreglene for banker var fastsatt i forretningsbankloven § 4 første og tredje ledd og lød:

Tillatelse etter § 8 i loven her skal nektes hvis ikke mer enn tre firedeler av forretningsbankens aksjekapital tegnes ved kapitalforhøyelse uten fortrinnsrett for aksjeeiere eller andre. ... Første og annet ledd gjør ingen innskrenkninger i en forretningsbanks adgang til å inngå i et finanskonsern etter finansieringsvirksomhetsloven § 2a-6.

- 29 Emisjonsreglene for forsikringsselskaper var fastsatt i § 2-1 første ledd siste punktum i forsikringsvirksomhetslovene av 1988 og 2005 og lød slik:

Tillatelse skal nektes med mindre mer enn tre firedeler av forsikringsselskapets aksjekapital tegnes ved kapitalforhøyelse uten fortrinnsrett for aksjeeiere eller andre.

- 30 Det kunne imidlertid gjøres unntak fra bestemmelsene i disse to lover i særlige tilfelle.

- 31 Ifølge den anmodende domstol er emisjonsreglene et virkemiddel for å sikre lovgivers ønske om spredt eierskap. Slik er det en indirekte sammenheng mellom emisjonsreglene og eierkontrollreglene.

- 32 Finansieringsvirksomhetsloven inneholdt opprinnelig en bestemmelse som fastsatte at ingen kunne eie mer enn 10 prosent av aksjekapitalen i en finansinstitusjon. Både forretningsbanker og forsikringsselskaper var underlagt denne regel. Regelen ble endret i 2003 etter at ESA i en grunnlagt uttalelse konkluderte med at den utgjorde en ulovlig restriksjon på den frie kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40. Norske myndigheter erstattet regelen med en eierkontrollregel, som krever at konsesjonsmyndigheten må være "overbevist om at eiere av kvalifisert eierandel" – det vil si eierandeler på 10 prosent eller mer av kapitalen – er "egnet til å inneha slike eierandeler og utøve slik innflytelse i foretaket som eierandelene gir grunnlag for" (jf. forretningsbankloven § 8a fjerde ledd første og annet punktum og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd annet og tredje punktum). Etter lovendringen i 2003 gikk ikke ESA videre med saken.

- 33 Selv om man innførte et skjønnsbasert system for eierkontroll i finansinstitusjoner, fremgikk det ifølge den anmodende domstol av forarbeidene at målene med lovgivningen fortsatt var de samme, og at hensynet til finansnæringens uavhengighet til enkeltpersoner og andre næringer fortsatt skulle være sentralt, jf. Ot.prp. nr. 50 (2002-2003) punkt 5.3, s. 24:

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.

- 34 I tillegg til de ovennevnte regler for konsesjonstildelingen inneholder norsk rett regler for egnethetsvurdering av eiere ved tillatelser til etterfølgende erverv av eierandeler i finansinstitusjoner som allerede har fått virksomhetskonsesjon.

II Faktum og saksgang

Innledning

- 35 Net Fonds ASA (som senere endret navn til Netfonds Bank ASA og enda senere til Netfonds Bank AS) ble stiftet 1. juni 1996. Selskapets opprinnelige virksomhet besto i å tilby verdipapirhandel over internett.
- 36 Etter at virksomheten ble utvidet til også å omfatte begrenset virksomhet som forretningsbank og livsforsikringsselskap, ble selskapsstrukturen endret. Per i dag eies Netfonds Holding av Rolf Dammann og hans far, Axel Dammann, som eier henholdsvis 89 prosent og 1,5 prosent av aksjene. De resterende 9,5 prosent av aksjene eies av Lars Ingebrigtsen, som er IT-sjef i Netfonds-konsernet.
- 37 Netfonds Holding har konsesjon som morselskap i et finanskonsern etter finansieringsvirksomhetsloven. Selskapet har tre datterselskaper: Netfonds AS ("Netfonds"), Netfonds Bank og Netfonds Livsforsikring.
- 38 Saken for Oslo tingrett gjelder saksøkernes krav om erstatning som følge av saksøktes påståtte brudd på EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsadgang, artikkel 36 om adgang til å yte tjenester og artikkel 40 om fri kapitalbevegelse. Kravet er begrunnet med at saksøkte bare innvilget Netfonds Bank en begrenset konsesjon som bank og Netfonds Livsforsikring en begrenset konsesjon som forsikringsselskap, til tross for at saksøkerne hadde anmodet om fulle konsesjoner. Ifølge saksøkerne førte dette til inntektstap fra det tidspunkt fulle konsesjoner skulle ha vært gitt.
- 39 De begrensninger som er lagt på de aktuelle tillatelser, kalles også konsesjonsvilkår av den anmodende domstol. De sentrale og gjennomgående vilkår som ifølge anmodningen påstås å være ugyldige, er saksøktes betingelser, for innvilgelse av full bank- og forsikringskonsesjon, om at det gjennomføres spredning av tre firedeler eller mer av aksjekapitalen enten gjennom kapitalforhøyelse eller salg uten fortrinnsrett eller forkjøpsrett for aksjeeierne eller andre (såkalt spredningssalg), alternativt at det i stedet for gjennomføring av spredningssalg bare gis konsesjon til begrenset bank- og forsikringsvirksomhet (såkalt nisjevirkosomhet).

Søknadsprosessen for konsesjon til å drive bank- og forsikringsvirksomhet

- 40 Ved brev av 7. februar 2005 søkte Net Fonds ASA om konsesjon til å etablere et finanskonsern og en forretningsbank for å kunne ta imot innskudd fra kunder i investeringsvirksomheten.
- 41 Den 5. august 2005 innvilget Finansdepartementet Net Fonds ASAs søknad om å drive begrenset bankvirksomhet. Ett av vilkårene for tillatelsen var at selskapet ikke kunne motta andre innskudd enn ledige midler fra klientkontoer tilhørende kunder i verdipapirhandelsvirksomheten (konsesjonsvilkår nr. 7). Det ble ikke satt krav om spredningssalg. Det fremgår av vedtaket at det ved vurderingen av om det burde settes vilkår om spredningssalg i Netfonds Holding, ble lagt vesentlig vekt på at tillatelsen til Net Fonds ASA kun omfattet begrenset bankvirksomhet, både med hensyn til mottak av innskudd og til kredittgivning. Bakgrunnen for at det ble gitt tillatelse med den aktuelle eierstruktur var at virksomheten var å anse som nisjevirksomhet. Det ble ellers satt en rekke andre vilkår, herunder krav om at banken ikke kunne ta imot innskudd fra eller yte kreditt til Netfonds Holding, dets aksjeeiere eller foretak hvor disse har vesentlig innflytelse, eller nære kundeforbindelser av noen av disse.
- 42 Den 13. mars 2006 ble Netfonds-konsernet etablert. Net Fonds ASA endret navn til Netfonds Bank ASA (og ble til Netfonds Bank AS 13. oktober 2010). Netfonds Holding utgjorde morselskapet, med Netfonds Bank som operativt datterselskap med begrensede konsesjoner som verdipapirforetak og forretningsbank som beskrevet ovenfor.
- 43 Netfonds Bank varslet om grenseoverskridende virksomhet i brev av 27. mars 2006 til Kredittilsynet. Selskapet opplyste at det ønsket å tilby sine tjenester i Sverige og Tyskland. I brev av 23. august 2007 meldte Netfonds Bank også om grenseoverskridende virksomhet i Danmark, Finland, Island, Estland, Litauen og Latvia. Selskapet fikk tillatelse til slik grensekryssende virksomhet, men begrenset til de aktiviteter selskapet hadde konsesjon til i Norge.
- 44 Den 6. desember 2006 ble det søkt om konsesjon til å etablere et livsforsikringsselskap (Netfonds Livsforsikring) som skulle bli et nytt datterselskap av Netfonds Holding. Det ble utelukkende søkt om konsesjon for å tilby kapitalforsikring med investeringsvalg. Søknaden ble innvilget i Finansdepartementets vedtak av 17. juli 2007. Det ble presisert at tillatelsen kun ga adgang til å tilby kapitalforsikring med investeringsvalg, som det ble søkt om. Tillatelsen omfattet således verken kollektive forsikringer eller livrente- eller pensjonsforsikringer. I likhet med konsesjonen som ble innvilget Netfonds Bank, ble det blant annet satt vilkår om at selskapet ikke kunne inngå forsikringsavtaler med eller yte kreditt til Netfonds Holding, dets eiere eller foretak hvor disse har vesentlig innflytelse, eller disses nærstående. Departementet stilte ikke vilkår om spredningssalg. Det fremgår av vedtaket at det ble lagt vekt på at livsforsikringsvirksomheten som det ble gitt tillatelse til, ville være mer begrenset enn mer tradisjonell livsforsikringsvirksomhet, og at hensynene til eierspredning derfor ikke gjorde seg like sterkt gjeldende. Bakgrunnen for at det ble gitt tillatelse med den aktuelle eierstruktur var således at virksomheten var å anse som nisjevirksomhet.

- 45 I brev av 14. august 2007 ba Netfonds Livsforsikring om at Finansdepartementet omgjorde sitt vedtak av 17. juli 2007, slik at selskapet også kunne ha anledning til å tilby individuelle livrente- og pensjonsforsikringer. I vedtak fattet 28. mai 2008 ble det gitt tillatelse til utvidelse av konsesjonen. Tillatelsen var imidlertid begrenset til å gjelde “individuelle livrente- og pensjonsforsikringskontrakter som overtas fra andre forsikringsselskaper i forbindelse med overtakelse av porteføljer av individuelle kapitalforsikringskontrakter med investeringsvalg”. Det ble i vedtaket presisert at “Netfonds Livsforsikring AS ikke har adgang til å markedsføre eller tilby individuelle pensjonsforsikringer eller individuelle livrenter”.
- 46 Den 27. mai 2010 sendte Netfonds Livsforsikring en søknad om utvidelse av selskapets konsesjon, denne gang for å kunne tilby obligatorisk foretakspensjon.
- 47 Søknaden ble avslått av Finansdepartementet i vedtak av 16. desember 2010. Departementet mente at det med selskapets gjeldende eierstruktur ikke kunne gis tillatelse til slik utvidelse av virksomheten. Det fremgikk av vedtaket at Netfonds Livsforsikring ikke oppfylte kravene til eierspredning i finansinstitusjoner, og at dets konsesjon til livsforsikringsvirksomhet ikke kunne utvides til å omfatte kollektive pensjonsforsikringer under gjeldende eierstruktur i morselskapet.
- 48 For å få tillatelse til å utvide konsesjonen i Netfonds Livsforsikring måtte det derfor gjennomføres spredningssalg på morselskapsnivå.
- 49 Netfonds Livsforsikring påklaget vedtaket i brev av 10. januar 2011. Klagen baserte seg særlig på direktivet om kvalifiserte eierandeler. Selv om det i klagen ble erkjent at direktivet om kvalifiserte eierandeler “ikke omhandler ... direkte de EØS-direktiver som gjelder konsesjonstildelinger og eierprøving i den forbindelse”, mente Netfonds Livsforsikring at siden strukturhensynet etter direktivet om kvalifiserte eierandeler ikke lenger lot seg opprettholde ved etterfølgende erverv, kunne det heller ikke praktiseres for de opprinnelige eierne av kvalifiserte eierandeler.
- 50 Den 19. februar 2011 søkte Netfonds Bank om endring av konsesjonsvilkår nr. 7 for sin konsesjon av 5. august 2005 som forretningsbank med henvisning til at selskapet ønsket å ta imot innskudd fra andre enn eksisterende kunder og ikke kun ledige klientmidler fra kunder i verdipapirhandelsvirksomheten.
- 51 Søknaden ble avslått av Finansdepartementet i vedtak av 20. desember 2011, med den begrunnelse at saksøkerne da ikke ville drive nisjevirksomhet, men derimot tradisjonell bankvirksomhet, og at dagjeldende eierstruktur ikke var forenlig med det. Rolf Dammann og Axel Dammann hadde da eierandeler på henholdsvis 80 prosent og 15 prosent. Finansdepartementet var 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”.
- 52 Vedtaket ble påklaget i brev av 6. januar 2012. Netfonds Bank anførte igjen blant annet at det etter gjennomføringen av direktivet om kvalifiserte eierandeler ikke lenger var

lovlig å oppstille krav om maksimalt tillatt eierskap som vilkår for å få tildelt virksomhetskonsesjon.

- 53 Den 4. mai 2012 avsto Kongen i statsråd både klagen fra Netfonds Bank av 6. januar 2012 og klagen fra Netfonds Livsforsikring av 10. januar 2011. Begrunnelsen var at særlig hensynene til å unngå privat bankiervirksomhet, høy maktkonsentrasjon og sammenblanding av kreditor- og eierinteresser tilsa at det ikke ble gitt tillatelse til slike utvidelser med en så konsentrert eierskapsstruktur. Ifølge Finansdepartementet ville en opphevelse av konsesjonsvilkår nr. 7 i så fall fordre et spredningssalg.
- 54 I den kongelige resolusjon som gjelder Netfonds Livsforsikring, står det at “eierkontrollreglene ivaretar helt grunnleggende hensyn om å unngå privat bankiervirksomhet i finansinstitusjoner”. Det fremgår videre at “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”.
- 55 Den kongelige resolusjon konkluderte med at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak fra eierspredningskravet i forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 første ledd slik at Netfonds Livsforsikring, med nåværende eierstruktur, kunne utvide sin virksomhet som det var søkt om. Å gjøre unntak ville innebære en utvanning av eierspredningskravet. En eventuell endring i eierspredningskravet måtte i tilfelle skje ved lovsak og ikke gjennom dispensasjonspraksis.
- 56 I den kongelige resolusjon som gjelder klagen fra Netfonds Bank, står det blant annet følgende om grunnlaget for avslaget:
- 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.*
- 57 Den kongelige resolusjon konkluderte med at det ikke var grunnlag for å gjøre unntak fra eierspredningskravet i forretningsbankloven § 4. Den gjentok at enhver endring ville måtte skje ved lovsak og ikke gjennom forvaltningspraksis.
- 58 Den 19. juli 2012 søkte Netfonds Bank om utvidelse av sin konsesjon til å omfatte rene sparekonti og tjenestepensjon. Videre søkte Netfonds Livsforsikring i brev av 31. oktober 2012 om tillatelse til å kunne markedsføre og tilby individuell pensjonsforsikring.
- 59 Finansdepartementet avsto søknadene fra Netfonds Bank og Netfonds Livsforsikring i vedtak av henholdsvis 17. april 2013 og 28. januar 2014. Departementet mente i begge

tilfelle at slike utvidelser ville innebære at selskapet ikke lenger kunne anses å drive nisjevirksomhet, noe som etter departementets syn ville kreve spredningssalg.

- 60 Vedtaket av 28. januar 2014 ble påklaget i brev av 18. februar 2014.
- 61 I brev av 16. desember 2014 søkte Netfonds Holding om tillatelse til å overta alle aksjene i den litauiske bank Bankas Finasta AB, samt til endring av strukturen i Netfonds-konsernet. Søknaden ble avslått av Finansdepartementet i vedtak av 24. mars 2015. I vedtaket ble det slått fast at “ervertet av en bank med fulle bankkonsesjoner (uten begrensninger mht. virksomhet) vil etter departementets vurdering medføre at konsernets virksomhet ikke lenger vil kunne anses å være nisjepreget. En tillatelse til det omsøkte ervertet vil derfor være i strid med forutsetningene for konsesjonene til Netfonds Livsforsikring AS og Netfonds Bank AS, selv om det er holdingselskapet som har søkt om å erverve banken”. Departementet mente videre at det ikke ville være i strid med EØS-retten å avslå søknaden om tillatelse til å endre konsernstrukturen, for avslaget var begrunnet i hensynet til den konsesjonspliktige virksomhet som ble drevet i Norge, ikke hensynet til den litauiske bank.

Domstolsbehandling og forelagte spørsmål

- 62 I saken for Oslo tingrett krever saksøkerne erstatning fra saksøkte for det inntektstap de hevder å ha lidt ved ikke å ha blitt innvilget full bank- og forsikringskonsesjon.
- 63 Ved brev av 21. juni 2016, registrert ved EFTA-domstolen 27. juni 2016, stilte Oslo tingrett EFTA-domstolen følgende spørsmål:
1. *Utgjør emisjonsreglene i forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 – forstått som et krav om at tre firedele av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper må tegnes uten fortrinnsrett (tilbys allmennheten) – en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, 36 eller 40, forutsatt at det ikke bare søkes konsesjon for nisjevirksomhet?*
 - a. *Forutsatt at reglene utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen: Ivaretar reglene et legitimt offentlig formål?*
 - b. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon egnet etter EØS-retten?*
 - c. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon nødvendig etter EØS-retten?*
 2. *Utgjør emisjonsreglene i forretningsbankloven § 4 og forsikringsvirksomhetsloven § 2-1 – forstått som et krav om at tre firedele av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper må tegnes av andre enn stifterne – en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, 36 eller 40, forutsatt at det ikke bare søkes konsesjon for nisjevirksomhet?*

- a. *Forutsatt at slike regler utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen: Ivaretar reglene et legitimt offentlig formål?*
 - b. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon egnet etter EØS-retten?*
 - c. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon nødvendig etter EØS-retten?*
3. *Innebærer en fast forvaltningspraksis hvoretter det ikke gis tillatelse til at enkeltpersoner eller foretak kan eie mer enn 20–25 prosent av aksjene i finansinstitusjoner, bortsett fra de tilfeller der loven selv gir adgang til å etablere finanskonsern eller der finansinstitusjonen kun skal bedrive såkalt nisjevirkosomhet, en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, 36 eller 40, forutsatt at det ikke bare søkes konsesjon for nisjevirkosomhet?*
- a. *Forutsatt at en slik fast forvaltningspraksis utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen: Ivaretar restriksjonen et legitimt offentlig formål?*
 - b. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon egnet etter EØS-retten?*
 - c. *Forutsatt at restriksjonen ivaretar et legitimt offentlig formål: Er en slik restriksjon nødvendig etter EØS-retten?*

For alle de ovenstående spørsmål er det en forutsetning at det ikke foreligger andre forhold som kan begrunne avslag på søknaden om konsesjon eller at det blir gitt begrenset konsesjon.

- 64 Ifølge den anmodende domstol legger det tredje spørsmål til grunn saksøkernes beskrivelse av saksøktes forvaltningspraksis. Den anmodende domstol legger til at saksøkte er uenig i saksøkernes forståelse av denne praksis, og tilføyer at henvisninger til forsikringsvirkosomhetsloven i spørsmålene må forstås enten som forsikringsvirkosomhetsloven av 1988 eller forsikringsvirkosomhetsloven av 2005, avhengig av datoen da saksøkte fattet hvert av de relevante vedtak.
- 65 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Innledende bemerkninger

- 66 Ved sine tre spørsmål søker den anmodende domstol i hovedsak å bringe på det rene om den relevante lovgivning eller saksøktes forvaltningspraksis som gjelder eierskap i norske foretak på tidspunktet for søknaden om tillatelse til å drive virksomhet som bank

eller forsikringsforetak, utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artiklene 31, 36 eller 40. Om så er tilfellet, spør den anmodende domstol om en slik restriksjon kan rettfærdiggjøres ut fra det rettslige vurderingstema EFTA-domstolen anvender ved vurderingen av om et nasjonalt tiltak følger et legitimt mål, og om tiltaket er egnet og nødvendig.

- 67 De forelagte spørsmål gjenspeiler tre mulige fortolkninger av nasjonal lovgivning og forvaltningspraksis, som den anmodende domstol må ta stilling til. Siden alle spørsmål gjelder lignende alternative tolkninger av nasjonal lovgivning og forvaltningspraksis, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å besvare dem samlet.

Innlegg for EFTA-domstolen

- 68 Saksøkerne gjør gjeldende at selv om EØS-avtalen artiklene 31, 36 og 40 kan få anvendelse parallelt, er det artiklene 31 og 40 som er de viktigste i den foreliggende sak, siden begrensningene på adgangen til å yte tjenester er en sidevirkning. Det er dessuten uomtvistet at tiltakene saken gjelder, utgjør restriksjoner. Dermed blir hovedspørsmålet i den foreliggende sak om disse restriksjoner kan rettfærdiggjøres.
- 69 Når det gjelder spørsmålet om det foreligger et grenseoverskridende element, anfører saksøkerne at de norske bestemmelser om eierskap i finansinstitusjoner har hindret deres forsøk på å drive grenseoverskridende virksomhet. De legger til at mulig grenseoverskridende virksomhet er tilstrekkelig til å fastslå at det foreligger brudd i denne sammenheng (det vises til dommen i *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126, avsnitt 22).
- 70 Saksøkerne anfører at begrunnelsen saksøkte påberoper seg, i hovedsak kan sammenfattes i to mål: (i) hindre myndighetsmisbruk og (ii) sikre stabilitet og tillit i finansmarkedene. Det første mål kan utgjøre et tvingende allment hensyn. Derimot kan det andre mål, som i prinsippet kan være i allmennhetens interesse, ikke påberopes i den foreliggende sak. Dette mål er ikke nevnt i forarbeidene til den aktuelle lovgivning og er ikke tidligere påberopt av saksøkte. Videre fastsetter direktivet om kvalifiserte eierandeler – som kan brukes for sammenligning – at nasjonale myndigheter ikke har anledning til å vurdere et planlagt erverv ut fra markedets økonomiske behov. Slik saksøkerne ser det, skyldes dette at hensynet til finansiell stabilitet blir ivaretatt av andre bestemmelser i EØS-avtalen.
- 71 Saksøkerne anfører videre at tiltakene saken gjelder, i prinsippet er egnet til å hindre myndighetsmisbruk. De er imidlertid ikke egnet til å sikre stabilitet og tillit i finansmarkedene. Ifølge en dansk rapport om årsakene til finanskrisen og konsekvensene av den, ble stemmeretts- og eierskapsbegrensninger ansett som en av grunnene til problemene i mange finansinstitusjoner. Denne type begrensninger kan ha hindret større eiere i å ta kontroll, som ellers ville ha krevd en mer profesjonell ledelse.
- 72 Når det gjelder nødvendighet, anfører saksøkerne at selv om saksøkte har lagt opp til et meget høyt beskyttelsesnivå, må EFTA-domstolen fortsatt vurdere om de nasjonale tiltak er nødvendige (det vises til sak E-3/06 *Ladbroke's*, Sml. 2007 s. 86).

- 73 Når det gjelder det første mål – å forhindre myndighetsmisbruk – finnes det ifølge saksøkerne mindre inngripende tiltak som til og med er mer effektive, for eksempel en egnethetsvurdering. Videre kan konsesjonsvilkår også hindre myndighetsmisbruk. Endelig gjør saksøkerne gjeldende at et løpende og regelmessig tilsyn også kan tjene det oppsatte mål. Når det gjelder det annet mål – å sikre stabilitet og tillit i finansmarkedene – har Norge allerede, delvis på grunn av sine forpliktelser etter EØS-avtalen, gjennomført en rekke tiltak som ivaretar dette mål. Disse er mindre inngripende enn et regelrett forbud mot store private eierandeler i banker og forsikringsselskaper. Eierkontrollregler, soliditets- og likviditetskrav og den norske innskuddsgarantiordning sikrer stabilitet i finansmarkedene.
- 74 Saksøkte gjør gjeldende at et nasjonalt tiltak bare kan utgjøre en restriksjon etter EØS-retten i den utstrekning det foreligger et relevant grenseoverskridende element. I denne forbindelse anfører saksøkte at det i vurderingen av de forelagte spørsmål må skilles mellom tre kategorier faktiske forhold i saken. Den første kategori gjelder saksøkernes søknader om å etablere en bank og et forsikringsselskap med sikte på virksomhet i det norske marked. Den andre kategori gjelder meldingen saksøkerne ga, etter å ha mottatt en begrenset innledende tillatelse, om utøvelse av slik virksomhet i Sverige, Tyskland, Danmark, Finland, Island, Estland, Litauen og Latvia. Den tredje kategori gjelder saksøkernes søknad om tillatelse til å overta alle aksjene i en litauisk bank. Ifølge saksøkte foreligger det et grenseoverskridende element bare i noen av disse tre kategorier.
- 75 Videre erkjenner saksøkte at det nasjonale tiltak kan hindre eller gjøre mindre interessant utøvelsen av etableringsadgangen i andre EØS-stater enn Norge eller adgangen til å yte tjenester i andre EØS-stater enn Norge, og dermed utgjøre en restriksjon som i prinsippet er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 31 eller 36.
- 76 Når det gjelder rettferdiggjøring, gjør saksøkte gjeldende at Norge har valgt et særlig høyt beskyttelsesnivå i finanssektoren, og at det finansielle systems integritet og stabilitet er sentrale elementer i den norske tilnærming til disse spørsmål. Generelt er målene som forfølges, legitime etter EØS-retten (det vises til dommene i *Panagis Pafitis m.fl.*, C-441/93, EU:C:1996:92, avsnitt 49, *Peter Paul m.fl.*, C-222/02, EU:C:2004:606, avsnitt 44, *Alpine Investments*, som omtalt over, avsnitt 44, og sak E-2/01 *Pucher*, Sml. 2002 s. 45, avsnitt 32, sak E-8/04 *ESA mot Liechtenstein*, Sml. 2005 s. 46, avsnitt 24 til 26, og sak E-9/11 *ESA mot Norge*, Sml. 2012 s. 442, avsnitt 84). Nærmere bestemt forfølger de nasjonale tiltak flere mål som er innbyrdes forbundet. Ett av hovedmålene er å motvirke de betydelige risikoinsentiver store eiere har. Banker med en spredt eierstruktur anses å ha lavere sannsynlighet for å la seg lede av slike motiver enn banker med en konsentrert eierstruktur. Følgelig vil en spredt eierstruktur i betydelig grad redusere risikoen for myndighetsmisbruk ved å gi gunstige lån, garantier mv. til fordel for aksjonæren selv eller dennes forretningsforbindelser eller private forbindelser eller ved å stille særlig strenge vilkår for kunder som for eksempel konkurrerer med vedkommende betydelige eiers egen virksomhet.

- 77 I rettsmøtet ga saksøkte uttrykk for at disse regler var viktige under finanskrisen i 2008. Ifølge saksøkte foreligger det flere studier som har konkludert med at eierkontrollerte banker pådro seg større tap under krisen enn banker med spredt eierskap.
- 78 Når det gjelder egnethet, anfører saksøkte at det nasjonale tiltak generelt er egnet, helt i tråd med målene som forfølges, og utgjør et iboende element i en streng og sammenhengende politikk som tar sikte på å forhindre myndighetsmisbruk fra aksjonærenes side for derved å styrke beskyttelsen av finansmarkedenes integritet og stabilitet. Videre understreker saksøkte at denne vurdering avhenger av bevissspørsmål og følgelig ikke bør analyseres nærmere av EFTA-domstolen.
- 79 Med hensyn til relevansen av direktivet om kvalifiserte eierandeler anfører saksøkte at bestemmelsene i dette direktiv bare endret kriteriene for den tilsynsmessige vurdering av erverv av kvalifiserte eierandeler, og ikke vilkårene for den innledende tillatelse til å etablere bank- eller forsikringsvirksomhet (det vises til dommen i *CO Sociedad de Gestión y Participación m.fl.*, C-18/14, EU:C:2015:419, avsnitt 46, 48 og 56).
- 80 Når det gjelder nødvendighet, erkjenner saksøkte at de nasjonale myndigheter må bevise at en restriksjon kan rettferdiggjøres, herunder at den er nødvendig. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Saksøkte gjør for det første særlig gjeldende at bevisbyrden ikke innebærer at nasjonale myndigheter må legge frem positive bevis for at ikke noe annet tenkelig tiltak vil kunne være like virkningsfullt (det vises til dommen i *Kommisjonen mot Italia*, C-110/05, EU:C:2009:66, avsnitt 66). For det andre vil plikten til å legge frem bevis for en bestemt anførsel typisk flytte seg mellom partene i en tvist. For det tredje har Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) forkastet synet om at nasjonale myndigheter må være i stand til å legge frem en konkret studie som underbygger forholdsmessigheten av et restriktivt tiltak før det vedtas (det vises til dommen i *Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07 til C-360/07, C-409/07 og C-410/07, EU:C:2010:504, avsnitt 70 til 72). For det fjerde har EU-domstolens nyere rettspraksis nærmest snudd om på bevisbyrden, ved å legge til grunn at det ikke kan antas at det omtvistede tiltaks mål ville kunne nås like effektivt gjennom alternative tiltak (det vises til dommene i *Kommisjonen mot Italia*, C-110/05, som omtalt over, avsnitt 68, *Josemans*, C-137/09, EU:C:2010:774, avsnitt 82, og *Kommisjonen mot Frankrike*, C-89/09, EU:C:2010:772, avsnitt 81 til 87). Saksøkte konkluderer med at bevisbyrden og intensiteten av den rettslige prøving ikke bør være så stor at den i praksis hindrer en EØS-stat i å vedta effektive tiltak for å redusere risikoen for å bli stilt overfor de alvorlige konsekvenser et sammenbrudd i finanssektoren ville medføre.
- 81 Saksøkte gjør videre gjeldende at det ikke finnes noen alternative, mindre inngripende tiltak som minst like effektivt ville kunne bidra til å nå målene som forfølges. Med hensyn til saksøkernes argumenter vedrørende konsesjonsvilkår og andre tiltak, er saksøkte av den oppfatning at slike tiltak ikke ville kunne garantere et like høyt beskyttelsesnivå. Disse tiltak, som allerede finnes i Norge, kan ikke anses som reelle alternativer, men må snarere betraktes som tillegg til eierkontrollreglene.
- 82 Når det gjelder saksøkernes argumenter om at egnethetsvurderingen kan erstatte eierkontrollreglene og eierspredningspolitikken, understreker saksøkte at det

avgjørende spørsmål er om et system som ensidig baserer seg på en egnethetsvurdering, sikrer et like høyt beskyttelsesnivå som eierkontrollreglene og eierspredningspolitikken. Saksøkte erkjenner at forvaltningsmessige hensyn ikke i seg selv kan begrunne et restriktivt tiltak, men legger til at generelle, enkle regler kan antas å sikre et høyere beskyttelsesnivå enn tiltak med et mindre virkeområde, siden de vil sikre mer effektiv håndhevelse og kontroll (det vises til dommene i *Kommisjonen mot Italia*, C-110/05, som omtalt over, avsnitt 67, *Åklagaren*, C-142/05, EU:C:2009:336, avsnitt 36, og *Sopora*, C-512/13, EU:C:2015:108, avsnitt 33). Videre viser arten av de involverte risikoer at det er behov for strukturelle forhåndsreguleringer, som står i kontrast til egnethetsvurderinger. Ifølge saksøkte inneholder EU-domstolens rettspraksis flere eksempler på at beskyttelsestiltak slik som egnethetsvurderinger ikke har blitt ansett som tilstrekkelige (det vises til dommene i *Alpine Investments*, som omtalt over, avsnitt 52 og 53, *Wouters*, C-309/99, EU:C:2002:98, avsnitt 105, og *Kommisjonen mot Frankrike*, C-89/09, som omtalt over, avsnitt 82 til 86).

- 83 ESA anfører at direktiv 2006/48/EF og direktiv 2002/83/EF tar sikte på minimumsharmonisering. De omtvistede tiltak må derfor vurderes etter den primære EØS-rett.
- 84 Det følger etter ESAs syn at vurderingen av om nasjonale tiltak faller inn under én bevegelsesfrihet eller en annen, må ta i betraktning tiltakets formål. Nærmere bestemt er hensikten med den omtvistede lovgivning, slik den er beskrevet i det første og andre spørsmål, å oppnå målet om spredt eierskap og sikre finansinstitusjonenes uavhengighet. Disse regler er etter sin art restriktive. I og med at stifterne av Netfonds Holding har en bestemmende innflytelse over Netfonds Bank og Netfonds Livsforsikrings beslutninger og virksomhet, bør EFTA-domstolen videre bare vurdere tiltakene opp mot EØS-avtalen artikkel 31. Enhver restriksjon på adgangen til å yte tjenester eller på fri kapitalbevegelse synes å være en uunngåelig konsekvens av restriksjonen på etableringsadgangen.
- 85 Når det gjelder rettferdiggjøring, anfører ESA at målene med den nasjonale lovgivning i prinsippet kan gjenspeile tvingende allmenne hensyn som kan begrunne restriksjonen (det vises til sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 84 og 86). Det avgjørende spørsmål er imidlertid om det restriktive tiltak er i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet.
- 86 Når det gjelder egnethet, gjør ESA gjeldende at den omtvistede nasjonale lovgivning, som beskrevet i det første spørsmål, ikke er egnet til å oppnå det oppsatte mål, siden det ikke hindrer stifterne fra å kjøpe aksjene til markedspris.
- 87 Den omtvistede nasjonale lovgivning kunne imidlertid anses å være egnet dersom den forstås som beskrevet i det andre spørsmål. Ifølge ESA består denne lovgivning imidlertid ikke nødvendighetstesten. Det er EØS-statene som må godtgjøre at beskyttelsesnivået de har valgt for sine legitime interesser, står i forhold til graden av inngrep dette medfører i de grunnleggende friheter (det vises til generaladvokat Paires Maduros uttalelse i *Ahokainen og Leppik*, C-434/04, EU:C:2006:462, avsnitt 26).

- 88 Med hensyn til det tredje spørsmål bemerker ESA at det nøyaktige omfang av den angivelige forvaltningspraksis synes å være uklart. Dersom den består i å begrense eierskap ved å fastsette en fast eierandel som ikke kan overskrides, vil de samme argumenter som ble fremført i forbindelse med det første og det andre spørsmål, i det vesentlige gjelde også her. Dersom forvaltningspraksisen derimot utelukkende består av en egnethetsvurdering, anfører ESA at EØS-statene har en viss skjønnsmargin hva angår faktorene som skal tas i betraktning ved en slik vurdering, forutsatt at prinsippene om forholdsmessighet og forutberegnelighet overholdes (det vises til sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 99 og 100 og rettspraksis som det vises til der).
- 89 Kommisjonen gjør gjeldende at harmoniseringen som er oppnådd gjennom direktiv 2006/48/EF og direktiv 2002/83/EF, ikke synes å være uttømmende, og de aktuelle nasjonale bestemmelser synes ikke å være i strid med noen av bestemmelsene i disse direktiver. Dermed må de forelagte spørsmål analyseres med henvisning til den primære EØS-rett.
- 90 Slik Kommisjonen ser det, fremgår det ikke klart om det primære fokus for tiltakene saken gjelder, er spredningen av kapitalen i en kredittinstitusjon eller et forsikringsforetak i seg selv, eller fastsettelsen av nivået av kapital som trengs for å utøve innflytelse over selskapets beslutninger og treffe avgjørelse om dets drift. Selv om investeringer som sådan åpenbart er involvert her, synes de norske regler også å gjelde kontroll, som omfattes av etableringsadgangen (det vises til dommen i *Kommisjonen mot Italia*, C-326/07, EU:C:2009:193, avsnitt 34).
- 91 Kommisjonen gjør gjeldende at de nasjonale regler, forstått som i det første og det andre spørsmål, og den forvaltningspraksis som er beskrevet i det tredje spørsmål, er egnet til å hindre eller begrense erverv av aksjer i de berørte foretak eller avskrekke investorer fra andre EØS-stater fra å investere i disse foretaks kapital, og følgelig utgjør en restriksjon på den frie kapitalbevegelse som er sikret i EØS-avtalen artikkel 40 (det vises til dommen i sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 80).
- 92 I rettsmøtet gjorde Kommisjonen dessuten gjeldende at det norske tiltak utgjør en krenkelse av den grunnleggende retten til eiendom. En grunnleggende frihet kan være krenket samtidig som en grunnleggende rettighet.
- 93 Når det gjelder spørsmålet om rettferdiggjøring, anfører Kommisjonen at hensikten med de omtvistede nasjonale tiltak synes å være å sikre mot mulige interessekonflikter og mulig myndighetsmisbruk i kredittinstitusjoner og forsikringsforetak og sikre at disse fungerer på en tilfredsstillende måte. Slike mål gjenspeiler i hovedsak tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon, særlig siden behovet for sunn og forsvarlig ledelse av disse typer foretak er uttrykkelig anerkjent i direktiv 2006/48/EF og direktiv 2002/83/EF.
- 94 Når det gjelder egnethet, anførte Kommisjonen i sitt skriftlige innlegg at de omtvistede tiltak, som beskrevet i det første, andre og tredje spørsmål, umiddelbart synes å være egnet til å hindre interessekonflikter og myndighetsmisbruk og sikre at slike foretak

fungerer på en tilfredsstillende måte. I rettsmøtet antydet Kommisjonen imidlertid at den var i tvil om egnetheten av de omtvistede tiltak.

- 95 Når det gjelder nødvendighet, anfører Kommisjonen at det er EØS-staten som påberoper seg et unntak fra en av de grunnleggende friheter, som må bevise at dens regler er nødvendige og står i forhold til målet som forfølges (det vises til sak E-9/00 *ESA mot Norge*, Sml. 2002 s. 73, avsnitt 54). Begrunnelsen må ledsages av hensiktsmessig dokumentasjon eller av spesifikk dokumentasjon som underbygger dens argumenter (det vises til dommen i *Scotch Whisky m.fl.*, C-333/14, EU:C:2015:845, avsnitt 54). Videre gir direktiv 2006/48/EF og direktiv 2002/83/EF allerede et betydelig antall garantier som utgjør mindre inngripende virkemidler for å sikre sunn og forsvarlig ledelse av kredittinstitusjoner og forsikringsforetak. Kommisjonen er dessuten enig i saksøkernes argument om at andre, mindre inngripende virkemidler er tilgjengelige, slik som et forbud mot å gi kreditt til visse enheter. Videre har den nasjonale tilsynsmyndighet en plikt til å overvåke disse institusjoner, uten hensyn til eventuelle begrensninger på individuelt aksjeeierskap. Endelig deler Kommisjonen saksøkernes syn om at direktivet om kvalifiserte eierandeler også kan ha relevans for denne vurdering.
- 96 For å oppsummere antyder Kommisjonen at den er i alvorlig tvil om forholdsmessigheten av de nasjonale tiltak.

Rettens bemerkninger

Generelt

- 97 Den europeiske unions rammeregler for kredittinstitusjoner og forsikringsforetak, som for eksempel banker og forsikringsforetak som definert i norsk lov, har vært gjenstand for omfattende revisjon i de senere år. En del av dette regelverk er innlemmet i EØS-avtalen. Vurderingen i den foreliggende sak må imidlertid uansett foretas på grunnlag av det regelverk som gjaldt etter EØS-retten på den aktuelle tid.
- 98 Saksøkernes søknader om bankkonsesjon ble inngitt i perioden 2005 til 2014. Gjeldende EØS-rett når det gjaldt adgang til å starte og utøve bankvirksomhet var i denne periode direktiv 2000/12/EF, inntil det ble erstattet 1. november 2010 med direktiv 2006/48/EF. Saksøkernes søknader om forsikringskonsesjon ble inngitt i perioden 2006 til 2012. Gjeldende EØS-rett når det gjaldt adgang til å sette i gang forsikringsvirksomhet, var fastsatt i direktiv 2002/83/EF, som ble erstattet 1. desember 2012 med direktiv 2009/138/EF. Ifølge anmodningen ble imidlertid den siste søknad om konsesjon som forsikringsselskap som er relevant for den foreliggende sak, sendt inn før direktiv 2009/138/EF trådte i kraft.
- 99 Etter betraktning 7 i fortalen til direktiv 2000/12/EF besto den fremgangsmåte som var valgt, bare i en gjennomføring av den grunnleggende harmonisering som er nødvendig og tilstrekkelig for å oppnå en gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger som vil gjøre det mulig å gi en enkelt tillatelse som er gyldig i hele EØS og å anvende prinsippet om hjemstatstilsyn i EØS. Videre fremgikk det av betraktning 12 i fortalen

til direktivet at EØS-hjemstaten kunne vedta strengere regler enn dem fastsatt blant annet i artikkel 7 om vilkårene for tillatelse. Denne tilnærming ble i det alt vesentlige videreført i direktiv 2006/48/EF, som det fremgår av betraktning 7 og 15 i direktivets fortale og direktivet artikkel 12. Ingen av disse to direktiver innebar altså noen uttømmende harmonisering av vilkårene for tillatelse til banker.

- 100 Den fremgangsmåte direktiv 2002/83/EF la opp til etter betraktning 7 i fortalen, besto i å gjennomføre den grunnleggende harmonisering som var vesentlig, nødvendig og tilstrekkelig for å oppnå gjensidig anerkjennelse av tillatelser og tilsynsordninger, som gjorde det mulig å gi en enkelt tillatelse som var gyldig i hele EØS og å anvende prinsippet om hjemstatstilsyn i EØS. I betraktning 28 i fortalen til direktivet ble det opplyst at visse bestemmelser i direktivet gjaldt minstestandarder. Slike minstestandarder var fastsatt blant annet i artikkel 8 når det gjaldt vilkårene for tillatelse til å drive virksomhet som forsikringsforetak. Det følger av dette at direktiv 2002/83/EF ikke innebar noen uttømmende harmonisering av vilkårene for tillatelse til forsikringsforetak. En EØS-stat kunne derfor fastsette strengere regler for tillatelse til forsikringsforetak.
- 101 Direktivet om kvalifiserte eierandeler endret reglene for erverv av kvalifiserte eierandeler etter direktiv 2002/83/EF og direktiv 2006/48/EF. Fremgangsmåten og den tilsynsmessige vurdering av situasjoner der en fysisk eller juridisk person har tatt en beslutning om å erverve eller øke en kvalifisert eierandel i banker eller forsikringsselskaper, ble med dette direktiv fullt harmonisert. Dette fremgår av artiklene 2 og 5 i direktivet om kvalifiserte eierandeler, som tilføyde henholdsvis en ny artikkel 15a nr. 7 til direktiv 2002/83/EF og en ny artikkel 19 nr. 8 til direktiv 2006/48/EF. Det underbygges videre av betraktning 6 i fortalen til direktivet om kvalifiserte eierandeler (jf. også dommen i *CO Sociedad de Gestión y Participación m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 41 og 42). Det viktigste er imidlertid at direktivet om kvalifiserte eierandeler ikke tok for seg harmoniseringsnivået for tilsynsmessige vilkår for å gi tillatelse til banker og forsikringsforetak.
- 102 På den relevante tid var altså verken direktiv 2000/12/EF, direktiv 2006/48/EF eller direktiv 2002/83/EF, heller ikke som endret ved direktivet om kvalifiserte eierandeler, til hinder for at EØS-statene kunne ha strengere regler for fremgangsmåten ved tildeling av tillatelse til banker og forsikringsforetak. Ikke desto mindre må slike regler være forenlige med de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen.

De grunnleggende friheter og tilstedeværelsen av en restriksjon

- 103 De forelagte spørsmål gjelder nasjonale tiltak som kan begrense eierskapet til stifterne av en bank eller et forsikringsforetak til aksjer som representerer 20 til 25 prosent i hvert selskap. Tiltakenes nøyaktige karakter er omtvistet, og av hvert av de tre spørsmål følger alternative tolkninger. For å kunne vurdere om disse tiltak innebærer en restriksjon på en eller flere av de grunnleggende friheter, må EFTA-domstolen begynne med en vurdering av om dens analyse skal begrenses til én grunnleggende frihet, eller om den skal se på flere parallelt.

- 104 En slik vurdering forutsetter at målet for det berørte tiltak tas i betraktning (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Olsen m.fl.*, Sml. 2014 s. 400, avsnitt 111 og rettspraksis som det vises til der). Ifølge den anmodende domstol er et av hovedmålene med de nasjonale tiltak å sikre at den norske finanssektor er uavhengig av enkeltinvestorer. Følgelig synes hensikten med de omtvistede tiltak å være at de skal få anvendelse på eierandeler som gir eieren mulighet til å utøve en bestemmende innflytelse over et selskaps beslutninger og treffe avgjørelse om dets drift. Følgelig synes de nasjonale tiltak å falle hovedsakelig inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31, ikke EØS-avtalen artikkel 36 (se *Olsen m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 113 og rettspraksis som det vises til der). I denne sammenheng peker EFTA-domstolen også på at etter EØS-avtalen artikkel 34 kan juridiske personer, slike som saksøkerne, påberope seg EØS-avtalen artikkel 31.
- 105 Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 31 og artikkel 40, bemerker EFTA-domstolen at når hensikten med de omtvistede tiltak synes å være at de skulle få anvendelse på eierandeler som gir eieren mulighet til å utøve en bestemmende innflytelse over et selskaps beslutninger og treffe avgjørelse om dets drift, blir anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 40 utelukket. Sistnevnte bestemmelse ville komme til anvendelse bare dersom og i den utstrekning den nasjonale lovgivning faktisk påvirker eierandeler som ikke tillater aksjonæren å utøve slik innflytelse (jf. dommen i *X og Y*, C-436/00, EU:C:2002:704, avsnitt 68). Følgelig, og ut fra omstendighetene beskrevet i anmodningen, berører de aktuelle tiltak ved første øyekast etableringsadgangen som er sikret i EØS-avtalen artikkel 31.
- 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). Det synes klart at det foreligger et grenseoverskridende element i denne sak. Saksøkte har erkjent at det foreligger et grenseoverskridende element når det gjelder saksøkernes ytelse av tjenester utenfor Norge og i forbindelse med det planlagte erverv av aksjer i den litauiske bank Bankas Finasta AB.
- 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).
- 108 Ved vurderingen av om de nasjonale tiltak utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, må den anmodende domstol ta hensyn til at nasjonale tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende rettigheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, utgjør en krenkelse av disse friheter.
- 109 EFTA-domstolen har tidligere funnet at lovgivning som fastsetter forbud mot å eie mer enn 20 prosent av aksjene i visse selskaper, utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen

artikkel 31 (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 81 og 82). Det er ingenting i sakens dokumenter som tilsier et annet resultat i den foreliggende sak.

- 110 Selv om den anmodende domstol skulle komme til at de nasjonale tiltak faller inn under virkeområdet til en annen frihet som sikres i EØS-avtalen (se *Olsen m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 117), kan tiltakene uansett hindre utøvelsen av de berørte friheter eller gjøre den mindre interessant (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 81 og 82, og dommen i *Alpine Investments*, som omtalt over, avsnitt 30). Følgelig utgjør de aktuelle tiltak restriksjoner.
- 111 På grunnlag av det ovenstående finner EFTA-domstolen at lovgivning som beskrevet i det første og andre spørsmål, og forvaltningspraksis som beskrevet i det tredje spørsmål, utgjør restriksjoner som hovedsakelig synes å falle inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 31. Om det forholder seg slik, må vurderes av den anmodende domstol.

Om de omtvistede tiltak forfølger et legitimt mål

- 112 Det følger av fast rettspraksis at et nasjonalt tiltak som hindrer utøvelsen av etableringsadgangen etter EØS-avtalen artikkel 31, kan rettferdiggjøres etter EØS-avtalen artikkel 33 eller av tvingende allmenne hensyn, forutsatt at det er egnet til å sikre oppnåelsen av det fastsatte mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 83 og rettspraksis som det vises til der).
- 113 De tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre nasjonale tiltak som begrenser de grunnleggende friheter på områder som berører finanssektoren omfatter for eksempel beskyttelsen av finanssektorens virkemåte og gode omdømme (se sak E-8/04 *ESA mot Liechtenstein*, som omtalt over, avsnitt 24 og rettspraksis som det vises til der) og det å fremme finansmarkedenes gode virkemåte og effektivitet (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 84 til 86).
- 114 I den foreliggende sak finner EFTA-domstolen at målet om å redusere stor risikovilje hos eiere av banker eller forsikringsforetak, særlig knyttet til risikoen for myndighetsmisbruk, fremmer finansmarkedenes gode virkemåte og effektivitet. Derfor gjenspeiler dette mål tvingende allmenne hensyn.
- 115 Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at de nasjonale tiltak har et legitimt mål i teorien. Det må snarere vurderes om tiltakene saken gjelder, virkelig forfølger det mål som påberopes (se sak E-14/15 *Holship*, dom 19. april 2016, ennå ikke i Sml., avsnitt 125). En forpliktelse til spredning av eierskap i banker og forsikringsforetak kan ikke være annet enn et middel, som må være underlagt en egnethets- og en nødvendighetsvurdering, til å sikre det mål som forfølges, og kan ikke være et legitimt mål i seg selv.
- 116 På grunnlag av det ovenstående finner EFTA-domstolen at målet om å redusere stor risikovilje hos eiere av banker eller forsikringsforetak, særlig knyttet til risikoen for myndighetsmisbruk, utgjør et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre

nasjonale tiltak som begrenser etableringsadgangen sikret i EØS-avtalen artikkel 31. Det er den anmodende domstol som må klargjøre hvilke mål de nasjonale tiltak faktisk forfølger, og fastslå om de legitime mål forfølges på en egnet og konsistent måte.

Egnethet/konsistens

- 117 Dersom et nasjonalt tiltak er en restriksjon på de grunnleggende friheter etter EØS-retten, er det den relevante EØS-stat som må godtgjøre at tiltaket er egnet til å oppnå det legitime mål som forfølges, samtidig som det virkelig gjenspeiler et hensyn om å oppnå dette mål på en konsistent og systematisk måte (se sak E-1/06 *ESA* mot *Norge*, Sml. 2007 s. 8, avsnitt 43).
- 118 EFTA-domstolen bemerker at det synes å være omtvistet om og i hvilken utstrekning regler om spredt eierskap reduserer risikoviljen.
- 119 Når det gjelder spørsmålet om de nasjonale tiltak sikrer at de oppsatte mål nås på en konsistent og systematisk måte, finner EFTA-domstolen det hensiktsmessig å behandle de forelagte spørsmål hver for seg.
- 120 Emisjonsreglene, som beskrevet i det første spørsmål, innebærer et krav om at tre firedeler av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper må tegnes uten fortrinnsrett (tilbys allmennheten). Stifterne av en bank eller et forsikringsforetak vil kunne sikre seg eierskap til 25 prosent av aksjene i institusjonen på det tidspunkt tillatelsen blir gitt, men det kan ikke pålegges noen fortrinnsrett når det gjelder de resterende 75 prosent av aksjene. Eierskapet til de resterende 75 prosent av aksjene bestemmes følgelig helt og holdent av markedets interesse for den offentlige emisjon. Dersom det for eksempel bare er stifterne som deltar i den offentlige emisjon, vil de til sammen kunne sikre seg 100 prosent eierskap til institusjonen. Skulle de derimot bestemme seg for å ikke delta i den offentlige emisjon, er det mulig at en ekstern investor kan sikre seg 75 prosent eierskap til institusjonen. Av disse grunner synes det nasjonale tiltak ikke å hindre på noen konsistent og systematisk måte at stifterne av en bank eller et forsikringsforetak, eller for den saks skyld andre investorer, kan oppnå eierskap til mer enn 25 prosent av institusjonen på det tidspunkt tillatelsen blir gitt. Særlig har det ikke blitt fremmet noen argumenter for EFTA-domstolen som kan rettferdiggjøre at stifterne av et selskap behandles annerledes enn andre investorer. Av denne grunn synes tiltaket ikke egnet til å oppnå det legitime mål som EFTA-domstolen har identifisert.
- 121 Emisjonsreglene slik de er beskrevet i det andre spørsmål, innebærer et krav om at andre personer enn stifterne må tegne tre firedeler av aksjene i nye banker og forsikringsselskaper. Dette innebærer at stifterne ikke vil kunne sikre seg en eierandel på mer enn 25 prosent av aksjene på det tidspunkt tillatelsen blir gitt. Som sådan synes regelen egnet til å nå det legitime mål som EFTA-domstolen har identifisert, men bare når det gjelder stifterne. Andre investorer kan kjøpe mer enn 25 prosent av aksjene. Som det fremgår av det ovenstående, har EFTA-domstolen ikke fått seg forelagt noe argument som kan rettferdiggjøre at stifterne av et selskap behandles annerledes enn andre investorer. Av denne grunn synes tiltaket ikke egnet til å oppnå det legitime mål som EFTA-domstolen har identifisert.

- 122 Den forvaltningspraksis som beskrives i det tredje spørsmål, innebærer at enkeltpersoner og juridiske personer ikke kan eie mer enn 20 til 25 prosent av aksjene i finansinstitusjoner, bortsett fra i de tilfelle der loven selv gir adgang til å etablere et finanskonsern eller der finansinstitusjonen kun skal bedrive såkalt nisjevirkksomhet. Siden denne praksis gjelder både stifterne og andre investorer, synes den egnet til å nå det legitime mål som EFTA-domstolen har identifisert.
- 123 Men i motsetning til det første og det andre spørsmål, som bare gjelder søknaden om tillatelse til å drive virksomhet som bank eller forsikringsforetak, kan forvaltningspraksisen beskrevet i det tredje spørsmål også tolkes dit hen at den også gjelder etterfølgende erverv av eierandeler i banker eller forsikringsselskaper, altså erverv som finner sted etter at tillatelsen til etablering er gitt. I den utstrekning det tredje spørsmål gjelder etterfølgende erverv av kvalifiserte eierandeler, må den anmodende domstol ta hensyn til at regelverket for slike erverv ble fullt harmonisert i EØS-retten ved direktivet om kvalifiserte eierandeler. Forutsatt at de spesifikke vilkår fastsatt i nevnte direktiv blir overholdt, åpner dets bestemmelser for at enkeltinvestorer kan eie mer enn 25 prosent av aksjekapitalen i en bank eller et forsikringsforetak. Derfor må begrensninger på erverv som finner sted etter at en bank eller et forsikringsselskap er gitt tillatelse, ikke gå lenger enn vilkårene som ble innført med direktivet om kvalifiserte eierandeler.
- 124 På denne bakgrunn finner EFTA-domstolen at emisjonsreglene, slik de er beskrevet i det første og det andre spørsmål, ikke synes egnet til å oppnå det legitime mål som er identifisert av EFTA-domstolen, mens forvaltningspraksisen som beskrives i det tredje spørsmål, synes egnet til å oppnå dette mål, i den utstrekning den får anvendelse på søknader om tillatelse til å drive virksomhet som bank eller forsikringsforetak og ikke på annenhåndserverv etter at tillatelsen er innvilget.

Nødvendighet

- 125 Skulle den anmodende domstol komme til at ett eller flere av de nasjonale tiltak er egnet til å nå et legitimt mål, må den også vurdere om de går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet.
- 126 Nødvendighetstesten innebærer at det valgte tiltak ikke må kunne erstattes med et alternativt tiltak som vil være like nyttig, men som vil innebære mindre inngripende restriksjoner på de grunnleggende friheter etter EØS-retten.
- 127 Ifølge fast rettspraksis er det EØS-staten som påberoper seg et unntak fra en av de grunnleggende friheter, som må bevise i hvert enkelt tilfelle at dens regler er nødvendige og står i forhold til målet som forfølges (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, som omtalt over, avsnitt 87 og 88 og rettspraksis som det vises til der). Bevisbyrden kan imidlertid ikke være så omfattende at EØS-staten positivt må bevise at ingen andre tenkelige tiltak ville kunne føre til at det legitime mål ble nådd under de samme omstendigheter (se, for sammenligning, dommen i *Kommisjonen mot Italia*, C-110/05, som omtalt over, avsnitt 66 og rettspraksis som det vises til der).

- 128 Saksøkte anfører at det ikke finnes noen alternative, mindre inngripende tiltak som like effektivt ville kunne bidra til å nå målene som forfølges. Saksøkerne og ESA bestrider dette argument. Kommisjonen anfører at den er i alvorlig tvil om forholdsmessigheten av de nasjonale tiltak.
- 129 ESAs syn er at de nasjonale tiltak ikke består nødvendighetstesten, siden det finnes rom for å tilpasse det gjeldende system i Norge på en måte som innebærer mindre inngripende restriksjoner på den frie bevegelse enn den omtvistede lovgivning, samtidig som et tilstrekkelig høyt beskyttelsesnivå opprettholdes. ESA anfører at kravene til konsesjon kunne være basert utelukkende på en egnethetsvurdering av eierne tilsvarende den vurdering som allerede skjer etter andre bestemmelser i norsk rett. Saksøkte har svart at det avgjørende spørsmål er om et system som baserer seg på en egnethetsvurdering, sikrer et like høyt beskyttelsesnivå som eierkontrollreglene og eierspredningspolitikken.
- 130 Saksøkte har valgt et høyt beskyttelsesnivå i bank- og forsikringssektoren. EØS-statene står fritt til å fastlegge i detalj det beskyttelsesnivå som tilstrebes, men restriktive tiltak som pålegges, må oppfylle vilkårene oppstilt i rettspraksis når det gjelder tiltakenes forholdsmessighet (se *Ladbrokes*, som omtalt over, avsnitt 42 og rettspraksis som det vises til der).
- 131 Det faktum alene at en EØS-stat har valgt en annen ordning for beskyttelse enn den som er valgt i en annen EØS-stat, kan ikke ha innvirkning på vurderingen av forholdsmessigheten av tiltakene vedtatt for dette formål. Nevnte bestemmelser og forvaltningspraksis må vurderes utelukkende i lys av de mål den berørte EØS-stat forfølger og det beskyttelsesnivå den søker å sikre (se, for sammenligning, dommen i *Stanleybet International m.fl.*, C-186/11 og C-209/11, EU:C:2013:33, avsnitt 28).
- 132 Videre må det, når det gjelder regulering av banker og forsikringsselskaper, tas særlig hensyn til den finansielle stabilitet. I denne sammenheng har EFTA-domstolen understreket at forsvarlig regulerte og sikre finansinstitusjoner er av avgjørende betydning for den finansielle stabilitet i EØS (se sak E-16/11 *ESA mot Island*, Sml. 2013 s. 4, avsnitt 129). Grunnen er først og fremst den særlige rolle banker og forsikringsselskaper spiller for økonomien som helhet.
- 133 I den foreliggende sak synes det å være alternative tiltak som minst like effektivt ville kunne bidra til å nå målet som forfølges. En mulig løsning kan være å knytte tillatelsen til å drive bank eller forsikringsselskap til særlige vilkår som tar sikte på å redusere risikoen for myndighetsmisbruk. Særlig ville vilkår som hindrer at det kan gis gunstige lån, garantier eller andre tilsvarende transaksjoner til fordel for store eiere eller deres nærstående parter, kombinert med en egnethetsvurdering av søkere som ønsker å ha kvalifiserte eierandeler, redusere stor risikovilje knyttet til myndighetsmisbruk, samtidig som de fortsatt ville være mindre inngripende enn de omtvistede tiltak.
- 134 Skulle den anmodende domstol komme til at ett eller flere av de nasjonale tiltak er egnet til å nå et legitimt mål, må den følgelig også vurdere om de går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet. I den foreliggende sak synes andre tiltak enn de omtvistede å

være mindre inngripende, samtidig som de like effektivt vil kunne bidra til å nå det legitime mål som er identifisert.

IV Saksomkostninger

- 135 Omkostninger som er påløpt for ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på de spørsmål den er forelagt av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. På den relevante tid var verken direktiv 2000/12/EF, direktiv 2006/48/EF eller direktiv 2002/83/EF, heller ikke som endret ved direktivet om kvalifiserte eierandeler, til hinder for at EØS-statene kunne ha strengere regler for fremgangsmåten ved tildeling av tillatelse til banker og forsikringsforetak. Ikke desto mindre må slike regler være forenlige med de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen.**
- 2. Lovgivning som beskrevet i det første og andre spørsmål, og forvaltningspraksis som beskrevet i det tredje spørsmål, utgjør restriksjoner som hovedsakelig synes å falle inn under virkeområdet for EØS-avtalen artikkel 31. Om det forholder seg slik, må vurderes av den anmodende domstol.**
- 3. Målet om å redusere stor risikovilje hos eiere av banker eller forsikringsforetak, særlig knyttet til risikoen for myndighetsmisbruk, utgjør et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre nasjonale tiltak som begrenser etableringsadgangen sikret i EØS-avtalen artikkel 31. Det er den anmodende domstol som må klargjøre hvilke mål de nasjonale tiltak faktisk forfølger, og fastslå om de legitime mål forfølges på en egnet og konsistent måte.**
- 4. Emisjonsreglene, slik de er beskrevet i det første og det andre spørsmål, synes ikke egnet til å oppnå det legitime mål EFTA-domstolen har identifisert. Forvaltningspraksisen som beskrives i det tredje spørsmål, synes egnet til å oppnå dette mål, i den utstrekning den får anvendelse på søknader om tillatelse til å drive virksomhet som bank eller forsikringsforetak og ikke på annenhåndserverv etter at tillatelsen er gitt.**

- 5. Skulle den anmodende domstol komme til at ett eller flere av de nasjonale tiltak er egnet til å nå et legitimt mål, må den også vurdere om de går lenger enn det som er nødvendig for å nå målet. I den foreliggende sak synes andre tiltak enn de omtvistede å være mindre inngripende, samtidig som de like effektivt vil kunne bidra til å nå det legitime mål som er identifisert.**

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 16. mai 2017.

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President